

Cauces procesales para la reparación integral del daño *ex delicto*: modelos español y colombiano*

Arturo Álvarez Alarcón

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Cádiz.

ORCID: 0000-0002-8579-7471

Resumen: La satisfacción del derecho a una reparación integral del daño para las personas que resultan perjudicadas por los delitos puede verse perjudicado si el sistema procesal no establece un cauce procesal eficaz para la declaración del delito y la posterior declaración y ejecución de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil *ex delicto* requiere que previamente a su declaración y ejecución se declare la existencia de un delito, lo que necesariamente deberá producirse a través de un proceso penal. La declaración de la responsabilidad civil puede realizarse siguiendo dos modelos distintos: en el propio proceso penal, de modo acumulado, o en un proceso civil posterior al proceso penal. Los ordenamientos español y colombiano son ejemplos de cada uno de estos modelos. Ambos modelos requieren que el ordenamiento establezca una adecuada coordinación entre las vías procesales penal y civil para que el derecho a la reparación integral no se vea perjudicado por una defectuosa regulación que, en último extremo, provocaría a la víctima una quiebra en el derecho a un acceso eficaz a la justicia.

* Trabajo elaborado por el autor, en el Grupo de Investigación PAI-SEJ 287, *Proceso y Empresa*, financiado por la Junta de Andalucía.

Introducción

«Las obligaciones nacen [...] de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», si bien, «[l]as obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal» (art. 1089 CCE). «Las obligaciones nacen [...] a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos» (art. 1494 CCC). Así es como los derechos español y colombiano establecen a los delitos como fuentes de las obligaciones, en concreto, la denominada responsabilidad civil *ex delicto*.

De todo acto ilícito puede derivarse una responsabilidad civil, pero si el ilícito es de carácter penal, los ordenamientos jurídicos pueden prever una vía procesal específica para su reclamación, que forzosamente contempla la necesidad de que previamente se declare la existencia del delito. Y ello, desde la perspectiva del derecho o interés de la víctima o perjudicado, no siempre es favorable o, incluso, puede constituir una seria dificultad.

Teniendo en cuenta que la actividad jurisdiccional siempre —secularmente, podría decirse— es criticada por su lentitud, la arquitectura procesal para poder exigir esta clase de responsabilidad civil cobra una importancia aún mayor, puesto que en la determinación y exacción de la responsabilidad civil *ex delicto* es preciso que se produzca una sentencia penal como presupuesto de la declaración de dicha responsabilidad civil. Pensemos, por ejemplo, que, si la previsión legal es que la responsabilidad civil sólo pudiera reclamarse por medio de un proceso civil —del que necesariamente sería cuestión prejudicial un previo proceso penal, que declarara la existencia del delito— resultará que la persona perjudicada estará obligada a esperar al transcurso de dos procesos consecutivos, un primero, de índole penal, y otro posterior, de índole civil.

Esto significa que el acertado diseño del cauce o cauces procesales para reclamar la responsabilidad civil derivada del delito

repercute en la efectividad del fundamental derecho a la tutela judicial efectiva¹.

Si el requisito de eficacia es ineludible en el ámbito del Derecho español, por ser explícito en el texto constitucional, en el ordenamiento colombiano esta exigencia de efectividad hay que considerarla implícita en varios preceptos en los que se establece como objetivo la reparación integral de la víctima².

De esa exigencia de eficacia en la obtención de la protección judicial se deduce la importancia que tiene verificar la regulación procesal de esta materia y comprobar su eficacia en la realidad. Un estudio detallado y completo excedería de los límites del presente trabajo. Además, el análisis de la real aplicación de las normas, es decir, el estudio de campo de lo que en la práctica diaria de los tribunales acontece, exige un esfuerzo que en estos momentos no se está en condiciones de realizar, requiriendo la participación de expertos de otras disciplinas que elaboren y lleven a cabo encuestas y otros métodos de medición.

Por eso, en este trabajo se pretende únicamente señalar el marco jurídico que debería contemplarse y analizarse para valorar qué grado de eficacia tienen los cauces procesales para la indemnización de la responsabilidad civil nacida del delito.

1. Medios procesales para la reparación de los daños derivados del delito

Son varios los instrumentos o medidas de índole procesal que se pueden disponer por el ordenamiento jurídico para la mejor protección de los intereses y derechos del perjudicado por el delito.

El primero de ellos se refiere al cauce procesal por el que poder exigir la reparación. Es decir, si sólo a través del proceso civil o si también por medio del proceso penal, y la relación, en todo caso, que existirá entre uno y otro. Esto es, por tratar de buscar un término

1 Vid. arts. 24.1 Constitución Española (CE), 229 Constitución Política de Colombia (CPdC), 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

2 Así el art. 250.6 CPdC que encomienda a la Fiscalía General de la Nación la «reparación integral a los afectados con el delito». Igualmente se consagra en el art. Transicional 66, del mismo texto constitucional, el derecho de la víctima a la reparación.

omnicomprensivo de todas las dificultades que la duplicidad de cauces produce, la cuestión que interesa es la de conocer los cauces procesales por los que obtener la reparación y la “coordinación” (o descoordinación) que entre ellos debería existir, pues deben evitarse situaciones tales que la elección de una vía procesal errada pueda provocar la prescripción o la caducidad del derecho para reclamar el daño.

Desde una perspectiva subjetiva, es primordial observar que reconocimiento atribuye el ordenamiento jurídico a la persona que padece los daños derivados del delito. Es decir, qué consideración tiene la víctima o perjudicado por el delito para la mejor defensa procesal de sus derechos e intereses. El Derecho puede desplegar un paraguas protector de la víctima que se extienda sobre todo lo relativo a la reparación integral de los daños y perjuicios padecidos, mediante la elaboración de un verdadero estatuto de la víctima. La definición de víctima, ofendido, perjudicado, etc., pues son varios los términos y expresiones utilizados, tiene aquí un rol importante, porque puede que el Derecho los defina y proteja de diferente manera.

En el mismo ámbito subjetivo, pero esta vez en el lado pasivo, es de suma importancia que el Derecho señale como responsables de la responsabilidad civil *ex delicto* a otros sujetos que, no siendo los autores o responsables de la conducta delictiva, hayan obtenido algún provecho del mismo o, simplemente, porque la ley les imponga alguna suerte de responsabilidad *in vigilando* o *in eligendo*.

Pero cabe adoptar también una perspectiva objetiva, relativa al daño mismo. Desde este ángulo puede plantearse que, en primer lugar, el proceso debería contemplar medidas que fueran dirigidas a que el daño que se ocasione fuera lo menor posible, mediante una temprana detención del mismo o una rápida intervención que evite su agravamiento. Y para ello, que la vía procesal fuera civil o penal debería ser indiferente.

La reparación del daño requiere que en primer lugar pueda ser adecuadamente determinado, tanto cualitativa como cuantitativamente. Sólo entonces podrá procederse a la reparación del mismo, que debería ser integral. Y aquí nuevamente el Derecho introduce el elemento subjetivo, por más que pueda parecer que la determinación objetiva del daño convierten la reparación integral en algo totalmente subjetivo.

En efecto, los ordenamientos suelen contemplar vías de negociación y de mediación para la satisfacción de la víctima. Si se abren estas vías (alternativas o complementarias del proceso), en las que las partes pueden acordar el monto del daño y la forma de su reparación, la conclusión obvia es que el daño puede dejar de ser algo objetivo sino susceptible de pacto entre las partes. Lo que no necesariamente puede ser negativo ni positivo.

En este mismo aspecto de la solución consensuada a la responsabilidad civil, no es baladí la consideración de que el alcanzar el convenio y cumplirlo pueda tener una repercusión sobre la responsabilidad penal, favorable para el autor del delito, porque ello servirá de acicate a la reparación eficaz del perjudicado.

Por último, la vía para la ejecución eficaz de la responsabilidad civil, una vez que ésta ha sido completamente declarada, constituye un elemento fundamental para la reparación integral del daño. Con independencia de que en esta fase procesal se pueda hacer un sitio también al pacto entre las partes, resulta esencial que el Estado promueva actuaciones verdaderamente útiles para la obtención del resarcimiento de un daño que ya es indubitado. Varias vías se abren para esta posibilidad, desde el impulso de oficio de la ejecución hasta el adelanto de la indemnización, subrogándose en la posición del perjudicado.

El estudio completo de todos estos elementos o instrumentos procesales, útiles para la reparación integral del daño o íntegra responsabilidad civil, no podría plasmarse en este lugar, que, por fuerza, debe ceñirse a una prudente extensión. Es por eso por lo que sólo se va a hacer incursión en alguno de estos aspectos, considerando los ordenamientos jurídicos colombiano y español.

2. Cauces procesal para la determinación de la responsabilidad civil *ex delicto*

2.1. Modos de compatibilizar los procesos civil y penal para la determinación de la rc *ex delicto*

Por su condición de derecho subjetivo privado, la exacción de la responsabilidad civil derivada del delito es susceptible de ser exi-

gida por medio del proceso civil. Ahora bien, como la causa de esa responsabilidad es la existencia del delito y que éste sólo se puede determinar por medio del proceso penal, nos encontramos ante un claro supuesto de prejudicialidad penal respecto del proceso civil. Por ello, la mayoría de los ordenamientos imponen que el juez civil deba suspender el proceso en que se pretendiera declaración y condena fundamentadas en un delito, a la espera de que el juez penal decida si existe o no tal delito³.

Esta solución, de **dos procesos consecutivos**, tiene una consecuencia funesta para los intereses de quien ha padecido los daños del delito, pues deberá esperar a la conclusión de un primer proceso, de índole penal, para luego proseguir con otro, de naturaleza civil. La lentitud, endémica en los tribunales de justicia, produciría así auténticos estragos en los intereses y derechos del perjudicado por el delito, obligado a recorrer dos caminos procesales diferentes y sucesivos, con sus correspondientes instancias.

Por eso se comprende que, con el ánimo de mejorar la protección del perjudicado por el delito, los ordenamientos diseñen un proceso penal capaz de albergar en él la pretensión civil de reparación del daño, junto a la pretensión penal. Estamos, por tanto, ante un supuesto de **acumulación de pretensiones –civil y penal- en el proceso penal**.

El beneficio que esta solución aporta a la víctima se refleja en varios aspectos. De un lado, sólo será necesario transitar por un único cauce para obtener la satisfacción de la pretensión civil, obviando así el inconveniente antes señalado del inmenso retraso que ocasionaría el recorrido de dos vías consecutivas. Además, se alcanzan otras bondades como la de poder aprovechar la prueba que se obtiene y aporta para la causa penal también para la pretensión civil. Material

3 El Código General de Procesos (CGP) colombiano no se refiere expresamente a la prejudicialidad penal, pero sí determina que, a petición, de parte el juez decretará la suspensión del proceso «cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción», que durará hasta que se presente «copia de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que le dio origen» (art. 161). En el proceso civil español cabe que la actuación sea de oficio, de modo que cuando el juez aprecie que algún hecho puede ser constitutivo de delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiese lugar al ejercicio de la acción penal, ordenando la suspensión del proceso civil cuando el hecho en cuestión pueda tener influencia decisiva en la resolución civil y conste que se está investigando en una causa criminal (art. 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española [LEC])

probatorio que no será preciso que vaya a buscar la parte, pues será aportado en la indagación de los actos criminales.

Esta opción aporta también la ventaja de que se puede atribuir al Ministerio Fiscal la función de asumir la defensa de los intereses del perjudicado por el delito, promoviendo cualquiera de las medidas que el ordenamiento prevea, desde la adopción de medidas cautelares a la obtención y aportación de pruebas, sin que por ello se vea reducido el espacio procesal como parte, que puede asumir dicho perjudicado, que puede actuar con su propia defensa.

Sin embargo, es fuente de otras dificultades, como cuando el proceso penal concluye sin sentencia de condena, lo que, *a priori*, expulsaría al perjudicado del proceso y le obligaría a acudir *ex novo* a la vía procesal civil.

Pero, en ambos modelos es necesario establecer una cierta coordinación entre las vías procesales y civiles, por cuanto el derecho a la reparación pertenece al ámbito dispositivo de las personas, que incluye (salvo que el Derecho ordenara otra cosa) la elección del método y del proceso, en su caso, que estime más adecuado para su satisfacción. Aún más, en numerosas ocasiones no es notorio el carácter delictivo de la conducta que causa el daño, razón por la que sería posible iniciar, incluso concluir, el proceso civil sin esperar al proceso penal.

Como se puede entender de lo expuesto, tanto un modelo como otro requieren de unas normas que regulen adecuadamente los efectos de uno en otro, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada ocasión.

2.1.1. Derecho colombiano

La responsabilidad civil *ex delicto* se regula dentro del Título XXXIV del Código Civil colombiano, bajo la denominación de «Responsabilidad común por los delitos y las culpas», en los arts. 2341 a 2360 del Código Civil, donde se expresa claramente que la obligación de indemnización corresponde al que ha inferido el daño, «sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido» (art. 2341).

Respecto de las dos opciones que antes se han señalado –proceso penal seguido de proceso civil o proceso penal con acumulación de la pretensión civil–, el Derecho colombiano ha previsto expresamente la primera de las opciones, ya que en el Código de Procedimiento Penal establece *incidente de reparación integral* (Libro I, Cap. IV, Tít. II) como una vía específica para la reclamación de los daños causados por el delito. Se trata, por tanto, de un instrumento diseñado específicamente para dar satisfacción a uno de los derechos de la víctima, que le está atribuido por norma con rango constitucional⁴.

El *incidente de reparación integral* se encuentra temporalmente ubicado tras la emisión de la sentencia firme de condena, debiéndose interponer en el lapso de treinta días subsiguientes. Se sigue así el modelo que antes se ha denominado de «procesos consecutivos». Se ha justificado esta configuración temporal o sucesiva con el argumento de la racionalización de los procedimientos judiciales, en la seguridad jurídica y en la celeridad de los procesos judiciales, sin menoscabo para los derechos de las partes e intervinientes. (Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2011).

Presenta la particularidad, en cuanto a la legitimación activa, que se atribuye la misma, en primer lugar, a la víctima, y a sus herederos, sucesores o causahabientes, cuando la reparación tiene exclusivamente carácter económico. Cuando la pretensión tenga otra naturaleza, la tendrá también el fiscal o el ministerio público, por solicitud de la víctima (Corte Constitucional, Sentencia C-520 de 2011).

La legitimación pasiva corresponde al declarado responsable penalmente (art. 102, CPP) y los terceros que puedan ser responsables civiles del daño ocasionado (art. 107, CPP), incluido el asegurador de la responsabilidad civil (art. 108, CPP).

La naturaleza jurídica de este procedimiento puede ser discutible. La ley lo denomina «incidente», como si fuera una parte del proceso penal en que se declara la responsabilidad penal por el delito. Sin embargo, sería más correcto atribuirle la naturaleza de

4 El derecho a obtener justicia, verdad y reparación es atribuido a las víctimas del conflicto armado por el artículo transitorio 66, introducido en la Constitución Política de Colombia a través del Acto Legislativo 1/2012. Para cualquier perjudicado por el delito, este derecho se encuentra insito en el art. 250.6 de la Constitución colombiana, que atribuye a la Fiscalía General de la Nación la función de velar por el derecho a la reparación integral a los afectados por el delito.

un proceso autónomo, porque se inicia cuando el proceso penal ha concluido con una sentencia firme y sin que hasta ese momento, en dicho proceso penal, se haya formulado ninguna pretensión reparatoria. Es precisamente después de que la sentencia ha ganado firmeza cuando la víctima del delito, que puede no haber sido ni siquiera parte en el proceso penal, puede solicitar la incoación del «incidente», si bien la pretensión no se introduce sino más tarde, en la primera audiencia (art. 103, CPP).

Sin embargo, a pesar de esta previsión legislativa, nada impediría que el perjudicado por un hecho delictivo acudiera a la vía del proceso civil para reclamar los daños padecidos. Proceso que debería suspenderse si el juez entendiera que concurre la causa de suspensión que se expresa en el citado art. 161.1 CGP: «[...] la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconversión». Esta causa de suspensión es un supuesto de prejudicialidad, en este caso de índole penal.

En este supuesto podemos apreciar que se produce una cierta inversión de lo que antes hemos expuesto: proceso civil, que se suspende, seguido de un proceso penal.

Pero a partir de aquí se pueden suscitar numerosas dudas, algunas de las cuales, como veremos, también se plantean en el ordenamiento procesal español. La primera es si, concluido el proceso penal, se reactivará el proceso civil inicialmente interpuesto o, por el contrario, se seguirá la vía del incidente de reparación integral, con la consecuente finalización o archivo del proceso civil primigenio. Pero, como veremos más adelante, se pueden producir algunas «distorsiones» en el esquema trazado por el legislador (proceso penal - incidente de reparación integral) cuando se inicie previamente un proceso civil. Y, además, como más adelante se verá, es inevitable que en muchas ocasiones se inicie, incluso culmine, un proceso civil, con carácter previo al proceso penal. Es decir, puede suceder que la prejudicialidad penal no llegue a operar, sin que, además, pueda aducirse que se ha producido un quebrantamiento de la legalidad.

2.1.2. Derecho español

En el Derecho español, igualmente, «[l]as obligaciones nacen [...] de los actos y omisiones ilícitos», si bien –esta es una particularidad notable– «[l]as obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal», mientras que «[l]as que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones [...]» del Código Civil⁵.

Esto significa que en el ordenamiento jurídico español, a esta clase de responsabilidad civil, no se le aplicarán las normas comunes del Código Civil, sino unas especiales y que se encuentran ubicadas en un texto legal penal (aunque no por ello pierden su naturaleza de civiles)⁶. «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible»⁷. Ciertamente, la obligación civil de reparación y de indemnización no nace del delito, sino de la producción del daño o del perjuicio (Cortés Domínguez, V., 2008, pp.175). La insistencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y del Código Civil en relacionar delito y acción civil tiene que ver sobre todo con la expresión de que la reclamación de estos daños y perjuicios se someterá a un régimen jurídico material y procesal diferentes de los supuestos en que se tratara del denominado «ilícito civil». (Artículos 1093, 1101 a 1107, y 1902 a 1910).

Por tanto, a la cuestión de la dificultad de la determinación de la vía procesal por la que se va a procurar la exacción de la responsabilidad civil *ex delicto*, se añade la de que las normas jurídicas que se aplicarán son diferentes. Ello implica que, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento colombiano, es decisiva la calificación –

5 Arts. 1089, 1092 y 1093 CCE. «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible» (art. 100 Ley de Enjuiciamiento Criminal española [LECrim]).

6 Arts. 109 a 122, del Título V («De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales»), del Libro I, del Código Penal español (CPE).

7 Art. 100 LECrim. En armonía con el Código civil, cuando dispone que «[l]as obligaciones nacen [...] y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia» (art. 1089), que luego concreta aún más al afirmar que «[l]as obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal»

como delito- de los hechos para determinar las normas aplicables, lo que sólo se puede producir a través del proceso penal.

Se entiende así que el diseño general establecido por el legislador se corresponde con el modelo antes referido de acumulación de pretensiones civil y penal en un único proceso, de índole penal. Por eso, en nuestro ordenamiento se entiende que no puede sustanciarse separada y simultáneamente la pretensión reparatoria civil y pretensión penal⁸. «Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme» (LECrím, Art. 11). De esta manera, como norma general, junto con el enjuiciamiento penal de la conducta presuntamente criminal, se sustanciará la pretensión civil por los daños y perjuicios derivados de aquella conducta, resolviéndose todo ello en una misma sentencia⁹. Por esto, si la sentencia es condenatoria, en ella misma se incluirá también la condena que proceda sobre la responsabilidad civil emanada del ilícito penal.

Así pues, la incoación del proceso penal limita la formulación de la pretensión civil de reparación del daño, porque esta última no podrá formularse separadamente sino conjuntamente con la primera, aunque se deja margen a la voluntad del perjudicado para reservarla para la vía procesal civil, una vez que haya concluido el proceso penal. Es decir, el ordenamiento jurídico español impone como norma general que la pretensión de reparación del daño *ex delicto* se acumule a la pretensión penal en el proceso penal, pero deja libertad al perjudicado para que pueda optar por esperar a la conclusión del proceso penal y, tras él, promover el oportuno proceso civil. Se requiere que el ejercicio de esta opción sea expreso con exclusión de una tácita elección.

8 Salvo en los supuestos contemplados en el art. 782.1 LECrím, para el procedimiento abreviado: « Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal»

9 «Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renuncie o la reserve expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar» (art. 112 LECrím)

La eventualidad de un proceso civil por esta causa, que se hubiera iniciado antes que el correspondiente proceso penal, está contemplada como un supuesto claro de prejudicialidad, en cuya virtud, se ordenará la suspensión del proceso civil cuando la decisión del juez penal sobre hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil, además de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, si fuese preciso¹⁰.

2.2. Naturaleza privada de la pretensión reparatoria: el valor del principio dispositivo

La pretensión civil, en todo caso, lo es de condena, por cuanto por ella se persigue que al acusado se le imponga una obligación de dar o hacer (extrañamente será de no hacer), y la prestación consistirá en la restitución de los efectos o la indemnización de los daños y perjuicios padecidos por el ofendido o víctima. Aunque también podrá ser mero declarativa cuando la pretensión se dirija a obtener la nulidad de algún contrato que se haya podido realizar a costa del patrimonio de la víctima (Sentencia de 15 de noviembre de 2002).

El derecho a la reparación integral del daño padecido, aún derivando de un delito, tiene naturaleza de derecho subjetivo privado. Y esta naturaleza no se ve alterada por el hecho de que se pueda interponer la pretensión correspondiente en el proceso penal (supuesto del Derecho español) o en un incidente de reparación integral (caso del Derecho colombiano).

Por tanto, aunque discurra por los trámites de un proceso penal, la pretensión de reparación siempre se encuentra sometida a los principios y a las normas materiales y procesales características de la jurisdicción civil, con las especialidades propias del hecho de la conexión con un delito, que es de donde deriva la responsabilidad. Sin duda, desde un punto de vista procesal, la tramitación de esta

10 Art. 40.1 y 2 LEC. En el mismo sentido, el art. 114 LECrim ordena que «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». Esto se ha relacionado con la consideración de los intereses que entran en liza, porque mientras que en el proceso civil sólo podrán contemplarse cuestiones que afectan a intereses privados, que son los afectados cuando se trata de la acción civil, en el proceso penal sí que se pueden tutelar tanto los intereses privados como los públicos, presentes en los conflictos de carácter penal (vid. Cortés Domínguez, V., 2008, pág. 176).

pretensión se inspirará en principios propios del proceso civil. Y es que la responsabilidad civil, aunque acción que se ejercita conjuntamente con la penal por las acusaciones, en modo alguno pierde su naturaleza y autonomía¹¹. La responsabilidad civil *ex delicto* participa de la misma naturaleza que la responsabilidad civil extracontractual ordinaria contenida en los arts. 1902 y ss. CCE y en los arts. 2341 y ss. CCC. No se produce un cambio en su naturaleza jurídica porque esté regulada en un cuerpo legal penal, como ocurre en el caso español (arts. 109 a 122 CP), sino que mantiene su carácter civil, siendo irrelevante que se reclame en vía procesal penal o civil.

De lo anteriormente expuesto deriva la conclusión de que en todo caso la reclamación de la responsabilidad civil *ex delicto* se rige por los mismos principios que los señalados para cualquier pretensión civil, y, aunque se han señalado varios¹², el que de modo esencial impregna el ejercicio de la acción civil *ex delicto* es el característico de todos los procesos civiles: el principio dispositivo¹³.

El principio dispositivo se fundamenta en que los intereses y derechos afectados por el delito, a los que se refiere la acción civil, son de naturaleza privada y por ello sus titulares tienen facultades dispositivas sobre los mismos¹⁴. Ello se traduce desde el punto de vista material, en que los perjudicados pueden libremente decidir si persisten en su titularidad o renuncian a ella, total o parcialmente, o

11 Vid. ATS 564/2018, de 22 de marzo. «La acción civil “ex delicto” no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en un proceso penal, por eso el tratamiento debe ser igual, so pena de establecer agravios comparativos y discriminaciones injustificadas según el perjudicado decida ejercer su derecho resarcitorio en el propio proceso penal o lo reserva para hacerlo en vía civil, como le permite expresamente el art. 109-2º C penal» (STS 99/2014, de 5 de febrero)

12 En el ATS 564/2018, de 22 de marzo se añade el principio de rogación, afirmando que por él se exige el cumplimiento de los principios de bilateralidad, audiencia y contradicción. En realidad, el principio de rogación, que podría relacionarse con la congruencia, es característico del Derecho hipotecario y registral, que se manifiesta, por ejemplo, en el art. 6 de la Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946) o el art. 3 del Reglamento Notarial (Decreto de 2 de junio de 1944).

13 Con más acierto dice la STS 263/2018, de 31 de mayo, que «El ejercicio de la acción civil acumulada en esta jurisdicción penal, cuyo examen corresponde sólo al Magistrado Presidente - art. 4 LOTJ -, concorde reiterada jurisprudencia, no le hace perder su naturaleza privada, estando regida su sustanciación por los principios propios del proceso civil, es decir, oportunidad, dispositivo y aportación de parte»

14 De donde la STS 936/2006, de 10 de octubre, ha deducido las siguientes consecuencias:

«a) La relación jurídica es un derecho privado y por tanto, en ella ha de partirse de la autonomía de la voluntad y de la existencia de derechos subjetivos de los que sus titulares tienen la plena disposición, con todas las consecuencias que ello implica, empezando por la de que el interés privado puede ser satisfecho de modo extrajudicial.

b) La naturaleza de la acción civil derivada del delito participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en la Ley Enjuiciamiento Civil (STC. 18.3.92). Por ello el proceso en el que se van a aplicar las normas regula-

transigen, etc. Desde una perspectiva procesal, los titulares de aquellos bienes pueden decidir si los tutelan por alguna de las vías procesales establecidas, por cual de ellas, si sostienen la pretensión hasta el final o desisten o renuncian, etc.

Hay otros principios que se señalan también, como los de audiencia, contradicción, igualdad, congruencia, etc. Pero son comunes a todo el proceso, incluido el penal, si bien respecto de este último puedan descubrirse ciertos matices y terminología diferentes¹⁵.

2.2.1. La interposición de la pretensión de reparación: instancia de parte o del Ministerio Fiscal

De acuerdo con lo expuesto sobre el imperio del principio dispositivo en esta materia, es la pretensión formulada por la parte, su declaración de voluntad, la que determina la función del juez, tanto por la petición en sí misma -que le obliga a resolver-, como por su contenido. Resulta imprescindible, pues, que se formule la pretensión civil para que el juez penal pueda pronunciarse sobre ella, y lo hará en los términos fijados por el contenido de aquella pretensión (ATS 564/2018, de 22 de marzo).

En el caso del Derecho español, además del ejercicio que puede realizar el propio perjudicado¹⁶, existe la particularidad de que la interposición de la pretensión civil puede ocurrir de modo *cuasi-oficial*, porque el ordenamiento atribuye legitimación al Ministerio

doras de esta responsabilidad ha de quedar sujeto a los principios propios de la oportunidad y sus derivados, el dispositivo y el de aportación de parte. Más específicamente:

- 1) El proceso civil sólo podrá iniciarse a instancia de parte, con lo que habrá de ejercitarse en él una verdadera pretensión, dependiendo por tanto de la decisión del perjudicado el acudir o no al proceso.
- 2) El objeto del proceso será determinado por el perjudicado demandante y el órgano judicial habrá de ser congruente en la resolución, sin que pueda conceder más de lo pedido, en aras del respeto a los principios acusatorio o de congruencia. [...]
- 3) Dada la naturaleza plenamente dispositiva de la responsabilidad civil, nada impide que sobre la misma se realicen todos los actos de disposición que se refieran, bien al objeto del proceso, esto es, a la pretensión civil (allanamiento, renuncia, transacción), bien al proceso, lo que en este caso puede llevar, no exactamente al desistimiento en sentido estricto, pero sí a la reserva de la acción, para ejercerla o no en un posterior proceso civil».

15 «Rige el principio de justicia rogada y no el principio acusatorio, por ello, para medir la congruencia de la sentencia con la pretensión hay que acudir a los criterios del proceso civil y no a las especialidades del proceso penal» (STS 467/2018, de 15 de octubre).

16 «En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible» (art. 109.I LECrim)

fiscal para su ejercicio y, además, le impone el deber de hacerlo. De modo que, aunque el perjudicado no acuda al proceso penal y no se persone, sus derechos e intereses en este punto serán tutelados por la acción del Ministerio público¹⁷.

Pero esto no constituye una disminución del principio dispositivo, porque a todos los efectos, el Ministerio fiscal es una parte del proceso, que interviene defendiendo intereses y derechos ajenos, los del perjudicado, merced a una *legitimación extraordinaria* que le atribuye el Derecho.

En el caso del Derecho colombiano, la ignición del incidente de reparación integral ocurrirá cuando la víctima formule su solicitud expresa para que el juez fallador convoque a una audiencia pública, que es con la que se dará inicio al incidente citado. La solicitud puede ser hecha también por el fiscal o por el Ministerio Público, pero siempre lo harán a instancia de la víctima¹⁸. Pero la pretensión no se introduce hasta el momento de la celebración de la audiencia y lo debería realizar oralmente la propia víctima, expresando la concreta reparación a que aspira (Art. 103, CPP.).

2.2.2. La determinación del contenido de la pretensión de reparación

Íntimamente ligado con el principio dispositivo se encuentra el de congruencia, de tal modo que más bien podríamos decir que éste deriva de aquél. El principio dispositivo obliga al juez a ser congruente con las pretensiones de las partes también en la reclamación de la responsabilidad civil nacida del delito, aún formulándose en un proceso penal¹⁹. Si no se respetara este deber de congruencia (lo que conecta también, no se olvide, con el derecho a la tutela judicial

17 Para el procedimiento penal abreviado se dispone que «[e]l Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley» (Art. 773 LECrim)

18 Artículo 102 CPP: «Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidente». Los arts. 107 y 108 se refieren, respectivamente, al tercero civilmente responsable y al asegurador

19 «En particular, la imposibilidad de fijar una indemnización más alta que la solicitada no es una derivación del principio acusatorio -como se argumenta a veces por inercia- sino del principio dispositivo y el de rogación» (vid. STS 467/2018, de 15 de octubre, que cita las STS 365/2012, de 15 de mayo, 353/2008, de 13 de junio).

efectiva), podríamos encontrarnos con los diferentes supuestos de incongruencia ya conocidos.

Con rotunda claridad, el Derecho colombiano confiere en exclusiva a la víctima la facultad de concretar la forma de reparación integral, que lo hará en el acto de la audiencia a la que sea citado por el juez fallador, junto con las personas frente a las que dirigirá su pretensión (art. 103 CPP). Aunque el precepto consiente que el fiscal o el Ministerio Público puedan presentar la solicitud de incidente de reparación, si así se lo pidiese la víctima, no les atribuye a estas instituciones la facultad de dar contenido a la pretensión.

En el Derecho español, tanto el ofendido como el Ministerio Fiscal, cuando sostenga también la pretensión civil, expresarán en sus escritos de calificación, «la cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida» así como las personas que consideren responsables (Art. 650. II.1º y 2º, 781, 798, etc., LECrim).

Sin embargo, cuando los términos literales de la petición no son lo suficientemente claros y provocan alguna duda sobre cual es el contenido de lo que se pide, con apoyo en el derecho a la tutela judicial efectiva y acudiendo a las normas interpretativas del Código Civil, el tribunal puede deducir la «intención evidente sobre la literalidad estricta de las palabras consignadas en los escritos o en el acta del juicio oral» (ATS 564/2018, de 22 de marzo). Y se ha llegado a afirmar que «[I]a autonomía de tratamiento de la acción civil no exige la aplicación rigurosa del principio vigente cuando se trata de la penal por el cual deben entenderse proscritas las interpretaciones extensivas contrarias al acusado. Si la acción civil puede ejercerse conjunta o separadamente de la penal, renunciarse o reservarse, es perfectamente congruente en línea de principio la aplicación unitaria del mismo régimen jurídico, procesal y sustantivo, en un caso y en otro» (STS 1337/2002, de 26 de octubre).

Y, como ocurre en el proceso civil, el tribunal se pronunciará única y exclusivamente y totalmente sobre las pretensiones que le hayan sido formuladas. Así, cuando el perjudicado desee interponer varias pretensiones, incluso incompatibles entre sí, cuando se for-

mulen con carácter «eventual» o, más adecuadamente, subsidiario (art. 71.4, LEC). Pero, para eso, para que la pretensión principal se tenga por interpuesta y también la subsidiaria, es indispensable que así se solicite expresamente por el perjudicado²⁰.

2.2.3. La renuncia/desistimiento al ejercicio de la reclamación de reparación

1) Antes de nada, es necesario hacer una precisión terminológica fundamental, pues las expresiones «renuncia» y «desistimiento» tienen unos significados jurídicos totalmente diferentes en los ordenamientos colombiano y español.

El término «renuncia» en el Derecho de Colombia se usa en relación con los términos procesales (art. 119 CGP), con el no uso de la excepción de prescripción extintiva (art. 282 CGP), con el decreto sobre costas (art. 365.9 CGP), a las cláusulas sobre prelación de créditos (art. 557 CGP), siempre en el sentido de abandono de una facultad o derecho, que podríamos considerar mayoritariamente de carácter procesal.

En cambio, el «desistimiento» se refiere a la pretensión e implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada» y podrá producir efectos de cosa juzgada (art. 314.II CGP)²¹.

Este desistimiento del Derecho colombiano equivale a lo que en el Derecho español denominamos renuncia y que afecta al derecho o interés en que se sustenta la pretensión. «Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado» (art. 20.1, LEC). En cambio, «desistimiento», para el Derecho español es el mero abandono del cauce procesal abierto, no afectando al litigio o cuestión de fondo, de modo que «actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto» (art. 20.3, LEC).

20 Así, por ejemplo, la STS 382/2010, de 28 de abril, que hace referencia a un defecto de solicitud de que se declare la nulidad del contrato de compraventa y de una indemnización sustitutoria, para el caso de que aquella nulidad no se pudiera otorgar.

21 No obstante, el denominado «desistimiento tácito» podrá producir efectos meramente procesales, en ciertas condiciones (vid. art. 317 CGP)

De lo que aquí se va a tratar de la renuncia (en terminología española) o desistimiento (en expresión colombiana) a la reparación del daño padecido como consecuencia del delito.

2) La Ley de Enjuiciamiento Criminal española contempla la posibilidad de que el perjudicado renuncie a la pretensión civil. Son pocas y mal sistematizadas las normas que se refieren a este acto de carácter dispositivo, pero está fuera de toda duda de que nos encontramos ante una renuncia de derechos de carácter civil, por lo que se deberá estar a lo que se dispone para estos actos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 20.1, LEC). En todo caso, se trata de una manifestación de voluntad, por lo que este acto debe realizarse conscientemente y sin incurrir en error.

La incoación del proceso penal conlleva el ejercicio conjunto de las acciones penal y civil (en terminología de la vetusta LECrim), de modo que se entiende que aún en el supuesto de que se haya formulado sólo la pretensión penal, «se entenderá utilizada también la civil» (art. 112, LECrim), de modo que se atribuye al Ministerio fiscal la función de sostener ambas pretensiones de oficio («haya o no en el proceso acusador particular»). (Art. 108, LECrim). Por este motivo, la incoación de un proceso penal incorpora al mismo las pretensiones penal y la civil, de modo que sólo podrá producirse la renuncia mediante un acto procesal.

La renuncia, que deberá ser expresa, es un acto procesal que deberá estar revestido de los requisitos de defensa y representación adecuados²², por lo que la incomparecencia del acusador al acto del juicio oral no puede equivaler necesaria y automáticamente a la renuncia al ejercicio de la acción civil» (STS 165/2018, de 9 de abril). Como se ha dicho, no hay apenas normas que regulen este aspecto, y el modo concreto en que se deba producir la renuncia tampoco lo está. La renuncia puede tener lugar mediante la presentación de un escrito, con las firmas de abogado y procurador, pero también puede efectuarse mediante una comparecencia, en este caso con el abogado. Incluso, si el juez lo estima oportuno, si la renuncia se produjo por escrito, podría requerir al perjudicado para que se ratifique en

22 La naturaleza procesal de la norma contenida en el art. 112 LECrim se ha puesto de manifiesto en la STS 362/2010, de 28 de abril.

su presencia. Pero la renuncia también puede ponerse de manifiesto en el acto de la vista del juicio oral o en cualquiera de los escritos que deben presentarse por las partes.

Lo que no resulta aconsejable es que, después de expresada la renuncia en la fase de instrucción, el tribunal proponga la ratificación de aquella renuncia en el acto del juicio oral, pues si no se produjera, contradiciendo lo que por escrito había dicho, el conflicto será evidente.

Por lo dicho, la renuncia podría tener lugar fuera del proceso, por cualquiera de los medios que el Derecho contempla, incluso ante notario. Pero nada de eso será útil si no es incorporado al proceso de un modo adecuado y que no deje lugar a dudas sobre la voluntad del perjudicado. Por eso, en estos casos, la ratificación mediante una comparecencia puede ser muy oportuna.

Lo anterior sirve para hacer referencia sobre una realidad y es la de que las partes pueden llegar a un acuerdo extrajudicial sobre las consecuencias civiles del delito, incorporando a la renuncia como el vehículo por el que el acuerdo se va a incorporar al proceso.

No es renuncia el hecho de que los perjudicados no se muestren en la causa (art. 110. II, LECrim). Ni tampoco lo es la manifestación por la parte perjudicada de que no formulará escrito de acusación, ni el mismo hecho de no formularlo (ATS 679/2017, de 20 de abril). Pensemos que al no producirse la renuncia expresa el Ministerio fiscal está obligado, como se ha dicho, a proseguir con el ejercicio de la acción civil, además de que nada impediría que el propio perjudicado, si cambiara de oposición, la sostuviera en los momentos ulteriores del proceso.

Aún más, ni siquiera el aquietamiento con la sentencia y el aparente desentendimiento del perjudicado respecto del recurso de casación, interpuesto el Ministerio fiscal, puede interpretarse ni como desistimiento ni como renuncia tácitos, como en algún caso se ha pretendido. Por el contrario, mientras no conste expresamente la renuncia, el acusador público seguirá legitimado (*ex art. 108 LECrim*) y hasta obligado a sostener la pretensión civil (STS 119/2002; 271/2010). Si ni siquiera la falta de personación del perjudicado en el proceso penal

equivale a renuncia tácita, mucho menos puede entenderse que lo sea el aquietamiento a la sentencia o la falta de personación en el recurso de casación (STS 300/2014, de 1 de abril).

Una vez producida la renuncia, el Ministerio fiscal se limitará exclusivamente a la responsabilidad penal (Art. 108 in fine LECrim.), y, aunque no lo diga así la Ley, los jueces y tribunales penales harán igual, con exclusión de todo aquello que sólo pueda ser útil a la acción civil renunciada²³.

No obstante, la renuncia sólo alcanzará a aquellos perjudicados u ofendidos que la hubieren manifestado, pero no al resto, si los hubiera (art. 107 LECrim). Éstos, los demás perjudicados, son libres de proseguir en el proceso sosteniendo sus propias pretensiones civiles así como penales. Incluso, prevé la ley, podrán ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere.

La renuncia a la pretensión civil de resarcimiento no impide que el propio perjudicado pueda proseguir con el ejercicio de la acción penal (STS 316/2013, de 17 de abril), aunque resulte difícil imaginar el supuesto en la práctica, pero legalmente nada lo impide.

3) El caso de Colombia es distinto, pues las pretensiones penal y civil no se ejercitan conjuntamente. Si la víctima hubiera solicitado la incoación del incidente de reparación integral, se sucederán unas audiencias reguladas en los arts. 103 y 104 del CPP. La ausencia del actor a cualquiera de las audiencias producirá el efecto de desistimiento de la pretensión, con archivo de la solicitud y la condena en costas (art. 104. Parágrafo CPP).

Pero es necesario establecer alguna reflexión sobre esta norma y su posible eficacia jurídica. El incidente de reparación se articula por medio de dos sucesivas audiencias. La primera de ellas se produce como consecuencia de la mera solicitud de la víctima (o del fiscal o del Ministerio Público, a instancias de la víctima). La solicitud simplemente provoca que el juez fallador cite a las partes a una primera audiencia (art. 102, CPP). En el momento de la celebración de la primera audiencia aún no se ha interpuesto la pretensión, lo que

23 «Y también tiene dicho este Tribunal que la acción civil es renunciable, en cuyo caso no es procedente que el Ministerio Fiscal continúe sosteniendo esa pretensión, ni que el Tribunal acuerde indemnización alguna (STS 13/2009, de 20-1)» (Vid. STS 165/2018, de 9 de abril)

tendrá lugar en ese mismo acto y de modo oral. Tras lo cual, el juez se pronunciará admitiéndola o rechazándola: «Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer» (art. 103, CPP).

La segunda audiencia, en cambio, denominada de prueba y alegaciones, sí que cuenta ya con una pretensión debidamente interpuesta y admitida por el juez.

A pesar de esta clara diferencia entre ambas audiencias, la ley establece el desistimiento (renuncia, en la terminología española) como efecto de la ausencia injustificada del solicitante a cualquiera de ellas. Y, puesto que no se ha producido un desistimiento expreso, habrá de entenderse que estamos ante un desistimiento tácito. Pero esto no está exento de dificultades, de las que se van a tratar seguidamente.

Antes, conviene dejar señalado que el texto legal no se refiere al desistimiento expreso, el cual debería ajustarse a la norma general del art. 314 CGP, y que no presenta ninguna particularidad que requiera alguna mención. Probablemente será extraño que esto se produzca en la práctica, pero puede ocurrir cuando se haya producido una negociación extraprocésal y alcanzado un acuerdo, que las partes no desean presentar ante el juez como una conciliación, de modo que la vía para hacerlo aflorar en el incidente sería mediante un desistimiento del actor.

4) Como se ha señalado, la ausencia del solicitante a esta audiencia implicará el «desistimiento de la pretensión», según ordena la ley (Art. 104. Parágrafo, CGP.). Pero este efecto no es compatible con la regulación de la primera de las audiencias, ya que en este caso aún no se ha interpuesto la pretensión por el solicitante ni la misma ha sido admitida por el juez. Por ello, si no existe pretensión no se puede desistir de ella. Si acaso, debería hablarse de una renuncia de los derechos (art. 15 CCC), pero no es fácil de admitir que ésta pueda producirse de modo tácito.

Alejándonos de la literalidad de la norma, la interpretación que parece más correcta es la de entender que estamos ante un desisti-

miento de la pretensión sino de actos procesales, a que también se refiere la norma contenida en el art. 316 CGP. La única consecuencia jurídica que se señala en dicho precepto es el de la condena en las costas²⁴, ocasionadas por el trámite o acto procesal promovido y del que se desiste. Y deberíamos admitir además que el desistimiento en este caso se produce de modo tácito, aunque no encaje plenamente en la disposición que regula este tipo de desistimiento²⁵.

5) En cuanto a la ausencia de la víctima a la segunda audiencia, existe alguna diferencia respecto del caso antes expuesto. La situación procesal es totalmente diferente, porque en esta segunda ocasión la pretensión de la víctima ya consta presentada, pues debió hacerse oralmente en la primera audiencia y el juez debió admitirla. Aquí sí que cabe hablar con propiedad de desistimiento de la pretensión.

Sin embargo, no encaja plenamente en el modelo del CGP, por cuanto el art. 314 se refiere al desistimiento expreso y el efecto de éste sería el de producir los mismos efectos que la sentencia absolutoria. Tampoco se compadece con lo que se prevé para el desistimiento tácito²⁶

6) Todas estas precedentes reflexiones tienen como finalidad la de resolver la duda sobre los efectos sobre el derecho a la reparación integral, que se pueden producir como consecuencia de la ausencia del incidentante a alguna de las audiencias.

Tras lo expuesto, podemos concluir que el desistimiento que se regula en el CPP es *sui generis*, no ajustado a las normas que se comprenden en el CGP, pues tiene sus propios requisitos y efectos.

24 Además de condena a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares, pero que no es relevante en este instante.

25 En efecto, aunque es posible proponer la interpretación de que nos encontramos ante un supuesto de desistimiento tácito (art. 317 CGP), también existen serios inconvenientes. Se podría entender que estamos ante un supuesto en el que el solicitante de un incidente debe cumplir una carga procesal para continuar el trámite de un incidente (art. 317.1 CGP). Pero esta opción cuenta con el inconveniente de que, a pesar del nombre utilizado por el Código de Procedimiento Penal, realmente no se trata de un incidente, sino de un auténtico proceso de naturaleza civil, tal como se ha argumentado anteriormente. Además, se requiere que se haya presentado la demanda, vehículo procesal de la pretensión, lo que de ninguna manera ha ocurrido. Por otro lado, aún en la hipótesis de que se aceptara esta interpretación, encontraríamos el inconveniente de que los efectos que la ley le anuda no son compatibles con la regulación de este trámite.

Del mismo modo, resulta poco pertinente la consideración de que se trata de un supuesto de inactividad procesal (art. 317.2 CGP), porque ésta requiere el transcurso de un año.

26 Los trámites del art. 316.1 CGP, como se ha señalado en la nota al pie anterior, no se corresponderían con los establecidos en el art. 104 CPP.

En concreto, pues es lo que aquí se está planteando, el efecto característico de este desistimiento es el archivo de la solicitud y la condena en costas, tal como se dispone en el Parágrafo del art. 104 CPC.

La duda, por consiguiente, es si la mención que en dicho Parágrafo se hace al «desistimiento de la pretensión» provoca también el efecto de una sentencia absolutoria o, en caso contrario, si podrá volver a presentar posteriormente la solicitud del incidente más tarde o, tercera posibilidad, si quedará expedita la vía de acudir a un proceso civil ante los tribunales de este orden.

Y para llegar a una interpretación satisfactoria, quizás fuera adecuado tener en cuenta la posición de la víctima y la conveniencia de que el ordenamiento despliegue a su favor un adecuado paraguas protector.

2.3. Eficacia recíproca de las resoluciones recaídas en los procesos civil y penal sobre los mismos daños

1) Con independencia de que el legislador haya dispuesto alguno de los dos sistemas, que venimos refiriendo, para la exacción de la RC *ex delicto* (proceso penal seguido de proceso civil o acumulación de la pretensión civil a la penal en el proceso penal), hay ciertas circunstancias que pueden producirse en la práctica, que constituyen un apartamiento de la previsión legal, sin que por ello se incurra en ilegalidad y sin que pueda apreciarse mala fe en las personas litigantes.

Son numerosas las situaciones que entrarían dentro de este capítulo, pero sólo se va a hacer referencia a algunas de ellas, quizás las más frecuentes. Una es el supuesto en el que **las partes pueden haber acudido a la vía civil antes** de que se haya iniciado la vía penal o la eficacia de la sentencia absolutoria respecto de los daños causados.

2) No es extraño que algunas responsabilidades civiles sean tuteladas antes por la vía civil que por la penal, ya porque el perjudicado estime inicialmente que no hay delito, ya porque opte por intentar antes la satisfacción en vía civil que penal. Y cuando esto ocurre, se pueden producir varias situaciones. Una de ellas ocurre

cuando, ejercitada la vía civil, no se produce la plena satisfacción de la pretensión civil y se promueve entonces un proceso penal.

Posiblemente este supuesto se le escapó en su previsión al legislador español decimonónico²⁷, que no imaginó que se pudiese interponer la pretensión civil antes de principiar el proceso penal. Sin embargo, ha entendido el Tribunal Supremo (STS 382/2010, de 28 de abril) que el perjudicado hace efectiva la facultad de opción que se establece en el art. 109.2º CP²⁸, en armonía con lo que previene el art. 111 LECR²⁹.

La incompatibilidad que se establece entre ambas vías procesales, civil y penal, es sólo para el ejercicio simultáneo de ambas, pero no hay obstáculo para su existencia sucesiva. Ahora bien, una vez que se acude al proceso civil y que en él se obtiene una resolución de condena conforme con las pretensiones, aunque la ejecución sea infructuosa, no puede luego interponerse la pretensión civil en el ulterior proceso penal, reclamando los mismos daños patrimoniales, porque eso sería una duplicación de la pretensión que ya está reconocida.

Es decir, podría la víctima de un delito interpretar que es más adecuado a sus intereses reclamar los daños padecidos a través del proceso civil, sin calificar los hechos como delito, alcanzando una sentencia de condena favorable a sus pretensiones. Pero puede también ocurrir -esto es lo que se ha plantado en la práctica- que cuando quiere ejecutar aquella sentencia encuentra dificultad para lograrlo en el patrimonio del deudor. Acto seguido, sea a su propia instancia sea como consecuencia de las actuaciones del Ministerio Fiscal, se incoa un proceso penal para juzgar aquellos hechos. Y esto ha sido tomado como una nueva oportunidad para lograr la satisfacción que no obtuvo en el vía civil.

Pues bien, en este caso no sólo nos encontraríamos ante un claro supuesto de cosa juzgada, sino que de consentirse esta duplicidad se provocaría la incongruencia de hacer posible la ejecución de dos sentencias (STS 1052/2005, de 20 de septiembre), una penal

27 No tiene excusa que las reformas penales y procesales penales de las últimas décadas (no se olvide que el Código Penal es de 1995 y que es continuamente reformado) no hayan contemplado este caso que no es extraño para los tribunales.

28 « El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil».

29 « Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente [...]».

y otra civil, sobre el mismo sujeto y por una misma indemnización, incurriendo en una «flagrante vulneración del principio “*non bis in idem*”, debiendo de desaparecer toda mención a las responsabilidades civiles “*ex delicto*” » (STS 382/2010, de 28 de abril).

Esta tesis del Tribunal Supremo merece alguna matización, como invitación a la reflexión. Cuando se acude por el perjudicado a la vía civil, antes de la incoación del proceso penal, se está ejercitando una acción de responsabilidad extracontractual de naturaleza civil, regida por las disposiciones del Código civil (Art. 1093 CC)³⁰. En cambio, si la misma pretensión se formula en el proceso penal, estaremos ante la responsabilidad civil *ex delicto*, que se regula por el Código penal (Art. 1092 CC)³¹. Por consiguiente, no es totalmente inocua la opción procesal (civil o penal) del perjudicado, sino que tiene relevancia también en cuanto a las normas materiales aplicables.

Por otra parte, se ha usado el argumento de la cosa juzgada para rechazar la interposición de una pretensión civil en el proceso penal, en un caso como el expuesto, puesto que ya ha recaído una sentencia, entendiéndolo más correcto que el principio de *non bis in idem*, que es propio del ámbito sancionador. Se ha sostenido que se trata de un supuesto claro de cosa juzgada material, en cuanto que «ha sido ya agotada la función jurisdiccional de declaración respecto de una determinada pretensión civil, sin perjuicio de que en una misma vía civil se plantee la pretensión de ejecución, teniendo como título inmediato la sentencia de condena», lo que ocurre incluso aunque no se haya acudido a la ejecución. Plantear la pretensión civil ya juzgada en un proceso penal constituye una duplicación de la misma, por lo que dentro de la vía penal, sólo cabe ya plantear la pretensión punitiva (STS 986/2010, de 27 de octubre).

Pues resta una última reflexión, a partir del dato que antes se ha anunciado. Cuando se ejercita la acción civil contra algún deudor es diferente de la que se exige en el proceso penal derivada de la comisión de un delito, «por lo que no existe la identidad para que entre en juego el principio de *non bis in idem*» (ATS de 11 de octubre de 2012).

30 «Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro».

31 «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal».

A mi juicio, nos encontramos en el ámbito de la cosa juzgada, que obliga a comparar no solo los sujetos sino también lo que se pide y, especialmente, los hechos en los que se funda la pretensión. Puede fundamentarse la reclamación en vía civil de una suma dineraria entre dos sujetos en virtud de un título de ejecución y posteriormente, en vía penal, repetirse los sujetos y la suma dineraria pero con base en los perjuicios padecidos por un delito de alzamiento de bienes que ha conducido a la inutilidad de la vía civil emprendida previamente. En este caso, la obtención de una previa sentencia civil favorable no excluye la pretensión civil en el ulterior proceso penal, porque esta segunda pretensión civil se fundamenta precisamente en la imposibilidad de hacer efectiva la sentencia favorable como consecuencia del delito padecido. El perjuicio que se reclama en el proceso penal será, inicialmente, la cuantía que no ha podido obtener en el proceso civil. La coincidencia de sujetos no puede conducir a identificar ambas pretensiones, porque los fundamentos respectivos son distintos.

Distinto sería el caso de una apropiación indebida padecida por un sujeto que optara por acudir en primer término al proceso civil y, obtenida la sentencia favorable, ante la imposibilidad de la ejecución sobre el patrimonio del deudor, promueve la vía penal. En este segundo cauce no resulta admisible una pretensión civil reclamando el producto de la aprensión, porque ello ya ha sido juzgado. La identidad de sujetos y de objeto es palmaria, porque se trata de los mismos hechos. Lo que varía es la calificación jurídica de los mismos, pues ahora el perjudicado estima que se trata de un ilícito penal, pero antes consideró que era un ilícito civil. Los hechos ya han sido juzgados y, además, con resultado favorable para su pretensión³². Distinto será que no pueda obtener la satisfacción efectiva por imposibilidad en la ejecución, pero lograr eso no es función del proceso penal.

Aunque las consideraciones anteriores se han referido al ordenamiento y jurisprudencia españolas, los ejemplos expuestos muestran que situaciones similares pueden producirse en la práctica jurídica colombiana, porque en ocasiones unos hechos tienen apariencia de no constituir un ilícito penal, de manera que pueden ser perseguidos sólo en vía civil, sin perjuicio de que más adelante se aprecie que

³² Puede verse la STS 301/2019, de 7 de junio, relativa a unas reclamaciones realizadas en un concurso de acreedores y que luego se reiteran en el proceso penal, entendiéndose en éste que al haberse obtenido ya la

se ha incurrido en un delito y que resulta oportuno abrir el proceso penal correspondiente.

3) Situaciones diferentes son las del caso de sobreseimiento en la vía penal y la extinción de la acción penal. Aunque son similares, veremos que no son las mismas y que en ambos casos hay notables repercusiones para la responsabilidad civil.

En cuanto a lo primero, dispone la Ley que en caso de que el Juez ordene el sobreseimiento -en el procedimiento abreviado-, si aquél se produjera por causa de exención de responsabilidad penal del sujeto, ordenará que se devuelvan las actuaciones a las acusaciones para calificación, y el juicio proseguirá hasta que recaiga sentencia, a los efectos de imposición al acusado de las medidas de seguridad adecuada y del enjuiciamiento de la responsabilidad civil (art. 782.1, LECrim). Recuérdese que la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, salvo que la extinción se deba a que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer y así se declare por sentencia firme, porque si la causa de la extinción es otra, la acción civil se podrá ejercitar ante la jurisdicción civil. (art. 111, LECrim).

No todas las causas de exención provocarán esta prosecución del procedimiento sino exclusivamente las que seguidamente se enumeran (art. 20, CPE) ³³:

1.º Anomalía o alteración psíquica al tiempo de cometer la infracción penal de tal índole que el sujeto que cometió la infracción penal no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión

2.º Estado de intoxicación plena del sujeto infractor debido al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o estado de síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión

sentencia favorable en el juzgado de lo mercantil, no es posible hacer la reclamación en este segundo proceso («no era posible un nuevo ejercicio de la acción civil en la causa penal»).

33 La única causa que queda excluida por el art. 782 citado es la que se contiene en el apartado 7º del art. 20 CP: « El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».

3.º Alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4.º Actuación en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos señalados en la ley (art. 20.4º CPE)³⁴.

5.º Estado de necesidad del sujeto por el que, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos (art. 20.5º CPE)³⁵.

6.º Miedo insuperable en el sujeto.

Así pues, si el proceso penal concluye sin condena del acusado por alguna de estas causas, la víctima tendrá la opción de acudir al proceso civil o proseguir con el proceso penal en el que se pronunciará una sentencia exclusivamente civil, sobre los daños y perjuicios ocasionados a la víctima. Se trata, sin duda, de una medida dirigida a proteger a la víctima y también para el aprovechamiento de las actuaciones procesales, en un claro acatamiento del principio de economía procesal.

En este sentido, el incidente de reparación integral del Derecho colombiano, podría tener su fundamento también en una sentencia absolutoria, cuando la misma tuviera su fundamento en causas similares a las que se han señalado en el ordenamiento español.

4) Por último, pues estudiar otros muchos supuestos constituiría un abuso de las condiciones de edición de esta obra, debe hacerse mención a la extinción de la pretensión penal y su repercusión sobre la responsabilidad civil. Reza la Ley española que «[1]a extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer» (art. 16.I, LECrim). De aquí cabe deducir dos primeras posibilidades:

34 «Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor».

35 «Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

1. Que no existieron los hechos y, por consiguiente, los eventuales perjuicios civiles -si realmente existieron- no derivan de aquellos hechos.

2. Que existieron unos hechos que ocasionaron los perjuicios, pero no son constitutivos de delito. En este supuesto el perjudicado podrá seguir con su pretensión de reparación, pero ya no fundada en un ilícito penal, sino civil. Esto abre dos posibilidades y las dos tienen cabida en nuestro ordenamiento:

3. La pretensión civil se interpondrá a través de un proceso civil que se deberá incoar *ex novo* (art. 16.II, LECrim)³⁶

d. La pretensión civil, que ya se encuentra formulada en el proceso penal, proseguirá su sustanciación en este proceso, que sólo seguirá para este fin. Esta posibilidad tiene carácter excepcional.

Los tribunales refieren también un supuesto que no es exactamente la inexistencia de delito, sino que el acusado resulta absuelto pero el delito existe y respecto de él hay otros acusados, los cuales continúan sujetos al proceso penal. Si el sujeto, aunque absuelto del delito, se estima que se benefició del mismo y que ha participado en sus efectos económicos, es tenido por partícipe a título lucrativo, siendo por ello responsable civil del mismo(ATS 262/2017, de 17 de enero. art. 122 CPE). En este supuesto, el proceso penal prosigue con los otros acusados, sin que exista dificultad alguna para que la acción civil se mantenga acumulada a la penal y se resuelvan conjuntamente en la sentencia. Lo único que varía en este caso es la posición procesal del sujeto que, de ser acusado pasa a responsable civil.

El Tribunal Supremo, al considerar que la pretensión civil se acumula como eventual de la acción penal, en el proceso de esta índole, determina que su pervivencia está sujeta a la existencia de la responsabilidad penal (STS 430/2008, de 25 de junio; 172/2005, de 14 de febrero). Por esa razón, si concurre una causa extintiva de la

36 «En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido».

responsabilidad criminal (STS 430/2008, de 25 de junio; 172/2005, de 14 de febrero), una exención de responsabilidad penal (ATS 9781/2014, de 13 de noviembre), inexistencia de punibilidad por la concurrencia de una excusa absolutoria (STS 1061/2005, de 30 de septiembre; 1288/2005 de 28 de octubre; 467/2018, de 15 de octubre), etc., en suma, cuando se produce la absolución de la acción penal, no será posible un pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil que hubiera derivado del delito, por lo que no podrá proseguir el proceso penal con la única finalidad de establecer dicha responsabilidad civil, debiendo acudir a la jurisdicción civil para obtener el resarcimiento que fuera procedente, salvo en los casos en los que la ley expresamente así lo autorice. La obligación del tribunal de pronunciarse sobre las acciones civiles, dimanantes del delito, sólo existe cuando se acredita el hecho originador de dichas responsabilidades y que este es un delito (STS 1288/2005 de 28 de octubre).

Pero, el propio Tribunal Supremo reconoce que en algunos supuestos es necesario que el proceso penal llegue hasta la práctica de la prueba en el juicio oral, porque sólo de esa forma se puede concluir terminantemente si concurren o no los presupuestos fácticos de la excusa absolutoria. Esto puede suponer que se desarrolle la prueba acreditativa de la existencia del delito, de su autoría y también de la propia responsabilidad civil. Por eso, «en estos casos sí puede determinarse la responsabilidad civil para no repetir un proceso de las mismas características» (STS 618/2010 de 23 de junio)³⁷.

Conclusiones

Los Derechos español y colombiano siguen dos modelos distintos para la satisfacción del derecho a la reparación del daño derivada del delito. El Derecho español opta por la acumulación de la pretensión civil de reparación a la acusación penal, dentro del proceso penal. El Derecho colombiano establece un proceso civil (el *incidente de reparación integral*) tras la sentencia de condena penal.

37 En esta resolución se concluye que «[e]n el caso de autos, no se discute el parentesco, ya que el denunciante se reconoce como hermano de uno de los acusados. Por tanto, la determinación de la responsabilidad civil, debe realizarse en la jurisdicción civil, practicando la prueba pertinente para concretar la cuantía de la que dispuso el acusado y que puede ser objeto de demanda por el recurrente».

Pero en ninguno de estos dos modelos se contiene una previsión normativa suficiente que coordine adecuadamente los efectos que recíprocamente pueden producir los procesos civil y penal que se abran sobre unos mismos hechos. La práctica forense nos muestra situaciones posibles en las que los hechos pueden ser juzgados antes en la vía civil que en la penal.

Por último, es necesaria una previsión normativa más completa para la eventualidad de que el proceso penal concluya sin una condena penal, para que los daños producidos por los hechos juzgados puedan ser llevados a la vía procesal civil lo más rápida y eficazmente que sea posible, evitando dilaciones y duplicidades, particularmente en orden a la prueba.

REFERENCIAS

Cortés Domínguez, Valentín. (2008). Derecho procesal penal. Valencia: Tirant lo Blanch

Referencias Jurídicas

Congreso de la República de Colombia. (1 de septiembre de 2004) Artículo [Título I]. Código de procedimiento penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658.

—(12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489. Recuperado de: [http:// www.secretariassenado.gov.co/senado/base-doc/ley_1564_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base-doc/ley_1564_2012.html)CCC

Constitución Española. [Const.] (29 de noviembre de 1978). BOE: 311 de 29/12/1978

Constitución Política de la República de Colombia. [Const.]. (1991). Gaceta Oficial de la República de Colombia No. 116 de julio 20 de 1991.

Corte Constitucional de[Colombia]. (2011) Sentencia C-520 de 2011.

— (1992) T-006 de 1992

Ministerio de Gracia y Justicia. (24 de julio de 1889). [Real Decreto de 24 de julio de 1889]. Por el que se publica el Código Civil. BOE-A-1889-4763

Ministerio de Gracia y Justicia. (14 de septiembre de 1992). Por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [Real Decreto de 14 de septiembre de 1882]. BOE-A-1882-6036

Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 Noviembre 1969, Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>

ONU. (de 18 de diciembre de 2000) Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), DOCE C.

—Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171, Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html> [Accesado el 26 Octubre 2020]

Tribunal Supremo español. (14 de febrero de 2005). Sentencia 172/2005.

— (2012). Auto de 11 de octubre de 2012

— (2014). Auto 9781/2014, de 13 de noviembre

— (2017). Auto 679/2017, de 20 de abril

— (2018). 564/2018, de 22 de marzo

Tribunal Supremo español (2017) Auto 262/2017 de 17 de enero. Art. 122, CPE

— (15 de noviembre de 2000). Sentencia 99/2014

— (2002). Sentencia 119/2002

- (26 de octubre de 2002). Sentencia 1337/2002
- (20 de septiembre de 2005). Sentencia 1052/2005
- (30 de septiembre de 2005). Sentencia 1061/2005
- (28 de octubre de 2005). Sentencia 1288/2005
- (2006). Sentencia 936/2006
- (13 de junio de 2008). Sentencia 353/2008
- (25 de junio de 2008). Sentencia 430/2008.
- (2010). Sentencia 362/2010
- (2010). Sentencia 271/2010
- (28 de abril de 2010). Sentencia 382/2010
- (27 de octubre de 2010). Sentencia 986/2010
- (15 de mayo de 2012). Sentencia 365/2012
- (17 de abril de 2013). Sentencia 316/2013
- (5 de febrero de 2014). Sentencia 99/2014
- (1 de abril de 2014). Sentencia 300/2014
- (9 de abril de 2018). Sentencia 165/2018
- (31 de mayo de 2018). Sentencia 263/2018
- (15 de octubre de 2018). Sentencia 467/2018
- (2019). Sentencia 301/2019