

Capítulo V

SISTEMA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS REPARADORAS EN LA DELINCUENCIA SOCIOECONÓMICA

ANTONI CARDONA BARBER

*Profesor e investigador postdoctoral de Derecho Penal en la Universitat
Autònoma de Barcelona*

Sumario: 1. CUESTIONES PREVIAS: EL OBJETIVO REPARADOR DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA DELINCUENCIA SOCIOECONÓMICA. 2. LA UTILIDAD REPARADORA DE LAS PENAS PECUNIARIAS. 2.1 Algunas cuestiones generales sobre las penas permitidas. 2.2 La posible función reparadora de la pena de multa. 3. LA POSIBLE UTILIDAD RESTAURATIVA DEL DECOMISO. 3.1. Algunos apuntes generales sobre el decomiso. 3.2. La posible función restaurativa del decomiso. 4. DELITOS SOCIOECONÓMICOS Y REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA: LA CUESTIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 4.1. La utilidad reparadora del artículo 112 del Código penal. 4.2. Algunas medidas previstas en la Parte especial del Código penal. 5. CONSIDERACIONES FINALES. 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. CUESTIONES PREVIAS: EL OBJETIVO REPARADOR DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA DELINCUENCIA SOCIOECONÓMICA

Como ha sido señalado a lo largo de esta obra, durante las últimas décadas, en varios países, y dentro de las corrientes de la conocida como justicia restaurativa, se han ido planteando una serie de

propuestas alternativas a los modelos tradicionales de resolución de conflictos penales¹.

En el capítulo I se han desarrollado y explicado las bases teóricas y las principales características de las corrientes de justicia restaurativa, las cuales, esencialmente, cuentan con un doble propósito: favorecer la reparación del daño padecido por las víctimas del delito y, mejorar su protagonismo en el transcurso del proceso penal². A tal fin los sistemas de justicia restaurativa canalizan sus respuestas a través de los conocidos como procesos restaurativos, procesos que facilitan encuentros participativos donde, víctimas y victimarios, intentan alcanzar algún tipo de acuerdo reparador³.

De todos modos, como también ha sido puesto de manifiesto a lo largo de esta obra, en la actualidad no contamos con una conceptualización única de justicia restaurativa⁴. Así, si bien las primeras

¹ Entre muchos otros ver TAMARIT SUMALLA, J.M: (2012) «La justicia restaurativa: concepto, principios y marco teórico», en Tamarit (Coord.) *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares; o, también, SHAPLAND, J: (2014) «Implications of growth: Challenges for restorative justice», en *International Review of Victimology*, p. 113.

² En este sentido, por ejemplo, GARCÍA ARÁN señala que: «En la segunda mitad del siglo XX se produjo lo que ha sido denominado movimiento de redescubrimiento de la víctima, genéricamente dedicado a reconocer los derechos de las víctimas de los delitos y, en ocasiones, a otorgarles un mayor protagonismo en el proceso penal»: GARCÍA ARÁN, M: (2011) «Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica», en *Un Derecho penal comprometido, libro homenaje al Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 449.

³ Entre otros muchos otros ver GORDILLO SANTANA, L.F: (2007) *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007; o, BARONA VILAR: (2011) *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp.144-149.

⁴ Actualmente las teorías de justicia restaurativa discurren por distintas corrientes con modelos reparadores singulares. Así se señala, por ejemplo, en el Manual sobre programas de justicia restaurativa, editado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, donde se apunta que la justicia restaurativa es «un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto»: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf (enlace consultado el 21 de febrero de 2020). De todos modos, TAMARIT SUMALLA señala los puntos sobre los cuales existe un amplio consenso internacional respecto de un programa que exprese un «espíritu restaurativo» en: TAMARIT SUMALLA J.M: (2013) «El necesario impulso

formulaciones de justicia restaurativa nacieron de fuentes anglosajonas, con apoyos técnicos esencialmente criminológicos, y de marcada tendencia utilitarista, actualmente algunas de las nuevas aportaciones técnico-jurídicas están propiciando una suerte de reformulación o, como mínimo, moderación, de algunas de las políticas inicialmente reclamadas⁵.

En este sentido, el desarrollo pormenorizado de las cuestiones sobre las diferentes tipologías o conceptualizaciones de las corrientes de justicia restaurativa no solamente desbordaría el objeto concreto de esta contribución, sino que, además, comportaría un indeseable solapamiento con algunos de los temas tratados en otros capítulos de esta obra. Así, por cuestiones de espacio y sistematización, aviso al lector que en las páginas siguientes no encontrará un tratamiento de la dicotomía referida.

Ahora bien, sí se puede observar que, a nivel internacional, y dentro de las corrientes de justicia restaurativa, se está imponiendo la idea de que debe mejorarse el papel de las víctimas dentro del procedimiento penal⁶. Posiblemente las primeras alegaciones en este sentido, muy críticas con el sistema penal en general y el papel dado a la víctima en particular, se podrían encontrar en las obras de CHRISTIE⁷ o de ZEHR⁸. En concreto, en estas líneas de pensamiento no solamente se señala que la doctrina no se ha interesado suficientemente por las vícti-

de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», en *Ars Iuris Salamanticensis, Volumen 1*, 139-160, p. 143.

⁵ Por ejemplo WALGRAVE, L: (2007) «Integrating criminal justice and restorative justice», en JOHNSTONE, G./ VAN NESS, D.N.: *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing; o, SHAPLAND, J: (2014). También desde una visión muy amplia, MAGLIONE, por ejemplo, considera que la justicia restaurativa refiere a «un campo dinámico de ideas, valores y principios producidos por académicos, defensores y profesionales, desde principios de la década de 1980, sobre por qué y cómo tratar los delitos»: MAGLIONE, G: (2019) «The political rationality of restorative justice» en, *Theoretical Criminology*, p. 547.

⁶ MIR PUIG, S: (2016: 49).

⁷ Por ejemplo CHRISTIE, N: (1977) «Conflicts as Property», en *The British Journal of Criminology*.

⁸ Ver, por ejemplo, ZEHR, H: (1990) *Changing lenses: a new focus for Crime and Justice*, Scottsdale, PA, Herald Press; o ZEHR, H: (1985) «Retributive Justice, Restorative Justice», en *New Perspectives on Crime and Justice, Occasional paper of the MCC Canada Victim Offenders Ministries Program*, en cuya página

mas del delito, las cuales, se han visto históricamente marginadas ante las preocupaciones que sí han despertado los victimarios⁹ sino que, incluso, se afirma que las necesidades de los perjudicados del delito nunca han sido tenidas en cuenta por parte del legislador, quedando marginadas a cuestiones secundarias dentro del procedimiento penal.

No obstante, a mi juicio, esta pretendida marginación de la víctima en el proceso penal no se observa en el sistema español, no, al menos, de forma flagrante. En cuanto a la cuestión procesal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no solamente permite la libre personación de la víctima como parte activa del proceso, sino que, incluso, se le confiere la posibilidad de pedir penas e indemnizaciones muy superiores a las eventualmente solicitadas por parte del Ministerio Fiscal, lo cual, evidencia que en España los perjudicados y ofendidos pueden participar activamente y con plena autonomía en el procedimiento penal.

Además, más allá de la norma ritual, la norma sustantiva penal también contiene varios instrumentos que, de forma razonable, buscan favorecer y facilitar la indemnización de las víctimas, y, por ello, no es cierto que el sistema penal se haya «olvidado» sistemáticamente de las necesidades reparadoras de los ofendidos por el delito¹⁰. Por ejemplo:

- a) Por medio del artículo 21.5 CP se fomenta la reparación del daño causado a la víctima elevándola a la categoría de atenuante de la pena, en la práctica judicial muchas veces considerada como muy cualificada.
- b) También se anima al delincuente a indemnizar a las víctimas a través de lo dispuesto en el artículo 80 del CP, precepto que permite suspender las penas inferiores a los dos años de prisión

6 y ss. se señalaba rotundamente que el sistema de justicia criminal no funciona para las víctimas ni se preocupa por sus necesidades.

⁹ También ver a LEMLEY ELLEN C: (2001) «Designing Restorative Justice Policy: An Analytical Perspective», en *Criminal Justice Policy Review*, Vol.12, Number 1, March, p. 44, donde en concreto se señala que: «Currently, victims and communities play no widespread active role in the justice system».

¹⁰ En esta línea, no solamente discutiendo la pretendida mejor atención de la víctima en los sistemas de justicia restaurativa, sino, incluso, tildando de mitos sus principales postulados, ver a KATHLEEN DALY: (2002) «Restorative justice, The real story», en *Punishment & Society*, 2002.

si el delincuente primario se ha responsabilizado de pagar la responsabilidad civil del delito cometido.

- c) También debe recordarse que el artículo 126 del Código penal impone una prelación favorable a los perjudicados del delito, en el sentido de que los pagos realizados por el condenado se destinarán, primero de todo, a reparar el daño y pagar las indemnizaciones de las víctimas del delito¹¹.
- d) También, el artículo 127 octies, tercer apartado, dispone que los bienes decomisados deberán utilizarse para indemnizar a las víctimas, y, solamente si no concurren víctimas pendientes de reparación, podrán destinarse a otros fines.
- e) Incluso, por medio del artículo 130.5 CP la política criminal ha decidido que, en algunos delitos, el perdón del ofendido excluirá la responsabilidad penal del ofensor, perdón que, normalmente, se conseguirá después de que se hayan visto satisfechas las expectativas económicas de las víctimas.
- f) A mayor abundamiento, el artículo 72.5 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, señala que «la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales (...)».

Pues bien, más allá de todo lo anterior, y justificándose en la pretendida marginación de la víctima, por parte de algunas corrientes de justicia restaurativa se han propuesto algunos mecanismos reparadores que deben criticarse. Me refiero, en concreto, al método que defiende que las víctimas deben disponer plenamente del conflicto para, si lo estiman conveniente, llevar a cabo una negociación libre

¹¹ Subsidiariamente, los pagos realizados se imputarán en el orden siguiente: (i) a la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa; (ii) a las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago; (iii) a las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados; y, finalmente, (iv) al pago de la multa.

con el victimario, mediante la cual puedan acordarse todo tipo de pactos indemnizatorios a cambio de posibles exoneraciones penales de obligada aceptación por parte de la autoridad judicial¹². En este sentido, considero que este tipo de «justicia penal privada» no solamente permitiría que los acusados «comprasen» atenuantes, eximentes, o perdones, sino que, incluso, comportaría una obscena desigualdad de trato judicial, entre los pudientes y los desdichados: solamente aquellos individuos con una capacidad económica suficiente podrán permitirse el lujo de pagar y librarse de la acción penal¹³. Además, estos pactos entre víctimas y victimarios, con capacidad de influencia definitivas sobre la pena, pondrían en serio riesgo la prevención general negativa en aquellos delitos (como los socioeconómicos) donde los autores dispusieran de una capacidad económica suficiente para poder comprarse la libertad. En este contexto, considero que la función intimidatoria de la pena en la delincuencia de cuello blanco no es una función menor, todo lo contrario: la realidad constante de los hechos la revelan como una indudable necesidad social a la cual no podemos renunciar.

Es quizá este lugar donde mejor se manifiesta la idea de que los sistemas de justicia restaurativa y justicia tradicional (o mal llamada «justicia retributiva»: hace muchos años que el Derecho penal contemporáneo se justifica principalmente en la prevención y no en la re-

¹² En la línea de pensamiento crítico iniciada por CHRISTIE (y no compartida en esta contribución) se defiende, incluso, que el Estado ha «robado» a las víctimas la propiedad de su conflicto y su derecho a reivindicar y solucionar libremente el ataque por ellas sufrido: CHRISTIE, N: (1977).

¹³ Por ejemplo, ver SOLETO, H/ GRANÉ A: (2019) *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Madrid, Dykinson, p. 530, donde se señala que si la reparación que pudiese dar pie a beneficios penológicos únicamente fuera una cuestión económica se «trasladaría un mensaje de impunidad a aquellas clases sociales más pudientes».

tribución) no son ni sistemas incompatibles ni polos opuestos¹⁴, sino que cada uno de ellos puede tener su espacio y justificación práctica¹⁵.

Entiéndase que no estoy en contra de cualquier tipo de pacto procesal entre víctimas y agresores. Ahora bien, cualquiera que haya tenido la oportunidad de ejercer la abogacía penal, y se haya visto en la tesitura de negociar pactos con alguna de las partes, puede ser consciente que los acuerdos privados, cuando la cuestión todavía está *sub iudice*, contaminan inescindiblemente el proceso penal. Por ello, considero que los pactos de naturaleza económica alcanzados dentro de los procesos restaurativos o encuentros participativos, con capacidad de influencia sobre la pena, deberían posibilitarse solamente en aquellos delitos considerados de menor gravedad. En los otros casos, los fines preventivo generales y especiales del Derecho penal, conseguidos a través de la amenaza y ejecución de las penas, deben hacer postergar las eventuales necesidades económicas de las víctimas.

Evidentemente en este campo, el de la satisfacción de la víctima y la reparación del daño, caben plantearse mejoras y perfecciones. De hecho, considero que algunos de los instrumentos ideados dentro de las corrientes de justicia restaurativa, como los encuentros participativos, o los convenios entre partes sometidos a validación judicial, pueden ayudar a mejorar la intervención de las víctimas en el proceso penal y, también, mejorar sus expectativas a la hora de fomentar una completa reparación del daño. Ahora bien, estos instrumentos están especialmente pensados para resolver los conflictos dimanantes de los delitos tradicionales, es decir, aquellos tipos penales con bienes jurídicos individuales y víctimas concretas identificables. En cambio, en el campo de la delincuencia socioeconómica en general, y, en particular, en aquellos delitos económicos donde se tutelan intereses colectivos, cuya consu-

¹⁴ Incluso, ZEHR, uno de los pensadores más críticos con el sistema penal tradicional, revisa sus posiciones iniciales para acabar aceptando que: «The contrasting models that I outlined there retributive justice vs. restorative justice have been widely adopted in the field. Those charts remain a useful analytical or critical tool, but on the philosophic or theoretical level, I no longer see restoration as the polar opposite of retribution». ZEHR, H/ GOHAR, A: (2003) *The little book of Restorative Justice*, Good Books, p. 11.

¹⁵ Entre otros, sobre la compatibilidad de ambos sistemas, ver DANIELS, G: (2013) «Restorative justice: Changing the paradigm» en *Probation Journal, The Journal of Community and Criminal Justice*, p. 311.

mación podría lesionar a un grupo de víctimas difundidas, las contribuciones especializadas, al menos en el sistema jurídico de la Europa continental, se encuentran todavía en un estado muy incipiente.

En este sentido, en el campo del *common law*, donde los márgenes dispositivos jurisdiccionales son mucho más generosos que los límites previstos en el sistema del *civil law* (algo que, a mi juicio, no es precisamente una virtud del sistema anglosajón), las experiencias prácticas acumuladas en los últimos años han dado pie a distintas publicaciones que valoran las técnicas restaurativas en casos de delincuencia corporativa con víctimas colectivas. Por ejemplo, SPALDING, desde una interesante visión de derecho penal internacional, critica que los fondos económicos recibidos por el Estado, tras la condena de una empresa por delitos socioeconómicos transnacionales, no sean destinados a la reparación de los daños soportado por las comunidades directamente afectadas por los delitos cometidos¹⁶. O, entre otros, GABBAY, desde una perspectiva de justicia restaurativa, y en el campo de los delitos de cuello blanco, valora la oportunidad de evitar las penas de prisión para favorecer las condenas a trabajos en beneficio de la comunidad¹⁷.

En nuestro sistema penal-continental podríamos destacar la publicación del proyecto de investigación «Victims and Corporations, Legal Challenges and Empirical Findings»¹⁸, en cuyo capítulo noveno AERTSEN, con la ayuda de la figura de la víctima sustituta o el representante de la comunidad, apuesta por seguir utilizando el recurso de los encuentros participativos en los delitos corporativos causantes de daños comunitarios, señalando, específicamente para los delitos ecológicos, que los intervinientes en dichos encuentros deberían ser capaces de superar la visión antropocéntrica del mundo y enfocar el

¹⁶ SPALDING, ANDREW, B: (2015) «Restorative Justice for Multinational Corporations», en *Ohio State Law Journal*, pp. 358 y ss.

¹⁷ GABBAY, ZVI. D: (2012) «Exploring the Limits of the Restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime», en *Cardozo School of Law Journal of Conflict Resolution*, pp. 421 y ss.

¹⁸ https://asgp.unicatt.it/asgp-VictimsCorporations_Ebook_2018.pdf (enlace consultado en fecha 25 de julio de 2020 donde se da cuenta del resultado del proyecto de investigación «Victims and Corporations. Implementation of Directive 2012/29/EU for Victims of Corporate Crimes and Corporate Violence» dirigido por, entre otros, GABRIO FORTI, y financiado por el programa de la Unión Europea JUST/2014/JACC/AG/VICT/7417).

encuentro a la luz de una nueva mirada “ecocéntrica” del bien jurídico lesionado¹⁹.

También, desde una mirada «maximalista» de la justicia restaurativa, WALGRAVE defiende que el valor de esta nueva mirada de justicia penal no debe buscarse en el tipo de procedimiento utilizado (tradicionalmente encuentros participativos entre víctimas y victimarios), sino, en los objetivos y resultados reparadores concretamente alcanzados²⁰. Así, en ocasiones, cuando los encuentros participativos no puedan realizarse, ya sea por la falta de voluntad de alguna de las partes, ya sea por la naturaleza compleja de algunos tipos penales (como ocurrirá en la mayoría de delitos socioeconómicos), los fines reparadores de la justicia restaurativa deberán buscarse a través de otros instrumentos restaurativos. En este contexto, convengo con el autor precitado que, en estos escenarios, incluso, son perfectamente aceptables algunos de los instrumentos sancionadores vigentes si éstos son utilizados con una vocación restaurativa y con fines reparadores²¹. En la misma línea, NIETO MARTÍN defiende que en el campo del derecho penal societario deben priorizarse aquellos instrumentos sancionadores que cuenten con algún contenido restaurativo o reparador, postergándose aquellos otros que solamente tengan una mirada retributiva²².

En definitiva, la reparación y restauración de los perjuicios y daños causados constituye uno de los principales objetivos de la justicia restaurativa y, por ello, la dificultad o imposibilidad de identificar víctimas concretas, como ocurre en la mayoría de delitos socioeconómicos con bienes jurídicos colectivos, no puede justificar el abandono de las

¹⁹ AERTSEN, I.: (2018) «Restorative justice for victims of corporate violence», en FORTI, G. (Ed.): *Victims and corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Wolters Kluwer, CEDAM, Milano, p. 249

²⁰ WALGRAVE, L.: (2011) «Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice», en, *Washington University Journal of Law & Policy*, pp. 95 y ss.

²¹ WALGRAVE, L.: (2007: 565); o también, WALGRAVE, L.: (2011: 95).

²² En este sentido, este autor cita algunas experiencias desarrolladas en otros países, en especial los Estados Unidos, como las condenas a empresas a trabajos en beneficio de la comunidad o las posibles penas pecuniarias en beneficio de la comunidad: NIETO MARTÍN, A.: (2017) «Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?», en HOYOS SANCHO, M. *La víctima del delito y las últimas reformas penales*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 319 y ss.

pretensiones reparadoras²³. Por ello, en las siguientes páginas intentaré analizar cómo pueden utilizarse las penas de multa, la técnica del decomiso y, algún instrumento concreto previsto en el sistema de responsabilidad civil *ex delicto*, para mejorar la reparación del daño en escenarios de delincuencia socioeconómica con víctimas colectivas, colmándose, asimismo, algunos de los objetivos de la justicia restaurativa, sin tener que renunciar, no obstante, al carácter público e indisponible de la respuesta jurídico-penal estatal²⁴.

2. LA UTILIDAD REPARADORA DE LAS PENAS PECUNIARIAS

2.1. Algunas cuestiones generales sobre las penas permitidas

La pena, en cuanto consecuencia jurídica del delito, ha sido uno de los temas que más ha preocupado a la política criminal de los últimos doscientos años²⁵. Es más, uno de los cambios jurídico-penales de mayor impacto ha sido, precisamente, el operado a partir de la nueva teorización de las penas admisibles en el Estado social contemporáneo. En este sentido, gracias a los esfuerzos de los pensadores ilustrados del Siglo XIX, las legislaciones decimonónicas superaron el marco penológico bárbaro, característico del *Ancien Régime*, y apostaron por un sistema de Derecho penal ilustrado garantista con los principios de taxatividad, proporcionalidad y humanidad de las penas.

En concreto, puede decirse que las ideas de BECCARIA²⁶ «constituyeron la antesala del derecho penal moderno²⁷» y señalaron algu-

²³ En términos similares se expresa WALGRAVE, L: (2002) "La justice restaurative et les victimes", *Le Journal International de Victimologie*.

²⁴ En este sentido, GARCÍA ARÁN critica que, para la mayoría de teóricos defensores de la justicia restaurativa, al menos en su versión más ortodoxa, el carácter público de la relación jurídico-penal entre el Estado y el delincuente es «un anacronismo que se puede superar»: GARCÍA ARÁN, M: (2011: 450).

²⁵ MIR PUIG, S: (2016: 693).

²⁶ En especial las plasmadas en su obra «De los delitos y las penas», publicada en el año 1764.

²⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J: (1995) *Prevención y Teoría de la Pena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, p.21.

nos de los límites que deberían imponerse al poder punitivo Estatal. A mayor abundamiento, y en confluencia con lo anterior, se abrieron paso las nuevas teorías filosóficas de la pena, las cuales, favorecieron una cierta moderación penológica a la luz, primero, del sentido retribucionista proporcional de la pena (en las teorías absolutas) o, después, a través de la finalidad preventiva utilitaria de la misma (en las teorías relativas).

En este sentido, inicialmente se impusieron las concepciones absolutas retribucionistas, según las cuales, el mal infligido por la pena tenía como sentido la compensación del mal cometido por el delincuente. De este modo, ya fuera en base al imperativo categórico kantiano²⁸, ya fuera a la luz del sentido de la retribución jurídica hegeliana²⁹, la pena miraba al pasado, no al futuro: servía para retribuir al autor del delito cometido, siempre de forma proporcional al daño cometido³⁰. No obstante, en la actualidad puede observarse una posición doctrinal mayoritaria más favorable a los postulados de la escuela relativa, según los cuales, las penas cuentan con una finalidad utilitaria, de naturaleza preventiva, que justifica su imposición³¹.

²⁸ I. KANT: (1797) *La metafísica de las costumbres* (*Metaphysik der Sitten*), en especial pp.167 y ss, donde el filósofo prusiano justifica su moral retribucionista a partir de su clásico ejemplo de la isla.

²⁹ G. W. F. HEGEL: (1821) *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, ed. Edhasa, 2ª edición, 1999, en cuya página 186 se señala que: «el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho».

³⁰ Con algunas referencias interesantes en DURÁN MIGLIARDI, M: (2011) «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual», en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* N°16 (91-113).

³¹ De todos modos, actualmente se ha encontrado una cierta solución de compromiso (a partir esencialmente de las aportaciones teóricas de ROXIN), en las teorías mixtas, las cuales, si bien consideran que la prevención es la principal finalidad de la pena, aceptan cierto grado de sentido retribucionista como elemento necesario a su justificación. Muy resumidamente, podría decirse que el legislador, al describir el marco de actuación penal favorece la prevención general negativa. Asimismo, cuando el juez penal impone una pena al condenado, actúa sirviendo a la prevención general positiva y, también, a la necesaria retribución. Finalmente, cuando el interno está cumpliendo condena, las decisiones tomadas en la fase de ejecución de la pena deberán orientarse a la luz de los criterios de la

Gracias a todo lo anterior, en las nuevas legislaciones, configuradoras del Derecho penal moderno, se fueron abandonado paulatinamente las penas capitales, las corporales, y, los trabajos forzados. En su sustitución los legisladores decidieron hacer descansar el nuevo protagonismo de la respuesta jurídico-penal en las penas privativas de libertad. De todos modos, acertadamente, la desescalada punitivista, si bien padeciendo un cierto movimiento pendular, ha continuado desarrollándose a lo largo de todo el siglo XX, periodo donde la mayoría de legislaciones comparadas han ido incorporado en sus ordenamientos penales algunas alternativas menos aflictivas y estigmatizantes que la clásica pena de prisión.

En este sentido, si analizamos las penas específicamente previstas en el actual Código penal español veremos cómo las penas de multa son el recurso más utilizado por el legislador, solamente superado por la clásica pena de prisión³². Puede decirse, por tanto, que en la actualidad el uso de la pena de multa en el sistema jurídico-penal español es recurrente. Todo ello es una clara manifestación de las corrientes de modernización de las medidas penales referidas más arriba.

2.2. *La posible función reparadora de la pena de multa*

En cuanto a la posible función reparadora de la pena de multa en los delitos económicos, la propuesta que quiero plantear es la siguiente: en los delitos donde se tutelen intereses comunitarios, y, al objeto de intentar mejorar la restauración del daño cometido por el delincuente socioeconómico, el Estado, además de utilizar los instrumentos indemnizatorios tradicionales, podría intentar completar la reparación del bien jurídico lesionado con la ayuda del dinero de la multa (o, como mínimo, con parte del montante obtenido), destinándolo a financiar proyectos orientados a la protección, o la restauración, o la

prevención especial positiva. Así ROXIN, C: (1976) «Sentido y límites de la pena estatal» en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid; o, también, ROXIN, C: (2006) *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, pp. 95 a 104.

³² Así, por ejemplo, MIR PUIG, S: (2016: 750): «Siguiendo el ejemplo de otras legislaciones recientes, como la alemana, la austríaca, la italiana y la francesa, el Derecho penal español ha querido conceder a la pena de multa un papel mucho más importante que el que le correspondía anteriormente».

mejora, de los bienes jurídicos dañados (o puestos en peligro) por el delincuente condenado.

Intentaré poner algunos ejemplos prácticos que faciliten la comprensión de esta propuesta. Por ejemplo, en una lesión medioambiental, derivada de un delito ecológico, la indemnización civil pagada por la empresa condenada servirá, como máximo, para reparar una parte del daño cometido por aquélla: en este tipo de delitos los daños ecológicos normalmente son incalculables, apareciendo, incluso, después de la sentencia firme, nuevos resultados lesivos de la conducta ya condenada. Es más, recuérdese que, a la luz del esquema básico y tradicional de la responsabilidad civil indemnizatoria no punitiva, donde se paga sólo lo que se daña, el penado no deberá asumir mayor responsabilidad que la concretamente determinada en la Sentencia condenatoria. Por ello, entiendo que sería muy razonable que el Estado utilizara el dinero ingresado por el pago de la multa para conseguir una mejor reparación, o protección, del bien jurídico atacado. Esta reparación podría llevarse a cabo, por ejemplo, contratando nuevos agentes forestales locales, invirtiendo en la conservación de los bosques y montes del lugar, expropiando nuevas zonas con vocación de espacios verdes protegidos, mejorando los sistemas de depuración y canalización de aguas municipales, etc.

Otro posible ejemplo: en el escenario de una construcción no autorizable, subsumible en un delito contra la ordenación del territorio, además de la obligada restauración de la legalidad alterada, podría completarse la reparación del bien jurídico lesionado mediante el dinero de la multa, el cual, por ejemplo, podría utilizarse para financiar proyectos que tuvieran por objeto la mejora de los equipamientos públicos municipales, el reciclaje urbanístico de las zonas municipales degradadas, las obras de conservación de viales, la restauración de los edificios históricos locales, la construcción de nuevas viviendas de protección oficial, etc.

En definitiva, para favorecer una restauración más completa, o, como mínimo, de mayor impacto social, sobre todo en aquellos delitos donde los perjudicados del delito fueran una comunidad de individuos indeterminados, el Estado podría destinar el dinero obtenido a través de la pena de multa para favorecer la prevención general

positiva del Derecho penal, mejorando para ello las expectativas restaurativas del lugar dañado.

En este contexto, y alcanzando también a la esencia de las cuestiones que serán tratadas más adelante al abordar el decomiso y las técnicas de la responsabilidad civil *ex delicto*, la posible utilización de la pena de multa con vocación reparadora solamente podrá considerarse un instrumento de justicia restaurativa si contamos con un concepto amplio de justicia restaurativa. En este sentido, por ejemplo, WALGRAVE señala que existen dos bandos opuestos sobre la posible conceptualización de la justicia restaurativa, aquellos que anteponen el proceso restaurativo frente a aquellos que priman los resultados restaurativos³³. Así, este autor asegura que la mayoría de los defensores de la justicia restaurativa se juntan en el primer grupo bajo el enunciado de PAUL McCOLD a saber: «The essence of restorative justice is not the end, but the means by which resolution is achieved³⁴». Así, según este primer grupo de investigadores, la esencia de la justicia restaurativa sería nada más y nada menos que el proceso restaurativo, a saber: el intento de juntar a víctimas y victimarios para que éstos pudieran desarrollar un encuentro participativo mediante el cual se intentaran alcanzar acuerdos reparadores.

Ahora bien, como acertadamente señala WALGRAVE, la justicia restaurativa no puede reducirse a una mera cuestión procedimental³⁵. Piénsese, en primer lugar, que ningún procedimiento puede valorarse sin antes conocer sus objetivos: los procedimientos sirven de instrumento a determinados resultados, también en la justicia restaurativa. Lo anterior, evidentemente, no significa que cualquier fin justifique cualquier medio, pero, el valor de la justicia restaurativa no se encuentra en qué tipo de procedimiento restaurativo vaya a utilizarse, o qué acuerdos reparadores entre víctimas y victimarios vayan a intentarse. El valor de la justicia restaurativa se encuentra en qué resultados reparadores puedan alcanzarse. Es por ello que, en aquellos

³³ WALGRAVE, L: (2011: 95).

³⁴ McCOLD, P: (2004) «Paradigm Muddle: The Threat to Restorative Justice Posed by Its Merger with Community Justice», en, *Contemporary Justice Review*, Vol 7, p.13; literalmente: «la esencia de la justicia restaurativa no es el fin, sino el medio por el cual se logra la resolución».

³⁵ WALGRAVE, L: (2011: 95).

escenarios donde el acuerdo reparador entre víctimas y victimarios no sea una opción, los instrumentos sancionadores penales, como, por ejemplo, las penas de multa, pueden favorecer a una mejor reparación del daño y, con ello, desde una visión amplia de la justicia restaurativa, ser valorados muy positivamente³⁶.

A mayor abundamiento, debe subrayarse que la idea señalada en los párrafos anteriores, sobre la oportunidad y utilidad de destinar parte del montante recaudado por la pena de multa a funciones de reparación y restauración del bien jurídico atacado, no es una idea novedosa, al menos, en su estructura. Se copia aquí, simplemente, el sistema previsto en la Disposición adicional cuarta del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, donde se impone, específicamente, la obligación de que el importe recaudado a través de las multas administrativas de tráfico sea destinado a la financiación de políticas de seguridad vial, prevención de accidentes de tráfico y partidas de ayudas a las víctimas.

En el ordenamiento jurídico penal no se contempla una previsión similar. De hecho, los pagos de las penas de multa son ingresados en la cuenta común de depósitos y consignaciones judiciales, titularidad del Ministerio de Justicia, gestionada actualmente por la entidad Banco Santander. Así, el dinero pagado en concepto de multas penales se mezcla con los demás ingresos realizados a dicha cuenta y, sobre ellos, en cuanto a su posible destino o finalidad, no existe ningún tipo de obligación o previsión reglamentaria. Con ello, los gestores del Estado pueden utilizar dichos fondos de la manera que mejor se ajuste a las necesidades particulares del momento, dentro de su ideología política concreta.

Ahora bien, ¿es posible una previsión análoga a la prevista en el ordenamiento jurídico administrativo para las multas de tráfico en el

³⁶ En este sentido, WALGRAVE señala literalmente que: «a sanction imposed in order to partially repair a victim's harm and feelings of safety in the community may in some circumstances be considered in a restorative justice perspective»: WALGRAVE, L: (2011: 96). También, muy extensamente sobre las funciones de las sanciones como instrumentos reparadores ver ALASTUEY DOBÓN, C: (2000) *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

sistema de multas penales? Ciertamente, no todos los tipos delictivos permiten delimitar con la misma facilidad un catálogo de posibles acciones restaurativas. De todos modos, ejemplos como los indicados más arriba (como la defensa del medioambiente o la tutela de la ordenación urbanística) o, el mismo ejemplo de la seguridad vial (bien jurídico también tutelado en sede penal³⁷), permiten abrir el debate sobre los beneficios de destinar el dinero de las multas penales a reparar y/o mejorar específicamente los objetos lesionados, o intereses sociales comprometidos, mediante los delitos socioeconómicos cometidos.

3. LA POSIBLE UTILIDAD RESTAURATIVA DEL DECOMISO

3.1. Algunos apuntes generales sobre la figura del decomiso

El decomiso es un instrumento de lucha contra la delincuencia socioeconómica presente en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural, sobre el cual se han dado distintas definiciones normativas. En este sentido, por ejemplo, en el artículo 1.f) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 se señala que por decomiso se entenderá «la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente»³⁸. Asimismo, en el año 2005 el Consejo de la Unión Europea definió al decomiso como: «toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la

³⁷ El dinero obtenido en las multas por delitos contra la seguridad vial podría servir, a través de una visión restaurativa, por ejemplo, para mejora el estado de las carreteras y autovías o, invertir en centros de rehabilitación de víctimas en accidentes de circulación, o, quizá, sufragar campañas de publicidad de concienciación social, etc.

³⁸ Misma definición de decomiso que la señalada en el artículo 2.g) de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, dictada en la Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

privación definitiva de algún bien»³⁹. Posteriormente, y en la misma línea conceptual, en el año 2014 el Parlamento europeo y el Consejo definieron al decomiso como: «la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal»⁴⁰.

En España, desde el año 1822 el decomiso (antes del año 1995 denominado simplemente «comiso») tenía una naturaleza jurídica de pena accesoria al delito cometido (con la salvedad de la legislación penal de 1928, donde se conceptualizaba como una medida de seguridad). Ahora bien, actualmente, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia, tanto en base a una interpretación literal del Título VI del Libro I del Código Penal, como, a la luz de una interpretación sistemática del artículo 127 CP, conciben al decomiso como una consecuencia accesoria del delito. Piénsese que el decomiso no aparece en el listado de penas previsto en el artículo 33 del CP, ni, tampoco, está previsto en el listado de las medidas de seguridad apuntadas en el artículo 96 CP.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente que la finalidad del decomiso es la de anular cualquier ventaja obtenida por el delito⁴¹. De todos modos, al menos desde un plano de filosofía jurídica, considero que la anulación de las ventajas patrimoniales, conseguida a través de la ejecución del decomiso, no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar un fin superior, a saber: fomentar la prevención general y especial del Derecho penal. Me explico: según el artículo 127 del CP caben conceptualizarse tres tipos de elementos decomisables: los efectos del delito, los instrumentos con los que se haya preparado y ejecutado el delito y, las ganancias obtenidas por el

³⁹ Ver el apartado cuarto del artículo primero de la Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

⁴⁰ Ver el apartado cuarto del artículo 2 de la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

⁴¹ Por ejemplo, STS 157/2014, de 5 de marzo; STS 746/2014, de 13 de noviembre; y, STS 338/2015, de 2 de junio. De hecho, esta afirmación se encuentra también en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de modificación del CP, donde se señaló que se modificaba el ámbito y alcance del decomiso con el fin de evitar que la comisión del delito pudiera producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes.

delincuente, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Así, cuando se decomisen los instrumentos del delito (definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución) la operación incidirá satisfactoriamente sobre la finalidad de la prevención especial negativa, en una suerte de ayuda a la inocuización (al menos temporal) de la organización criminal. Con cierto parecido a lo afirmado aquí, en la STS 338/2015, de 2 de junio, se señala que la función del decomiso es una función preventivo especial, ayudando a prevenir la comisión de delitos a través de acuerdos expropiatorios de bienes dirigidos a neutralizar el peligro de nuevas infracciones penales, decomisando bienes concretos para evitar su empleo, directo o indirecto, en la comisión de futuros delitos.

Asimismo, cuando el procedimiento decomisador se dirija contra las ganancias obtenidas a través del delito, el desapoderamiento de los bienes del delincuente servirá para lanzar un mensaje general de indudable carga preventivo general. Al respecto, en la STS 553/2019, de 12 de noviembre, se señala que el decomiso de ganancias sirve para impedir que se puedan obtenerse frutos o beneficios de la realización de conductas delictivas. Es decir, con el decomiso se evita el enriquecimiento ilícito del que participa en una actividad delictiva, corrigiéndose una situación patrimonial indebida, y, enviándose a la sociedad un claro mensaje preventivo general. De lo que se trata, al final, es de arruinar las eventuales expectativas económicas del delincuente, cuestión especialmente trascendente en los escenarios de delincuencia económica, ya que, en los delitos donde el autor aspira a obtener un gran provecho patrimonial, la amenaza de la pena de prisión no siempre consigue motivar una intimidación suficiente⁴². Por todo ello, el instituto del decomiso se revela como un arma fundamental a la hora de luchar contra la delincuencia socioeconómica empresarial.

⁴² También DÍAZ CABIALE, J.A, señala que: «Existe la convicción de que tan importante o más que la imposición de una pena a los autores de los hechos resulta la privación de las ganancias que reposta un delito»: DÍAZ CABIALE, J.A: (2016) «El decomiso tras las reformas del Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», en *Revista Electrónica de Ciencias Penal y Criminología*, p. 3.

Por todo lo anterior, la doctrina mayoritaria afirma que el decomiso tiene una naturaleza evidente de consecuencia jurídica diferente al de la pena, al de la medida de seguridad y al de la responsabilidad civil. En cuanto a las penas y las medidas de seguridad, a diferencia del decomiso, tributan sobre los fundamentos de culpabilidad y peligrosidad. En cuanto a la responsabilidad civil, ésta no encaja con algunos de los adjetivos del decomiso, como su carácter indisponible y su exigencia ineludible en el procedimiento penal. Además, en cuanto a la responsabilidad civil *ex delicto*, este instrumento ni se encuentra regulado en el Título V del Libro I del CP, ni toda ejecución de un decomiso sobre un determinado bien tendrá una finalidad reparadora. Así, por ejemplo, cuando se decomisa un instrumento del delito la principal finalidad es la de dificultar la repetición del acto antijurídico en el futuro.

De hecho, el Tribunal Supremo ha afirmado que el decomiso, siguiendo la línea iniciada por los derechos penales germánicos (en especial el código penal suizo y alemán), atendiendo a sus características personalistas y su obligado cauce procesal penal, es una especie de tercera clase de sanciones criminales, distintas a las penas y a las medidas de seguridad⁴³. De todos modos, mediante las últimas reformas del Código penal⁴⁴, se ha potenciado y ampliado la capacidad del decomiso, introduciéndose nuevas figuras que intentan asegurar que el delincuente, o sus allegados, o terceros beneficiarios, no puedan disfrutar de los bienes obtenidos a través de su actividad delictiva, lo que convierte al decomiso en una de las principales herramientas de lucha contra la delincuencia económica.

⁴³ Entre otras, STS 450/2007, de 30 de mayo; STS 16/2009, de 27 de enero; y, más recientemente, STS 299/2019, de 7 de junio.

⁴⁴ En concreto mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre se introdujeron las figuras del decomiso por valor equivalente y el decomiso sin condena. Asimismo, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se introdujo la figura del decomiso ampliado. También, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se modificó el decomiso para intentar mejorar la funcionalidad del decomiso sin proceso principal y el decomiso ampliado. Al respecto ver, entre otros, a MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO: (2018) *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 27 y 28.

En este contexto, y si bien el objetivo de este capítulo no es el de ofrecer un estudio sistemático completo y detallado de cada una de las figuras del decomiso español, creo que antes de abordar la cuestión del decomiso como posible instrumento reparador, deben dejarse señaladas algunas de sus características típicas más destacables, algo que, después, me ayudará a explicar cómo cabría utilizarse este instrumento para favorecer la reparación del daño a través de una nueva mirada de justicia restaurativa. En este sentido, en el actual Código penal español el decomiso presenta las siguientes formas:

- a) «El decomiso ordinario tradicional o directo», previsto en el artículo 127.1 del CP, donde se señala que toda pena que se imponga acarreará la pérdida de los efectos que del delito provengan y de los bienes, medios o instrumentos con los cuales se haya preparado o ejecutado el hecho criminal, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. A la luz de este precepto puede resolverse que con el decomiso se intentan colmar dos objetivos interdependientes: despojar al delincuente de los instrumentos mediante los cuales ha materializado su conducta antijurídica y desapoderarle de los eventuales beneficios resultantes del delito cometido.
- b) «El decomiso en los delitos imprudentes», previsto en el artículo 127.2 del CP. Según se dispone en este precepto el juez podrá (no es una disposición imperativa) ordenar el decomiso cuando la pena del delito imprudente sea superior a un año de prisión.
- c) «El decomiso ampliado», previsto en el artículo 127 bis del CP. Esta figura permite al juez o tribunal decomisar bienes del delincuente, distintos a los bienes directamente vinculados con el delito por el cual ha sido condenado, cuando se resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que esos bienes también provienen de una actividad delictiva, sin que sea necesario que ésta sea declarada probada en un procedimiento penal. Aquí la prueba pesará sobre el condenado, de modo que si quiere conservar sus bienes deberá probar que éstos tienen una procedencia lícita. Ahora bien, esta posibilidad solamente alcanza las condenas por unos delitos concretos, seleccionados justifica-

damente por el legislador⁴⁵. Asimismo, en el artículo 127 quinquies se regula el decomiso ampliado por actividad delictiva continuada, el cual, tendrá relevancia cuando existan indicios fundados que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva continuada⁴⁶.

- d) «El decomiso sin condena», previsto en el artículo 127 ter del CP. Esta figura se justifica en la idea de que el decomiso, tal y como se ha explicado más arriba, no es una pena, y que, por tanto, cabría el decomiso de los bienes incluso en aquellos casos donde no se pudiese condenar penalmente al delincuente. En concreto, cabía el decomiso sin condena cuando: (a) el sujeto hubiese fallecido o sufriese una enfermedad crónica que impidiese su enjuiciamiento; (b) cuando existiera un riesgo cierto de que los hechos pudieran prescribir; (c) cuando el sujeto se encontrase en rebeldía y ello impidiese que los hechos pudieran ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o (d) que no se impusiera pena alguna por concurrir alguna causa de exención

⁴⁵ En concreto, el artículo 127 bis señala los siguientes tipos penales: a) Delitos de trata de seres humanos. a bis) Delitos de tráfico de órganos. b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264. d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia. e) Delitos relativos a las insolvencias punibles. f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial. g) Delitos de corrupción en los negocios. h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298. i) Delitos de blanqueo de capitales. j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313. l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373. n) Delitos de falsificación de moneda. o) Delitos de cohecho. p) Delitos de malversación. q) Delitos de terrorismo. r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

⁴⁶ Parte de la doctrina ha criticado, sin no poca razón, la innecesaridad del artículo 127 quinquies al solaparse con el ámbito de actuación del artículo 127 bis. De todos modos, debe recordarse que el decomiso previsto en el artículo 127 quinquies tiene carácter facultativo (a diferencia del 127 bis que, si se dan las circunstancias del precepto, es judicialmente imperativo) y, además, solamente puede utilizarse si media la constatación de una actividad delictiva previa de carácter continuado, es decir, la existencia de sentencias condenatorias por la comisión de al menos tres delitos, siempre que se pruebe un beneficio superior a los 6.000 euros.

de responsabilidad criminal. Ahora bien, para la validación de este tipo de decomiso se exigirá un procedimiento judicial contradictorio (previsto concretamente en el artículo 803 ter. e) de la LECRIM: «proceso de decomiso autónomo»), dirigido contra quien haya sido formalmente acusado o imputado en el procedimiento penal principal, sobre el cual, en todo caso, deberán pesar indicios razonables de actividad criminal.

- e) «El decomiso por valor equivalente», previsto en el artículo 127.3 del CP. En este sentido, es posible imaginar un escenario donde, una vez decidido el decomiso de ciertos bienes, se revele la imposibilidad de su incautación, ya sea porque los bienes están escondidos o, porque han padecido algún tipo de depreciación en su valor. Pues bien, el decomiso por valor equivalente permite decomisar otros bienes del acusado por medio de los cuales quede compensado el valor de los bienes cuyo decomiso no haya sido posible materializar. Ahora bien, en ocasiones este tipo de decomiso puede llegar a tener un claro contenido punitivo que debería criticarse. En este sentido, se ha señalado que el fundamento del decomiso descansa en evitar el enriquecimiento ilícito del delincuente o en prevenir su peligrosidad futura. Ahora bien, cuando la incautación de los instrumentos mediante los cuales se hubiera perpetrado el delito no fuera posible porque éstos, por ejemplo, hubieran sido destruidos, de seguirse una interpretación literal del artículo 127.3 CP deberían decomisarse otros bienes (incluso lícitos) que vinieran a compensaran el valor equivalente de los objetos que, «por cualquier circunstancia» no hubiera podido ser decomisados. En estos escenarios, como acertadamente señala GARCÍA ARÁN: «sustituir el objeto originariamente decomisible por otros de igual valor económico carece claramente del fundamento del comiso y lo convierte en una sanción pecuniaria basada exclusivamente en una cuantía económica»⁴⁷.
- f) «El decomiso contra intereses de terceros», previsto en el artículo 127 quater del CP. Este precepto regula dos escenarios

⁴⁷ CORDOBA RODA, J/ GARCÍA ARÁN, M (directores): (2011) *Comentarios al Código penal, Parte general*, Barcelona, Marcial Pons, p, 958.

distintos, dependiendo de si se quieren decomisar efectos y/o ganancias, o, si quieren decomisar otro tipo de bienes. En el primer escenario el precepto señala que procederá el decomiso cuando los efectos o ganancias hubieran sido adquiridos por el tercero con conocimiento de que éstos procedían de una actividad ilícita. Es importante señalar que el precepto incluye en este tipo de decomiso aquellos bienes adquiridos por el tercero cuando, a partir de una valoración objetiva, se pudiera concluir que una persona diligente habría tenido motivos razonables para sospechar de su posible origen ilícito. Asimismo, en cuanto a los otros bienes, el Código penal determina que podrán ser decomisados cuando el adquiriente hubiera podido tener conocimiento de que estaba participando en un negocio cuyo objetivo era el de dificultar una incautación judicial. En este sentido, el artículo 127 quater acaba señalando que se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero había conocido, o al menos había tenido motivos para sospechar que se trataban de bienes procedentes de una actividad ilícita, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o, como mínimo, a cambio de un precio inferior al de su valor de mercado real.

En definitiva, el decomiso, con sus distintas formas, puede servir tanto para neutralizar los instrumentos utilizados para cometer el delito como para desapoderar al delincuente de los beneficios que hubiera obtenido a través del delito, evitándose con ello su enriquecimiento injusto. Esto último tiene una especial relevancia en la esfera de la delincuencia económica, sector de la criminalidad donde, en ocasiones, ante las importantes cantidades de dinero que están en juego, el catálogo de penas clásicas (prisión o multa) no siempre consigue una intimidación suficiente⁴⁸.

⁴⁸ En términos similares, por ejemplo, RODRÍGUEZ PUERTA, autora que señala que: «Si lo que motivo el comportamiento delictivo fue la obtención de una ventaja personal o de un beneficio para su empresa, aparejar al hecho delictivo la pérdida de dichas ventajas integra una contra-motivación idónea para esta clase de delincuentes»: RODRÍGUEZ PUERTA, MJ: (2014) «Modelos de prevención y sanción de la delincuencia económica. Perspectiva comparada», en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, GARCÍA ARÁN, M (Dir.) Valencia, Tirant lo blanch, p. 386 y 387.

3.2. *La posible función restaurativa del decomiso*

En cuanto al decomiso, junto con las funciones tradicionales señaladas en el punto anterior, también puede defenderse, no solamente una función coadyuvante a la reparación clásica del daño sino, incluso, una función reparadora con vocación restaurativa más general y transversal, especialmente útil en escenarios complejos con bienes jurídicos colectivos y víctimas difundidas.

En este sentido piénsese que en el artículo 127 octies del CP se señala que, si no constan víctimas concretas pendientes de indemnización, el Estado destinará los bienes decomisados a los fines dispuestos legal o reglamentariamente. Esta previsión permite que el Estado, a través de los beneficios obtenidos con los bienes decomisados, y desde una óptica de justicia restaurativa, pueda fomentar políticas públicas reparadoras del tipo de intereses colectivos lesionados, ya sea para reparar parte del daño padecido por la sociedad, ya sea para mejorar la tutela y protección del interés colectivo atacado por el agresor.

De hecho, actualmente el sistema jurídico español acoge un ejemplo concreto y preciso de esta forma de entender los posibles fines de los bienes decomisados, me refiero a los delitos que favorecen el tráfico de drogas, cuyo bien jurídico, como se sabe (del mismo modo que en la mayoría de delitos socioeconómicos) es un interés colectivo que importa a una pluralidad de personas indeterminadas, a saber: la salud pública. Así, en España existe el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, regulado en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, cuyos fines, a tenor de lo dispuesto en el artículo segundo, son, básicamente: (i) favorecer programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos; (ii) intensificar y mejorar las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos de tráfico de drogas, especialmente sufragando los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de los delitos y los medios materiales para los órganos competentes en la represión; y, (iii) financiar, en general, la cooperación internacional en la lucha contra el tráfico de estupefacientes.

Pues bien, en este punto quiero proponer el estudio de una institución similar, pensada ahora para algunos delitos socioeconómicos, aquellos que, del mismo modo que los tipos penales que persiguen el

tráfico de drogas, tutelan intereses de víctimas difundidas y protegen bienes jurídicos colectivos. Por ejemplo, considero que sería perfectamente imaginable un Fondo de bienes decomisados por los delitos medioambientales y contra la ordenación territorial, por medio del cual, se facilitasen las ayudas financieras necesarias para, por ejemplo, sufragar programas de rehabilitación de espacios naturales, la conservación y mantenimiento del patrimonio histórico, artístico o cultural público, intensificar y mejorar las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos contra la ordenación territorial, el medio ambiente, y la protección del patrimonio histórico, especialmente sufragando los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de éstos delitos, etc. En el mismo sentido, y con finalidades análogas, también podría imaginarse un Fondo de bienes decomisados por los delitos contra la Administración pública, un Fondo de bienes decomisados en delitos contra el mercado y los consumidores, o, entre otros, un Fondo de bienes decomisados por los delitos de blanqueo de capitales y receptación.

Finalmente, además de las cuestiones vinculadas al instituto del decomiso en general, creo que deben señalarse algunas menciones específicas a las capacidades reparadoras de la especialidad «decomiso sin condena». En este sentido, más arriba he explicado como el legislador, por medio de la reforma penal operada en el año 2015, ha previsto, en el artículo 127 ter del Código penal, la figura del decomiso sin condena, instrumento que permite nada más y nada menos que ordenar el decomiso de bienes aunque no hubiera recaído una sentencia penal condenatoria.

En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto los peligros que se le presentan a las escuelas de justicia restaurativa cuando el sistema no es capaz de «capturar» al delincuente, cuya participación se revela como un requisito *sine qua non* en todos los encuentros participativos entre víctimas y victimarios⁴⁹. Ahora bien, desde una

⁴⁹ Por ejemplo, LARSON, J/ HOWARD, Z recuerdan que: «Victims advocates have also criticized restorative justice programmes for only serving (thus empowering and engaging) victims when offenders have been caught and when offenders are willing to participate»: LARSON, J; HOWARD, Z: (2007) «The ideas of engagement and empowerment», en JOHNSTONE, G, *Handbook of Restorative Justice*, Ed. Willam Publisng, p. 49.

visión amplia de las teorías de justicia restaurativa, visión más centrada en el valor de los objetivos reparadores que en la sacralización de los procedimientos restaurativos, el hecho de no poder llevarse a cabo encuentros participativos no debería conllevar una renuncia del principal objetivo de la justicia restaurativa, a saber: la reparación y restauración del daño cometido por el delincuente⁵⁰.

Pues bien, para ello, la figura del decomiso sin condena se presenta como un instrumento de cierta utilidad ya que, con éste, se permite al juez ordenar el decomiso de bienes cuando, entre otros supuestos, el encausado hubiese fallecido, sufriese una enfermedad crónica impeditiva o, cuando se encontrase en rebeldía, tres situaciones que, a su vez, también cercenarían la posibilidad de concertar encuentros participativos entre víctimas y agresores. Así, aunque no fuera posible cerrar el procedimiento penal principal, y con ello, no se pudiera obtener una condena penal, el instituto del decomiso sin condena posibilitaría la ejecución y realización de una serie de bienes que, una vez utilizados del modo propuesto en los párrafos anteriores, ayudarían a la reparación del daño y a la restauración del bien jurídico lesionado.

En definitiva, en este apartado lo que se propone es que se le imprima al instituto del decomiso una nueva mirada restaurativa, según la cual, los bienes decomisados sean utilizados por el Estado tanto para completar o mejorar la reparación los daños directamente cometidos por los delincuentes socioeconómicos, como, para financiar y tutelar todos aquellos medios que sean necesarios para reforzar la protección de los bienes jurídicos colectivos más relevantes e importantes de nuestro sistema de convivencia.

⁵⁰ Sobre la importancia de la finalidad reparadora en la justicia restaurativa más allá de los encuentros participativos ver, entre otros, JOHNSTONE G/ W. VAN NESS, D: (2007) «The meaning of restorative justice», en JOHNSTONE, G and VAN NESS, D (editores): *A Restorative Justice Reader. Text, sources, context*, Willan Publishing, pp. 12 y 13.

4. DELITOS SOCIOECONÓMICOS Y REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA: LA CUESTIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

4.1. *La utilidad reparatora del artículo 112 del Código penal*

En la gran delincuencia socioeconómica empresarial, donde priman los bienes jurídicos colectivos, la reparación personal y completa de cada una de las víctimas afectadas por el delito es una tarea prácticamente imposible. Por ello, en este tipo de delincuencia, y cuando no puedan satisfacerse individualmente a cada uno de los perjudicados, la reparación del daño debe incluir una mirada restaurativa transversal y de mayor alcance valorativo, que sirva, muy especialmente, para mantener la credibilidad del sistema penal ante el grupo social y mantenga un objetivo reparator que alcance «a la restauración de las condiciones socioeconómicas alteradas por el delito⁵¹». De hecho, en línea con lo defendido por NIETO MARTÍN, aquí el objetivo reparator de las corrientes de justicia restaurativa debe entenderse en un sentido amplio, así: «No se trata solo de reparar el daño producido a la víctima, sino de forma más comprehensiva la totalidad de los efectos negativos que produce la conducta en la comunidad, grupo social o corporación en la que se ha cometido el delito⁵²».

Pues bien, más arriba, al tratar la cuestión de la pena de multa, he señalado que, en el campo de los delitos económicos con víctimas colectivas y/o difundidas, a través de una nueva mirada de justicia restaurativa, cabría utilizarse el montante recaudado con las sanciones pecuniarias para fomentar políticas reparatoras del bien jurídico atacado⁵³.

En este contexto, considero que lo señalado en el párrafo anterior, sobre la posible orientación restauradora de las penas de multa, toma

⁵¹ GARCÍA ARÁN, M: (2011: 472).

⁵² NIETO MARTÍN, A.: «Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa», en ARROYO JIMÉNEZ, L; NIETO MARTÍN, A (Dir.): *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 122.

⁵³ Al respecto, ver NIETO MARTÍN y las «multas en beneficio de la comunidad» en: NIETO MARTÍN, A: (2017: 323).

una mayor relevancia práctica cuando lo trabajamos en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este contexto, como es sabido, en España, a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se permite atribuir responsabilidad penal directamente a las personas jurídicas. En este sentido, las penas previstas para este tipo de entes están señaladas en el artículo 33.7 del Código penal, destacando, por encima del resto, las penas de multas.

Ahora bien, tal y como ha señalado MIR PUIG, aunque el legislador penal haya optado por utilizar el término penas «todo aconseja entender que estamos frente a una clase bien diferenciada de sanciones, que tienen un fundamento, unos presupuestos y una regulación distintos a los de las penas clásicas⁵⁴». Mas la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si bien se ha impuesto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural, no ha conseguido una aceptación doctrinal totalmente pacífica. Todavía hoy, no solamente cuestiones como la dicotomía entre heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad, las distintas vías de imputación, el alcance de las posibles causas atenuantes o la naturaleza y alcance de los planes cumplimiento, sino, incluso, el mismo fundamento de la responsabilidad penal empresarial, son temas de abierta discusión en la doctrina científico-penal. Ahora bien, la vigencia de la responsabilidad penal societaria es un hecho indiscutible y, por ello, siendo este un estudio de derecho vigente, no una aportación de derecho deseable, insisto en que las penas de multa pagadas por las empresas condenadas deberían poder orientarse a financiar políticas de restauración y reparación del bien jurídico atacado por el delito cometido.

De todos modos, y sin renunciar en ningún caso al objetivo reparador, debe señalarse que, en ocasiones, la imposición de una elevada pena de multa a una empresa puede lesionar otros intereses legítimos concurrentes. Así, por ejemplo, si a consecuencia de la multa impuesta la persona jurídica se viera abocada al cierre total o parcial de sus actividades empresariales, no solamente se comprometerían seriamente las expectativas de reparación del daño de los perjudicados por el delito, sino que, incluso, los trabajadores y proveedores de la empresa se convertirían en las nuevas víctimas del conflicto, algo que

⁵⁴ MIR PUIG, S: (2016: 838).

el sistema debería tratar de evitar. Como es obvio, estos perjuicios a terceros también tendrían lugar si la pena impuesta a la empresa fuera la de su disolución (art.33.7.b CP), la suspensión de sus actividades (art. 33.7.c CP), o, la obligación de clausurar algunos de sus locales (33.7.d CP)⁵⁵.

Pues bien, en estos escenarios, más en el campo de la delincuencia socioeconomía lesiva con bienes jurídicos colectivos, entiendo que una medida que habría podido propiciar un cierto equilibrio entre los distintos intereses en conflicto sería la posibilidad de condenar a la sociedad a una pena a trabajos en beneficio de la comunidad: con aquélla se habría podido obligar a la persona jurídica a poner a disposición de la comunidad parte de sus capacidades empresariales (medios, instrumentos, personal y *know how*) para reparar el daño del delito, sin que esta medida tuviera porqué afectar de forma negativa a los intereses de sus trabajadores y/o proveedores⁵⁶. De todos modos, esta medida no está entre las consecuencias jurídicas típicas que el legislador penal decidió para las personas jurídicas y, por tanto, en nuestro sistema no es aplicable.

Ahora bien, en el campo de la delincuencia económica, y en cuanto a la cuestión de la reparación del daño cometido por las personas jurídicas, considero que las opciones que se ofrecen en el Capítulo regulador de la responsabilidad civil *ex delicto*, y, en particular, en el artículo 112 del Código penal, precepto que permite al Juez o Tribunal imponer una obligación de contenido reparador, son especialmente relevantes⁵⁷. En concreto, el referido precepto permite imponer sobre la empresa condenada la obligación de dar, de hacer o de no hacer algo, que, atendiendo a la naturaleza del daño cometido y, a las

⁵⁵ También señala el problema de la víctima colateral NIETO MARTÍN, al referir que: «este tipo de sanciones comportan graves daños colaterales (...)»: NIETO MARTÍN, A: (2017: 318).

⁵⁶ De hecho, tal y como se señala en el artículo 49 del Código penal, las penas a trabajos en beneficio de la comunidad también pueden consistir en labores de reparación de los daños causados o, de apoyo o asistencia a las víctimas en delitos de similar naturaleza al cometido.

⁵⁷ Al respecto GARCÍA ARÁN señala que «es en el ámbito de la delincuencia económica contra intereses colectivos donde este art. 112 CP introduce una versión de la reparación del daño digna de ser tomada en cuenta»: GARCÍA ARÁN, M: (2011: 474).

condiciones personales y patrimoniales del culpable, podría decidirse por parte del Juez que debiera ser realizada directamente por la condenada, sin que cupiera la ejecución a su costa. Así, el artículo 112 del Código penal permite, ni más ni menos, la imposición de un determinado comportamiento restaurativo «personalismo», el cual, no podrá ser delegado ni subcontratado, todo lo contrario: deberá ser realizado personal y directamente por la empresa condenada⁵⁸. Una suerte, en definitiva, de sanción reparatoria penal, cuya principal finalidad es la de obligar a restaurar el daño cometido, directa y personalmente, por parte del condenado.

Pues bien, en el campo de la delincuencia socioeconómica esta herramienta reparadora puede cumplir una función restaurativa muy relevante, ya que, normalmente, para las empresas que compiten en el mercado, el mero pago de los perjuicios causados representa un mal menor en la autorepresentación del balance de coste y oportunidades y, por ello, perfectamente asumible y poco amenazador. Para ello, el Juez o Tribunal podrían esgrimir el referido precepto penal para obligar a que una determinada empresa, considerada culpable de un delito societario, se responsabilizara de una determinada tarea de hacer (i.e: limpiar un monte, recoger y trasladar residuos, recoger basuras, construir o reparar edificios públicos, etc.), poniendo para ello sus instrumentos, instalaciones y mano de obra, parcial y temporalmente al servicio de la comunidad lesionada por su conducta criminal⁵⁹.

⁵⁸ En cuanto al eventual responsable persona física, ciertamente, entiendo que en algunas ocasiones también cabría utilizarse el artículo 112 del Código penal para fomentar tareas restaurativas personalísimas, que, al final, tuvieran un contenido similar al previsto en las penas a trabajos en beneficio de la comunidad. De todos modos, evidentemente, la posibilidad prevista en el artículo 112 CP no puede convertirse en una especie de «trabajos forzados 2.0» mediante los cuales los condenados individuales se vieran obligados a trabajar coactivamente en favor de las víctimas, ni, menos, en una vía para intentar buscar la humillación pública del sujeto condenado. Para las personas físicas las tareas restaurativas personalísimas previstas en el artículo 112 del CP deben interpretarse restrictivamente: solamente como un instrumento voluntario que facilitará la reparación del daño en aquellos escenarios donde los condenados se revelasen insolventes, permitiéndoles, a su vez, intentar la suspensión de la pena si además se dieran los demás requisitos previstos en el artículo 80 del CP.

⁵⁹ Se dan ejemplos de experiencias de medidas reparadoras similares en: AERTSEN, I.: (2018: 252).

En este contexto, el delito ecológico, nuevamente, me permite proponer algunos ejemplos ilustrativos. Por ejemplo: imaginemos que la empresa responsable de una promoción urbanística ilegal, desarrollada en un espacio natural especialmente protegido, el cual, además, ha quedado dañado muy sustancialmente, es condenada por un delito urbanístico en concurso con un delito medioambiental. Aquí, para favorecer la mejor reparación, el Tribunal podría decidir que, además de las sanciones pertinentes, se condenase a la sociedad responsable del delito, a la luz del artículo 112 CP, a la obligación de realizar tareas de limpieza de montes y/o trabajos de conservación forestal.

Además, y si bien considero que las capacidades preventivo-generales de las medidas que posibilita el artículo 112 del CP (al menos de carácter simbólico⁶⁰) son evidentes, su justificación aplicativa no se agotaría en aquéllas, también alcanzaría a temas vinculados con la prevención especial positiva en los delitos de cuello blanco. Me explico: se ha dicho por parte de la doctrina que, en el fenómeno de la gran delincuencia socioeconómica, los responsables, como normalmente no conocen directamente a las víctimas de sus decisiones, ni el alcance real de los perjuicios causados, son propensos a minusvalorar el daño potencial de sus acciones. Así, a diferencia de la delincuencia tradicional, donde el victimario puede ser perfectamente consciente del daño materialmente infligido a la víctima, en la delincuencia socioeconómica colectiva en general, y en escenarios de delitos medioambientales en particular, los responsables de las empresas contaminantes no llegan a conocer los perjuicios materiales concretos que sus decisiones empresariales han causado sobre un número indeterminado de ciudadanos. Al respecto, por ejemplo, GARCÍA ARÁN recuerda que el delincuente socioeconómico tiende a despersonalizar a las víctimas

⁶⁰ En este sentido NIETO MARTÍN señala que: «La orientación amplia de la reparación hace que sean absolutamente posibles reparaciones simbólicas, en caso de bienes jurídicos supraindividuales como los que se tutelan en buena parte del Derecho penal económico»: NIETO MARTÍN, A: (2017: 326). También TAMARIT señala que debería aceptarse la reparación simbólica y/o inmaterial como forma legítima de reparación del daño: TAMARIT SUMALLA, J.M: (2007) «La difícil asunción de la reparación penal por la jurisprudencia española», *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, núm. 7, pp. 15 y 16.

cuando éstas son colectivas y/o indeterminadas «lo que favorece la autojustificación del infractor ante la víctima desconocida⁶¹».

Por todo ello, considero que a través del instrumento reparador previsto en el artículo 112 del Código penal, el Juez o Tribunal podría fomentar que los delincuentes socioeconómicos se enfrentaran a una pequeña parte del resultado lesivo que sus acciones habrían provocado (o habrían podido provocar, como ocurriría en los delitos intentados o los delitos de peligro abstracto sin resultado lesivo consumado). Con ello, quizá, se podría intentar motivar algún cambio comportamental (al menos en los miembros del órgano de administración de la sociedad), que, al final, fuera relevante para determinar las expectativas preventivo-especiales de la empresa condenada. De lo que se trataría, aquí, es de que los responsables de la empresa fuesen capaces de interiorizar y entender que el sistema penal no les ha castigado por contradecir una fría norma penal, se le ha sancionado por haber atacado un interés colectivo digno de protección penal y, con ello, haber causado un perjuicio perfectamente real⁶².

En definitiva, considero que condenar a las empresas penalmente responsables a determinadas funciones reparadoras del daño comunitario cometido serviría tanto para reforzar la confianza del grupo social en el sistema penal como, para mejorar las expectativas preventivas en la delincuencia empresarial, la cual, se ha constatado que ante la víctima desconocida, o ante bienes jurídicos intangibles, suele ignorar (quizás deliberadamente) los efectos potencialmente lesivos de sus acciones criminales. Si a todo ello le sumamos que en el Código penal no se prevé la pena a trabajos en beneficio de la comunidad para ningún delito socioeconómico⁶³ las posibilidades previstas en el

⁶¹ GARCÍA ARÁN, M: (2011: 454).

⁶² En este sentido, por ejemplo, GASCÓN INCHAUSTI señala que con la justicia restaurativa «se propone la implantación de un sistema de justicia penal que tenga un valor «restaurativo»: que sirva para una eficaz reparación a la víctima y para que el autor del delito sea consciente de su responsabilidad y de las consecuencias de sus actos»: GASCÓN INCHAUSTI, F: (2019-2020) *Derecho procesal penal, materiales para el estudio*, Universidad Complutense de Madrid, p. 28.

⁶³ Más allá de la posibilidad indirecta prevista en el artículo 84.1.3 del Código penal, donde se señala que el tribunal podría condicionar la suspensión de la ejecución de la pena, también en los delitos económicos, al cumplimiento de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte

artículo 112 del Código penal se revelan como un instrumento restaurativo especialmente significativo.

4.2. Algunas medidas previstas en la parte especial del Código penal

Antes de cerrar la presente contribución entiendo que son necesarias algunas consideraciones finales sobre las previsiones reparadoras contenidas en la parte especial del Código penal, las cuales, como se verá, tienen una especial significación a la hora de restaurar el daño cometido por el delincuente empresarial en algunos tipos penales con bienes jurídicos colectivos.

En este sentido, por ejemplo, en el artículo 319.3 del CP se señala que, en los escenarios de delitos urbanísticos y contra la ordenación territorial, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición del suelo a su estado originario al de la realidad física alterada por el delito. También, en el artículo 339 del CP, precepto especialmente relevante en lo tocante a la restauración de los daños provocados en el curso de un delito medioambiental, tipología delictiva donde las personas jurídicas tiene un elevado protagonismo estadístico, se señala que los jueces o tribunales ordenarán a cargo del autor del hecho, las medidas necesarias para restaurar el equilibrio ecológico perturbado.

Al respecto, en cuanto a su naturaleza, estas medidas no pueden considerarse penas. En primer lugar, porque formalmente no están incluidas en el listado general de penas previsto en el artículo 33 del Código penal. Además, a través de una interpretación teleológica de los preceptos 319.3 CP y 339 CP puede llegarse a la conclusión de que en éstos se busca principalmente la reparación del daño, todo ello en la línea marcada en el artículo 110.2 del Código penal sobre la reparación civil *ex delicto* prevista en la parte general del Código penal.

De todos modos, la doctrina mayoritaria entiende, a mi juicio acertadamente, que pueden encontrarse argumentos acerca de una cierta naturaleza híbrida de estas medidas, situándolas a caballo entre

adecuado como forma de «reparación simbólica» a la vista de las circunstancias del hecho y del autor.

la sanción penal y la reparación civil. Por ejemplo, GARCÍA ARÁN señala que del hecho de que las medidas previstas en el artículo 339 CP tengan que ser sufragadas directamente por parte del condenado, impidiéndose con ello el pago por parte de terceros, «se despende la pretensión de imponer al responsable penal una carga, personal e intransferible, restauradora de la situación perturbada que, además, se concreta en actuaciones específicas recayentes sobre el bien dañado, distintas del mero pago de una cantidad indemnizatoria⁶⁴». En el mismo sentido también BAUCCELLS LLADÓS señala que estos preceptos «contienen, en realidad, sanciones reparadoras dirigidas a beneficiar a la colectividad en situaciones en que es difícil identificar perjudicados individuales⁶⁵».

Esta es la conceptualización acogida por la jurisprudencia penal. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 816/2014, de 24 de noviembre, sobre el artículo 319.3 CP se señala que: «se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el artículo 110 CP. Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística. No se trata de una pena, al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el Código penal, pues debe evitarse la creación de penas en los delitos de la parte especial (Libro II) que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la parte General (Libro I); pero tampoco se puede considerar como mera responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario».

A mayor abundamiento, sobre el artículo 339 CP, en la Sentencia del Tribunal Supremo 521/2015, de 13 de octubre, se señala que: «Es remedio prioritario la reparación (entendida como restauración o reposición al estado anterior) a costa del infractor. A esa medida se refiere concretamente el artículo 339 CP (tutela reintegradora), acogiendo el más reciente estándar en materia de medio ambiente: *el que*

⁶⁴ GARCÍA ARÁN, M: (2011: 479).

⁶⁵ BAUCCELLS LLADOS, J: (2004) en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (directores) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, Marcial Pons, Madrid, p. 1475.

contamina, restaura, que ha desplazado a un segundo plano al clásico *el que contamina paga*».

Como puede observarse ambos preceptos, al final, se asemejan en su contenido a lo dispuesto en el artículo 112 del Código penal, precepto comentado más arriba. Así, a mi juicio, se puede observar una cierta similitud entre la reparación del daño que puede buscarse a través de las obligaciones de hacer personalísimas permitidas en el artículo 112 CP y, las obligaciones restauradoras incluidas en el marco de actuación del artículo 319.3 CP y, más especialmente, en el del artículo 339 CP, precepto éste donde también se configura una obligación restauradora del daño ecológico de naturaleza personal e intransferible.

Pues bien, en el campo de la delincuencia societaria en general y, en particular, en aquellos escenarios donde se consuman ataques contra la ordenación territorial y el medioambiente, las sanciones reparadoras previstas en la parte especial del Código penal ayudarán a que pueda ejecutarse una mejor reparación y restauración del daño cometido por el delincuente, ordenando obligaciones de hacer que sirvan tanto para regenerar los espacios naturales lesionados como, para reforzar la protección y tutela futura de los bienes jurídicos atacados.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha dicho al principio y se pone de manifiesto en toda esta obra, pese a que no contamos con un concepto único de JR, algunos presupuestos cuentan con una aceptación doctrinal general. Así, las ideas de restauración de las relaciones sociales lesionadas, la pacificación comunitaria y, la reparación de los perjuicios injustamente soportados por las víctimas, son algunos de los objetivos mínimos que justifican los proyectos de justicia restaurativa.

En el campo de la delincuencia tradicional, donde, normalmente, víctimas y victimarios estarán identificados, las corrientes de justicia restaurativa podrán utilizar los encuentros participativos para facilitar algún tipo de acuerdo reparador. En cambio, atendiendo a la idiosincrasia de algunos delitos socioeconómicos, sobre todo aquellos previstos en tipos penales con bienes jurídicos colectivos y posibles resultados lesivos sobre víctimas difundidas, las corrientes de justicia

restaurativa, en ocasiones, deberán buscar apoyo en otros instrumentos jurídicos que les permitan alcanzar la mejor reparación comunitaria posible.

Por ello, en estas páginas he defendido que, con el fin de mejorar el sistema de reparación y restauración, al menos en el campo de la delincuencia socioeconómica, podrían utilizarse las penas económicas, el decomiso y, la responsabilidad civil *ex delicto* «personalísima», para, a partir de una nueva mirada de justicia restaurativa, ayudar a completar la reparación y/o restauración del daño producido.

En este sentido, en cuanto a las penas económicas y el decomiso, la idea es simple: se trataría de destinar parte del dinero obtenido a través de estos instrumentos penales para, desde una nueva mirada de justicia restaurativa, propiciar una reparación más completa del bien jurídico lesionado. En concreto, tanto con los ingresos obtenidos a través de las penas pecuniarias, como con los obtenidos después de la ejecución de un decomiso, se podrían financiar todo tipo de políticas públicas restaurativas, las cuales, podrían servir tanto para reparar directamente los daños materiales generados por el delito, como, para mejorar la tutela futura del bien jurídico puesto en peligro.

Finalmente, también he señalado que con el artículo 112 del Código penal se pueden imponer sobre la empresa condenada obligaciones de hacer que no se puedan «subcontratar», las cuales, a mi juicio, al menos en el campo de la justicia restaurativa, servirían tanto para satisfacer cuestiones vinculadas con la prevención general (a través de la restauración, cuanto menos simbólica, del bien jurídico lesionado), como con la prevención especial (a través de la concienciación de la condenada, al menos intentada, respecto del daño realmente cometido por aquélla). Así, y considerando muy especialmente que la pena a trabajos en beneficio de la comunidad no está prevista como consecuencia jurídica en ninguno de los delitos que pueden considerarse socioeconómicos, pienso que, como mínimo, debería explorarse el alcance del artículo 112 del Código penal para restaurar los daños cometidos en el campo de la delincuencia empresarial.

Ciertamente las propuestas señaladas en las páginas anteriores no encajan con algunos de los adjetivos de la justicia restaurativa más purista, en especial el carácter voluntario de la participación del agresor en el procedimiento restaurador y la necesaria reivindicación de

la víctima como sujeto decisorio. Ahora bien, si queremos ampliar el alcance real de las ideas de justicia restaurativa a otros campos criminales, más complejos que los diseñados en las primeras formulaciones (esencialmente pensadas para los delitos menos graves, los conflictos entre sujetos reconocibles y la delincuencia juvenil) deberemos permitir una moderación de las líneas rojas de los sistemas de justicia restaurativa más ortodoxos.

A mayor abundamiento, y desde la visión maximalista de la justicia restaurativa propuesta por WALGRAVE, ésta no puede concebirse como un conjunto limitado de programas o instrumentos procedimentales, sino, como un ideal restaurativo, enfocado en la búsqueda de un resultado reparador más completo y transversal que el diseñado en el sistema de justicia penal tradicional. Por ello, todas las opciones y acciones que sirvan para reparar el daño pueden incluirse dentro del concepto amplio de justicia restaurativa, también las sancionadoras si éstas son utilizadas con el objetivo de garantizar la mejor restauración y reparación del daño posible.

En definitiva, cuando trabajemos en el campo de la delincuencia socioeconómica, y queramos asegurar la mejor reparación y restauración posible del bien jurídico atacado, deberemos acomodar los principios de la justicia restaurativa a las características de los tipos penales complejos, aquellos con bienes jurídicos colectivos y víctimas difundidas, donde, a mi juicio, las penas de multa, el decomiso y, la responsabilidad civil *ex delicto* «personalísima» nos ofrecen una ayuda que no podemos despreciar, ayuda que, además, no compromete el siempre necesario carácter público de la relación jurídico-penal entre el Estado y el criminal, cuestión que aquí aprovecho para reivindicar como una de las conquistas irrenunciables del sistema jurídico-penal liberal.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AERTSEN, I: (2018) «Restorative justice for victims of corporate violence», en FORTI, G. (Ed.): *Victims and corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Milano, Wolters Kluwer, CEDAM.
- AGUDO FERNÁNDEZ, E/ PERRINO PÉREZ, A/ JAÉN VALLEJO, M: (2017) *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Dykinson.

- ALASTUEY DOBÓN, C.: (2000) *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR: (2011) *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- BAUCELLS LLADOS, J: (2004) en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (directores) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, Madrid, Marcial Pons.
- BOLIVAR, D: (2010) «Conceptualizing victims restoration in restorative justice», en *International Review of Victimology*.
- BRAITHWAITE, J: (1989) *Crime, Shame and Reintegration*, New York, Cambridge University Press.
- BUSTOS RAMÍREZ, J: (1995) *Prevención y Teoría de la Pena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur.
- CHRISTIE, N: (1977) «Conflicts as Property», en *The British Journal of Criminology*.
- CÓRDOBA RODA, J/ GARCÍA ARÁN, M (directores): (2011) *Comentarios al Código penal, Parte general*, Barcelona, Marcial Pons.
- DANIELS, G: (2013) «Restorative justice: Changing the paradigm» en *Probation Journal, The Journal of Community and Criminal Justice*.
- DÍAZ CABIALE, J.A: (2016) «El decomiso tras las reformas del Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», en *Revista Electrónica de Ciencias Penal y Criminología*.
- DOMINGO DE LA FUENTE, V: (2017) «Justicia restaurativa como ciencia penal o social, encaminada a mejorar la justicia» en *Revista Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, N.67.
- DURÁN MIGLIARDI, M: (2011) «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual», en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* N°16 (91-113).
- FORTI, G/ MAZZUCATO, C/ VISCONTI, A/ GIAVAZZI, S: (2018) *Victims and Corporations, Legal Challenges and Empirical Findings*, Wolters Kluwer.
- G. W. F. HEGEL: (1821) *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, ed. Edhasa, 2º edición 1999.
- GABBAY, ZVI. D: (2012) «Exploring the Limits of the Restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime», en *Cardozo School of Law Journal of Conflict Resolution*.
- GARCÍA ARÁN, M: (2011) «Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica», en *Un Derecho penal comprometido, libro homenaje al Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- GORDILLO SANTANA, L.F: (2007) *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.

- I. KANT: (1797) *La metafísica de las costumbres* (Título original *Metaphysik der Sitten*).
- JOHNSTONE G/ W. VAN NESS, D: (2007) «The meaning of restorative justice», en JOHNSTONE, G and VAN NESS, D (editores).: *A Restorative Justice Reader. Text, sources, context*, Willan Publishing.
- KATHLEEN DALY: (2002) «Restorative justice, The real story», en *Punishment & Society*.
- LARSON, J/ HOWARD, Z: (2007) «The ideas of engagement and empowerment», en JOHNSTONE, G, *Handbook of Restorative Justice*, Ed. William Publishing.
- LEMLEY ELLEN C: (2001) «Designing Restorative Justice Policy: An Analytical Perspective», en *Criminal Justice Policy Review*, Vol.12, Number 1, March.
- MAGLIONE, G: (2019) «The political rationality of restorative justice» en, *Theoretical Criminology*.
- MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO: (2018) *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M: (2011) «La mediación penal en España: estado de la cuestión», en, *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Editorial Reus, Madrid.
- MIR PUIG, S: (2016) *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor.
- MIZRAHI, E: (2004) «La legitimación hegeliana de la pena», en *Revista De Filosofía*, Vol. 29, Núm. 1.
- MYERS, D/ OLSON, J: (2015) «Restorative Justice and Community Corrections», en *Criminal Justice Policy Review*.
- NIETO MARTÍN, A: (2015) «Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa», en ARROYO JIMÉNEZ, L; NIETO MARTÍN, A (Dir.): *Auto-regulación y sanciones*, Aranzadi, Navarra.
- NIETO MARTÍN, A: (2017) «Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?», en HOYOS SANCHO, M. *La víctima del delito y las últimas reformas penales*, Aranzadi, Navarra.
- PAUL McCOLD: (2004) «Paradigm Muddle: The Threat to Restorative Justice Posed by Its Merger whit Community Justice», en, *Contemporary Justice Review*, Vol 7.
- RODRÍGUEZ PUERTA, MJ: (2014) «Modelos de prevención y sanción de la delincuencia económica. Perspectiva comparada», en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, GARCÍA ARÁN, M (Dir.) Valencia, Tirant lo blanch.

- ROXIN, C: (1976) «Sentido y límites de la pena estatal» en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, Ed. Reus.
- ROXIN, C: (2006) *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas.
- SHAPLAND, J: (2014) «Implications of growth: Challenges for restorative justice», en *International Review of Victimology*.
- SOLETO, H/ GRANÉ A: (2019) *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Madrid, Dykinson.
- SPALDING, ANDREW, B (2015): «Restorative Justice for Multinational Corporations», en *Ohio State Law Journal*.
- TAMARIT SUMALLA, J.M: (2007) «La difícil asunción de la reparación penal por la jurisprudencia española», *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, núm. 7.
- TAMARIT SUMALLA, J.M: (2012) «La justicia restaurativa: concepto, principios y marco teórico», en Tamarit (Coord.) *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares.
- TAMARIT SUMALLA, J.M: (2013) «El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», en *Ars Iuris Salmanticensis, Volumen 1*, 139-160.
- WALGRAVE, L: (2002) «La justice restaurative et les victimes», *Le Journal International de Victimologie*.
- WALGRAVE, L: (2007) «Integrating criminal justice and restorative justice», en JOHNSTONE, G/ VAN NESS and VAN NESS, D (editores): *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing.
- WALGRAVE, L: (2011) «Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice», en, *Washington University Journal of Law & Policy*.
- ZEHR, H: (1985) «Retributive Justice, Restorative Justice», en *New Perspectives on Crime and Justice, Occasional paper of the MCC Canada Victim Offenders Ministries Program*.
- ZEHR, H: (1990) *Changing lenses: a new focus for Crime and Justice*, Scottsdale, PA, Herald Press.
- ZEHR, H/ GOHAR, A: (2003) *The little book of Restorative Justice*, Good Books.