

Santiago SAPENA MAS

RESPONSABILIDAD CIVIL Y DERECHO PENAL
DE MENORES

Tesis doctoral
dirigida por
Carlos PÉREZ DEL VALLE

Universitat Abat Oliba CEU
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Programa de doctorado en Humanidades y Ciencias Sociales
Departamento de Derecho Penal

2017

Resumen

La cuestión de la responsabilidad civil en España, en conductas realizadas por menores, a los cuales, se les sometía a procesos especiales, nunca ha sido objeto de su enjuiciamiento en esa jurisdicción. Siempre se ha solventado esta cuestión, ante la jurisdicción de adultos.

Esta idea quebró con la ley orgánica reguladora de responsabilidad penal del menor del año 2000, ley 5/2000 de doce de enero y se confirmó con la reforma, que sufrió en el año 2006, ley orgánica 8/2006 de cuatro de diciembre. Es decir, se ha creado un proceso específico para solucionar la responsabilidad civil, en el proceso especial de menores.

Este nuevo proceso, por dónde y cómo se exige, así como, a quién y qué se le exige, plantea problemas, desde una perspectiva de la unidad del ordenamiento jurídico, pues hay tres normas que convergen, la ley de responsabilidad penal del menor, el código penal y el código civil y todas ellas dan soluciones diferentes al mismo objeto: la responsabilidad civil.

Del estudio de este nuevo proceso y normativa se determinan los problemas que surgen a la hora de exigir esa responsabilidad civil y se intenta alcanzar soluciones desde una perspectiva de la unidad del ordenamiento jurídico español, es decir, analizando el código penal y el código civil.

Resum

La qüestió de la responsabilitat civil a Espanya, en conductes executades per menors, al quals se'ls sotmetia a processos especials, mai ha sigut objecte del seu enjudiciament en aquesta jurisdicció. Sempre s'ha resolt aquesta qüestió davant le jurisdicció d'adults.

Aquesta idea va canviar amb la llei orgànica que regula la responsabilitat penal del menor de l'any 2000, llei 5/2000 de dotze de gener i es confirmà amb la reforma, que es va dur a terme l'any 2006, llei orgànica 8/2006 del quatre de desembre. Es a dir, s'ha creat un procés específic per solucionar la responsabilitat civil, en el procés especial de menors.

Aquest nou procés, per on i com s'exigeix, així com, a qui i què se li exigeix planteja problemes, des d'una perspectiva de la unitat de l'ordenament jurídic, ja que hi ha tres normes que convergeixen, la llei de responsabilitat penal del menor, el

codi penal i el codi civil i les tres donen solucions diferents al mateix objecte: la responsabilitat civil.

De l'estudi d'aquest nou procés i normativa es determinen els problemes que sorgeixen a l'hora d'exigir aquesta responsabilitat civil i s'intenta trobar solucions des d'una perspectiva de la unitat de l'ordenament jurídic espanyol, analitzant el codi penal y el codi civil.

Abstract

The issue of civil responsibility in Spain concerning the conduct carried out by minors, who were subject to special legal procedures, has never been subject of prosecution in that jurisdiction. This issue has always been solved before the jurisdiction of adults.

This idea lasted until the entry into force of the Organic Law 5/2000 of 12 of January regulating the Criminal Responsibility of Minors and was confirmed with the reform which took place in 2006 by the Organic Law 8/2006 of 4 of December. That is, a specific process has been created to solve the issue of the civil responsibility in the special process of minors.

This new process, where and how it is demanded, as well as to whom and what is demanded, poses problems from a perspective of the unity of the legal system, since there are three norms that converge and all of them give different solutions to the responsibility of minors issue: the law of criminal responsibility of minors, the criminal code and the civil code

The study of this new process and regulation determine the problems that arise when demanding such civil responsibility of minors and trying to reach solutions from a perspective of the unity of the Spanish legal system, that is, analyzing the criminal code and the civil code.

Palabras claves / Keywords

responsabilidad civil, menores, código penal, código civil, ley de responsabilidad penal del menor /civil responsibility, minors, criminal code, civil code, law of criminal responsibility of minors.

Sumario

Agradecimientos.....	11
Abreviaturas.....	13
Introducción.....	15
Capítulo I.....	19
I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO Y DE HECHOS COMETIDOS POR MENORES.	19
Introducción capítulo I.....	21
1.1. LA LEGISLACIÓN DE MENORES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	25
1.1.1 La primera legislación de menores.....	25
1.1.2 La legislación intermedia.....	31
a) Ley de bases de Tribunales para niños y su desarrollo.....	31
b) La Ley de 1940 y el Texto Refundido de 1948.	35
c) La situación hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 36/1991.....	40
d) De la Ley 4/1992 a la LORPM.	46
1.1.3. La ley de responsabilidad penal del menor de 2000.....	53
1.1.4. Las reformas de la ley de responsabilidad penal del menor.....	86
1.2. LAS NORMAS CIVILES DEL CP: EN UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	99
1.2.1. CP de 1822.....	99
1.2.1.1. Introducción.	99
1.2.1.2. Responsabilidad civil.....	101
1.2.2. El CP de 1848.....	107
1.2.2.1. Introducción.....	107
1.2.2.2. Responsabilidad civil.....	108
1.2.3. La reforma de 1850.	120
1.2.3.1. Introducción.....	120
1.2.3.2. Responsabilidad civil.....	120
1.2.4. El CP de 1870.	122
1.2.4.1. Introducción.....	122
1.2.4.2. Responsabilidad civil.....	123
1.2.5. El CP de 1928.	134
1.2.5.1. Introducción.....	134
1.2.5.2. Responsabilidad civil.....	136
1.2.6. El CP de 1932.	146

1.2.6.1. Introducción.....	146
1.2.6.2. Responsabilidad civil.....	151
1.2.6.3. Las bases de Jiménez de Asúa.....	155
1.2.7. El CP de 1944.....	156
1.2.7.1. Introducción.....	156
1.2.7.2. Responsabilidad civil.....	157
a) Sujetos.	157
b) Contenido.....	171
1.2.8. La reforma de 1983.....	183
1.2.8.1. Introducción.....	183
1.2.8.2. Responsabilidad civil.....	186
1.3. LAS NORMAS CIVILES EN EL CP VIGENTE.....	190
1.3.1. Introducción.....	190
1.3.2. Contenido.....	193
1.3.3. Sujetos.....	201
Conclusiones capítulo I.....	233
Capítulo II.....	245
II. LA RESPUESTA DEL CC ANTE HECHOS COMETIDOS POR MENORES.	
Introducción capítulo II.....	245
2.1. ASPECTOS FUNDAMENTALES.....	251
2.1.1 La responsabilidad civil extracontractual.....	251
2.1.1.1. Introducción: aspectos generales.....	251
a) Breve análisis histórico.....	251
b) Fundamentos.	252
2.1.1.2. Distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual...	255
2.1.1.3 Culpa y riesgo.	258
a) Derecho general versus derecho especial.....	258
b) La culpa en la jurisprudencia.	260
b.1) La interpretación de la culpa.....	261
b.2) Crítica.	265
2.1.1.4. El daño como fundamento de la imputación.....	267
a) Las exigencias básicas del evento dañoso.....	267
b) La concreción del daño.....	269
c) El daño antijurídico.....	272
c.1) El carácter atípico del sistema español de responsabilidad civil.....	272
c.2) El requisito de la antijuricidad.....	273

c.3) El postulado de unidad del orden jurídico y las causas de justificación.....	276
2.1.1.5. Causalidad e imputación del daño.....	278
a) Causalidad como exigencia básica.....	278
b) La visión fáctica de la causalidad.....	280
c) Una perspectiva normativa: la teoría de la imputación objetiva.....	282
d) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	285
2.2. CULPABILIDAD, RESPONSABILIDAD CIVIL Y MENORES.....	290
2.2.1. Imputación a la culpabilidad en el derecho civil.....	290
a) Contenido de la culpabilidad.....	290
b) La imputabilidad como capacidad de culpa civil.....	291
c) El dolo como forma de culpabilidad civil.....	293
d) La culpa o negligencia civil.....	294
e) El caso fortuito como límite.....	297
f) La responsabilidad objetiva como excepción.....	297
2.2.2. La cuestión de la responsabilidad por hecho ajeno en el derecho civil: aspectos generales.....	301
a) Introducción: aspectos fundamentales.....	301
b) Naturaleza de la responsabilidad.....	306
c) La cuestión de la aplicación analógica del art.1903 CC.....	310
2.2.3. Responsabilidad por hecho ajeno: casos particulares.....	311
a) Responsabilidad de los padres.....	311
a.1) Líneas básicas.....	311
a.2) Exigencias de la responsabilidad.....	316
a.3) Sujetos responsables y de la extensión de la responsabilidad.....	318
b) Responsabilidad de los tutores.....	319
b.1) Líneas básicas.....	319
b.2) Exigencias de la responsabilidad.....	320
b.3) Sujetos responsables y de la extensión de la responsabilidad.....	321
c) Responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes.....	322
c.1) Líneas básicas.....	322
c.2) Exigencias de la responsabilidad.....	324
c.3) Sujetos responsables y de la extensión de la responsabilidad.....	326
d) Responsabilidad de los titulares de centros docentes.....	327

d.1) Líneas básicas.....	327
d.2) Exigencias de la responsabilidad.....	330
d.3) Sujetos responsables y de la extensión de la responsabilidad.....	330
2.2.4. Edad y capacidad de imputación en el derecho civil.....	332
a) Concepto de imputabilidad y responsabilidad civil.....	332
b) Imputabilidad civil: una perspectiva histórica.....	334
c) La imputabilidad civil en la legislación penal: perspectiva histórica.....	337
d) La imputabilidad civil en el CP vigente.....	342
e) La imputabilidad civil en el derecho de menores.....	345
2.2.5. Capacidad, edad y responsabilidad en el CC.....	346
a) Capacidad jurídica y capacidad de obrar; de la capacidad natural a la capacidad de culpa del menor.....	346
b) La edad como criterio de responsabilidad civil.....	350
1) Reglas generales.....	350
2) La Emancipación.....	351
3) Prorroga y rehabilitación de la patria potestad.....	352
c) Toma de posición de la aplicación de los art. 1902 y 1903 CC a los menores.....	353
Conclusiones capítulo II.....	357
Capítulo III.....	367
III ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.....	369
Introducción capítulo III.....	373
3.1. CUESTIONES GENERALES.....	373
3.1.1. La capacidad de culpa civil. El menor como parte del proceso: sobre la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario.....	373
3.1.2. La función de la equidad y la facultad de moderación.....	374
3.1.3. Aspectos derivados de la definición del <i>quantum</i> de la responsabilidad.....	375
3.2. CUESTIONES PARTICULARES.....	376
3.2.1. Los matices del carácter solidario de la obligación.....	376
3.2.2. La cuestión de la reserva de acciones.....	380
3.2.3. Responsabilidad civil en la aplicación de circunstancias eximentes al menor.....	381
3.2.4. Responsabilidad civil en la aplicación de circunstancias eximentes incompletas al menor.....	388
3.2.5. Un análisis específico de los casos de error.....	394
3.2.6. De nuevo sobre la moderación: el art. 61.3 LORPM.....	399

3.2.7. La determinación del derecho supletorio.....	401
Conclusiones.....	415
Bibliografía.....	421

Agradecimientos

A la Universitat Abat Oliba CEU pues con ella he conseguido dos sueños licenciarme y realizar una tesis doctoral en derecho penal. En especial agradezco al Sr Carlos Pérez del Valle todos los consejos dados, el interés prestado y su dedicación en que se consiguiera este sueño.

A los que han soportado mi falta de tiempo y, pese a ello, han ayudado en todo lo posible para que finalizara y presentara la tesis doctoral. Gracias.

A mi madre que como siempre ha encontrado tiempo y dedicación para mí.

A todos aquellos que como consecuencia del largo periodo de estudio están ausentes pero que con su cariño y consejos han permitido también que alcanzara este sueño.

Índice de abreviaturas

ATC: auto del Tribunal Constitucional

ATS: auto de Tribunal supremo

CC: Código Civil

CCat: Código Civil de Catalunya

CCo: Código de Comercio

CP: Código Penal

LECiv: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria

LORPM: Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor

N. del A.: Nota del Autor

RD: Real decreto

RPen: Reglamento Penitenciario

STC: sentencia del tribunal constitucional; en plural SSTC

STEDH: sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS: sentencia del Tribunal Supremo; en plural SSTS

Introducción

En España, en 1918, los menores fueron excluidos de la jurisdicción penal y se creó un proceso especial para ellos. Desde entonces, ha sido una constante en nuestra legislación la no resolución de la responsabilidad civil en esos procesos especiales a los que se sometía a los menores. El perjudicado que sufría un daño como consecuencia de conductas de menores debía acudir y plantear la cuestión de la responsabilidad civil en la jurisdicción civil ordinaria y la misma se resolvía aplicando el CC. Nunca se abandonó este criterio, hasta el año 2000, con la promulgación de la LORPM.

Este cambio plantea la cuestión de cuál es el motivo para que el legislador cambiase de criterio, estableciendo un proceso especial y específico para solventar esa responsabilidad civil derivada de daños que han causado esos menores. Por esa razón, se analiza toda la legislación de menores desde una perspectiva histórica, para poder confirmar lo anteriormente dicho e intentar comprender este giro copernicano. Como veremos, este cambio de la cuestión de la responsabilidad civil, tal y como se abordó por el legislador en la LORPM, planteó gran cantidad de problemas, tanto en el ámbito sustantivo como en el ámbito procesal.

En este sentido, en el derecho sustantivo es importante remarcar que el art. 61 de la LORPM estableció una responsabilidad civil directa y subjetiva al menor al que se le aplicaba la ley, y que, junto con él, responden unos terceros, ajenos, por su orden y de forma solidaria con aquél: “los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden.”.

Los cambios expuestos plantean muy diferentes cuestiones: si las personas mencionadas en el art. 61.3 de la LORPM lo son en un *numerus clausus* o *apertus*; si los enumerados responden de forma conjunta y por ese orden, o estamos ante una enumeración excluyente; y, cuál es el criterio para hacer responder a unos u otros.

Un segundo problema que existe en este ámbito sustantivo es la facultad de moderación que se establece en el precepto, pues el art. 61.3 LORPM sólo indica que, “cuando éstos -refiriéndose a los terceros anteriormente mencionados- no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez”, y finaliza con la expresión “según los casos.”.

Este sistema no coincide con lo establecido en el CP art. 114, ni con lo que se indica en el art. 1103 del CC. Por ello, se debe abordar de un lado, cuál debe ser el

criterio para adoptar esa moderación y, de otro lado, cómo debe afectar la misma al sujeto perjudicado y entre los sujetos solidarios responsables.

Para ello es necesario esclarecer cuál es el fundamento de esta responsabilidad civil del menor sometido a este proceso, y cuál es el motivo para trasladarla a los terceros mencionados.

En cuanto a la problemática establecida en el ámbito procesal, ha de remarcarse que la norma creaba una acción de responsabilidad civil diferente a la establecida en el CP vigente y distinta a la regulada en el CC. Se creó una pieza separada de responsabilidad civil independiente autónoma y distinta de la acción penal y, además, la resolución de la misma no tenía eficacia de cosa juzgada.

La LORPM sufrió distintas modificaciones y la última tuvo lugar en el año 2006. En el estudio sólo se aborda la cuestión procesal de la exigencia de esa responsabilidad civil en el proceso especial de menores pues no se modificó ninguno de los aspectos sustantivos que regulaban el objeto de la misma ni a los sujetos que se exigía. Pero, en general, se permanecía con la misma problemática sustantiva indicada para con la promulgación de la ley en el año 2000.

En cuanto a la cuestión procesal el legislador dió un paso más a la hora de establecer la exigencia de esa responsabilidad civil en el proceso especial de menores, pues creaba una acción civil en paralelo al proceso penal, dependiente de este, en términos parecidos al ejercicio de la acción civil y penal en un único proceso que la ley permite para el proceso penal. Pero, en este caso, con sus especificidades procesales, atendida la propia especialidad del proceso penal de menores y el objeto y fin de la LORPM.

En este sentido y, como consecuencia de esta modificación procesal se debe indagar lo que sucede cuando el perjudicado se reserva la acción civil; pero también cómo resuelve la LORPM la responsabilidad civil cuando el proceso penal especial de menores finaliza sin sentencia condenatoria respecto al menor o, cuando finaliza de forma anticipada el proceso, -es decir, sin sentencia por la propia especificidad de proceso penal especial de menores.

Todos estos problemas que plantea la LORPM, tanto sustantivos como procesales serán abordados en un estudio transversal: normas que se encuentran en el CP que regulan cuestiones de responsabilidad civil, y las normas que regulan la responsabilidad civil en el CC.

En este sentido y respecto de las normas que regulan cuestiones civiles en el ámbito del CP, se han de examinar diversas cuestiones: quiénes son los sujetos que responden, cómo y cuál es el objeto de esta responsabilidad civil y también, si la misma puede ser trasladada a terceros sujetos y cuál es su fundamento. Con ello, se quiere abordar, si las situaciones son equiparables y si el CP ha influido, en este

aspecto, a la LORPM. La perspectiva histórica sobre esta cuestión es esencial para abordar el problema.

En todo caso, una perspectiva histórica ha de subrayar el papel que, en el caso del derecho de menores, tiene la normativa sobre responsabilidad civil del CC. En cuanto a las normas que regulan la responsabilidad civil en el CC, se quiere comprobar si el objeto coincide con lo regulado en CP, y en la LORPM, si los sujetos obligados son los mismos en las tres leyes, (CP, CC y LORPM) si su fundamento es igual, y, si esa responsabilidad civil puede ser trasladada a terceros y cuál es el motivo para que estos respondan. En este sentido, en este capítulo se diferencian tres aspectos: uno, qué elementos son necesarios para poder hablar de responsabilidad civil: el daño, el nexo causal, la culpa y el riesgo como criterio de imputación y por lo tanto como se coordinan o subordinan estos dos criterios en el CC; una vez concretados estos aspectos generales de la responsabilidad civil desde esta perspectiva genérica, se debe concretar respecto a los menores, es decir, analizaré la culpabilidad y la responsabilidad civil de los menores de en el CC. Dentro de este apartado trataré la responsabilidad por hecho ajeno en el CC, es decir, estudiaré: la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, la de los tutores de sus tutelados, la del empresario por los hechos de sus dependientes y la responsabilidad de los titulares de los centros docentes por los hechos de sus alumnos menores de edad o profesores.

Todo lo analizado en este capítulo segundo, junto con el capítulo primero, implicará que deba relacionar la edad, la capacidad de imputación y la responsabilidad civil en los tres ámbitos analizados; es decir, en la legislación de menores, en las normas civiles del CP y en el CC.

Todo ello permitirá indicar qué se entiende por responsabilidad civil, cómo se responde, y quién y además, si puede o no ser trasladada esa obligación, y cuál es el fundamento de ello en las tres normas analizadas.

La convergencia de todas estas normas impondrá un posicionamiento en cuanto a la subordinación y coordinación que debe existir entre ellas, pues las tres regulan cuestiones de responsabilidad civil, y todas ellas pueden concurrir ante un mismo hecho cometido por un menor generador de responsabilidad civil.

Estos dos capítulos, con sus respectivas conclusiones permiten desarrollar un tercer capítulo consistente en detectar cuestiones problemáticas entre las tres normas que convergen. Unas, son de carácter conceptual, y genéricas: la capacidad de culpa civil del menor y como consecuencia de ello, el menor como parte en los distintos procesos. La función de la equidad y la moderación en las tres normas y su afectación al *quantum* indemnizatorio.

Y otras son cuestiones que han surgido de forma más concreta, como consecuencia de la aplicación de la LORPM: los matices del carácter solidario de la obligación; la cuestión de la reserva de acciones; o qué sucede con la responsabilidad civil cuando el menor se encuentra en circunstancias de eximente completa o incompletas, o en casos de error.

Todas estas cuestiones detectadas, así como las soluciones que adopta el legislador de forma concreta en algunos de estos casos, permiten abordar e intentar determinar cuál es el derecho supletorio, que debería aplicarse para resolver posibles lagunas ante esos problemas.

De ahí que se sostenga; que las conclusiones que se alcancen pueden dar lugar a facilitar la resolución de lagunas en la aplicación de la LORPM, no sólo en el ámbito sustantivo de la responsabilidad civil sino también en su aspecto procesal. Sobre estas bases ha de abordarse de una forma pausada, una necesaria y definitiva modificación de la LORPM sobre la cuestión de la responsabilidad civil en el proceso de menores: ante todo, si es conveniente su exigencia en el mismo proceso de menores, si debe tratarse de distinta forma la cuestión de la responsabilidad civil a la regulada en el CC, y si ha de establecerse un criterio de imputación para estos terceros obligados.

El desarrollo del trabajo se apoya, por tanto, en un examen de la legislación, y de una forma esencial del proceso histórico que ha conducido a la actual situación normativa en el derecho de menores. El estudio del derecho vigente y, sobre todo, el examen comparativo de la regulación de la responsabilidad civil en el CC y de las normas específicas -en su caso- en el CP y en la legislación de menores, ha sido el presupuesto metodológico adoptado. Sólo de este modo ha sido posible definir una serie de cuestiones problemáticas, que surgen precisamente de esta confluencia; y proponer soluciones con una fundamentación dogmática suficiente.

Capítulo I.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO Y DE HECHOS COMETIDOS POR MENORES.

Capítulo I. Introducción.

En un primer capítulo se estudia y analiza, por un lado, la evolución histórica de la regulación de la responsabilidad civil en la legislación de menores; y de otro, la responsabilidad civil en la historia de la codificación penal. Ambos estudios sólo abarcan el ámbito territorial español.

El motivo para plantear el estudio de esta forma es el siguiente: el derecho penal de menores en España es reciente. Inició su andadura al menos un siglo más tarde que la codificación penal; es decir, no fue hasta 1918 cuando el legislador sacó de forma definitiva al menor de la jurisdicción penal y creó una jurisdicción especial para estos mediante la Ley de Tribunales para Niños. Por tanto, desde esa fecha se puede sostener que el legislador español consideró que a una cierta edad un menor no responde penalmente como un adulto, sin perjuicio de considerar que era capaz de realizar las conductas tipificadas en el CP. Esa edad ha ido modificándose, y la idea de que el menor no puede responder penalmente como un adulto también ha sufrido una evolución hasta la actual LORPM modificada por la Ley Orgánica nº 8/2006 de fecha cuatro de diciembre. Por ello es importante analizar cómo desaparece el menor de la jurisdicción penal de adultos y cómo el legislador finalmente admite que existe una jurisdicción penal de menores.

Como se ha de ver en esta evolución histórica de la normativa de menores, el legislador ha acabado hablando de responsabilidad penal de menores y de una jurisdicción penal de menores. Por ello, a su vez, de forma paralela he de analizar qué ha sucedido con la responsabilidad civil durante esa evolución en el marco del CP.

La hipótesis es que la jurisdicción penal del menor no sólo es fruto de la normativa internacional referente a menores, sino que la misma ha surgido también al abrigo de la codificación penal. En este sentido, es importante señalar que, en todo el desarrollo histórico de la normativa de menores, ha sido una constante del legislador sostener una circunstancia para su aplicación sobre el menor: que éste cometa un hecho tipificado en el CP, sin perjuicio de que el legislador haya mantenido también su aplicación como consecuencia de otras circunstancias.

Esta línea permanente, permite pensar que, en el desarrollo del derecho penal de menores, se ha tenido en cuenta la legislación penal, pues hay una progresiva convergencia entre derecho penal y derecho penal de menores, y no sólo porque siempre el legislador ha mantenido que se podía imponer una medida al menor

cuando cometía un hecho que la ley penal castigaba como delito o falta, incluso en la LORPM.

Por todo ello, se aborda el estudio histórico desde dos perspectivas: qué ha sucedido en la legislación de menores con la acción civil y cuál ha sido la evolución de la legislación penal con la acción civil.

En cuanto a la acción civil en la legislación de menores, el objeto es estudiar y analizar qué cambios se producen con ésta, a medida que evoluciona y se desarrolla la legislación penal de menores, hasta alcanzar aquella el nombre de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor; es decir, cuál ha sido su evolución normativa en el aspecto sustantivo del concepto de responsabilidad civil, y, dónde y cómo se ejercitaba esta acción civil.

En cuanto a la acción civil en la codificación penal el objeto es analizar y estudiar qué cambios de carácter sustantivo se han ido produciendo en el concepto de responsabilidad civil a través de los distintos códigos penales que han entrado en vigor, y dónde se puede y debe ejercitar dicha acción.

No puede pasarse por alto la relevancia de un hecho conocido: el legislador ha sostenido, desde 1822, que en el proceso penal se puede ejercitar de forma conjunta la acción penal y la acción civil, siempre y cuando estemos ante un hecho que sea típico antijurídico y haya provocado un daño. Esta característica del proceso penal español y el hecho, de que se codifique en 1822 permite formular como hipótesis, como he indicado al principio, que hay una convergencia progresiva entre el actual derecho penal de menores y el derecho penal de adultos, aunque de este último, salieran los menores en el año 1918, pues al final según el legislador hablamos de responsabilidad penal del menor.

Por ello se examinan por este orden las distintas normativas: en primer lugar, la responsabilidad civil en la legislación de menores; en segundo término, la responsabilidad civil en los distintos códigos penales que han entrado en vigor.

En la primera parte, relativa a la responsabilidad civil en la legislación de menores, se trata de observar cómo ha sido el tránsito de una legislación de menores a una ley que pretende ser reguladora de responsabilidad penal, y si ello comporta una diferenciación por parte del legislador en cuanto a la acción civil. Debo analizar si, en ese tránsito y ante esa posible diferenciación, la normativa que regula la responsabilidad civil en la LORPM sufre influencia de la normativa que regula la responsabilidad civil en el CP, a la vez que se indaga qué entiende el legislador por responsabilidad civil mientras evoluciona la legislación de menores, el contenido del concepto en la LORPM, así como quiénes son los sujetos responsables, cómo deben responder y cuál es el motivo que indica el legislador para sostener esta obligación.

En la segunda parte, relativa a la responsabilidad civil en los códigos penales, se trata de comprobar si la normativa sobre la responsabilidad civil regulada en los distintos códigos penales ha influido en la legislación penal de menores. En concreto, se considera en los siguientes aspectos: en el proceso para reclamar esta responsabilidad civil y en el concepto de responsabilidad civil. Se trata de analizar en cada CP quiénes son los sujetos responsables, cómo deben responder, y cuál es el motivo que indica el legislador para sostener esta obligación, para concluir si, como consecuencia de su evolución en los distintos Códigos, se modifica el concepto de responsabilidad civil y la forma de poder reclamar ésta en el proceso penal.

Finalmente, se examinarán estos aspectos en el CP de 1995 de conformidad con la última modificación del año 2015. Ambas indagaciones históricas permitirán concluir y abordar si es posible que la normativa civil regulada en el CP haya influido en la normativa civil regulada en la LORPM o, sostener que la responsabilidad civil regulada en esta última normativa no guarda relación con aquella.

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO Y DE HECHOS COMETIDOS POR MENORES.

1.1 La Legislación de Menores y La Responsabilidad Civil.

La exclusión de la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por menores, juzgados en los Tribunales de niños, posteriormente denominados Tribunales Tutelares y, en la actualidad Juzgados de Menores, ha sido una constante en nuestro ordenamiento jurídico hasta la Ley Orgánica del año 2000.

En este capítulo intentaremos adentrarnos en los motivos por los cuales se crean los Tribunales para niños en España y cuál ha sido la evolución legislativa de estos tribunales en relación con la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor sometido a estos Tribunales.

1.1.1. *La primera legislación de menores.*

1. En España, a inicios del siglo veinte, en las primeras décadas del mil novecientos, hubo un movimiento tendente a crear una jurisdicción de menores diferente de la jurisdicción ordinaria que prescindiera del sistema carcelario de adultos. Estas ideas fueron defendidas entre otros, por: Concepción Arenal¹, Pedro Dorado Montero², Eugenio Cuello Calón³ y Ramón Albó y Martí⁴.

En esta misma dirección Eugenio Cuello Calón decía que:

“la reclusión de los menores en las cárceles debe evitarse a toda costa; es irracional e inhumana, destruye el sentido moral del niño, a quien habitúa a considerarse como un criminal, y le corrompe merced a la promiscuidad con los delincuentes adultos. Fuera, pues, la cárcel; la cárcel en común, como la celular; la cárcel, sea como sea, es siempre cárcel.”

¹La compilación de sus escritos fueron publicados en 1909 por la Editorial Vizcaína de Bilbao, reeditados en 1934 por la Editorial Tip Huelves y Cia de Madrid.

²Pedro DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, Tomo I, Madrid, 1916, p.221.

³Eugenio CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, Madrid, 1917, p.28.

⁴Ramón ALBÓ Y MARTÍ fue el primer Presidente del Tribunal para niños de Barcelona creado el 11 de febrero de 1921 Real Orden autorizando el Tribunal para niños de Barcelona si bien no pudo actuar hasta el 4 de mayo de 1921. Ramón ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños, el Tribunal para niños de Barcelona y su actuación en el primer semestre de funcionamiento*, Barcelona, 1922, p.177.

Y Concepción Arenal, indicaba que:

“¿Cuándo puede considerarse un penado como adulto? ¿Cuándo como joven o como niño? He aquí un problema de solución muy difícil, y que será imposible, si la mayor edad para el crimen, como para los derechos civiles, se determinan por la fe de bautismo.”. “Contra lo que generalmente se cree, uno de los departamentos donde hay más depravación en los presidios, es en el de jóvenes; y como el mal sistema debe producir su efecto a todas las edades, resulta que los que delinquen en la primera no merecen siempre la consideración que inspiran.”⁵

Y además, sostenía que “la complicidad social más directa en los delitos, la más repugnante, la más atentatoria a la justicia porque se ejerce en su nombre, es la acción depravadora de las prisiones”⁶

Y Dorado Montero mantenía que:

“El tratamiento de los delincuentes jóvenes fue el primero de los tratamientos penales invadido por el sentimentalismo humanitario. Lo cual se comprende muy bien. Si hay personas que, más que ninguna otra clase de ellas, exciten la compasión, son precisamente los más débiles, y entre estos los niños y los adolescentes a quienes se vea en el camino de caer y perderse para siempre”.

2. Más allá de las ideas fundamentales, es particularmente interesante el análisis práctico de los primeros Tribunales para niños de Albó y Martí pues fue el primer Presidente de este Tribunal en Barcelona. Y como consecuencia de ello escribió las siguientes líneas tras el primer semestre de funcionamiento del Tribunal para niños de Barcelona:

“La nueva Institución del Tribunal Para Niños, conforme se va viendo, no obedece ni se ha implantado como una simple cuestión de corazón o puro sentimentalismo, sino por consejo de la fría razón, aquilatado por la experiencia, y por provocarla el descrédito del sistema tradicional opuesto hasta aquí seguido, pues se ha visto que la pena, tal y como se ha venido aplicando, venía más bien a ser un factor poderoso de criminalidad, ya que el aumento de ésta se realiza, en buena parte, por los reincidentes, resultando la prisión engendradora de prisión. En cambio, la experiencia señala ya cómo la cárcel y la pena, a pesar del gran poder aparente de ésta y de la

⁵ARENAL PONTE, Concepción, Capítulo XI y XII, Parte IV (fecha de consulta 20/1/2016), pp.20 y 21.<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcgh9d9>

⁶ARENAL PONTE, Concepción, “Complicidad Social”. *Tomo 14. Informe presentado en el Congreso Penitenciario Internacional de San Petersburgo Segunda Sección Cuestión Sexta Segunda parte. I.* “Complicidad Social”. Sus escritos fueron publicados en 1909 por la Editorial Vizcaína de Bilbao, reeditados en 1934 por la Editorial Tip Huelves y Cía. de Madrid.

bárbara dureza que aquélla tiene para con el niño, pueden menos que el nuevo Tribunal, al cual, con sólo un delicado tratamiento tutelar y pedagógico, suprime la cárcel y sustituye la pena, siendo un hecho comprobado ya por las estadísticas que desde que funciona este Tribunal e instituciones auxiliares, ha disminuido la delincuencia infantil.”⁷.

Todas estas opiniones de la doctrina fueron coetáneas a la redacción de varios Proyectos de leyes para la creación de Tribunales para niños en España:

- 1) El Proyecto de Ley del año 1912 cuyo autor fue Arias de Miranda.
- 2) El Proyecto de Ley de Tribunales para niños del año 1915 cuyo autor fue Manuel Burgos y Mazo.
- 3) El Proyecto de Ley para la creación de Tribunales para niños fue el realizado por Juan Alvarado y del Saz de 1917 que fue el último.
- 4) Finalmente y a partir del proyecto de Avelino Montero-Ríos y Villegas el dos de agosto del 1918, fecha en que se promulgó la Ley de Bases de Tribunales para niños, también el mismo año, el 25 de noviembre, se publicó la Ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños⁸.

3. Todos estos autores, así como la normativa indicada, se hallaban influenciados por la normativa de distintos estados, en los Estados Unidos de América, que habían creado Tribunales de menores; por la *Children Act* en Inglaterra, y por la normativa que había surgido en el resto de Europa como consecuencia de las anteriores.

En el año 1899, se creó el primer Tribunal para niños en Chicago por una Ley de uno de junio de 1899⁹, en la que se intentaba sacar a los menores de la jurisdicción ordinaria penal. Esta idea se trasladó posteriormente a Inglaterra¹⁰ y se promulgó el Código de legislación infantil la Ley inglesa de 21 de diciembre de 1908 *Children Act*. De allí pasó este movimiento al resto de Europa. A modo de ejemplo se puede indicar las leyes de los siguientes países:

- a) Ley belga de 15 de mayo de 1912 creación de Tribunales para niños¹¹.
- b) Ley francesa de 22 de julio de 1912 organiza tribunales infantiles¹².

⁷ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños*, p.20.

⁸En el prólogo del libro de ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños*, el propio Avelino MONTERO RÍOS Y VILLEGAS dice: “Parecerá singular a aquellas personas que por dedicarse a estos estudios hayan meditado sobre la redacción de la Ley de Tribunales para niños, el procedimiento que esta sigue para instaurar en España los nuevos organismos.

Yo no conozco Ley alguna que se parezca en esto a la que tengo el honor de ser su autor, y a la que he querido dar un carácter tan progresivo y democrático...” Madrid marzo de 1922 AVELINO MONTERO RÍOS Y VILLEGAS Autor de la Ley de *Tribunales para Niños*.

⁹CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, p.17.

¹⁰CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, pp.9 y 29.

¹¹CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, pp.29 y 39.

c) Ley húngara de 31 de marzo de 1913 que organizó los tribunales para niños¹³.

En particular, en Estados Unidos la evolución fue extraordinariamente rápida: en 1922 existían leyes de menores en 46 de los -entonces- 48 estados de la Unión Norteamericana.

4. Como ya he indicado, la finalidad y el ideal de estos autores era sacar a los menores de la jurisdicción ordinaria y de las cárceles para evitar el contacto con los presos adultos. Se entendía que los menores no podían ser tratados como adultos y que no era suficiente con atenuarles la pena.

La visión de los Tribunales para niños era evidentemente protectora. Una lectura de lo que los autores consideran como principios inspiradores es ilustrativa: la corrección¹⁴, la filantropía¹⁵ y la pedagogía¹⁶ eran puntos de referencia.

Significativo es la consideración de la caridad basta con leer estas líneas de Eugenio Cuello Calón:

“Este es, yo creo, el verdadero sentido del Tribunal juvenil: proteger y tutelar a todos los niños abandonados, a todos los maltratados, a todos los menores viciosos, desprovistos de apoyo moral, sean o no delincuentes. El hecho de que el niño haya delinquido, en la mayor parte de los casos no es más que un accidente; muchos menores que legalmente no han infringido las leyes, son más peligrosos y se hallan más necesitados de asistencia reformativa que otros que ya han cometido delitos. Así, pues, la acción paternal del Juez de niños no debe limitarse sólo a los delincuentes; si así sucediera, quedarían fuera de su esfera de acción precisamente aquellos más necesitados de su benéfica intervención.”¹⁷.

El carácter corrector y filantrópico, como dice Ramón Albó en el texto antes citado, se observa leyendo las siguientes líneas, que pretenden además un acotamiento de acuerdo con la edad del menor:

“El carácter tutelar del tribunal para niños se descubre también cuando se trata de niños menores de nueve años que hayan realizado un hecho ilegal. Con arreglo a la jurisdicción ordinaria o al derecho común, estos niños quedan completamente al margen de toda actuación judicial y, en cambio, con arreglo a la legislación de Tribunales para niños quedan sometidos a la competencia de éstos.”.

¹²CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, pp.30 y 36.

¹³CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, p.30.

¹⁴ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños*, p.107.

¹⁵ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños*, p.147.

¹⁶CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, p.8.

¹⁷CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, p.98.

En cuanto al carácter pedagógico, también parece recomendable escoger estas expresiones escritas por Eugenio Cuello Calón al referirse a los Tribunales para niños en la obra que se citaba antes, y que resumen el parecer de toda la doctrina: “El tratamiento aplicado hoy a los menores es estrictamente pedagógico y tutelar. No hay duda acerca de ello, todos están conformes: los penalistas, los juristas, los sociólogos de las más opuestas direcciones, lo proclaman.”.

5. Lo más novedoso de la Ley que instauró los Tribunales para niños fue que se creaba una jurisdicción especial, que tenía por objeto proteger al menor en todos sus aspectos, y ese objetivo establecía a su vez un proceso especial y diferente al establecido ante cualquier jurisdicción.

Los rasgos característicos de esta normativa de los Tribunales para niños eran:

1º- No era necesario que el Juez ni el personal del Tribunal perteneciesen a la carrera judicial. Como consecuencia de lo anterior, el personal, que se regulaba al margen de la jurisdicción ordinaria, tenía un carácter especial y estaba inserto en un organismo autónomo del Ministerio de Justicia, de carácter administrativo. Así en este sentido Albó y Martí indica que:

“La Ley califica de especial a este Tribunal y así lo es, en efecto, en su organización, en su competencia y en el procedimiento que emplea. Es especial en su organización, conforme acabamos de decir, pues la mayoría si no la totalidad de sus miembros, son ajenos a la carrera judicial. Forma el Tribunal el Presidente y dos vocales, elegidos éstos por las Juntas de Protección a la Infancia, lo mismo que los dos Vocales suplentes,”¹⁸.

2º- Por la competencia objetiva que se atribuía a estos Tribunales sus actuaciones podían alcanzar tres dimensiones: facultad reformadora, represiva y facultad protectora¹⁹. Este criterio, que Albó dio en el momento de su aplicación, ha sido

¹⁸ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños*, p.146.

¹⁹ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños*, p.149. “En armonía con esta competencia, los asuntos en que deberán entender los Tribunales para niños se dividen en cuatro secciones, que han de referirse respectivamente:

I- Al procedimiento para enjuiciar a los menores de quince años a los que se atribuya algún hecho de los calificados como delito en el código penal o leyes especiales.

II- Al procedimiento para enjuiciar a los menores de quince años, a los que se atribuya algún hecho que, con arreglo a lo determinado en el código penal o en leyes especiales fuere constitutivo de falta.

III- Al procedimiento regulador de la facultad protectora de los Tribunales sobre menores de quince años, por hechos que puedan afectar directa o indirectamente a la seguridad de sus personas o a los fines de su educación.

confirmado cuando la doctrina actual examina aquella regulación. En particular, Higuera Guimerá subraya las competencias de los tribunales para niños en aquellos momentos: A) Los delitos y las faltas cometidos por menores de 15 años. B) Las faltas nº 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del art. 603 del CP²⁰ y de las faltas establecidas en las leyes de 26 de julio de 1878 y 23 de julio de 1903. C) La suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación de los menores en los casos de los números 5 y 6 del art. 603 del CP, y del art. 171 del CC y del art. 4 de la Ley de 23 de julio de 1903. D) Además, las infracciones del art. 22 de la Ley provincial²¹.

Higuera indica que estas competencias implicaban la distribución en tres facultades: “la competencia de estos tribunales para niños se distribuía en tres facultades: La facultad reformadora, la facultad represiva y la facultad protectora (lo que va a suponer una constante en lo sucesivo, hasta la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio)”²².

3º- Era un sistema inquisitivo, en el que el Juez asumía todas las funciones y atribuciones: acusaba, defendía y juzgaba. Aló lo explicaba de esta forma:

“Por esto no pueden separarse las dos tareas o funciones de instructor y de Juez, porque se inutilizaría el examen del alma del menor, ese estudio individual de todos y cada uno de los que han de comparecer delante del Tribunal para Niños, que no constituye un hecho puramente objetivo, sino subjetivo, un estudio psicológico que ha

IV- Al procedimiento para enjuiciar a los mayores de quince años por hechos constitutivos de alguna de las faltas ya citadas cometidas contra las personas de los menores de quince años o en perjuicio de los mismos.”.

²⁰El CP de 1870 era el que estaba en vigor en esa época.

²¹Art. 22 de la Ley provincial de 29 de agosto de 1882 (Gaceta de Madrid nº 244 de uno de septiembre). Dentro de las atribuciones y deberes de los Gobernadores el artículo 22 decía: “También deberá reprimir los actos contrarios á la moral ó á la decencia pública, las faltas de obediencia ó de respeto á su autoridad, y las que en el ejercicio de sus cargos cometan los funcionarios y corporaciones dependientes de las mismas; pudiendo imponer, con este motivo, multas que no excedan de 500 pesetas, á no estar autorizado, para mayor suma por leyes especiales.

En defecto de pago de las multas puede imponer arresto supletorio hasta el máximo de 15 días.

Contra la imposición de las multas podrán los interesados interponer recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación, previa consignación de importe de la multa y en el término de 10 días.

Interpuesto el recurso, el Gobernador remitirá los antecedentes al Ministerio dentro del tercero día.”.

²²Juan-Felipe HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal Juvenil*, Barcelona, 2003, p.135.

de hacer el mismo que dirige la instrucción y el que falla. El Tribunal para Niños estudia al menor, lo trata y lo encamina sin juzgarlo por el hecho,”²³.

4º- No había garantías jurídicas en los procedimientos con menores, pues no se permitía la intervención de letrado ni procurador y no se aceptaban las normas procesales del procedimiento penal para adultos. Se entendía, como dice Albó, que el Juez protegía, cuidaba y curaba al menor²⁴. Estos Tribunales tenían, por tanto, una función de control.

5º- El menor es considerado como un objeto y no como un sujeto de derecho, en la medida que era inimputable y no se le podía atribuir responsabilidad penal. Sólo se buscaban soluciones para el menor que estaba sometido a estos Tribunales: la única finalidad era la protección del menor. A esta finalidad respondía el hecho que explica que no existiese una edad mínima para el sometimiento de estos menores a los Tribunales para niños²⁵.

6º- Como consecuencia de todo lo anterior, sus decisiones en ese ámbito son indeterminadas, y en ellas se ponía como límite la mayoría de edad; e incluso “las resoluciones tomadas en este juicio reciben el nombre de acuerdo, no tienen el nombre de sentencia.”. Por eso subrayaba Albó²⁶ que “son tomados los acuerdos con absoluta libertad de criterio, con arreglo a la conciencia de quienes los dictan, según el conocimiento del alma infantil y sin sujeción a Código alguno.”. La decisión era, por tanto, fundada en el arbitrio de los jueces sin otra fundamentación que los fines últimos del proceso.

1.1.2. La legislación intermedia.

a) Ley de bases de Tribunales para niños y su desarrollo.

²³ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños*, p.135.

²⁴ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños*, p.159. “el juicio propiamente tal, se celebra sin solemnidades de ninguna clase. A las sesiones no asiste fiscal, ni procurador, ni abogado. El niño no necesita de abogado defensor, porque tiene a éste en el mismo Tribunal, que resolverá lo que más le convenga;”.

²⁵ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños*, p.150. “La competencia o Jurisdicción de estos Tribunales si bien tiene el límite máximo de los quince años, no tiene el mínimo de los nueve años señalados por el código penal, pues su finalidad no es el castigo, para lo cual es indispensable la responsabilidad –que no se admite en los menores de nueve– sino la protección, y ésta se necesita muchas veces antes de los nueve.”.

²⁶ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños*, p.161. Y, continua indicando: “No revisten caracteres definitivos,”.

1. Tanto en la Ley de Bases de Tribunales para niños como en la Ley que desarrolla esas bases, ambas de 1918, no se hablaba de la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor, que se sometiera a estos Tribunales. Sin embargo, el Reglamento provisional para la aplicación de la Ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños de julio de 1919, en su art. 26 mencionaba la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal, cuando de la comisión de un hecho fuese autor un menor de quince años y cuyo conocimiento fuera competencia de los Tribunales especiales para niños. Se excluye taxativamente esa competencia de esos tribunales y se nos remite explícitamente a los Tribunales ordinarios, por tanto, civiles²⁷.

2. Este art. 26 fue comentado por José de Solano y Polanco en su momento como Abogado Fiscal de la Audiencia de Bilbao y decía que como los Tribunales para niños eran de carácter correccionalista y de pura tuición, no debían dilucidar temas jurídicos ni exclusivamente legales. Por ello, la acción civil se debía plantear ante el Tribunal ordinario y además de forma independiente a lo que se resolviera en esa jurisdicción especial, pues los acuerdos de los Tribunales para niños no eran definitivos y podían ser incluso modificados. Y por ello, sostenía, que la acción civil no se podía nunca fundar en ese acuerdo, pues si el mismo se modificase o se dejase sin efecto se debería también modificar o dejar sin efecto la sentencia del Juez ordinario, lo cual era imposible²⁸.

²⁷Art. 26 Reglamento Provisional para la aplicación de la Ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños de diez de julio de 1919. "Cuando de la comisión de un hecho de que sea autor un menor de quince años y cuyo conocimiento sea de la competencia de los Tribunales especiales para niños se deriven acciones civiles, sólo podrán ejercitarse éstas por el perjudicado en su caso ante los Tribunales ordinarios del orden civil en la clase de juicio que proceda, según la respectiva cuantía litigiosa, ya esas acciones se contraigan a la restitución de una cosa, a la reparación de un daño causado o a la indemnización de perjuicios."

²⁸José DE SOLANO Y POLANCO, *Tribunales para niños y comentarios a la legislación española*, Madrid, 1920, p.164. "La razón de este artículo es obvia; obedece al carácter exclusivamente correccionalista y de pura tuición del Tribunal para niños, ajeno a dilucidar problemas jurídicos y a dictar fallos de índole meramente legal.

Para interponer la acción civil ha de acudir al Tribunal Ordinario; pero no cabe duda que el planteamiento de aquella acción tendrá que hacerse de modo independiente y no aludiendo al acuerdo recaído en el Tribunal para fundamentar en la procedencia de la acción civil, pues como los acuerdos del Tribunal para niños no revisten carácter definitivo y pueden ser modificados y aun dejados sin ulterior efecto por el mismo Tribunal, si en el acuerdo de éste se fundara la acción civil, al dejar el Tribunal para niños su acuerdo sin efecto tendría que dejar el Juez ordinario sin efecto también su sentencia, cosa imposible, por lo que se ve que la acción ha de plantearse independientemente del acuerdo y sin aludir a éste para nada.". En idéntico sentido, ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para Niños*, pp.153 y 154.

3. En fecha seis de abril del año 1922 se publicó el Reglamento definitivo de estos Tribunales y también, su art. 26, que excluía la posibilidad de la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor sometido a estos Tribunales y se remitía a la jurisdicción ordinaria²⁹.

4. El 15 de julio de 1925 se publicó un Decreto Ley aprobando el proyecto de reforma de la Ley de 25 de noviembre de 1918 sobre organización y atribuciones de los Tribunales Tutelares para niños. Este Decreto Ley, básicamente, ampliaba la ley en el ámbito competencial elevando la edad de los menores a los 16 años, los cuales también podrán ser sometidos ante esta jurisdicción; pero todo sigue igual en cuanto a la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor sometido a estos Tribunales³⁰.

5. El seis de septiembre de 1925 se dictó el Real Decreto aprobando el Reglamento provisional, en ejecución de la Ley de tribunales para niños de 25 de noviembre de 1918 reformada por el real decreto de 15 de julio de 1925, anteriormente mencionado. En su art. 30 se vuelve a excluir la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor sometido a estos tribunales y se nos remite a la jurisdicción ordinaria; pero aquí ya se permite al Tribunal la devolución de objetos sustraídos cuando no hay duda racional de la propiedad de dicho objeto³¹.

²⁹Art. 26 del Reglamento definitivo de seis de abril del año 1922: "Cuando de la comisión de un hecho de que es autor un menor de quince años y cuyo conocimiento sea de la competencia de los Tribunales especiales para niños se deriven acciones civiles, sólo podrán ejercitarse éstas por el perjudicado en su caso ante los Tribunales ordinarios del orden civil en la clase de juicio que proceda según la respectiva cuantía litigiosa, ya esas acciones se contraigan a la restitución de una cosa, a la reparación de un daño causado o a la indemnización de perjuicios."

³⁰Así en el art. 3 del Decreto Ley sobre Organización y atribución de los Tribunales Tutelares para Niños de 15 de julio de 1925 se decía que: "La competencia de los Tribunales para niños se extenderá a conocer de las acciones y omisiones atribuidas a los menores de diez y seis años que el Código penal o leyes especiales califiquen como delitos o como faltas,".

³¹Art. 30 del Reglamento Provisional de seis de septiembre de 1925: "Cuando de la comisión de un hecho de que sea autor un menor de diez y seis años, y cuyo conocimiento sea de la competencia de los Tribunales para niños, se deriven acciones civiles, sólo podrán ejercitarse éstas por el perjudicado, en su caso, ante los Tribunales ordinarios del orden civil en la clase de juicio que proceda, ya esas acciones se contraigan a la restitución de una cosa, a la reparación de un daño causado o a la indemnización de perjuicios. Sin embargo, por lo que respecta a la devolución de los objetos sustraídos, cuando no pueda ofrecer dudas racionales la propiedad de dichos objetos, el Tribunal podrá devolvérselos a su dueño, constando en el expediente el recibo de haberle sido entregados."

No podrán expedirse certificaciones de las diligencias practicadas por el Tribunal, ni aun para utilizarse como prueba en el procedimiento civil que se promoviera; pero el Juzgado competente

Además, en ese mismo art., se establecía una importante prohibición: se impedía la intervención del particular en lo referente a la obtención de documentos sobre la responsabilidad civil para poder entablar el correspondiente procedimiento ante la jurisdicción ordinaria. Por lo tanto no hablamos de documentos en sentido estricto sino de pruebas.

Por otra parte, en el art. 76 se permitía al denunciador perjudicado apelar el acuerdo del Juez cuando en él se nieguen los hechos de participación del menor o las circunstancias que hubieren de servir en su caso de fundamento para deducir la acción de responsabilidad civil ante el Juzgado competente³².

Es decir, el legislador en esta época impedía la intervención del perjudicado en un primer momento y sólo aceptaba la participación del mismo al final del proceso si, como consecuencia del acuerdo que adopta el Juez de menores, este perjudicado pudiera ver impedido el ejercicio de su acción civil ante el Juez ordinario. Esta conclusión es lógica, pues al Juez de menores sólo le interesaba el menor y su corrección, aunque de este modo se salvaguardaba el derecho del perjudicado.

6. En fecha tres de febrero de 1929 se dictó el Real Decreto–Ley que aprobaba con carácter de ley el proyecto de reforma y adaptación del decreto ley de 15 de julio de 1925 sobre organización y atribuciones de los tribunales tutelares para niños. En el art. 14 no se establece ninguna novedad a las ya indicadas en cuanto a la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor sometido a estos Tribunales³³.

podrá pedir de oficio certificación del acuerdo de enjuiciamiento de un menor por lo que respecta a la participación de éste en el hecho que se sirviese de fundamento a la reclamación civil, a fin de que el fallo del Tribunal sirva de base para iniciar el procedimiento.”.

³²Art. 76 del reglamento provisional de 1925: “La apelación podrá interponerse por el representante legal del menor o por éste mismo, si careciese de él.

El denunciador perjudicado sólo podrá apelar del acuerdo cuando en él se nieguen los hechos de participación del menor o las circunstancias que hubieren de servir, en su caso, de fundamento para deducir la acción de responsabilidad civil ante el juzgado competente, y no podrán ser materia de este recurso las medidas que el Tribunal adoptase o dejase de adoptar respecto del menor.”.

³³Esta modificación surge como consecuencia de la entrada en vigor en fecha uno de enero de 1929 del CP de 1928. Se debía amoldar la Ley y el Reglamento al nuevo CP. Art. 14 del Decreto Ley de tres de febrero de 1929: “Las sanciones civiles para la restitución de objetos, reparación de daños o indemnización de perjuicios originados por actos u omisiones ejecutados por un menor, cuyo conocimiento sea de la competencia del Tribunal tutelar, sólo podrá ejercitarse por el perjudicado, en su caso ante los tribunales ordinarios del orden civil en la clase de juicios que proceda. A este efecto, la intervención del Tribunal tutelar se limitará a declarar en conciencia los hechos que estime acreditados y la participación del menor, así como a devolver al perjudicado los objetos sustraídos cuando no pueda ofrecer dudas racionales la propiedad de dichos objetos.”.

b) La Ley de 1940 y el Texto Refundido de 1948.

1. No es hasta la Ley de 13 de diciembre de 1940 de Tribunales Tutelares de menores y su reglamento de aplicación de 22 de julio de 1942 cuando se observa un cambio fundamental, que surge como consecuencia del asesoramiento recabado a la Unión Nacional de los Tribunales Tutelares³⁴.

2. Así, en el art. 14 de la Ley de 1940 se establece que la responsabilidad civil sólo podrá ser ejercitada por el perjudicado ante la jurisdicción civil ordinaria, pero ya en esta ley se establece con criterio inequívoco que los acuerdos adoptados por los Tribunales Tutelares en cuanto a la participación del menor en el hecho y las circunstancias del hecho tendrán consideración de hechos probados³⁵.

También se establece, como sucedía en 1925, la facultad de devolver los objetos sustraídos cuando no haya duda racional alguna sobre la propiedad de dicho objeto.

3. Por otra parte, se permitía al Tribunal Tutelar mediar en cuanto a la responsabilidad civil cuando ambas partes lo solicitaban y el tribunal lo aceptase; su

³⁴BOE de 23 de diciembre de 1940 nº 2105 en la exposición de los motivos se indica: "..., el Consejo Superior de Protección de Menores estudió, en 1935, un anteproyecto de Ley de bases que no llegó a discutirse.

Reconstituido el supremo organismo protector durante el Glorioso Movimiento Nacional, estimó necesario proponer la rectificación de los errores en que la revisión hubiere incurrido y restaurar el articulado de la Ley y el Reglamento de 1929, cubriendo los vacíos que habían producido en su texto las disposiciones derogatorias, a cuyo efecto hubo de recabarse el asesoramiento de la Unión Nacional de los Tribunales Tutelares.

Resultando de este estudio es el nuevo texto legal, en el que se reducen al mínimo indispensable las modificaciones que ha aconsejado introducir la experiencia de la actuación de dichos Tribunales."

³⁵Art. 14 de la Ley de 1940: "Las acciones civiles, para la restitución de objetos, reparación de daños, o indemnización de perjuicios originados por actos u omisiones ejecutados por un menor, cuyo conocimiento sea de la competencia del Tribunal Tutelar, sólo podrán ejercitarse por el perjudicado en su caso, ante los Tribunales ordinarios del orden civil en la clase de juicios que proceda. A este efecto, la intervención del Tribunal Tutelar se limitará a declarar en conciencia los hechos que estime acreditados y la participación del menor, los cuales tendrán la consideración de hechos probados, así como a devolver al perjudicado los objetos sustraídos, cuando no pueda ofrecer dudas racionales la propiedad de dichos objetos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando ambas partes soliciten la intervención del Tribunal Tutelar, como mediador, y éste acepte su designación, la resolución que dicte tendrá fuerza ejecutiva y no cabra contra ella ulterior recurso. Para su cumplimiento acudirá el interesado, si fuese necesario al Juzgado Civil correspondiente."

resolución tenía fuerza ejecutiva y era irrecurrible³⁶. Por este motivo “el acuerdo tendrá la consideración de hechos probados” y así, en el Reglamento del año 1942³⁷ en los arts. 43³⁸ y 46³⁹ se establecía:

1- El Tribunal ordinario competente podía solicitar de oficio certificación del acuerdo por lo que respecta a la participación del menor en el hecho que sirve de fundamento a la reclamación civil a fin de que dicho acuerdo sirva de base en el procedimiento.

2- El perjudicado podía apelar, cuando se negaba la participación del menor en el hecho, el hecho en sí, o las circunstancias que sirvieran para fundamentar la acción de responsabilidad civil ante el juzgado competente.

4. Y en este mismo Reglamento en los arts. 63⁴⁰ y 64⁴¹ se indicaba que el perjudicado podría instar su reclamación civil desde el momento que se iniciase el expediente ante el Tribunal Tutelar y podría exigir a este que requiriese al Tribunal ordinario para conseguir el aseguramiento de esa responsabilidad civil. No obstante,

³⁶Eduardo FONT SERRA, *Responsabilidad Civil del Menor. En la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, Barcelona, 2003, pp.37 y 38. Font Serra al hablar de esta posibilidad de plantear mediaciones en estos Tribunales indica que la misma no se usó.

³⁷El 22 de julio de 1942 se aprobó el Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

³⁸Art. 43 del Reglamento del año 1942: “No podrán expedirse certificaciones de las diligencias practicadas por el Tribunal en los expedientes de corrección de menores, ni aún para utilizarse como prueba en el procedimiento civil que se promoviera; pero el Juzgado competente podrá pedir de oficio certificación del acuerdo, por lo que respecta a la participación de un menor en el hecho que sirviese de fundamento a la reclamación civil, a fin de que el fallo del Tribunal sirva de base en el procedimiento.”

³⁹Art. 46 del Reglamento del año 1942: “El denunciador perjudicado sólo podrá apelar el acuerdo, ya sea adoptado por el Tribunal en pleno o por el Presidente, cuando en él se nieguen los hechos, la participación del menor o las circunstancias que hubieren de servir, en su caso, de fundamento para deducir la acción de responsabilidad civil ante el Juzgado competente, y no podrán ser materia de este recurso las medidas que el Tribunal adoptase o dejase de adoptar respecto del menor.”.

⁴⁰Art. 63 del Reglamento del año 1942: “De acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Ley, en los casos en que del hecho cometido por el menor se hayan derivado daños o perjuicios, el perjudicado podrá preparar su reclamación civil desde el momento de la apertura del expediente en el Tribunal tutelar, solicitando de éste que oficie al Tribunal civil competente a fin de obtener el aseguramiento de dicha responsabilidad.”.

⁴¹Art. 64 del Reglamento del año 1942: “En los expedientes en que el Presidente o Juez tutelar entienda que hay motivos para una posible reclamación civil, se oirá al perjudicado acerca de la existencia del hecho y de la participación que en él haya tenido el menor.”.

era necesario oír al perjudicado en el procedimiento y de ese modo se le permitía intervenir.

5. El once de junio de 1948 se aprobó el Texto Refundido de la ley de tribunales de menores. El motivo de este texto fue el gran número de disposiciones que regulaban el funcionamiento de los organismos jurisdiccionales encargados de enjuiciar y sancionar a los menores de 16 años, y el hecho de que se había aprobado el CP de 1944⁴². Este texto siguió con los mismos criterios indicados anteriormente en cuanto a la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor sometido a estos Tribunales, pero su importancia radica en que fue la ley que rigió hasta el cambio de Ley en el año 1992.

6. Por lo tanto, esta Ley configuró nuestro ordenamiento tutelar hasta el año 1992 y se inspiraba en los siguientes puntos⁴³:

1-El menor de 16 años era totalmente irresponsable, en palabras del Tribunal Constitucional. Se establecía una presunción *iuris et de iure* tanto en el art. 8 del CP

⁴²HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho Penal Juvenil*, p.163. “La diversidad de un gran número de disposiciones que regulaban el funcionamiento de los organismos jurisdiccionales encargados de enjuiciar y sancionar a los menores de 16 años, y la reciente aprobación del Código penal de 1944 recomendaban una armonización, por lo que a propuesta del Ministro de Justicia, el Decreto de 11 de junio del año 1948 aprobó: El texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1940, el Reglamento para su aplicación y el Estatuto de la Unión Nacional de dichos Tribunales (BOE, de 19 de junio)”. En esa misma p. N. del A. nº 284 continua indicando: “La Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores reunía a los presidentes, vicepresidentes, vocales de los Tribunales Tutelares de Menores etc., y tenían como misión estudiar cuantas cuestiones teóricas y prácticas atañían a los citados Tribunales, responder a las consultas que se formularan por partes del Consejo Superior de Menores, cooperar a crear estos Tribunales donde aún no existían, etc.”.

⁴³El Tribunal Constitucional en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 36/1991 de 14 de febrero. En la que se acumularon las distintas cuestiones de inconstitucionalidad sobre el Decreto de 11 de junio de 1948 en su Fundamento Jurídico nº 5, lo expreso así: “La regulación aprobada por el Decreto de 11 de junio de 1948 está inspirada en el modelo positivista y correccional que considera al menor irresponsable de sus actos, al que no se han de aplicar, para examinar su conducta, las garantías jurídicas de otras jurisdicciones, por entender que no es posible imponerle medidas de carácter represivo, que tengan la consideración de penas o sanciones. Por ello, el procedimiento establecido para reformar a los menores prescinde de las formas procesales: es el Juez el que lo inicia, investiga y decide, sin intervención del Ministerio Fiscal, ni del abogado defensor, cuya presencia es innecesaria porque es el propio Juez el encargado de velar por los intereses del menor y el que ha de decidir las medidas a imponer, basándose en criterios meramente paternalistas.”. FRANCISCO DE ASÍS SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992*, Madrid, 1999, p.131. En idéntico sentido al transcribir una síntesis de dicha resolución. Y al recapitular sobre dicha Ley en términos parecidos. pp.129 y 130.

del año 1944 como en el art. 9 de la Ley de Tribunales Tutelares de menores, de la ausencia de responsabilidad del menor.

2-El Tribunal tutelar no sólo intervenía por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas realizados por el menor, sino también por comportamientos irregulares y por actos de insumisión de estos menores respecto de las personas que detentasen la patria potestad o fuesen sus guardadores⁴⁴.

3-La consecuencia jurídica prevista para estos menores era una medida educativa y tutelar, pero no se entendía ésta nunca como una pena.

4-Las medidas se aplicaban con independencia de la gravedad del hecho realizado, atendiendo exclusivamente a las condiciones morales y sociales del menor.

5-Al tener esta especial jurisdicción un carácter educativo y tutelar, la tutela de los menores se realizaba por medio de un procedimiento no jurisdiccional y por ello no se consideraban necesarias las garantías del proceso penal. Además, los jueces eran legos, ya que sólo ejercían funciones protectoras y reformadoras en beneficio de menor. En palabras de Martínez Sánchez el procedimiento era “eminente inquisitivo” atendido que el Juez actuaba de oficio, no intervenía el Ministerio Fiscal ni el abogado y que el Tribunal Tutelar imponía medidas que eran indeterminadas en el tiempo, pudiéndose por ello modificar en cualquier momento. Ésta es la razón por la que sostenía que “el enjuiciamiento se producía más en el ámbito administrativo que judicial”⁴⁵.

6-En lo relativo al perjudicado no podía ejercitar ninguna acción civil contra el menor en esa jurisdicción, ni podía personarse como acusación particular⁴⁶.

⁴⁴HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.165. “La competencia, se establecía en el artículo 9, también, con las ya tres facultades de costumbre: Reformadora (en virtud de la cual se imponían medidas tutelares a los menores de 16 años (sin un límite inferior de edad, es decir, de 0 a 16 años). Represiva (respecto a los mayores de 16 años). Y protectora (cuando los menores de 16 años eran víctimas de malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores por parte de los adultos),”.

⁴⁵SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992*, pp.123 y 124 y p.130.

⁴⁶HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.401. “Efectivamente, el citado art 14 dejaba totalmente al margen de la Jurisdicción de menores todo lo relativo a la responsabilidad civil ya que la acción civil solamente se podía ejercitar por el perjudicado ante los Tribunales de la Jurisdicción civil ordinaria, puesto que los Tribunales Tutelares de Menores se limitaban únicamente a declarar los hechos realizados por el menor y la participación del mismo. Tales pronunciamientos tenían la consideración de hechos probados para la Jurisdicción civil. Los Tribunales Tutelares de Menores además de los anteriores pronunciamientos devolvían al perjudicado los objetos sustraídos pero solamente en el caso de que no ofreciera duda su propiedad.”.

No obstante, como en la Ley de 1940 y el Reglamento de 1942, y al no poder ejercitar las acciones civiles, no se excluyó la participación del perjudicado en el proceso especial de menores de forma total⁴⁷.

Esta participación se manifestaba de la forma siguiente⁴⁸:

1-El perjudicado continuaba teniendo la posibilidad de solicitar una mediación al Tribunal siempre que esté de acuerdo el menor y si el tribunal aceptaba ese papel de mediador su resolución tenía fuerza ejecutiva y era irrecurrible. (Art. 14 II de la LMT).

2-El perjudicado podía reclamar ante la jurisdicción civil desde el primer momento y se le permitía que por medio del tribunal tutelar solicitara al Juez civil la adopción de medidas cautelares para asegurar esa responsabilidad civil. (Art. 63 del Reglamento).

⁴⁷Silvia ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad. Exigencia de responsabilidad civil en la Jurisdicción de menores. Jurisdicción civil y jurisdicción contenciosa*, Granada, 2007, pp.1 y 2.: “Esta regulación persistió en el decreto de 11 de junio de 1948 regulador de la Ley de Tribunal Tutelar de Menores, donde expresamente el artículo 14 establecía que las acciones civiles sólo podrían ejercerse por los particulares ante los Tribunales ordinarios de orden civil. Se preveía sin embargo, la posibilidad de que el Tribunal de Menores actuara como mediador a solicitud de ambas partes, en cuyo caso la resolución que dictara tendría fuerza ejecutiva ante la jurisdicción civil ordinaria. Se excluía por tanto el ejercicio de la acción civil en el proceso de reforma, dando entrada a una transacción judicial con carácter excepcional y con efectos de cosa juzgada.”.

⁴⁸FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de responsabilidad penal del menor*, pp.37 y 38. “De todos modos la imposibilidad de ejercicio de acciones civiles no implicaba que el perjudicado quedase totalmente excluido del procedimiento que se desarrollaba ante los Tribunales Tutelares de Menores ya que: 1º El perjudicado tenía la posibilidad, mediando acuerdo con el menor infractor, de solicitar la intervención del Tribunal Tutelar como mediador, en cuyo caso si el Tribunal aceptaba la designación, su resolución, contra la que no cabía recurso alguno, tenía fuerza ejecutiva, pudiendo solicitar el interesado la ejecución del título al Juzgado del orden jurisdiccional civil correspondiente (art 14.II LMT). 2º En los casos en que del hecho cometido por el menor se hubieran derivado daños y perjuicios, el perjudicado podía preparar su reclamación civil desde el momento de la apertura del expediente en el Tribunal Tutelar, solicitando de éste que oficiara al Tribunal civil competente a fin de obtener el aseguramiento de dicha responsabilidad (art 63 Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores). 3 º En los expedientes en que el Presidente o el Juez Tutelar entendiese que existía motivo para una posible reclamación civil, se oía al perjudicado acerca de la existencia del hecho y de la participación que en él hubiese tenido el menor. (art 64 del Reglamento). 4º El perjudicado podía apelar el Acuerdo que hubiese adoptado el Tribunal en pleno o el Presidente, cuando en él se negaban los hechos, la participación del menor o las circunstancias que hubieren de servir, en su caso, de fundamento para deducir la acción de responsabilidad civil ante el Juzgado competente del orden jurisdiccional civil (art 46 II del Reglamento).”.

3-Era obligatorio escuchar al perjudicado cuando el Presidente o Juez del Tribunal Tutelar entendía que habían motivos para reclamar responsabilidad civil. (Art.64 del Reglamento).

4-El perjudicado podía apelar el acuerdo cuando en él se negaban los hechos, la participación del menor o las circunstancias que en su caso pudieran servir de fundamento para ejercitar la acción civil ante la jurisdicción civil. (Art. 46 II del Reglamento).

7. Lo importante de toda esta normativa es que, en un primer momento, la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor sometido a estos Tribunales no es prácticamente objeto de regulación, pues se remite a la jurisdicción civil, y no es hasta 1940 cuando se introducen aspectos relevantes en ese sentido⁴⁹.

En todo caso como se ha indicado, la responsabilidad civil, derivada de un ilícito penal, realizada por un menor de 16 años sometido a los Tribunales Tutelares o de niños, tenía un principio fundamental: sólo se podía discutir ante la jurisdicción ordinaria civil con las particularidades indicadas.

c) La situación hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 36/1991.

1. Al entrar en vigor la Constitución española en el año 1978 se puso en evidencia la necesidad de reformar el texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores del año 1948, pues nuestra Constitución garantizaba y garantiza⁵⁰ un proceso con plenas garantías jurídicas; y, la entrada en vigor de convenios y tratados internacionales: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966; la declaración Universal de los Derechos humanos de diez de diciembre de 1948; el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales adoptado en Roma el cuatro de noviembre de 1950. Y, en lo referente a menores con posterioridad a la Constitución se suscriben: las Reglas mínimas de las Naciones unidas para la Administración de la Justicia a menores “(Reglas de Beijing)”, aprobadas por la asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985; Recomendación núm. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales a la delincuencia juvenil,

⁴⁹Fijarnos que el art. 14 de la Ley de 1940 y los arts. 43, 46, 63 y 64 del Reglamento del año 1942 están reproducidos en el Decreto de once de junio de 1948.

⁵⁰HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.187. “La Constitución española de 1978, reclamaba un proceso con plenas garantías jurídicas, prueba, defensa, respeto de los derechos, presunción de inocencia, la igualdad, el pluralismo político, principio de culpabilidad, principio de legalidad, principio de jurisdiccionalidad, principio de contradicción, principio de impugnación, etc.”.

adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987; y la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

2. Como consecuencia de ese cambio, y, particularmente de estos convenios, desde mayo de 1988 hasta agosto de 1990 el Tribunal Constitucional registró una serie de cuestiones de inconstitucionalidad, las cuales fueron todas acumuladas⁵¹. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre ellas, en la Sentencia nº 36/1991 dictada por el pleno en fecha cuatro de febrero de 1991 que examinó sólo los arts. 15, 16, 18 y 23 de la LTTM, en lo referente exclusivamente al ámbito corrector.

3. Los jueces que habían planteado estas cuestiones de inconstitucionalidad sostenían que el art. 15 de la LTTM era inconstitucional en base a los siguientes motivos⁵²:

1- Entendían que el art. 15 infringía los arts. 10.2 y 39 de la Constitución. Sostenían que, aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, la declaración Universal de los Derechos humanos y el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales adoptado en Roma, no se indicara nada en cuanto a derechos y garantías de los menores, se debía entender que estos también gozaban de estas garantías y derechos de acuerdo a los principios de igualdad y no discriminación, establecidos en estas normas para los adultos. Indicaban, además, que sí hacían mención expresa a los derechos y garantías que gozaban los menores: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas, (“Reglas de Beijing”), en los apartados 2.3 y 7.1 hacen referencia a las garantías de los procesos de menores y a los derechos de estos, la Recomendación 20/1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, atendido que refuerzan la posición legal de los menores durante todo el procedimiento, y finalmente en la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas ya que se establecen también una serie de garantías en el procedimiento en materia de menores.

⁵¹Las cuestiones de inconstitucionalidad fueron planteadas por los Jueces de menores de Tarragona; Barcelona nº 2; Madrid nº 3 y nº4 y el del Juzgado de Menores de Oviedo. Se registraron en el Tribunal Constitucional con los números 1001/1988, 291/1990, 669/1990, 1629/1990 y 2151/1990. Las cuales fueron acumuladas y resueltas en la Sentencia nº 36/91.

⁵²HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.188. “alegaban la inadecuación de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores, texto refundido de 1948 a la normativa internacional relativa a los Derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950) y a nuestra Constitución de 1978: presunción de inocencia, proceso público con todas las garantías.”.

2- Entendían además que se infringía también el art. 9.3 de la Constitución, pues no había un procedimiento específico adecuado a la especial situación que sufría el menor, y los jueces aplicaban distintas normas procesales provocando inseguridad jurídica. Esto implicaba que se vulneraba el principio de igualdad regulado y garantizado en el art. 14 de la Constitución, ya que, como no había unas mínimas normas procesales respecto al menor enjuiciado podía no haber gozado de las garantías procesales de las que gozaban los adultos en idéntica situación y, por lo tanto, había una desigualdad de trato.

3- Afirmaban que el art. 15 era contrario al art. 24 de la Constitución por varias razones:

a) En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, porque en el artículo se indicaba que los acuerdos fueran concisos y ello había derivado en resoluciones de muchos Juzgados de Menores que carecían de motivación y, con ello se infringía, también el art. 120.3 de la Constitución.

b) Además, era imposible en estos procesos la aplicación del principio acusatorio, como garantía sustancial del proceso penal y, por lo tanto, se conculcaba lo establecido en los arts. 124 y 117. 3 y 4 de la Constitución, pues el Juez se convertía en acusador.

c) Se vulneraba el derecho que tiene todo individuo a ser asistido por un letrado art. 17 de la Constitución y como consecuencia de ello se infringía también la Constitución en los arts. 24.2 y 120.1 y apartado 2º en cuanto a que el proceso debía ser público y bajo el principio de oralidad.

4. La Fiscalía General del Estado también sostuvo y entendió que el art. 15 LTTM era contrario al art. 24.1 y 2 de la Constitución, pues el art. 15 establecía un principio inquisitivo, ya que sólo actuaba el Juez, no intervenía el Ministerio Fiscal ni otro órgano o institución y que por lo tanto se violaba el derecho a un proceso con todas las garantías pues faltaba el derecho a ser oído a utilizar los medios de prueba pertinentes a la contradicción procesal y el derecho a la defensa.

Sostenía que el art. 24 de la Constitución alcanzaba también al proceso de menores, aunque estos persiguiesen fines correccionales educativos o protectores pues los derechos fundamentales se reconocen a todas las personas y por lo tanto no es posible ninguna discriminación. La Fiscalía se apoyaba también en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en las “Reglas de Beijing” así como en la Resolución 20/1987 del Consejo de Europa.

5. El Tribunal Constitucional al resolver la Sentencia declaró⁵³:

⁵³HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.188. La sentencia “declaró nulo por inconstitucional el art 15 de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores, texto refundido de 1948, porque no respetaba el procedimiento regulado en el mismo las garantías constitucionales. Y más aún, la

1- Que los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 de la Constitución han de ser respetados también en los procesos seguidos contra los menores a efectos penales y, en consecuencia, como estos derechos se garantizan cumpliendo las normas procesales que los desarrollan, el art. 15 de LTTM debe ser declarado nulo e inconstitucional en la medida que excluía la aplicación de las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones⁵⁴.

2- Remarcó la naturaleza penal del procedimiento de reforma a la cual se someten los menores, pese a que, en sentido estricto, no se les imponen penas, sino medidas educativas, pues estas comportan importantes restricciones de libertad al menor y se adoptan como consecuencia de conductas penalmente tipificadas. Esta naturaleza al procedimiento da lugar que el mismo se debe desarrollar con unas garantías diferenciándose así, el fin que persigue el proceso, del procedimiento⁵⁵.

3- Esta declaración de nulidad dio lugar a un vacío normativo⁵⁶ pues la propia Sentencia no establece cuál debía ser el proceso a seguir, si bien indicaba que

citada sentencia hizo precisa la regulación de un nuevo proceso en el que se observasen todas las garantías procesales que se derivan de la Constitución de 1978, no obstante las especialidades propias y peculiares en razón a la persona del menor.”.

⁵⁴SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/992*, p.134. “En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional declara que, interpretados de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art 24 de nuestra Constitución, han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales;”.

⁵⁵SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/992*, p.135. “y es que una cosa es el procedimiento y otra bien distinta la decisión final; o, dicho en otras palabras, el enjuiciamiento de los hechos debe revestir todas las garantías constitucionalmente establecidas, pues otra cosa es el procedimiento para mayores y sería hacer de peor condición al menor que ha cometido un hecho delictivo, o se le acusa de ello, y otra, la finalidad esencialmente educativa y de reinserción social que preside la jurisdicción de menores.”.

⁵⁶Cuestión distinta, aunque vinculada con lo anterior es la solución para el vacío normativo que creaba la sentencia: “Este Tribunal es bien consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del art 15 LTTM, en lo que se refiere sólo al procedimiento corrector, crea una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la voluntad del legislador puede llenar de manera definitiva. Por eso, como ya hicimos en la citada STC 71/1990, hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores. En tanto eso no suceda, serán los propios jueces quienes habrán de llenar el vacío producido. Afortunadamente el mencionado artículo 40.2.b de la CDN y nuestra propia doctrina acerca de los derechos garantizados por el artículo 24 y en especial, sobre el derecho al Juez imparcial (de donde deriva el principio de contrariedad, y en consecuencia la presencia, en el

serían los propios jueces quienes deberían rellenar ese vacío legal basándose en las garantías establecidas en el art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño, la propia doctrina del Tribunal Constitucional en lo referente a los derechos del menor y del mayor garantizados en el art. 24 de la Constitución y, en especial, sobre el derecho a un Juez imparcial, de donde deriva el principio de contradicción y, en consecuencia, la presencia en el proceso penal de un acusador⁵⁷. Esta solución adoptada por el Tribunal constitucional era la única vía válida de integración normativa⁵⁸.

4- Al no declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y, en cambio, si provocar este vacío legal en el ámbito procesal al declarar nulo el art. 15 de la misma, dio lugar a que todo el texto fuese reinterpretado desde la perspectiva del art. 24 y 25 de la Constitución Española⁵⁹, así como de aquellos textos internacionales ratificados por el Estado español, que eran de plena validez⁶⁰.

5- Se hace una interpretación del art. 16 de LTTM estableciéndose una serie de limitaciones: la calificación de los hechos debe estar limitada por la tipificación penal

proceso penal, de un acusador) pueden facilitar el desempeño de esa tarea.”. Fundamento de Derecho 6.

⁵⁷HIGUERA GUIMERA, *Derecho penal juvenil*, p.188. “nuestro Tribunal Constitucional hacía constar la necesidad imperiosa de que se reformara la Legislación tutelar de menores pasando del principio inquisitivo, a un proceso presidido por el principio acusatorio, con separación de la instrucción y decisión, que respete todas las garantías que se recogen en la Constitución (especialmente el art 24, es decir, derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, derecho a ser informado de la acusación formulada, derecho a un proceso sin dilaciones y con las debidas garantías, derecho a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a no confesarse culpable, derecho a la presunción de inocencia, etc.) y las Leyes para la exigencia de responsabilidad penal a los adultos.”.

⁵⁸SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/992*, p.137. “la solución propuesta por la sentencia al caso, puede plantear serios problemas de seguridad jurídica y de quebrantamiento de los principios de igualdad (art 9.3 y 14 de la constitución española), por ser distintos los criterios de integración de los diferentes jueces. No obstante, parece ser la única vía de salida del impas en tanto el legislador cumple con su papel de legislar.”.

⁵⁹Véase el texto de la STC 36/1991 Fundamento de Derecho sexto. Citado en nota 56.

⁶⁰HIGUERA GUIMERA, *Derecho penal juvenil*, p.189. Como dice este autor la Sentencia “aludía expresamente a la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del niño adoptada por la Asamblea de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (que entró en vigor en España el 5 de enero de 1991). El Tribunal Constitucional invocaba los arts. 37 y 40 de la antedicha Convención en lo relativo al procedimiento criminal contra los menores, ya que era preciso respetar plenamente en el procedimiento los “derechos humanos y las garantías legales” y que era preciso también establecer una edad mínima, por debajo de la cual “se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.”.

y no en base a las condiciones sociales y morales del menor⁶¹. La discrecionalidad en la adopción de medidas debe tener una correlación con las previstas para los delitos y las faltas y, por lo tanto, la adopción de las mismas debe guardar proporcionalidad con la gravedad del hecho. En ningún caso, se puede establecer una medida más grave o de duración superior a la que le correspondería a un adulto si hubiere cometido ese hecho⁶².

6- Se entendió que era congruente el límite de la mayoría de edad civil para la aplicación de las medidas reeducadoras⁶³. Y se estableció la posibilidad de revisión de las medidas, pues no se consideraban penas retributivas y en ningún caso cabía su agravación si no es por medio de un nuevo proceso⁶⁴.

6. En resumen la Sentencia declaró inconstitucional el art. 15 de la LTTM. Y, aunque no declaró inconstitucional el art. 16 LTTM, lo reinterpreto de conformidad con el fundamento jurídico séptimo; al señalar la naturaleza penal del procedimiento de menores, exigía que en estos procesos se debían respetar los principios básicos del proceso penal de conformidad con el art. 14.4 del Pacto Internacional de

⁶¹HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.189. "También se decía que ni la calificación de las medidas como medidas de corrección y no penas, ni el mayor peso que respecto de ellas cabe atribuir a la finalidad de la readaptación social, permiten entender que el legislador resulte liberado en este caso del obligado respeto al principio de tipicidad, aunque, sin duda, quepa admitir aquí una flexibilidad mayor que en el ámbito penal de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor, en orden a obtener su efectiva reinserción social."

⁶²SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/992*, p.138. en términos muy parecidos al resumir la Sentencia del Tribunal Constitucional " , decretando la imposibilidad de establecer medidas más graves o de duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase."

⁶³SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/992*, p.138. "Se declara la congruencia del límite absoluto de las medidas reeducadoras al alcanzar la mayoría de edad civil".

⁶⁴HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.189. "Finalmente se indicaba que las especiales características de la jurisdicción de menores, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino por el contrario de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, determina, que sean susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que, tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas, ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia.". Y, SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/992*, pp.138 y 139. En términos parecidos.

Derechos Civiles y Políticos de 1966 y del art. 40.2 b) de la Convención de Derechos del Niño, aunque se podía restringir la publicidad⁶⁵.

d) *De la Ley 4/1992 a la LORPM.*

1. La STC 36/1991 provoca un cambio radical. El cinco de junio de 1992 se publicó la Ley Orgánica 4/1992 y la Ley de Tribunales Tutelares de menores paso a llamarse Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores⁶⁶. Como dice la propia Exposición de Motivos esta Ley surgió con un marcado carácter de urgencia y provisionalidad en espera a que se publicase una legislación sobre reforma de menores.

Era una exigencia que venía de nuestro nuevo marco legislativo establecido por la Constitución de 1978. De las siguientes normas internacionales referentes a derechos y garantías de menores asumidas por el estado español: “Reglas de Beijing”; Recomendación núm. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales a la delincuencia juvenil; Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Y, de la propia Sentencia del Tribunal Constitucional, que instaba al legislador a que reformase la ley Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores Ley y Reglamento aprobado por el Decreto de once de junio de 1948⁶⁷.

2. La Ley Orgánica 4/1992, estableció una regulación normativa del procedimiento a aplicar a los menores que hubiesen realizado hechos susceptibles de ser tipificados como infracciones penales⁶⁸, reformando con una nueva redacción determinados arts. de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores⁶⁹.

⁶⁵HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.189. “Esta sentencia declaró inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, texto refundido de 1948, pero declaró también que por el contrario no era inconstitucional su art 16, interpretado con el sentido y alcance previsto en el fundamento jurídico a 7º de la sentencia. En definitiva asignó al procedimiento de menores naturaleza penal y proclamó que este procedimiento debía respetar los principios básicos del proceso penal, como se desprende del art 14.4 de Pacto Internacional y del art 40.2.b) de la Convención de Derechos del niño, si bien exceptuaba el principio de publicidad.”.

⁶⁶Disposición adicional primera de la LO 4/1992: “La Ley de tribunales Tutelares de Menores pasará a denominarse Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.”.

⁶⁷Véase el texto de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 36/1991 Fundamento de Derecho sexto. Citado en nota 56.

⁶⁸HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, pp.192 y 193. “Los jueces de menores conocían, exclusivamente, de las acciones u omisiones típicas y antijurídicas (comprendidas en el Código Penal o en las distintas Leyes penales especiales) que cometieran los mayores de doce años y

3. La reforma implicó cambios sustanciales. Las características de estos nuevos Tribunales de Menores y de su nuevo procedimiento eran las siguientes:

1º- La instrucción pasaba a manos del Ministerio Fiscal⁷⁰. Esta fue la gran novedad del procedimiento e inclusive del propio sistema judicial, pues nunca hasta esa fecha el Ministerio Fiscal había asumido funciones instructoras dentro del procedimiento⁷¹.

2º- Establecimiento de un procedimiento concreto, que se dividía en tres fases: instrucción ante el Fiscal; fase intermedia y juicio oral⁷². En todo caso, se establecían

menores de dieciséis (facultad de reforma) y también conocían de las faltas comprendidas en el art. 584 cometidas por los mayores de edad (mayores de 16 años).”,

⁶⁹María Rosario ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores, Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 diciembre y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.*, 4ª Edición, Barcelona, 2007, p.59. “De acuerdo con ello, el texto de 1992 reformó y dio nueva redacción a determinados artículos de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores (artículos 9, 15, 16, 17 y 23), dejó otros sin contenido (artículos 5, 12, 21 y 22) y en teoría, dejó subsistente el resto de su articulado inspirado en los principios que más arriba hemos comentado, con lo que, al lado de preceptos que trataban de acoger los criterios exigidos por la STC 36/1991, subsistieron otros con evidente contradicción entre ellos.”. Y de igual parecer SÁNCHEZ MARTÍNEZ. *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992*, pp.163 y 165. “La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, ha significado, frente a la anterior normativa de 1948, la creación de un nuevo sistema, que se vertebra a través de tres artículos, el 9, el 15, y el 17, modificados del anterior.” Y continua diciendo en la p.165 que: “La nueva ley deja subsistente la antigua Ley del Tribunal Tutelar de Menores, que ahora pasa a llamarse Ley Orgánica sobre la reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, reformando los art 9, 15, 16, 17 y 23.”.

⁷⁰HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.193. “La instrucción del procedimiento pasaba a ser competencia del Fiscal de menores, y no del Juez de menores que quedaba relegado a órgano sentenciador y garantista de las medidas cautelares.”.

⁷¹María Rosario ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores, Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, 3ª Edición, Barcelona, 2005., p.60. “se produjo un cambio radical en la concepción del proceso penal en nuestro país, no sólo con relación a los menores sino también respeto de los adultos, puesto que, para favorecer la separación entre las funciones de instruir y enjuiciar, se otorgó la instrucción del procedimiento al Ministerio Fiscal y el Juez de Menores pasaba a juzgar y controlar la ejecución, con la salvedad de su presencia en una comparecencia del menor ante el Juzgado para declarar sobre los hechos que se le imputaban”.

⁷²ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, pp.62 y 63. “El procedimiento se dividía en una fase de instrucción de las actuaciones en la Fiscalía de Menores, en la que, además de investigarse los hechos, se elaboraba por un equipo técnico un informe sobre las circunstancias personales, sociales, familiares y escolares o formativas del menor, una fase intermedia en la que el menor acudía a una comparecencia a declarar ante el Juez y si el Fiscal decidía continuar

unas garantías procesales para el menor consistentes en la intervención del letrado en defensa de los intereses de menor, así como el principio de oralidad y contradicción dentro del proceso⁷³.

3º- Creación de una nueva figura dentro del proceso: el Equipo Técnico, que elaboraba un estudio sobre todos los aspectos del menor que hubieran podido haber influido en su conducta delictiva; es decir, situación psicológica, familiar, social y educativa⁷⁴.

4º- Todo el proceso así diseñado debía siempre desarrollarse bajo un principio denominado “en interés del menor”⁷⁵ y como consecuencia del mismo no estaba permitido el ejercicio de acciones por parte de los particulares en este proceso⁷⁶. Esta prohibición, así como la introducción del principio acusatorio y el criterio de

adelante, una fase en el Juzgado de Menores en la que, previos los escritos de alegaciones del Fiscal y del letrado del Menor, se celebraba la audiencia, similar a un juicio penal de adultos, y a continuación recaía una resolución del Juez, similar a una sentencia, con la posibilidad de ser recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial.”

⁷³HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.194. “Se instituye la preceptiva intervención del Abogado defensor del menor en ciertas actuaciones del procedimiento, garantizando, así, un mínimo de actividad contradictoria (art 15.5).”.

⁷⁴HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.194. “Se instituía por primera vez el denominado Equipo técnico que informaba sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como de su entorno social y en general sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le atribuye.”. FRANCISCO DE ASÍS SÁNCHEZ MARTÍNEZ al explicar lo que supuso esta reforma indica la obligatoriedad e importancia del equipo técnico SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992*, pp.15 y 16. “y con posterioridad, tras la comisión del delito en sentido amplio, se valora al autor, ya que es preceptiva tras la comisión del hecho la intervención del Equipo Técnico de Apoyo.”.

⁷⁵Exposición de motivos de la Ley “la presente Ley establece un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar las medidas aplicables a los menores que hayan realizado hechos susceptibles de ser tipificados como infracciones penales, pero siempre sobre la base de valorar especialmente el interés del menor.”; también en el mismo sentido: SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992*, p.165. “Se concilia en la nueva Ley tanto el hecho como el autor, pues únicamente se interviene tras la comisión de un hecho delictivo y después se valora el autor del hecho y sus circunstancias, a fin de lograr el interés del menor, y siempre teniendo en cuenta la finalidad educadora y resocializadora de esta jurisdicción.”. Y, HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.193. “Se incorporaba por primera vez el concepto de <<supremo interés del menor>>”.

⁷⁶Art. 15.2 de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores: “En este procedimiento no cabrá el ejercicio de acciones por particulares.”.

oportunidad dio lugar a que realmente el Ministerio Fiscal asumiera una función esencial en este proceso⁷⁷.

4. En toda esta reforma que modificó la Ley Tribunales Tutelares de Menores no se hacía mención alguna a la responsabilidad civil y, por lo tanto, permaneció vigente el sistema procedente de 1948, de tal manera que la responsabilidad civil era sustanciada en la jurisdicción ordinaria. En idéntico sentido Eduardo Font Serra y Ornosa⁷⁸. Haciendo ambos expresa mención al art. 15.2 de la L.O.4/1992⁷⁹.

5. En esta Ley se hablaba de la reparación extrajudicial en el art. 16.3⁸⁰, pero no se refería en absoluto a la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por

⁷⁷ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.63. "Se separaron las funciones de instruir y juzgar y se concedió al Fiscal la instrucción de las actuaciones. El principio de oportunidad, unido al de mínima intervención, estaba presente a lo largo de todo el procedimiento y posibilitaba que pudiese solicitar el archivo de las actuaciones en cualquier momento, el cual siempre era acordado por el Juez, en virtud del principio acusatorio y dado que no existía acusación particular; además, el Fiscal podía decidir si incoaba o no expediente al menor, respecto al que se hubiese formulado una denuncia, cualquiera que fuese la gravedad del delito cometido."

⁷⁸FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de responsabilidad penal del menor*, p.38. "lo mismo que la de 1948 no permitió que los Juzgados de Menores pudieran pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada de infracción de los menores. A este respecto, mantuvo la exclusión de ejercicio de toda clase de acciones dentro del proceso de menores por parte de los particulares (art 15.1regla 2ª); no modificó las disposiciones que afectaban a la responsabilidad civil <<ex delicto>> y, por tanto, remitía al perjudicado a los Tribunales Ordinarios del orden jurisdiccional civil, en la clase de juicio que procediera (art14) y,". ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.138. "La consecuencia fue que ni la acción penal ni la civil se podían ejercitar por el perjudicado en el procedimiento que tal Ley regulaba. Esa prohibición era una reminiscencia de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores y se basaba en evitar que el interés del menor que cometió el delito o falta y la actuación educativa respecto de él se viesen perturbados por la aparición de otro interés diferente, tal como es el que mueve al perjudicado a ejercer acciones penales o civiles en el procedimiento penal de adultos,".

⁷⁹Art. 15.2, L.O.4/1992: "En este procedimiento no cabrá el ejercicio de acciones por particulares".

⁸⁰Art. 16.3 de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores: "En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años, siempre que, de común acuerdo, el menor, debidamente asistido y los perjudicados, acepten una propuesta de reparación extrajudicial. Ello, no obstante, podrá acordarse la suspensión del fallo si los perjudicados, debidamente citados, no expresaran su oposición o ésta fuera manifiestamente infundada.

Para ello, oído el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el abogado, el Juez deberá valorar razonadamente, desde la perspectiva exclusiva del interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta. Se deberá dejar constancia en acta de los términos de la reparación y del mecanismo de control de su cumplimiento. En el caso de que el menor los

un menor sometido a esta jurisdicción⁸¹. Es más, este precepto lo que introduce es un nuevo concepto: la suspensión del fallo⁸². Y, dentro de esta institución, uno de los motivos por el cual se podía otorgar la suspensión del fallo era mediante la reparación extrajudicial⁸³. El concepto de reparación no se encontraba definido en la ley, y la propuesta de reparación debía ser aceptada por el menor y el perjudicado siempre, salvo que éste último, se negase sin fundamento. La reparación extrajudicial era una manera de introducir a la víctima dentro del procedimiento⁸⁴. Atendido que estaba vetado el ejercicio de la acusación particular⁸⁵.

incumpla, se revocará la suspensión del fallo y se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez.”.

⁸¹FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de responsabilidad penal del menor*, p.38. “si bien introdujo la posibilidad de que el menor reparase o se comprometiera a reparar el daño causado a la víctima (art 15.1 regla 6ª y art 16.3) se trataba de una reparación penal para solucionar el conflicto surgido, en aras al interés educativo y resocializador del menor, pero con escasos efectos en la responsabilidad civil derivada de la infracción penal.”.

⁸²Julián Carlos, RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, Granada, 1993, p.243. “Los términos que conscientemente o inconscientemente, ha utilizado el legislador, conducen a entender que estamos ante una nueva institución anglosajona (suspensión del fallo) y no ante la clásica Remisión Condicional.”. De igual parecer HIGUERA GUIMERA, *Derecho penal juvenil*, pp.194 y 195. “Se estableció una institución nueva en España: la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años (art.16.3), de procedencia y de inspiración, con claridad en la probación de origen anglosajón.

La suspensión de fallo o probation consiste en que el Juez o Tribunal, una vez prueba la culpabilidad del acusado, puede suspender el proceso penal y someter al acusado a prueba durante un periodo determinado de tiempo, de modo que si la persona no delinque durante ese periodo de tiempo el Juez o Tribunal no llega a pronunciar la sentencia misma (teniendo como consecuencia el que no existen, por tanto, antecedentes penales).” En cambio, Sánchez Martínez habla de suspensión de medida, en vez de suspensión del fallo. Sánchez Martínez, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992*, p.215. “Con la suspensión del fallo no se acuerda en ese momento medida alguna, y sin embargo, en el inciso final del citado art.16.3 se establece que si se revocare la suspensión del fallo se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez, por lo que más que una suspensión del fallo es suspensión de medida.”.

⁸³SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992*, p.216. “El contenido de la propuesta de reparación extrajudicial, la ley no lo fija, pero puede ser tanto económico como de otro tipo, pero en cualquier caso, se deberá dejar constancia de la reparación propuesta en un acta, así como el mecanismo de control de su cumplimiento, ya que se tendrá que tener constancia del cumplimiento de la propuesta, en el plazo que se fijó, siendo determinante de la revocación del acto procesal de suspensión del fallo, con el consiguiente pronunciamiento y efectividad de las medidas a ejecutar ya en forma normal en el caso de incumplimiento de la reparación propuesta.”.

⁸⁴En idéntico sentido ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.61. “esa actividad reparadora supuso también una novedad, en cuanto, no sólo tenía la finalidad de evitar la

Esta reparación extrajudicial ha sido criticada atendido que la misma se desarrollaba de forma generalizada ante el Equipo Técnico pero sin asistencia letrada⁸⁶. Dicho acto era muy importante pues por un lado implicaba un reconocimiento de los hechos por parte del menor ante el Equipo Técnico en el momento de la exploración del mismo. Y por otro porque, cuando la propuesta de reparación extrajudicial no era aceptada por el Ministerio Fiscal, ese reconocimiento de los hechos, dificultaba la labor del letrado defensor, pues todo ello, implicaba que posteriormente el menor se debía presentar a la Audiencia, ante el Juez, con un reconocimiento de los hechos realizado previamente ante el Equipo Técnico sin el asesoramiento de su letrado.

continuación del proceso para los menores que habían cometido hechos delictivos de escasa entidad, en los que no hubiese existido violencia o intimidación y cuya autoría reconocían (art 15.1 6) sino que también se trató, a través de ella, de dar entrada a la víctima en el proceso, ya que una de las posibilidades de la reparación podía consistir en que el menor realizase alguna actividad tendente a darle una satisfacción.”.

⁸⁵ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, p.3. “El sistema de nuestro Derecho sancionador de menores de exclusión de la acción civil de los perjudicados, se acentuó con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1992 de Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores de 5 de Junio, donde se suprimió la Transacción judicial prevista en sus antecesora, la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores de 1948, estableciendo aquella Ley en su artículo 15.1.2ª de manera expresa que en el procedimiento regulado en la misma no cabía el ejercicio de acciones por los particulares, ni civiles ni penales. Este sistema de exclusión total, se justificaba por la naturaleza propia del proceso de menores, con un fin esencialmente educativo y que debía configurarse ajeno a posibles interferencias de intereses particulares.

Así, de una concepción puramente proteccionista propia de la Ley Tutelar de Menores donde el objetivo era la corrección del menor y su reeducación en base a principios morales superiores, se pasó en una segunda etapa a una concepción educativa no intervencionista propia de la LO 4/1992 donde simplemente se impedía el acceso de la víctima al procedimiento.”.

⁸⁶ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, pp.66 y 67. “están los problemas que causó el establecimiento de la posibilidad de que el menor realizase una reparación extrajudicial, atendiendo a sus condiciones o circunstancias y a que no hubiese empleado violencia o intimidación.

Es evidente que ello implicaba un reconocimiento de los hechos, que en muchas ocasiones, se efectuaba ante el equipo técnico cuando el menor acudía a ser entrevistado para efectuar el informe previsto en la ley. lo cual excedía de las competencias asignadas a dicho equipo, y dada la trascendencia que suponía, el menor debía de haber estado asistido de letrado, ya que además de reconocer los hechos, el menor se comprometía a realizar una actividad reparadora.

Un problema, añadido a lo anterior, fue que cuando el menor no cumplía el compromiso de reparación contraídos, y el Fiscal decidía seguir adelante las actuaciones, el letrado del menor tenía en la audiencia (juicio) escasas posibilidades de defensa, puesto que el menor, uno o dos meses antes, había reconocido su autoría respecto de los hechos que se le imputaban.”.

También se criticaba que para obtener la suspensión del fallo se debiera realizar esta reparación extrajudicial. Y que el cumplimiento o no de la medida que se imponía en el fallo dependiera del acuerdo extrajudicial, pues si la medida que se acordaba en el fallo era necesaria para el menor debería de ser indiferente que la reparación extrajudicial se cumpliera o no. El fundamento de la suspensión de fallo como consecuencia de un acuerdo extrajudicial de reparación ha sido criticado por Ríos Martín de forma muy contundente el cual indicaba que: “tal y como está configurada es un medio de coacción para aceptar la resolución reparadora”⁸⁷.

6. Como se puede observar, se pasó de un sistema corrector a un sistema judicial, en el cual, el procedimiento de menores pasa a formar parte del ordenamiento jurídico sancionador y en el proceso, se establecían todas las garantías constitucionales posibles para el menor atendida su propia especialidad⁸⁸.

Desde esta perspectiva supuso un avance para los menores esta Ley, pero debe ser criticada, pues supuso aumentar el carácter punitivo de la norma y con ello incrementar la severidad con que eran tratados los menores⁸⁹. Además de forma sorprendente el legislador incardinó esta norma en el texto refundido de 1948⁹⁰.

⁸⁷RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, p.243. “Hubiese sido más útil incluir esta propuesta de reparación en un momento anterior. O configurarla más, como una medida, que como un sustitutivo de otras posibles medidas. Porque, tal y como está configurada es un medio de coacción para aceptar la resolución reparadora. Y si la medida, según el legislador es educativa beneficiosa para el menor, no se entiende por qué no se adopta en todo caso. Y si no lo es, no tiene razón de ser.”.

⁸⁸En este mismo sentido: FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de responsabilidad penal del menor*, p.38. Sostenía que: “introdujo en la tutela de los menores el principio de tipicidad, limitó la duración de las medidas que podían imponerse, determinó la competencia de los Juzgado de Menores, encomendó al MF la defensa de la legalidad y de los derechos de los menores, así como ciertas funciones instructoras y estableció la supletoriedad de las normas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el ordenamiento tutelar de los menores”. Y, SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992*, pp.163 y 16. Que: “Está incardinando el procedimiento de menores en el resto del ordenamiento jurídico sancionador, la propia naturaleza de proceso, la intervención preponderante en la instrucción del Ministerio Fiscal, la ausencia de acusación privada, existiendo tan sólo la acusación pública, o el catálogo de medidas a imponer y que no se produce sólo en función de los hechos, sino de la personalidad y circunstancias del menor, ponen de manifiesto singularidades que convierten este proceso, en una novedad del legislador español respecto al sistema procesal penal.”. Y en la p.16 dice: “Siendo el procedimiento que contempla la actual Ley un auténtico proceso, con todas las garantías procesales, limita el tiempo de duración de las medida que en ningún caso será superior a dos años.”. Y, RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, p.254. “Esta ley Orgánica establece un proceso garantista de marcado carácter punitivo e incriminador”.

⁸⁹Ríos Martín, *El menor infractor ante la ley penal*, pp.234 y 254. “En esta Ley se introduce un procedimiento de carácter marcadamente sancionador y punitivo. Ahora bien, todo ello está

Lo cierto es que este proceso y estos Tribunales de Menores serán la base de nuestro nuevo sistema judicial actual de menores: “Realmente, esta Ley Orgánica, anticipa, en miniatura, alguno de los principios de la actual LORPM.”⁹¹.

1.1.3. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000.

1. Como ya se anticipaba en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1992 en el año 2000 se promulgó la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM) en la que, sí es objeto de regulación, la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor sometido a la jurisdicción de los Tribunales de Menores⁹². El Título VIII de la Ley se dedicaba a la responsabilidad civil y abarcaba los arts. 61 al 64.

2. En el art. 61 se regulaban las reglas generales sustantivas de esta responsabilidad civil. El legislador optó por crear una acción de responsabilidad civil diferente a la establecida en el CP vigente y distinta a la establecida en el CC, que se consideró “una tercera modalidad de responsabilidad civil”⁹³.

encubierto con un lenguaje camuflado.”. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3 edición*, p.65. “Era evidente que el legislador tenía alguna mala conciencia de establecer por primera vez un procedimiento penal para menores y trato de designar de otra forma aspectos procesales claves”.

⁹⁰Sánchez Martínez, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992*, p.254. “La Ley Orgánica 4/1992 tiene un defecto desde el punto de vista de Técnica Legislativa, pues se incrusta en un Decreto de 1948.”.

⁹¹HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p.190.

⁹²Armando BARREDA HERNÁNDEZ, “La trascendencia de la solidaridad de padres o guardadores dentro de la pieza separada de responsabilidad civil instaurada en la LORRPM”, *Diario La Ley*, 2002, p.1. En este mismo sentido indica que: “destaca la incorporación de la responsabilidad civil al procedimiento desencadenante de un hecho delictivo cometido por menor y la implicación de sus padres o guardadores en tal acontecimiento.”.

⁹³En términos muy parecidos: Antoni VAQUER ALOY, “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación.” *Diario La Ley*, 2001, p.1. “la regulación de la LORPM introduce una tercera modalidad de responsabilidad civil de padres y guardadores, distinta de la que se contienen en el Código Civil y en el Código Penal,”. Jaime MORENO VERDEJO, “La exigencia de la responsabilidad civil en las infracciones penales cometidas por menores” *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 2001, pp.87 y ss., pp.93 y 94. “La LO 5/2000 regula esta materia en el Título VIII, que comprende los arts. 61 a 64. el modelo instaurado es absolutamente novedoso y ofrece soluciones difícilmente parangonables con las de otros órdenes jurisdiccionales.”. Armando BARREDA HERNÁNDEZ “Estudio sobre la controvertida inclusión de la acción civil en el nuevo proceso penal de menores” *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, Ministerio de justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 2001, pp.229 y ss., p.324. “Es un hecho que la responsabilidad de terceros por vínculo

2.1. En este sentido se deben indicar dos aspectos fundamentales que difieren de los presupuestos normales de la exigencia de responsabilidad civil regulados en nuestro derecho civil. Por una parte, el Ministerio Fiscal estaba obligado a ejercitar la acción civil. Aunque esta obligación cesaba en tres casos:

a) Si el perjudicado renuncia a la acción civil. En correlación a lo establecido en el proceso penal para adultos arts. 106, 107 y 108 de la LECr.

b) Si el perjudicado se reserva la acción civil para ejercitarla en el orden jurisdiccional civil. En ese mismo sentido está regulado para el proceso penal de adultos art. 111 de la LECr.

c) Si el perjudicado decide ejercitar la acción civil por él mismo en el proceso de menores.

Este último supuesto, es decir, el permitir ejercer la acción civil al perjudicado en el proceso de menores se encontraba regulado también en los arts. 25.1, 64.2, y 22.3 LORPM y fue una gran novedad⁹⁴. Atendido que antes nunca había sido objeto de debate en el proceso de menores, la responsabilidad civil. Y además, porque esta última obligación, situaba al Ministerio Fiscal ante una posición distinta a la adoptada por el legislador ante la exigencia de la responsabilidad civil en el proceso penal de adultos. Pues en aquel, con independencia de quién ejercita la acción, el Ministerio Fiscal está siempre legitimado a ejercitar la acción civil en el proceso penal si ha existido un daño como consecuencia del hecho ilícito.

jurídico -art.61.3- supone un cambio sustancial frente al régimen anterior y a otros órdenes, principalmente por incorporar tal acción al proceso penal de menores dentro de una pieza separada y crear una singular solidaridad para garantizar el efectivo resarcimiento; (...) De esta forma se configura novedosa frente: -A la subsidiaria en la justicia penal de adultos -art 120.1CP-; -A la extracontractual en la justicia civil -art 1902 y 1903 CC-; -A la contractual en la justicia civil -art 1255 y 1258CC-.”.

⁹⁴VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.7. “La LORPM reconoce, pues, legitimación a los perjudicados para ejercer la acción civil de responsabilidad dentro del proceso penal de menores (arts.25.1 y 64.2ª).” y añade. “En definitiva, se observa la concesión de un mayor margen de iniciativa a los perjudicados tanto en relación con la L.O 4/1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores como con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que el Ministerio Fiscal deberá abstenerse de ejercitar la acción de responsabilidad civil no sólo en caso de reserva o de renuncia, sino también cuando sea el propio perjudicado quien impulse la reclamación.”. Inclusive el Ministerio Fiscal estaba obligado a indicarle al perjudicado esta opción. Art. 22. De la incoación del Expediente. Apartado “3.Igualmente, el Ministerio Fiscal notificará a quien aparezca como perjudicado, desde el momento en que así conste en la instrucción del expediente, la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder, personándose ante el Juez de Menores en la pieza de responsabilidad civil que se tramitará por el mismo.”.

Por lo tanto el Ministerio Fiscal, en este proceso no era el titular del derecho subjetivo y sin embargo se le legitimaba para ejercitar la acción civil de forma subsidiaria y subrogada⁹⁵.

Por otro lado, y a pesar de que no se encontraba establecido en el art. 61, se debe indicar también, que en este proceso, art. 16.4 LORPM, el Juez debía incoar de oficio la pieza separada de responsabilidad civil, a diferencia de lo establecido en nuestra legislación civil, donde rige el principio general de justicia rogada. Independientemente de donde se exija la misma, es decir, ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción penal.

2.2. En el apartado segundo del art. 61 de forma clara se indicaba que estábamos ante una pieza separada de responsabilidad civil independiente y distinta de la acción penal⁹⁶. También lo indicaba el art. 16.4 LORPM así como la propia Exposición de Motivos de la Ley. Aunque ese objetivo que intentaba el legislador no se cumplió⁹⁷. Atendido que si bien esta pieza separada de responsabilidad civil era una parte segregada del expediente principal de reforma y sus vicisitudes

⁹⁵MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.103. "En el procedimiento civil ante el Juez de Menores la legitimación activa del Fiscal es de naturaleza subsidiaria. Por tanto, sólo ejercitará la acción civil cuando el perjudicado no haya comparecido en el plazo señalado para ejercitar su acción. Si comparece el perjudicado, si renuncia o si se reserva la acción el Fiscal no interviene". BARREDA HERNÁNDEZ, *Diario. La Ley*, 2002, p.4. "El dominio de la actividad procesal consiguiente lo ostenta en exclusiva su titular, el perjudicado, pese a que la pueda ejercitar el Ministerio Fiscal de modo subsidiario y subrogado, salvo renuncia, reserva e incluso por la intervención por sí mismo del propio afectado". JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA, "El Título VIII de la ley penal del Menor: experiencias en su aplicación", en "Jornadas sobre experiencias aplicativas de la LORPM", *Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia*, mayo 2003, p.763. "Frente a la legitimación directa del Fiscal como actor civil en el sistema de la LECRIM, la LORPM solo le reconoce una legitimación subsidiaria. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en el proceso de adultos, en el proceso de menores, una vez personado el perjudicado para ejercitar la acción civil, deja automáticamente de actuar el Fiscal."

⁹⁶MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.101. Por eso sostiene que: "Es posible, por tanto, tramitar pieza civil ante el Juez de menores pese a que se desista -en los términos del art 18- de incoar el expediente penal."

⁹⁷ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.540. Y, en idéntico sentido MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.105. "La LORPM establece una limitación a la independencia entre el expediente penal y el proceso civil: el Juez de menores no pronunciara la sentencia civil hasta que en el expediente penal se haya dictado a su vez sentencia u otra resolución definitiva que le ponga fin (Art.64.8). Por ello, el proceso civil no tiene que esperar al desarrollo del expediente penal salvo en el último momento, de dictar sentencia, en tanto que el Juez de menores debe para pronunciarse sobre la cuestión civil haber resuelto la vía penal mediante una sentencia u otra resolución definitiva. Y ello es así en tanto que estas resoluciones condicionan el sentido ulterior del pronunciamiento civil."

transcurrían al margen de éste, el propio art. 64.8 LORPM establecía una cierta dependencia, ya que no se podía acordar resolución alguna definitiva en esa pieza separada e independiente, hasta que no hubiese recaído una resolución firme en el Expediente principal de Reforma. Es decir, a pesar de la literalidad del art. al final, se impedía adoptar resolución civil alguna al Juez hasta que había recaído resolución firme y definitiva en cuanto a los hechos objeto de reforma del menor, por lo tanto, todo quedaba a resultas de aquella resolución del Expediente de Reforma a pesar de lo indicado.

Otra muestra de esta no independencia de esta acción, a pesar de la propia literalidad del apartado: "(...) una pieza separada (...) por cada uno de los hechos imputados.". Era la propia interpretación que hacía del mismo el Ministerio Fiscal pues entendía que en el caso que hubiese varios menores implicados en una misma causa sólo había que incoar una única pieza de responsabilidad civil⁹⁸.

2.3. En todo caso, los autores han identificado el apartado tercero del art. 61 como un tercer sistema o modelo de responsabilidad civil, en la línea que había sostenido Vaquer Aloy⁹⁹.

En realidad existen tres modelos, pues en la LORPM, se regula la responsabilidad civil en que incurre un menor de 18 años y mayor de 14 años cuando ha cometido una infracción tipificada como delito en el CP y, lo regula de forma distinta, a la responsabilidad civil en que incurre un mayor de 18 años, cuando comete una infracción penal tipificada como delito en el CP arts. 116 y ss. Y, también diferente, a la regulada en el CC cuando un menor de 18 años comete un ilícito civil que causa un daño arts. 1902 y 1903¹⁰⁰.

⁹⁸La Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado entiende que en el caso que haya varios menores imputados por los mismos hechos en el expediente penal sólo habrá que incoar una pieza de responsabilidad civil.

⁹⁹VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.1. "la regulación de la LORPM introduce una tercera modalidad de responsabilidad civil de padres y guardadores, distinta de la que se contiene en el Código Civil y en el Código Penal,". MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.94. "Las novedades introducidas son de tanto calado que permiten afirmar la implantación de un sistema completamente distinto del que ha venido rigiendo hasta ahora." BARREDA HERNÁNDEZ, *Diario. La Ley*, 2002, p.1. "La LORRPM establece con entusiasmo, en su Título VIII, un innovador modelo. Una apuesta valiosa de compatibilizar la acción civil tradicional con medidas alternativas, reparadoras principalmente, el llamado sistema de mediación, buscando un sistema más justo y efectivo en la encomiable función reeducativa y resocializadora de esta justicia juvenil a la hora de responder a la infracción y conciliar con ello el principio del superior interés del menor de edad penal con los irrenunciables derechos de su víctima."

¹⁰⁰Laura POZUELO PÉREZ "Título VIII de la responsabilidad civil." Director Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO en, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Pamplona, 2008, pp.547 y ss., p.549. "Para que puedan apreciarse mejor esas diferencias

Aunque existen discrepancias¹⁰¹, la mayor parte de la doctrina entiende este sistema de “tercera vía” como novedoso¹⁰².

En mi opinión, creo que este art. 61.3 sí contempla una gran novedad, pues nunca con anterioridad en nuestro sistema judicial de menores había sido objeto de juicio en el proceso de menores, la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor sometido a la legislación de menores.

2.3.1. En lo que parece existir unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia, la cual, es muy contradictoria en otros aspectos de ésta responsabilidad civil, es que se trata de una responsabilidad civil directa: subjetiva del menor; es decir, basada en la culpa; y objetiva¹⁰³ o cuasiobjetiva¹⁰⁴ del tercero solidario.

expondré brevemente los tres modelos: a) La responsabilidad civil por los daños causados por conductas no delictivas de menores de 14 años o incapacitados. b) La responsabilidad civil por los daños causados por conductas delictivas de sujetos mayores de 18 años inimputables y no responsables criminalmente. c) La responsabilidad civil por los daños causados por conductas delictivas de sujetos entre 14 y 18 años (régimen de la LRPM)”.

¹⁰¹Vicente GUZMÁN FLUJA “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.”, en Esther GONZÁLEZ PILLADO (Coordinadora), *Proceso Penal de Menores*, Valencia, 2008, pp.283 y ss., p.298. Y, ver también N. del A. nº 17.

¹⁰²ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.540. “El apartado tercero establece una auténtica innovación de nuestro ordenamiento jurídico que es la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho de los daños y perjuicios causados con motivo de la comisión del hecho delictivo”. JESÚS ÁNGEL BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Aspectos sustantivos*, Valencia, 2009, p.383. “lejos de crear un régimen único, la LORRPM crea un nuevo sistema de responsabilidad”. MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.91. “ha supuesto un giro notable en la configuración, tanto sustantiva como procesal, de la responsabilidad civil que ha de exigirse a los menores de edad autores de un delito o de una falta”. VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.1. “mediante un nuevo sistema de responsabilidad de padres y guardadores, que pasan a responder objetivamente y de forma solidaria junto el menor”. La propia Exposición de Motivos de la Ley en su apartado octavo lo califica de “revolucionario”.

¹⁰³GUZMÁN FLUJA “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.”, pp.300 y 301.Y, ver también N. del A. nº 19. “Así, piensa la doctrina de forma casi unánime.” Y añade “la prueba de la ausencia de dolo o culpa grave favorecedora de la conducta del menor sólo implica graduación de la responsabilidad pero no exención. Por este matiz, si se quiere, puede decirse que en la ley de responsabilidad penal del menor se instaura un sistema de responsabilidad civil objetiva”. MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.97. “Por tanto, se establece una responsabilidad de los padres, tutores, acogedores y guardadores, directa, solidaria y de naturaleza objetiva ya que será exigible hayan o no actuado con dolo o negligencia”. VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.2. “La responsabilidad civil que establece la LORPM es objetiva para quienes responden por hecho ajeno. La mejor prueba de ello es que los criterios subjetivos de imputación sólo se toman en consideración para dejar al arbitrio del juzgador la <<moderación>> de la responsabilidad, esto es, podrá modular la cuantía de la indemnización que deban satisfacer por los daños causados, pero

2.3.2. Esta caracterización sobre el tipo de responsabilidad civil que se genera conduce a la consideración de varios problemas interpretativos:

1- El primer problema surge de la responsabilidad “solidaria” junto con el menor de “sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho”, y, “por este orden”. En este ámbito surgen tres posiciones:

a) Si las personas enumeradas en este art. es un *numerus clausus o apertus*. En la Ley, la enumeración de las personas que responden civilmente por un hecho ajeno no es coincidente ni con el sistema de responsabilidad civil, regulado en el CC, ni con el regulado en el CP. La cuestión es, si mediante una interpretación amplia de este precepto, pueden ser responsables solidarios las personas enumeradas en el CC o en CP que no están mencionadas en el art. 61.3 LORPM.

En mi opinión, nos encontramos ante un *numerus clausus*, y no se pueden ampliar los sujetos responsables. Las razones son diversas:

- En primer término si el legislador hubiese querido un listado *ad exemplum*, lo hubiese fundamentado, atendido que LORPM, es posterior a la última reforma establecida al art. 1903 del CC¹⁰⁵.

- Por otro lado, se está hablando de una responsabilidad objetiva al margen de la culpa y debería interpretarse dicho precepto de forma restrictiva¹⁰⁶.

no cabe eximirles de responsabilidad.”. JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA, “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.”, *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, año 2000, pp.283 y ss., p.346.

¹⁰⁴En este sentido ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, pp.540 y 541. “Se trataría así, en principio, de una responsabilidad civil directa nacida del delito cometido por su hijo. Sin embargo, (...) el legislador añadió un inciso en el que se atemperó esta responsabilidad objetiva de los padres por los daños causados por sus hijos en los casos en los que no haya existido dolo o negligencia grave por parte de los padres y demás personas mencionadas en el precepto. (...) queda al arbitrio del Juez, la moderación de esa responsabilidad objetiva inicial, con lo que podemos decir que su responsabilidad se convierte en cuasi objetiva.” (...) “en la práctica, la responsabilidad objetiva que se introduce, en un principio, queda moderada o atenuada de forma superior a lo previsto para la responsabilidad civil extracontractual en el art 1903CC, ya que el art 61.3 LORRPM incluso admite que exista una negligencia leve o moderada en la conducta de los padres, tutores o guardadores”. BARREDA HERNÁNDEZ, *E.J. MF. C.E.J.A.J.* 2001, pp.322 y 323. “se deduce aparentemente que la responsabilidad de los padres o guardadores es solidaria y objetiva, y ello no es así.” (...) “Al final se llega a la conclusión que la naturaleza jurídica de la institución que se ventila en esta pieza separada no es una responsabilidad solidaria sino una cuasi-objetiva.”.

¹⁰⁵Salvador DURANY PICH “Responsabilidad civil y Derecho Penal de menores”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís DIEZ-PICAZO*. Tom III, 2003, p.1759.

¹⁰⁶Con igual criterio BARREDA HERNÁNDEZ, *Diario. La Ley*, 2002, p.3. “A nuestro pesar, al ser la normativa de la LORRPM de carácter específico, declarativo y restrictivo frente a las previstas en

- A ello se añade que habiéndose modificado el CP con posterioridad el legislador no ha optado por asumir este nuevo sistema de responsabilidad. Y, que habiéndose también modificado la Ley del menor no se ha modificado dicho art. indicando que estamos ante un mero enunciado ni se ha establecido un criterio de imputación.

No obstante, hay autores que entienden que no estamos ante un *numerus clausus* y amplían los sujetos mencionados, aplicando supletoriamente lo establecido en CC art. 1903 y en el CP, en base a que la LORPM no excluye a otros sujetos¹⁰⁷.

b) Si responden todos los enumerados de forma conjunta y por ese orden o si por el contrario estamos ante una enumeración excluyente, es decir, si estamos ante una responsabilidad civil solidaria en cascada excluyente¹⁰⁸ o acumulativa¹⁰⁹.

otros ordenes--conforme a lo preceptuado en el art.3.1 del Código Civil (en adelante CC) <<las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras ...>> --, su aplicación ha de ajustarse a su literalidad.

Toda deducción que sobrepase, como pauta hermenéutica, la conexión con algún precepto concreto respecto al cual aquella regla ha sido observada y no esté excluida por ley posterior, no resulta procedente con relación a lo que se está refiriendo, y con mayores razones, tampoco procede la interpretación analógica que autoriza con carácter general el Código Civil --art.4CC--.

Muchos autores tratan de buscar esa interpretación extensiva por encima del tenor literal de este texto legal, pero ello no es posible.”

¹⁰⁷En este sentido GARCÍA-RIPOLL Y ORNOSA. Como dice BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.380. En base a la Teoría del concurso de normas. Su fundamento radica en la identidad de pretensiones formuladas, en la medida en que la naturaleza de la responsabilidad es la misma “un daño” y es precisamente esta identidad de pretensiones la que determina la existencia de cosa juzgada. Así ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.544. Sostiene que: “cabe añadir que la acción civil también podrá ejercitarse de forma subsidiaria contra las personas naturales o jurídicas enumeradas en el art.120 CP.” Y, VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.6. Dice: “esta Ley no establece una mera presunción de culpa que cuasi objetivice la responsabilidad, sino que lisa y llanamente construye una responsabilidad objetiva, ajena a la noción de culpa civil. Por ese motivo, no debe existir obstáculo alguno a la aplicación del art.1903 del código civil, en particular por lo que se refiere a la responsabilidad civil de los titulares de centros escolares por los delitos o faltas que en ellos cometan sus alumnos menores de edad.”

¹⁰⁸GUZMÁN FLUJA “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.”, p.301. “el precepto no establece una responsabilidad solidaria en cadena que implique al menor y a todos los mencionados en el artículo 61.3,”. BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.400. “la literalidad del precepto, los antecedentes parlamentarios, una interpretación sistemática y, sobre todo, el sistema de responsabilidad establecido por la misma, impide que se pueda declarar a varios de los sujetos enumerados en el art. 60.3 LORRPM responsables de forma simultánea.”

¹⁰⁹VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.3. “por supuesto, con independencia de que en el caso concreto coexistan todos los posibles responsables civiles.”. BARREDA HERNÁNDEZ, *E.J., MF*,

Hay dos argumentos¹¹⁰: uno que sostiene que, al estar ante una responsabilidad objetiva, deben responder todos los sujetos enumerados y otro, que indican que responden sólo uno o algunos de los enumerados, atendida la expresión “por este orden”.

Entiendo que si no existiera la expresión “por este orden” nada impediría que respondieran todos conjunta y solidariamente¹¹¹. Pero esta precisión, impide la posibilidad de plantearse una responsabilidad acumulada siempre de todos los sujetos enumerados. La cuestión es si, además, sólo debe responder uno de los sujetos o pueden ser varios¹¹².

El propio debate parlamentario respecto el artículo alude a la imposibilidad de que respondan varios sujetos a la vez¹¹³. A mi juicio, la propia responsabilidad que establece el precepto, el hecho de que no se establezca ningún criterio de imputación, y la literalidad del mismo impiden otra interpretación¹¹⁴.

No obstante, la realidad jurisprudencial es que, a pesar de estos impedimentos, y a que los sujetos enumerados como responsables civiles solidarios no pueden

C.E.J.A.J., 2001, p.325. “exigir un orden en cascada –entendemos que es no excluyente –de los posibles sujetos responsables.”.

¹¹⁰VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.3. “De entrada, aparecen dos argumentos, uno a favor de cada posibilidad: a favor de que respondan todos, el hecho de que la responsabilidad es objetiva y, por lo tanto, ajena a la culpa, a la infracción de algún deber legal; a favor de que sólo respondan uno o algunos, el inciso <<por este orden>> con que finaliza la primera proposición de este art. 61.3.”.

¹¹¹José Miguel DE LA ROSA CORTINA, “Notas sobre la responsabilidad civil en derecho penal de menores”, *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, año 2001, pp.249 y ss., p.295.

¹¹²En este sentido VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.3. BARREDA HERNÁNDEZ, E.J., MF., C.E.J.A.J., 2001, p.325.

¹¹³El Senador CAÑELLAS FONS respecto de la imposibilidad de acumular dijo: “no todos a la vez y en el mismo saco. Juntos pero no revueltos, por decirlo en términos coloquiales.”. *Diario de sesiones del Pleno del Senado. Legislatura VI, BOCG Núm.156, 26 de diciembre de 1999, p.7658.*

¹¹⁴En el mismo sentido BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.400. Diciendo además con una excelente argumentación que: “no se puede distinguir o hacer distintos tipos de perjudicados (...) esta responsabilidad acumulada no existe en nuestro Código penal.”. Y, añade: “(...) lo que se trata es de garantizar la posible insolvencia del menor, pero no la posible insolvencia de cualquiera de los sujetos responsables solidarios que aparecen nombrados en el precepto.”. Así también GUZMÁN FLUJA “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.”, p.301. “la solidaridad surge entre el menor y alguna de las personas mencionadas en ese artículo que habrá de ser determinada en cada caso concreto y que cuenta con una regla o indicación legal para esa determinación: que esas personas responden “por su orden”.”.

responder acumulativamente, sí se produce esa acumulación de responsabilidad en la jurisprudencia¹¹⁵.

c) Cuál es el criterio para hacer responder a unos u otros de los responsables solidarios o si se establece únicamente un llamamiento jerarquizado. En efecto, al nombrar a los padres, el legislador no menciona el concepto de patria potestad ni guarda, y tampoco menciona requisitos como la convivencia o compañía. Por lo tanto, no sabemos si sólo por el hecho de ser padre se responde o se debe exigir algo más.

La mayoría de los autores¹¹⁶, así como gran parte de las sentencias dictadas en esta materia, entienden que a pesar de no mencionarse ningún requisito en la Ley como criterio de imputación, se intenta fundamentar esta responsabilidad civil por hecho ajeno en la existencia de un deber de educación, de un deber de guarda y custodia, y en un deber de usar la facultad de corrección que las personas nombradas tienen sobre el menor. Así, en este sentido Bonilla Correa entiende que el concepto que vincula es el de la patria potestad y no el de la convivencia o guarda¹¹⁷.

¹¹⁵Sentencias de Audiencias Provinciales en que se impone la responsabilidad civil solidaria a más de uno de los sujetos enumerados en el art. 61.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres Secc 1ª Secc Menores de cinco de abril de 2005 “Se condena no sólo al menor, sino a sus representantes legales que en ese caso según la sentencia eran sus padres y la Junta de Extremadura. Por la Junta se interpone recurso, toda vez que el menor había sido ingresado en el Centro de Acogida, dependiente de la Junta por orden judicial, asumiendo esta última, diez días después de ocurrir los hechos la guarda voluntaria. La sentencia entiende que al encontrarse en un Centro de Acogida en el momento de suceder los hechos supone que la administración asume la guarda de hecho, y, precisamente, por ello debe responder.”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias Sección 2ª Menores de 27 de abril del 2006. Se distribuye la responsabilidad entre distintos responsables solidarios: la Administración del Principado de Asturias quien en el momento de los hechos tenía la guarda y custodia del menor, al estar cumpliendo una medida de internamiento por un hecho anterior y los padres. Los hechos suceden cuando el menor disfrutaba de un permiso de fin de semana estando en compañía de su madre. Al padre se le rebaja un 50% por estar interno en el centro penitenciario y a la madre no se le rebaja “debido al escaso interés y apoyo demostrado al menor durante el cumplimiento de la medida de internamiento que le fue impuesta por el Juzgado de menores, ha contribuido en gran parte a favorecer la conducta”. BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.369.

¹¹⁶GUZMÁN FLUJA, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.”, p.300.

¹¹⁷BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.322.

En cambio Vaquer Aloy piensa que el fundamento es el ejercicio de ese deber de guarda como criterio de imputación objetiva¹¹⁸.

Esta misma problemática continúa surgiendo con los distintos sujetos nombrados como responsables solidarios, ya que tampoco se indica ningún criterio de imputación¹¹⁹.

2- El segundo problema, observado por la doctrina, es la facultad de moderación que se le otorga al Juez de menores¹²⁰. A este respecto, se plantean tres cuestiones:

¹¹⁸VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.3. "El art. 61.3 de la LORPM fija un <<orden>>, y ese orden debe interpretarse sistemáticamente con dos de los elementos más destacados e innovadores de la regulación de la responsabilidad civil que se contiene en esta Ley: la responsabilidad objetiva y la facultad judicial moderadora de la responsabilidad. (...) Pues bien, para que exista relación de causalidad entre la conducta de cualquiera de los sujetos contemplados en el art. 61.3 de la LORPM y el daño sufrido por la víctima habrá que buscarse un criterio de imputación objetivo que permita atribuir el daño a la conducta del responsable solidario. Este criterio no puede ser otro que el ejercicio del deber de guarda."

¹¹⁹José Miguel DE LA ROSA CORTINA, "El Título VIII de la ley penal del Menor: experiencias en su aplicación", en "Jornadas sobre experiencias aplicativas de la LORPM", *Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia*, mayo 2003, pp.751 y ss., p.814. Indica que: "Desde el punto de vista del derecho sustantivo, debería suprimirse la responsabilidad en cascada introduciendo un criterio de imputación claro.". Y, en la circular 1/2007, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, se cita (y se recuerda) que el sistema del artículo 61 de la Ley Orgánica 5/2000, establece en relación a los daños causados por la conducta delictiva del menor la responsabilidad civil solidaria de éste y de sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, citando el informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, de fecha 28 de diciembre de 2005 en el que se puso de manifiesto (sin éxito alguno) que "el sistema de responsabilidad solidaria en cascada del artículo 61, cuya oscuridad ha dado lugar a una jurisprudencia menor absolutamente contradictoria, debería superarse con un criterio de imputación claro para seleccionar cuál o cuáles de los responsables solidarios (padres, tutores, acogedores, guardadores) debe responder junto con el menor."

¹²⁰María Teresa OLOVARRIA IGLESIA, "Problemática sustantiva y práctica de la pieza de responsabilidad civil" en "Jornadas sobre experiencias aplicativas de la LORPM". *Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia*, mayo 2003, pp.821 y ss., pp.826 y 827: "el problema de la moderación que el artículo 61 en su regla 3ª establece, sobre todo porque el único perjudicado por dicha moderación es otra vez la víctima, o perjudicado, dado que la mayoría de los menores son insolventes y que la única garantía para las víctimas es la responsabilidad solidaria de los padres o responsables de los menores y al poderse moderar su responsabilidad al final y en la parte que no responden solidariamente con el menor quedan sin ser resarcidos, además de cómo y en qué basar dicha moderación, lo que puede ser, y de hecho lo es, una fuente de problemas dada la arbitrariedad judicial a que puede dar lugar la imprecisión legal.". Y como dice BARREDA HERNÁNDEZ, *E.J. MF. C.E.J.A.J.*, 2001, p.320. "la LORRPM atenta, en primer

a) El propio concepto de la moderación. La facultad de moderación es distinta a la establecida en el art. 114 del CP¹²¹, donde surge como consecuencia del actuar de la víctima, sin embargo, esta circunstancia no es contemplada en el art. 61.3, que tampoco es coincidente con la facultad de moderación establecida en el art. 1103 del CC¹²². En el CC, se exige que se haya producido negligencia, mientras que en la LORPM, no se exige negligencia y se acepta esa facultad “cuando éstos no hubiesen favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave,”. Desde luego, se trata de una facultad y no un imperativo legal que deba usar siempre el Juez de menores la “responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos”.

Se entiende que esta facultad es restrictiva¹²³, que no abarca al menor responsable del hecho ilícito penal¹²⁴. Sirve para aminorar esa responsabilidad civil solidaria en

término, contra la línea de flotación de la obligación solidaria, que como ya sabemos se caracteriza por la facultad del acreedor del derecho de elección y el denominado *ius variandi* –art.1144CC-; ya que una y otra encuentran explicación en la propia esencia de la solidaridad pasiva, por la que cada uno de los deudores -art 1137CC- debe prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación, es más, frente al actor todos y cada uno de ellos deben la totalidad de la prestación y la deben como obligados principales, y en el que el perjudicado es libre de elegir contra quien dirige su demanda.”.

¹²¹Art. 114 CP “Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.”.

¹²²Art. 1103 CC “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.”.

¹²³En este sentido BARREDA HERNÁNDEZ, E.J. MF. C.E.J.A.J., 2001, p.326. “se aplique de forma restrictiva tal potestad por motivos de equidad, razones históricas y coordinación con el tratamiento que de ello se hace en el orden civil tanto en el derecho positivo (artículos 270, 1094, 1104, 1719, 1788, 1889 y 1903) como la doctrina mayoritaria de la Sala 1ª de Tribunal Supremo (SSTS, entre otras, las de 11 de octubre de 1990 R-7860, 12 de febrero de 1994 -R773-, 30 de junio de 1995 R-5272-, 9 de julio de 1998, 5547,15 de marzo de 1999 R 1402-, ...), cuando indica que <<...se responde igualmente como si de una acción directa se tratara contra los padres en una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, en base a una culpa <<in vigilando>> o <<in eligendo >>, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo, respecto a los hijos menores de edad, ya que de seguirse un criterio puramente subjetivo podía llegarse a la total irresponsabilidad civil de los hechos cometidos por los mismos, quebrantándose criterios de equidad al dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud, o bien en su patrimonio, en situación equivalente a la que tenía antes de haberlo sufrido >>.”. Y justificando también ese criterio restrictivo VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.7. “cabría entender que los <<casos>> en los que el Juez <<podrá>> moderar la responsabilidad vendrían determinados, precisamente, por quien ejercita esa guarda. Entonces, podría tener una cierta justificación atenuar

los “padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho”, aunque no puede en absoluto exonerar completamente¹²⁵.

Entiendo que debe interpretarse de forma restrictiva esta facultad de moderación. Atendido que este es el criterio que se usa en la jurisdicción civil. Es decir, se sostiene que por una idea de coordinación con aquella el Juez de menores debe interpretar este concepto de moderación de forma restrictiva. Y además, por equidad, es decir, con independencia que se considere que estamos ante una obligación de carácter objetivo o cuasi objetiva se debe usar esta facultad de forma restrictiva pues la misma afecta al fundamento de la obligación. Por ello, entiendo que el legislador sólo permite que se use en determinadas circunstancias, no de forma obligatoria sino por equidad entre el perjudicado y el tercero obligado a responder¹²⁶.

la responsabilidad del acogedor que no percibe remuneración o que recibe una remuneración meramente simbólica”.

¹²⁴GUZMÁN FLUJA “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.”, p.303. “debe señalarse (...) que no afecta nunca al menor responsable directo.”.

¹²⁵En idéntico sentido: VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.7. “Entiendo que el Juez tiene facultad para moderar la responsabilidad, pero no para eximir completamente de ella a los sujetos enumerados en el art.63.1. El argumento es doble: la Ley sólo se refiere a la posibilidad de moderar la responsabilidad, y ésta es objetiva, no descansa en la culpa de los padres, tutores o guardadores, por lo que no existe fundamento para excluir su responsabilidad ni aun acreditando haber actuado con la máxima diligencia.”. Y, MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.97. “La existencia o inexistencia de dolo o negligencia grave en los padres y demás representantes del menor no supone la exoneración de la obligación de responder, que en todo caso concurrirá. Si determinará el alcance o cuantía de la misma en la medida en que se atribuyen al Juez de menores facultades de moderación de su importe.”. GUZMÁN FLUJA “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.”, p.303. “no cabe la exculpación total de la responsabilidad civil para estas personas, sólo se puede graduar o moderar en el caso de no hayan favorecido con dolo o culpa grave la conducta del menor”.

Algún autor defiende que sí se puede exonerar completamente: SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA “Responsabilidad por hechos ajenos”, en Julio MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, *Responsabilidad civil “ex delicto”*, Cuadernos de derecho Judicial. XVI-2004, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp.101 y ss., p. 115. Este autor entiende que no estamos ante una responsabilidad civil. Y, POZUELO PÉREZ, “De la responsabilidad civil”, p.554. Indica de forma expresa que: “procederá cuando hubieran favorecido con negligencia leve la conducta del menor a su cargo, pudiendo plantearse la exclusión de esa responsabilidad en los supuestos de caso fortuito.”. Esta última lo argumenta en que: “resulta más equitativa y más adecuada, sobre todo con el concepto y alcance de la responsabilidad civil que se contiene en la normativa civil.”.

¹²⁶En términos muy parecidos BARREDA HERNÁNDEZ. *E.J. MF. C.E.J.A.J.* 2001, p.326. Y, VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.7

b) Cuál debe ser el criterio de esa moderación. En cuanto cuál debe ser el criterio de la moderación el mismo varía en función de si nos encontramos ante autores que defienden que estamos ante una responsabilidad de carácter objetivo o cuasi-objetivo.

Por un lado los que indican que se trata de una responsabilidad objetiva no entienden la facultad moderadora y la limitan a casos excepcionales pues esta moderación rompe con el criterio de responsabilidad objetiva¹²⁷.

Los que defiende que estamos ante una responsabilidad cuasi-objetiva se basan en esta facultad moderadora para justificarla y en cómo se resuelven las relaciones entre los responsables solidarios y el acreedor.

Estos últimos critican la solución adoptada por el legislador atendido que la moderación rompe con el propio carácter de obligación que se establece el art. 61.3 LORPM y del propio concepto obligaciones solidarias establecido en el CC, pero no entienden que deba usarse de forma excepcional esta facultad¹²⁸.

c) Cómo afecta la moderación al sujeto perjudicado y entre los sujetos solidarios responsables. Hay dos planteamientos distintos: un sector doctrinal, entiende que entre el menor y el sujeto solidario surgen como dos cuantificaciones establecidas en la sentencia: una que es el total del daño causado, la cual debe asumir el menor; y otra, que se establece para ese tercero solidario¹²⁹. Así, el perjudicado podrá elegir y dirigirse contra ambos, pero respecto al tercero solidario puede hacerlo sólo por la cuantía establecida.

¹²⁷VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.7. "cabría entender que los <<casos>> en los que el Juez <<podrá>> moderar la responsabilidad vendrían determinados, precisamente, por quien ejercita esa guarda. Entonces, podría tener una cierta justificación atenuar la responsabilidad del acogedor que no percibe remuneración o que recibe una remuneración meramente simbólica".

¹²⁸En este sentido POZUELO PÉREZ, "De la responsabilidad civil", p.554. Sostiene que: "cabe moderación en los casos de favorecimiento con negligencia leve y en los de conductas de los padres, tutores acogedores y guardadores, que no favorezcan la conducta del menor, esto es, cuando no han intervenido en los hechos del menor.". Y, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.538 y pp.541 y 542. La cual, acaba indicando que esta facultad de moderación: "Determina unas posibilidades de moderación de la responsabilidad solidaria de los padres o tutores del menor que, en la práctica, implican que esta última se vea considerablemente disminuida y que esa innovadora responsabilidad solidaria se haya quedado a medio camino de satisfacer las pretensiones de la víctima.".

¹²⁹GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.", p.304. "En este caso la solidaridad se predica de una misma obligación que tiene dos cuantificaciones y esto origina serios problemas de interpretación en el sentido de no saberse si la moderación funciona sólo entre los obligados solidarios sin alcanzar al acreedor, o si funciona también alcanzando al acreedor caso en el que se discute a su vez si esto afecta al principio de reparación integral de la víctima o perjudicado. De nuevo, no hay solución unánime, ni siquiera claramente mayoritaria.".

En este caso si hubieren dos responsables solidarios, el perjudicado podrá dirigirse contra los dos, pero cada uno sólo responderá por su cuota, pues si todos respondiesen por el todo no tendría sentido esta facultad de moderación¹³⁰. Por lo tanto, sostienen que hay una única obligación con dos tramos: un primer tramo común, en el cual surge la solidaridad; y otro segundo en exceso, en el cual no surge esa solidaridad¹³¹.

Otros autores entienden que responden todos los responsables solidarios por el todo de la obligación, porque en otro caso no tiene sentido que estemos ante una obligación solidaria¹³². Por tanto, existirían dos obligaciones distintas: la del menor junto con los responsables solidarios; y la de los responsables solidarios.

Luego dentro de estos dos grandes bloques atendido la dificultad que ofrece el concepto de obligación solidaria con el de la moderación de la misma de esos terceros obligados surgen criterios más específicos¹³³.

Creo sinceramente que para poder abordar toda esta problemática del art. 61 es fundamental encontrar cuál es la fundamentación o base de esta responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por un menor sometido a estos Tribunales de menores para traspasarla a los sujetos que enumera el mencionado art.. Y si como consecuencia de ese traspaso estamos o no ante una responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por un menor o estamos ante otro concepto.

En este sentido es muy elocuente la siguiente afirmación de Barreda¹³⁴:

¹³⁰En este sentido, GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.", p.305.

¹³¹Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *La ley de responsabilidad penal de los menores. Doctrina con Jurisprudencia y normativa complementaria.*, Dirección Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Madrid, 2001, pp.501 y 502. Este autor divide la responsabilidad civil en cuotas para que la moderación no afecte a la solidaridad de la obligación así dice: "debe consistir en fraccionar la responsabilidad plena del menor, a consecuencia de la ejecución de un hecho típico dañoso, estableciéndose dos tramos: uno, en el que del importe de esa responsabilidad -coincidente con la que se fije moderadamente para el padre o guardador- responderá solidariamente y que tuviera la potestad o guarda sólo él, y otro, constituido por exceso entre esa responsabilidad moderada hasta cubrir el total de la indemnización, de la que debe ser declarado responsable principal y único el menor pero sin extender a ella el principio de la solidaridad".

¹³²En este sentido María Paz GARCÍA RUBIO "La responsabilidad civil del menor infractor", en *Revista Xurídica Galega*, núm.38, Pontevedra, 2003, pp.45 y 46.

¹³³ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, pp.54 y 55 siguiendo a DE LA ROSA CORTINA sostiene la idea que debe ser en la ejecución de sentencia donde se debe observar la expresión por este orden. José Miguel DE LA ROSA CORTINA, "Notas sobre responsabilidad civil en derecho penal de menores. Responsabilidad penal de menores", *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal* núm.1, 2001, pp.249 y ss.

¹³⁴Barreda Hernández, *Diario. La Ley*, 2002, p.4.

“La consecuencia es que la terminología y la naturaleza jurídica de la institución que se ventila en esta pieza separada no es coincidente con la idea tradicional o histórica de solidaridad, asemejándose más a la llamada cuasi-objetiva aunque tampoco, en última instancia, tiene un paralelismo por los mecanismos que diseña. Entre otros, la forma de elección de las partes del proceso o la moderación judicial, que pueden llegar a invalidarla.”.

Así como la posibilidad que sostiene Cavanillas Múgica en cuanto a que estamos ante una “pseudo responsabilidad civil”¹³⁵ y, la posición Bonilla Correa afirmando que se está ante otro concepto¹³⁶.

2.4. En el apartado cuarto del art. 61 se estableció la posibilidad de exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de la administración pública en los casos del art. 145 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2.4.1. Esto debe entenderse como una opción planteada al perjudicado civilmente por el hecho delictivo cometido por el menor cuya tutela o guarda esté en manos de una administración pública¹³⁷. La opción consiste en exigir la responsabilidad civil de dicha administración bien en el proceso penal de menores, bien en vía administrativa y posterior contencioso-administrativo, en su caso. Si se opta por la segunda opción, se trata de una responsabilidad directa y objetiva exigida conforme a las normas

¹³⁵CAVANILLAS MÚGICA “Responsabilidad por hechos ajenos”, p.116. “el régimen de responsabilidad civil por hechos ajenos de la LORRPM no sólo puede ser una responsabilidad civil por culpa o una responsabilidad civil objetiva, sino que también puede ser una cosa distinta: una pseudo responsabilidad civil, provisional y orientada a las funciones propias de la justicia de menores”.

¹³⁶BONILLA CORREA *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*. Este autor plantea que estamos ante un concepto nuevo como consecuencia de esa asunción solidaria de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por un menor. Pues esa asunción no es conforme a lo establecido en el CP en cuanto a su extensión, ni se fundamenta ni se basa en la culpa, siendo está la base de la responsabilidad civil, tanto en el CP como en el CC.

¹³⁷Así Armando BARREDA HERNÁNDEZ, “La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil” *Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, III-2001, Cuadernos Judiciales*, p.8. Indica: “Posibilidad de compatibilizar la medida de mediación –conciliación o reparación– con el resarcimiento por vía civil –art.19.2 in fine-, y ésta, a su vez, con otras de carácter administrativo -art. 61.4 en relación con la Ley 30/1992 , de 26 de diciembre, para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración Pública correspondiente por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, y la Ley 35/1995, de 11 de noviembre, para reclamar ayudas como víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual-”.

administrativas aplicables; si se opta por la primera, se tratará de una responsabilidad “solidaria” con la del menor, pues se aplicaría lo dispuesto en el art. 61.3 de la LORPM, al ser la administración tutora o guardadora del menor infractor. En todo caso, es totalmente distinta a la responsabilidad civil subsidiaria de la administración que se regula en el art. 121 del CP.

2.4.2. Estas posibilidades que se plantean en la opción no son excluyentes, pues se basan en presupuestos distintos, si bien hay que dejar claro que, dado que el origen del daño es el mismo: la conducta ilícita del menor¹³⁸. En realidad se habla de dos vías posibles para la reparación o indemnización de un único daño. De esta forma, debe evitarse que el uso de las dos vías conduzca a una doble indemnización o resarcimiento de ese único daño¹³⁹. En este mismo sentido se fueron dictando resoluciones por parte de las distintas Audiencias Provinciales encargadas de resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades públicas, que alegaban que no podían ser competentes los Juzgados de Menores basándose en los criterios de Fiscalía¹⁴⁰, que entendía que sí eran excluyentes¹⁴¹.

¹³⁸BARREDA HERNÁNDEZ, E.J. MF. C.E.J.A.J., 2001, pp.312 y 313. Hace una enumeración precisamente sobre ese aspecto: “Una característica de la finalidad instaurada por la LORRPM, como no podía ser de otra forma, es la no exclusión de otras vías de resarcimiento:

1. Vía civil ordinaria. Tal como se deriva de su propio articulado, ya fuera por reserva expresa - art.61.1.-, ya por reiteración una vez concluido el proceso en la pieza separada –art.64.11ª-:

- a) Origen legal –art.1089 y 1090 CC-.
- b) Origen contractual -art.1089, 1091, 1254 y ss. CC-.
- c) Origen extracontractual –art.1089, 1902 y 1903 CC-.

2. Vía penal de adultos: Caso de otros partícipes mayores de edad –art.109 y ss. CP-, sin vinculación por la decisión a que se llegue en la jurisdicción de menores.

3. Vía contenciosa- administrativa.

La LORRPM –art.61.4- expresamente admite la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones, en los términos previstos en el artículo 145 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”. DE LA ROSA CORTINA, C E A J, M J, 2003, p.761. Sostiene lo mismo. Y, VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.5. Indica también que: “Por otra parte, para el caso que se declare la responsabilidad de la Administración, se reitera la aplicación al caso del art.145 de la LRJPAC.Y, por si podía existir alguna duda, el mismo párrafo 4 del art.61 de la LORPM pone de relieve la aplicabilidad de la ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, cuando tales delitos sean causados por menores de edad.”.

¹³⁹GUZMÁN FLUJA, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.”, p.295. N. del A. nº 13.

¹⁴⁰La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000. Determinaba la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa cuando se trataba de exigir responsabilidad a la

2.4.3. También se estableció en este apartado la posibilidad de aplicar la Ley 35/1995, de once de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual y sus disposiciones complementarias¹⁴². En esta normativa, se regula el derecho que tienen las víctimas a solicitar y, en su caso, percibir ayudas públicas, fundamentalmente en forma de percepciones económicas. Estas ayudas sirven a la reparación del daño sufrido como consecuencia del delito cometido, en este caso por un menor de edad, de manera que debe evitarse también la posibilidad de que ese daño tenga una doble reparación o indemnización. En el art. 5 de la Ley 35/1995 se establece lo necesario para evitar esa doble reparación, al subrayar que la percepción de las ayudas públicas no es compatible con la percepción de la indemnización por daños y perjuicios causados por el delito establecida en la sentencia, con alguna modulación que realmente no afecta a la idea básica de no ser doblemente indemnizado por un mismo daño, sino que pretende garantizar la íntegra reparación de dicho daño. Sin embargo, la solicitud de estas ayudas no implica renuncia alguna al ejercicio de la pretensión civil en el proceso penal. En este sentido, el art. 7, que regula la prescripción de la acción, dice que el inicio del proceso penal sobre los hechos delictivos que causan el daño “suspende” ese plazo de prescripción que vuelve a correr una vez se haya notificado personalmente al perjudicado la resolución firme que pone fin al proceso penal¹⁴³.

administración fundamentando esto: “en la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas competentes en materia de protección y reforma”.

¹⁴¹La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 22 de noviembre de 2002, reiterada por la sentencia de la misma Audiencia de 23 de diciembre de 2002 expone que el artículo 61.4 de la LORRPM ha de ponerse en relación con el número 3 del mismo artículo, en el sentido de que, cabe deducir demanda de responsabilidad civil contra la Administración Pública por este procedimiento ante el Juzgado de Menores, cuando la misma se encuentra en alguno de los supuestos legales mencionados en el artículo 61.3 de la LORRPM. En este sentido, ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, p.28. Y, DE LA ROSA CORTINA, *C E A J, M J*, mayo 2003, pp.761 y 762. N. del A. nº 27. Este autor también nombra la sentencia de 22 de noviembre de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2) Sentencia nº 840/2002 y en idéntico sentido añade la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida nº 2/2002 (Sección 2) de 11 de marzo (Ponente: Ilma. Sra. D^a Ana Cristina SAINZ PEREDA).

¹⁴²DE LA ROSA CORTINA, *C E A J, M J*, 2003, p.761. ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, pp.27 y 28.

¹⁴³GUZMÁN FLUJA, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.”, p.295. N. del A. nº 14. Entiende que en vez de suspensión debería indicar interrumpe el plazo. Y, ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, p.27. Indica: “La acción para exigir la ayuda prescribe al año desde los hechos, plazo que se interrumpe desde que se inicia el proceso penal continuando desde que se dicta resolución judicial firme.”.

3. El art. 62 de la LORPM tenía por objeto regular la extensión de la responsabilidad civil y hacía una remisión expresa a lo establecido en el CP de adultos, esto es, a los arts. 109 a 115 del CP¹⁴⁴. Por lo tanto, la responsabilidad civil regulada en la LORPM consiste en restituir, reparar o indemnizar los daños y perjuicios causados ya sean estos materiales o morales. Y así se puede decir que la extensión es idéntica en cuanto a la responsabilidad civil en que incurre el menor, pero, como acabamos de indicar, es distinta a la extensión en que puede incurrir un tercero solidario en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios ya sean estos materiales o morales¹⁴⁵. Por ello, en función del sujeto que responde, se podría producir un dicotomía entre el art. 62 y el 61.3 LORPM. Pues si la responsabilidad civil consiste en reparar todo el daño causado y el tercero solidario que responde puede no responder por el todo se infringirá el art. 62 de la LORPM e inclusive el propio concepto jurídico que tenemos por “obligación solidaria”.

A esta problemática se añadía, además, que la acción civil que se regulaba en la LORPM discurría procesalmente al margen de la penal, ya que el ejercicio de ambas acciones era independiente y se efectuaba en distintos procedimientos. En este sentido De la Rosa Cortina sostenía que la acción era independiente y autónoma en base al art. 18 de la LORPM pues aunque el Ministerio Fiscal desistiera de la acción penal, es decir, de la incoación del expediente principal penal por el principio de oportunidad, el propio art., indicaba expresamente que este desistimiento “se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.”. Además también, indicaba, que cuando se tramitaba la pieza autónoma no se tenía que esperar a ninguna sentencia del expediente principal, pues esta, en ocasiones no se produciría y que por ello era suficiente con esperar una resolución firme que pusiera fin a este proceso penal, es decir, un decreto de desistimiento del Fiscal o Auto de sobreseimiento o archivo del Juez según los casos¹⁴⁶. Como consecuencia de todo ello y en virtud del propio art. 64.8, el Juez en todos estos casos, debería pronunciarse además, a efectos prejudiciales en si la

¹⁴⁴MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.96. “El art. 62 LORPM se remite para fijar la extensión de la responsabilidad civil a lo dispuesto en los arts 109 a 115 del CP. Así, la responsabilidad alcanza a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios materiales y morales causados (art 110CP). El alcance de la responsabilidad podrá ser moderado si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño (art.114CP).”.

¹⁴⁵Al hablar de la moderación, ver apartados del trabajo: problema 2º de este apartado, y además apartados (3.1.3.) (3.1.4.) (3.2.6.).

¹⁴⁶DE LA ROSA CORTINA, *C E A J, M J*, 2003, pp.802 y 803.

conducta de menor es constitutiva de algún delito o falta para poder con ello apoyar la estimación de la pretensión civil *ex delicto*¹⁴⁷.

Barreda Hernández también mantenía que esta acción era independiente pues la misma era de naturaleza privada, y por ello disponible. Entendía que surgía al margen de la pena o medida como consecuencia del delito. Es decir, sostiene que surgía del hecho antijurídico¹⁴⁸.

Además, también indicaba que se estaba ante procedimientos distintos atendidas las distintas facultades que se otorgaban al perjudicado en este proceso de menores. Pues por un lado, no se le permitía actuar como actor civil o acusación particular en el proceso principal. Sólo se le permitía actuar como coadyuvante en las circunstancias especiales establecidas en el art. 25 de la LORPM. Es decir, nunca en las mismas condiciones que el Ministerio Fiscal o la defensa del menor. Y de otro, la propia Ley le permitía el ejercicio de la acción civil en una pieza separada, la cual, estaba vinculada a la principal. Y donde la estimación de esa acción civil si procedía tendría al final sólo un carácter eventual¹⁴⁹.

Esta fue la idea del legislador y por lo tanto, como he indicado anteriormente, no estábamos ante el supuesto de acumulación de acciones que se establece en el procedimiento penal de adultos. Este planteamiento dio lugar a un importante debate, pues, a pesar de esa llamada independencia de acciones, la responsabilidad civil deriva en realidad de la responsabilidad penal. Si el hecho penal no existe, se ha producido una causa de exención o ha recaído una sentencia absolutoria en el proceso principal, mal puede entonces derivarse una responsabilidad civil de donde no existe la penal, en este sentido también Ornosá, indicaba que la pieza separada que aquí se regulaba se regía por los criterios del CP y no tenía nada que ver con la responsabilidad extracontractual civil que establecen los arts. 1902 y siguientes del CC¹⁵⁰. Por ello mantenía que se debía proceder al archivo de la pieza de

¹⁴⁷DE LA ROSA CORTINA, *C E A J, M J*, 2003, p.809.

¹⁴⁸BARREDA HERNÁNDEZ, *Diario. La Ley*, 2002, p.4.

¹⁴⁹BARREDA HERNÁNDEZ, *EJ, CGPJ, CJ*, 2001, p.3. "mientras se le niega la ocasión de intervenir como acusación particular o actor civil en la causa principal como una parte más, en igualdad de condiciones que el Fiscal o la defensa del menor, al mismo tiempo se le ofrecen dos posibilidades de distinto signo: de un lado, en el proceso penal, una curiosa original participación al perjudicado o coadyuvante sin acción solamente en los casos de los delitos graves imputados inicialmente a mayores de dieciséis años -art.25-; y, de otro, en una pieza separada, una acción civil -art.61-, vinculada a la decisión adoptada en el proceso principal, en la que no ha podido intervenir, y donde la factible reclamación para el resarcimiento de daños y perjuicios tendrá, si procede, carácter eventual (al no tener la sentencia definitiva valor de cosa juzgada material), además de costosa e inútil en la mayoría de los casos."

¹⁵⁰ORNOSÁ FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores 3ª Edición*, p.545.

responsabilidad civil con reserva en su caso, de las acciones civiles en todos los casos anteriores, salvo en los supuestos de sentencias absolutorias en base a las excusas previstas en el art. 20 apartados 1, 2, 3, 5 y 6 del CP, atendido que nos encontramos ante una responsabilidad civil *ex delicto*, con lo que mal podrá derivarse algo de lo que no se ha producido¹⁵¹.

Esta problemática de si la pieza separada era total y absolutamente independiente fue tal que inclusive la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 3 (Menores) varió de criterio. En un primer momento sostuvo que eran acciones independientes en los Autos de fecha 22 y 30 de abril, y en los de 24 y 29 de mayo, del año 2002 y luego, “Afirmar la imposibilidad de declarar una responsabilidad civil derivada de delito o falta sin la previa declaración de tal delito o falta, y que tal cosa no puede hacerse sino en el seno de un proceso penal, so pena de grave subversión de los principios procesales.”, decía De la Rosa Cortina que con una “argumentación endeble” en los Autos de fecha 18, 26, y 27 de junio, 8 de julio y 6 y 20 de noviembre del 2002¹⁵². Yo en cambio sí estoy de acuerdo con la argumentación del Auto de 8 de julio 2002 de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Tercera que indicaba:

“de lo expuesto se desprende que la acción civil que regula la Ley Orgánica 5/2000 no es diferente de la que regula el Código Penal en los artículos 109 y siguientes, es decir la derivada de la ejecución de <<un hecho descrito por la Ley como delito o falta>>. Y si la responsabilidad civil es la que nace de un ilícito penal, para que pueda ejercitarse la acción de resarcimiento resulta imprescindible el enjuiciamiento y una sentencia que determine la ilicitud penal del hecho y la participación del menor.

III.-Sin duda que la Ley parece partir de principios contrarios, en cuanto prevé la tramitación de la pieza de responsabilidad civil, incluso en los supuestos de desistimiento de incoación del expediente (art 18) y que el Juez de Menores dicte

¹⁵¹ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores 3ª Edición*, p.546. “uno de los supuestos que están originando más discrepancias, la cuestión de si se puede derivar una responsabilidad civil de un ilícito penal, cuando dicho ilícito no se ha establecido en la vía penal. Eso sucede en los casos en los que no se haya finalizado el expediente de reforma con una sentencia condenatoria (prescripción del art 10, desistimiento de la incoación del art 18, mediación del art 19, sobreseimiento a instancia del equipo técnico del art 27.4, resto de sobreseimientos del art 30.4, y sentencias absolutorias).

Entre los Jueces de Menores ha habido unanimidad a la hora de entender que en todos esos supuestos, con excepción de las sentencias absolutorias en las que concurren las excusas previstas en el art 20.1,2,3,5 y 6Cp, deberá procederse al archivo de la pieza de la responsabilidad civil, con reserva, en su caso, de las correspondientes acciones civiles. Esa solución parece la más razonable si se tiene en cuenta lo expresado más arriba respecto a que nos encontramos ante una responsabilidad civil <<ex delicto >>, con lo que mal podrá derivarse algo de lo que no se ha producido.”.

¹⁵²DE LA ROSA CORTINA, *C E A J, M J*, 2003, pp.806 y 807. Y, N. del A. nº 111.

sentencia civil una vez celebrada la audiencia en el procedimiento de menores y dictada sentencia o recaída otra resolución definitiva (art 64.8). Pero sí la acción civil ejercitable ante el Juez de Menores es únicamente la nacida de la comisión del ilícito penal, su ejercicio está supeditado al pronunciamiento de una sentencia condenatoria en el ámbito penal y si, como ocurre en el presente caso, ante el sobreseimiento acordado tal sentencia deviene imposible, no procede tramitar la pieza de responsabilidad civil.”.

4. En el art. 63 LORPM se regulaba la responsabilidad civil de los aseguradores y se indicaba la extensión y el tipo de responsabilidad civil en que incurrían las compañías aseguradoras en términos muy parecidos al art. 117 del CP¹⁵³. Así se establecía una responsabilidad civil directa de dichas compañías respecto de los riesgos asumidos que derivasen de los actos de menores. Y la misma se extendía, hasta el límite de la indemnización legalmente establecida, en el caso del seguro obligatorio; y hasta el límite pactado por las partes, en los casos en que se hubiera concertado el seguro de forma voluntaria.

Además se concedía el derecho de repetición a la compañía ante la jurisdicción civil ordinaria de conformidad con lo establecido en el art. 76 Ley de Contrato de Seguro y, en idénticos términos que en la jurisdicción penal para adultos.

5. En el art. 64 se regulaban las reglas del procedimiento por el cual se debía tramitar este proceso de responsabilidad civil. Esta fue la segunda gran novedad, un procedimiento específico para reclamar la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor sometido al Tribunal de Menores¹⁵⁴. En este sentido, y siguiendo a Barreda, el legislador estableció dos vías para que el menor asumiera la responsabilidad civil dentro del proceso penal de menores: una voluntaria, en la cual se pueden alcanzar acuerdos entre las partes, es decir, una vez asumida la infracción criminal, el menor repara material o simbólicamente los daños causados en forma de compensación, restitución o trabajo directamente para con la víctima o mediante actividades de colaboración social por medio de programas alternativos al

¹⁵³VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.4. “El art. 63 de la LORPM contempla de manera expresa la responsabilidad civil directa de las aseguradoras con la que se haya suscrito el oportuno contrato de seguro, precepto de contenido paralelo al del art. 117 del Código Penal.”.

¹⁵⁴En este sentido VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.7. Manifiesta que: “La LORPM reconoce, pues, legitimación a los perjudicados para ejercer la acción civil de responsabilidad dentro del proceso penal de menores (arts 25.1 y 64.2ª)”. Y, BARREDA HERNÁNDEZ. *E.J. MF. C.E.J.A.J.*, 2001, p.311. El cual, también indica que: “El propósito de esta acción civil no puede ser otra que el resarcimiento por daños y perjuicios por parte de un titular de un derecho susceptible de ser amparado por nuestro derecho en relación directa con una situación patrimonial o moral alterada y derivada de un hecho ilícito criminal en la que es responsable penalmente un joven infractor mayor de 14 y menor de 18 años.”.

procedimiento. Y otra obligatoria, en la cual, una vez constatada la infracción criminal, el menor responde económicamente de forma directa con sus propios bienes y solidariamente a través de terceras personas vinculadas jurídicamente a él, los mencionados en el art. 61 LORPM así como aseguradoras que hayan asumido el riesgo del que deriva el daño¹⁵⁵.

5.1 En los apartados 1, 2 y 3 se estableció el inicio o fase preliminar del procedimiento. Como se ha dicho anteriormente, estábamos ante una acción independiente de la acción penal y la iniciaba de oficio el Juez de menores¹⁵⁶. El Juez dictaba un auto indicando la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil y les notificaba a todos los que apareciesen como perjudicados la posibilidad de personarse concediéndoles un plazo de 30 días para ello¹⁵⁷. Como subrayaba Barreda Hernández todos los plazos que se establecían en esta pieza separada de responsabilidad civil eran preclusivos¹⁵⁸.

¹⁵⁵BARREDA HERNÁNDEZ, *EJ, CGPJ, CJ*, 2001, p.4.

¹⁵⁶VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.7. "Esta tramitación se efectúa en una pieza separada, que el Juez de menores abrirá al mismo tiempo que se inician las diligencias penales (arts. 16.4 y 64.1ª)". MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.101. Indica que: "La pieza civil sólo se incoará cuando tales Diligencias Preliminares concluyan bien mediante resolución del Fiscal acordando que se transformen en Expediente de menores o bien expresando que desiste –art.18- de tal incoación. Por ello, el Juez de menores abrirá pieza separada civil en cuanto el Fiscal le notifique el parte de incoación del expediente de menores (art. 16.4) o la resolución de desistimiento de incoación (art. 18)". Y, BARREDA HERNÁNDEZ. *E.J. MF. C.E.J.A.J.*, 2001, pp.319 y 320. Indica que "La fijación de los litigantes la realiza el Juez de Menores art.64.4ª- en el auto acordando el inicio del procedimiento, (...) esta resolución, por la que entre otros contenidos fija quién será la parte demandada en la pieza, tendrá en la práctica más importancia, incluso que la propia sentencia civil, por cuanto se pronuncia sobre un tema, en muchos casos trascendente para la prosperabilidad de la acción ante quien pudiera ser solvente o no su contenido, y ello sin audiencia previa ni posibilidad de prueba al efecto del posible actor ni siquiera del posible responsable, máximo cuando se puede dar la paradoja que no se hubiera personado.". Por todo ello. DE LA ROSA CORTINA, *C E A J, M J*, 2003, p.768. Indica que: "la decisión última sobre quienes deban ser considerados perjudicados es, incluso en esta fase inicial del procedimiento una decisión jurisdiccional."

¹⁵⁷DE LA ROSA CORTINA, *C E A J, M J*, 2003, pp.768 y 769. "El perjudicado debe personarse en el plazo de un mes previsto en el art.61.1 y si presenta el escrito fuera de plazo, el mismo habrá de ser inadmitido por el Juez, debiendo en estos casos continuar como actor el Fiscal en su caso, y no debiendo permitirse la intervención del perjudicado, sin perjuicio de su derecho a renunciar o reservarse la acción, provocando la conclusión del procedimiento. El Fiscal perderá definitivamente la legitimación si el perjudicado se persona dentro de plazo, no recuperándola aunque tras la personación el perjudicado no presente demanda en forma."

¹⁵⁸BARREDA HERNÁNDEZ. *E.J. MF. C.E.J.A.J.*, 2001, p.311. "Los plazos para personarse y presentar demanda, prueba y posibles recursos son de carácter preclusivo -art.61.1 y 64.2ª 4ª y 9ª-."

5.1.1. Además, el Fiscal, al ser el instructor en la causa debía notificar a los perjudicados el derecho a personarse como actores civiles en un plazo de 30 días desde su notificación, de conformidad con lo establecido en el art. 22 LORPM. Es decir, el perjudicado debía y podía ser informado indistintamente e inclusive de forma reiterada que disponía de un plazo de 30 para comparecer como actor en la pieza separada de responsabilidad civil.

5.1.2. Se permitía que cualquier persona que se considerara perjudicada se personase espontáneamente en esta pieza separada y además, se permitía expresamente, la personación de las compañías de seguros que se consideraran partes interesadas. Esta última personación era una facultad nueva que se concedía a las compañías de seguros a diferencia de lo establecido en el proceso penal de adultos en la que no se admite esta subrogación. En este sentido, se debe entender que esta subrogación sólo la puede ejercer la compañía aseguradora del perjudicado y, una vez haya abonado la indemnización, aunque no es posible esta subrogación en el caso de la compañía aseguradora del menor¹⁵⁹. Por tanto, en la LORPM se permitía y se permite, pues la última modificación de la Ley no afectó al art. 63, la personación de la compañía de seguros por subrogación del perjudicado, tanto en el seguro de daños como en el de personas, pero en este último caso, sólo se podrá subrogar para reclamar la asistencia médica que ha abonado¹⁶⁰.

5.1.3 La personación del perjudicado en el proceso civil se realizaba simplemente con la indicación de quién se consideraba responsable de los hechos cometidos y contra quién se pensaba reclamar.

¹⁵⁹ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.560. "entiendo que no puede personarse para ejercer acciones civiles directas contra el menor y sus representantes legales o guardadores, en el supuesto de que haya satisfecho la indemnización al asegurado y responsable penal de los hechos y desee subrogarse en su posición, siendo posible únicamente tal personación en los casos en los que la indemnización ha sido satisfecha al perjudicado o víctima.". Y MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.102. De forma similar sostiene que: "Con tal mención se está haciendo referencia, a nuestro juicio, únicamente a las compañías que por asegurar a los perjudicados hubiesen adelantado gastos materiales de éstos que pretendieran cobrar a través de la acción de subrogación del art. 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. (...). Pero no se incluyen en tal mención las aseguradoras de los responsables penales, que comparecen como demandadas; ni la aseguradora del responsable penal que en su calidad de responsable civil hubiera abonado por adelantado cuantías que pretendiera ulteriormente reclamar por vía de repetición del responsable último."

¹⁶⁰El art. 82 de la Ley 50/1980 de ocho de octubre de Contrato de Seguro establece que: "en los seguros de personas el asegurador, aun después de pagada la indemnización, no puede subrogarse en los derechos que en su caso correspondan al asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior lo relativo a los gastos de asistencia sanitaria."

El Juez de Menores estaba también obligado a notificar al menor y a sus representantes legales su posibilidad de poder ser responsables civiles.

5.1.4 Esta fase preliminar tenía una función muy importante: en realidad era un filtro para determinar si se ejercitaba la acción civil o no. Pues en aquella fase se podía dar por terminada dicha pieza separada de responsabilidad civil en los siguientes casos: cuando el perjudicado renunciaba a la acción civil o se la reservaba para ejercitarla ante el orden civil. Ya he indicado que el Ministerio Fiscal estaba obligado a ejercitar la acción salvo las excepciones del art. 61.1.

Además en la misma, se determinaba quién era parte demandada y quién era parte demandante mediante Auto¹⁶¹. Se sostiene, como indicaba Barreda, que no se estaba ante una resolución de mero trámite atendido que dicho Auto no sólo determinaba la iniciación del proceso sino también quiénes eran las partes en ese proceso. Así cuando el mismo era firme, impedía su retroacción. Y con ello se condicionaba el desenlace de la demanda¹⁶². Todo ello provocaba, una situación compleja según Barreda por el actuar irreflexivo del legislador, pues casi sin elementos se dictaba una resolución determinante que sólo era salvable por el hecho de que aquel proceso podía ser revisado ante el orden civil ordinario¹⁶³.

5.1.5 A pesar de que estábamos ante una acción civil independiente de la penal, por regla general, una vez realizada esta fase previa se dictaba un Auto de suspensión de dicha pieza, a resultas de la acción penal, pues en realidad, nos encontrábamos ante una responsabilidad civil derivada del ilícito penal¹⁶⁴. Como

¹⁶¹En este sentido MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.104. Sostiene que: “No cabe formular demanda por quien no figure como parte actora en el auto de iniciación ni incluir en la misma como demandado a quien en el referido auto no se le haya atribuido la condición de parte demandada.”.

¹⁶²BARREDA HERNÁNDEZ. *E.J. MF. C.E.J.A.J.*, 2001, pp.319 y 320.

¹⁶³En este sentido BARREDA HERNÁNDEZ, *Diario. La Ley*, 2002, p.5. “Es decir, esta resolución aparentemente de mero trámite, al tener por iniciado el proceso y determinar entre otros contenidos quiénes son las partes en esa pieza, tiene en la práctica más importancia, incluso, que la propia sentencia civil, por cuanto se pronuncia sobre un tema, en muchos casos, trascendente para la prosperabilidad de la acción. Las repercusiones de este auto son muy significativas en el desarrollo normal del proceso, pues firme, impide su retroacción y condiciona el desenlace de la demanda en la pieza. Nos hallamos, por tanto, ante una irreflexión del legislador, salvable por el hecho de que este proceso puede ser revisado ante el orden civil ordinario, pero que deja a la justicia de menores totalmente descolocada ante la ciudadanía.”.

¹⁶⁴BARREDA HERNÁNDEZ, *Diario. La Ley*, 2002, p.12. En este sentido indica en la N. del A. nº 6, al comentar las: “Conclusiones elaboradas por los participantes en el curso 0113 de formación continua del Consejo General del Poder Judicial, relativo al estudio de “la responsabilidad penal de los menores. Aspectos sustantivos y procesales”, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de abril de 2001, justamente, en lo referente a la pieza separada de responsabilidad civil, en su conclusión trigésima cuarta, que se acordó lo siguiente: “Entre tanto y para evitar los graves perjuicios que

decía Ornosa no parecía tener ningún sentido el practicar todas las actuaciones previstas en el art. 64 para, a continuación tener que llegar a archivar dicha pieza. La economía procesal, la concurrencia, incluso, de una causa de prejudicialidad penal, según lo previsto en el art. 40.2º 3 LECiv, y el no perturbar al perjudicado más de lo necesario aconsejaban dictar este auto de suspensión y permanecer a la espera de la decisión del proceso principal penal¹⁶⁵.

La razón de ser, según entendía Barreda, de la obligación legal de esta justicia reparadora, es que el hecho generador de la responsabilidad civil que se reclama sea subsumible en un precepto penal y como tal antijurídico e imputable a un mayor de catorce y menor de dieciocho años, es decir, la llamada responsabilidad ex delicto¹⁶⁶.

5.2. En los apartados 4 y 5 se establecían las normas del procedimiento de la pieza separada. Se iniciaba con un Auto, que por lo general levantaba el Auto acordando la suspensión. En el mismo, el Juez determinaba las partes, y concedía un plazo de diez días a los demandantes para que formularan sus alegaciones y propusieran pruebas incluyendo la confesión en juicio y la testifical¹⁶⁷. Como dice Barreda el plazo que se concedía era preclusivo¹⁶⁸.

Aunque la demanda no estaba sujeta a ningún formalismo, se entendía que debía contener los siguientes extremos para que prosperara¹⁶⁹:

- Se debían cuantificar los daños y perjuicios que se reclamaban.
- Identificar a los sujetos que se reclamaban y por qué cuota.
- Establecer una relación de causalidad entre el menor, el hecho que se reclamaba y el vínculo jurídico por el cual se demanda a los otros sujetos.
- Proponer la prueba en la cual se pretendía fundamentar toda la demanda.

5.2.1. Una vez presentadas las demandas, el Juez notificaba a los demandados las mismas y les concedía otro plazo de diez días para que contestasen y propusieran

pueda acarrear esta regulación a los perjudicados, es posible la suspensión o paralización de la pieza separada de responsabilidad civil en el momento de su incoación y hasta que recaiga sentencia u otra resolución definitiva en el expediente penal.”.

¹⁶⁵ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.561. Indicando además que: “A partir de este momento es el que la Comisión mixta de seguimiento de la Ley ha entendido como más correcto que se realice algo que ya estaban haciendo en diferentes momentos procesales la gran mayoría de Juzgados de Menores y es acordar la suspensión de la pieza a expensas de lo que resulte en el expediente penal.”.

¹⁶⁶BARREDA HERNÁNDEZ. *E.J. MF. C.E.J.A.J.*, 2001, p.315.

¹⁶⁷VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.8.

¹⁶⁸BARREDA HERNÁNDEZ. *E.J. MF. C.E.J.A.J.*, 2001, p.311.

¹⁶⁹En términos muy parecidos BARREDA HERNÁNDEZ. *E.J. MF. C.E.J.A.J.*, 2001, p.311.

pruebas¹⁷⁰. En este sentido se debe indicar que las pruebas que podían solicitar tanto el demandante como el demandado en este proceso no eran tasadas y se permitían todas inclusive la confesión en juicio y la testifical aunque se hubieran practicado ya en el proceso de reforma.

5.3. En los apartados 6 y 7 se regulaba cómo se desarrollaba la vista de esta pieza separada. Pues, una vez el Juez había recibido todos los escritos, debía dictar una resolución en la cual se señalaba día y hora para la celebración de la vista. Y, en esa vista, se indicaba a su vez, si se admitían o no, las pruebas propuestas por las partes¹⁷¹.

5.3.1. Así, en la vista intervenía en primer lugar el demandante, y luego el demandado. Se establecía la obligatoriedad de que si alguna de las partes proponía nuevamente la testifical practicada en el expediente principal o la confesión en juicio ésta se debía practicar. Por lo tanto, permanecía la idea que nos hallábamos ante una acción independiente. Y, a diferencia de cualquier acción civil, en este proceso el Juez de menores continuaba actuando de oficio. Esto se confirmaba en la referencia a una especie de diligencia para mejor proveer, en la cual, el Juez, acordaba lo que creía oportuno que debía unir al proceso para que constara y qué necesitaba para resolver esta cuestión civil sin que las partes lo solicitasen.

5.4. En el apartado 8 se regulaba el contenido de la sentencia. Se hacía remisión expresa al art. 115 del CP y, por lo tanto, si el tribunal declaraba la existencia de responsabilidad civil, debía establecer de forma razonada las bases en las cuales se fundamentaba la cuantía de los daños e indemnización en el caso que no se estableciera una cuantía concreta¹⁷². Si la sentencia principal era condenatoria aquella debía tener un pronunciamiento sobre la relación de causalidad entre representante legal, el hecho demandado, y el menor responsable. Así como un pronunciamiento sobre la absolución o declaración de responsabilidad de cada demandado, moderando o exonerando la misma de conformidad con lo establecido

¹⁷⁰VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.8.

¹⁷¹VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.8. “Una vez ambos escritos obran en su poder, el Juez convoca a las partes a una vista oral en la que éstas deberán realizar las alegaciones correspondientes y se practicará la prueba admitida; sin que pueda rechazarse la prueba de confesión ni la testifical por el hechos de haberse ya practicado en el expediente principal (art.64.6ª). Además puede unirse a los autos, testimonio de lo actuado en el expediente principal que el Juez considere relevante para su decisión (art 64.7ª).”.

¹⁷²En este sentido VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.9. Indica que: “La regla 8.ª del art 64 de la LORRPM remite al art 115 de Código penal, de modo que la sentencia deberá, si no condena a una cantidad determinada, por lo menos establecer las bases de la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios causados para que pueda ser fijada en ejecución, todo ello de forma razonada.”.

en la LORPM en los arts. 61.3 y 64.8. Además, en el caso que hubiese pluralidad de condenados por coparticipación, se debería establecer por qué cuota respondía cada uno¹⁷³.

5.4.1. En este apartado se establecía además de forma muy clara que nos encontrábamos ante una acción independiente. En efecto, se impedía que el Juez de menores dictase sentencia en cuanto a la acción civil hasta que se hubiera pronunciado respecto al pleito principal mediante una sentencia definitiva u otra resolución firme, aunque por su objeto, en realidad, no lo fuese. En este sentido es importante remarcar como indicaba Vaquer Aloy que la regla 8ª del art.64 ordenaba que la sentencia que resolvía la pieza separada de responsabilidad civil debía dictarse una vez terminado mediante resolución definitiva el procedimiento penal de menores. Y que ello así, permita adivinar que el Juez de menores debía resolver la pieza de responsabilidad civil pese a que no se llegase a fallar sobre la responsabilidad criminal del menor¹⁷⁴.

Sin embargo como sostenía Moreno Verdejo, entiendo que en el caso que se siguiese la pieza de responsabilidad civil, en los supuestos de desistimiento de la incoación del expediente de reforma, sobreseimiento por conciliación o sobreseimiento provisional, el Juez de menores debía pronunciarse en la sentencia civil además, a los solos efectos prejudiciales, acerca de la existencia de la infracción criminal que sustenta la responsabilidad civil objeto de condena¹⁷⁵. Atendido que en realidad, como he indicado, y también sostenía este autor, por definición esta acción civil derivaba de la comisión de una infracción criminal. Siendo por ello palmaria la improsperabilidad de esta acción civil, cuando se negaba, con los efectos propios de un sobreseimiento libre, el hecho mismo, su carácter de infracción penal o la participación del menor. Debiéndose indicar que en tales casos, ante la declaración con efectos de cosa juzgada material de la inexistencia de infracción penal atribuible al menor, debía resultar obligada la conclusión de la pieza de responsabilidad civil¹⁷⁶.

Sostengo en términos parecidos a Moreno Verdejo y De la Rosa Cortina que si la sentencia en la pieza principal era absolutoria, no cabía condena en la pieza separada, como tampoco debería producirse en los supuestos de sobreseimiento

¹⁷³En este sentido también BARREDA HERNÁNDEZ. *E.J. MF. C.E.J.A.J.*, 2001, p.341.

¹⁷⁴VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.8.

¹⁷⁵MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.107.

¹⁷⁶MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.107. El cual añade "aunque la cuestión no sea en modo alguno pacífica: si el auto de sobreseimiento libre declarara probado que el hecho no se produjo, el cierre del proceso civil no sólo alcanza a la pieza seguida ante el Juez de menores sino también al proceso civil ordinario ante la jurisdicción civil (en este sentido, art.116 LECrim.).".

provisional o libre regulados en los arts. 641 y 637 LECr, así como tampoco en los casos de archivo por prescripción o sobreseimiento por ilocalización del investigado¹⁷⁷.

5.5. En el apartado 9 se establecían los recursos que se podían interponer contra la sentencia en la pieza de responsabilidad civil. En este caso, se debe entender que la alusión a la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia como órgano competente era, a la Sala de la Audiencia Provincial, atendida la Ley Orgánica 9/2000 de 22 de diciembre¹⁷⁸. El recurso era de apelación y se debía interponer de conformidad con lo establecido en la LECiv que era la norma por la cual se debía sustanciar. El plazo para interponerlo era de cinco días ante el Juzgado de Menores y resolvía el mismo la Sala de la Audiencia¹⁷⁹. En este mismo apartado, también se indicaba cuál era la normativa que se debía aplicar una vez la sentencia era firme y se iniciaba el trámite de la ejecución: “podrá ser ejecutada de acuerdo con las normas del Código Penal y de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil.”.

5.5.1. Uno de los grandes problemas que planteó esta normativa del procedimiento de la pieza separada de responsabilidad civil fue la discusión sobre cuál era la normativa que se debía aplicar en los casos no regulados específicamente por este art. 64, pues en función de la naturaleza civil o penal, que demos a esta pieza, la normativa supletoria que debamos aplicar será distinta, LECiv o, LECr.

Como decía Ornosá este punto era uno de los más polémicos de la de por sí controvertida pieza de la responsabilidad civil, atendido que existían dos posturas irreconciliables respecto a la naturaleza penal, civil o mixta de la pieza, lo cual traía como consecuencia lo que constituía el fondo de la cuestión y era la regulación supletoria aplicable, en todo lo no regulado en este art. 64 respecto del procedimiento, que era mucho y muy necesitada de una Ley supletoria a falta de regulación expresa. Los Fiscales de Menores reunidos en la Cumbre Nacional de Fiscales de menores celebrada en Lanzarote en octubre de 2001 sostenían la tesis

¹⁷⁷DE LA ROSA CORTINA, *C E A J, M J*, 2003, p.792. El cual sostiene que: “si la sentencia en la pieza principal es absolutoria, no cabrá condena en la pieza separada, como tampoco cabrá en los supuestos de sobreseimiento provisional o libre (art 641 y 637 LECrim), archivo por prescripción o sobreseimiento por ilocalización del imputado.”.

¹⁷⁸En este mismo sentido ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.566. La cual indica que: “En este punto debe tenerse en cuenta, una vez más, que la referencia del precepto que nos ocupa a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia debe entenderse efectuada a las Audiencias Provinciales por aplicación de la reforma operada por la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, y en concreto por lo previsto al efecto en la Disposición adicional segunda de la misma en relación con su artículo sexto que modifica el artículo 41 LORRPM en este punto.”.

¹⁷⁹ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.566.

que la legislación supletoria era la de la LECr, mientras que los Jueces de Menores reunidos en el seminario de Jueces de menores celebrado en octubre de 2002, un año después de LORPM, a instancias del Consejo General del Poder Judicial, se mostraban partidarios de que la legislación supletoria era la LECiv.

Los partidarios de la aplicación supletoria de la LECr sostenían como argumentos, que la Disposición Final Primera de la LORPM expresamente establece el carácter supletorio de la LECr y que esa Ley permitía que el procedimiento se desarrollase de forma más ágil y menos formalista; en la celebración de la vista oral, con la posibilidad de celebración de conformidades; en la interposición de recursos conforme al art. 42 LORPM; en la modificación de pretensiones, de acuerdo con el resultado de la prueba y en que puede diferirse a la ejecución de sentencia la determinación de las posibles responsabilidades civiles.

Cabe destacar que la propia Comisión mixta de seguimiento de la LORPM no se puso de acuerdo ni alcanzó un protocolo interpretativo de este punto tan conflictivo¹⁸⁰. Ya que de seguirse uno u otro criterio el procedimiento era completamente diferente, lo cual es fácil de comprender si sólo se piensa en uno de los principios del proceso civil como es la instancia de parte, frente al general del proceso penal de impulsión de oficio. Finalmente indicar también que la consulta 1/2002 resuelta por la Fiscalía General del Estado sobre la ejecución de las piezas separadas de responsabilidad civil tramitadas conforme a la Ley 5/2000 concluyó que la ejecución se regulaba de forma supletoria por las normas de la LECiv y que, en consecuencia, no se impulsaba de oficio sino que debía instarse por la parte actora, ya sea el perjudicado o el Ministerio Fiscal¹⁸¹.

Ornosa sostenía que el procedimiento diseñado para exigir la responsabilidad civil derivada de la comisión de un ilícito penal por un menor era de carácter civil e independiente del penal, a diferencia del establecido en la LECr en el cual la acción civil se acumula a la penal, salvo renuncia o reserva expresa, y se ventilan de forma conjunta en el procedimiento penal. Otra cosa era que en la regulación de la

¹⁸⁰OLOVARRIA IGLESIA, *CEAJ, M J*, 2003, pp.824 y 825. Acta de la reunión de 25 de noviembre del 2002 de la Comisión Mixta de seguimiento de la aplicación de las normas relativas a los derechos de los menores, incapacitados y sujetos a organismos tutelares, (área menores) en la que participan jueces y fiscales Se recoge lo siguiente: "Después de una amplia discusión sobre el tema, los asistentes llegan a la conclusión de que existen dos pareceres irreconciliables sobre la aplicación como supletoria de la L.E.Cr o de la L.E.Cv. Y no se pronuncian sobre este punto, aunque sí expresan su preocupación por la doble interpretación indicada, que debería ser resuelta con una modificación de la L.O."

¹⁸¹ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, pp.555 a 557. Y en términos muy parecidos OLOVARRIA IGLESIA, *CEAJ, M J*, 2003, pp.824 y 825. En cuanto a la explicación del problema.

responsabilidad civil de la LORPM existían referencias expresas o tacitas constantes al CP o incluso a la LECr, ya que no podía olvidarse que la responsabilidad civil se deriva de la comisión de un hecho delictivo, aunque, al tratarse de un procedimiento civil, también deben ser aplicadas las reglas de la LECiv e indicaba que en este punto debía tenerse en cuenta además, las nuevas normas que introducía la LECiv y los dos nuevos procesos declarativos que determinaba el art. 248 de la misma, el ordinario y el verbal, cuya regulación debía tomarse en consideración a la vista de la cuantía de la reclamación civil que se efectuaba, según excedía o no de quinientas mil pesetas, ya que, aunque el art. 64 de la LORPM no establecía con carácter general la aplicación supletoria de las reglas de la LECiv para todas las cuestiones en la que pueda existir un vacío legal, la regla 9ª de dicho precepto determinaba la aplicación supletoria de las reglas de la LECiv respecto de los trámites del recurso de apelación ante las Audiencias Provinciales contra las sentencias dictadas por los jueces de menores en esta pieza separada de responsabilidad civil, así como para la ejecución de las citadas sentencias y además a que el propio art se refiere a los trámites que “por cuantía corresponda”. Por todo ello entendía que las cuestiones que podían suscitarse en la tramitación de esta nueva pieza y que no estaban resueltas en el art. 64 LORPM requerían la constante aplicación supletoria de lo previsto en los Títulos I, II, III, y IV del Libro II de la LECiv, para el procedimiento ordinario y el verbal a cuyas recíprocas disposiciones habrá que acudir según la cuantía del asunto¹⁸².

En la actualidad, esta problemática ha variado, atendida la modificación que se realizó de la Ley en el año 2006¹⁸³.

5.6. En el apartado 10 se estableció que la resolución firme de esta pieza separada de responsabilidad civil no producía fuerza de cosa juzgada. En un primer momento se podía entender esta solución porque, como sostenía Barreda Hernández, en el Proyecto de Ley se establecía una limitación a los medios de prueba en este proceso¹⁸⁴. Pero la redacción fue modificada en el sentido antes indicado, se deben admitir todos los medios de prueba, incluidas la confesión en juicio y la testifical aunque se hubiesen ya practicado con anterioridad en el pleito de reforma. Y, al haberse modificado esta limitación, no se entiende esta solución adoptada de forma definitiva como indicaba Barreda “no tiene ninguna justificación el mantenimiento de

¹⁸²ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.555.

¹⁸³ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, p.25. “Superada esta inicial discrepancia interpretativa, el sistema de fuentes se ha visto además simplificado con la redacción dada por la LO 8/2006 de 4 de diciembre de modificación de la LORRPM al art 64.”.

¹⁸⁴BARREDA HERNÁNDEZ. *E.J. MF. C.E.J.A.J.* 2001, p.308.

tal limitación que a la postre será el aspecto más criticado”. También Moreno Verdejo se pronunció en términos semejantes¹⁸⁵.

5.6.1. Esta idea de que el proceso civil no tuviera fuerza de cosa juzgada fue muy criticada, la razón era muy sencilla: si el conocimiento de la litis era pleno, no había obstáculo para reconocer a la sentencia del Juez de menores el efecto de cosa juzgada. No obstante las críticas a este apartado alcanzaban otros aspectos:

a)-Se permitía la interposición de dos pleitos ante distintas jurisdicciones que tenían un mismo objeto. Con independencia del resultado de la pieza de responsabilidad civil que se tramitaba ante el juzgado de menores, se permitía nuevamente la interposición del mismo pleito ante la jurisdicción civil. Por tanto, Juez de Menores y Juez civil decidían sobre el mismo objeto. Como decía Ornos, esto afectaba a los principios, de concentración, economía procesal y celeridad pues en la práctica existían dos procesos civiles para determinar la responsabilidad civil, al no haberse optado por acumular la acción civil que nace del ilícito penal en el proceso principal, tal como hace LECr. Y además, esto afectaba al principio de cosa juzgada, que es la fuerza que el ordenamiento jurídico otorga a las sentencias que deciden el proceso de declaración, y que implica una vinculación jurídica que obliga a no fallar de nuevo lo ya decidido¹⁸⁶.

b)-No se llegaba a concretar el significado de la expresión “en el cual se considerarán hechos probados los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados”. En este sentido Moreno Verdejo, sostenía que el tenor literal del precepto no era claro sobre cuál era la sentencia del Juez de menores cuyos hechos probados y la participación del menor servían de base para el ulterior juicio ordinario. ¿La sentencia penal o la civil?. Para este autor, el término “hechos probados” y la “participación del menor”, propios de la sentencia penal, apuntaban a que era la sentencia del Juez de menores en el expediente de reforma el que generaba efectos prejudiciales¹⁸⁷.

De otro lado, sostenía que estos efectos prejudiciales afectaban al eventual posterior juicio ordinario que se pudiese plantear. Y se debatía a su vez si esta prejudicialidad se proyectaba también sobre el juicio civil seguido ante el Juez de menores. Asumía que no había motivo que justificase que el Juez de menores

¹⁸⁵MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.108. “No termina de entenderse lo anterior en la medida en que el juicio civil ante el Juez de menores no tiene limitados los medios de prueba de que las partes intenten valerse o los motivos de oposición.”.

¹⁸⁶ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.567. Y por ello añade: “De ahí que el Tribunal Constitucional estime que el desconocimiento en un proceso posterior de la cosa juzgada sea contrario al art 24.1CE (SSTC 159/1987, de 26 de octubre y 12/1989 de enero).”.

¹⁸⁷MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.108.

pueda apartarse en el proceso civil de lo resuelto en su sentencia penal y que el Juez de primera instancia no pueda hacerlo. Indicaba que ambos estaban igualmente condicionados por lo resuelto en la sentencia penal si esta era condenatoria. Y, si era absolutoria sólo estaba condicionado el Juez de menores que no podía condenar civilmente, pues el de primera instancia puede conocer de la responsabilidad civil aquiliana derivada del hecho que se reputó no constitutivo de infracción penal¹⁸⁸.

Como se ha podido observar, esta expresión podía alcanzar a los hechos declarados probados del pleito principal de reforma, o sólo a los hechos declarados probados en la pieza separada de responsabilidad civil. E incluso se podía plantear si el hecho declarado probado en el pleito civil ante el juzgado de menores afectaba al pleito civil posterior. Por todo ello y como decía Vaquer Aloy, este precepto planteaba numerosos interrogantes, además de encajar mal con el reforzamiento de la responsabilidad civil de padres, tutores, acogedores y guardadores sobre la base de la objetividad y la solidaridad¹⁸⁹.

5.7. En el apartado 11 se indicaba que no era necesario ni abogado ni procurador para el ejercicio de esta acción civil, aunque al presunto responsable, si lo solicitaba, se le nombraría de oficio abogado e inclusive se indicaba que ese mismo abogado podría defender a los representantes legales del menor.

5.7.1. Por ello se decía, que como consecuencia de este apartado se establecía un grave desequilibrio entre las partes¹⁹⁰. Por un lado, se indicaba que no era necesario ningún técnico para plantear la cuestión civil por parte del perjudicado; pero, sin embargo, si el autor del hecho lo solicitaba, se le nombraba un letrado de oficio y el mismo además inclusive podía asumir la defensa del tercero solidario responsable.

¹⁸⁸MORENO VERDEJO, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.108.

¹⁸⁹VAQUER ALOY, *Diario. La Ley*, 2001, p.9. Este autor añade dos interrogantes más no planteados: “En primer lugar, el declarativo posterior tanto puede plantearse en caso de sentencia condenatoria como absolutoria, pues la LORPM no establece restricción alguna. (...) “En segundo lugar, no hace mención a ningún plazo de prescripción.”.

¹⁹⁰En este sentido ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 3ª edición*, p.568. Y BARREDA HERNÁNDEZ, *Diario. La Ley*, 2002, p.11. Critica esta situación al referir la responsabilidad civil regulada en esta Ley tanto en sus aspectos procesales como sustantivos e indica que: “Las distintas y variadas vicisitudes generables en la tramitación de esta pieza generan una evidente incertidumbre que harán que se frustren las legítimas expectativas del actor. La dificultad es añadida cuando en un desmedido afán de simplificar, agilizar y abaratar este proceso, donde desde la simple lectura de su articulado (Exposición de Motivos -apartado octavo- y el art. 61.3) se infiere, entre otras ideas, una contradictoria responsabilidad solidaria de padres o guardadores (no equivalente a objetiva) y una incompleta y complicada tramitación (agravada, además, por la no preceptiva asistencia técnica de abogado ni procurador del perjudicado).”.

Por lo tanto, se podía llegar a producir la paradójica situación que en esta pieza el perjudicado apareciese sólo en el pleito civil sin abogado y procurador y, en cambio, la parte demandada estuviese representada por letrado.

5.8. En resumen podríamos decir que nos encontrábamos ante un proceso civil incidental, inserto con cierta autonomía en el proceso principal de menores; que tenía un carácter declarativo especial plenario sin prueba tasada. Desde luego era especial, pues aunque gozaba de todos los principios informadores del derecho procesal civil tenía efectos limitados en la medida que no tenía valor de cosa juzgada material la resolución recaída¹⁹¹.

6. Toda esta regulación en el ámbito de la responsabilidad civil fue muy criticada tanto en el aspecto sustantivo como en el aspecto procesal¹⁹². En este sentido, por su carácter especialmente crítico es importante remarcar el acuerdo adoptado por unanimidad en el Curso de formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial, en él, se solicitaba la supresión de la regulación de la pieza de responsabilidad civil en los términos en que aparecía en los arts. 61 a 64 de la LORPM, ya que se entendía que eran “un completo disparate procesal” y en su lugar se proponía como alternativa una regulación similar a la establecida en la LECr¹⁹³. E igualmente, siguiendo la misma senda el Defensor del pueblo elaboró un informe en

¹⁹¹En idénticos términos BARREDA HERNÁNDEZ. *E.J. MF. C.E.J.A.J.*, 2001, p.327. El cual añadía “Se ve afectada su acción por todos los principios informadores de derecho procesal civil: los de rogación, intermediación, concentración, oralidad, publicidad, preclusión de sus plazos”. Y, en términos muy parecidos Moreno Verdejo, *B.I.C.A.M.*, 2001, pp.94 y 95. El cual remarcaba el carácter autónomo indicando que: “las partes no son necesariamente las mismas que las del expediente de reforma principal.”.

¹⁹²En términos muy duros, OLOVARRIA IGLESIA, *CEAJ, M J*, 2003, p.821. “afirmo que la tramitación de la pieza separada de responsabilidad civil, regulada en los arts. 61 a 64 del Título VIII de L.O.R.P.M. 5/2000, tras dos años de aplicación, es el caballo de batalla diario al que nos enfrentamos todos los implicados en la jurisdicción de menores: menor, padres o responsables, perjudicados o víctimas, letrados, secretarios judiciales, jueces y fiscales.

Tampoco creo equivocarme demasiado, si afirmo que la regulación legal de dicha pieza, y en consecuencia su tramitación ha resultado un fracaso”. También tajante, Moreno Verdejo, *B.I.C.A.M.*, 2001, p.94. Indicaba: “Estoy absolutamente de acuerdo con la necesidad de una reforma legislativa que ponga fin al complejo y extravagante sistema de exigencia de responsabilidad civil en la LORPM, generador, en su actual regulación, de numerosos problemas prácticos.”.

¹⁹³BARREDA HERNÁNDEZ, *Diario. La Ley*, 2002, p.12. N. del A. nº 6. Conclusión trigésima tercera de las: “Conclusiones elaboradas por los participantes en el curso 0113 de formación continua del Consejo General del Poder Judicial, relativo al estudio de la responsabilidad penal de los menores. Aspectos sustantivos y procesales, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de abril de 2001, justamente, en lo referente a la pieza separada de responsabilidad civil.”.

el año dos mil dos, en el cual, indicaba también, que era deseable suprimir tal regulación, para adaptar la misma al sistema previsto en la LECr, de tal forma que el perjudicado pudiese ejercer la acción civil dentro del proceso penal que se instruye al menor. Indicando además que debía equipararse la situación jurídica del perjudicado en el proceso de menores, a la que señala el art. 110 de la LECr, para el proceso respecto de los adultos¹⁹⁴.

Una buena síntesis de todas estas críticas son las palabras de De la Rosa Cortina:

“la aplicación de la pieza en estos más de dos años de experiencia no ha hecho sino confirmar los peores temores (insuficiencia de la regulación, lagunas difícilmente integrables, antinomias, sistema de fuentes carente de lógica e incoherencia procesal que hacen de la pieza un territorio procesal inhóspito, originando problemas de difícil solución al práctico del Derecho que cruza sus intrincadas sendas)”¹⁹⁵.

1.1.4. *Las reformas de la Ley de responsabilidad penal del menor.*

1. El 25 de noviembre del año 2003 mediante la Ley Orgánica 15/2003 que modificaba el CP de 1995 el legislador introdujo una modificación en la LORPM de gran calado: permitió la personación del perjudicado como acusación particular en el proceso penal especial de menores, aunque esto no afectó al trámite procesal sobre cómo debía exigirse la responsabilidad civil en el proceso penal especial de menores¹⁹⁶.

Esta modificación surgió como respuesta a una serie de delitos graves de gran trascendencia mediática, en los cuales los protagonistas habían sido menores de edad. Los familiares de esas víctimas, no podían personarse como acusación particular en estos procesos penales especiales de menores, por expresa regulación

¹⁹⁴OLOVARRIA IGLESIA, *CEAJ, M J*, 2003, p.823. Informe del Defensor del Pueblo del año 2002 sobre “el primer año de vigencia de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. Conclusiones dentro del apartado 1º relativo a las conclusiones jurídicas. punto c) en materia de protección de derechos de las víctimas.

¹⁹⁵DE LA ROSA CORTINA, *CEAJ, M J*, 2003, pp.759 y 760.

¹⁹⁶De igual parecer, José Luis GONZÁLEZ MONTES, “Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal de menores. Especial referencia a los actos de violencia escolar.”, en LORENZO MORILLAS CUEVA Director, José María SUÁREZ LÓPEZ Coordinador, *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio Jurídico)*, Madrid, 2010, pp.547 y ss., p.552. El cual indica que: “Esta situación no cambia en la reforma operada por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, de modificación del Cp. que da una nueva redacción al artículo 25 de la LORPM, a pesar de las críticas recibidas sobre el sistema original de regulación de la tramitación procesal de la responsabilidad civil.”.

del art. 25 de la LORPM, y ello provocaba una cierta frustración¹⁹⁷. Además, la alarma social, creada por esos hechos protagonizados por menores y aquel sentimiento de desprotección que tenían las víctimas querían explicar el giro copernicano en relación con la inicial regulación del art. 25 de la LORPM y en contra de lo indicado en la Exposición de Motivos de la LORPM del año 2000¹⁹⁸.

Mediante esta Ley Orgánica se modificaron los arts. 25 y 8 de la LORPM y, con ello, se permitió que existiera sin ninguna traba la figura de la acusación particular en el proceso penal especial de menores; pero la existencia de esta figura dentro del proceso penal especial de menores no conllevó ninguna modificación en cuanto a cómo se debía exigir la responsabilidad civil ante el Juez de menores¹⁹⁹.

2. En fecha cuatro de diciembre del 2006 mediante Ley Orgánica nº 8/2006 se modificó la LORPM, y aunque la reforma era amplia, atendido que el objeto del estudio es la responsabilidad civil en el proceso penal especial de menores sólo analizaremos esos aspectos de la reforma.

Como decía la propia Exposición los Motivos de esta Ley Orgánica 8/2006, la modificación de la LORPM obedecía a varios criterios: en primer término, al análisis y evaluación que realizó las Cortes al estudio realizado por el Gobierno, por la aplicación durante cinco años de la Disposición Adicional Cuarta, de conformidad con lo indicado por la Disposición Adicional Quinta²⁰⁰. La Disposición Adicional Cuarta y la Quinta de la LORPM fueron introducidas por la Ley Orgánica 7/2000 que modificó el CP y la propia LORPM. El art. 2.4 de la mencionada Ley Orgánica introdujo estas dos disposiciones. La Disposición adicional cuarta regulaba qué órgano era el encargado de juzgar la responsabilidad penal en que incurrían estos menores cuando cometían actos de terrorismo así como sus penas y, la Disposición Adicional Quinta imponía al Gobierno la obligación de un estudio de los efectos y

¹⁹⁷De igual parecer José Alberto REVILLA GONZÁLEZ, "La víctima y el menor infractor", Esther GONZÁLEZ PILLADO Coordinadora, *Proceso penal de menores*, pp.75 y ss., p.81. Y, Guzmán Fluja, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.286.

¹⁹⁸La Exposición de Motivos de la LORPM del año 2000 indicaba en este sentido: "No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor."

¹⁹⁹REVILLA GONZÁLEZ, "La víctima y el menor infractor", p.82.

²⁰⁰Esta disposición fue introducida por el art. 2.4 de la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre e indicaba que: "El Gobierno dentro del plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica remitirá al Congreso de los Diputados un informe, en el que se analizaran y evaluaran los efectos y las consecuencias de la aplicación de la disposición adicional cuarta.". LAURA POZUELO PÉREZ, "Disposiciones Adicionales", en Director JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Pamplona, 2008, pp.565 y ss., p.569.

consecuencias de la aplicación de esta normativa al cabo de cinco años. Y en segundo lugar, para intentar satisfacer de una forma más eficaz al dañado perjudicado como consecuencia de un ilícito penal cometido por un menor. Atendido el fracaso que había sufrido el proceso instaurado por la LORPM del año 2000. Se quería reforzar la posición de la víctima²⁰¹.

Se aumentó por ello la duración de las sanciones que se les podía imponer a los menores, así como el tiempo que podían perdurar las medidas cautelares que se acordaban respecto de ellos. Se intentaba encontrar un equilibrio entre el hecho realizado por el menor y la sanción o medida que se le imponía a ese menor. Y, de otra parte, se modificó el proceso por el cual se reclamaba la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor sometido a la jurisdicción penal especial de menores²⁰². Esta última modificación, en el ámbito de la responsabilidad civil en el proceso penal especial de menores, es el objeto de estudio, aunque sólo se modificó el proceso, y permaneció de forma idéntica la regulación sustantiva en cuanto la responsabilidad civil²⁰³.

La modificación sustancial en el proceso implicaba el cambio de tener una acción civil autónoma e independiente al proceso penal especial de menores, con todos los inconvenientes antes explicados, a la posibilidad de discutir dentro del mismo proceso penal especial de menores la responsabilidad civil²⁰⁴. Es decir, el legislador ha optado en favor de que el perjudicado pueda ejercitar la acción penal y la acción civil en el mismo proceso de forma conjunta²⁰⁵, en términos parecidos a lo que

²⁰¹GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.286: "la idea de reforzar la posición de la víctima del hecho delictivo cometido por el menor, reforzamiento que se culmina con este nuevo sistema de exigencia de responsabilidad civil alumbrado en la reforma de 2006, al que puede no ser ajeno, por otro lado, el fracaso de la regulación anterior."

²⁰²GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.283. "La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, ha supuesto una importante modificación en el régimen procesal de exigencia de responsabilidad civil surgida como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo por un menor de edad. Y digo régimen procesal porque en lo que se refiere a los aspectos sustantivos de dicha responsabilidad civil no se ha operado ningún cambio..."

²⁰³GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.284. "... la Ley Orgánica 8/2006 lo que ha hecho ha sido modificar el artículo 64, dándole una nueva redacción, pero mantiene intactos los artículos 61 a 63 tal y como fueron concebidos originariamente."

²⁰⁴GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", pp.318 y 319 "... la Ley Orgánica 8/2006 ha introducido un radical cambio en el procedimiento de exigencia de responsabilidad civil en el proceso penal de menores, acogiendo un sistema de ejercicio acumulado de la pretensión penal y de la pretensión civil, que se tramitan de forma simultánea y conjunta y que se deciden en una misma sentencia."

²⁰⁵GONZÁLEZ MONTES, "Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal", p.553. "...se altera el sistema procesal de la responsabilidad civil en el proceso de menores. Dicha reforma consiste en

sucede en el proceso penal de adultos, pero con algunos aspectos específicos²⁰⁶. Estas especificaciones propias, vienen determinadas por la propia normativa especial sustantiva de la responsabilidad civil regulada en la LORPM, y de esta última modificación procesal, es decir, del ejercicio conjunto y simultáneo de la acción civil y penal en un único proceso y, han dado lugar, a que en función de donde se plantea la reclamación, jurisdicción civil ordinaria o jurisdicción penal especial del menor, la normativa que se aplique para resolver la cuestión será distinta, a pesar que de que estemos ante un mismo hecho. En este sentido deberían distinguirse dos cuestiones:

a)-Cómo es el proceso para reclamar esta responsabilidad civil como consecuencia de esta modificación procesal en el proceso penal especial de menores.

b)-Dónde indica el legislador que se debe ejercitar esta acción civil para resolver la responsabilidad civil en el caso que el proceso penal especial de menores finalice sin sentencia condenatoria respecto al menor o cuando finalice de forma anticipada el proceso; es decir, sin sentencia²⁰⁷.

a) El proceso en la reclamación de la responsabilidad civil.

la modificación del artículo 64 de la LORPM que se refiere a las normas de procedimiento para exigir responsabilidad civil, lo que supone introducir realmente el ejercicio conjunto de la acción penal y de la acción civil al estilo de cómo se configura en proceso penal ordinario.”. Y en términos muy parecidos GUZMÁN FLUJA, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores”, p.284. “Lo realmente trascendente es que se instaura en el proceso penal de menores un sistema casi igual al que hay en el proceso penal “de mayores”: el ejercicio acumulado en el proceso penal de la pretensión penal y de la pretensión civil que surgen como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo.”.

²⁰⁶GUZMÁN FLUJA, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores”, p.286. “... , aunque básicamente se ha traído al proceso penal de menores la acumulación de la pretensión penal y civil al mismo que sucede en el proceso penal, la regulación de esa acumulación tiene algunas reglas específicas y propias en la ley de responsabilidad penal del menor que no se dan en la LECrim.”. Del mismo parecer GONZÁLEZ MONTES, “Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal”, p.551. El cual también sostiene que: “Este sistema de ejercicio conjunto de la acción penal y del civil y la regulación de la responsabilidad civil ex delicto en el Cp que impera en el proceso penal de adultos, es el que rige, con algunas peculiaridades importantes, en la Ley de responsabilidad penal del menor (LORRPM) después de la última reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre.”.

²⁰⁷POZUELO PÉREZ “Título VIII de la responsabilidad civil”, p.561. En este sentido la misma indica que: “Los cambios introducidos por la LO 8/2006 afectan también a los supuestos de archivo, desistimiento o sobreseimiento del expediente penal, en los que también se han introducido modificaciones relativas a la responsabilidad civil.”.

Como se ha indicado sólo se modificó el art. 64 que era el que hablaba del proceso especial a seguir para ejercitar la acción civil ante un Juez de menores.

En la actualidad el art. 64 sólo tiene cinco apartados pues ha desaparecido el proceso especial autónomo e independiente para exigir esta responsabilidad civil, es decir, han sido derogados los apartados cinco al once anteriormente explicados²⁰⁸. Y se han modificado los apartados 1º al 4º de la siguiente forma:

a) En el apartado primero, de forma expresa se indica que la acción civil se ejercerá de forma simultánea a la acción penal²⁰⁹. Ahora con la reforma, en vez del Juez, será el Letrado de la Administración de Justicia el que notificará a quién aparezca como perjudicado su derecho a ser parte, debiéndosele indicar de forma expresa el plazo límite que tiene para el ejercicio de esa acción²¹⁰.

Es importante remarcar que, a pesar que la acción civil es simultánea a la acción penal, el legislador continúa indicando que se abrirá pieza separada de responsabilidad civil. Esto es subrayado por la doctrina al comentar los apartados 1º y 2º del art. 64 sosteniendo, que ahora la función de esta pieza separada es determinar quiénes son las partes en esta²¹¹. Pues el nuevo sistema se caracteriza por la exigencia de la tramitación conjunta de la pieza de responsabilidad civil y el Expediente de reforma y como consecuencia del ejercicio conjunto de estas dos acciones se resuelven ambas en una única sentencia²¹².

²⁰⁸GONZÁLEZ MONTES, "Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal", p.553. "...la reforma operada viene a suprimir algunas de las reglas de ese precepto que fueron más criticadas (5ª a 11ª)...".

²⁰⁹POZUELO PÉREZ, "Título VIII de la responsabilidad civil", p.560. "Conforme a la actual regulación, esa pieza separada se abrirá de forma simultánea al procedimiento penal, en vez de hacerlo de forma paralela y autónoma. Con esto se asimila el procedimiento penal de menores, en lo que afecta a la responsabilidad civil, al modelo previsto para los mayores de edad.". GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.321. "Conforme al artículo 64.1 el Juez de Menores ordenará abrir la pieza separada de responsabilidad civil de forma simultánea con el proceso principal."

²¹⁰GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.323. "..., la notificación del Secretario Judicial prevista en el artículo 64.1 servirá siempre como puesta en conocimiento de la víctima o perjudicado de la apertura de la pieza de responsabilidad civil. El ofrecimiento de acciones que debe ir en dicha notificación a veces será el primero, otras será redundante...".

²¹¹GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.319. "..., la pieza separada de responsabilidad civil aludida en diversos lugares de la ley aun después de la reforma mantenida en el importante artículo 64 ha quedado ceñida a servir para dilucidar lo referido al ejercicio de la pretensión civil y a la determinación de las partes en dicha pieza, es decir, a determinar quiénes son los actores civiles y quiénes son los responsables civiles."

²¹²GONZÁLEZ MONTES, "Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal", p.566.

b) En el apartado segundo, el legislador continúa insistiendo que estamos ante una acción que se ejercita de forma simultánea a la acción penal y que en esta pieza separada de responsabilidad civil podrán personarse los perjudicados. Hayan sido estos notificados de sus derechos por el Letrado de la Administración de Justicia o por el Ministerio Fiscal e inclusive, también de forma espontánea, aquel que se haya sentido perjudicado por la acción del menor, así como, las compañías de seguros que se consideren partes interesadas²¹³. El modo y la forma de cómo deben personarse es idéntico al regulado en el art. 64.2 anterior a la reforma aunque ahora, se les exige a estos, la representación técnica de un letrado²¹⁴. A pesar de ello, en este escrito de personación no se deduce ninguna pretensión civil, de ahí que no haya relación de hechos ni fundamentos de derecho y por ello ninguna petición²¹⁵. Sólo se debe indicar de forma genérica las personas que se consideran responsables cuando la personación es realizada por un perjudicado²¹⁶.

c) El apartado tercero, se modificó pero sólo en el sentido que en vez de ser el Juez el que notificará en su caso, al menor y a su representante legal la posibilidad de ser responsables civiles lo deberá hacer el Letrado de la Administración de Justicia. El fundamento de este párrafo es idéntico al explicado anteriormente al comentar el art. 64.3 de la LORPM, garantizar la tutela judicial efectiva de los posibles responsables civiles “ex lege” art. 61.3 de la LORPM²¹⁷.

²¹³GUZMÁN FLUJA, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores”, p.323. “..., las personas así notificadas e informadas de sus derechos pueden personarse como parte en la pieza separada de responsabilidad civil, artículo 64.2 incluidas las compañías de seguro.”. Y en términos muy parecidos GONZÁLEZ MONTES, “Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal”, p. 567. El cual indica que: “De ahí que en la regla 2ª del artículo 64 de la LORPM se haga referencia a que en dicha pieza podrán personarse los perjudicados que hayan sido notificados por el Juez de Menores o por el Ministerio Fiscal. Dicha norma permite además que puedan personarse “espontáneamente” quienes se consideren perjudicados y las compañías aseguradoras.”.

²¹⁴Art. 64.2 LORPM del año 2000. Ver apartado 1.1.3 del texto.

²¹⁵GUZMÁN FLUJA, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores”, p.328. Indicando también que “en el escrito de personación no se deduce ninguna pretensión civil, por lo tanto no hay relación de hechos, no hay fundamento de derecho, no hay petición concreta sobre el alcance de la reparación, restitución o indemnización.”.

²¹⁶GONZÁLEZ MONTES, “Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal”, p.567. El cual sostiene que: “La personación ha de realizarse por escrito en el plazo establecido y, en el caso de los perjudicados, deberán indicar las personas que consideren responsables, aunque sea con una indicación genérica sobre su identidad.”.

²¹⁷Art. 64.3 LORPM del año 2000. Ver apartado 1.1.3 del texto. Y en términos muy parecidos GUZMÁN FLUJA, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores”, p.328. El cual sostiene que: “es una notificación efectuada de oficio (no limitada, por tanto, ni vinculada, a la relación de responsables civiles efectuada en la personación por el perjudicado) (...) son potenciales

d) En el apartado cuarto del art. 64 se establece que el Juez mediante resolución determinará quién puede ser considerado como parte civil entre los distintos personados en esta pieza separada ya sea como responsables civiles o como perjudicados, estableciéndose de forma expresa que continuará el procedimiento por las normas generales, es decir, a las “reglas generales” que atañen y regulan el expediente de reforma en la LORPM²¹⁸.

Este apartado no guarda relación con su precedente. Ahora se prevé un ejercicio conjunto de la acción civil y la acción penal, en el mismo proceso, -el proceso penal de menores- y ambas cuestiones se van a resolver en una sola sentencia. Por ello, ahora se deben distinguir dos momentos distintos en esta pieza separada de responsabilidad civil.

Un primer momento donde esta resolución lo único que permite es que se actúe en calidad de parte civil en el proceso penal especial de menores, desde el momento en que se acuerda, pero no determina que contra ellos se deba ejercitar la acción pues en realidad, el momento para determinar contra quién se dirige la acción civil es posterior²¹⁹. Se acuerda una vez el Ministerio Fiscal da por concluida la instrucción y ha solicitado la apertura de audiencia junto con la acusación particular si la hubiere. Por ello, esta resolución ahora, no podrá delimitar contra quién debe dirigirse la acción civil ni será preclusiva²²⁰. Este último apartado, es decir, el Auto o la

responsables “ex lege” por lo que, en garantía de su derecho de defensa, se les notifica directamente por el Juzgado esa circunstancia.”.

²¹⁸GONZÁLEZ MONTES, “Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal”, p.566. “Dicha pieza separada se abrirá en el momento en que el Juez de Menores reciba el parte de incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, discurriendo dicha pieza simultáneamente con el expediente principal hasta que el Juez decida sobre la condición de partes de los personados como perjudicados y como responsables civiles (art. 64,1ª y 4ª), y a partir de ese momento se continuará el procedimiento por las reglas generales atañentes al expediente penal.”.

²¹⁹GONZÁLEZ MONTES, “Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal”, p.570. “Una vez resuelto el trámite relativo a la determinación de las partes civiles, el artículo 64.4ª establece que el procedimiento continuará por las reglas generales, es decir, que en el expediente de reforma se sustanciarán ambas acciones, la penal y la civil reparatoria.”.

²²⁰GONZÁLEZ MONTES, “Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal”, p.568. “..., entendemos que no es el momento procesal oportuno para resolver la legitimación activa o pasiva de las partes desde una perspectiva procesal civil.”. Y de igual parecer GUZMÁN FLUJA, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores”, p.321. “..., dado que ahora su sentido queda ceñido a la personación y determinación de las partes civiles debe inferirse que esa rapidez debería traducirse en posibilitar la más rápida decisión sobre esos extremos, porque ahora las partes civiles deben intervenir a lo largo del expediente (fase de instrucción) solicitando la realización de las diligencias y actos que su derecho convengan en relación con la pretensión civil ejercitada.”.

resolución que determina las partes civiles, en realidad, cierra la pieza separada de responsabilidad civil²²¹.

Una cuestión no irrelevante es la forma que deben adoptar las resoluciones que acuerda el Juez de menores en esta pieza separada de responsabilidad civil. El legislador no lo indica. Pero dichas resoluciones no son de mero trámite atendido que determinan la capacidad de poder intervenir en el expediente desde el momento que se adoptan; aunque no se determine en ese instante quiénes son las partes pasivas del proceso civil y por lo tanto se acuerde esto en un momento posterior. Por ello soy de la opinión que dichas resoluciones siempre deben adoptar la forma de Auto, pues las mismas pueden determinar que no se permita actuar a alguien en el proceso. Por ese motivo considero que aunque en el art. 64 de la LORPM no se indique, estas resoluciones deben adoptar dicha forma²²².

e) En el apartado quinto, que es de nueva creación, se determina que el Juez de menores en el caso que se exija sólo la responsabilidad civil, podrá acordar lo que considere oportuno a los efectos de salvaguardar la intimidad del menor. Esto permite acordar, que sólo se tenga acceso a aquellos documentos que guarden relación directa con la acción de responsabilidad civil que se está ejercitando.

Esta reforma procesal, es decir, el ejercicio de la acción civil y penal de forma conjunta en el proceso penal especial de menores, permite que, desde el momento que se es parte, se puedan solicitar diligencias de investigación en cuanto a la responsabilidad civil y si se considera necesario, que se puedan también solicitar medidas cautelares de carácter patrimonial contra los presuntos responsables civiles. En este último caso, el de solicitud de medidas cautelares de carácter patrimonial, el legislador indica que se abrirán piezas separadas de responsabilidad civil por cada uno de los sujetos contra los que se adopte la medida cautelar, pero esta no guarda relación con la pieza separada comentada en el art. 64 de la LORPM

²²¹GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.329. "Con la adquisición de la condición de parte civil, debe entenderse que queda cerrada la pieza separada y, habrá que estar a lo que ahora se dispone a lo largo de la Ley Orgánica 5/2000, que deben ser las "normas generales" a las que alude el artículo 64.4 "in fine". Y de similar parecer González Montes, "Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal", p.568. El cual indica que: "..., la LORPM (art. 64.4^a) establece un peculiar trámite en el que el Juez de menores debe resolver sobre la condición de partes de los comparecidos, resolución que cierra la pieza autónoma de responsabilidad civil, puesto que a partir de ese momento el procedimiento se seguirá por las reglas generales, es decir, por las que regulan el expediente penal."

²²²GONZÁLEZ MONTES, "Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal", p.569. "..., entendemos que la resolución, y por aplicación supletoria de la LEcrim (art. 141), ha de revestir la forma de auto puesto que afecta a puntos esenciales de los actores civiles."

sino que es la pieza separada de responsabilidad civil regulada en los arts. 590 y 785.8 letra b, de la LECr²²³.

Por lo tanto, actualmente, desde el momento que se es parte, y si se ejercita de forma conjunta la acción civil y la penal, es posible, en fase de instrucción, realizar todos los actos tendentes para determinar la restitución del objeto y la reparación e indemnización del daño sufrido, de conformidad con lo establecido en el art. 4 apartado 4, de la LORPM. Esta previsión es análoga a la regulada en los arts. 320 y 776.3 de la LECr los cuales serían de aplicación supletoria. Y de ahí que se indique que se podrá de conformidad con lo establecido en la LECr arts. 589 a 614 y 764 solicitar medidas cautelares también²²⁴.

Con toda esta última modificación procesal, salvo en los casos de absolución o de no apertura de audiencia por finalización anticipada del proceso penal de menores, el legislador quiere que siempre que se ejercite esta acción civil de forma conjunta con la penal, se resuelva por el Juez penal de menores dentro del proceso penal especial. Por ello, en los arts. 32 y 36 de la LORPM se indica que una vez abierto el acto de la audiencia si las partes hubieran llegado a un acuerdo en cuanto a la responsabilidad penal pero no, en cuanto a la civil, la fase de audiencia continuará pero sólo para resolver esta última cuestión²²⁵. Siendo todo ello acorde con ejercitar la acción civil y penal de forma conjunta.

En cuanto a cómo se debe postular la acción civil, en el art. 64 no se menciona, pero el legislador de forma expresa indica en el reformado art. 4 de la LORPM que debe ser mediante letrado²²⁶. Se puede afirmar que no se menciona la figura Procurador de los Tribunales, en toda la LORPM y por ello sostener que en estos

²²³GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.331.

²²⁴GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", pp.330 a 332. En términos similares.

²²⁵Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "De la fase de Audiencia", Director Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO en, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Pamplona, 2008, pp.353 y ss., p.360. "En los casos que no existiese conformidad sobre la responsabilidad civil, tanto por parte del menor y su letrado como de las personas contra quienes se dirija la acción civil, tras la reforma operada por la LO 8/2006, deberá celebrarse la audiencia y practicarse la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella, aunque solamente circunscrita a esta cuestión."

²²⁶GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.327. "La personación en la pieza de responsabilidad civil, artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, debe hacerse por medio de letrado, (...). Esta exigencia es introducida por la reforma de 2006, pues antes la regla 11ª, ya derogada, del artículo 64 establecía la innecesariedad de postulación técnica."

procesos, ni para el ejercicio de la acción penal ni para para ejercitar la acción civil son necesarios.

b) Responsabilidad civil sin sentencia.

La cuestión es donde indica el legislador que se debe ejercitar esta acción civil para resolver la responsabilidad civil en el caso que el proceso penal especial de menores finalice sin sentencia condenatoria respecto al menor o cuando finalice de forma anticipada el proceso penal, es decir, sin sentencia²²⁷.

Fijémonos que el legislador, con la Ley Orgánica nº 8/2006, modificó también el proceso para exigir esta responsabilidad civil en los casos específicos en los cuales la LORPM finalizaba el proceso penal especial de menores de forma anticipada. Es decir, aquellos casos especiales en los cuales la Fiscalía tiene la facultad de poder desistir: desistimiento por no incoación del expediente, desistimiento por haber mediado o reparado el menor o desistimiento a solicitud del Equipo Técnico. Estos casos eran y son los regulados en los arts. 18, 19 y 27 de la LORPM²²⁸. Ahora se indica de forma expresa en art. 4 LORPM que, en los casos de los arts. 18, 19 y 27.4, el perjudicado en su caso podrá ejercitar o instar la acción civil ante la jurisdicción civil²²⁹.

Sin embargo, con la Ley Orgánica 8/2006 el legislador no modificó el art. 16 de la LORPM que regulaba, y regula ahora también, aquellos casos en los cuales el Ministerio Fiscal puede acordar no incoar el expediente cuando los hechos denunciados no revisten caracteres de delito o el autor no es conocido.

²²⁷POZUELO PÉREZ, "Título VIII de la responsabilidad civil", p.561. "Los cambios introducidos por la LO 8/2006 afectan también a los supuestos de archivo, desistimiento o sobreseimiento del expediente penal, en los que también se han introducido modificaciones relativas a la responsabilidad civil."

²²⁸POZUELO PÉREZ, "Título VIII de la responsabilidad civil", p.561. "Los cambios introducidos por la LO 8/2006 afectan también a los supuestos de archivo, desistimiento o sobreseimiento del expediente penal, en los que también se han introducido modificaciones relativas a la responsabilidad civil."

²²⁹LAURA POZUELO PÉREZ, "artículo 4", Director JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO en, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Pamplona, 2008, pp.73 y ss., p.80. "en los supuestos en los que el procedimiento penal no llegue a su fin porque el Ministerio Fiscal desista de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar, o lo archive por haberse producido una conciliación entre el autor y la víctima o una reparación del daño, esta circunstancia deberá ser puesta de inmediato en conocimiento de la víctima o perjudicado, informándoles de su derecho a ejercitar las acciones correspondientes ante la jurisdicción civil."

En este caso parece lógico que la propia resolución impide el ejercicio de la acción civil en el proceso penal de menores pues éste último, el penal de menores, no se inicia. El último párrafo del apartado segundo del art. 16 sólo refiere que se deberá comunicar al denunciante perjudicado la no incoación de dicho expediente de reforma. El legislador no indica que se informe o notifique al perjudicado la posibilidad que tiene si así fuera el caso de instar la acción civil ante la jurisdicción civil.

Es cierto que, no es un caso de los regulados en el art. 4 apartado quinto de la LORPM, es decir de desistimiento, pero no hay motivos para no informar, de igual forma que en los arts. 18, 19 y 27.4 de la LORPM.

Por ello opino que al denunciante en estos casos, se le debe indicar, además de que se ha archivado o que no se ha incoado el expediente penal frente al menor, que tiene la posibilidad de ejercitar la acción civil ante la jurisdicción civil si estuviere interesado en ello y así se lo permitiere la ley²³⁰.

En el art. 18 el legislador permitía y permite al Ministerio Fiscal en unas circunstancias especiales desistir de incoar el expediente penal, es decir, el dejar de ejercitar la acción penal contra el menor. Estas circunstancias especiales son: que el hecho realizado por el menor sea de los considerados delitos leves o menos graves y que no se hayan realizado con violencia o intimidación sobre las personas. Estamos ante un caso específico del llamado principio de oportunidad. Se desiste de iniciar el procedimiento porque el menor ha sido corregido en el ámbito educativo o en el ámbito familiar y, además, ha sido su primer hecho de tal naturaleza²³¹.

En este caso, ahora, por expresa imposición del art. 4 apartado quinto de la LORPM, se le debe de comunicar al perjudicado, que tiene derecho a ejercitar la acción civil ante la jurisdicción civil si así se lo permitiera la ley. Pues el hecho existe, el daño se puede haber producido y el sujeto está determinado. El legislador ha optado de forma expresa por esta fórmula, para solucionar la posible acción civil que

²³⁰En idéntico sentido GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.315. El cual sostiene que: "..., de manera que al no abrirse proceso penal no puede haber exigencia en él de la responsabilidad civil. Dicha responsabilidad civil se deberá exigir en la vía civil, para lo cual el fiscal deberá poner especial diligencia en notificar la resolución de inadmisión a quien aparezca como denunciante, artículo 16.2, a fin de posibilitar que pueda, si así lo entiende oportuno, ejercitar esas acciones ante el orden jurisdiccional civil.". Y, N. del A. nº 53, en la misma p.315.

²³¹En idéntico sentido GONZÁLEZ MONTES, "Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal", p.576. Y, GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.315. El cual sostiene "..., el Fiscal puede decidir "desistir" de la incoación del expediente en determinados casos en los que, siendo los hechos presumiblemente o indiciariamente constitutivos de infracción penal, son delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas."

podiera sostener el perjudicado por estos hechos, que evidentemente implica acudir a la jurisdicción civil para plantear la acción.

Por otra parte, el art. 19 permite, igual que antes de la reforma, que el Ministerio Fiscal desista de continuar con el expediente de reforma iniciado contra el menor en unas circunstancias especiales: que el hecho realizado por el menor no sea grave, que no se haya realizado con violencia o intimidación grave sobre las personas y que el menor se haya conciliado con la víctima o haya reparado el daño. Aquí el expediente penal sí que se ha iniciado pero el legislador entiende que en estos casos se puede sobreseer. El Fiscal, para ello, debe valorar la gravedad del hecho y las circunstancias del mismo; es decir, la falta de violencia y las circunstancias personales del menor. Y, en todo caso, al menor se le exige siempre cualquiera de estos dos actos: que haya existido un acto de conciliación entre el menor y el perjudicado o que se haya realizado por parte del menor la reparación de daño, “sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.”. En este caso se debe remarcar que, tanto en el caso conciliación como en el de la reparación, el menor asume siempre que es el autor del hecho y que, independiente de si se ha satisfecho o no la responsabilidad civil, el Ministerio Fiscal puede desistir de ejercitar la acción penal contra el mismo.

La actuación del Ministerio Fiscal puede responder a dos formas diferentes. Una, el Fiscal acuerda la finalización de la instrucción pues el acto de conciliación o de reparación ya se ha realizado por parte del menor y, como consecuencia de ello, insta también el sobreseimiento. Otra, en dos actos: se acuerda el desistimiento de forma provisional a expensas del cumplimiento de lo pactado y, una vez verificado, se insta el sobreseimiento.

En este último caso no se puede dar por finalizada la instrucción y sólo, una vez se haya acreditado lo pactado, el Fiscal podrá dar por finalizada la instrucción y solicitar el sobreseimiento en base al art. 19 de la LORPM. Excepcionalmente, cuando lo pactado no se puede ejecutar por causas ajenas al menor, el Fiscal puede valorar y actuar con igual proceder.

Cuando no se realiza lo pactado por parte del menor por su propia voluntad, el Fiscal debe continuar el procedimiento, es decir, el expediente de reforma de conformidad con lo establecido en la LORPM. Y, por lo tanto, si procediere y estuviese ejercitando la acción civil, atendido que el particular no la ha reservado ni ha renunciado a esta, se ejercitará la misma conjuntamente con la penal²³².

²³²GUZMÁN FLUJA, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores”, p.316. “El artículo 19 habla de sobreseimiento del expediente (pero conforme el artículo 19.5 lo que es seguro es que el “desistimiento” del Fiscal es condicional a que el menor cumpla con lo conciliado y con la reparación, pues no siendo así se continuará el expediente).”.

En ambos casos, reparación o conciliación, el legislador manifiesta que el Ministerio Fiscal puede adoptar dicha resolución con independencia de la responsabilidad civil, y por ello, el Juez de menores puede también acordar el Auto de sobreseimiento sin que se haya resuelto la responsabilidad civil. Es decir, una cosa es el acuerdo que adopta el Ministerio Fiscal por el cual desiste provisionalmente, mientras se realiza lo pactado o conciliado, otra el acuerdo por el cual la Fiscalía insta el sobreseimiento al Juez de menores en base al art. 19 y finalmente el Auto que dicta el Juez de conformidad con esa petición. Remarcar que los plazos de prescripción de la acción civil no corren hasta que dicho Auto sea firme.

En el art. 27.4 de la LORPM el legislador continúa manifestando, igual que antes de la reforma, otra causa especial, por la cual entiende que el Fiscal puede desistir de ejercitar la acción penal contra el menor. Estas causas son cuando el Equipo Técnico sostiene que no es favorable a los intereses del menor continuar con el proceso penal por las siguientes circunstancias: que haya transcurrido mucho tiempo desde la realización de los hechos, o que el menor ya haya acreditado suficientemente su reproche al acto realizado, en las distintas fases del proceso y no sea por ello favorable a sus intereses continuar con el expediente de reforma. En estos casos, si además se dan las circunstancias establecidas en el art. 19.1, es decir, el hecho no es grave y no se ha realizado con violencia o intimidación grave sobre las personas, el Fiscal podrá acordar la finalización de la instrucción e instar la solicitud del sobreseimiento.

En realidad, se está ante una solución anticipada en la que, finalmente, es el Fiscal el que desiste a petición del Equipo Técnico.

La solución vuelve a ser idéntica en virtud de lo indicado en el art. 4 apartado quinto de la LORPM el Letrado de la Administración de justicia deberá informar al perjudicado del derecho que tiene a ejercitar la acción civil, si le correspondiere ante la jurisdicción civil.

Se puede concluir que el legislador con esta última modificación, en los casos específicos de finalización anticipada regulados en la LORPM, ha unificado el criterio en el mismo sentido que el proceso penal de adultos, cuando éste finaliza de forma anticipada sin sentencia. Además esta misma solución se adoptará también en los casos ordinarios de finalización anticipada de un proceso penal especial de menores sin sentencia regulados en la LECr, es decir, los supuestos de: sobreseimiento provisional o libre, rebeldía o fallecimiento del acusado, así como prescripción de los hechos.

En todos estos casos el legislador ha acabado indicando que el perjudicado deberá acudir a la jurisdicción civil para ejercitar esa acción civil²³³.

El problema será siempre el mismo en base a qué ley deberemos ejercitar esta acción civil ante la jurisdicción civil. En base al art. 61.3 de la LORPM o en base a los arts. 1902 y 1903 del CC o inclusive en función de la solución que adoptemos cuál será la norma supletoria que se debe aplicar.

Dentro de las especificidades del proceso para reclamar la responsabilidad civil que se encuentran reguladas en la LORPM se debe remarcar de forma muy especial la reserva de la acción que tiene el perjudicado en el art. 61.1 pues el mismo no ha sido modificado por la LO 8/2006 pese a que esta si ha modificado todo el proceso para exigir la responsabilidad civil. Como consecuencia de todo ello nos encontramos ante dos posturas diametralmente opuestas ante la reserva de la acción civil por parte del perjudicado en función de si esta es realizada en la jurisdicción de menores o en la jurisdicción de adultos; pues en la LORPM se indica de forma expresa que siempre, con independencia de que la sentencia sea condenatoria o absolutoria, se planteará esta cuestión ante la jurisdicción civil y por las normas del CC²³⁴. En cambio, en el CP se indica que se planteará también ante la jurisdicción civil, pero por las normas que regulan la responsabilidad civil del CP en el caso de condena penal y en los casos especiales regulados en el art. 118 del CP.

1.2. Las normas civiles del CP: en una perspectiva histórica

1.2.1. CP 1822.

1.2.1.1 Introducción.

La codificación española data de las Cortes de Cádiz de 1810. Don José Espiga, Presidente de la Junta del Principado de Cataluña, presentó una proposición para

²³³GUZMÁN FLUJA, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", p.318. "los supuestos aquí analizados son de imposibilidad de mantener abierto el proceso penal de menores sólo para esclarecer y decidir sobre la responsabilidad civil."

²³⁴GONZÁLEZ MONTES, "Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal", p.574. "a propósito de la reserva de la acción civil en este ámbito, se produce un caso claro de lo que es la incoherencia legislativa. La remisión que realiza el artículo 61 de la LORPM a las normas del C.c. cuando se reserva la acción civil, sea cual sea el resultado del proceso de menores,".

que se nombrase una Comisión especial de reforma legislativa para la creación de un Código Criminal en fecha nueve de diciembre. Esta proposición fue aprobada y se designó la Comisión, pero los acontecimientos políticos malograron el propósito de dichas Cortes pues Fernando VII ocupó el trono nuevamente y quedaron disueltas las Comisiones de codificación. No fue hasta diciembre de 1819 y mediante un Real Decreto que se mandó formar un Código criminal. Así, cuando se restableció la Constitución de 1812 y funcionaron las Cortes se nombró una Comisión para el CP. La cual, en abril de 1821 presentó a las Cortes un Proyecto que fue discutido con detenimiento y sancionado el nueve de julio de 1822²³⁵.

El CP del año 1822, promulgado el día nueve de julio, tuvo muy poca vigencia, pues inmediatamente surgió en España la guerra civil así como la invasión de los franceses para restaurar a Fernando VII en el poder absoluto²³⁶. Esta reacción política de 1823 dio lugar a la caída del régimen constitucional y derogó todas las disposiciones surgidas de las Cortes desde el 20 de marzo de 1820 hasta el uno de octubre de 1823 y por lo tanto se derogó el CP de 1822. En este mismo sentido Cuello Calón, en cuanto a la vigencia, y por ello sostenía que la Novísima Compilación fue la norma que tuvo vigencia más o menos continuada hasta el CP de 1848, la cual, sólo era modificada por los criterios de la práctica o arbitrariedad de los Tribunales²³⁷.

²³⁵Luis SAN MARTÍN LOSADA, *El Código Penal de 1928 su estudio y comparación con el de 1870*, Madrid, 1928, p.19.

²³⁶José Ramón CASABO RUIZ, "La aplicación del Código penal de 1822", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, nº32, pp.323 y ss, p.342. El cual indicaba: "que nuestro primer Código penal no se quedó en mera esperanza frustrada, sino que constituyó una auténtica realidad, pues se aplicó a partir del primero de enero de 1823 en la península e islas adyacentes. De ahí que la historia de nuestros códigos penales tenga que iniciarse precisamente con el de 1822.". De igual parecer: José Luis BERMEJO CABRERO, "Sobre la entrada en vigor del Código penal de 1822", *Anuario de Historia del Derecho español*, 1996 núm. LIX, pp.967 y ss. p.972. "podemos afirmar que el Código alcanzó vigencia tras haber superado la maniobra dilatoria de comienzos de 1823.".Y, José ANTÓN ONECA, "Historia del Código penal de 1822", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965 t. XVIII, fas II, mayo-agosto, pp.263 y ss., p. 275. "la aplicación del Código debió ser, a lo más, breve, imperfecta y desigual."

²³⁷Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho Penal conforme al "Código Penal, texto refundido de 1944"*, Undécima Edición, Barcelona 1953, pp.151 y 178. En términos muy parecidos José ANTÓN ONECA, "Los antecedentes del nuevo Código penal", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero de 1929, Madrid, pp.7 y 8. "El Código de 1822, que combinaba sorprendentes aciertos y rudas supervivencias, fué derogado por la reacción absolutista. SILVELA deduce de los expositores del Derecho penal entonces vigentes -ELIZONDO, VIZCAÍNO, MARCOS GUTIÉRREZ, GARCÍA GOYENA- que las Partidas y las Pragmáticas contenidas en las Recopilaciones era lo único que se citaba y se aplicaba en lo criminal, cuando el uso, la practica o arbitrariedad de los Tribunales no

Las fuentes de este Código como decían Pacheco y Antón Oneca eran: El Fuero Juzgo, Las Partidas, Código de Napoleón, la ideología de la Ilustración y la filosofía de Bentham en particular²³⁸.

A pesar de todo esto, su corto período de vigencia, el CP de 1822 es el primer CP español pues no consiste en ninguna reforma ni en ninguna recopilación de leyes. En este sentido la propia Constitución de 1812, la cual era de carácter liberal, ya proponía la creación de un Código civil, criminal y de comercio, únicos para toda la monarquía.

El Código se estructuraba de la siguiente forma: constaba de un Título preliminar, que, denominaríamos en la actualidad Parte General, el cual abarcaba los arts. 1 al 187. Y, dos partes más, dedicadas a los delitos, lo que, en la actualidad denominaríamos Parte Especial. La primera parte estaba dedicada a los delitos contra la sociedad y comprendía los arts. 188 al 604 y la segunda parte, tenía por objeto los delitos contra los particulares y se encontraban regulados entre los arts. 605 y el 816²³⁹.

1.2.1.2. Responsabilidad civil.

La responsabilidad civil derivada del ilícito penal en el CP del año 1822 era tratada de una forma algo dispersa: en el art. 27, los arts. 93 al 95 y, en el art. 744.

A) En el art. 27 se establecía que además de la responsabilidad criminal de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores, éstos responderían también, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que les correspondan. Por lo tanto se establecía de forma expresa que la acción podía ser criminal o culposa y de otro lado consistir en una acción puramente civil²⁴⁰. Y luego, se indicaba qué personas estaban obligadas a responder por las acciones de otros y que lo que se regulaba en este art. era una responsabilidad puramente civil siendo

modificaba y corregía.". Este mismo autor, ANTÓN ONECA, *ADPCP*, 1965, p.275. Indicaba: "volviendo a imperar la situación anterior; o sea la Novísima Recopilación, los Fueros y Las Partidas, aunque con clara preferencia práctica de éstas sobre aquéllos. Fuentes interpretadas, completadas y corregidas por el arbitrio judicial."

²³⁸José ANTÓN ONECA, *Derecho penal, parte general*, 1949, 2ª Edición, 1986, p.73.

²³⁹CUELLO CALÓN, *Derecho Penal Código Penal del 1944*, p.149. Y, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p.73. Ambos autores estructuran el Código penal de 1822 de la misma forma.

²⁴⁰Art. 27 CP 1822 "(...); pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. (...)".

este el motivo por el cual el sujeto que debía responder por la acción de otro no podía ser perseguido criminalmente²⁴¹.

Los sujetos que respondían civilmente de las acciones de otros se clasificaban de la siguiente forma, en función del sujeto que ha realizado la acción delictiva.

A-Cuando el sujeto era menor de 20 años y estaba sometido a la patria potestad y en compañía de las siguientes personas: padres, abuelos o bisabuelos, se establecía una responsabilidad subsidiaria de estos, siempre que se dieran determinadas circunstancias. La responsabilidad que asumían estos terceros era de forma limitada, pues la cuantía de la responsabilidad que estos debían afrontar no debía ser superior a la que pudiera corresponderles como consecuencia de la legítima hereditaria. Así en el apartado primero del mencionado art. se indicaba que respondería:

“el padre, abuelo, ó bisabuelo respecto de los hijos, nietos ó biznietos menores de veinte años de edad, que tengan bajo su patria potestad y en su compañía; entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de los bienes propios del delincuente, y que nunca se ha de estender á mayor cantidad que la que importe la porción legítima de bienes que el hijo, nieto, ó biznieto heredaría de su padre, abuelo ó bisabuelo.”.

B-Cuando el sujeto era un menor que no superaba los 17 años respondía la madre, la abuela o bisabuela viudas. Con las mismas características en cuanto a la limitación de la cuantía que en el apartado anterior y siempre que esas personas los tuviesen en su compañía y bajo su inmediata autoridad²⁴². No hay concurrencia de

²⁴¹En el derecho romano no existía distinción entre derecho penal y derecho civil ambas ramas del derecho se confundían y por lo tanto no había diferencia entre la pena y la reparación del daño causado.

En un primer momento en el derecho romano la responsabilidad que se exigía al sujeto era objetiva sin importar dolo o la culpa del sujeto.

Luego se pasó al sistema basado en la culpa del autor del hecho por dos motivos: superación del principio de búsqueda de la reparación del daño al perjudicado a toda costa. Y abandono de la idea de venganza como principio fundamental de la pena. Como consecuencia de esto quedaban exentos de responsabilidad por no mediar culpa los locos y los niños al ser personas privadas de discernimiento y entendimiento de la consecuencia de sus actos. Esta irresponsabilidad del menor no impedía que el pater familias respondiera por los hechos cometido por otro. Es la acción noxal. BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, pp.31 a 43. Y, p.80. N. del A. nº 44.

²⁴²Art. 27 apartado segundo CP 1822. “Segundo: la madre, abuela ó bisabuela viudas, respecto de los hijos, nietos ó bisnietos menores de diez y siete años, que tengan también en su compañía y bajo su inmediata autoridad, con las mismas circunstancia expresadas en el párrafo precedente.”.

terceros sujetos responsables, cuando hablamos de menores de veinte años y de diecisiete años. Es decir en primer lugar el tercero respondía de la forma establecida en el apartado primero y sólo en el caso que no existiese ese tercero por fallecimiento se aplicaba el segundo apartado.

Como se puede observar, hasta este punto se establecía una responsabilidad subsidiaria y limitada²⁴³ por las acciones de otro de carácter objetivo, como ha resaltado Bonilla²⁴⁴.

C-Cuando el sujeto estaba sometido a tutela o curatela, respondía el tutor o curador, sino alcanzaban los bienes del autor del hecho criminal. También, cuando el sujeto se encontraba en colegios o casas de enseñanza a pupilaje respondían los jefes de los colegios o de esas casas así como los amos y maestros de estos menores de 17 años que los tenían en su compañía y a su inmediato cargo cuando con los bienes de estos menores no se alcanzaba a responder por todo el daño.

Por lo tanto, en este caso la responsabilidad que se establecía al tercero continua siendo de carácter subsidiario, pero aquí sin limitación en cuanto a la cuantía²⁴⁵. En cualquier forma, se deberían cumplir los requisitos establecidos en el apartado: “menores de diez y siete años que tengan igualmente en su compañía y á su inmediato cargo,”.

D-Cuando la persona que comete el hecho delictivo estaba en estado de demencia o delirio y había un sujeto obligado a cuidarlo, que hubiera incurrido en una falta de cuidado o de vigilancia en su custodia. Respondía esa persona obligada a cuidarlo, y, la responsabilidad que se establece en el apartado cuarto; a diferencia de todas las anteriores, es directa, y además culposa²⁴⁶.

²⁴³Joaquín FRANCISCO PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal Concordado y Comentado*, Madrid, 1848, pp.299 y 300. En cuanto a la limitación establecida en el art. 27, PACHECO era muy crítico. Y es lógico, pues el obligado debe responder con todos sus bienes y por todo el daño causado. PACHECO decía al comentar el Código de 1848 que: “Nuestro Código de 1822 disponía en este particular que la responsabilidad subsidiaria de los padres no fuera extensible á mayor suma que el importe de la legitima del hijo, por cuyos hechos se verificaba aquella. El presente no contiene tal limitación, y hace, de seguro, bien en no fijarla. (...) han de recaer sobre lo que recaen todas las obligaciones, sobre la totalidad de lo que posee el obligado.”.

²⁴⁴BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.49.

²⁴⁵Art. 27 apartado tercero CP 1822. “Tercero: los tutores, curadores, los gefes de colegios, ú otras casas de enseñanza á pupilage, los ayos, amos y maestros respecto de los menores de diez y siete años que tengan igualmente en su compañía y á su inmediato cargo, en cuanto no alcancen los bienes que á estos pertenezcan.”.

²⁴⁶Art. 27 apartado cuarto CP 1822. “Cuarto: los obligados á guardar la persona del que esté en estado de demencia ó delirio, respecto del daño que este cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia.”.

E-Cuando el sujeto que cometía el hecho delictivo era criado dependiente u operario y producía un daño como consecuencia de ese motivo o a resultas de ese servicio o trabajo. En este caso respondían de forma mancomunada con él, los amos y los jefes de cualquier establecimiento, sin perjuicio que estos pudieran repetirles cuando aquellos se hubieran excedido de sus órdenes²⁴⁷. Es importante la lectura de este apartado, pues se indicaba de forma clara que la obligación que se impone al tercero ajeno es mancomunada y, por lo tanto, se diferenciaba el tipo de obligación con respecto al resto de apartados regulados en el art. 27 y que la misma era directa.

F-Cuando el hecho lo había cometido una mujer que estaba casada. La responsabilidad era del marido, con los bienes de ella e inclusive la mitad de los bienes que se encontraban en régimen de gananciales, que servían para afrontar esa responsabilidad²⁴⁸.

G-Cuando el autor del hecho criminal tenía constituida una fianza respondía el fiador de conformidad con la fianza establecida cuando el responsable criminal no alcanzaba a responder por esa responsabilidad civil²⁴⁹.

En estos dos últimos apartados se puede sostener que el tercero que responde es como consecuencia de la relación contractual anterior, pero en el caso del fiador la responsabilidad era subsidiaria y en el caso de la mujer casada la responsabilidad del marido era directa.

H-Cuando el autor del hecho criminal era un huésped, se indicaba que respondía de forma mancomunada con éste, el que lo tenga en su casa, fonda o mesón siempre que estos últimos hubiesen omitido el asiento verídico o no hayan dado a la autoridad competente el aviso correspondiente sobre la actividad²⁵⁰. En este caso,

²⁴⁷Art. 27 apartado quinto CP 1822. "Quinto: los amos y los gefes de cualquiera establecimiento respecto del daño que causen sus criados, dependientes ú operarios, con motivo ó por resultas del servicio ó trabajo en que aquellos los empleen; debiendo ser esta responsabilidad mancomunadamente con los que causen el daño, y sin perjuicio de que el amo ó gefe pueda repetir después contra ellos, si se hubieren escedido de sus órdenes."

²⁴⁸Art. 27 apartado sexto CP 1822. "Sesto: los maridos respecto de sus mugeres, en cuanto alcancen los bienes que correspondan á estas, inclusa la mitad de gananciales."

²⁴⁹Art. 27 apartado séptimo CP 1822. "Sétimo: los fiadores respecto de la persona que hayan fiado, y con arreglo á las circunstancias y condiciones de la fianza."

²⁵⁰Art. 27 apartado octavo CP 1822. "Octavo: los mesoneros, fondistas y cualesquiera otros que reciban huéspedes, aunque sea por obsequio, responderán también, mancomunadamente con el huésped que tengan en su casa, de las resultas pecuniarias del delito que este cometiere entonces, siempre que omitan el asiento verídico, ó dejen de dar á la autoridad competente el aviso puntual que respectivamente les estén ordenados por las leyes ó reglamentos dentro del término que en ellos se prescriba."

nos encontrábamos ante una responsabilidad directa, mancomunada, pero subjetiva atendido que la norma indicaba: “siempre que omitan el asiento verídico, ó dejen de dar á la autoridad competente el aviso puntual que respectivamente les estén ordenados por las leyes ó reglamentos dentro del término que en ellos se prescriba.”. Es decir, en los otros casos en que no se hubiese producido la infracción de esas obligaciones, no respondía ese tercero.

B) En el art. 93 se establecía qué sujetos debían responder, además de penalmente, civilmente y cómo debía ser esa obligación. Se indicaba que los cómplices y los auxiliares criminales respondían también civilmente de forma mancomunada junto con el autor criminal. Y se indicaba que cuando estos no alcanzaban a responder por todo el daño causado respondían de forma mancomunada y subsidiaria entre sí el encubridor y el receptor del delito. Por lo tanto estos últimos respondían subsidiariamente en defecto de los anteriores.

Se establecía de forma clara que, inclusive, puede existir responsabilidad civil cuando el perjudicado del delito era el Estado²⁵¹. Y, finalmente se definía de forma escueta en qué consistía la responsabilidad civil: “Del propio modo se hará en todos los casos la restitución libre de lo robado ó sustraído, y la reparación de lo dañado, destruido o alterado, siempre que se pueda verificar.”, es decir, indicaba cuál era el objeto de la responsabilidad civil y la forma en que se debía satisfacer²⁵².

En el art. 94 se diferenciaba de forma clara que la naturaleza las costas del proceso, eran distintas a la naturaleza de la responsabilidad civil. Por ello el legislador diferenciaba la situación de insolvencia del reo, ante una institución y la otra, así en este art. se indicaba que: “El que esté constituido en absoluta insolvencia, no será molestado en su persona por las costas.” Y como consecuencia de ello al insolvente no se le podía perseguir por el incumplimiento de las costas pero en cambio, sí, por la responsabilidad civil²⁵³. Por ello, si una vez cumplida la condena, el reo no había satisfecho la responsabilidad civil, y no se había pactado

²⁵¹Art. 93 CP 1822. “También se debe imponer de mancomun á los reos cómplices, auxiliares, fautores, sin perjuicio de que pueda gravar á unos mas que á otros, como queda espresado, el resarcimiento de todos los daños, y la indemnización de todos los perjuicios que hayan resultado del delito, así contra la causa pública como contra los particulares; y lo que aquellos no puedan pagar lo satisfarán también de mancomun, con la misma circunstancia, los receptadores y encubridores.”.

²⁵²En este sentido Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1946, p.444. “El Código de 1822 (art.93) estatúa la restitución libre y la reparación.”.

²⁵³Art. 94 CP 1822. “Por lo relativo al resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios que hubiere causado, podrá el reo insolvente, después que sufra la pena principal, y en el caso de que no se conviniere con el acreedor, ser puesto en un arresto donde pueda trabajar hasta que pague; pero este arresto no podrá pasar nunca de dos años.”.

con el perjudicado “acreedor” solución alguna, el reo debía continuar en arresto donde pudiese trabajar, y así pagar esa responsabilidad civil, aunque se indicaba que esta pena no podía durar más de dos años.

En el art. 95 se regulaba cómo se debían imputar los pagos realizados por los reos cuando éstos no alcanzaban a cubrir toda la responsabilidad civil. Estableciéndose de esta forma, un orden de prelación a la hora de imputar esos pagos, ya, en esta época, aunque parezca paradójico el interés era satisfacer a cualquier precio al perjudicado²⁵⁴. Y, se entendía como perjudicado siempre al propio Estado, pues debía alimentar al delincuente así, en el art. se establecía el siguiente orden de prelación: primero el reo debía satisfacer al perjudicado entendiéndose siempre como tal al Estado cuando alimentaba al preso. Luego, en segundo lugar a la costas y finalmente se imputaba a las multas²⁵⁵.

En el art. 96 se establecía una solución a la responsabilidad civil en el caso del condenado, al cual, le sobreviniera una demencia durante el proceso. En el mismo se indicaba que si una persona acusada cayera en estado de demencia o delirio se suspendería la ejecución hasta que sanare. Pero si la demencia duraba más de quince días, después que la sentencia fuese ejecutiva se notificara ésta, es decir la sentencia, a un curador que se le nombre al demente. Y se llevará a efecto la sentencia en lo relativo a lo siguiente: resarcimiento, indemnizaciones y pagos de alimentos y costas.

Por lo tanto, el demente estaba exento de responsabilidad criminal, pero no de la civil. En ese sentido, se diferenciaba de forma clara la responsabilidad criminal y la responsabilidad civil, pues la primera se impedía ejecutar en los siguientes casos “al reo constituido en estado de verdadera demencia o delirio, o en peligro inmediato de muerte por razón de enfermedad”; y, en cambio, la responsabilidad civil en la cual había incurrido el reo subsistía, pues si no fuese así no se podría nunca resarcir al perjudicado²⁵⁶.

²⁵⁴En función de la naturaleza de las costas y de la posición que ha tenido el perjudicado víctima dentro del proceso penal observaremos que el orden de prelación a la hora de imputar los pagos por parte del reo ha ido variando.

²⁵⁵Art. 95 CP 1822. “Primero: para el resarcimiento é indemnización de perjuicios á quienes los hayan sufrido, y para reintegrar el importe de los alimentos que se hubieran suministrado al reo, a prorata de los bienes que tenga. Segundo: para el pago de costas. Tercero: para el de las multas.”.

²⁵⁶Art. 96 CP 1822. “Ninguna condenación que causa ejecutoria se notificara al reo constituido en estado de verdadera demencia o delirio, o en peligro inmediato de muerte por razón de enfermedad; y todo se suspenderá hasta que sane. Pero si la demencia durare más de quince días después de la sentencia que cause ejecutoria, se notificará esta a un curador que se nombre al demente, y se llevará a efecto en sólo lo relativo a resarcimientos, indemnizaciones y pago de

C) En el art. 744 se establecía que el perjudicado por un robo podría ejercitar acción civil contra el ente público local donde éste se hubiese producido siempre que hubieren incurrido en tolerancia, omisión, y negligencia para precaver los delitos o al perseguir a los delincuentes. El ente público responde mancomunadamente con el delincuente por culpa o negligencia y de forma directa. El art. decía:

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

1.2.2. CP de 1848.

1.2.2.1. Introducción.

Terminada la guerra civil y fracasado el intento liberal progresista de Espartero, en 1844 acceden al poder los liberales moderados que generan la constitución de 1845, diseñando un nuevo modelo de Estado. En esta época moderada vieron la luz tanto el CP de 1848 como su reforma que dio lugar al Código de 1850; la diferencia de ambiente político entre uno y otro Código consistió quizás en la radicalización, en la conciencia del poder, de la necesidad de protección de la sociedad y del Estado, frente a imaginarias o reales amenazas derivadas de la situación social y política²⁵⁷.

Este Código de 1848, que estuvo precedido por los nonatos proyectos de 1830, 1831, y 1834, tenía una estructura general idéntica a la del vigente²⁵⁸. Conciliaba las ideas de retribución y prevención general en cuanto a la pena, teniendo como fuentes próximas de inspiración el Código español de 1822 y el Código francés de 1810 y el Código brasileño de 1822 inspirado a su vez éste en el Napolitano de

alimentos y costas.”. Se debe complementar este art con el art. 27 apartado cuarto. Es decir, cuando no hay guardador o curador responde el propio autor pero sólo civilmente.

²⁵⁷Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Luis RODRÍGUEZ RAMOS, Lurdes RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ: *Códigos Penales Españoles Recopilación y Concordancias*, Torrejón de Ardoz, Madrid, 1988, p.189.

²⁵⁸LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Códigos Penales Españoles*, p.190. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA indica esto, refiriéndose al CP en vigor del año 1988, y por lo tanto al anterior del año 1995, pero se puede decir lo mismo respecto el CP vigente hasta la última reforma del CP, en la cual, desaparecen las faltas. LO 1/2015 de 30 de marzo BOE nº 77 de 31 de Marzo.

1819. La doctrina, dice López Barja de Quiroga, lo ha calificado de liberal moderado a liberal atendido que acababa con el arbitrio judicial y defendía los derechos individuales, y moderado por su excesiva dureza en algunos aspectos como en los delitos contra la Religión Católica, o contra el Estado, el mantenimiento de la pena de argolla²⁵⁹.

1.2.2.2. Responsabilidad civil.

Una de las cuestiones más destacables de este Código y. que es importante para nuestro estudio de la responsabilidad civil, era la previsión que se establecía en el art. 123 del Código en el cual se indicaba, que se establecería una ley, mediante la cual, el Estado indemnizaría al perjudicado de un delito o una falta en el caso que no hubiere sido indemnizado o reparado por los sujetos indicados en el CP.

La responsabilidad civil estaba regulada en los siguientes preceptos: del 15 al 18 y del 115 al 123.

En el Capítulo II del Código se establecía quiénes eran las personas responsables civilmente de los delitos y faltas. La declaración del art. 15 era similar ya a la vigente: “Toda persona, responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es también civilmente.”. Como decía Pacheco este art sólo hacía que establecer en él un principio: que el responsable criminal también era responsable civil si del delito surgiera esta responsabilidad, pues no siempre un delito conlleva responsabilidad civil; es decir, sólo generan responsabilidad civil aquellos delitos que producen un daño²⁶⁰.

Con el art. 16, el legislador intentaba complementar el art. 15. En este art., se establecían dos principios²⁶¹: uno, que la exención de la responsabilidad criminal declarada en los núm 1, 2, 3, 7, y 10 del art. 8 del CP no comprendía la responsabilidad civil, y dos, a sensu contrario, que la exención de responsabilidad criminal establecida en el resto de apartados del art. 8 no indicados en este art. 16 no conllevan ni responsabilidad criminal ni responsabilidad civil. En cuanto a este

²⁵⁹LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Códigos Penales Españoles*, p.190.

²⁶⁰PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, pp.293 y 294. PACHECO decía: “aquí solo se dice que cualquier persona en quien recae responsabilidad criminal es también responsable civilmente.” Y continuaba diciendo “Nuestra regla es; todo delito constituye un mal social y la mayor parte de las veces un daño a alguna persona. El primero hace necesario el castigo; el segundo la reparación. Aquel produce en el delincuente la responsabilidad criminal; este, siempre que existe y puede graduarse, produce la responsabilidad civil.”.

²⁶¹PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.295. En idéntico sentido PACHECO. “Cuando ha lugar a castigo, procede naturalmente la reparación; mas hay casos en que no ha lugar al primero, y sin embargo queda aún viva y debida la segunda.”.

último principio, es decir, -los casos establecidos en el art. 8 números 4, 5, 6, 8²⁶², 9, 11, 12 y 13 del CP- Pacheco ya explicaba de forma clara por qué el legislador establecía que no se podía reclamar responsabilidad criminal ni civil así, sostenía que: “es irresponsable quien obra por fuerza; es irresponsable quien obra con derecho. Y esta irresponsabilidad, en una y otra circunstancia debe ser completa y omnímoda, lo mismo en lo civil que en lo criminal.”²⁶³.

En el primer párrafo del art. se indicaba que: “La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º,2º,3º,7º, y 10º, del artículo 8º, no comprende la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes:”. Pacheco decía que algunos autores indicaban que esta doctrina se hallaba fuera de lugar, pues la ley penal, no debería comprender estas responsabilidades que ella misma proclama como no procedentes de delito, aunque lo sean de hechos que tienen su apariencia y, que sólo el CC debería ocuparse de tales obligaciones²⁶⁴.

Así en la regla primera del art. 16 se indicaba que:

“En el caso del núm 1º. son responsables civilmente, por los hechos que ejecuten los locos ó dementes, las personas que los tengan bajo su guarda legal.

No habiendo guardador legal, responderá con sus bienes el mismo loco ó demente, salvo el beneficio de competencia en la forma que establece el Código civil.”.

En este caso se establecía una responsabilidad directa del guardador legal respecto del loco o del demente que tengan bajo su guarda. Por lo tanto, nos encontrábamos

²⁶²PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, pp.302 y 303. PACHECO criticaba la inclusión de este apartado “cuando el mal o el daño han sido causados por accidente”. Indicaba que este apartado debería incluirse en los casos, en los cuales, no queda exenta la responsabilidad civil, por lo siguiente: “Para que de un daño que hemos causado no se nos siga ni responsabilidad criminal ni responsabilidad civil, es necesario que no solo nos hayamos conducido con inocencia, sino también con derecho. Cuando esto no sucede, no habrá delito, no llevaremos pena; pero indemnizaremos el mal que hayamos producido con nuestra obras.”.

²⁶³PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.296. El mismo fundamentaba la exención de responsabilidad penal y civil con la siguiente expresión: “Cuando uno se condujo en virtud de derecho ó de deber, es absurdo hablarle de que haga reparaciones: su conducta fué legal. Cuando uno obro violentado materialmente por otro, no es menos absurdo hablarle de las reparaciones mismas: ese otro es quien debe hacerlas. Si ese otro no puede, entónces nadie.”.

²⁶⁴PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.295. Pacheco es contrario a esta idea pues entiende que al no existir y que aún tardará algún tiempo el CC que esos autores invocan, no ve ningún mal que se perfeccione y complemente esta materia en este Código y decía que: “no nos parece absurdo que se trate, en este cuadro de responsabilidades, de aquellas, que si no son hijas de un hecho concretamente criminal han procedido de uno de esos actos que por lo común, y salvas aquellas particulares circunstancias, son, y no deben menos de ser delitos.”.

ante una obligación directa de carácter subjetivo; es decir basada en la propia culpa del guardador legal.

En este caso Pacheco sostenía que la culpa del guardador legal se presumía, a pesar de no indicarlo el precepto: se basaba en que este debía vigilar más si cabe al loco y al demente en contraposición a la vigilancia de los menores que se establecía en la regla siguiente, en la cual el legislador sí que establecía de forma expresa que estos no respondían cuando probasen que habían actuado sin culpa y negligencia²⁶⁵. Así, para Pacheco la regla era: primero responden los que los tuvieren bajo su guarda legal, siempre se presume la falta de diligencia, en el caso que esta figura no existiese, o que probare que no había incurrido en negligencia responderá el demente o loco con sus bienes pero con límites²⁶⁶. Entendía que esa limitación era necesaria y que era de justicia que estos locos o dementes respondieran subsidiariamente²⁶⁷.

En la segunda regla del art. 16 se indicaba que la responsabilidad recaía sobre el menor de 15 años de forma directa. Y si éstos no tuvieran bienes respondían los padres o guardadores y, se eximía de responsabilidad a los padres y guardadores cuando constaba que no hubo en ellos culpa o negligencia²⁶⁸. Con la simple lectura de este segundo apartado ya observamos que las reglas en cuanto a la responsabilidad civil no eran como en el caso del loco o el demente.

Para Pacheco la diferencia se fundamentaba en que con el joven o menor no se debía tener el mismo cuidado o custodia que con el demente o loco. Si bien un joven siempre puede hacer daño es más fácil que lo haga un demente o loco. De ahí la

²⁶⁵PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.297. “Esa primera responsabilidad que se impone, procede de la falta de diligencia que se presume en el curador o guardador del furioso, cuando este puede ejecutar acciones nocivas. No nace del delito, pero nace de descuido. El curador debe impedir que el furioso dañe. Si daña por su culpa él responde para reintegrar.”.

²⁶⁶PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p. 298. En términos muy parecidos indicaba. “Primero, la responsabilidad del guardador, cuando no ha habido diligencia en la guardia; segundo la responsabilidad directa, con beneficio de competencia, cuando tal diligencia ha existido, o cuando no puede haber, o no es suficiente la primitiva responsabilidad.”.

²⁶⁷PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.298. Así decía que: “Resérvese siempre al demente lo necesario para sus decorosos alimentos, según su clase, su hábitos, su educación, pero lo demás que poseyere satisfaga las obligaciones civiles, que dañando a otro, hubiere contraído.”. Y continuaba indicando que: “La justicia social ha de ampararle en su triste estado; mas esa protección, no se ha de convertir en perjuicio de los que le rodean.”.

²⁶⁸Art. 16. Segunda Regla CP.1848. “En los casos de los números 2º y 3º responderán con sus propios bienes los menores de 15 años que ejecuten el hecho penado por la ley.

Si no tuvieran bienes, responderán sus padres ó guardadores, á no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia.”.

diferencia, al joven o menor no se le puede encerrar y en cambio al loco o demente furioso sí. Por todo ello es lógico que el padre o tutor de un menor responda a partir de culpa leve en cambio en cuanto al loco o demente atendidas sus necesidades por culpa levísima²⁶⁹.

En este Código la responsabilidad del tercero ya no era limitada a diferencia de lo establecido en el Código de 1822 en cuanto que la misma era subsidiaria y limitada²⁷⁰.

En la tercera regla se indicaba cómo se debía resolver la responsabilidad civil causada por haberse precavido un mal y así se indicaba que: “son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal á proporción del beneficio que hubieren reportado.”. Por lo tanto, el sujeto responsable era el beneficiado de la acción y el fundamento de esta responsabilidad era el siguiente principio: “*nemo cum alterius damno debet fieri locupletior*”. A continuación se indicaba como debía ser la obligación cuando había pluralidad de responsables -“los Tribunales señalaran, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder.”- y que, cuando estas cuotas no se podían determinar, las mismas se debían asignar equitativamente²⁷¹. Finalmente el legislador daba una

²⁶⁹PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.299. Pacheco explicaba el porqué de esta diferente responsabilidad del menor de 15 años con respecto al loco o el demente con el siguiente razonamiento: “La razón es clara. No ha de ser una misma la custodia de que se rodee á un joven, que la que debe seguir á un demente. Si puede hacer daño el primero, el segundo es más fácil que lo haga, sobre todo cuando la demencia es furiosa. A aquel no se le puede encerrar; á éste no hay necesidad alguna de dejarlo suelto. Respecto al uno no se puede pedir á su padre ó tutor mas que la culpa leve; en lo tocante al otro, por la naturaleza misma de las cosas, puede llegarse hasta la levísima.

4. Otra diferencia es que en este número se exime de responsabilidad a los padres o tutores; cuando consta que no hubo en ellos culpa ó negligencia.”.

²⁷⁰PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.300. En este sentido Pacheco era partidario de que no existiese limitación. “El presente no contiene tal limitación, y hace de seguro, bien en no fijarla. Si el padre o el abuelo responde es este caso, eso procederá de algo que sea suyo, de su culpa o negligencia, que supone la ley. Ahora bien: los efectos de este descuido u omisión han de recaer sobre lo que recaen todas las obligaciones, sobre la totalidad de lo que posee el obligado.”. Además sostengo que esta modificación era lógica, pues el responsable civil debe responder por todo el daño que ha sufrido la víctima.

²⁷¹Art. 16 regla tercera CP de 1848. “(...) Los Tribunales señalaran, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder.

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

solución en el caso de que esto no fuese posible: “cuando no sean equitativamente asignables, ni aún por aproximación, las personas responsables ó su cuotas respectivas, ó cuando la responsabilidad se extienda al Estado ó á la mayor parte de una población, y en todo caso siempre que el daño se hubiere causado con intervención de la autoridad, se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes ó reglamentos especiales.”. Es decir, en aquellas circunstancias la obligación de responder debía ser regulada y, por lo tanto, la forma y manera de responder no la imponía ya el Tribunal²⁷². Por lo tanto, se trataba de un precepto que regulaba más bien una materia exclusivamente de carácter civil en contraposición con las anteriores reglas²⁷³. Es decir, si la responsabilidad civil es la reparación del daño aquí el obligado no repara por ello sino por el beneficio obtenido.

En la regla cuarta se indicaba quién debía responder cuando el daño se producía, como consecuencia del miedo insuperable indicándose que responderían “principalmente los que hubieren causado el miedo, y subsidiariamente en defecto de ellos, los que hubieren ejecutado el hecho.”. En este caso parecía claro que el autor del hecho responde subsidiariamente, pues si no hubiese sufrido ese miedo, no hubiera actuado así²⁷⁴, mientras que debe responder de forma directa el causante del miedo²⁷⁵.

En el art. 17 se establecía la responsabilidad civil como consecuencia del hecho criminal y se indicaba que “son también responsables civilmente, en defecto de los que los sean criminalmente, los posaderos, taberneros ó personas que estén al frente de establecimientos semejantes por los delitos que se cometieren dentro de

²⁷²PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.301. En este mismo sentido Pacheco indicaba: “Entonces se sale del orden judicial puro, y verdadero: la esfera es ya otra, y nos hallamos en plena materia administrativa.-Para semejante caso, los Códigos Jenerales, y éste en particular, nada mas pueden hacer que establecer principio y señalar referencias. Leyes y reglamentos especiales son los que han de aplicar y desenvolver su supremas prescripciones.”.

²⁷³PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, pp.300 y 301. En idéntico sentido Pacheco decía: “A nuestro juicio, este punto que aquí se resuelve tiene menos relación que los anteriores con la natural materia de este Código: ésto es más puramente civil que lo preceptuado en los anteriores números.”.

²⁷⁴PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.302. “Quien obra materialmente violentado, ni en el orden criminal ni en el orden civil ha de responder nunca; quien obra violentado moralmente -(eso es el miedo)- se exime a la verdad de pena, pero queda sujeto a una responsabilidad secundaria.”. Y añade que: “Una cosa habríamos hecho nosotros: dejarle ó consignarles el beneficio de competencia,”.

²⁷⁵PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.301. En este sentido Pacheco indicaba que: “Los que causan el miedo, orijen de una acción dañosa son verdaderos autores del delito (art.12, núm. 2º de este Código). Por consiguiente, nada de nuevo, como nada de extraño, nos dice la presente disposición, consagrando su responsabilidad civil.”.

ellos,” con la condición además que estos sujetos enumerados como responsables civiles hubiesen infringido reglamentos de policía, es decir, “siempre que por su parte intervenga infracción de los reglamentos de policía.”. Por lo tanto se establecía una responsabilidad de carácter subjetivo; es decir, basada en su propia culpa, aunque era de carácter subsidiario²⁷⁶. Además, en dicho art. se establecía también una responsabilidad civil subsidiaria consistente en que los posaderos deberán restituir los efectos robados o hurtados dentro de su casa a los que se hospedaren en ellas, o de su indemnización siempre que estas personas lo hubieren indicado anticipadamente al posadero o a su dependiente la existencia de ese bien y por lo tanto el depósito del mismo en la posada. Esta última responsabilidad subsidiaria no tenía efecto cuando el robo era con violencia o intimidación en las personas, salvo que el mismo fuese ejecutado por un empleado del posadero.

Pacheco sostenía que la primera parte del art. estaba justificada su inclusión en el CP pues en él se infringían las disposiciones de policía que regulaban esos establecimientos, pero que era más lógico, que la segunda parte estuviese en el CC atendido que nos encontrábamos ante una especie depósito con los efectos y obligaciones que ellos conllevan²⁷⁷.

En el art. 18 se establecía una responsabilidad subsidiaria y se indicaba que respondían: “los amos, maestros, y personas dedicadas á cualquier género de industria, por los delitos ó faltas en que incurran sus criados, discípulos, oficiales, aprendices ó dependientes en el desempeño de su obligación ó servicio.”. Por lo tanto, estos sujetos: “los amos, maestros, y personas dedicadas á cualquier género de industria,” sólo respondían en defecto de aquellos, cuando hubiesen realizado el hecho delictivo “en el desempeño de su obligación ó servicio”²⁷⁸. Y, como

²⁷⁶PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.305. En términos muy parecidos Pacheco sostenía que: “Este artículo tiene dos partes. La primera declara qué especie de subsidiaria responsabilidad pesa sobre los dueños de establecimientos, por delitos que en estos se hayan cometido, cuando no han llenado, como era su deber, las prescripciones y reglas de policía. La segunda declara su responsabilidad, solo por el hecho de haber sido robados ó hurtados en sus casas aquellos efectos de cuya introducción se les había dado noticia.”.

²⁷⁷PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.305.

²⁷⁸PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.308. Indicaba Pacheco: “He aquí lo que nos ha quedado de la acción Noxal de los romanos, en virtud de los daños causados por los siervos” y que lo importante o el fundamento de esta responsabilidad civil es: “en el desempeño de su obligación ó servicio” ésta era la explicación y la justificación de este artículo pues: “Por ella se limita, por ella se fija, por ella se defiende la responsabilidad de que se trata. Fuera de ese caso no la hay.”.

consecuencia de ello, le quedaba a salvo el derecho de repetir contra el primero si ese venía a mejor fortuna²⁷⁹.

Los arts. 115 al 123 estaban en el Libro I, Título IV, bajo el epígrafe: “De la responsabilidad civil.”.

En el art. 115 se indicaba de forma clara en qué consistía o que comprendía, la responsabilidad civil establecida en los arts. 15 al 18 del Código. Así, el obligado a responder civilmente debía realizar: la restitución; la reparación del daño causado; o la indemnización de perjuicios.²⁸⁰ El fundamento de esta obligación y la intención del legislador era que el perjudicado fuese satisfecho íntegramente del daño sufrido como consecuencia de un delito y por ello establecía estas tres acciones, las cuales, como veremos, no eran excluyentes sino que se complementaban²⁸¹. Esto es, la detallada descripción trataba de garantizar al perjudicado la restauración de la situación precedente al delito. Por esto era un objetivo primario la restitución. Las palabras de Pacheco son, en ese aspecto más que ilustrativas:

“El principio es la restitución; y ésta quiere la ley que sea acabada y eficaz. Luego si la cosa en que consiste ha sufrido deterioros, natural y necesario es que se reparen. Luego si se ha trasladado de el delincuente á poder de otra persona, natural y necesario es que aun esa otra persona la entregue, para que sea restituida.”²⁸².

En principio, lo que se establecía, era que se debía restituir y, si no se podía, se pasaba a los otros conceptos reparación o indemnización.

En el art. 116 se establecía que la restitución debía ser de la misma cosa siempre que fuera posible y que se debería abonar por parte del responsable los

²⁷⁹PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.308. En este mismo sentido Pacheco decía que: “siempre quedara acción al segundo, subsidiario obligado, para repetir contra el primero la reintegración de lo que abono, si ese primero pudiese satisfacerla después. Lo subsidiario reemplaza a lo principal, pero no lo anula ni lo extingue.”.

²⁸⁰PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.504. En este mismo sentido Pacheco al comentar este artículo indicaba: “Ahora bien: definiendo este artículo la responsabilidad civil, la hace consistir en tres puntos; en la restitución, en la reparación del daño, y en la indemnización de perjuicios. El civilmente responsable está obligado á estos tres deberes; á restituir, á reparar, á indemnizar.”.

²⁸¹PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, pp.504 y 505. Pacheco decía lo siguiente: “La voluntad y el precepto de la ley consiste en que no solo respondan a la sociedad los delincuentes, por medio de la pena, sino que satisfagan también y tan completamente como pudiese hacerse á los ofendidos, por medio de la responsabilidad civil. Haciendo á la pena una institución de derecho público, no ha olvidado ni podido olvidar el derecho de los particulares.”.

²⁸²PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.506.

menoscabos o deterioros que hubiere sufrido la cosa siempre que así lo hubiese acordado el Tribunal, tal como subrayaba Pacheco en el texto precedente.

Por esto, la restitución sólo concurría de forma exclusiva si era total; es decir, que si el bien había sufrido algún menoscabo, ese menoscabo, se debía cubrir también por el responsable y si el bien había sufrido una revalorización esa revalorización se debía de regular y asumir de conformidad con lo establecido en la normativa civil²⁸³.

En el siguiente párrafo se indicaba que la restitución se debía hacer aunque la cosa se hallare en poder de un tercero, y este, la hubiese adquirido de forma legal quedando siempre a salvo el derecho de repetición que tenía ese sujeto contra quién le correspondiese. Y finalmente, en el precepto, se indicaba que: “Esta disposición no es aplicable en el caso de que el tercero haya prescrito la cosa, con arreglo á lo establecido por las leyes civiles.”. Por lo tanto, en este caso, como no se podía realizar la restitución del bien, se deberá exigir al civilmente responsable la indemnización o el abono de la cuantía que corresponda²⁸⁴. El fundamento de este precepto era que hubiese seguridad jurídica²⁸⁵.

En el art. 117 se establecía en qué consistía la reparación, indicando que dicho concepto abarcaba: la entidad del daño y la afección que tuviese el agraviado, a valoración del Tribunal, el cual, debería tener en cuenta su precio natural²⁸⁶. Por lo tanto, esa valoración se basaba siempre en una pericial añadiéndose además, siempre que le fuese posible al Tribunal, valorar ese daño moral o, afección del agraviado.

En aquella época, Pacheco ya indicaba que la reparación se parecía a la indemnización de perjuicios y se decía, que sólo se trataba de reparación cuando se

²⁸³PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.506. En idéntico sentido Pacheco decía: “Esta es una cuestión de puro derecho civil, que habrá de resolverse por su disposiciones.”.

²⁸⁴PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.507. En idéntico sentido Pacheco sostenía que en estos casos: “(...) no será la restitución misma, sino la indemnización ó el abono lo que tendrá facultad de exigir a los civilmente responsables.”.

²⁸⁵PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, pp.506 y 507. Así Pacheco sostenía que: “La ley que sanciona lo que se debe al señor, y que dispone se le restituya lo que le pertenece, no ha de desconocer lo que se debe á otro, ni ha de igualar lo que es buena fe y de lejítimo orijen, con lo que procede de delitos ó de culpas.”.

²⁸⁶PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, pp.507 y 508. Pacheco indicaba: “La cuestión de reintegro, que es toda la cuestión á que ha lugar en estos casos, queda completamente encomendada al juicio de los tribunales. Sin embargo, se les fijan dos bases ó elementos, de los que no se pueden desentender. Uno es la apreciación material, respecto á la que han de oír las justificaciones que se hicieren, sobre todo las periciales, siempre que sea posible; otro es el precio de afección, respecto al cual solo caben pruebas morales y una decisión de prudencia.”.

producían daños en los bienes o en la propiedad; y, que se hablaba de indemnización, cuando se producían los daños en la persona²⁸⁷. Este autor entendía que la justicia criminal no era completa si el Tribunal no valoraba la afección que sufría el agraviado o perjudicado de un delito o una falta. En realidad, Pacheco defendía la complementariedad de la restitución, la reparación y la indemnización como una forma de cierre del círculo de la justicia: “Téngase entendido que solo será completa la justicia criminal, cuando á la par de la satisfacción pública, se levante la satisfacción privada, en cuanto tiene de digno y respetable.”²⁸⁸.

Pero la materialización de la justicia exigía también la determinación de la indemnización. Mientras la restitución y la reparación afectaban como se ha dicho, a la cosa misma, la indemnización podía ser considerada como una forma más extensa.

En el art. 118 se indicaba a quién debía alcanzar la obligación de indemnización de perjuicios y que estos eran: “no solo los que se causen al agraviado, sino también los que hayan irrogado por razón del delito á su familia ó á un tercero”²⁸⁹. Finalmente el art. continuaba diciendo que para determinar el valor de la indemnización por parte del Tribunal se tenía que estar a los mismos criterios que se habían establecido para calcular la reparación del daño.

Pacheco mantenía que tanto en la reparación como en la indemnización había un margen de arbitrio muy importante por parte del Tribunal e indicaba que para su cálculo “no hay solamente que mirar á lo justo, sino á lo conveniente, á lo posible.”²⁹⁰. En efecto, sostenía que se debía llevar a efecto una justicia criminal, pero que ésta, sólo sería real, si se realizaba de forma equitativa entre el ofensor y el ofendido y siempre en función de sus circunstancias.

Cuestión diferente era la extensión en una perspectiva subjetiva. Sin duda, el Código de 1848 subrayaba una diferenciación entre la acción civil y la acción penal, posiblemente con el objeto de que pudieran convivir en el proceso. Por esto, el art. 119 era la consecuencia natural de haber diferenciado el legislador la acción penal

²⁸⁷PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.507.

²⁸⁸PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.508.

²⁸⁹PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.509. Pacheco decía que: “No es solo debida á la misma persona que fué objeto ó víctima del delito, sino que también lo es á su familia y hasta á un tercero, si han padecido por éste.”.

²⁹⁰PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.509. Por ello sostiene que: “Cuando se trata de un criminal rico, dicho se esta, que los tribunales tienen mas amplitud que tratándose de uno pobre. El perjuicio habrá sido el mismo; pero si fuese igual la cuantía de la indemnización, correríamos el riesgo de sumir á otra familia en la miseria. Por eso la ley tiene que conceder tanto al arbitrio judicial; por que no pueden haber reglas fijas en este punto, que no se sometan al poder de las circunstancias.”.

de la acción civil. En él, se establecía que “la obligación de restituir, reparar el daño, ó indemnizar los perjuicios,” se trasmitía a los herederos del responsable y, que, la acción para reclamar “la restitución, reparación ó indemnización”, también se transmitía a los herederos del perjudicado. No cabe duda que nos encontramos ante acciones civiles, y que su naturaleza era civil, por ello, Pacheco decía que “se dan á los herederos y contra los herederos.”²⁹¹.

Pero restaba el problema de carácter distributivo: la justicia criminal quería vincular causalmente a varios sujetos en un mismo hecho, aunque esto no suponía una repartición de la pena, porque la pena era un reproche personal. Por ello, los arts. 120 y 121 establecían las reglas de cómo se debía asumir la responsabilidad civil cuando había más de un responsable criminal y, por tanto, más de un responsable civil de un mismo hecho. En el art. 120 se indicaba que: “En el caso de ser dos ó más los responsables civilmente de un delito ó falta,” el tribunal debería señalar “la cuota de que deba responder cada uno.”. Por lo tanto se establecía una obligación de indicar cuotas; es decir, la obligación entre los sujetos responsables civilmente no era solidaria²⁹².

El art. 121 complementaba el anterior y en el mismo se establecía que “los autores de un delito ó falta son siempre mancomunadamente responsables por sus respectivas cuotas.”. Aquí estábamos ante una pluralidad de sujetos responsables criminalmente y, cada uno respondía mancomunadamente por sus respectivas cuotas.

Además se indicaba que los autores del delito eran también responsables por las cuotas de los cómplices y los encubridores quedando a salvo el derecho de repetición. Y, a su vez, que los cómplices eran responsables mancomunadamente entre sí y subsidiariamente por las cuotas de los autores y encubridores. Y en el último párrafo del precepto se decía que: “Esto mismo se observará en su caso para

²⁹¹PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, pp.510 y 511. Por ello Pacheco decía que: “Distinguidas, como lo están cuidadosamente en nuestro Código, la responsabilidad criminal y la responsabilidad civil nada es tan natural como lo que se dispone en este artículo. Aquella recae solo en los autores, en los cómplices, en los encubridores de los delitos; (...) ésta alcanza á los herederos de los que son personalmente responsables, y corresponde exigirla tanto á los mismos perjudicados, como á los que de ellos traen causa por sucesión universal.” Y acaba indicando que: “Las acciones de que tratamos son como cualesquiera otras civiles: se dan á los herederos y contra los herederos.”.

²⁹²PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p. 513. En idéntico sentido Pacheco “Por una parte ha pensado que la verificación de la responsabilidad civil, cuando era más de una persona obligada á ella, debía dejarse en la distribución de sus cuotas al prudente arbitrio del tribunal.”.

con los últimos, relativamente á sus cuotas, y las de los autores y cómplices del mismo delito.”.

Como se puede observar, todo autor respondía mancomunadamente de la cuota del otro y subsidiariamente de la del cómplice o del encubridor y así con cada uno de los distintos conceptos de autoría (cómplice o encubridor). Pacheco explicaba este art. 121 en el mismo sentido²⁹³. Sostenía que a pesar de que se trataba de una cuestión pecuniaria, la misma debía ser entendida como una pena²⁹⁴. Y, por lo tanto, -añado yo-, cada uno debería responder por su culpa; de ahí la exigencia de las cuotas. La justificación de la norma era, de nuevo, la exigencia de satisfacción del perjudicado; el perjudicado debe ser reintegrado por completo²⁹⁵.

Pacheco indicaba que, al existir grandes desigualdades económicas, los tribunales debían disponer de esa facultad para que no se produjeran absurdos, pues la finalidad de esta acción era que el perjudicado fuera reintegrado. Por lo tanto, si la obligación de responder de forma pecuniaria se hacía en base a la culpa, ésta no podía dar lugar a que no pudiera ser satisfecho el perjudicado. Y, por ello, se establecía mancomunidad y subsidiariedad, de ahí que Pacheco dijera que “lo que se arbitra en provecho de ellos no ha de resultar en perjuicio del que fue víctima de su crimen.”. El objetivo era que el perjudicado fuese satisfecho en sus intereses: la cuota de los responsables civiles eran en base a su culpa, pero para que el perjudicado no quedara sin reparación se establecía la mancomunidad y subsidiariedad.

Nótese que, en este precepto, el legislador hablaba de obligación mancomunada y que al sujeto que respondía se le permitía el derecho de repetición: “salva la repetición recíproca entre los mismos por sus responsabilidades respectivas.”. Esta facultad de repetición contradice en realidad la idea de obligación mancomunada y, en cambio, estas responsabilidades subsidiarias sí que dan lugar en realidad a obligaciones solidarias. Por lo tanto, es lógico en esos casos que el sujeto que

²⁹³PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, pp.513 y 514. “De aquí la mancomunidad: de aquí los abonos subsidiarios. Los autores quedan mancomunados entre si. Lo quedan igualmente los cómplices y los encubridores. Y luego cada una de las personas de cada cual de estas clases, responde subsidiariamente por las dos clases que no son la suya; salvas las repeticiones y los abonos que entre si, se hagan después.”.

²⁹⁴PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.513. En este sentido Pacheco indicaba: “No hay otro medio que el adoptado por la ley. Donde quiera que es cuestión de dinero, como pena, es indispensable ese poder.”.

²⁹⁵PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.514. “El perjudicado -ya lo hemos dicho- ha de ser reintegrado por completo y sin dificultad. La responsabilidad es de todos son criminales. Lo que se arbitra en provecho de ellos no ha de resultar en perjuicio del que fué víctima de su crimen.”.

responde subsidiariamente por el todo tenga luego el derecho de repetición contra los otros.

No obstante, hay un aspecto que el Código de 1848 no regula, y en lo que precisamente es crítico Pacheco: las costas. Y en todo caso sostenía que: “los tribunales deben distribuir las costas entre los reos según su prudencia, teniendo presentes la criminalidad y las facultades de cada uno; pero que ninguna parte deberá de dejar de satisfacer, sirviendo para ello la mancomunidad, que no puede ménos de haber donde todos son verdaderamente responsables.”²⁹⁶.

En el art. 122 se regulaba ya la figura del partícipe lucrativo. “El que por título lucrativo participe de los efectos de un delito ó falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía en que hubiere participado.”. El origen de esta responsabilidad venía del principio: “*nemo cum alterius damno debet fieri locupletior*”. Este art. regulaba la responsabilidad en que incurría el sujeto, que sin tener conocimiento que se había producido un hecho delictivo ni quién era el autor del mismo, obtenía un beneficio de ello, sin contraprestación alguna, de tal modo que su responsabilidad sólo alcanzaba a la civil y por lo que recibió²⁹⁷.

En el art. 123 se establecía que una Ley especial regulará en qué casos y de qué forma deberá asumir el Estado esta responsabilidad civil cuando el autor del delito y los demás responsables civiles indicados en este Código no pudieran hacer frente a dicha responsabilidad civil. Pacheco decía que este art. era “un bello principio”²⁹⁸. Yo creo además que lo asumiríamos todos los ciudadanos, tanto los perjudicados u ofendidos por el delito, como quien infringe la norma. En concreto, el art. decía que: “Una ley especial determinará los casos y forma en que el Estado ha de indemnizar al agraviado por un delito ó falta, cuando los autores y demás responsables carecieren de medios para hacer la indemnización.”. Por lo tanto, nos

²⁹⁶PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.514.

²⁹⁷PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.515. En este mismo sentido Pacheco decía: “Se puede recibir como donativo o regalo una cosa robada, sin tener noticia del robo, ni cuando menos conocimiento del autor. En semejante caso nada hay de inmoral nada de culpable, ninguna responsabilidad criminal puede contraerse. La ley empero dice que puede haberla civil hasta la cuantía de lo que se recibió.”.

²⁹⁸PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.515. “He aquí un bello principio, una máxima llena de justicia. El ciudadano que cumple religiosamente sus cargas y que contribuye con cuanto ha menester el Estado para su subsistencia, parece que tiene un derecho para reclamar del Estado algo más que la frecuentemente estéril protección que le dispensa por lo común.”.

encontrábamos ante una especie responsabilidad civil subsidiaria universal del Estado en caso de delito o falta²⁹⁹.

1.2.3. *La Reforma de 1850.*

1.2.3.1. *Introducción.*

Las novedades más destacables de esta reforma pero que no afectaban a la responsabilidad civil eran: que el Tribunal podía solicitar el indulto del reo; la generalización como infracción penal de la conspiración y la proposición para delinquir y que se sancionaban con mayor severidad los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público³⁰⁰.

Por ello se dice que el CP de 1850 debe estimarse regresivo en lo que afecta al desarrollo y protección de los derechos fundamentales de la persona. López Barja de Quiroga sostiene que esta regresión es sin duda consecuencia del “carácter autoritario del liberalismo personificado en Narvaez,”, el cual, contempló con temor la proclamación de la segunda República Francesa en 1848 al tiempo que surgían en España desordenes sociales y políticos³⁰¹.

1.2.3.2. *Responsabilidad civil.*

El CP de 1850 no modificó de forma sustancial el concepto, el fundamento ni las soluciones que se daban a la responsabilidad civil derivada del ilícito penal reguladas en el CP de 1848. Se continuaba regulando en los mismos arts. y bajo los mismos epígrafes, y sólo sufrió una modificación en este sentido el art. 16 mientras que el resto de preceptos que abarcaban la responsabilidad civil (art.15 al 18) y (art.115 al 123) eran fiel copia de CP de 1848.

²⁹⁹En este sentido creo que sería una de las soluciones a la responsabilidad civil establecida en la jurisdicción de menores atendida las graves contradicciones que tenemos con este nuevo tercer sistema de responsabilidad civil creado. El cual no se asimila ni a lo establecido en el CP ni a lo establecido en el CC.

³⁰⁰LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Códigos Penales Españoles*, p.321. Así LÓPEZ BARJA DE QUIROGA dice que: “Las novedades más destacables son la generalización como infracción penal de la conspiración y proposición para delinquir, al ser trasladada al libro I desde el II, en el que figuraba sólo anejas a ciertos delitos especialmente graves; la mayor severidad de los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público, incluyendo el delito de desacato; la posibilidad -art 2º párrafo 2- de solicitar el Tribunal indulto; incorporación del delito de escándalo público, etc. No faltan correcciones y adiciones más de estilo que de fondo.”.

³⁰¹LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Códigos Penales Españoles*, p.321.

El art. 16 fue modificado en dos aspectos: uno, en la regla primera, añadiendo la siguiente expresión: “á no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia” es decir, en cuanto a la responsabilidad en que incurre el guardador legal del loco o demente. Y dos, en la regla segunda, es decir referente a los menores de 15 años en el siguiente sentido: “Si no tuvieren bienes, responderán sus padres o guardadores en la forma expresada en la regla 1ª” y la regla primera indicaba: “á no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia.”. Como se puede observar, esta última modificación de la regla segunda es en realidad únicamente un cambio de estilo literario, ya que se indicaba lo mismo que en el CP de 1848 que decía que “si no tuvieren bienes, responderán sus padres ó guardadores, á no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia.”. Es decir, tanto en el Código de 1848 como en la reforma de 1850 los padres respondían de forma subsidiaria y se presumía su culpa.

Por lo tanto sólo debemos analizar si la expresión añadida en la regla primera del art. 16 modificaba o no el contenido y el fundamento de esa responsabilidad civil; es decir, de aquella en que incurre el guardador legal del loco o el demente. Entiendo que no implicaba modificación alguna, pues lo único que aportaba esta expresión era una presunción de culpa al guardador legal, mientras que en el Código del 1848 la misma no existía. En este sentido, y como consecuencia de esta presunción, se debía reformular la regla, pero no variaba en absoluto su fundamento. La reforma perfeccionaba el precepto y facilitaba su comprensión³⁰². Por lo tanto, de una parte, se establecía la responsabilidad del guardador legal cuando había incurrido éste en culpa o negligencia, la cual se presumía; y, de otra, respondía el loco o demente cuando el guardador legal no existía, cuando había actuado con diligencia o cuando este último no tenía bienes suficientes para hacer frente a esa responsabilidad. Esta responsabilidad subsidiaria del loco o el demente siempre era limitada: “, (...) salvo el beneficio de competencia en la forma que establece el Código civil.”. En ese sentido explicaba Pacheco este apartado³⁰³. Y como consecuencia de estas modificaciones, acababa criticando que se exigiera el mismo tipo de culpa al tercero que vigila a un loco o demente que al que vigila a un menor³⁰⁴. En realidad, lo que se

³⁰²Joaquín Francisco PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *El Código Penal concordado y comentado*. Tercera Edición, Barcelona, 1867, p.281. En idéntico sentido Pacheco.

³⁰³PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal Tercera edición*, p.282. Pacheco decía: “Primero: la responsabilidad del guardador cuando no ha habido diligencia en la guardia: segundo, la responsabilidad directa con beneficio de competencia, cuando tal diligencia ha existido o cuando no puede haber, o no es suficiente, la primitiva responsabilidad.”.

³⁰⁴PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal Tercera edición*, p.283. “parécenos también a nosotros que la fórmula para expresar la responsabilidad de los padres o tutores que establece

hizo con estas modificaciones fue equiparar ambas negligencias o culpas: tanto al guardador legal como al padre se les acababa presumiendo culpa o negligencia en su actuación.

Pacheco, sin embargo, consideraba más lógico que el guardador legal respondiese por culpa o negligencia levísima, en el caso del loco o demente, y que en caso de los padres, que respondían por sus hijos, estos respondiesen sólo por culpa o negligencia leve, pues, para él las obligaciones de unos con respecto de los otros eran y debían ser distintas³⁰⁵.

En última instancia, se debe indicar que en esta reforma, no se incluyó, de igual forma que tampoco se incluía en el CP de 1848, ninguna limitación en la responsabilidad civil subsidiaria de los padres, en cuanto que ésta no podía ser superior al importe de la legítima del hijo, que en cambio sí que se establecía en el CP de 1822. Pacheco continúa justificando de acierto esta no limitación con la siguiente expresión: el padre o el abuelo responde “de su culpa ó de su negligencia, que supone la ley”. Y continúa diciendo que “los efectos de este descuido ú omisión han de recaer sobre los que recaen todas las obligaciones, sobre la totalidad de lo que posee el obligado.”³⁰⁶.

1.2.4. *El CP 1870.*

1.2.4.1. *Introducción.*

este número debería ser diversa de la empleada en el número anterior. Si el encargado de un demente debería probar para eximirse que no existió por su parte negligencia ni culpa; el encargado de un menor de quince años no habría de tener, a nuestro juicio, una obligación tan indispensable. Creemos que la prueba no debería competirle, que su prueba no debería ser necesaria. Sólo le impondríamos responsabilidad cuando constase su descuido. Así lo decía primitivamente el artículo y no entendemos que se haya acertado reformándolo -la Junta del colegio de abogados- opina también como nosotros.”.

³⁰⁵PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal Tercera edición*, p.283. Así lo expresaba Pacheco indicando que: “No ha de ser una misma la custodia de que se rodee á un joven, que la que debe seguir á un demente. Si puede hacer daño el primero, el segundo es más fácil que lo haga, sobre todo, cuando la demencia es furiosa. A aquel no se le puede encerrar; á éste no hay necesidad alguna de dejarlo suelto. Respecto al uno no se puede pedir á su padre ó tutor más que la culpa leve; en lo tocante al otro, por la naturaleza de las cosas, puede llegar hasta la levísima.”.

³⁰⁶PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal Tercera edición*, p.283.

La importancia de este Código residía en que con él se intentaba armonizar la ley penal con la Constitución de 1869³⁰⁷. Supuso una reforma, sobre todo en las cuestiones de naturaleza política del Código de 1850; aunque que se asentaba sobre los pilares de aquel.

Como indicaba Antón Oneca la reforma fue útil en su aspecto político por la protección a los derechos individuales y la disminución de las penas que se exigía en base al nuevo ambiente histórico³⁰⁸. Sin embargo, el Código recibió duras críticas de Silvela, que posteriormente recogió Jiménez de Asúa, y de las que no estaba ausente una cierta ironía³⁰⁹. Tres ejemplos son suficientemente ilustrativos:

Se hablaba, de “<<la pena del torpe>>” ya que el condenado a cadena perpetua no podía ser indultado hasta pasados los treinta años de cumplimiento, mientras que, el que lograba escapar, obtenía la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción, a los veinte años de su fuga.

Se indicaba que aún existía <<la pena de herencia>> atendido que el condenado a una pena pecuniaria transmitía su condena a sus herederos, cuando este fallecía siempre y cuando la sentencia fuese firme.

Se consagraba “<<el triunfo de celestina>>” pues el marido víctima de adulterio de su cónyuge sólo podía deducir querrela contra <<ambos cónyuges>> pero no contra el cómplice del adulterio.

1.2.4.2. Responsabilidad civil.

La responsabilidad civil se encontraba regulada en los arts. 18 al 21 y del art. 121 al art. 128 del CP.

Groizard a la hora de comentar los arts. 19 al 21 que versan sobre “de las personas responsables civilmente de los delitos y faltas”, criticaba su regulación en el CP y decía que esos arts. se debían encontrar en la normativa civil³¹⁰. La

³⁰⁷José ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1870”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970 nº 23, pp.229 y ss, p.235. En este sentido indicaba que: “La Constitución de 1869 obligó a reformar el Código penal con gran rapidez”. Y de igual parecer LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Códigos Penales Españoles*, p.489.

³⁰⁸ANTÓN ONECA, *ADPCP*, 1970, nº 23, p.250. “La reforma fue útil en su aspecto político por la protección de los derechos individuales, y significó, además, un paso adelante en la mitigación de las penas exigida por el nuevo ambiente histórico.”. Y continuaba indicando que: “En el aspecto técnico el juicio debe ser menos favorable.”.

³⁰⁹LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Códigos Penales Españoles*, p.490. “Las realizadas por ELIAS VISLLÚ (anagrama de LUIS SILVELA) en un diario de Madrid”.

³¹⁰Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado*, Burgos, 1870. Tomo I, p.626. GROIZARD indicaba que es: “incuestionable que el artículo á que

contraposición a Pacheco era evidente: al comentar el CP de 1848 y 1850 decía que era una pequeña traslimitación, el hecho que se encontrasen estos preceptos en el CP, por no existir en la época en que se promulgó CC; mientras Groizard indicaba que eso no podía ser motivo, pues se podía haber creado por el legislador, ya en esa época, una Ley civil especial en este sentido.

Groizard también criticaba que no se hubiera reproducido el art. 123 del CP de 1848 y 1850, ya que consideraba que el poder social -es decir, el Estado-, se hallaba “en la imprescindible obligación de poner a todos los ciudadanos a cubierto” de los ataques de los individuos que quieren infringir la ley penal, y cuando el Estado no ha podido impedir esa infracción, debía cuanto menos, procurar que el individuo que ha soportado dicha infracción y se le ha producido un daño, sea este, reparado o indemnizado³¹¹. En su opinión, este deber debía llegar “hasta el extremo de que, en buenos principios, la reparación o indemnización recae sobre el Estado, caso de insolvencia de los responsables de los delitos.” Y acababa indicando que aunque no se hubiese creado nunca esa ley dicho precepto era un “*bello desideratum*” por el fundamento en el cual se basaba.

Como vemos por las críticas, las reformas introducidas por la promulgación del Código de 1870 no afectaron ni a la naturaleza ni al fundamento de la responsabilidad civil. Así, en el art. 18, se continuaba indicando que “Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente”. Y, por lo tanto, se seguía estableciendo el principio de que, la responsabilidad civil sigue a la criminal, en los casos en que como consecuencia de la responsabilidad criminal se haya producido un daño debiéndose entonces que restituir, reparar o indemnizar ese

vamos á dedicar nuestra atención y los demás subsiguientes de este capítulo, no están en su verdadero lugar en el Código Penal, debiendo ser objeto del civil;”. Y continua indicando: “no se sostiene de ningún modo como acertado y conforme á los buenos principios el que se hayan comprendido en el Código Penal las disposiciones relativas a la responsabilidad civil por algunos hechos que si á primera vista se presentan como delitos, no lo son en realidad; se escusa únicamente esta, que se llama traslimitación de aquellos, calificándola de bien pequeña, por no existir, en la época en que se promulgó, Código civil, ni probabilidad de que próximamente lo hubiera.”.

³¹¹GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.615. “El poder social, ya lo hemos repetido, se halla en la imprescindible obligación de poner á todos los ciudadanos á cubierto de esos ataques de que sus fuerzas aisladas no pueden garantizarlos, y si a pesar de tal deber llega el caso de que su protección, necesaria, venga á quedar ilusoria, á aquel sustituye otro no menos imprescindible, el de procurar reparar ó indemnizar los perjuicios por tales ataques producidos a los que de ellos hayan sido victimas, en cuanto la naturaleza de los mismos lo permita, llegando hasta el extremo de que, en buenos principios, la reparación o indemnización recae sobre el Estado, caso de insolvencia de los responsables de los delitos.”.

daño³¹². Aunque, como iremos analizando, la responsabilidad civil sí que sufrió modificaciones en cuanto a quién y cómo deben responder los sujetos.

En este sentido es importante analizar el art. 19 en el cual se establecía que “la exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 7º y 10º del art 8º no comprende la de la responsabilidad civil,” y que la misma, se debía sujetar a las siguientes reglas: “Primera. En los casos 1º, 2º y 3º son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco o imbécil y el menor de nueve años, o el mayor de esta edad y menor de quince que no haya obrado con discernimiento, los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia.”

Como se puede observar, la simple lectura del primer párrafo de la regla primera del art. 19 de este CP, muestra un giro copernicano en cuanto a la responsabilidad civil regulada en los Códigos penales de 1848 y 1850 (art. 16) así como la establecida en el CP de 1822 (art. 27). Se establecía de este modo una responsabilidad civil directa de los padres, hasta los 15 años, si el menor no había obrado con discernimiento. Y, en el caso de que actuaren con discernimiento los menores de nueve a quince años, respondían estos menores directamente³¹³. Es decir, como consecuencia de ese discernimiento, no se les declaraba exentos penalmente, y por lo tanto respondían criminalmente aunque, de forma disminuida; y, en cambio, de forma entera, respondían por el daño causado.

Además, en el caso de sujetos inimputables con discapacidades mentales (el “loco” y el “imbécil”)³¹⁴ se extendía la responsabilidad directa en los tutores o guardadores legales o de las personas que ejerciesen sobre ellas la patria potestad.

Esta responsabilidad directa de los padres tutores sólo era posible si incurrían en culpa o negligencia pero la misma se presumía: “a no hacer constar que no hubo por

³¹²GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.619. GROIZARD al comentar este art. indicaba: “Ahora solo importa fijarnos en el principio de que la responsabilidad civil sigue á la criminal, en los casos en que aquella tiene lugar; esto es siempre que haya cosa que restituir, daño que reparar ó perjuicio que indemnizar.”.

³¹³GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.632. En este sentido GROIZARD decía: “Cuando se trata de un menor en quien hay motivos para suponer ese conocimiento de lo bueno y dé lo malo y que comprende el daño material causado con sus actos, no debe, no puede declararse aquella exención, que tiene por base necesaria la declaración prévia de falta de discernimiento, sino que habrá de imponerse penalidad, si bien disminuida según el sistema del Código, y como consecuencia de esta la responsabilidad civil pesará entera y completamente sobre él.”.

³¹⁴El legislador de la época, en el art. 19 del CP, mencionaba específicamente a los locos, a los imbéciles y a los menores.

su parte culpa ni negligencia”. Por lo tanto, se establecía una presunción “*iuris tantum*” en contra del tutor legal y del que ejercitase la patria potestad³¹⁵.

Luego, en el siguiente párrafo, se establecían las causas por las cuales debían responder los sujetos inimputables por discapacidades mentales o por ser menores³¹⁶. Indicándose que estos, responderían cuando no tuviesen tutor legal, ni nadie que ejercitase la patria potestad, o bien, que estos fuesen insolventes y no alcanzase su patrimonio a cubrir el daño sufrido por el perjudicado. Finalmente el legislador indicaba que esa responsabilidad subsidiaria del menor, o inimputable por discapacidad mental (loco o imbecil), debía ser limitada “salvo el beneficio de competencia, en la forma que establezca la Ley civil.”. Groizard explicaba este apartado en el mismo sentido³¹⁷.

El legislador con este art. unificó el tipo de responsabilidad en que incurría el tercero responsable cuando el autor de la acción criminal era un menor de nueve años o de 15 que actuaba sin discernimiento, o se trataba de un loco o demente, y, la responsabilidad subsidiaria, en estos casos, Groizard entendía que esta unificación civil del tercero responsable era correcta³¹⁸, pues la obligación por la cual respondían era idéntica³¹⁹: su propia culpa, que se presumía; y, cuando estos

³¹⁵GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.633. En ese sentido GROIZARD indicaba: “Esta regla va más allá estableciendo una presunción de las llamadas en derecho *iuris tantum*, supone, da por cierta la culpa o la negligencia y por consiguiente la responsabilidad civil de las personas que nos referimos mientras no prueben la no existencia de aquellas.”

³¹⁶Art. 19 Primera Regla segundo párrafo CP de 1870. “No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes los mismos locos, imbeciles o menores, salvo el beneficio de competencia, en la forma que establezca la Ley civil.”

³¹⁷GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.636. “En los casos, pues, de los números 1º, 2º y 3º art 8 del Código la responsabilidad civil, cuando den lugar a ella, pesa por regla general sobre los que tengan bajo su potestad, o bajo su guarda legal a las personas a que dichos números se refieren, y sobre estas últimas; salvo el beneficio de competencia, si no estuviesen constituidas bajo la potestad o guardaduría de otro, o fuesen insolventes los que las tuviesen bajo la repetida potestad o guarda, o finalmente -añadimos nosotros- si estos hicieren constar no haber mediado culpa, ni negligencia de su parte. He aquí lo que entendemos prescribe en su letra y espíritu el texto que hemos comentado”.

³¹⁸GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.635. Y al comentar dicho art. decía: “Estamos, por lo tanto, enteramente conformes con la redacción dada a la regla 1º del artículo 19 del código reformado.”

³¹⁹A diferencia de Pacheco al comentar el Código de 1848 y su reforma de 1850 que entendía que la obligación de estos terceros variaba, de ahí, que sostuviera que se debía diferenciar el tipo de responsabilidad y criticase la Reforma operada en el 1850 pues en realidad en aquella reforma ya se estableció la presunción “*iuris tantum*” respecto del tercero.

terceros justificaban que no debían responder, debían responder de forma subsidiaria los sujetos responsables de la acción por un criterio de equidad³²⁰. Pues, en realidad, ninguno de los sujetos que realizaba la acción tenía capacidad; pero, ante la tesitura de quién debía sufrir ese daño, el legislador entendió que debían soportarlo ellos, y no el perjudicado criminal.

Por otro lado, en la regla segunda del art. 19 el legislador resolvía la cuestión civil cuando el daño se había producido como consecuencia de haberse precavido un mal. Su fundamento, como ya indicaba Pacheco y ahora Groizard, era el principio: “*nemo, cum alterius damno, debet fieri locupletior*”³²¹. Groizard entendía que en esta regla se consignaba el derecho, para que en caso de catástrofe y, en último recurso, el ciudadano pudiera “sacrificar por el momento los bienes de algunos en beneficio de los muchos”³²².

Así, en el párrafo primero, se mantenía que la responsabilidad civil la asumía el sujeto al cual se le había precavido el mal, así como la regla por la cual se debía calcular esa responsabilidad. En un primer momento era en proporción al beneficio que se le había reportado³²³; cuando esto no se podía determinar, en el párrafo

³²⁰GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, pp.635 y 636. “aquí no se trata de nada que tenga relación con criminalidad, ni aun con culpa, ni negligencia; no se trata de imponer ninguna pena ni castigo. Lo que hay es que la ley se coloca en el caso de hallarse una persona perjudicada por el hecho de un tercero, y por más inconscientemente que este la haya realizado, por más inculpable que quiera suponersele y en efecto lo sea, atendida la falta de voluntariedad inteligente en su acción, encuentra que no hay razón, ni derecho para obligar al perjudicado a soportar el daño sufrido mientras existan términos hábiles de reparación.”. Y continuaba indicando: “La cuestión mas que de estricta justicia es, a nuestro parecer, de equidad y lo que esta dicta se halla consultado y atendido en la prescripción legal que vamos examinando.”.

³²¹GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.639. GROIZARD indicaba: “la regla objeto de nuestro examen tiende a garantizar la correspondiente indemnización de parte de estos a los primeros, siendo su fundamento el axioma jurídico *nemo, cum alterius damno, debet fieri locupletior*.”.

³²²GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.638. GROIZARD decía que: “Ocurren con frecuencia catástrofes que no solo amenazan destruir intereses de algun particular, sino de muchos; tambien las hay que ponen en peligro á poblaciones y hasta comarcas enteras; y en todas preséntase la probabilidad de que sacrificando los de alguno ó algunos se pongan á salvo los de los demás. No cabe duda que en tales situaciones esto debe ejecutarse; tampoco la hay en la justicia de no hacer pesar únicamente el perjuicio sobre los inmediatamente sometidos á él; deben compartirlo con ellos todos los amenazados por la catástrofe.”.

³²³GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.639. En idéntico sentido GROIZARD indicaba: “Pueden, en primer lugar, conocerse de una manera positiva las personas en cuyo favor se haya precavido el mal y la cuantía del perjuicio que de no suceder así hubiera cada una sufrido; entonces deben indemnizar al dueño de los bienes en que se ha causado el daño en proporción del beneficio que hubieren reportado librándose de aquel.”.

segundo se indicaba que el Tribunal, a su prudente arbitrio, debía asignar las cuotas y establecerlas en proporción cuando había pluralidad de sujetos responsables³²⁴. Y, finalmente, se indicaba en el último párrafo³²⁵, una serie de casos que impedían las primeras aplicaciones, y que en realidad, suponían, según Groizard la inaplicación de la regla³²⁶. Pues tampoco el legislador había desarrollado las leyes que se indicaban en el último párrafo.

En la regla tercera de art. 19, permanecía la solución que se establecía en Códigos precedentes cuando se causaba un daño como consecuencia de un miedo insuperable. Respondía de forma directa el causante del miedo³²⁷ y, de forma subsidiaria el que ejecute el hecho como consecuencia de ese miedo³²⁸. Y, aquí, en

³²⁴GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, pp.639 y 640. GROIZARD indicaba: “Cabe también que ocurra, y esto será muy frecuente, no poderse obtener fijeza en aquellos datos, por presentarse obstáculos insuperables para apreciar exactamente el beneficio reportado; ó sea el perjuicio que hubiera sufrido cada uno de los amenazados por la catástrofe, de no conseguirse dominarla. Mas por ello no ha de quedar paralizada la acción de los Tribunales, ni ha de pesar todo el daño sobre el que fué sacrificado en interés de los otros y para conseguirlo la regla determina en su segunda parte que, en tal hipótesis, los mencionados Tribunales señalaran, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder.”.

³²⁵Art. 19 Segunda Regla párrafo 3º del CP de 1870. “Cuando no sean equitativamente, ni aún por aproximación, las cuotas respectivas, ó cuando la responsabilidad se extienda al Estado ó á la mayor parte de una población, y en todo caso, siempre que el daño se hubiere causado con el asentimiento de la Autoridad ó de sus agentes, se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes ó reglamentos especiales.”.

³²⁶GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.640. GROIZARD sostenía que: “esta tercera parte de la regla 2.ª viene á hacer casi inútiles las dos primeras, lo cual unido á la carencia de leyes ó reglamentos especiales á que en su final alude, la convierten, toda ella, en una letra muerta como lo ha sido casi completamente desde la promulgación del Código de 1850, de cuyo artículo 16 formaba parte.”.

³²⁷GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.642. GROIZARD en idéntico sentido que Pacheco, cuando hemos comentado el Código de 1848, decía que: “Declarados por el art 13 del Código responsables criminalmente, como autores de los delitos, los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlos y determinando por el 18 que toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta lo es también civilmente; la primera parte de la regla que precede constituye una verdadera y evidente redundancia.”. Y continuaba diciendo: “han de responder en primer término de la reparación del daño ó indemnización de perjuicios los que hubiesen causado el miedo.”.

³²⁸GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.642. GROIZARD justificaba esta subsidiariedad de la siguiente forma: “el amenazado tiene esta facultad de elección, si al realizar el delito, cediendo á la amenaza, opta por lo que le es más útil, relativamente hablando; aun cuando sea perjudicial á un tercero, nada más en su lugar que, en el caso de no poder obtener aquel la debida reparación, del verdadero autor del delito, recaiga la obligación en su material ejecutor.”.

este Código para el caso del responsable subsidiario el legislador añadió que a este último se le debía dejar a salvo “el beneficio de competencia”.

Esta limitación no estaba en el Código de 1848, como he indicado, en su momento, y Pacheco sostuvo que era de interés que existiera esta limitación; en cambio, Groizard indicaba que no se acaba de entender esa limitación³²⁹. En este sentido, es lógica la posición de Groizard: en esta responsabilidad subsidiaria, el que responde - y esto es defendido por ambos autores- “ha elegido”, y, si ha elegido causar el daño, el sujeto debe de responder por todo ese daño causado. El motivo de la subsidiariedad es justa pero esta limitación entiendo que no.

Por otro lado el Código abordaba, como los anteriores el objeto de “determinar el alcance de la acción civil, fijar sus límites y señalar sus efectos”³³⁰ y así, en el art. 121, en correlación con lo regulado en el Código de 1848 y la reforma de 1850 el legislador indicaba los tres conceptos que abarcaba la responsabilidad civil: la restitución, la reparación y la indemnización³³¹. Con idéntico contenido, y estructura que en el Código anterior 1850 se desarrollaban: la restitución (art. 122), la reparación (art. 123) y la indemnización (art. 124).

En el art. 122 se indicaba cómo tenía que ser la restitución, quién la debía realizar, soportar y en qué circunstancias no se podía realizar³³². En realidad, como decía Groizard, este párrafo segundo del art. 122 obedecía a la finalidad de “hacer desaparecer los efectos materiales del delito” y su base era el “riguroso derecho del damnificado a ser cumplidamente reparado”; por lo tanto, es “inexcusable” “que cedan todos los demás”. Así indicaba:

³²⁹GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo I, p.644. “la desgracia como la suerte son y deben recaer en primer término sobre los que la tienen: razón todavía más aplicable al caso de que nos ocupa ahora, pues el amenazado se libra de sufrir un mal causándolo á un tercero, lo cual no sucede por regla general en el del loco ó menor, y sin embargo se le ha concedido, como á aquellos, el beneficio de competencia que por la circunstancia espresada, no debía en estricta justicia, á nuestro juicio, alcanzarle.”.

³³⁰GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.524.

³³¹GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.524. GROIZARD indicaba que “la responsabilidad, á que se refiere, se traduce en las obligaciones de restituir, reparar el daño causado é indemnizar perjuicios.”.

³³²GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.529. Al explicar la restitución indicaba: “Tenemos, pues, en resumen, que la restitución ha de hacerse, siempre que sea posible, de la misma cosa, con abono de sus deterioros ó menoscabos y de las pérdidas que la privación de su disfrute hubiere causado al dueño de ella, por cualquier concepto, cuyo importe habrán de regular los Tribunales á su prudente arbitrio; pero teniendo en cuenta el resultado de las tasaciones periciales ó de los otros datos que permita traer al proceso la naturaleza de los deterioros, menoscabos ó pérdidas.”. En idéntico sentido que Pacheco al comentar el CP anterior.

“El poder social no debe dar por terminada su misión, tratándose de la persecución de un acto punible, mientras no haya conseguido, o al menos hecho todo lo posible humanamente para conseguir, la reparación de sus consecuencias respecto a la persona o personas contra quienes se perpetrara, aquel deber lleva envuelto en sí, el de hacer efectiva la restitución, cuando la índole del delito dé lugar a ella, aunque la cosa se halle en poder de un tercero y este la haya adquirido por un medio legal”³³³.

Groizard, al buscar una justificación de por qué recae la responsabilidad sobre un tercero ajeno al hecho delictivo, intenta buscar una culpa o negligencia en el tercero extraño al delito y finalmente acaba indicando: “de todo lo cual se deduce, en último término, ser más justo que el perjuicio venga a recaer en ellos y no en quienes fueron víctimas de las asechanzas de los malhechores.”³³⁴. Además, sostenía, que el tercero no resultaba perjudicado. Pues en realidad, el art. no indicaba que este tercero deba responder de todo el concepto de la responsabilidad civil. Y que en todo caso, cuando éste respondía, se le concedía el derecho a repetir y, por lo tanto, nunca resultaba perjudicado.

Finalmente en el tercer párrafo, el legislador indicaba que el art. no era aplicable “en el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable”. Y, por lo tanto, aquí si que había una modificación en relación con el art. 116 del año 1850 que indicaba: “no ser aplicable lo dispuesto acerca de la restitución de tercero cuando este haya prescripto la cosa con arreglo á lo establecido por las leyes civiles.”. No obstante la diferencia es más literaria que de base, pues el fundamento y la explicación de dicho párrafo, era idéntico, garantizar la seguridad jurídica.

En el art. 123 se explicaba en qué consistía la reparación y qué conceptos alcanzaba. El legislador diferenciaba los términos reparación e indemnización. Así usaba el término reparación, sólo para los daños que eran consecuencia de atentados contra la propiedad, e indemnización, sólo para los que eran consecuencia de los delitos cometidos directamente contra las personas.

El texto del Código diferenciaba claramente entre restitución, reparación e indemnización, para dejar esta última en los daños a personas. Frente a este criterio,

³³³GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, pp.527 y 530.

³³⁴En este caso a diferencia del menor, o de inimputables por discapacidades mentales (el loco, o el imbecil) GROIZARD si que entiende que procede buscar la culpa o la negligencia en el tercero ajeno y no habla en absoluto de equidad. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.530 Así indicaba: “aparte de que si en cada uno de los casos, entráramos á hacer un minucioso análisis, raros serían aquellos en que no halláramos, de parte de los tenedores de las cosas que habrían de restituirse, alguna culpa o descuido en averiguar la procedencia de ellas antes de adquirirlas;”.

Groizard entendía que era más lógico unificar los términos diferentes con la expresión “indemnización de daños o perjuicios”³³⁵ y criticaba que dentro del concepto de reparación, se incluyera por el legislador “el de afección del agraviado”³³⁶. En efecto, entendía que a la afección no se le puede poner precio, y que se debería de haber reformado en este aspecto suprimiendo la referencia. Aunque él nunca había visto que nadie ponga precio a la afección.

En cuanto a lo demás, tal y como indicaba Pacheco al comentar el Código de 1848 y ahora Groizard, la reparación, la valoraba el Tribunal en función del precio de la cosa siempre que fuera posible y además en base a la afección de agraviado³³⁷. Pero, este último, ya indicaba que esa reparación no sólo se debía calcular con estos dos conceptos indicados por el legislador, sino que se debía también valorar “el perjuicio que se le causara, por su privación bajo cualquier concepto,” al perjudicado³³⁸.

En el art. 124 se indicaba como se debía calcular el importe de la indemnización³³⁹. Y que dicha cuantía, no sólo era la que se causaba respecto al agraviado, sino que en la misma se debía incluir el perjuicio causado por razón del delito a la familia del agraviado y “á un tercero.”. El planteamiento era el mismo que el establecido en el Código de 1850. La indemnización sólo abarcaba al perjuicio que provocaba un delito contra las personas y la forma de cuantificarse era idéntica a la regulada para

³³⁵GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.533. GROIZARD entiende que sería mejor comprender en un sólo termino jurídico este resarcimiento denominándolo “indemnización de daños o perjuicios”.

³³⁶GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.534. “Someter los sentimientos a cotización lo consideramos hasta inmoral”.

³³⁷GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.533. El cual indicaba: “En la imposibilidad de fijar puntos de partida concretos y determinados para la reparación, el artículo la somete á la regulación de los Tribunales, que deberán atender al precio de la cosa, siempre que sea posible, y al de afección del agraviado. Queda de consiguiente mucho en la materia al arbitrio judicial;”.

³³⁸GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, pp.533 y 534. Así decía: “Es claro que no han de limitarse aquellos al precio de la cosa y al de la afección del agraviado, únicos expresamente consignados en el precepto legal, como lo demuestra el estarlo solo condicionalmente: aun en el supuesto de aparecer comprobado con certeza el enunciado precio, no bastará en la generalidad de los casos el resarcimiento de él para constituir satisfacción cumplida al damnificado, pues en ella ha de entrar también el del perjuicio que se le causara, por su privación, bajo cualquier concepto, sin que hubiera sido inútil á lo que entendemos, hacer en el artículo alguna indicación en dicho sentido.”.

³³⁹GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.535. GROIZARD remarcaba que la indemnización sólo comprendía a reparar los daños causados por los delitos contra las personas así decía: “se limita á los perpetrados directamente contra las personas;”.

calcular la reparación. Groizard criticaba esta forma de cuantificación indicando que la indemnización no puede nunca cuantificarse en base al precio de la cosa y al de la afección del agraviado pues la misma sólo versa sobre los delitos contra las personas a diferencia de la reparación y, que lo lógico, sería que el legislador estableciese un segundo párrafo para ambos artículos, que sólo estableciera: “que por los Tribunales han de regularse el importe de la indemnización y el de la reparación”³⁴⁰.

A diferencia de lo sostenido por Pacheco al comentar el Código de 1848, para Groizard el tercero no puede ser cualquiera, sino sólo aquel que dependa del agraviado y en cuanto al perjuicio, entendía que sólo se debía atender aquel que derivase estrictamente del delito³⁴¹.

La razón del art. 125 como dice Groizard -y aquí coincide con Pacheco, al comentar art. similar en los Códigos anteriores;- derivaba del propio concepto de la accesoriadad de la acción responsabilidad civil en el proceso penal y de la propia naturaleza de esta acción de responsabilidad civil en el proceso penal³⁴². No hay que olvidar que estamos ante una acción puramente civil y, por lo tanto, era y es objeto de trasmisión como cualquier acción civil. Es decir: podrán responder los herederos del responsable penal siempre y cuando estos hubiesen aceptado la herencia, y podrán reclamar -es decir, sostener la acción- los herederos del perjudicado.

En el art. 126 el legislador planteaba la misma solución que en los anteriores Códigos comentados cuando había una pluralidad de sujetos responsables civilmente de un delito o una falta e indicaba: “En el caso de ser dos ó más los

³⁴⁰GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.538.

³⁴¹GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, pp.537 y 538. “para nosotros el tercero á quien se refiere, ha de hallarse constituido, si ha de comprenderle el precepto de la ley, en condiciones análogas á las en que se encontraría en su caso la familia del que fuera victima del hecho punible; esto es, que por cualquier circunstancia dependiera su subsistencia de aquel.”

³⁴²GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, pp.539 y 540. En idéntico sentido GROIZARD decía: “Las acciones civiles nacidas de un delito ó falta, se dan á, y contra, los herederos de los agraviados y de los delincuentes respectivamente; a diferencia de las penales que si, por regla general, pueden ser ejercitadas por los herederos y por los parientes más inmediatos de los que fueron victimas del hecho criminal, nunca es dable dirigirlas sino contra los reos de él. La pena tiene un carácter personalísimo;” y continua diciendo: “Así es que las obligaciones de que estamos tratando, al pasar a los herederos entran del todo en las condiciones del derecho común y pierden el carácter especial que en cuanto a los delincuentes tenían como accesorias y complemento de la responsabilidad criminal, y de aquí que sólo puedan hacerse efectivas a instancia de parte y afectando íntegramente, o nada mas en cuanto los herederos percibieron de su causante, según hubiesen aceptado la herencia sin el beneficio de inventario ó con él.”

responsables civilmente de un delito o falta, los Tribunales señalaran la cuota de que deba responder cada uno.”. En realidad como señalaba Groizard el legislador daba una solución lógica, cada responsable civil estará obligado por su propia cuota, y en función de su culpabilidad³⁴³. Como consecuencia de esta norma lógica, el legislador debía buscar la protección a toda costa del perjudicado, y ponía en el art. siguiente un conjunto de soluciones para que la regla general no impidiera u obstaculizase el resarcimiento total de los perjudicados.

La base y fundamento de estos dos preceptos están en correlación con los arts. de los Códigos anteriores³⁴⁴. Pero aquí, sí que debemos hacer hincapié en sus modificaciones. Como se ha indicado al comentar el CP de 1822 (arts. 92 y 93), el legislador expresó que esta obligación que imponía la responsabilidad civil era mancomunada; con respecto al art. 121 del Código de 1850 se continuaba hablando de mancomunidad. Pero como muy bien indicaba Groizard era un error del legislador³⁴⁵. Se llamó mancomunidad a lo que realmente se quería que fuese solidaridad pues la solidaridad era el principio que en la Ley Recopilada se determinaba cuando podía repetirse por el todo, contra cada uno de los comprendidos en cualquier obligación³⁴⁶.

Así, el legislador introdujo el concepto de cómo debían responder cada uno de los sujetos enumerados indicándose de forma clara que esta responsabilidad era

³⁴³GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.545. En idéntico sentido GROIZARD indicaba que: “los Tribunales, en los casos en que sean varios y por distintos conceptos los responsables de cualquier delito, deben fijar, cuando haya lugar a la responsabilidad civil, las cuotas que respectivamente hayan de satisfacer los autores, los cómplices y los encubridores señalando una para cada clase de los enunciados delincuentes que habrán de abonarlas á partes iguales, ó en la proporción que el Tribunal estime justa, atendidos los meritos del proceso;”.

³⁴⁴GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.543. “También hicimos observar (1) que la responsabilidad civil, cuando los hechos punibles dan origen a ella, es accesoria y constituye un complemento de la penal; complemento de todo punto necesario si la persecución de aquellos hechos ha de llenar los verdaderos fines a que está llamada, siendo en su consecuencia, asimismo preciso fijar la graduación de ella;”.

³⁴⁵GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.545. “Lo único esencial que se ha hecho ha sido enmendar una inexactitud jurídica que se observaba en el primitivo artículo, llamando mancomunidad a lo que realmente se quería fuese solidaridad, con arreglo a las prescripciones del derecho civil, pues esta y no aquella existe, según expresamente lo determina una Ley Recopilada, cuando puede repetirse por el todo contra cada uno de los comprendidos en cualquier obligación.”.

³⁴⁶El autor se refería a la Novísima Recopilación. El CC es de 1889. Aunque actualmente en el Código civil sucede lo mismo.

“solidaria” con todo lo que ello comportaba³⁴⁷. Y, “cada uno dentro de su respectiva clase,” es decir “los autores los cómplices y los encubridores” “serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.”.

Groizard entendía que era correcto que las costas no estuviesen incluidas en este art. 127 como ya se hacía en el Código de 1850³⁴⁸. Pues, en su opinión, las mismas eran una pena; además, indicaba que el título en el cual se encontraban estos dos arts. estaba dedicado a “la responsabilidad civil” y por lo tanto no había motivo para ser tratado en estos dos arts. La contraposición con Pacheco era evidente, pues como ya dije, era especialmente crítico en su comentario al art. 121 del CP de 1848 por su no inclusión.

Ninguna otra diferencia sustancial en el texto puede reseñarse, y tan sólo algún aspecto destacado de los comentaristas. Groizard dedicó algunas líneas a resaltar la relevancia del “título lucrativo” del partícipe como característica esencial del art. 128, por una parte³⁴⁹. Por otra, criticó que no se incluyera una responsabilidad subsidiaria del Estado, tal y como se hacía en el Código de 1850³⁵⁰.

1.2.5. *El CP 1928.*

1.2.5.1. *Introducción.*

El Código de 13 de septiembre de 1928 constaba de 858 artículos. Era un Código mucho más represivo que el de 1870 pues en gran cantidad de delitos se

³⁴⁷GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.545. Groizard indicaba: “pero siendo solidariamente responsables por el todo de aquella los co-reos de cada clase y subsidiariamente y en el orden de criminalidad, de más a menos grave, los de unas por los de las otras; salvo el derecho de repetición entre si que se les reserva en el párrafo último del artículo, y que, aun cuando no se les reservase, tendrían según las disposiciones del derecho comun.”.

³⁴⁸GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, pp.545 y 546.

³⁴⁹GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.547. GROIZARD al comentar el art. indicaba: “no ser suficiente, para que haya lugar a su aplicación, cualquiera participación de tercero en los efectos de un delito, sino que ha de ser esta de tal naturaleza que aumente, ya sea en poco o en mucho, el peculio o la fortuna del participante: entonces y sólo entonces podrá decirse con propiedad que lo ha sido a título lucrativo según consigna el artículo.”.

³⁵⁰GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, p.544. Alaba la idea del legislador de 1848/1850 en cuanto al art. 123. “principio reducido a la necesidad de procurar por todos los medios posibles el completo resarcimiento al perjudicado y cuyas consecuencias llegan hasta el extremo de que en estricto derecho, la obligación de realizarlo (...) recae en el Estado; como venia a reconocerse por el Código de 1850”.

conjugaban las penas privativas de libertad con las penas de multa y, se establecía como norma que el impago de la pena de multa y de la responsabilidad civil daba lugar a la privación de libertad. Debemos partir de la base que este Código tenía como orientación “la defensa social”³⁵¹.

En relación con los menores se establecía que eran irresponsables criminalmente los menores de 16 años, y que a los mayores de nueve años y menores de 16 años se les sometía a los Tribunales tutelares para niños cuando cometían un hecho delictivo. Además, en la disposición transitoria del Código, art. 855, se indicaba que, en el caso que estos Tribunales no existiesen, en el lugar donde se había cometido el delito se juzgaría a estos menores por el Tribunal penal de adultos pero bajo los principios y las normas de esta disposición³⁵².

³⁵¹SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.36. En este sentido SAN MARTÍN LOSADA decía que: “el código de 1928 responde casi exclusivamente, al principio de defensa social.”. El mismo autor, añadía que CREHUET, en la memoria que como Fiscal del Tribunal Supremo leyó en la apertura de los Tribunales del año judicial año 1927-28, refiriéndose al Proyecto de Código elevado ya al Ministro, dijo: “que esos principios, transformadores de Códigos e Instituciones penales, ya se sabe que son los de la defensa social, la especificación del delito y la individualización de la pena”.

³⁵²Disposiciones transitorias. CP 1928

Art. 855. “En las provincias del Reino en que no existan aún Tribunales tutelares para niños y mientras estos organismos no se establezcan en ellas, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Están exentos de responsabilidad:

1.º Los menores de nueve años. Cuando éstos ejecutaren un hecho calificado por la ley de delito o falta, serán entregados a su familia con encargo de vigilarlos y educarlos.

2.º Los mayores de nueve años y menores de dieciséis, a no ser que hayan obrado con discernimiento. El Tribunal sentenciador hará declaración expresa sobre este punto para poder imponer las penas o declararles irresponsables.

b) Los menores comprendidos entre las expresadas edades, acusados por delitos o faltas cometidos en territorio al cual alcance la jurisdicción de algún Tribunal tutelar para niños, no podrán ser sometidos a otros procedimientos ni sanciones que los autorizados por la ley y Reglamento de dichos Tribunales tutelares.

c) Cuando al lugar donde se cometió el delito o falta no alcance la jurisdicción de ningún Tribunal tutelar para niños, el mayor de nueve años y menor de dieciséis responsable de la infracción, será juzgado conforme a los preceptos de la ley de Enjuiciamiento criminal y le serán aplicados los del Código o de la ley penal que corresponda; pero durante el proceso no sufrirá en ningún caso prisión preventiva en los establecimientos destinados a este fin, si bien el Juez instructor podrá acordar su reclusión provisional en asilos o establecimientos destinados al cuidado de la infancia, cuya designación facilitarán los Alcaldes a cargo de los Ayuntamientos respectivos; y cuando recaiga sentencia condenatoria, el Tribunal sentenciador otorgará siempre el beneficio de suspensión de condena por un año, transcurrido el cual sin que el reo haya delinquido de nuevo, se considerará, remitida la condena. La suspensión de condena se otorgará a los menores de dieciséis años, aunque tuvieran pendientes otras, y el fallo o fallos en suspenso sólo serán

1.2.5.2. Responsabilidad civil.

El CP de 1928 tenía como criterio especialmente novedoso la responsabilidad civil en los delitos de violación, estupro y rapto. En este sentido Jiménez de Asúa³⁵³ y Antón Oneca,³⁵⁴ añadían que consideraban que en este Código, estaba mejor regulada la responsabilidad civil que en el Código de 1870.

ejecutados cuando el reo delinquiera de nuevo después de cumplir los dieciséis años corriendo el plazo de la suspensión.

Durante el período de suspensión de la condena, el Tribunal sentenciador podrá someter a estos menores, en lo posible, a las medidas protectoras contenidas en la legislación reguladora de los Tribunales tutelares para niños.

d) En ningún caso se estimará la circunstancia agravante de reincidencia cuando el reo haya delinquirido antes de cumplir dieciséis años; y nunca podrán ser apreciadas como determinantes de reincidencia, cuando se trate de reos mayores de dieciséis años, las condenas que les hayan sido impuestas por delitos cometidos antes de cumplir dicha edad.

e) Las condenas por delitos cometidos antes de cumplir dieciséis años no impedirán la concesión a los reos a quienes les hubieran sido otorgados los beneficios de la suspensión de la condena, la primera vez que sean condenados por delito cometidos después de cumplir dicha edad.

f) Los Jueces y Tribunales no remitirán al Registro central de antecedentes penales para su inscripción, testimonio de las condenas impuestas por delitos cometidos cuando los reos no hubieran cumplido dieciséis años de edad.

Cuando los encargados del Registro central de antecedentes penales hayan de certificar los relativos a cualquier persona, no lo harán nunca de las condenas impuestas por delitos cometidos siendo menor de dieciséis años la persona de cuyos antecedentes se certifique.

La inscripción de condenas impuestas a quienes sean menores de dieciséis años en los Registros de cada Juzgado o Tribunal, no entrañará otro alcance que el de hacer constar todos los datos de la causa necesarios para conocer las circunstancias de ésta y para la ejecución del fallo recaído; pero los encargados de dichos Registros no certificarán nunca de tales inscripciones, y, si lo hicieran, aparte de la responsabilidad en que incurran, las certificaciones expedidas no producirán efecto legal alguno.

g) En los delitos cometidos por los menores de nueve años y mayores de esta edad y menores de dieciséis, la exención de responsabilidad criminal no será extensiva a la civil.

En estos casos serán responsables civilmente de los hechos ejecutados por el irresponsable los que le tengan bajo su potestad o guarda legal, a no probar que no hubo por su parte culpa o negligencia.

No habiendo persona que le tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderá con sus bienes el mismo menor, en la forma y con las limitaciones relativas a la congrua alimenticia establecida por las leyes civiles.”.

³⁵³ANTÓN ONECA, *RGLJ*, 1929. p.7.

³⁵⁴ANTÓN ONECA, *RGLJ*, 1929. p.29.

El estudio de este Código es importante para el trabajo que realizamos pues era la primera vez que existiendo un CC, y una Ley Tutelar de menores se promulga un nuevo CP. Ya se mencionó anteriormente el debate entre Pacheco, que mantenía que se debía y podía regular la responsabilidad civil en el mismo CP y que era una pequeña traslimitación, regular la responsabilidad civil en el CP pues no existía CC; y Groizard, para quién se debía regular la responsabilidad civil en el CC o en una Ley especial. En este sentido es importante ver que estamos ante el mismo principio de responsabilidad civil que el regulado en los anteriores Códigos penales, pues el legislador continuaba regulando la responsabilidad civil en el CP. Aunque hay tres tipos de legislación: CP, CC y Ley tutelar de Menores, sólo existen dos sistemas de responsabilidad civil: la regulada en el CC, y la regulada en el CP, ya que en la Ley de Tribunales Tutelares para Niños se indicaba (art. 9) que la responsabilidad civil en que incurriesen dichos menores se sustanciaría ante la jurisdicción civil y por las normas del CC.

Por un lado, este Código concedía a los tribunales una especial amplitud en cuanto al uso del arbitrio judicial. Así, el Juez podía moderar esta responsabilidad civil a la hora de establecer la subsidiaria sin atenerse a la que se señalase para el responsable directo³⁵⁵. Además, el Tribunal disfrutaba también de este arbitrio judicial a la hora de establecer las cuotas proporcionales a cada uno de los interesados en cobrar dicha responsabilidad civil y para acordar el pago de la indemnización de una vez o en distintos plazos. Todo ello se encontraba regulado en el art. 83 y era novedoso, pues en los anteriores Códigos no se había planteado nunca esta facultad de arbitrio a la hora de exigir la responsabilidad civil en cuanto a las formas de pagos, plazos y otros aspectos similares. También había arbitrio para fijar la cuantía de la multa, dentro de los límites señalados en cada caso. Y, de forma general, se puede indicar que el Código concedía al juzgador un amplio margen a la hora de imponer penas.

A ello se añadía que, en los delitos contra la honestidad, injuria, calumnia y difamación, a la hora de valorar los perjuicios morales se debía tener en cuenta - además de los factores que luego indicaré al analizar el concepto de indemnización del art. 75 del Código-, todo lo que representaba desprestigio y sufrimiento moral, aunque no repercutiese en el patrimonio del ofendido y siempre en relación con la calidad social de éste.

Para los autores de los delitos de violación, estupro y rapto, además de la responsabilidad civil, se establecían unas reglas en cuanto al importe de la dote que

³⁵⁵SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.48. En este sentido tal vez pueda establecerse un cierto paralelismo con lo que pasa en esta fundamentación y la ley de responsabilidad penal del menor del año 2000 y su reforma del 2006.

estos debían asumir como consecuencia de su delito. Y que estaba en relación con la posición de la ofendida y del culpable. Además, se determinaba que, cuando la calidad del origen impedía el reconocimiento como hijo natural, el hecho de la paternidad declarado en la sentencia obligaba a cumplir con los deberes que el CC imponía a los padres respecto a los demás hijos ilegítimos y se añadía que el que contraía matrimonio de forma ilegal y que conllevaba la nulidad del vínculo, el contrayente doloso, también estaba obligado a dotar a la mujer que contrajo matrimonio de buena fe³⁵⁶.

Asimismo, se establecían unos mecanismos específicos en el Código para conseguir el pago de la responsabilidad civil en paralelo al pago de la pena de multa. Todo esto se encontraba regulado en los arts. 169, y del art. 179 al art. 181 del Código. En el art. 169 se establecía como se debían computar los ingresos que percibía el preso para cubrir las responsabilidades civiles del reo³⁵⁷. En el art. 179 se indicaba cómo se debía pagar la pena de multa. El legislador regulaba de forma específica entre otras: el caso en que se conjugaba la pena privativa de libertad junto con la pena multa cuando el reo carecía de bienes³⁵⁸. En el Código se indicaba que pagaría la multa con el producto de su trabajo a que se dedicase mientras esté preso, destinándose para el pago un tercio de lo que percibiera por su trabajo y si cuando era licenciado no había satisfecho la totalidad de la pena de multa el resto lo abonaría como el resto de las personas cuando están en libertad. Si en la sentencia al condenado se le declaraba vago y no buscaba y no aceptaba trabajar, se indicaba

³⁵⁶Todo esto se encontraba regulado en los arts. 84 y 85 del CP. SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.80. Así en términos muy parecidos SAN MARTÍN LOSADA indicaba que: "además de la responsabilidad civil, se ha de imponer a los autores de los delitos de violación, estupro y rapto aunque estableciendo reglas respecto al importe de la dote, que estará en relación con la posición de la ofendida y del culpable; y determinando que, cuando la calidad del origen impidiere el reconocimiento como hijo natural, el hecho de la paternidad declarado en la sentencia, obligará a cumplir los deberes que el Código civil impone a los padres respecto a los demás hijos ilegítimos."

³⁵⁷Diego María CREHUET DEL AMO, "Código Penal de 8 de septiembre de 1928 con las aclaraciones ordenadas por Real decreto de 10 de diciembre siguiente, anotado y concordado e ilustrado con jurisprudencia pertinente del Tribunal Supremo". *Revista de los Tribunales*. Editorial Góngora, - Madrid, 1929, pp.1 y ss., p.211. Este autor indicaba que concuerda con el art. 114 del CP de 1870.

³⁵⁸SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.85. En términos muy parecidos SAN MARTÍN LOSADA indicando que: "Si el condenado al pago de multa, lo es al propio tiempo a pena de privación de libertad, y carece de bienes, pagará aquélla con el producto del trabajo a que se le dedique mientras esté preso, destinándose a ello la tercera parte de lo que deba percibir; y si al tiempo de ser licenciado, no ha satisfecho la totalidad, el resto lo hará en la misma forma que la establecida para los que hayan de cumplir la pena multa estando en libertad."

que se le obligaría a trabajar en obras públicas, o se le internaría en casas o asilos de trabajo y que la mitad del jornal se debía dedicar al pago de la multa³⁵⁹.

En el art. 180 establecía la pena específica del incumplimiento de condena, al que realizaba maquinaciones para no pagar la pena de multa, y se creó el concepto incumplimiento de condena cuando el reo se negaba a trabajar, cuando ocultaba sus bienes, los cedía o los vendía de forma fraudulenta para no pagar la pena de multa; si ésta no se hacía efectiva, al reo se le podía recluir en el establecimiento que se designase de los destinados para cumplir prisión o arresto, según los casos, para que el producto de su trabajo se aplicase a lo que le faltase por pagar, pudiendo llegar esta privación de libertad a ocho meses si se trataba de un delito y cuarenta días si era una falta³⁶⁰.

La forma de cobrar la responsabilidad civil era idéntica a la establecida para el cobro de la pena multa, y se establecía que todo el haber que percibiese sería destinado por mitad, cuando no estén cumplidas las penas multas y las responsabilidades civiles, al pago de las mismas. (Art. 181).

Finalmente, en el art. 182 se indicaba que el responsable subsidiario podrá repetir contra el responsable directo de la misma forma que se establece para el cobro de la pena multa e indemnización civil.

El Capítulo IV del Título II se titulaba “De la responsabilidad civil” y, el mismo alcanzaba del art. 72 al 82 del Código.

En las referencias específicas a la responsabilidad civil el art. 72 era una fusión de los arts. 18 y 121 del CP de 1870, y añadió un cuarto apartado para las costas procesales³⁶¹. Es decir, el concepto de responsabilidad civil se amplió respecto al

³⁵⁹SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.85. En idéntico sentido decía: “Si en la sentencia es declarado vago, y no busca o acepta voluntariamente trabajo, se le obligará a trabajar en obras públicas o se le internará en casas o asilos de trabajo (cuando las haya), y la mitad del jornal se dedica al pago de la multa.”

³⁶⁰SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.85. Al comentar este art. SAN MARTÍN LOSADA decía que “si por negarse a trabajar, por venta o cesión fraudulenta, ocultación de bienes, rentas, sueldos o jornales, o cualesquiera otra simulación, no pudiera hacerse efectiva, toda o parte de la multa en concepto de sanción por incumplimiento de condena, se le recluye en el establecimiento que se designe de los destinados a cumplir pena de prisión o arresto, según los casos, para que con el producto de su trabajo satisfaga lo que le falte por pagar, pudiendo llegar esta privación de libertad a ocho meses, si se trata de delito y cuarenta días si de falta.”

³⁶¹CREHUET DEL AMO, *Revista de los Tribunales*, 1929, p.151. Decía que: “mantiene lo establecido en los artículos 18 y 121 del anterior, si bien, adiciona un cuarto apartado referente a las costas procesales.” SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.77. En idénticos términos, sostenía que “en el mismo Título II y en el Capítulo IV, trata el Código de la responsabilidad civil, comenzando por determinar qué es lo que comprende ésta, y refundiendo en un precepto los

establecido en el Código de 1870, el legislador incluyó dentro del mismo las costas procesales, y en el concepto de responsabilidad civil ahora abarcaba: la restitución de la cosa, la reparación del daño causado, la indemnización de perjuicios y las costas procesales. Además, como las costas estaban incluidas dentro del concepto de responsabilidad civil, se entendía que: si el responsable directo no asumía la responsabilidad civil, el responsable civil subsidiario asumiría estas costas, aunque con una limitación, sólo comprenderían las causadas a instancia del ofendido y las de oficio³⁶². El art. 76 indicaba: qué eran las costas procesales y qué conceptos debían entenderse incluidos dentro de la responsabilidad civil: se incluían sólo las de oficio y las causadas a instancia de parte del ofendido, y, comprendían los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales. Las costas, podían estar fijadas por ley, disposiciones administrativas, o arancel y, en el caso que no estuviesen fijadas, los debería fijar el Tribunal de conformidad con lo que se estableciese en el consiguiente procedimiento³⁶³. Mientras el art. 72 mantenía

artículos 18 y 121 del anterior, añadiendo a la restitución de la cosa, a la reparación del daño causado y a la indemnización de perjuicios, las costas procesales.”.

³⁶²SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.77. Sostenía que: “tiene importancia esta adición, porque ahora, en defecto del responsable directo, vendrá obligado también a pagar las costas procesales, el subsidiario, aunque con la limitación de que en ellas no se comprenderán más que las causadas a instancia del ofendido y las de oficio.”.

³⁶³A JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código Penal Comentado y Cotejado con el de 1870*, Salamanca 1928, Tomo I, p.194. En este sentido indicaba cuando hablaba de la fijación de las costas no sujetas a arancel ni a disposición administrativa que: “el importe de estas últimas –las costas no sujetas a arancel- se fijara por el Tribunal en la forma que se establezca en los preceptos reguladores del procedimiento. Hoy por hoy estos preceptos son los siguientes: el Secretario del Tribunal que interviniera en la ejecución de la sentencia, hará la tasación de las costas consistentes en el reintegro del papel y de derechos arancelarios. Los honorarios de los abogados y peritos se acreditarán por minuta firmadas por los que hubiesen devengado. Las indemnizaciones de los testigos se computarán por las cantidades que oportunamente se hubiere fijado en la causa. Los demás gastos serán regulados por los Juzgado y Tribunales, con vista de los justificantes”. Haciendo referencia en este caso al art. 242 de la LECr y continuaba diciendo: “Si se tachare de ilegítima alguna partida de honorarios, el Juez o tribunal, antes de resolver podrá pedir informe a dos individuos de la misma profesión del que hubiese presentado la minuta tachada de ilegítima o excesiva, o a la Junta de Gobierno del Colegio, si los que ejerciesen dicha profesión estuvieren colegiados en el punto de residencia del Juez o Tribunal.”. Es decir, se debía hacer el proceso establecido en el art. 244 de la LECr sosteniendo finalmente que: “Claro está que el Código se refiere a la ley procesal respecto de las cantidades no arancelarias ni fijas, pues respecto de las otras nada tiene que decir: es el Real Decreto de 11 de mayo de 1926 respecto del timbre, y son los Aranceles judiciales para lo criminal de 28 de marzo de 1873, los Aranceles de los médicos forenses de 13 de mayo de 1862, y los Aranceles de los Tribunales municipales aprobados por R.D de 26 de diciembre de 1907.”.

aspectos de los códigos anteriores, aunque incluía las costas en la responsabilidad civil³⁶⁴, en los arts. 73 y 74 se explicaba en qué consistía la restitución y la reparación del daño. En idéntico sentido que lo regulado en los Códigos anteriormente estudiados.

En el art. 75 se regulaba el concepto de indemnización y el legislador amplió tanto los conceptos como las bases para determinar su cálculo³⁶⁵. Indicaba que los Tribunales harían el cálculo teniendo en cuenta la edad, posición social, profesión y poder adquisitivo de la persona muerta, o que las lesiones la dejaren en inutilidad absoluta o relativa para el trabajo, a fin de capitalizar el producto económico probable de la víctima. Ya se ha indicado el gran arbitrio judicial que se concedía en esta legislación al Tribunal para calcular estas indemnizaciones, lo que se añadía al hecho de comprender, en la indemnización, además de los perjuicios materiales, los morales, pero no sólo los presentes, sino los que en un futuro se podían irrogar al agraviado, a su familia o a un tercero³⁶⁶.

³⁶⁴CREHUET DEL AMO, *Revista de los Tribunales*, 1929, pp.151 y 152. El art. 72 decía: "Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente. (...)". Y, el autor añadía la siguiente jurisprudencia para comentarlo: "La responsabilidad civil de este artículo es consecuencia indeclinable de la criminal que nace de todo delito o falta, y por tanto, a la existencia de esta ha de subordinarse necesariamente la de la primera, que no puede ser declarado sino respecto de las personas que incurren en la última, o de las que, como subsidiaria, es también exigible, en los casos que determinen los artículos 19, 20, 21." (Sentencia 12 de Julio de 1902 Tribunal supremo).

³⁶⁵SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, pp.77 y 78. "Con respecto a la indemnización se introduce la novedad de comprender en ella, además de los perjuicios materiales, los morales, no sólo los presentes, sino los que en lo futuro se puedan irrogar al agraviado, a su familia o a un tercero." y añadía que "La regulación la harán los Tribunales teniendo en cuenta la edad, posición social, profesión y poder adquisitivo de la persona muerta, o que sufra lesiones que dejaren inutilidad absoluta o relativa para el trabajo, a fin de capitalizar el producto económico probable de la víctima."

³⁶⁶Art. 75. "La indemnización comprenderá no solamente todos los perjuicios así morales como materiales, que se hayan causado o puedan resultar en lo futuro al agraviado, sino también los irrogados por razón de la infracción a su familia o a un tercero.

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

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

En el art. 77 el legislador establecía en correlación a los distintos Códigos que ya hemos analizado que: “las causas de inimputabilidad comprendidas en los artículos 55³⁶⁷, 56³⁶⁸ y 57³⁶⁹ o la de justificación del artículo 60³⁷⁰, no eximirán de responsabilidad civil,” y que en todo caso esta se debería hacer efectiva de conformidad con lo establecido en las reglas de este Código.

Así en este art. se establecía una responsabilidad directa de los que los tengan bajo su potestad o guarda legal “a no probar que no hubo por su parte culpa o negligencia.” y, por lo tanto, se presumía esta culpa o negligencia. Se establecía como responsabilidad subsidiaria, la de las siguientes personas: los enfermos mentales y los menores, cuando no había persona que los tuviese bajo su potestad o guarda legal o éstos eran insolventes. En este caso, la ley hacía responder a

³⁶⁷Art. 55. “Es Irresponsable el que en el momento de ejecutar la acción u omisión punible, se hallará en estado de perturbación o debilidad mental, de origen patológico, que prive necesariamente, y por completo su conciencia de la amplitud para comprender la injusticia de sus actos, o a su voluntad para obrar de acuerdo con ella, siempre que no se hubiera colocado en ese estado voluntariamente.

Declarada la irresponsabilidad, el Tribunal, conforme a lo dispuesto en los artículos 95, 97 y 98 de este Código, según los casos, decretará el internamiento del agente en uno de los establecimientos destinados a enfermos de la respectiva clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal.”.

³⁶⁸Art. 56. “Es irresponsable el menor de diez y seis años. El presunto responsable en cualquier concepto de una infracción criminal de las definidas en este Código o en leyes especiales, que no haya cumplido diez y seis años, será sometido a la jurisdicción especial del competente Tribunal tutelar para niños. Pero mientras exista algún territorio al que no alcance la jurisdicción de los Tribunales tutelares se aplicará lo que preceptúa el artículo 855.”.

³⁶⁹Art. 57. “También es irresponsable el que obra o incurre en omisión hallándose:

1. ° Violentado por fuerza material exterior, irresistible, directamente empleada sobre él por otra persona y que anule por completo su libertad.

2. ° Impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto inminente, para sí mismo o para su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.”.

³⁷⁰Art. 60. “Tampoco delinque él que para evitar un mal propio o ajeno en la salud, vida, honor, libertad o intereses, ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad o derechos ajenos, si concurren los requisitos siguientes: 1.°, realidad del mal que se trata de evitar; 2.°, que sea mayor que el causado para evitarlo, y 3.°, que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

El que, hallándose en el caso del párrafo anterior, se hubiere excedido en los límites de la propia salvación o de la ayuda, sólo podrá justificar el exceso por hallarse bajo una excitación excusable, o en estado de terror y abatimiento.”.

estos, con sus bienes con las limitaciones establecidas por las leyes civiles relativas a la “congrua alimenticia”³⁷¹.

En el art. 78 el legislador indicaba los sujetos y las circunstancias en las cuales se establecía una responsabilidad civil subsidiaria en defecto del responsable criminalmente, es decir, cuando éste no la podía satisfacer. En todo caso existía un cambio sustancial en la responsabilidad civil de las empresas y de las administraciones públicas. En este último sentido se amplió la responsabilidad civil subsidiaria del Estado a la Provincia y Municipio, cuando obraban como persona jurídica o los servicios habían sido organizados o administrados directamente por estas instituciones³⁷². En efecto, en el apartado tercero, último párrafo, que hablaba de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Provincia y el Municipio, se establecía que, en esta responsabilidad civil subsidiaria, los Tribunales podrían moderar su extensión, sin tener en cuenta, la cuantía que se fijara para el responsable directo³⁷³. Y en cuanto a la responsabilidad civil de las empresas en el apartado 4 del art. aparecía de forma novedosa la responsabilidad civil directa del empresario o empresa, pues en el mismo, se indicaba que: “si la causa es debida a la deficiencia o mala calidad de los materiales empleados, la empresa o el industrial será directamente responsable, sin perjuicio de la responsabilidad penal que tanto en este último caso, como en los demás del presente párrafo, pueda alcanzarle.”.

³⁷¹CREHUET DEL AMO, *Revista de los Tribunales*, 1929, p.155. Este autor indicaba que es el derecho a reservar lo preciso para alimentos en el sentido del art.142 del CC. Además añade que según tratadistas, llamase beneficio de competencia “al derecho que ciertos deudores tienen por motivos de convivencias y decoro públicos, parentesco, relaciones, estado, liberalidad o desgracia, para no ser reconvenidos u obligados a más de lo que les sea posible después de satisfacer las primeras necesidades de su vida.”. En términos similares SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, pp.55 y 56. Indicaba que: “en los delitos cometidos por los menores de nueve años y mayores de esta edad, y menores de diez y seis, la exención de la responsabilidad criminal no será extensiva a la civil. En estos casos serán responsables civilmente de los hechos ejecutados por el irresponsable los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no probar que no hubo por su parte culpa o negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes los mismos menores, en la forma y con las limitaciones relativas a la congrua alimenticia establecida por las leyes civiles.”.

³⁷²SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.78. En términos muy parecidos indica que: “Se amplía esta responsabilidad subsidiaria al Estado, Provincia y Municipio, cuando obren como persona jurídica, o en los servicios organizados y administrados directamente, que no sean de los derivados de sus facultades como Poder o Administración.”.

³⁷³Art. 78, apartado tercero, último párrafo “los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho, podrán moderar la extensión de la responsabilidad civil subsidiaria, a su prudente arbitrio, sin atenerse a la cuantía que se fije para el responsable directo.”.

Se debe indicar que el legislador de 1928 con el art. 78 amplió de forma extensa y determinada los sujetos que podían responder de forma subsidiaria.

También incurrían en este tipo de responsabilidad además de personas o empresas dedicadas a cualquier género de industria, igual que en el Código de 1870, a los periódicos, revistas y demás publicaciones, y a los establecimientos encargados de hacer la impresión³⁷⁴.

Se añadió además, a las empresas o particulares dedicados a la construcción de aparatos, motores o vehículos para el transporte, y a los transportes mismos, por accidentes originados por la impericia de las personas empleadas en la construcción, conservación, manejo o dirección de dichos aparatos, motores o vehículo, por la omisión o negligencia en la reparación inmediata de los desperfectos o averías, que hayan podido producir el accidente o ser causa de mayor gravedad³⁷⁵.

Asimismo se establecía responsabilidad civil subsidiaria de las sociedades bancarias, de ahorro, de seguros, o de cualquier clase por los delitos cometidos por los gerentes, cajeros, o cualquier empleado, que produzcan fraude o perjuicios a los accionistas, socios, partícipes o acreedores³⁷⁶, e incluso, se establecía responsabilidad subsidiaria de los médicos o farmacéuticos por los daños ocasionados por la impericia de sus ayudantes³⁷⁷.

³⁷⁴SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.78. Al comentar dicho art. decía que: “Se extiende también esta responsabilidad, además de las personas o empresas dedicadas a cualquier género de industria, comprendidas en el artículo 21 del Código del 70, a los propietarios de periódicos, revistas y demás publicaciones, y a los de establecimientos de imprimir por los delitos que cometan por medio de la Prensa;”.

³⁷⁵SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, pp.78 y 79. En idéntico sentido comentando el art.

³⁷⁶SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.79. “Alcanza asimismo esta responsabilidad subsidiaria a las sociedades bancarias, de ahorro, de seguros o de cualquier clase, por los delitos cometidos por los gerentes, cajeros o cualquier empleado, que produzca fraude o perjuicios a los accionistas, socios, partícipes o acreedores, por haber substraído o perjudicialmente aplicado dinero, valores u otros bienes de la Sociedad, de los imponentes, cuentacorrentistas o depositantes; y cuando los Tribunales hagan declaración referente a falta de atención que al cumplimiento de sus obligaciones prestaron los Presidentes y Vocales de los Consejos de Administración, y los demás Directores o Gerentes que no intervinieron en el delito, les impondrán, solidariamente con la Sociedad o Corporación la responsabilidad civil subsidiaria, salvo que la deficiencia o negligencia de la gestión revista carácter de delito.”.

³⁷⁷SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.79. En este sentido SAN MARTÍN LOSADA decía que se: “la exige también a los médicos y farmacéuticos por los daños en la salud y la vida, o integridad corporal, causados por la impericia de sus ayudantes, enfermeros y dependientes o que estén al servicio de los sanatorios, hospitales, casas de salud y establecimientos dirigidos por ellos.”.

No obstante, se acotaba como no podía ser de otra forma la responsabilidad civil subsidiaria de los amos, es decir; estos estaban exentos de esta responsabilidad, cuando sus criados o dependientes realizan el acto que da origen a la responsabilidad civil fuera del servicio o contraviniendo instrucciones recibidas, inmediatas, concretas y referentes al acto mismo³⁷⁸.

Finalmente, en el apartado quinto del art. 78 se establecía la responsabilidad civil subsidiaria de quien cooperaba con la evasión del delincuente detenido o preso o le ayudaba al quebrantamiento de la condena en lo que se refiere a la reparación del daño e indemnización de perjuicios que correspondían por razón del delito o falta y no había hecho efectivo el fugado³⁷⁹.

En el art. 79 el legislador desarrollaba como se resolvía la responsabilidad civil en el caso que se produjere un daño como consecuencia de intentar evitar un mal mayor, y se indicaba que responderían de forma directa la persona en cuyo favor se hubiera precavido el mal a proporción del beneficio que les hubiere reportado. En el mismo sentido que los anteriores Códigos, el legislador continúa indicando que los Tribunales según su prudente arbitrio determinarían la cuota en proporción por lo que deban responder cada uno de los interesados.

En el art. 80, el legislador unificó dos arts. que siempre habían estado separados: se continuaba especificando de forma expresa que la obligación de restituir, de reparar el daño o de indemnizar era solidaria, de conformidad con lo que ya se indicó en relación con el Código de 1870, y se continuaba manteniendo la capacidad de repetición contra el resto por sus cuotas. Y, en el último párrafo del art. se tipificó la responsabilidad civil en que incurría el sujeto que se había beneficiado a título lucrativo de un delito o una falta.

En el art. 81 se establecía que ni la amnistía ni el indulto conllevaban la exoneración de la responsabilidad civil y, por lo tanto, salvo que se estableciese expresamente en el Indulto o en la Ley de Amnistía que esos sujetos no debían

³⁷⁸SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p.78. "Con respecto a la responsabilidad civil subsidiaria, se amplían los preceptos de los artículos 20 y 21 del Código anterior; pero eximiendo de ella a los amos, cuando los criados o dependientes realizaren el acto que dé origen a la responsabilidad, fuera del servicio o contraviniendo las instrucciones recibidas, inmediatas, concretas y referentes al acto mismo."

³⁷⁹SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, pp.79 y 80. "también alcanza a los que cooperan a la evasión de un detenido o preso, o al quebrantamiento de una condena, por lo que se refiere a la reparación del daño e indemnización de perjuicios que correspondan por razón del delito o falta, y no haya hecho efectivas el fugado."

responder, estaban obligados a satisfacer la responsabilidad civil. Se introdujo una norma específica en ese sentido en la Ley especial de indulto del año 1870³⁸⁰.

En el art. 82 se establecía, por un lado, que las obligaciones civiles se transmitían a los herederos del responsable criminalmente “siempre que este hubiera sido condenado por sentencia firme”. Este matiz de sentencia firme era nuevo, pero era y es la consecuencia lógica de la accesoriedad de la acción civil respecto de la criminal. Y, por el otro, que los herederos del perjudicado tenían derecho también a instar la restitución, reparación o indemnización.

1.2.6. *El CP de 1932.*

1.2.6.1. *Introducción.*

En fecha 14 de abril de 1931 se proclamó la República en España y al día siguiente el Gobierno provisional de la República anuló el Código de 1928. Así, se puede decir, que el Código penal español que rigió en España hasta el año 1928 y que como consecuencia de la República volvió a tener vigencia fue el Código de 1870. Y éste, no era más que una reforma del Código de 1850 y el mismo a su vez era reforma del de 1848 como he indicado anteriormente al explicar los mismos. Por lo tanto, fue ese CP de 1848, el que ha tenido básicamente vigencia con sus respectivas reformas hasta el que ahora comentamos³⁸¹.

El Código de 1928 no se derogó: se anuló y volvió a tener vigencia el Código de 1870³⁸². Con la entrada en vigor nuevamente del Código de 1870 se produjo un

³⁸⁰CREHUET DEL AMO, *Revista de los Tribunales*, 1929, p.162. Art. 6 de la Ley Reguladora del Ejercicio de la Gracia de Indulto de 18 de junio de 1870.

³⁸¹Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado de 27 de octubre de 1932 y Disposiciones Penales de la República*, Madrid, 1934, pp.57 y 58. “Es harto sabido que el Código penal español, que rigió en España hasta 1928, y que al advenimiento de la República ha vuelto a tener vigencia, fue promulgado en 1870; pero es notorio también que no era más que una reforma del de 1850, como éste lo fue, a su vez, del de 1848. En suma, el Código penal de España data, en puridad, de 1848, y lleva, por tanto, ochenta y tres años de vida.”. Manuel López-Rey Arrojo, “La Reforma del Código Penal Español 5 de noviembre de 1932”, *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1932, pp.5 y 6. En idéntico sentido decía: “No olvidemos que, si bien nuestro Código penal lleva la data de 1870, es en realidad la de 1848 la que debe estimarse como verdadera, ya que las reformas de los años 50 y 70 -sólo indicamos las más importantes- no bastan a desvirtuar la primitiva estructura y concepción, debidas casi exclusivamente a don Joaquín Francisco Pacheco.”.

³⁸²LÓPEZ-REY ARROJO, *Revista de Derecho Privado*, 1932, p.8. En este sentido el autor indicaba que: “Conviene hacer resaltar que el Código de 1928, en contra de lo que muy generalmente se dice, no fué derogado, sino anulado, lo cual no es lo mismo. Si los efectos del Decreto de 15 de abril hubieran sido de derogación, las situaciones jurídicas nacidas bajo el del 28 se hubieran

choque entre lo que regulaba el CP de 1870 creado bajo una Monarquía y el actual régimen instaurado, el republicano. Por ello en fecha dos de mayo del mismo año mediante Decreto el legislador modificó y amplió unos pequeños aspectos del CP de 1870 mientras se gestionaba desde ese mismo momento y se encargaba a la Comisión de Justicia organismo de nueva creación un anteproyecto de modificación del CP 1870. Y, como consecuencia de ello se crearon unas Bases para reformar el Código de 1870. Es lo que se vino llamando la republicanización del Código de 1870³⁸³.

La idea era reformar el Código de 1870 en cuatro ámbitos o extremos: poner el Código en armonía con los preceptos constitucionales de la República; corregir los errores de imprenta y técnicos que tenía el Código de 1870, así como incorporar algunas leyes penales que no estaban en el mismo; humanizar el Código³⁸⁴; e incluir algún delito nuevo³⁸⁵.

respetado, con las naturales excepciones; mas al serlo de anulación quedan en su totalidad sin efecto, y ha de suponerse que el Código de 1928 no ha regido nunca. Basta para ello ver el artículo 1º de dicho Decreto, en el cual se anula sin ningún valor ni efecto el titulado Código penal de 1928.”. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, p.65. “En suma: El día 15 de abril se sepulta el Código de la Dictadura, y el Código de 1870 vuelve otra vez a tener vigencia.”.

³⁸³JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, p.66.

³⁸⁴JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, p.175. Humanización y elasticidad del Código “En este aspecto es donde reside la medula de esta reforma del Código penal de 1870. Si el Código no fuese duro y rígido en demasía, en atención a la sensibilidad contemporánea, hubiera podido quedar intacto, pues las reformas de carácter técnico no eran de tanta urgencia y las impuestas por la nueva constitución hubieran sido fácil localizarlas en una ley especial”. “Pero, el Código, vigente hasta ahora, no podía prolongar su vida sin humanizarse y sin hacerse más elástico; es decir, sin ensanchar las eximentes y atenuantes, suprimir determinadas penas, rebajar los castigos y hacer hueco más amplio al arbitrio de los juzgadores.”. Y el mismo autor, en la p.155 decía que “Las parcas reformas que se han insertado en esta nueva edición del Código de 1870 son de cuatro clases: (...) Las terceras, que son las más numerosas tienden a humanizar el Código, y para lograrlo se deroga la pena de muerte y las perpetuas, se ensancha el círculo de algunas eximentes, se aumenta el número de las atenuantes, se restringe el de las agravaciones.”.

³⁸⁵JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, pp.85 y 86. El cual indicaba que: “El Anteproyecto de reforma del Código de 1870 redujo el ámbito de su renovación a estos cuatro extremos: 1º, poner el Código en armonía con los preceptos constitucionales de la República; 2º, corregir errores de imprenta, remediar los más voluminosos yerros técnicos e incorporar a su texto codificado algunas leyes penales que no debían hallarse sueltas; 3.º, humanizar el Código y hacer más elásticos sus preceptos, y 4.º, incluir excepcionalmente algún nuevo delito, como la usura, y reivindicar la auténtica fórmula de reincidencia.”. LÓPEZ-REY ARROJO, *Revista de Derecho Privado*, 1932, pp.15 y 16. “En cuatro clases

Así se aprobó la Ley de Bases y en fecha ocho de septiembre de 1932 se decreta y sanciona la Ley de Bases para la reforma del CP de 1870. Y como consecuencia de todo ello se promulgó el CP de 1932 en fecha 27 de noviembre, el cual, ya nacía, como muy bien decía Jiménez de Asúa, con un criterio de interinidad, hasta que se realizara una profunda reforma del CP³⁸⁶.

Las Bases de la Reforma fueron 32 y como consecuencia de ellas se modificó el articulado del CP de 1870. En este sentido para nuestro estudio de la responsabilidad civil, son importantes las Bases 12 y 14. La Base 12, decía que:

“(…) cuando el multado carezca de recursos, el Tribunal podrá autorizarle para que satisfaga la suma impuesta en plazos, cuyo importe y fecha, serán fijados según la situación del reo. La responsabilidad personal subsidiaria, que sólo se dará en sustitución de la multa, se establecerá según el prudente arbitrio del Tribunal, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses por razón de delito ni de quince días por razón de falta. El arresto que no exceda de diez días podrá cumplirse en la propia casa del penado.”³⁸⁷

La Base 14, indicaba que: “Las costas procesales dejarán de ser consideradas como pena y se incluirán con carácter autónomo al lado de la responsabilidad civil.”.

agrupa la citada exposición las reformas realizadas: las primeras, impuestas por la nueva Constitución española; las segundas limitan su contenido a la corrección de errores materiales de técnica; los terceros, a la humanización del texto, para lo cual, no sólo se toca a las penas, sino que también se amplía la extensión de algunas eximentes, se aumenta el número de las atenuantes, se limitan las agravantes y se pone, como prueba que deseamos rinda óptimos frutos, un arbitrio en manos de la Magistratura española; las postreras, de tipo excepcional, tienen un contenido muy vario;”.

³⁸⁶JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, p.152. “Póngase, pues, el cuerpo legal de 1870 en condiciones de vivir un par de años, a lo sumo, y con la parca enmienda se demuestra que no se renuncia a la gran empresa de legislar a fondo sobre materias penales, sino que se considera perentoria la misión de escribir y promulgar el nuevo Código.”. Y, en idéntico sentido dicho autor al transcribir la interpelación que sostuvo con Don Eduardo ORTEGA Y GASSET cuando se decreta y sanciona la Ley de Bases. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, p.134. “<<Nadie más enemigo que yo Sr ORTEGA Y GASSET, de las leyes de Bases. No me hubiera permitido jamás, en el seno de la Comisión de justicia, a que me honro en pertenecer, el patrocinio de este sistema, reduce la reforma a 32 Bases, que se ofrecen a la discusión y aprobación del Parlamento. Pero obsérvese que no se trata de redactar un nuevo Código penal, sino de la reforma del de 1870. Es simplemente dejar en pie la paredes maestras del Código penal y reformarlo en aquellos puntos que de una manera unánime está pidiéndolo toda la opinión pública, técnica y no técnica del país.>>”.

³⁸⁷JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, p.97.

La explicación de estas dos Bases dió lugar a sus respectivas modificaciones técnicas en el articulado del CP de 1870³⁸⁸.

En cuanto a los menores se debe resaltar que a pesar de la anulación del CP de 1928 y la inminente vigencia del CP de 1870 el legislador republicano mantuvo vigente el Real decreto–ley de 14 de noviembre de 1925³⁸⁹. Dicha norma elevaba la edad penal a 16 años y modificó el CP de 1870 en ese aspecto. Quedando regulado el art. 8.3 de la siguiente forma: no delinquiría y por tanto estaba exento de responsabilidad criminal el mayor de nueve años y menor de 16 a no ser que haya obrado con discernimiento. El tribunal sentenciador hará declaración expresa sobre este punto para imponerles pena o declararlos irresponsables. Los menores entre esas edades acusados de delitos o faltas cometidos en un territorio donde alcanzaba la jurisdicción de algún Tribunal Tutelar para niños no podían ser sometidos a otro procedimiento ni sanción que las autorizadas por la ley o el reglamento regulador de dichos Tribunales. Además se regulaba que cuando en el lugar donde cometía ese delito o esa falta no alcanzaba ningún Tribunal Tutelar para niños, el mayor de nueve y menor de 16 responsable de la infracción debía ser juzgado conforme a los preceptos de la LECr y que le debían ser aplicados los preceptos del CP o ley penal que correspondiese pero que durante el proceso no debía sufrir en ningún caso prisión preventiva en los establecimientos destinados a tal fin. Aunque, el Juez instructor podía acordar su reclusión provisional en asilos o establecimientos dedicados al cuidado de la infancia. Además se acordaba en dicho Decreto que,

³⁸⁸JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, pp.167 y 168. Así en este sentido JIMÉNEZ DE ASÚA al explicarlas indicaba que: “Con notorio error figuraban las costas procesales entre las penas accesorias, y el Código faccioso las asimiló a la responsabilidad civil; pero los procesalistas nos enseñan que están lejos de participar de estas categorías y que poseen índole autónoma. Nosotros las hemos instalado en el Título IV, versante sobre la responsabilidad civil, pero cuidando de añadir a su epígrafe <<y de las costas procesales>>. Por eso los antiguos artículos 47 y 48 pasan ahora a ser artículos 111,112 y 113.”. Y, también en idéntico sentido la propia Exposición de Motivos de la Ley de Reforma del Código penal de 1870.

³⁸⁹JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, pp.71 y 72. En este sentido JIMÉNEZ DE ASÚA indicaba “Al volver a regir el Código penal de 1870 recobran imperio las leyes que lo complementaron, como las de condena y libertad condicionantes. Pero los monstruosos Decretos-leyes emanados de la Dictadura se anulan conforme a los preceptos del de 14 de abril (...). Sin embargo, al hacerse por Decreto de 5 de Mayo de 1931 la revisión de la obra de la Dictadura en el Ministerio de Justicia, se declara subsistente el Real decreto-ley de 14 de noviembre de 1925, que elevaba la minoridad de edad penal a diez y seis años y que modificaba profundamente los conceptos de reiteración y reincidencia. Adviértase que este Decreto dictatorial quedó sin vida al promulgarse el llamado Código penal de 1928, que mantuvo la edad de diez y seis años,”.

cuando recayese sentencia condenatoria, el tribunal debía otorgar siempre el beneficio de suspensión de condena de la ley de 17 de marzo de 1908 por un año y si durante ese periodo el menor no cometía infracción se consideraba remitida la condena. Se sostenía que la suspensión de condena se otorgaba a los menores de 16 años aunque estuviesen pendiente de otras y que el fallo o fallos en suspenso sólo eran ejecutables cuando el reo delinquía de nuevo después de cumplir 16 años y corriendo el plazo del año de suspensión anteriormente mencionado³⁹⁰. Indicar que la vigencia de dicho Real decreto-ley sólo fue hasta que se publicó el CP de 1932³⁹¹. La minoría de edad penal quedó redactada de la siguiente forma en el art. 8 apartado segundo del CP de 1932³⁹². Estaba exento de responsabilidad criminal el menor de 16 años. Cuando el menor que aún no haya cumplido esa edad cometa un hecho castigado por la ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de menores. Y se regulaba que cuando el menor de 16 años haya cometido estos hechos en lugares donde no existan aún Tribunales Tutelares de menores el Juez instructor debía aplicar la ley de aquella institución ajustándose en todo lo posible al procedimiento ordenado en aquella Ley y, en el caso que se considerase necesario que el menor fuese internado sólo podía efectuarse en algún asilo o establecimiento destinado a la juventud desvalida. Esta valoración debía basarse siempre en las condiciones subjetivas del menor y no en el alcance jurídico del acto cometido³⁹³. Además, en el art. 9 el legislador estableció como atenuante que autor del hecho fuese menor de 18 años.

³⁹⁰JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, pp.73 y 74. En términos muy parecidos JIMÉNEZ DE ASÚA el cual transcribe dicho Real decreto-ley y manifiesta que: “Esta primera parte del Real Decreto de 1925, cuya subsistencia declara la República, sólo merece plácemes,”.

³⁹¹JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, p.82. Este autor haciendo referencia a este Real decreto indicaba: “como más adelante se verá, al hacerse la reforma del Código penal de 27 de Octubre de 1932, hemos derogado este Decreto, volviendo a las antiguas formulas sobre reiteración y reincidencia establecidas por los legisladores de 1870.”.

³⁹²LÓPEZ-REY ARROJO, *Revista de Derecho Privado*, 1932, p.24. Es importante la reflexión que realiza LÓPEZ-REY al comentar la minoría de edad penal en el CP 1932: “Cuando el Código penal de 1870 se redactó nadie pensaba que se sacaría a los menores de la jurisdicción penal y la única posibilidad que tenía el legislador para lograrlo era el discernimiento. Con la ley de tribunales para niños se indica de forma clara que el menor de dieciséis años no incurrirá en responsabilidad penal y al mayor de dieciséis y menor de dieciocho se le establece una atenuante.”.

³⁹³LÓPEZ-REY ARROJO, *Revista de Derecho Privado*, 1932, p.25. Así este autor indicaba que: “En España, el delincuente menor de dieciséis años queda también excéntrico al Derecho penal, y es sometido a los preceptos de la ley y reglamento de Tribunales Tutelares de Menores (3 de febrero de 1929), cuya jurisdicción alcanza hasta dicha edad y aún puede prolongarse para los efectos de la vigilancia, guarda, educación o reforma hasta los veintitrés. En todo caso aun no habiendo

1.2.6.2. Responsabilidad civil.

Los preceptos que versaban sobre la responsabilidad civil eran los siguientes: del 19 al 22, el 25, el 100, y del 103 al 114 y finalmente el art. 120 en cuanto a la extinción de la responsabilidad civil.

En el art. 19 se establecía el principio de que “toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente.”, en idénticos términos que en los Códigos anteriores³⁹⁴. El art. 20, en las reglas especiales de responsabilidad civil, sufrió unas pequeñas modificaciones. Así, por un lado se hablaba del enajenado, el menor de 16 años y el sordomudo y se estableció de forma concreta la responsabilidad civil subsidiaria en defecto del que ejerza la patria potestad o la guarda legal: al enajenado y al sordomudo. Por otro lado, se sustituyó el término “beneficio de competencia” por “dentro de los límites que para el embargo de bienes señale la Ley”³⁹⁵. Estas modificaciones eran consecuencia de la propia modificación del art. 8 del CP, es decir, la elevación de la minoría de edad penal a los 16 años, así como que había desaparecido el beneficio de competencia con la entrada en vigor del CC el uno de mayo de 1889 y se sustituyó por ello esta expresión por los atinentes al embargo de bienes regulados en LECiv³⁹⁶.

Tribunal especial, preceptúa el Código que el Juez deberá ajustarse a la ley de Tribunales Tutelares de Menores.”. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, p.176. En idéntico sentido decía que: “En orden a la menor edad se rehacen los viejos preceptos, y a todo menor de dieciséis años se le somete a las normas de la Ley de Tribunales Tutelares de la infancia, conforme declara el nº 2 del art 8 de nuestra reforma”.

³⁹⁴Eugenio CUELLO CALÓN, *Código Penal Reformado de 27 de octubre de 1932*, Cuarta Edición, Barcelona, 1941, pp.55 y 56. Así este autor al explicar el artículo 19 mencionaba la siguiente Sentencia de 12 de julio de 1902: “La responsabilidad civil es consecuencia indeclinable de la criminal que nace de todo delito o falta y por tanto absuelto el condenado no es posible declarar la responsabilidad civil.”.

³⁹⁵LÓPEZ-REY ARROJO, *Revista de Derecho Privado 1932*, p.33. “El artículo 19 hoy 20 aparece reformado desaparece la expresión “beneficio de competencia” y se sustituye por preceptos atinentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos al embargo”.

³⁹⁶Manuel LÓPEZ-REY ARROJO y Félix ÁLVAREZ VALDÉS, *El Nuevo Código Penal, Notas, Jurisprudencia, Tablas Referencias etc.*, Madrid, 1933, p.83. Estos autores indicaban que “Las modificaciones de este artículo son en parte consecuencia lógica de las sufridas en los números del artículo 8º a que se refiere (...)”, y continúan indicando que: “De otro lado, la cita del embargo de bienes, según la Ley de Enjuiciamiento civil, venía impuesta, por haber desaparecido el beneficio de competencia, con la vigencia de nuestro Código civil el 1º de mayo de 1889. Los artículos de dicha ley procesal que deben tenerse principalmente en cuenta, son los 1447 al 1455 inclusive, teniendo presente el Decreto de 16 de junio de 1931, ratificado por las Cortes en 30 de diciembre del mismo año, que reforma los 1449 y 1451 de dicha Ley.”.

En el art. 20 se indicaba que la exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 7º, y 10º del art. 8 no comprendía la de la responsabilidad civil, la cual se hacía efectiva con sujeción a las siguientes reglas: por una parte, por los hechos del enajenado, del menor de 16 años y del sordomudo, se establecía la responsabilidad civil de los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. Y en el caso de que no hubiera persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o si fuese insolvente, responderían con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos, dentro de los límites previstos para el embargo de bienes en la LECiv. En efecto en la redacción del art. 20 se consagraba la estructura de enumeración de reglas especiales para algunos casos de las circunstancias eximentes respecto de las cuales no resultaba la exención de responsabilidad civil.

En cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria ya sea esta por razón del lugar o por razón de dependencia no sufrió modificaciones con respecto al CP de 1870. Así en la primera, art. 21, se regulaba la responsabilidad civil de un delito cometido en un establecimiento por un extraño que resultaba insolvente, existiendo por parte del dueño de aquel o de sus dependientes infracción de reglamento. Y respecto la segunda, art. 22 se indicaba que sólo era aplicable a los delitos cometidos por los dependientes en el desempeño de su cargo no siendo extensiva a los que ejecuten fuera de dicho ejercicio, aunque tengan origen en su desempeño.

En el art. 25 se establecía que el perdón del ofendido extinguía la responsabilidad civil. Esta renuncia de la responsabilidad civil debía ser expresa. Se diferenciaba en este art. que el perdón del ofendido no extinguía la acción penal y que este, sólo afectaba a aquellos delitos o faltas que exigían como requisitos para poder ser perseguidos la denuncia o el consentimiento del agraviado y que el legislador había establecido de forma expresa como causa de extinción el perdón del ofendido. Por ello también se diferenciaba el momento en el cual debía ser otorgado por el perjudicado³⁹⁷.

El Título IV del libro I del Código regulaba “la responsabilidad civil y de las costas procesales.”. En este sentido se debe indicar que el legislador, a diferencia del Código de 1928, indicó explícitamente que las costas procesales no podían ser pena accesoria y las trasladó dentro del título de la responsabilidad civil, pero sin

³⁹⁷JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, p.209. “El perdón de la parte ofendida sólo extinguirá la acción penal cuando se otorgue antes de que se celebre el juicio.”. Esta diferencia entre la acción penal y la acción civil también la manifestaba el legislador en el art. 100 el cual indicaba que: “La condena condicional no será extensiva (...), ni alcanzará a las responsabilidades civiles.”.

confundirlas. De ese modo tenía lugar la desconexión entre la pena multa y las costas.

Así en el art. 103, que regulaba el contenido de la responsabilidad civil, se indicaba nuevamente que consistía sólo en restituir el bien, reparar el daño e indemnizar los perjuicios. Y luego, en precepto diferente, el art. 111, el legislador regulaba las costas judiciales. Pues estas no tienen la condición de pena accesoria que tenían en el CP de 1928 y son de naturaleza distinta a la responsabilidad civil³⁹⁸.

En el art. 112 se explicaba el concepto que comprendían las costas. Era idéntico al texto del Código de 1928, y la única novedad era la introducción de la palabra decretos que sustituía las referencias a las Reales Ordenes³⁹⁹. En el art. 113 se regulaba el proceso para calcular el importe de las costas no fijados en la ley. Reenviando expresamente la norma a la LECr a semejanza con el CP de 1928.

En el art. 114 se establecía un orden de prelación en cuanto al cobro de las cantidades líquidas obtenidas. Estableciéndose por ley el siguiente orden: en primer lugar, servía para cubrir la responsabilidad civil, es decir, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios. En segundo lugar, la indemnización que se debía pagar al Estado como consecuencia de los gastos que este había asumido en la causa incluido el uso del papel sellado en la misma. Luego, en tercer lugar debía servir para cubrir las costas: primero las de la acusación particular y posteriormente, las demás costas procesales sin preferencia entre ellas e incluidas las de la defensa del acusado. En último lugar el legislador indicó la pena de multa. A este orden de prelación se establecía una excepción en el caso que el delito sólo

³⁹⁸JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, pp.167 y168. Transcrito anteriormente. Y de igual parecer LÓPEZ-REY ARROJO, *Revista de Derecho Privado*, 1932, p.52. El cual sostenía que: "El título IV de este libro trata de la responsabilidad civil y de las costas procesales. Estas pierden, pues, la condición de penas accesorias que tenían antes de la reforma. No caben considerarlas como tal, ni tampoco incluirlas en la responsabilidad civil como hizo el Código de la Dictadura, y si bien se regulan en el mismo título que aquélla, tienen índole independiente. Esta característica de autonomía la declara casi explícitamente el actual artículo 111 que no existía antes, y según el cual las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta. Vuelven, pues, a recobrar su genuino contenido de gastos del juicio.". Y, también este mismo autor junto con ÁLVAREZ VALDÉS en LÓPEZ-REY y ÁLVAREZ VALDÉS, *El Nuevo Código Penal*, p.142. Decían: "Pierden ahora las costas la condición de penas accesorias que tenían antes de la reforma. Si bien se regulan en el mismo título que la responsabilidad civil tienen naturaleza independiente (v. Exposición de Motivos pag 18). Esta autonomía la declara también este mismo artículo, que antes no existía. Vuelven, pues, a recobrar su genuino carácter de gastos del proceso y juicio."

³⁹⁹LÓPEZ-REY y ÁLVAREZ VALDÉS, *El Nuevo Código Penal*, p.143. Ambos autores indicaban "La novedad estriba en haber introducido la palabra Decretos que antes no existía y en excluir la de reales ordenes, que hoy es improcedente."

fuese perseguible a instancia de parte indicándose que en estos casos las costas de la acusación particular debían ser resarcidas antes que la indemnización al Estado siguiendo luego en estos casos, el mismo orden de prelación indicado.

Jiménez de Asúa explicaba muy bien el fundamento de este orden de prelación y por qué en última instancia se menciona a la pena de multa⁴⁰⁰. Así, indicaba que como en el Código de 1870 se establecía la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la responsabilidad civil, las costas procesales y la multa, que los dos primeros motivos equivalían a imponer la prisión por deudas. Mantenía que imponiendo este orden de prelación y haciendo desaparecer la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la responsabilidad civil y de las costas procesales se evitaba que el condenado fuese a prisión siempre por no tener capacidad económica. Y con ello se intentaba humanizar la pena. Aunque no se logró del todo pues irremediamente en base al art. 94 el impago de la pena multa daba lugar a que el Juez impusiera a su prudente arbitrio una pena de prisión no superior a seis meses en el caso de delito o inferior a quince días en el caso de faltas. Si bien, en este mismo art también se impedía esta responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago cuando la pena privativa de libertad era superior a seis años.

Se debe remarcar que los arts. 104, 105, y 106 que explicaban cuándo, cómo, y en qué consistía la restitución de la cosa; en qué consistía la reparación del daño y la indemnización de perjuicios no fueron modificados. E igualmente; en cuanto a la transmisibilidad de la acción civil art. 107, la libertad en la determinación de cuotas cuando son dos o más los responsables civiles art. 108, la solidaridad dentro de cada nivel de participación en el delito art. 109 o el resarcimiento por participación lucrativa art. 110. Por ello, sus fundamentos tampoco variaron.

En el art. 120, se establecía cómo se extinguía esta responsabilidad civil indicándose que en base a las reglas de derecho civil, igual que en los códigos

⁴⁰⁰JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, pp.168 y 182. Este autor en la p.168 indicaba: "Por la razón humanitaria que luego se apuntará, la responsabilidad personal subsidiaria sólo se exige en caso de multa al insolvente recalcitrante, más no en caso de insatisfecha responsabilidad civil; pero para esta y para las costas deben fijarse reglas de prelación, que contenidas antes en el artículo 49 figuran ahora en el 114.". Y en la p.182 decía que: "El código penal de 1870 establecía responsabilidad personal subsidiaria en caso de insolvencia para los casos en que quedasen al descubierto la responsabilidad civil, las costas procesales y la multa. la pena privativa de libertad en los dos primeros casos supone tanto como la prisión por deudas. Por eso se reforman los viejos artículos 49 y 50. Conservamos la responsabilidad personal subsidiaria en caso de multa, aunque no medida por la cuantía de la pena pecuniaria, en el nuevo art 94; pero se suprime la sustitutiva pena de privación de libertad en los otros casos, llevando las reglas del art 49 al artículo 114.".

anteriores, pero se hace mención atendido que al anularse el CP de 1928 y aplicarse el de 1870 se debe recalcar que el uno de mayo de 1889 entró en vigor el CC y que por lo tanto las obligaciones se extinguían en base al art. 1156 del CC.

1.2.6.3. Las Bases de Jiménez de Asúa.

Es importante señalar que Jiménez de Asúa planteó 16 Bases para la creación del nuevo CP de la República. Si bien es cierto que dicho Código nunca existió. Creo que es importante señalar las siguientes Bases⁴⁰¹: 3ª, 4ª, 9ª y la 10ª; las cuales hablaban: de la imputabilidad y el estado peligroso; de la inimputabilidad; así como, de las penas y las medidas de seguridad. Con su simple lectura se observa la gran influencia que ha tenido este autor en la doctrina penal actual. Aunque, técnicamente las bases que merecen mención para nuestro estudio eran la Base 13ª de la responsabilidad civil y la Base 12ª ejecución de penas. Las cuales transcribo pues sirven para entender que inclusive en aquel período continuábamos con aquel sueño

⁴⁰¹JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, pp.197 a 211. Transcripción de algunas de las 16 Bases formuladas para la creación del nuevo CP de la Republica realizadas por JIMÉNEZ DE ASÚA.

p.200. Base 3ª- Responsabilidad. (Imputabilidad y estado peligroso). "Se impondrán penas a los que delinquieren en condiciones de imputabilidad, y se aplicaran medidas de seguridad a quienes se encuentren en estado peligroso revelado por la comisión de un hecho punible. Las medidas de seguridad sustituirán a la pena, salvo en casos excepcionales taxativamente establecidos en el Código."

p.200. Base 4ª- Causas de inimputabilidad. "Se definirá la eximente de enfermedad mental en formula psiquiátrica, que comprenda tanto a los que se encuentren afectados por un trastorno mental permanente como a los que sufran perturbaciones transitorias. La amplitud de la formula no requiere especial previsión de los estados de semienfermedad mental, que quedaran en aquella comprendidos. También será inimputable el sordomudo sin instrucción y el menor de dieciséis años, que quedará sometido a la jurisdicción especial de los Tribunales tutelares de la infancia. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años podrán, según los casos ser sancionados con una pena muy atenuada o sometidos a las mismas medidas protectoras que los menores de dieciséis.

Son asimismo inimputables los que obraren por coacción irresistible."

p.204. Base 9ª- Penas. "Las penas serán sanciones ordenadas a la defensa social con predominio de la prevención general, y proporcionadas a la gravedad del delito.". Y al hablar de la pena de multa indicaba "cuya cuantía se determinará por unidades abstractas, que el Juez concretara según la fortuna del culpable."

p.205. Base 10ª- Medidas de seguridad. "Las medidas de seguridad tendrán por fin la prevención especial del delito y se individualizarán según el estado peligroso del delincuente. Su duración será absoluta o relativamente indeterminada en la ley y en la sentencia. La determinación a posteriori será siempre decidida por la autoridad judicial."

de que la indemnización a la víctimas del delito en el caso que nadie pueda asumirla debía asumirla el Estado. Es función del Estado. La Base 13 que llevaba por título “la responsabilidad civil” indicaba que:

“La víctima o sus familiares tienen el derecho a ser indemnizados. La indemnización a las víctimas del delito es función del Estado. Todo el que sea causa de un delito será responsable civilmente, sin más excepción que los hechos justificados. La responsabilidad civil comprenderá los daños materiales y morales, será solidaria y subsidiaria entre los participantes en el delito y se hará efectiva en caso de insolvencia por las reglas dadas para la ejecución de la multa.”⁴⁰².

Y la Base 12 que llevaba por título “Ejecución de las penas” indicaba que:

“La multa se podrá pagar a plazos o mediante la prestación de trabajo -gratuita o semigratuita- al Estado y entidades públicas. Y sólo en caso de que el sujeto se negare a hacerla efectiva por estos procedimientos, se acudirá a la prisión subsidiaria cuya duración no podrá exceder de seis meses.”⁴⁰³.

1.2.7. El CP de 1944.

1.2.7.1. Introducción.

Por Decreto de 23 de diciembre de 1944 se aprobó el Texto Refundido del Código penal, que fue promulgado, mediante su publicación en el BOE el 13 de enero de 1945 y empezó a regir el tres de febrero de 1945.

El CP de 1944 o Texto Refundido del 1944, tenía su base en el Código de 1932, que era una reforma del de 1870, y éste, a su vez, partía del Código de 1848⁴⁰⁴.

Por lo tanto el Código vigente del año 1944 reprodujo las normas contenidas en el CP de 1870, en cuanto a la responsabilidad civil regulada en el CP. Y, en este sentido la misma se regulaba en dos capítulos y títulos distintos. En los arts. 19 al 22, se regulaba las personas que asumen esta responsabilidad, y en los arts. 101 al 111, el objeto, y como se debe exigir esta responsabilidad civil derivada del delito o la falta. Aunque, como acabo de indicar, era un Texto refundido y el mismo había sufrido pocas modificaciones, es importante analizar el mismo de forma detenida atendido que los preceptos indicados no fueron reformados hasta el año 1983 y por

⁴⁰²JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, p.208.

⁴⁰³JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, pp.207 y 208.

⁴⁰⁴LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Códigos penales españoles*, p.1176.

lo tanto durante todo este período la responsabilidad civil derivada del delito ha estado regulada en este articulado y el mismo ha sido comentado por multitud de autores.

1.2.7.2. Responsabilidad civil.

a) Sujetos.

En el art. 19 se indicaba que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo era también civilmente. Resaltaba la doctrina que este art. era muy ambicioso, pues no todo delito comporta responsabilidad civil, sino sólo aquel que produce un perjuicio evaluable. Ni todo responsable civil regulado en el CP es responsable criminal⁴⁰⁵. Siguiendo este mismo criterio y comentando dicho art. Cuello Calón sostenía que el delincuente no sólo debía sufrir la pena correspondiente por el delito cometido, sino que estaba obligado también a reparar los daños originados por éste. Pero que no podía exigirse responsabilidad civil ni principal ni subsidiaria, sin previa declaración de la existencia de un hecho punible. Subrayando por ello que “absuelto el procesado, no es posible declarar la responsabilidad civil.”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p.304. “Peca por excesiva ambición de totalidad, la fórmula del artículo 19” pues “Para que la efectiva responsabilidad civil aparezca se precisa un daño patrimonial, o al menos crematísticamente evaluable, un perjuicio” y tampoco puede sostenerse “que todo responsable civilmente de un delito, por vía penal, lo sea también, y de modo previo, criminalmente.”. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pp.648 y 649. En términos similares ANTÓN ONECA en la p.648 decía que esta declaración del art. 19 “es excesivamente ambiciosa porque no todo delito da lugar a responsabilidad civil, sino aquellos que producen un daño reparable”. Y, en la p.649. que: “el responsable criminal (en los delitos que producen un daño reparable) es también civilmente responsable según el artículo 19 del Código penal.”. Antonio FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1947, p.108. También sostenía que este art. 19 no debía entenderse de forma absoluta, pues habían casos “de infracción penalmente sancionada en que el resultado afecta tan solo a los intereses sociales, sin que exista lesión de intereses privados, y entonces se da el caso de delito sin que el mismo derive responsabilidad civil.”.

⁴⁰⁶CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, pp.725 y 726. En términos muy parecidos al explicar el art. 19 decía que: “que el delincuente no solamente tendrá que sufrir la pena correspondiente al delito cometido, sino que está obligado a reparar los daños originados por éste. Pero, no podrá exigirse responsabilidad civil, ni principal ni subsidiaria, sin previa declaración de la existencia de un hecho punible.”. Y añadía “Por consiguiente, absuelto el procesado, no es posible declarar la responsabilidad civil.”. En la actualidad como veremos esta última expresión no la podemos sostener.

Una y otra responsabilidad poseen naturaleza jurídica acusadamente diversa, hasta el punto de justificar la diferenciación de acciones y procedimientos. Y por ello, se dice que esta normativa penal de carácter civil obedece a la necesidad de no dejar en un auténtico desamparo a la víctima de la infracción, al capacitarla para hacer efectivos sus derechos por la vía criminal, la cual es más “cómoda y eficiente que la civil ordinaria”.

En particular, Quintano resaltaba algunas ventajas que se derivaban de esta vía, que denominaba “cuasi criminal”. Por un lado, la defensa de dicha acción la asumía y promovía el Ministerio Fiscal. Por otro lado esta responsabilidad pecuniaria tiene preferencia sobre el resto de responsabilidades de conformidad con lo establecido en el art. 111 del Código. Además, la obligación que se establece era de carácter solidaria entre los distintos partícipes de la acción criminal de conformidad con lo establecido en el art. 107 del Código. Y, finalmente resaltaba que esta responsabilidad civil se podía ampliar de forma automática a una persona ajena a esta responsabilidad criminal⁴⁰⁷.

No puede negarse que es el derecho civil, el que establece la serie de normas que regulan esta responsabilidad nacida del delito, pero la doctrina resaltaba que el origen se encontraba en una infracción penal. Es el legislador, según a criterios mutables quien establece que un hecho ilícito deba ser sancionado penalmente, como señalaba Ferrer Sama⁴⁰⁸. E indicaba que la sanción penal no excluye otras

⁴⁰⁷QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, p.304. “esta manera de considerar la acción civil, emparejada con la criminal y dimanante de un mismo acto, aunque de naturaleza jurídica distinta” (...) “viene a constituir como una tercera acción <<cuasi criminal>>, que tiene sobre la puramente civil notorias ventajas”. Y continua enumerando cuáles son esas ventajas: “el amparo y defensa a cargo del Ministerio Fiscal, la preferencia sobre las demás responsabilidades pecuniarias que establece el artículo 111 del Código penal, la solidaridad entre los copartícipes de la infracción a tenor del artículo 107 y la posibilidad de extensión automáticamente sobre personas ajenas a la responsabilidad criminal,”. Pues este autor sostiene que: La responsabilidad civil regulada en el artículo 19 y el título IV de este libro I del Código penal y complementada por el título IV del libro I de la Ley de Enjuiciamiento criminal, reposa en el artículo 1.101 del Código civil según el cual: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que, en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”.

⁴⁰⁸FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, pp.104 y 106. En idéntico sentido el cual indicaba que: “El delito, no es más, que una manifestación de una categoría de hechos que al ser desaprobados por el Derecho toman la denominación de hechos ilícitos o injustos y a los que el Derecho mismo, señala una sanción como consecuencia.”. Y, continuaba indicando en la p.106. “Siendo, pues, generador de obligaciones civiles todo hecho injusto que ocasione un daño a cualquier bien jurídico ajeno, es indiscutible que los actos definidos y castigados por la ley penal han de dar lugar a tal obligación de índole civil.”.

consecuencias jurídicas originadas por el delito, nos hallamos ante hechos injustos con doble sanción. La pena fijada como consecuencia de un delito no elimina las demás sanciones que resulten precisas para restablecer el orden jurídico en su integridad. Y por ello este autor sostenía igual que Alimena que “el Derecho civil y el Derecho penal no son dos mundos jurídicos separados uno del otro”. Pues es el hecho ilícito, sea o no delito, el que da lugar a la responsabilidad de carácter civil⁴⁰⁹. Dado que las obligaciones pueden surgir de la ley, del contrato, cuasi-contrato o de los hechos ilícitos ocasionados por cualquier negligencia o culpa, podría decirse que el principio regulado en el art. 19 era innecesario, tal como subrayaba también Ferrer Sama⁴¹⁰.

En efecto, es la lesión al bienestar social, la razón que fundamenta la imposición de la pena. Y estos hechos ilícitos que lesionan intereses de naturaleza privada y al mismo bienestar social son los que se regulan en el art. 1092 del CC.

Como vemos la distinción entre el ilícito penal y el ilícito civil era también un tema muy debatido en derecho. Aunque la opinión dominante considera que no es posible establecer una diferencia tajante entre el ilícito penal y el ilícito civil, siendo esta diferencia una mera cuestión de política jurídica así el legislador cuando entiende que la sanción reparadora no es suficiente añade una sanción penal⁴¹¹.

La doctrina en torno al CP de 1944 resaltó que la normativa civil sirve para cuando la normativa penal no indique nada pues esta, la penal, es una norma posterior y una norma especial⁴¹². E insistía en que un hecho delictivo produce dos clases de daños: uno civil y otro penal⁴¹³. El daño penal es consecuencia de la agresión a los

⁴⁰⁹FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.105.

⁴¹⁰FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.107. “aunque nada dijese la ley penal, siempre el responsable criminalmente de un delito o falta lo sería también civilmente por virtud de lo establecido por la ley civil sobre los hechos ilícitos como fuentes de obligación.”. En este sentido y por ello, se debe remarcar el art.1089 del CC que indica que: “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos o cuasi-contratos y de los actos u omisiones ilícitas o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”. Y continuaba diciendo “Si, en efecto, todo hecho ilícito ha de dar lugar a responsabilidad civil, el delito que constituye la categoría más cualificada de ilicitud no podía dejar de producir dicha obligación.”.

⁴¹¹ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.645. Y, en términos muy parecidos FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, pp.104 y 105.

⁴¹²ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.645. En términos muy parecidos ANTÓN ONECA decía que: “dada la posterioridad del Código penal y el carácter especial que tienen sus disposiciones, no es lícito anteponer la doctrina de aquel cuerpo legal a la de éste.”.

⁴¹³ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pp.646 y 647. Así ANTÓN ONECA decía que: “un hecho delictivo produce dos clases de daños: criminal y civil.”. Y distinguía que: “La ofensa o agresión a los bienes jurídicamente protegidos determina la pena. El daño a los intereses privados es causa de la

bienes jurídicamente protegidos por el CP y determina la pena del sujeto y, el daño civil, son los quebrantos que se han provocado a los intereses privados, con esa conducta y dan lugar a la sanción civil. De aquí se resaltaba que el hecho delictivo puede producir dos consecuencias una penal y otra civil⁴¹⁴.

No faltaba, en esta perspectiva doctrinal una mirada al proceso; era evidente que en el derecho español se acumulan la acción civil y la penal en el mismo proceso, y en el mismo fallo se puede condenar a pena y a indemnización de perjuicios⁴¹⁵.

En aquella época se continúa criticando que el legislador incluyera en el CP la regulación de la responsabilidad civil de sujetos no responsables criminalmente⁴¹⁶; pues en definitiva se regulaban tres supuestos de responsabilidad civil en los cuales el sujeto responsable no es responsable criminal: 1-Los exentos de responsabilidad criminal que no lo son siempre de las obligaciones reparatorias y de terceros cuya responsabilidad está directamente relacionada con la de aquellos art. 20 del Código. 2- Los responsables civiles subsidiarios que tienen por misión suplir la insolvencia de los delincuentes arts. 21 y 22. 3- Los que no siendo ni autores materiales del hecho,

sanción civil que tiene por fin repararlo.”. Aunque añade, en la p.647 que: “también el resarcimiento coopera a la defensa del interés social, y tiene efectos de intimidación.”.

⁴¹⁴ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.646. En términos muy parecidos ANTÓN ONECA distingue pena de sanción civil así indica que: “La pena consiste en un padecimiento proporcionado a la gravedad del delito, y muy principalmente a la de la culpabilidad; de donde deriva ser prestación personalísima del sujeto delincente, no transmisible a los herederos. La sanción civil por delito consiste en una reparación, determinada su cuantía por la del daño, sin tener en cuenta la gravedad de la culpa, y es transmisible a los herederos.”. Y acaba indicando que: “La pena se dirige esencialmente a la tutela de un interés público o social, mientras el resarcimiento mira a la tutela de un interés privado.”.

⁴¹⁵ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pp.647 y 648. ANTÓN ONECA decía que: “nuestro legislador no ha sido de opinión que el hecho delictivo constituya a la vez un ilícito civil que da lugar a la pena y otro penal determinante del castigo, sino que ha visto un delito o falta con consecuencias penales y reparatorias.” y por todo esto, en la p.648 se inclina por el pensamiento de que, “el ilícito penal y el civil no son dos fases opuestas del mismo hecho, sino que el primero, es uno más con relación al segundo, al que absorbe al añadir el legislador pena cuando estima insuficiente la sanción privada.”.

⁴¹⁶ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.648. Así ANTÓN ONECA indicaba que: “se extralimita el Código penal español al tratar no sólo de la responsabilidad civil del responsable criminalmente, sino de responsabilidades de naturaleza subsidiaria art (20 al 22) y de otras de terceros como la que obliga a restituir la cosa al extraño que la tuviera en su poder (art 102), o la del que por título lucrativo participa de los efectos de un delito o falta (art 108) pues aunque para tales obligaciones sea condición la comisión de un delito, ellas no nacen directamente de éste, sino de otra relación jurídica de naturaleza diversa.”.

ni responsables subsidiarios de los delincuentes, han de responder como poseedores o beneficiados de los efectos delictivos arts. 102 y 108⁴¹⁷.

Aunque la regla primera del art. 20, que afectaba a los exentos de responsabilidad criminal, no sufrió modificaciones, es de interés examinar el contexto en el que la misma se aprobaba. En este caso concreto, en cuanto a los menores de 16 años, ya existían bastantes Tribunales de menores en esa época y el once de junio de 1948 se publicó y aprobó el Texto Refundido sobre Tribunales de Menores que estuvo en vigor hasta el año 1992. Es decir, al existir la Ley de tribunales de menores y al existir en el partido donde se producía el delito un Tribunal tutelar se debía aplicar esa ley y por lo tanto la responsabilidad civil se debía dilucidar ante la jurisdicción civil⁴¹⁸. La cuestión era si debía seguirse el CC o el CP.

Esta cuestión ya en esa época adquirió importancia, pues para aplicar el CP se exigía una responsabilidad criminal y esta no existía en el caso de los menores. Pero, por otra parte, se planteaba si, al estar ante la jurisdicción civil y tener que aplicar el CC, en base al art. 1092 del mismo era posible aplicar el art. 20 del CP, en el caso que el autor de los hechos sea un menor de 16 años.

La realidad, como se verá posteriormente, es que los operadores jurídicos en esa época planteaban de forma unánime esta responsabilidad civil en base a los arts. 1902 y 1903 del CC. Se entendía que, para aplicar el art. 20, previamente debía existir el delito y si se sostenía que el menor no podía cometer delitos difícilmente podría aplicarse el art. 20 del CP como consecuencia del reenvío del art. 1092 del CC.

⁴¹⁷ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.649. Así decía ANTÓN ONECA. "además el Código penal regula distintos supuestos en que son declarados responsables civiles quienes no lo son criminalmente.". Y, continúa estableciendo en términos muy parecidos los tres grupos indicados.

⁴¹⁸CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, p.727. En idéntico sentido dicho autor decía que: "cuando el autor del hecho fuere un menor de dieciséis años, y tuviere lugar en la localidad donde exista Tribunal Tutelar de menores, la responsabilidad civil se exigirá conforme a lo establecido en el artículo 14 de la ley de 13 de diciembre de 1940 sobre Tribunales tutelares de menores, texto refundido de 11 de junio de 1948. Ésta en su artículo 14 dispone: las acciones civiles para la restitución de objetos, reparación de daños o indemnización de perjuicios originados por actos u omisiones ejecutados por un menor cuyo conocimiento sea de la competencia del Tribunal tutelar, sólo podrán ejercitarse por el perjudicado, en su caso, ante los Tribunales ordinarios del orden civil en la clase de juicio que proceda. A este efecto la intervención del Tribunal tutelar se limita a declarar en conciencia los hechos que estime acreditados y la participación del menor, los cuales tendrán la consideración de hechos probados, así como a devolver al perjudicado los objetos sustraídos cuando no pueda ofrecer dudas racionales la propiedad de dichos objetos.".

La doctrina de la época adoptó, como punto de partida, la separación de las circunstancias que eximían de la responsabilidad criminal y que podían calificarse como causas de justificación, en las que se afirmaba la desaparición de la responsabilidad civil. En realidad, esta distinción comenzaba a adquirir carta de naturaleza entre los comentaristas del Código. Ferrer Sama hacía una consideración relevante de la cuestión: no puede decirse que la responsabilidad civil nazca de la infracción penal sin más, pues son responsabilidades originadas por una conducta no delictiva por concurrir circunstancias que por propia disposición del Código vienen a eximir de responsabilidad criminal⁴¹⁹. Además, son varias las modalidades de responsabilidad que se establecen: responsabilidad civil directa y responsabilidad civil subsidiaria, y la fundamentación jurídica de esta responsabilidad civil es la que se debe analizar.

En la regla primera del art. 20 se establecían también dos modalidades de responsabilidad civil sobre los menores: una directa en la cual respondían los padres tutores o guardadores, y otra subsidiaria en la que resultaban responsables los propios inimputables que indicaba el precepto.

En cuanto a la responsabilidad directa, esta tenía su base en la culpa extracontractual o aquiliana, pues la misma no es únicamente sobre actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quien se deba responder. Esta responsabilidad doctrinalmente se le ha llamado “culpa *in vigilando*” y la misma se basaba en que el padre el tutor o el guardador han permitido que el inimputable produzca un daño como consecuencia de haberles concedido amplia libertad y no haber tenido ellos la suficiente diligencia en evitarlo⁴²⁰.

⁴¹⁹FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.112. Como decía FERRER SAMA “no siempre que concurre alguna causa de exención de la responsabilidad criminal desaparece la responsabilidad civil”, pero, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 “no puede decirse que sea nacida del delito, puesto que falta el carácter delictivo a la conducta de la que deriva la obligación”.

⁴²⁰FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, pp.116 y 117. “Tiene su base en la figura que los civilistas vienen denominando culpa extracontractual o Aquiliana recogida y regulada en nuestro Código civil en los artículos 1902 y siguientes. La culpa extra contractual no solamente origina responsabilidad civil <<por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quien se deba responder>> (artículo 1903 del Código civil). Se trata en estos casos de la modalidad que doctrinalmente se conoce con el título de <<culpa in vigilando>> y cuya idea fundamental consiste en estimar que ha faltado a la debida diligencia el padre, tutor o guardador de un inimputable que ha permitido a éste la suficiente libertad de actuación para llegar a producir el daño de que se trate.”. Y, En términos muy parecidos ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.650. En el mismo sentido a la hora de explicar la primera parte de esta regla primera dice que el fundamento: “es aquí la llamada culpa <<in vigilando>>. Si la culpa constituyera imprudencia punible, responderán los guardadores en cuanto responsables criminales y civiles a la vez

La diferencia o distinción de esta culpa *in vigilando* regulada en el CC art. 1903 y la culpa *in vigilando* regulada en art. 20 del Código radicaba en que: la regulada en el CC, el perjudicado debía probar que el responsable había incurrido en esa “culpa *in vigilando*”, en cambio, en “la culpa *in vigilando*” regulada en el CP, el legislador presumía esta culpa y era el propio responsable el que debía acreditar que no había incurrido en culpa para no responder⁴²¹.

Por lo tanto, se trataba de una modalidad de “culpa *in vigilando*”, pero como tal, en caso de conflicto deberemos acudir al CC pues estamos ante una norma especial. A esa responsabilidad por culpa *in vigilando* también se le denomina “responsabilidad indirecta” o “responsabilidad ajena”, aunque como acabo de explicar, ese tercero acaba respondiendo en realidad por una culpa propia⁴²². El art. 20.1 en su apartado

conforme al artículo 19. Si la culpa es meramente civil, debería haber bastado con el artículo 1903 del Código civil; pero el penal ha preferido regular el supuesto en su texto.”.

⁴²¹FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.118. “la ley ha creído necesario aliviar al que ha sufrido la injuria del peso de una prueba que para él presenta dificultades a menudo invencibles; no se quiere, lo que es muy justo, que por ello se haga posible rehuir las consecuencias de una responsabilidad en que se incurrió efectivamente, y, por tanto, establecida la existencia de una obligación de vigilar respecto las personas llamadas responsables, es justo que les corresponda la demostración de haber cumplido con la diligencia debida. La medida de esa diligencia que se debe emplear en el cuidado y vigilancia de las personas cuya guarda o tutela nos está encomendada ha de establecerse teniendo en cuenta el criterio normativo fijado por el artículo 1903 del código civil en su último párrafo. (...), “la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”.

⁴²²FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, pp.117 y 118. “realmente no se trata sino de una conducta culposa propia. En efecto, aunque el acto dañoso ha sido cometido por persona distinta de la que tiene la obligación de responder, la responsabilidad de ésta se basa en la conducta del que teniendo bajo su guarda o tutela a un inimputable no pone en tal guarda el debido cuidado, incurriendo en una omisión de la debida diligencia, omisión que permite al inimputable realizar el hecho del que se derivan consecuencias dañosas, existiendo, por tanto, una verdadera relación de causalidad entre aquella omisión del cuidado debido y el daño que se produce.”. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, p.307. Este autor plantea lo mismo y así dice que: “el actor directo es responsable subsidiariamente, y viceversa, el indirecto lo es de modo principal.” Y continua diciendo que: “Para paliar esta anomalía y no infringir el principio de la individualización de la responsabilidad, el Código añade que, para que se haga efectiva la de los guardadores, es preciso que, en el desempeño de su misión haya mediado culpa o negligencia, aunque a ellos incumbe la prueba de que esa imprudencia no existió.” Y por ello, acaba criticando “que una conducta negligente es sancionada, no con una pena, sino con una responsabilidad civil” pues para él, todas las causas de la regla primera del art. 20, son causas de inimputabilidad es decir: “son estados subjetivos, cuya concurrencia en el hecho criminal no logra borrar su perfecta criminalidad objetiva. El delito persiste, a pesar de ellas, y con él, sus efectos perturbadores del

primero establecía una posición de garante al guardador legal o al que ejercía la patria potestad del menor o incapaz. Debían evitar que aquellos, realizasen acciones delictivas. Con la presunción de esa culpa el legislador facilitaba al perjudicado el trámite de su reclamación en el proceso penal. Se evitaba con aquella presunción que tuviese que acreditar la culpa del obligado. Entiendo que la diferencia, se sostenía en que era más grave para el legislador permitir que un menor o incapaz realizase una actividad delictiva que provocase daños. Que permitir a un menor o incapaz realizar una actividad que ocasionase únicamente daños.

La segunda parte de este primer apartado establecía la responsabilidad subsidiaria del propio menor, enajenado o sordomudo. La responsabilidad civil de estos inimputables por sus actos propios que con carácter de subsidiario establecía el art. 20 no podía apoyarse en lo establecido en el CC, pues imponía una responsabilidad a unos sujetos sin capacidad de culpa, a diferencia de lo indicado en el apartado primero de art.⁴²³. Y, por ello, se dice que estamos ante una responsabilidad civil subsidiaria de carácter objetivo pues el inimputable, respondía al margen de su culpa⁴²⁴.

orden jurídico en lo público y en lo privado. La pena no se impone, entre otras razones por estimarla ineficaz; pero de esta abstención no se deduce una impunidad absoluta.”.

⁴²³FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, pp.119 y 120. En términos muy parecidos decía que: “la responsabilidad de los padres, tutores o guardadores por los actos dañosos ejecutados por las personas sometidas a su potestad o guarda legal puede exigirse ante el propio Tribunal de lo criminal que conozca de los hechos, que sería delictivo de no mediar una causa de inimputabilidad, o bien ante los Tribunales de lo civil, en juicio independiente. Por el contrario, la responsabilidad de los mismos inimputables por sus actos propios puede exigirse tan sólo mediante el ejercicio de la acción basada en el artículo 20 del Código penal, pues fuera de este precepto es muy discutible la existencia de algún otro donde apoyar la pretensión de resarcimiento.”.(...) pues “dentro del área puramente civil, la pretensión de resarcimiento encontraría siempre la oposición derivada del propio estado de inimputabilidad del sujeto, estado que, al mismo tiempo que les exime de responsabilidad penal, origina la exención de responsabilidad civil.”. Y, continua diciendo que: “para que un hecho injusto y dañoso obligue al que fue su autor a pagar los daños, se necesita que haya sido cometido por persona consciente de sus propios actos y libre para realizarlos”, por ello, sostiene en la p.120 que: “En el ordenamiento jurídico-civil español no encontramos declaración expresa sobre la responsabilidad del menor, el enajenado y el sordomudo, y desde luego no puede intentarse acción alguna basada en el artículo 1902, puesto que en él, se parte de la base de que exista un hecho ilícito y de que medie culpa o negligencia, caracteres que no pueden existir cuando, como en los casos de que tratamos, el autor de la conducta es un inimputable”.

⁴²⁴FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.121. Al hablar de esta responsabilidad subsidiaria sostenía que: “se trata de una responsabilidad puramente objetiva, basada como tal, no en la existencia de una conducta atribuible a la voluntad dolosa o culposa de un sujeto, sino en la exigencia de reparación del patrimonio perjudicado por el titular de otro patrimonio, que lleva a

Esta responsabilidad subsidiaria sólo surgía en dos supuestos: cuando los inimputables no tuvieran persona con potestad o guarda legal o cuando estas personas fuesen insolventes⁴²⁵. En este sentido, ha sido criticado que en el caso que el sujeto que los tenga bajo potestad o guarda haya actuado de forma diligente, no hubiera de surgir también esta responsabilidad civil subsidiaria para el inimputable⁴²⁶. Este era el único caso en el cual no habría nunca opción a reparar el daño causado, pues al no estar previsto por la ley, no podría responder nadie⁴²⁷. En efecto, el inimputable no podía responder sobre la base del 1902 del CC, y el propio articulado del CP decía que los que ejercieran la patria potestad o guarda legal estarían exentos de responsabilidad civil si hubieran probado que actuaron diligentemente.

En el texto legal de 1944 se continuaba exigiendo también, igual que en los anteriores Códigos comentados, la responsabilidad civil a ciertas personas que no han tenido participación alguna en el delito, pero se trataba de una responsabilidad civil subsidiaria, que sólo tiene lugar cuando los responsables criminalmente no la hagan efectiva. Así, se puede decir que en el art. 21 se establecían dos tipos de normas. Por un lado, en el párrafo primero se indicaba que eran responsables

considerar simplemente la relación de causalidad entre el hecho y el daño, prescindiendo de toda averiguación relativa a la imputabilidad de la acción dañosa e imponiendo al autor del hecho la obligación de resarcir.”.

⁴²⁵ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pp.650 y 651. ANTÓN ONECA al explicar esta responsabilidad subsidiaria decía que: responden subsidiariamente “con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos, dentro de los límites que para el embargo de bienes señale la Ley de Enjuiciamiento civil. La sustitución queda condicionada porque no hubiere persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal o porque ésta sea insolvente.”.

⁴²⁶FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.122. En términos muy parecidos FERRER SAMA indicaba que: “siendo, pues, tres las causas por las que puede fallar la responsabilidad de los padres o guardadores, o sea el que éstos no existan, el que sean insolventes o el que demuestren que por su parte no medió culpa ni negligencia, no hay razón para cargar la responsabilidad sobre el menor, el enajenado o el sordomudo en los dos primeros y no seguir el mismo criterio respecto al tercero.” ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.651. Sostenía en idénticos términos que: “No se ha extendido la subsidiariedad a la carencia de culpa o negligencia.” Y planteaba “No sabemos si ello ha sido reiterado olvido de los legisladores o voluntad de basar la responsabilidad en una culpa, aunque no sea del propio responsable”.

⁴²⁷FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.121. “Nos encontramos ante una hipótesis en la cual no será exigible a nadie la reparación de los daños causados ni la indemnización de los perjuicios, en efecto, la acción no puede fundamentarse en el artículo 20 del Código penal, porque este silencia en absoluto el supuesto sin que quepa ejercitarla ante los Tribunales de lo civil, puesto que falta según se vio anteriormente, toda base jurídica sobre la que apoyar una pretendida responsabilidad civil del propio inimputable por los actos dañosos que haya podido ejecutar, a consecuencia de ese mismo estado de inimputabilidad”.

civilmente en defecto del que lo era criminal: los posaderos, taberneros así como, cualquier persona o empresa que dirija estos establecimientos por los delitos o faltas que se cometan en sus establecimientos. Siempre que por su parte o por la de sus dependientes se hubiese infringido reglamentos generales o especiales de policía que guarden relación con el hecho punible. Por ello, se debe hacer hincapié en que se modificó este tipo de responsabilidad en relación con el CP de 1932. Se añadió el concepto “faltas” y que: “haya intervenido infracción de los reglamentos generales o especiales de policía que esté relacionada con el hecho punible cometido.”⁴²⁸. Por lo tanto, era importante el lugar donde se cometía el delito o la falta y que la comisión del delito o de la falta se haya producido por haber infringido reglamentos generales o de policía⁴²⁹. Por ello la doctrina sostenía que no se estaba ante una responsabilidad objetiva sino ante una subjetiva, basada en la culpa *in vigilando* o en la culpa *in eligendo*⁴³⁰.

Cuello Calón también decía, que esta responsabilidad tenía lugar en caso de delitos cometidos por dependientes o por otras personas siempre que se cometan dentro de los referidos establecimientos, y resaltaba de la responsabilidad por

⁴²⁸FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.134. FERRER SAMA alababa que el legislador a la hora de realizar el texto refundido ha tenido acierto al añadir que: “haya intervenido infracción de los Reglamentos generales o especiales de Policía que esté relacionada con el hecho punible cometido.”. Pues esto, había de ser entendido en el sentido de que “la infracción del Reglamento haya sido la causa o, al menos, haya proporcionado la ocasión del hecho punible perpetrado.”.

⁴²⁹FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.132. Que: “lo determinante de ella es el lugar donde el delito o falta se comete siendo indiferente que éstos se perpetren por personas dependientes del director del establecimiento o Empresa o por sujetos totalmente extraños,”.

⁴³⁰FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.133. FERRER SAMA dice no estamos ante una obligación objetiva “sino que se basa en la existencia de una conducta culposa” <<in eligendo>> o <<in vigilando>>. Aunque mantiene que: “esto es muy dudoso dentro del Derecho positivo, pues la redacción del texto legal lo que realmente expresa, es una figura de responsabilidad objetiva al no admitirse prueba en contrario.”. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.653. En idéntico sentido al comentar el párrafo primero del art. 21 ANTÓN ONECA decía que “Dos condiciones limitan esta responsabilidad: el lugar donde la infracción se cometa (los establecimientos que dirijan) y la infracción reglamentaria, que la reforma de 1944 matiza con sentido explicativo por la relación con el hecho punible. En los reglamentos se alojan normas de diligencia, cuyo incumplimiento constituye en culpa al infractor. Si tal quebrantamiento ha sido realizado por los dependientes, la culpa del principal será la que los civilistas llaman <<in eligendo>>, por haber escogido mal el dependiente; o <<in vigilando>>, por no haber inspeccionado debidamente sus actividades.”. CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, p.730. En idénticos términos sostenía que era: “una responsabilidad basada en la existencia de una conducta culposa consistente en la infracción, por parte de quien debía observarlos, de los Reglamentos de Policía dictados quizás para prevenir hechos delictivos.”.

omisión que en este caso es subsidiariamente responsable una persona que si no ha intervenido en el delito, ha descuidado en el ejercicio de las industrias mencionadas, el cumplimiento de las reglas establecidas por la autoridad⁴³¹.

En el párrafo segundo art. 21 se indicaba también que los posaderos estaban obligados a restituir o indemnizar por los objetos robados o hurtados en su establecimientos, siempre que sus clientes les hubiesen indicado previamente la existencia de esos objetos y hubieran observado las normas y reglas de cuidado indicadas por aquellos o sus sustitutos en el momento que los depositaron. Esta responsabilidad de carácter subsidiaria decaía cuando el robo era con violencia o intimidación en las personas. Salvo que el autor de dicho robo fuese un dependiente de aquel. Se trataba de una responsabilidad civil subsidiaria; es decir, sólo cuando el autor del robo o del hurto no hiciera frente a esa responsabilidad, la debían asumir los hoteleros o los titulares de la casa de hospedaje, y única y exclusivamente en el caso que el hurto o el robo se hubiere producido en su establecimiento. Y, siempre que el titular de esos bienes, hurtados o robados, hubiese anunciado que depositaban los mismos en su establecimiento, y que este, hubiese cumplido con la normativa indicada por el titular o dependiente de la casa o hotel en cuanto a la protección de los mismos. Se debe hacer hincapié que en el caso de robo con violencia o intimidación sobre las personas estos titulares no respondían de forma subsidiaria, es decir, en defecto del autor del criminal salvo que la acción haya sido realizada por algún dependiente de ellos que entonces sí que respondían⁴³².

En este segundo apartado parece que estábamos ante una responsabilidad subsidiaria de carácter objetivo, aunque parezca que estos titulares respondían en base a la “culpa *in vigilando*” o “*in eligendo*”. Pues en realidad, no había ningún mecanismo de diligencia alguna para que el titular del hotel o de la casa de hospedaje no respondiese a pesar de haber actuado diligentemente, es decir, se estaba ante una presunción de culpa “*juris et de jure*” y por lo tanto, aunque no se incurriese en culpa se respondía⁴³³.

⁴³¹CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, p.730.

⁴³²CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, p.730. El cual, explicaba el párrafo segundo del art. 21 de la siguiente forma: “cuando el culpable del robo o del hurto, que además de ser responsable criminalmente del hecho lo es también civilmente conforme al artículo 19, no haga frente a esta responsabilidad y quede insatisfecha, responden en su defecto los posaderos u hoteleros siempre que los perjudicados hubieren observado lo que el texto legal dispone,(...), sin embargo a pesar de su observancia, dicha responsabilidad civil cesa, en caso de robo con violencia o intimidación en las personas a no ser que fuere ejecutado por los dependientes del posadero.”.

⁴³³ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pp.653 y 654. En términos muy parecidos ANTÓN ONECA indicaba que “también aquí se invoca por los comentaristas la culpa <<in vigilando>> y la <<culpa in

Además, se debe tener en cuenta que la responsabilidad regulada en este segundo apartado era distinta a la responsabilidad establecida en el CC arts. 1783 y 1784, por ello se decía que la víctima del hurto o robo perpetrado en el establecimiento en que se halle hospedado tiene, dos clases de acciones para dirigirse contra el dueño de tal establecimiento: de un lado, la acción del art. 1783 del CC que se debe ejercitar ante los Tribunales civiles con independencia del procedimiento criminal. De otro, la acción de naturaleza civil pero establecida en el CP art. 21 y de la cual habrá de conocer el propio Tribunal que entienda del hecho delictivo del que deriva la responsabilidad subsidiaria a la que nos referimos⁴³⁴.

En el art. 22 del Código se indicaba que la responsabilidad subsidiaria del art. anterior: “será también extensiva a los amos, maestros, personas, entidades, organismos y Empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios.”. Por ello se decía que con el texto refundido del 44, el legislador, al introducir los términos “entidades” y “organismos”, ampliaba la posibilidad de extender esta responsabilidad civil

eligendo>>: la última al exceptuar del caso de robo con violencia o intimidación en las personas, el ejecutado por los dependientes. Pero aunque ésta haya sido la idea fundadora, al presumirse la culpa “juris et de jure” caemos de lleno en la responsabilidad objetiva, pues habrá hurtos y robos inevitables con la diligencia media exigible, y no por eso los posaderos son menos responsables.”.

⁴³⁴CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, pp.730 y 731. CUELLO CALÓN indicaba que: “es distinta la responsabilidad civil regulada en los artículos 1783 y 1784 del Código civil que la regulada en el artículo 21 del Código penal. Si bien tienen cierta analogía la del Código civil se refiere a cualquier clase de daños y el regulado en Código penal solamente a hurtos y robos. El Código civil exceptúa los daños que provienen de robo a mano armada u otro suceso de fuerza mayor. Y el penal, todo robo con violencia e intimidación en las personas a no ser ejecutado por los dependientes del posadero. El Código penal prevalece cuando de robos o hurtos se trate por razón de especialidad y también por ser este cuerpo legal posterior al Código civil.”. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pp.653 y 654. En idénticos términos. Y, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, pp.136 y 137. El cual, en términos muy parecidos indicaba que: “lo que ocurrirá en el caso de haber mediado en el robo la circunstancia de violencia o intimidación en las personas, pero no la de haberse cometido a mano armada, será que la víctima de tal robo no puede dirigirse contra el posadero ejercitando la acción del artículo 21 del Código penal (a no ser que tal hecho hubiera sido ejecutado por sus dependientes); pero en cambio nada obstaculiza que pueda entablar ante los Tribunales de lo civil la correspondiente reclamación apoyada en el artículo 1783 puesto que la responsabilidad que el mismo establece no queda excluida sino por el hecho de haber mediado robo a mano armada o ser ocasionado el hecho por otro suceso de fuerza mayor y no por la simple violencia o intimidación en las personas.”.

subsidiaria no sólo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas y al Estado, la Provincia y los Municipios⁴³⁵.

Esta responsabilidad subsidiaria sólo surgía si existía previamente una relación de dependencia entre el autor del hecho criminal y el responsable subsidiario. Y, se exigía que el hecho criminal se hubiese realizado como consecuencia de esa dependencia; es decir, en el desempeño de sus obligaciones o servicios, pues, si no fuese así, no surgirá nunca esa obligación de responder de forma subsidiaria⁴³⁶.

Estamos ante obligación de responder de carácter subsidiario y de carácter objetivo pues si el hecho criminal se ha producido como consecuencia del desempeño de sus obligaciones o servicios la culpa se presume “*ius et de jure*”; es decir, sin posibilidad de discutir la existencia de culpa⁴³⁷.

⁴³⁵CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, p.732. Indicaba que la introducción en este precepto de las expresiones “entidades y organismos” “amplia la extensión de la responsabilidad civil subsidiaria a los delitos o faltas cometidos por los empleados del Estado, Provincia o Municipio que serán responsables subsidiariamente siempre que, como personas jurídicas y en servicio que administren directamente, actúen fuera del ejercicio del poder y organicen empresas contratando serviarios u obreros como los de carácter particular.”. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p.315. QUINTANO también decía que se “establece la posibilidad de extender las responsabilidades civiles subsidiarias tanto a las personas físicas como a las jurídicas.”.

⁴³⁶ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pp.656 y 657. ANTÓN ONECA indicaba que: “no basta con la relación de dependencia; es necesario que el dependiente actúe en el desempeño de las obligaciones o servicio que se le ha encomendado. Cuando el dependiente se extralimita es idéntico al extraño y se considera que obra por cuenta propia.”. CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, pp.731 y 732. CUELLO CALÓN decía que: “para exigir esta responsabilidad subsidiaria debe existir una relación de dependencia más o menos directa entre el amo y el que presta el servicio no siendo bastante que el acto del dependiente se haya realizado por orden del principal, es preciso que los criados, empleados o dependientes obren en el desempeño de las funciones que por su oficio o profesión les estuvieren encomendadas, si el hecho delictivo se cometiere fuera del ejercicio de su servicio profesional cesa la responsabilidad subsidiaria.”. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p.314. QUINTANO decía: que “el acto debe afectar a la obligación de desempeño de la misión.”.

⁴³⁷ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.654. “O sea, en la culpa <<in eligendo>>. Pero es culpa que se presume “*ius et de jure*”, lo cual equivale a aceptar la responsabilidad objetiva, pues en muchos casos de la realidad no habrá omisión alguna de diligencia.”. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, pp.312 y 313. Decía QUINTANO que en el art. 22, parece establecerse en toda su integridad la tesis de la responsabilidad sin culpa, puesto que “basta la existencia de la relación de dependencia o servicio para que surjan automáticamente, sin precisión de infracciones reglamentarias ni de conductas imprudentes”. Sostiene que este art. es mucho más severo que el propio básico 1903 del CC. en cuyo último párrafo se indica “que la responsabilidad ha de cesar cuando se prueba que se obro con la diligencia propia de un buen padre de familia para prevenir el daño.” Y acaba diciendo que: “se da la paradoja” “que una ley civil exija una conducta imprudente,

Por lo tanto la diferencia del art. 22 de CP, con el art. 1903 CC, es que esta última, establecía una responsabilidad directa y de carácter subjetivo, basada en una “culpa *in eligendo*” -por la elección de sus dependientes o empleados- o, en una “culpa *in vigilando*” -por la falta de control en la actividad realizada y desempeñada por sus empleados o dependientes-. Pero aquí, en esta responsabilidad, estamos ante una presunción “*iuris tantum*” es decir susceptible de prueba en contrario y por lo tanto si el empleador acreditase esta diligencia desaparecería dicha responsabilidad por hecho ajeno. De igual parecer Ferrer Sama, el cual sostenía que la responsabilidad establecida en el art. 22 del CP y la regulada en el art. 1903 del CC eran parecidas, pero que existían diferencias fundamentales, la del 1903 era de carácter directo y la del art. 22 era subsidiaria. Pero lo fundamental, era que su naturaleza, era diferente, en este sentido indicaba que la responsabilidad consignada en el CC era de índole subjetiva, en cuanto se fundamentaba en la existencia de una conducta culpable del dueño o director de empresa o establecimiento, culpabilidad que consistía en la omisión de la diligencia debida en la elección de sus empleados o dependientes o en la falta de custodia o cuidado respecto a sus actividades como tales. Es decir, que su base se encontraba en la llamada “culpa *in vigilando*” o “culpa *in eligendo*”. Se presumía la existencia de culpabilidad pero era una presunción “*iuris tantum*” es decir sometida como tal a prueba en contrario y originando tal prueba en contrario la anulación de toda responsabilidad sobre el hecho ajeno⁴³⁸. Dicho autor indicaba que nada se decía respecto a esto en el art. 22 del CP y por lo tanto, también sostenía estábamos ante una responsabilidad objetiva⁴³⁹.

es decir, culposa, para hacer efectiva una responsabilidad, en tanto que el Código penal prescinde en absoluto de ese elemento moral y subjetivo tan decisivo, generalmente en su esfera de acción.”. Este autor en las pp.313 y 314. Acaba diciendo que este art. es una consagración del revolucionario sistema de la responsabilidad sin culpa, pero para él, es más propio pensar que por nuestra tradición jurídica “que la legislación establece en este caso una presunción de culpa, presunción <<juris et de jure>> y que tratándose de patronos debe ser una presunción de culpa <<in eligendo>>. Y se basa en el comentario que hacía Pacheco al art. 18 del CP de 1848 análogo al art. 22 “El maestro, el amo, el jefe de cualquier establecimiento, deben conocer la capacidad de sus discípulos, dependientes o subordinados y no imponerles otra obligación, ni encargales otro servicio, que aquella o aquel que sepan y puedan desempeñar. El público descansa en la seguridad que le prestan tales jefes; para ellos es la utilidad y la gloria de sus empresas, de ellos ha de ser igualmente la responsabilidad y los perjuicios cuando se causan en una esfera que ellos habían ordenado, y por la persona que en nombre de ellos la desempeñaba.”.

⁴³⁸FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, pp.140 y 141.

⁴³⁹FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.141. “Es ello la prueba más palpable de que se basa la obligación de responder en el criterio de la compensación de beneficios y riesgos, criterio que ha servido de fundamento a otras tantas figuras de responsabilidad sin culpa.”.

b) *Contenido.*

En el art. 101 se establecía el contenido y extremos que abarcaba la responsabilidad civil y se indicaba, tal como se hacía en todos los Códigos anteriores: a la restitución, la reparación del daño causado, y la indemnización de perjuicios. Estas obligaciones se pueden dar por separado o conjuntamente. Y las tres, como decía Antón Oneca obedecían a una finalidad común: restaurar la situación jurídica quebrantada por el hecho delictivo en cuanto productor de daños, y por tanto como ilícito civil. Los Tribunales gozaban de un amplio arbitrio para determinar la cuantía de las responsabilidades civiles, reparaciones o indemnizaciones, pero era preciso que se pruebe el daño causado, así como su importancia patrimonial⁴⁴⁰. Y, por lo tanto, se ha de intentar diferenciar el concepto de daño y el concepto de perjuicio. En este sentido Ferrer Sama definía daño: “como aquel padecimiento material o moral sufrido por la víctima del delito como consecuencia directa de la conducta delictiva”. El elemento diferenciador entre el daño y el perjuicio era: “que el daño sea consecuencia directa de la acción delictiva”, mientras que el perjuicio era “la privación de algún bien material o moral que, no siendo consecuencia directa de la conducta delictiva, ha venido a causarse a la víctima del delito o a otra persona.”. Por lo tanto, la privación del bien es “sólo una consecuencia indirecta de la acción delictiva” y, a diferencia de lo que ocurre con el daño, el perjuicio no puede presumirse, sino que ha de resultar probado por quien intente percibir la indemnización⁴⁴¹. El planteamiento era lógico, por ser el perjuicio una consecuencia directa del delito que puede existir, pero que no siempre sigue al hecho delictivo, como ocurre con el daño. Ferrer Sama admitía la reparación del daño moral y del perjuicio moral. Lo argumentaba basándose en el articulado del CP de 1944 atendido que por un lado, en el art. 104, se declaraba expresamente la admisión del perjuicio moral y por otro, que en el art. 103, que, aunque nada dice de forma directa respecto el daño moral, hablaba “del precio de la cosa” y “de afección del agraviado”. Para él, podían discutirse dos tipos de daños: unos que recaen sobre el patrimonio; y otros que producen una lesión de bienes jurídicos de carácter espiritual. Y sostenía que no creía que existiese “ninguna diferencia esencial entre

⁴⁴⁰ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.660. Y además este autor indicaba que: “El tribunal sentenciador ha de determinar con la suficiente especificación los hechos constitutivos del perjuicio, mientras su valoración cuantitativa queda a su disposición.”.

⁴⁴¹FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, pp.364 a 366.

los daños materiales y los daños morales que justifique la imposibilidad de resarcimiento de estos últimos”⁴⁴².

En el art. 102 se indicaba en qué consistía la restitución. Que debía hacerse de la misma cosa, siempre que fuese posible, y en su caso con abono de deterioros o menoscabos, a regulación del Tribunal. Por lo tanto, consiste en la devolución al perjudicado, por el delincuente o el civilmente responsable, de la misma cosa de que fue privado por el delito. La restitución consiste en la reintegración del estado de cosas existentes antes de la infracción (*restitutio in pristinum*). La restitución puede ser de cosas muebles sustraídas o de inmuebles usurpadas. En términos muy parecidos se manifestaban Cuello Calón⁴⁴³ y Antón Óneca⁴⁴⁴ al explicar en qué consistía la restitución.

La cosa a restituir puede haber sufrido menoscabos o deterioros en ese caso el responsable, debe asumir estos, en función de la estimación indicada por el Tribunal. Y en el caso que la cosa hubiere sufrido mejoras la cuestión se resuelve de conformidad con lo establecido en el CC. En este sentido, se manifestaron Cuello Calón⁴⁴⁵, Pacheco⁴⁴⁶, Antón Óneca⁴⁴⁷ y Ferrer Sama⁴⁴⁸; éste último, siguiendo el

⁴⁴²FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.367. “permite considerar que tanto el daño como el perjuicio pueden ser no sólo materiales, sino de índole moral. Sería absurdo admitir la indemnización de los perjuicios morales y negar la reparación de los daños de tal naturaleza.”

⁴⁴³CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, pp.733 y 734. El cual decía que la restitución “ha de ser de la misma cosa, pues la entrega de otra equivalente o de su valor, no es restitución sino reparación del daño causado, a menos que se trate de numerario u otras cosas fungibles que fueren de la misma calidad.” Y expresamente indicaba que: “La restitución debe hacerse siempre y no puede ser sustituida por la indemnización del perjuicio sufrido.”

⁴⁴⁴ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p.661. Este autor sostenía que: “El restablecimiento de las cosas al estado anterior al delito es la reparación más natural del daño causado por la infracción; cuando no sea posible, no queda otro procedimiento restaurador que la indemnización, o sea la compensación o reparación por equivalentes; pero ambos conceptos entran dentro del muy amplio de reparación.”

⁴⁴⁵CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, p.734. Y, N. del. A. nº 25.

⁴⁴⁶PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *Código Penal 1848*, Tomo I, p.506. Este autor ya lo comentaba al explicar la restitución en el Código de 1848.

⁴⁴⁷ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.661. “Los más de los comentaristas remiten la solución a los preceptos del Código civil, a los que evidentemente debe acudir, tratándose como se trata de obligaciones de esta índole, en todo lo que no esté especialmente previsto por el Código penal.”

⁴⁴⁸FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.371. “que son las normas del Derecho civil las que han de regular las cuestiones que pueden presentarse en estos casos es indiscutible, puesto que los mismos no son sino manifestaciones de la accesión. Decir, pues, que las soluciones que el derecho civil dé a dichos supuestos será racional, pero poniendo en duda su moralidad, es la más dura censura a la serie de preceptos contenidos en nuestro Código civil que regulan esta importante materia”.

criterio de Groizard, entendía que se debía regir dicha cuestión por las disposiciones del CC pues “la cuestión es de puro y estricto Derecho civil.”. En cambio, Quintano Ripollés, a pesar de sostener lo mismo que los anteriores, es decir, que se debe aplicar el CC, y en concreto el derecho de accesión lo cuestionaba y decía que la solución dada era la más racional, pero no la más moral; con ella se daba protección jurídica a un acto inicialmente antijurídico. Y, acababa dando como solución, la aplicación del art. 48 del CP “sobre el comiso, especialmente en los casos en que haya habido sustitución de la cosa por permuta o compraventa.”⁴⁴⁹. Esta solución no era compartida por la doctrina⁴⁵⁰.

En el párrafo segundo y tercero del art. 102, se indicaba que: “Se hará la restitución aunque la cosa se halle en poder de tercero y éste la haya adquirido por un medio legal, salvo su repetición contra quien corresponda.” Y continuaba indicando que: “Esta disposición no es aplicable en el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable.”. Por lo tanto, cuando la restitución no es posible la única manera de restablecer el equilibrio patrimonial perturbado por el delito es la reparación del daño causado. Y así, en el art. 103 se indicaba que la reparación se “hará valorándose la entidad del daño por regulación del Tribunal, atendido el precio de la cosa siempre que fuera posible, y el de afección del agraviado.”. Como decía Cuello Calón la reparación había de hacerse estimando el Tribunal libremente no sólo el valor material de la cosa, sino también “el precio de afección” del agraviado⁴⁵¹. Y cuando el resarcimiento del daño no puede efectuarse tomando por norma el precio de la cosa o el de la afección del agraviado, el CP establecía en el

⁴⁴⁹QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, p.446. Así decía este autor que: “Quizá esta resulte, en efecto la más racional; pero es dudoso que sea la más moral, ya que constituiría, en la mayoría de la ocasiones, una protección jurídica a un acto inicial tan característicamente antijurídico como el delito.”. Y daba como solución aplicar el art. 48 del CP “sobre el comiso, especialmente en los casos en que haya habido sustitución de la cosa por permuta o compraventa.”.

⁴⁵⁰Parece claro que no habiendo normativa penal que regule esta situación específica, se debe aplicar supletoriamente el CC y si en éste, está regulado el derecho de accesión, no se entiende esta solución aportada por QUINTANO.

⁴⁵¹CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, p.135. “Tal estimación del precio de afección se halla en todos nuestros Códigos penales a partir de 1848 y constituye una anticipación a la reparación del daño moral modernamente admitida. El precepto del artículo 103 sólo es aplicable a aquellas infracciones que causan la pérdida, la destrucción o el menoscabo de una cosa que posee un valor patrimonial o afectivo.”.

art. 104 la tercera modalidad de responsabilidad civil, consistente en la indemnización de perjuicios⁴⁵².

En el art. 103 se hablaba de la reparación del daño causado, y podemos decir que la reparación surge cuando la restitución no se puede realizar, o cuando esta se ha realizado, pero el bien restituido ha sufrido un menoscabo o deterioro.

El CP no explicaba la diferencia entre la reparación del daño y la indemnización de perjuicios. Aunque sí que los enumera como conceptos diferentes, no los explica. Y en el CC en varios lugares se habla de daños o perjuicios como si fueran cosas distintas y en los arts. 1902 y siguientes del CC emplea la palabra daño y la palabra perjuicio separadamente y en idéntica acepción. La posición de las legislaciones y juristas modernos es que “no distinguen más que una forma de resarcimiento por las consecuencias nocivas de la acción ilícita.”. De ahí que Antón Oneca a la hora de explicar estos dos preceptos, dijese que el Código de 1944 se limitaba a ordenar la indemnización de los perjuicios materiales y morales, sin las frases explicativas que se incluían el Código de 1928, y por ello sin precisar la extensión del concepto⁴⁵³.

⁴⁵²FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, pp.374 y 375. Sostenía lo mismo cuando no podía quedar satisfecha la responsabilidad civil del culpable mediante la restitución de la cosa, la misma deberá quedar satisfecha mediante la reparación del daño y la indemnización del perjuicio. Además indicaba que: Siguiendo a CASTAN se puede afirmar que resultan irreivindicables según nuestra legislación vigente en España los siguientes bienes y cosas y que por lo tanto no se pueden restituir:

1º Las mercaderías compradas en almacenes o tiendas abiertas al público (artículos 85 del Código de Comercio y, 464 y 1955 del Código Civil).

2º Las monedas dadas en pago de compras al contado hechas en tiendas o establecimientos públicos (artículo 86 del Código de Comercio).

3º Los efectos cotizables al portador pignorados en la forma que determina el Código de Comercio mientras no sea reembolsado al prestador (artículo 324 del Código de Comercio).

4º Los efectos al portador que se detallan en el artículo 545 del Código de Comercio, si hubieran sido negociados en bolsa con intervención de agente colegiado, y donde no lo hubiere, con intervención de notario público o corredor de Comercio (artículo 545 del Código de Comercio).

5º Las cosas que el poseedor haya adquirido de buena fe en venta pública, mientras el propietario no reembolse a dicho poseedor el precio pagado por ellas (artículo 464 apartado 2º del Código Civil).

6º Las cosas empeñadas en lo Montes de Piedad, mientras no se reintegre al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos (artículo 464 apartado 3º del Código Civil).

7º Las cosas depositadas por una persona capaz en otra que no lo sea si dicha cosa ha pasado a poder de tercera persona que la haya adquirido legítimamente (artículo 1764 del Código Civil).

CASTAN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo II, 1942 p.124.

⁴⁵³ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.663. “estamos ante una de las muchas manifestaciones del estilo de nuestro legislador que, temeroso de que escapen al texto legal algunos de los casos que

El planteamiento de Antón Oneca sobre la reparación era crítico con algunos de los presupuestos de los que partían Pacheco y otros comentaristas. En su opinión, no era claro que la reparación estuviese dirigida exclusivamente a los delitos contra las cosas y la indemnización contra las personas pues del texto del Código -en ese sentido, muy similar a los anteriores- no cabía derivar tal conclusión; de hecho, si bien el art. 103 se refiere a las cosas, el 104 no está limitado sólo a los daños sobre las personas, sino que parece más amplio que el anterior, abarcando no sólo al daño que sufren las personas, sino también las cosas y, que por lo tanto, este art. hacía inútil el art. 103⁴⁵⁴.

Por otra parte, Antón Oneca era contrario a estimar perjuicios puramente morales por los siguientes motivos: entendía que su estimación podía dar lugar a la provocación del delito por parte de sujetos que quieran obtener un beneficio económico, sostenía que el perjuicio moral no puede tener equivalente compensatorio con un beneficio material y por último le preocupaba la posible identificación de la indemnización con la pena⁴⁵⁵.

También Quintano planteaba que era difícil la distinción que se intentaba hacer siempre, en la doctrina, a la hora de diferenciar reparación de los menoscabos y deterioros y entre la reparación y ciertas indemnizaciones de perjuicios, y decía que la indemnización comprendía de conformidad con el Código de 1944 el daño emergente y el lucro cesante así como los perjuicios morales y que la acción, amparaba no sólo al agraviado, sino también a su familia y a terceros⁴⁵⁶.

quiere prevenir, no vacila en utilizar junto a conceptos específicos otros generales, sin que le arredre la repetición.”

⁴⁵⁴ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.662. Este autor al comentar los arts. 103 y 104 del CP de 1944 indicaba que: “El art 103 se refiere a las cosas, pues la regulación reparadora ha de hacerse por el precio de éstas, y se concreta también al agraviado, mientras que el art 104 ni se limita a los delitos contra las cosas ni a los perjuicios del agraviado, sino que comprende de los de otras personas. Pero tampoco del último precepto se deduce que estén sólo comprendidos los delitos contra las personas. Más bien es el art. 104 una fórmula amplia, dentro de la cual, no siendo distintos los daños y los perjuicios, está abarcando también el círculo de la reparación de los daños en las cosas haciendo inútil el art 103.”

⁴⁵⁵ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.664. Este autor era contrario a la estimación de los perjuicios puramente morales por los siguientes motivos: “el posible cultivo de provocaciones al delito por parte de la víctima para obtener benéficos económicos”, “la dificultad de la estimación pues la heterogeneidad del perjuicio moral y del beneficio material compensador hace imposible establecer una ecuación”, y, “finalmente la identificación de la indemnización con la pena,”.

⁴⁵⁶QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, pp.447 a 449. “Es altamente dudoso que quepa hacer una distinción perfecta entre la reparación de daños, establecida en este artículo, y la de menoscabos o deterioros a que el precedente aludía, y aun entre estas reparaciones y ciertas indemnizaciones de perjuicios, del siguiente”. Y continúa diciendo en la p.448. La indemnización

En el art. 105 al igual que en los Códigos anteriores se establecía que: “La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios se transmite a los herederos del responsable.”. Por ello, como indicaba Cuello Calón la responsabilidad civil tiene una esfera más amplia que la penal, pues muerto el criminalmente responsable su responsabilidad penal se extingue, pero la civil derivada del delito sigue en pie y se transmite a los herederos del civilmente responsable como una deuda hereditaria⁴⁵⁷. En idéntico sentido Ferrer Sama, al comentar este art., decía que el delito es fuente de obligaciones civiles, creando un vínculo entre la persona responsable y la dañada o perjudicada por el mismo. Y que por ello, como en toda obligación civil, se produce el fenómeno de la transmisibilidad a los herederos, tanto a los que lo sean del sujeto activo como los del pasivo⁴⁵⁸. De aquí que diga que la primera parte del art. está totalmente acorde con la doctrina civil y, como decía Ferrer Sama, todo heredero es sucesor en los derechos de causante sin que pueda ser una excepción el hecho de que la obligación haya nacido del delito⁴⁵⁹. Por ello, Cuello Calón también sostenía que en caso de que falleciere el delincuente antes de dictar sentencia, subsistiera en favor del perjudicado la acción civil contra sus herederos y causahabientes, aunque en este caso la acción civil se exigirá ante la jurisdicción civil y sería aplicable el CC. Además, como consecuencia del segundo párrafo del art. 105⁴⁶⁰ este autor también indicaba que muerto el perjudicado su acción para exigir la restitución, la reparación o indemnización se transmite a sus herederos⁴⁶¹. Y, en términos muy parecidos Ferrer Sama, indicaba que, cuando fallece el autor del hecho antes de dictarse sentencia, de conformidad con lo establecido en el art. 112 del CP apartado 1º, se extinguía la responsabilidad

comprende: “el daño emergente, el lucro cesante” y “la compensación de los perjuicios morales” y que la misma, p.449. “ampara, además del agraviado, a su familia y a terceros”.

⁴⁵⁷CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, p.737.

⁴⁵⁸FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.385. Y, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.664. En términos muy parecidos al explicar la transmisión y extinción de la responsabilidad civil decía que: “La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar lo perjuicios se transmite, como obligación civil que es, a los herederos del responsable (art 105)”. Y añadía que: “esta responsabilidad civil, nacida de delitos o faltas, se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas de Derecho civil (art 117).”.

⁴⁵⁹FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.385. “todo heredero se considera como sucesor en los derechos del causante, pero también en las obligaciones” y sostiene el mismo que “es natural que la obligación derivada de delito no sea una excepción, ya que no hay motivo para distinguir entre la causa de cada una de las obligaciones en concreto”.

⁴⁶⁰Párrafo segundo del art. 105 del CP de 1944. “La acción para repetir la restitución, reparación o indemnización se transmite igualmente a los herederos del perjudicado.”.

⁴⁶¹CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, p.737.

criminal y, por lo tanto, también la acción penal, de conformidad con el art. 115 de la LECr. En este caso, por tanto, no se podrá nunca hablar de responsabilidad civil derivada del delito, aunque subsiste contra los herederos y causahabientes de éste la acción civil ante la jurisdicción civil⁴⁶².

En una valoración general Quintano acabaría indicando que la diversidad entre la responsabilidad criminal y la civil se veía demostrada también en este art., pues la responsabilidad civil es una medida no estrictamente personal, extendida “a personas criminalmente irresponsables” y también “a los herederos del responsable”, mientras que la responsabilidad criminal es personalísima⁴⁶³.

Es importante indicar igual que decía Antón Oneca que en este art. podemos también observar que el legislador distingue entre el agraviado u ofendido del delito, del perjudicado por el delito. El agraviado, es la víctima del delito, es el titular del bien jurídico lesionado. Mientras que el perjudicado es el que sufre el daño, es el titular del interés privado quebrantado por el hecho en cuanto ilícito civil⁴⁶⁴.

En el art. 106 se establecía que en el caso de “ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de qué deba responder cada uno.” Y en el art. 107 se indicaba que: “los autores, los cómplices y los encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.”. Por lo tanto, se puede decir que ambos preceptos planteaban la misma cuestión, cómo se debe responder civilmente de los daños o perjuicios causados por el delito cuando son varias personas las obligadas. Pues siempre que se trata de una obligación con pluralidad de sujetos, es necesario que la Ley, formule los criterios conforme a los cuales se ha de poder exigir, a cada uno de ellos, el cumplimiento de la misma. Como decía Ferrer Sama, es necesario indicar que no hay contradicción alguna entre lo dispuesto en el art. 106 y, el art. 107, pues el señalamiento de cuotas de que habla el primero, tiene valor respecto a las relaciones entre los varios obligados, mientras que la solidaridad establecida en el art. 107 hace referencia a la relación entre los obligados y el acreedor. Por ello, este autor siguiendo a Castan indicaba que “cada deudor solidario, frente al acreedor, es deudor por entero; y frente a sus compañeros, es deudor por su parte”. Por lo tanto el tribunal debe designar de forma imprescindible la cuota o parte por la

⁴⁶²FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.386.

⁴⁶³QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, p.450.

⁴⁶⁴ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.665. En este sentido el autor indicaba: “El Código distingue el agraviado u ofendido del perjudicado. El primero es la víctima del delito, el titular del bien jurídico lesionado. El perjudicado, es quien sufre el daño, el titular del interés privado quebrantado por el hecho en cuanto ilícito civil”.

que se debe responder⁴⁶⁵. Ferrer Sama ya indicaba que la solidaridad establecida en el art. 107 y la obligación de responder subsidiariamente por las cuotas correspondientes a los demás responsables tenía su equivalencia en el CC, en el art. 1145 párrafo tercero. Pero, que el orden por el cual se debe responder es el establecido en el art. 107. Y añadía que debe tenerse en cuenta que lo establecido en estos dos arts. es la responsabilidad civil exigible a las personas criminalmente responsables de un delito o de una falta, en concepto de autores, cómplices o encubridores. Pero, que no se refería a los terceros que puedan estar obligados de conformidad con lo establecido en los arts. 20 al 22 y 108 del presente CP. Los cuales, se regían por esas normas en concreto⁴⁶⁶. Y en idéntico sentido se manifestaba Cuello Calón, para quien se establecía una responsabilidad civil solidaria para todos los partícipes en el hecho punible, es decir, a los autores, los cómplices y los encubridores como consecuencia de ser todos responsables del mismo delito. Y, que la responsabilidad subsidiaria, se hará efectiva en orden a la mayor o menor participación en el hecho⁴⁶⁷. Atendido lo que se continuaba indicando en el art. 107⁴⁶⁸.

Finalmente en el art. se indicaba que el que hubiere pagado, podrá repetir contra los demás, por las cuotas correspondientes a cada uno. Ferrer Sama también sostenía que el derecho que se tiene de repetición de conformidad con lo establecido en el último párrafo del art. 107 del Código era la transposición en el CP del principio contenido en el art. 1145 párrafo segundo del CC.

No debemos olvidar que en derecho civil se ha establecido la distinción entre obligaciones mancomunadas simples o a prorrata, y mancomunadas solidarias.

La mancomunidad simple de deudores significa la determinación en partes materiales o ideales atribuibles a cada una de los sujetos obligados. Se trata de tantas obligaciones separadas e independientes como cuantos son los sujetos. Cada cuota viene a constituir objeto autónomo de una singular obligación, aunque se conserve de un modo formal y por razón de origen la unidad del vínculo.

En este sentido el art. 1138 del CC dice que, si del texto de las mismas, es decir, de la propia obligación, no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.

⁴⁶⁵FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, pp.388 y 389.

⁴⁶⁶FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.389.

⁴⁶⁷CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, p.737. "consecuencia de ser todos ellos responsables del mismo delito."

⁴⁶⁸Art. 107 CP de 1944. "primero en los bienes de los autores, después en los de los cómplices y por último en los de los encubridores".

Y las obligaciones mancomunadas solidarias tienen como característica la indeterminación de partes, de tal forma que cada uno de los sujetos está obligado al cumplimiento total o íntegro de las prestaciones. Art. 1137 del CC, si bien conserva frente a los demás obligados el derecho a reclamar de los mismos la parte o partes que les corresponda art. 1145 apartado 2º del CC.

En nuestra legislación civil, la regla general está constituida por la mancomunidad simple, y existe la mancomunidad solidaria sólo cuando la obligación expresamente lo determine art. 1137 CC.

En este sentido, si el art. 107 no dijese nada, parece que la obligación civil, nacida como consecuencia de la responsabilidad penal, sería una obligación mancomunada simple, pero como sí se indica en el art. 107, estamos ante una obligación mancomunada solidaria.

Quintano decía que desde 1848 existía una duplicidad de regulación de cuotas a satisfacer por los responsables civiles en el caso de concurrencia de responsabilidades y que uno y otro art. se refieren “a responsables que lo sean a la vez criminal y civilmente”⁴⁶⁹.

En el Texto Refundido de 1944 se continuaba manteniendo el partícipe a título lucrativo en el art. 108⁴⁷⁰. Cuello Calón, al comentarlo, indicaba que esta responsabilidad no nacía exclusivamente del delito o de la falta y que por eso se refiere este precepto a los no responsables criminalmente. El objeto es el restablecimiento del equilibrio patrimonial perturbado por el delito y por ello se exige este tipo de resarcimiento, que de otro modo generaría un enriquecimiento injusto. Cuello Calón se apoyaba en el art. 615 y siguientes de la LECr que no consienten el enriquecimiento de una persona a costa de otra sin causa que lo justifique⁴⁷¹. En términos muy similares Ferrer Sama, indicaba al comentar el art., que respondían los terceros de la obligación, que sin ser responsables del delito penal, habían obtenido beneficio de ese delito a título lucrativo⁴⁷². Por ello, sostenía que si no existiese esta obligación de resarcir en proporción al beneficio obtenido se produciría un

⁴⁶⁹QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, pp.451 y 152. Indicando que “no caben varias responsabilidades civiles sin otras criminales que las sustenten, salvo las subsidiarias, de los artículos 20 y siguientes, que, como su nombre lo indica, sólo pueden subsistir a condición de que la principal no se haga efectiva.”

⁴⁷⁰Art. 108 CP de 1944. “El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos del delito o falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía de su participación.”

⁴⁷¹CUELLO CALÓN, *Código Penal, texto refundido de 1944*, p.738.

⁴⁷²FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.391. “quien sin ser autor, cómplice o encubridor, se ha lucrado a consecuencia de él.” Y continua indicando que el fundamento es que: “nadie debe enriquecerse con daño de otro.”

enriquecimiento injusto; es decir, el enriquecimiento de una persona a costa de otra, sin causa justa o legítima, pues “nadie debe enriquecerse con daño de otro.”.

Antón Oneca criticaba el art. 108, al tener en consideración los casos en que hubiera una pluralidad de responsables civiles. En realidad, si hay pluralidad de partícipes criminales, de conformidad con lo comentado en los arts. anteriores, responderían de forma subsidiaria y solidaria respecto de los otros autores criminales. Sin embargo, lo que se impone es una obligación puramente civil y por lo tanto esta se debe restar del montante total del daño patrimonial derivado del delito pues de otro modo el perjudicado también se enriquecería injustamente. El problema surge cuando este obligado tercero a título lucrativo es insolvente, pues si no responde y se ha aminorado la cuantía por la que debe responder el autor criminal, el perjudicado sufre la insolvencia del responsable civil partícipe a título lucrativo⁴⁷³.

Quintano criticaba que se regulase esta obligación en el CP y añadía que como se trataba de evitar un enriquecimiento injusto la obligación de resarcimiento no alcanzaba a los que hubieren participado de los efectos del delito a título de invitados⁴⁷⁴. Y, en cambio, indicaba que era posible que alcanzase esta obligación, a los encubridores impunes del art. 17, pues era la única forma de poderles exigir responsabilidad. En realidad planteaba que la expresión “resarcimiento” no comprendía ninguno de los términos regulados en el art. 101 del CP, -es decir, el art. que regulaba en qué consistía la responsabilidad civil- y sostenía que el mismo equivaldría a la reparación de daño o a la devolución de la cosa, pero nunca a la indemnización de daños y perjuicios⁴⁷⁵.

⁴⁷³ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.658. “cuando exista un participante de los efectos del delito o falta, obligado al resarcimiento hasta la cuantía de la participación (art108), la de la reparación a que están obligados los otros responsables no será por todos los daños y perjuicios, sino por el resto de su importe una vez deducido lo que deba el participante inocente; pues ni se dice que la responsabilidad de éste sea subsidiaria, ni el perjudicado va a recibir más de lo que le corresponde por el daño sufrido. Ahora bien; como la ley no ha previsto nada sobre solidaridad ni subsidiariedad, resultará que la víctima tendrá que sufrir las consecuencias de la insolvencia del partícipe inculpable.” Y acaba indicando que “Hubiera sido mejor que la responsabilidad del artículo 108 hubiera tenido carácter subsidiario con relación a la principal de los culpables y con la finalidad de garantizar mejor los derechos de las víctimas.”.

⁴⁷⁴QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, p.452. Así decía que: “su lugar en el Código penal no puede ser más inoportuno”.

⁴⁷⁵QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, p.453. Planteaba que: se emplea por primera vez la palabra “resarcimiento” término que no comprende ninguno de los establecidos en el artículo 101 del Código penal, mantiene que “parece equivalente al 2º de reparación del daño, pero debe serlo también al 1º, de devolución de la cosa, aunque nunca al 3º, de indemnización de daños y perjuicios.”.

El Código de 1944 no consideraba las costas procesales como pena, a diferencia del Código de 1870, en el que las costas constituían una pena accesoria; el Código de 1944 seguía al Código de 1932 en este sentido y se separaba del de 1870⁴⁷⁶. En el art. 109 se indicaba que se consideraban “impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta.”. Y en el art. 110 se fijaba el objeto que comprendían, indicándose que: “Las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionadas en las actuaciones judiciales, ya consistan en cantidades fijadas en forma arancelaria, ya deban establecerse en otra forma, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”.

En esa época ya se entendía que las costas procesales eran sólo una obligación impuesta a los responsables criminales⁴⁷⁷. Y se sostenía que, cuando la sentencia era absolutoria, no procedía nunca su imposición, así como, que el responsable civil subsidiario, por insolvencia del criminalmente responsable, no las podía ni debía asumir. De aquí, que Ferrer Sama indicase, también que “precisamente por su separación conceptual de las indemnizaciones, al menos de ciertas indemnizaciones, las costas procesales no pueden hacerse sinónimas de los gastos del proceso, sino que son una parte de éstos, tan sólo aquellos gastos, que debiendo ser pagados por las partes de un determinado proceso, reconocen a éste como causa inmediata y directa de su producción.”. Y, por ello, quedaba fuera del ámbito de dichos conceptos, “la indemnización de daños y perjuicios” a que el proceso puede dar lugar⁴⁷⁸.

El CP no decía nada en cuanto a las costas cuando había pluralidad de sujetos responsables, ni establecía normas de solidaridad ni subsidiariedad; por lo tanto, era

⁴⁷⁶ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.669. En cuanto a la naturaleza de las costas procesales, ANTÓN ONECA sostiene la misma evolución histórica que se ha relatado en los distintos Códigos y decía que las costas en el Código de 1870 y el de 1848 tenían la naturaleza de pena accesoria. Que esto fue criticado atendido que no era correcta su calificación como pena pues no quedaba proporcionada a la gravedad del hecho sino al gasto del proceso. Que el Código de 1928, incluyó las costas en la responsabilidad civil, como cuarto concepto, después de los de restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios. Y, finalmente que los Códigos de 1932 y de 1944 si bien las incluían en el mismo título y compartían rubrica las mismas estaban diferenciadas entre “la responsabilidad civil y las costas procesales” para dar a entender el carácter autónomo de la segunda, de conformidad con la propia Exposición de motivos del Código de 1932.

⁴⁷⁷ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pp.668 y 669. En idéntico sentido este autor sostenía que: “Las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, sólo a los responsables criminalmente, no a los inculpables a quienes el artículo 20 declara civilmente responsables, pero no penalmente, ni tampoco a los responsables subsidiarios del art 21, y 22,”.

⁴⁷⁸FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.394.

el Juez quien debía imponer una cuota proporcional en función de su arbitrio judicial y su decisión no era recurrible. Como decía Antón Oneca⁴⁷⁹, el precepto era vago, pero del art. 111 del CP y del 241 de la LECr se deduce que dentro del concepto de costas estaban comprendidas tanto las debidas al Estado, como las que las partes hayan tenido que hacer para sostener sus derechos. Estos dos conceptos ya estaban diferenciados en el Código de 1848 bajo el nombre de costas y gastos judiciales respectivamente. Para Antón Oneca las costas eran una consecuencia más del delito al igual que la pena y la sanción civil derivada del hecho delictivo⁴⁸⁰. Que se imponía sólo a los sujetos penalmente responsables con una función reparadora, pues su fundamento hay que buscarlo al momento anterior al proceso; es decir, en la propia infracción criminal⁴⁸¹. Y, por ello, indicaba que las mismas eran distintas a la responsabilidad civil derivada del delito y que tampoco podían asimilarse a la pena pues su cuantía no deriva de la culpabilidad del sujeto sino del gasto del juicio. Es decir les atribuía autonomía propia.

Ferrer Sama indicaba que las costas eran gastos necesarios causados en el proceso de forma inequívoca⁴⁸². Y criticaba que el legislador mantuviese en el texto refundido de 1944, los arts. 109 al 111 atendido que su naturaleza jurídica no era penal⁴⁸³. Y, Quintano, igual que los anteriores autores, indicaba que las costas

⁴⁷⁹ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.669.

⁴⁸⁰ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.670. ANTÓN ONECA sostiene que: "las costas procesales son consecuencias jurídicas del delito, como las penas y las sanciones civiles que derivan del daño causado por el hecho criminal. Como éstas últimas, tienen una función reparadora: el delito determina el proceso, y éste, una serie de gastos que el condenado queda obligado a pagar por haberlas causado indirectamente, o sea a través del delito. Pero mientras las sanciones civiles alcanzan a autores de acciones antijurídicas inculpables, a responsables subsidiarios e incluso a otros terceros, o sea pesan sobre no delinquentes, las costas se imponen únicamente al responsable criminal, en lo que se aproximan al lado de la pena."

⁴⁸¹ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p.671. Así decía ANTÓN ONECA que: "el fundamento de las costas impuestas al responsable criminal hay que buscarla en el momento anterior al proceso, en la infracción criminal misma. Ésta determina el proceso, el proceso origina gastos y el inculpado está obligado a resarcirlos como consecuencia jurídica de su conducta criminal". Y continuaba diciendo que: "lo cual hace que, no obstante ser consecuencia del delito más lejana que las sanciones civiles de daño y perjuicios a los perjudicados, destaque las costas por su mayor analogía con la pena; de la que se distingue, sin embargo, porque su cuantía no se determina por la medida de la culpa sino por los gastos hechos en el juicio."

⁴⁸²FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.394. Indicaba que "las costas son aquellos gastos necesarios causados en el proceso y que en el mismo tienen inequívoca constatación."

⁴⁸³FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p.395. FERRER SAMA sostenía que la naturaleza jurídica de las costas no era penal decía que "su naturaleza jurídica no es de orden

“tienen sustantividad bastante para ser distinguidas, tanto de las penas, como de las responsabilidades civiles propiamente dichas.”⁴⁸⁴. Para él, era preferible la regulación de 1944 de especialización absoluta. Pues entendía que las costas no eran más que una carga típicamente procesal. Y, en este sentido, como Ferrer Sama, criticaba que se regulasen en el CP estos conceptos.

Finalmente en el art. 111 del Código se establecía el orden con el cual se debía hacer frente a las distintas cuantías pecuniarias cuando el reo no tenía bienes suficientes estableciéndose el mismo orden que en el Código de 1932⁴⁸⁵. Por todo ello se puede decir que, con la excepción de la pena de multa, que en caso de no satisfacerla generaba responsabilidad personal subsidiaria, el impago de las restantes responsabilidades pecuniarias no originaba sanción alguna ni responsabilidad subsidiaria de ningún género. Es decir, se reproducía literalmente lo establecido en el Código de 1932 y no las previsiones del Código de 1870.

1.2.8. *La reforma de 1983.*

1.2.8.1. *Introducción.*

Después de la promulgación de la Constitución año 1978 se empezó a plantear la necesidad de crear un nuevo CP. Pues no debemos olvidar que el CP de 1944 era fundamentalmente el CP del régimen anterior, ya que al mismo se habían incorporado los postulados políticos del llamado nuevo Estado. Así, en este sentido, la Ley de Seguridad del Estado del año 1939 pasó casi íntegramente al CP de 1944. Y, además, durante la vigencia del nuevo Estado se fueron incorporando leyes

penal”, y que además estas eran “relegables, cuando más, al de procedimiento, atendiendo a que, en definitiva, se trata de gastos de la Administración de Justicia.”.

⁴⁸⁴QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p.453. “En los Códigos de 1848 y 1870 (art 26), tuvieron la consideración de pena pecuniaria accesoria, motivando la constante protesta de tratadistas y comentaristas, hasta que el Código de 1928 hizo de ellas un inciso dentro de las responsabilidades civiles (el núm. 4º del art 72). Procedimiento fue éste, a buen seguro, más científico que el anterior, pero también propicio a confusiones e injusticias, si se tiene en cuenta la amplitud otorgada en nuestro derecho a la responsabilidad civil, tan fácilmente ampliable a terceros criminalmente inocentes.”.

⁴⁸⁵Art. 111 CP de 1944. “1º-La reparación del daño causado e indemnización de perjuicios. 2º-La indemnización al Estado por el importe del papel sellado y demás gastos que se hubieren hecho por su cuenta en la causa. 3º-Las costas del acusador privado. 4º-Las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados. 5º-La multa.

Cuando el delito hubiera sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia de la indemnización del Estado.”.

especiales de carácter penal, en este sentido: el Código de Justicia Militar, la ley de control de cambios, de contrabando, delitos electorales etc. Y, todo ello, fue, sin perjuicio de que técnicamente el Código de 1944 recogiera lo esencial del Código de 1870 como he explicado al comentarlo.

Así que, atendidas todas estas circunstancias y, los propios principios constitucionales instaurados en el año 1978 los cuales comportaban el cumplimiento de unas exigencias políticas, jurídicas y técnicas, fundamentaban esta reforma⁴⁸⁶. Pues estábamos ante un Código vetusto e incapaz de acoger los principios de la política criminal de un Estado social y democrático de derecho⁴⁸⁷.

Con la promulgación de la Constitución se puede tener por concluida la llamada transición política. Pero la legislación penal presentaba defectos que no podían aguardar a la creación de un nuevo CP y se debía acabar con situaciones que eran incompatibles con el Estado de Derecho social y democrático: la responsabilidad objetiva⁴⁸⁸, el tratamiento del error de derecho, las medidas alternativas al internamiento de los inimputables, mitigar penas excesivas⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶Gonzalo QUINTERO OLIVARES y Francisco MUÑOZ CONDE, *La Reforma Penal 1983*, Barcelona, 1983. p.14. "la necesidad de la reforma penal obedece a: a) razones de coherencia política; b) razones de agotamiento técnico del Código anterior; c) necesidad de disponer de leyes penales que permitan desarrollar la política criminal que la sensibilidad democrática y social de nuestros días exige de modo ineludible. Un Código, en suma que incorpore nuestra justicia penal decididamente al último cuarto de siglo xx."

⁴⁸⁷QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, p.14. Y de aquí que indique, este autor que la necesidad de crear un nuevo Código penal, se apoyaba, "por sí sola, en la vetustez técnico-jurídica del Código vigente", el cual es: "incapaz, de acoger los principios de la moderna doctrina y de la política criminal que corresponde a un Estado social y democrático de Derecho."

⁴⁸⁸Exposición de Motivos de la ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, De Reforma Urgente y Parcial del Código penal. "se desea sentar el principio básico para desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas su manifestaciones. La exigencia del dolo o culpa como únicos fundamentos de responsabilidad penal se juzga, por consiguiente como inaplazable."

⁴⁸⁹Además, se produjeron modificaciones en las penas restrictivas de derechos: supresión de la interdicción civil y limitación del alcance de la pena de inhabilitación para la profesión u oficio. Se parte de la idea que las penas accesorias están en contradicción con las pretensiones reeducadoras y resocializadoras a las que debe estar orientada toda sanción penal y cuyo fin se encuentra ya establecido en el artículo 25 de la Constitución. Esta pena accesoria, de interdicción civil sólo persiste para el artículo 487 que es el que tipifica el abandono de familia y en el mismo se acaba estableciendo: "En todo caso, el tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de tutela que tuviere el reo." QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, p.116. QUINTERO definía la interdicción civil con la siguiente expresión: "ha constituido una pena accesoria consistente en la privación de los derechos relativos a la patria potestad, la tutela, la participación en el consejo de familia, la administración de bienes y la disposición de los que son propios para actos inter vivos (art 43CP)."

El hecho de que se subrayara la idea de urgencia y de parcialidad, no resta importancia a la reforma, pues abolió e introdujo conceptos penales, que luego, sirvieron de base para que se plasmasen de forma definitiva en el CP de 1995⁴⁹⁰. Esta reforma parcial y urgente abarcó y afectó de forma muy importante al libro primero del CP, el cual, como ya sabemos, tiene una función programática técnica y de garantías respecto al libro segundo, en el cual, se establecían de forma individualizada, los tipos delictivos y sus penas. Sin ánimo de ser exhaustivo en cuanto a las reformas que se adoptaron, pero si trascendentes en cuanto a la evolución histórica de los Códigos penales en relación a la responsabilidad civil creo importante mencionar las siguientes: se modificó la propia definición legal del delito. Se excluyó la responsabilidad objetiva⁴⁹¹. Se creó un art. en que regulaba el error en el derecho penal. El legislador diferenció el error vencible, del invencible, y sus consecuencias. Así, en el error invencible ya sea este en los elementos del tipo o sobre las agravantes del mismo, daban lugar a la impunidad del hecho o a la no apreciación de aquel agravante. Sucedió lo mismo cuando el error invencible afectaba al error de prohibición. Cuando el error era vencible, y afectaba a los elementos del tipo, se entendía que podía ser castigado el sujeto cuando aquella conducta estuviese tipificada como imprudente en el CP. Finalmente cuando este error vencible, afectaba al error en la prohibición, el legislador optó por dar una solución punitiva igual que para la eximente incompleta⁴⁹².

⁴⁹⁰QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, pp.16 y 17. "Las ideas de urgencia y de parcialidad, destacan pues, en una Ley que, a pesar de esos predicados, supone la modificación más importante que se introduce en el Código penal vigente y, en muchos aspectos, en los códigos españoles (por ejemplo, la abolición de la responsabilidad objetiva). Siendo así resulta a todos evidente que la Ley 8/1983 no es un accidente en el proceso creador del nuevo y futuro Código penal, sino que en buena parte puede considerarse como la <obertura> de una nueva legislación penal, abertura que enuncia ya alguno de los temas rectores de esa inminente legislación penal."

⁴⁹¹QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, p.30. "La Reforma penal de 1983" (...) estableció: "positivamente lo que un Código propio de un Estado democrático de Derecho exige. Para ello bastaba con introducir en el artículo 1.º la exigencia de que el delito sólo satisface su tipo subjetivo (o elemento subjetivo) cuando concurre dolo o culpa respecto al hecho." Y continúa diciendo: "Si ese hecho o alguna de sus partes no ha sido querido y conocido, o bien su comisión pueda tildarse de imprudente por no haber previsto y evitado lo que se hubiera podido prever y evitar, lo sucedido o parte de ello quedará fuera del Código penal, pues al limitarse éste al castigo de <<delitos o faltas >> no será aplicable a hechos que no cumplan con los requisitos de la definición de la infracción penal."

⁴⁹²QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, pp.52 a 55. En este sentido QUINTERO OLIVARES.

También se reguló el caso fortuito y como consecuencia de ello las situaciones de hechos preterintencionados⁴⁹³. Finalmente es importante remarcar que el legislador estableció que la ley penal especial estaba regulada supletoriamente por el CP común y que cualquier art. de una ley penal especial que contraviniese el CP común se entendía derogado⁴⁹⁴. Con ello, se intentaba por un lado, extender las garantías constitucionales introducidas en el CP a todas las leyes penales. Y por el otro, continuar fundamentando el carácter supletorio, del CP común al resto de normas penales⁴⁹⁵.

1.2.8.2. Responsabilidad civil.

Con la reforma se planteó qué sujetos debían ser considerados inimputables cuando éstos padecían una anomalía mental o alguna deficiencia perceptiva o valorativa. Y como consecuencia de esa inimputabilidad qué consecuencia jurídica debían tener los hechos cometidos por estos inimputables tanto las de carácter estrictamente personal como las de carácter económico⁴⁹⁶.

Dentro del concepto de inimputabilidad, el Código continuaba indicando en el art. 8.2, al menor de 16 años, como inimputable. Pero sí que se modificó el segundo párrafo del art. 8.2, en cuanto a la declinatoria de competencia, por la jurisdicción Tutelar de menores, en favor de la Autoridad Gubernativa. Antes de la reforma, excepcionalmente el Tribunal Tutelar podía declinar su competencia en favor de la Autoridad Gubernativa cuando aquella entendiese que la resolución que adoptase

⁴⁹³QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, p.68. QUINTERO sostenía que: “las situaciones fácticas que llamamos preterintencionales se resolverán de acuerdo con su significación penal objetiva y subjetiva, y, en su virtud: a) Cuando junto a un comportamiento doloso concurra un resultado ulterior o que hubiese podido preverse y evitarse, podrá afirmarse que ese resultado ha sido imprudentemente provocado, y en base a ello, estaremos ante un concurso de delitos entre el doloso, en el grado de ejecución en que haya quedado, y el de imprudencia.

b) Si la consecuencia ulterior fuera imprevisible tendrá que ser considerada fortuita, y, de acuerdo con ello, no podrá generar responsabilidad criminal.”.

⁴⁹⁴QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, pp.60 y 61. En términos muy parecidos.

⁴⁹⁵QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, p.61. “resumiendo, el nuevo artículo 7º cumple dos funciones: a) Extiende las garantías a todas las leyes penales. b) Continúa fundamentando el carácter supletorio, en lo demás, del Código penal común.”.

⁴⁹⁶QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, p.77. En este sentido Quintero indicaba que: “en el ámbito de la anomalía mental o de la deficiencia perceptiva o valorativa en el delincuente dos son los problemas fundamentales que se plantean, distintos entre sí pero estrechamente ligados. El primero y esencial es el <<conceptual>>, es decir, la precisión de qué sujetos deben ser tenidos por inimputables. El segundo es el de las consecuencias jurídicas que deben tener los hechos cometidos por el inimputable, consecuencias tanto <<personales>> cuanto <<económicas>>.”.

no podría beneficiar al menor atendido el tiempo transcurrido desde que ejecutó el hecho con anterioridad a los dieciséis años o a la propia personalidad del menor⁴⁹⁷. Desaparece esta excepción, y se dice únicamente que: “será confiado a los Tribunales Tutelares de Menores.”. Todo ello, era consecuencia de los principios constitucionales de legalidad y de respeto a un Juez natural⁴⁹⁸.

Se continuó manteniendo, a su vez, las medidas alternativas de reducción de pena e internamiento en una institución especial educativa por edad juvenil, entre los 16 y 18 años⁴⁹⁹. (Art. 65 CP). Y, se mantuvo la atenuante del art. 9.3 el de ser menor de 18 años. Además, se les podía aplicar el beneficio de la remisión condicional cuando habían sido condenados a una sanción de hasta dos años de privación de libertad. Se intentaba evitar el ingreso en prisión de los jóvenes⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷Art. 8.2 CP de 1944 texto refundido del 1973. “Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores. En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho, realizado antes de cumplirlos o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice.”.

⁴⁹⁸QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, p.86. “La vigencia de los principios constitucionales de legalidad y de respeto al Juez natural, así como la interdicción a la Administración civil para imponer sanciones penales, alumbran el sentido de la Reforma del artículo 8.2 del Código penal, restaurando así el principio de jurisdiccionalidad penal cuya quiebra, de otro lado, se veía anteriormente agravada dada la inexistencia legal de medidas gubernativas de seguridad en esta materia.”.

⁴⁹⁹Igual que en el CP de 1944 y el texto refundido de 1973. Se continuaba indicando en el art. 65 que: “Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable.”.

⁵⁰⁰QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, p.113. “Se intenta dotar de este modo de un instrumento más a los Tribunales que permita obviar la reclusión de un joven en un centro penitenciario, que como hemos visto anteriormente no cumple ninguno de los fines reeducadores y, por contra, reviste consecuencias muy negativas para el reo especialmente cuando se encuentra en esta edad juvenil, y no puede ser internado en centros penitenciarios específicos destinados a la reinserción social de los jóvenes delincuentes. Desgraciadamente, la infraestructura penitenciaria de nuestro país es muy deficiente, especialmente en materia de delincuencia juvenil, y el legislador se ve obligado a introducir en el Código disposiciones que, en alguna medida, puedan paliar dicha situación; sin duda, la ampliación del beneficio de la remisión condicional a jóvenes comprendidos entre los 16 y 18 años es una de ellas.”.

Dentro de las consecuencias jurídicas económicas de un hecho ilícito cometido por un inimputable la reforma afectó a esa responsabilidad civil derivada del ilícito penal de una forma relevante, y, en concreto, modificó el art. 20. El encabezamiento quedó redactado igual⁵⁰¹. Pero, la regla primera del art., quedó redactada de la siguiente forma:

“Primera.- De los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 8, serán responsables civilmente quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia.

No habiendo persona que las tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia el párrafo anterior, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal.”⁵⁰²

Por lo tanto, la reforma alteró el sistema de presunciones, pues se produjo una inversión de la carga de la prueba sobre la culpa o negligencia en la regla primera del art. 20 del CP, en orden a la determinación de la responsabilidad civil derivada de los delitos de quienes tengan bajo su patria potestad o guarda legal alguna de las personas señaladas en el art. 8 en sus apartados 1º, (enajenado o trastorno mental transitorio) 2º, (menores de 16 años) y 3º, (alteración de la percepción de la realidad desde el nacimiento o desde la infancia). Se fijaba como principio la presunción *iuris tantum* de diligencia debida de los sujetos que tienen la guarda legal o asumen la patria potestad del enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio siempre que no haya sido buscado para delinquir, del menor de 16 años, y, de quien, por sufrir una alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tuviese alterada gravemente la conciencia de la realidad⁵⁰³.

Esto provocó un giro, pues como he comentado en el Código de 1944 se establecía una presunción contraria de culpa o negligencia del guardador, o, de quien ostentase la patria potestad, similar a la establecida en el art. 1903 del CC, relativa a la responsabilidad extracontractual por hecho de otro, y la misma, se

⁵⁰¹Art. 20 CP 1983. “La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1º,2º,3º,7º y 10 del artículo 8 no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes:”.

⁵⁰² Art. 20 CP 1983 regla primera.

⁵⁰³QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, p.115. “La Reforma penal de 1983 establece la inversión de la carga de la prueba para estos supuestos, fijando de este modo como principio una presunción *iuris tantum* de diligencia debida.”.

basaba en una presunción relativa de “culpa *in vigilando*” o de la “culpa *in eligendo*”⁵⁰⁴.

Quintero, defendía el cambio y se apoyaba en que era distinto el elemento que determina la culpa civil extracontractual, es decir, el haber obrado como un buen padre de familia, del elemento que determina la culpa penal, el <<cuidado debido>>⁵⁰⁵.

Además, con la reforma se añadió un último párrafo al art. 20 en el sentido que se obligaba al tribunal a dictar sentencia en el aspecto civil siempre que se hubiese ejercitado la acción penal y civil conjuntamente a pesar de dictarse sentencia absolutoria y debiéndose resolver aquella de conformidad con el art. 20 CP⁵⁰⁶.

Este apartado tenía dos finalidades: por un lado, conseguir que el Juez, al dictar una sentencia absolutoria, fundamente y detalle la responsabilidad civil subsidiaria “ex delicto” en orden a garantizar una mayor certeza sobre el contenido de los fallos judiciales; y, por otro, evitar la indefensión de los litigantes cuando las acciones civiles se hayan ejercitado conjuntamente con las penales, garantizando así el derecho de defensa⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, p.115. En idénticos términos Quintero indicaba al comentar la Reforma, que el Código de 1944:“establecía una presunción iuris tantum de culpa o negligencia del guardador o de quien ostentase la patria potestad, similar al presunción relativa de culpa *in vigilando* o de culpa *in eligendo* imperante en el Código civil para los casos de responsabilidad extracontractual por hechos de otro (art 1903Cc).”.

⁵⁰⁵QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, p.115. “El distinto significado de la culpa civil por daño extracontractual (a determinar analógicamente según hubiese obrado un buen padre de familia, art. 1903CC), respecto de la idea de <<cuidado debido>> (art. 20 CP) fundamento de la culpa o negligencia penal, refuerza, el sentido de la Reforma. No tiene por qué ser idéntica la orientación de las presunciones civiles (art. 1903CC) y penales (art. 20CP) cuando ni tan siquiera el objeto de la prueba (la culpa o negligencia) observa una comunidad de contenido.”.

⁵⁰⁶Art. 20 último párrafo CP reforma 1983. “En todos los supuestos previstos en este artículo, el Juez o Tribunal que dictare sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes, de acuerdo con las reglas que para cada caso se establecen, siempre que las acciones civiles hayan sido ejercitadas conjuntamente con las penales.”.

⁵⁰⁷QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal 1983*, pp.115 y 116. QUINTERO decía que: “Esta medida legislativa persigue dos finalidades.” (...) “que el Juez al dictar una sentencia absolutoria, fundamente y detalle la responsabilidad civil subsidiaria <<ex delicto>> en orden a una mayor certidumbre sobre el contenido de los fallos judiciales; por otro, la exigencia de que las acciones civiles hayan sido ejercitadas conjuntamente a las penales se orienta a la preservación de la integridad de las garantías del derecho de defensa y, por tanto, a la evitación de la indefensión de los litigantes.”.

Estamos ante una excepción, pues, el Juez quedaba obligado a dictar sentencia sobre la responsabilidad civil pese a que ésta fuese absolutoria siempre y cuando se hubiera ejercitado la acción penal y la acción civil de forma simultánea por parte del perjudicado.

No obstante, esta disposición regía sólo para los casos del art. 20. En todos los demás casos, no regulados en el art. 20, en los cuales se dicta sentencia absolutoria; el Juez no debía entrar a valorar la responsabilidad civil.

De forma más específica, la reforma modificó de modo concreto, la responsabilidad civil derivada de los delitos de violación, estupro y rapto: se modificó el art. 444 y se establecía la exigencia de indemnización para los delitos de estupro y rapto, que abarcaba en su caso, la filiación y los alimentos⁵⁰⁸. La fundamentación de esta modificación se encontraba en una visión crítica de la triple obligación de “dotar, reconocer y mantener”; como indicaba la exposición de motivos, esta obligación se basaba en una concepción de la mujer desfasada para la época y en la que no se le permitía opinar⁵⁰⁹.

1.3. Las normas civiles en el CP vigente.

1.3.1. Introducción.

En el CP de 1995 el legislador ha unificado bajo un mismo Título todos los aspectos generales que regulan la responsabilidad civil establecidos en el CP y, ha dividido en varios Capítulos su objeto. Así en el Capítulo I, arts. 109 al 115, bajo la rúbrica “De la responsabilidad civil y su extensión”, el legislador ha establecido cuál es el concepto y el alcance de esta responsabilidad civil. En el Capítulo II, del art.

⁵⁰⁸Art. 444 CP según reforma 1983. “los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados a indemnizar a la persona ofendida. Los tribunales harán la declaración que proceda en orden a la filiación y a la fijación de los alimentos en su caso conforme a la legislación civil.”.

⁵⁰⁹Exposición de Motivos Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio. De la Reforma Urgente y Parcial del Código penal. Decía así: “Las especiales reparaciones que por vía indemnizatoria señala el artículo 444 han sido objeto de justas y atinadas críticas. La triple obligación de dotar, reconocer y mantener, aparece formulada en función de una concepción de la posición social de la mujer, en buena parte desfasada. Sin poner en duda la necesidad de la indemnización, cabe cuestionar la idea de dote. Otro tanto sucede con el problema de la filiación; la actual regla segunda del artículo 444 es de tal rotundidad que no deja margen a los Tribunales para tener en cuenta, además, la opinión de la mujer y lo que haya de ser mejor para el nacido a causa del delito. A atender ambos fines se encamina la modificación que se propone.”.

116 al 121, con el título: “De las personas civilmente responsables”, se establece quiénes son los sujetos responsables civilmente de los hechos descritos en el CP. En el Capítulo III, arts. 123 al 124, enunciado, “De las costas procesales”, se indica quién debe responder de esta obligación y cuál es su objeto. Y finalmente, en el Capítulo IV, bajo el título “Del cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias”, el cual comprende, los arts. 125 y 126, el legislador establece las normas de cómo se debe cumplir por parte de los condenados las obligaciones pecuniarias establecidas en la sentencia así como las responsabilidades civiles establecidas en las mismas cuando así las haya acordado el Juez de lo penal.

Por lo tanto estamos igual y con el mismo problema que en los códigos penales regulados con posterioridad a la promulgación del CC. El legislador ha continuado regulando en el CP las consecuencias civiles de los delitos.

La regulación en el CP de las consecuencias civiles de los delitos, es decir, la responsabilidad civil es un debate no cerrado y en cual se observan dos posturas. Una que sostiene que esta normativa civil no debería estar regulada en el CP; y otra que sí y no sólo por una cuestión tradicional.

1- Para la doctrina civil carece de sentido que sea el CP el que regule las obligaciones que nacen de los delitos cual si se tratara de un cuerpo extraño dentro del derecho de obligaciones. Lo correcto sería desarrollar el tema en el CC terminando así con la remisión que hace este Código en el art. 1092 al CP. Pues la naturaleza de estas obligaciones es jurídico-civil, y en el caso de cualquier duda o determinación de criterio a seguir subsiste la aplicabilidad del CC en todo lo no regulado en el CP.

Además, la dogmática civil ha elaborado una estructura objetiva y subjetiva de la culpa contractual y extracontractual parecida a la formulación de la doctrina de la imputación objetiva del resultado en derecho penal. Y por ello parece conveniente que la responsabilidad civil <<ex delicto>> se aproxime en sus principios y fundamentos a la propia configuración civil de la responsabilidad por daño.

Finalmente se indica que la regulación penal es parca y vetusta en los criterios de determinación del contenido de la responsabilidad civil así como en la determinación de las personas responsables directa, solidaria y subsidiariamente.

2-A favor de que estas normas continúen en el CP se indica lo siguiente: que no es sólo consecuencia de una tradición, sino que es una necesidad técnica, puesto que la responsabilidad <<ex delicto>> se regula tomando conceptos cuyo significado solamente es concebible a través de la interpretación jurídico-penal.

Además, se añade que los tribunales penales deben tener a su disposición y dentro del mismo Código las bases normativas de la totalidad del fallo,

procesalmente sometidos a unos principios propios en su formulación y a un régimen de recursos determinado (casación) en donde la responsabilidad civil ha de ser decidida, a tal efecto, como fruto de la aplicación de una ley formalmente penal.

Para Quintero Olivares y Tamarit Sumalla⁵¹⁰, el lugar donde se ubique la norma reguladora de la responsabilidad civil no es trascendental, “pues la naturaleza civil de esa clase de obligaciones prima sobre cualquier otra consideración de la ley en que se regule.”; aunque ambos sostienen, como Conde-Pumpido y López Barja de Quiroga⁵¹¹ que es aconsejable su regulación en el CP.

⁵¹⁰Gonzalo QUINTERO OLIVARES y Josep María TAMARIT SUMALLA “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”. En: Gonzalo QUINTERO OLIVARES Director, Fermín MORALES PRATS Coordinador, *Comentarios al Código Penal Español*. 6 edición, 2011. pp.703 y ss., p.704. Para estos autores hubiera “podido regularse en el Código civil, pero modificando sensiblemente el Código civil, puesto que el régimen esencial y accesorio de la responsabilidad <<ex delicto>> ofrece suficiente número de particularidades como para impedir un tratamiento conjunto con las restantes obligaciones, sin perjuicio de que el Código civil deba cumplir la función de derecho supletorio, puesto que a diferencia de la regulación de delitos y penas, que no conocen otra fuente de derecho que la ley penal, la responsabilidad civil <<ex delicto>> tiene, como fuentes reguladoras, a la ley penal y a la ley civil.”. Estos autores añaden dos elementos más para indicar que cuestiones técnicas obedecen a que se regule la responsabilidad civil <<ex delicto>> en el CP. QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.705. “1- Que las reglas que el Código penal contiene solamente persiguen regular la responsabilidad civil para cuando se pretenda su fijación a la vez que se desarrolla y resuelve en el proceso penal. Pero si se opta por ejercitar la acción ante la jurisdicción civil, ningún obstáculo habrá en otorgar a esa especie de obligación <<ex delicto>>, que en ese sentido se presenta como una obligación nacida de un <<hecho>>, que el Juez civil no podrá declarar delictivo, una naturaleza contenciosa exclusivamente civil. En este sentido indican que la facultad de opción no había sido reconocida expresamente en el Código penal hasta la regulación de 1995 artículo 109.2. a pesar de concederse siempre esta opción en la Ley de Enjuiciamiento criminal en los artículos 100 y siguientes.

2-Que la reparación del daño causado por un delito, no sólo tiene el carácter de cumplimiento de una obligación civil sino que es algo que afecta también al modo de producirse la consecuencia punitiva del delito en cuanto la ejecución y determinación de la pena.”.

⁵¹¹Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON y Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, En Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Coordinador, Director: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 2007, pp.767 y ss., pp.767 y 768. Ambos sostienen que: “La inclusión en el Código Penal de la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito no solamente responde a una tradición histórica que dista mucho de mostrarse en crisis, sino que refleja también una necesidad práctica: si bien el análisis de sus presupuestos y especialmente de su contenido y alcance pone de manifiesto la existencia de matices diferenciales con la pura responsabilidad civil extracontractual, el fundamento de la institución debe encontrarse indudablemente en un criterio de economía procesal que tiene por objeto evitar el denominado <<peregrinaje de jurisdicciones>>.”.

Muñoz Conde y García Aran cuestionan la misma discusión sobre si la responsabilidad civil <<ex delicto>> tiene una naturaleza (civil, penal o mixta), pues sostienen sin ningún género de duda que ésta, es de naturaleza civil, pero acaban justificando su regulación en el CP en que la acción penal y la acción civil se ejercen conjuntamente en el proceso penal, y que es un mismo Juez el que resuelve ambas cuestiones en una única sentencia⁵¹². En cambio, Magaldi Paternostro -que tampoco cuestiona la naturaleza civil de la responsabilidad civil <<ex delicto>>- sí cuestiona que ésta, se regule en CP aunque no lo indique de forma expresa.

1.3.2. Contenido.

Abordaré la descripción de forma separada, y en el orden de los arts. del CP.

1. El art. 109, es muy parecido al art. 19 del anterior CP, pero aquí, ya de forma expresa, se indica que la realización de un hecho descrito como delito o falta, obliga a reparar de conformidad con lo establecido en las leyes, los daños y los perjuicios causados⁵¹³, es decir, la obligación de reparar surge del hecho que descrito como

En todo caso, pese a su naturaleza civil, el hecho de que se exija a través de un procedimiento penal y como consecuencia del enjuiciamiento de un delito, impone condicionamientos específicos que aconsejan una regulación especial.”.

⁵¹²Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARAN, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 2010. p.609. “la responsabilidad civil (...) incluye una serie de obligaciones de carácter civil que nada o muy poco tienen que ver con el contenido de la responsabilidad penal.” y continúan diciendo en la p.610. (...) “la responsabilidad civil es transmisible a terceros, no proporcionada con el delito y disponible por el perjudicado, características suficientes como para afirmar su naturaleza civil.”. Y, en idéntico sentido que MAGALDI PATERNOSTRO, indican estos dos autores en las pp.610 y 611 que: “ello viene corroborado por la redacción del art. 109 Cp: la obligación de reparar los daños y perjuicios nace con la ejecución de un hecho típico penalmente, de manera objetiva y con independencia de si existe o no responsable penal. La naturaleza civil de esta clase de responsabilidad, además, queda confirmada por el art.1092 Cc, pese a que remita su desarrollo al Código penal:”.

⁵¹³En este sentido, María José MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, En: Directores Juan CORDOBA RODA y Mercedes GARCÍA ARAN *Comentarios al Código Penal Parte General*, Madrid, 2011, pp.869 y ss, p.870. La cual sostiene que el art. 109 del CP afirma de forma contundente que: “el daño reparable es el causado por la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, si dicha ejecución ha causado daños y/o perjuicios.”. También CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, p.768. “La responsabilidad civil se vincula a la realización de un hecho previsto como delito o falta, pero no requiere de la declaración de responsabilidad penal en todos los casos:”. En idéntico sentido QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.707. “la responsabilidad civil nace de la realización de un hecho descrito por la ley como delito o falta. y en términos muy parecidos a los dos

delito ocasiona un daño o perjuicio⁵¹⁴. A continuación, el legislador indica por primera vez en el CP que el perjudicado tiene la opción de exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil.

Por lo tanto, estamos ante un art. que contiene dos normas de naturaleza distinta: la primera parte del art. es de indiscutible naturaleza civil; y la última parte contiene una norma de naturaleza procesal.

Como consecuencia de esta nueva redacción se puede decir que no existe pues una dualidad de regímenes de responsabilidad civil, sustentado en diferentes y distintos fundamentos, (el penal, nacido del delito, y el civil, nacido del ilícito civil), sino que nos encontramos ante una dualidad de normas cuyas especificidades esencialmente de carácter procesal, son materialmente insignificantes⁵¹⁵.

2. El art. 110, establece el alcance de la responsabilidad civil derivada de un hecho descrito como delito y que del mismo se deriven daños o perjuicios, indicándose que, en este caso, la obligación del responsable civil consistirá en restituir, reparar el daño, e indemnizar a los perjudicados por los perjuicios materiales y morales sufridos⁵¹⁶. Por lo tanto, se reproduce lo establecido en el anterior CP (art.101), añadiéndose en el último apartado de la indemnización que los perjuicios alcanzan tanto el aspecto material como al moral⁵¹⁷.

anteriores continúan diciendo que “la ejecución de un hecho delictivo, puede, aunque no siempre producir la obligación de reparar a cargo de sus autores y partícipes, o de otras personas.”.

⁵¹⁴Como dicen QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.708. “El artículo 109 concreta la responsabilidad civil en una obligación de reparar los daños y perjuicios.”.

⁵¹⁵En términos muy parecidos MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.874. Aunque yo sostengo que estas diferencias procesales sí que son importantes si ampliamos la visión y analizamos la responsabilidad civil regulada en la LORPM.

⁵¹⁶En términos muy parecidos MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.885. Indicando que la acción civil “tendrá como finalidad la restitución de la cosa, la reparación del daño (del concreto y directo daño que hubiere causado) y la indemnización de daños y perjuicios cuando de la realización de un hecho constitutivo de delito haya derivado un daño económicamente evaluable (<<también>>). Y de igual forma MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.612. Indican que: “Con arreglo al art. 110 del Código penal, la responsabilidad civil derivada del delito o falta comprende:1) la restitución; 2) la reparación del daño; y 3) la indemnización de perjuicios materiales y morales.”.

⁵¹⁷En idéntico sentido QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.714. “El artículo 110 sigue la misma tendencia de los Códigos anteriores enumerando las tres formas en que puede consistir la responsabilidad civil,”. CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, p.771. Indicando lo mismo.

Este precepto establece tres formas de reparar un daño que no son excluyentes. Con un orden de prelación que el mismo no puede ser variado, aunque este depende del bien dañado⁵¹⁸. Se trata, sin duda, de una norma de naturaleza civil de carácter general, y de aquí que se pueda decir que, en el caso que no esté regulado el objeto de esta responsabilidad civil de forma específica en el CP, se deba regir de conformidad con lo indicado en este precepto y los siguientes y en lo que no dispongan estos se aplicará el CC de forma supletoria⁵¹⁹.

3. El art. 111, tiene por objeto regular la restitución, e indica que, siempre que sea posible, se restituirá el mismo bien a su legítimo propietario o poseedor del bien, para luego establecer el alcance y los límites de esta obligación⁵²⁰.

Así, el legislador continúa indicando que “la restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe”; es

⁵¹⁸En términos muy parecidos CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, pp.771 y 772. “El art.110 CP establece tres modalidades de reparación o indemnización del daño causado por el delito con un orden de prelación que no puede ser excluido” y continúa indicando que “la restitución o reparación debe incluir una indemnización suficiente de todos los daños” Indicando finalmente que: “la restitución de la cosa, con abono en su caso de los menoscabos causados, o la reparación del daño, no excluyen la indemnización del resto de perjuicios causados.”.

⁵¹⁹QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.709. En idéntico sentido indican que: “la obligación de reparar los daños y perjuicios derivados de la comisión de hechos delictivos se tiene que regir por los preceptos que el Código Penal dedica a la materia en el Libro I y por el Código Civil en cuanto a lo no resuelto por el Código Penal. Pero esta regla general tiene excepciones o precisiones:

a) El Código Penal incluye en determinados delitos específicas obligaciones de reparar (...).

b) Algunos delitos tiene establecido un régimen propio para la determinación de los conceptos indemnizatorios y a quién corresponde asumir las obligaciones, y el Código Penal expresamente remite a esas leyes para decidir esas cuestiones. (...).

c) En otros delitos, el Ordenamiento ofrece normas orientativas o vinculantes que deben ser tenidas en cuenta como reglas complementarias o interpretativas de los preceptos contenidos en el Código Penal.”.

⁵²⁰En idéntico sentido QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, pp.716 y 717. Los cuales dicen: “la restitución debe recaer sobre el mismo bien, la entrega de una cosa distinta, aunque equivalente en su valor y calidad, deberá ser considerada como indemnización.”. Y continúan diciendo: “Según la fórmula legal introducida por el Código penal de 1995, la restitución ha de hacerse <<del mismo bien >>.”. En términos muy parecidos CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, p.773. “La norma establece, como regla general, la devolución del bien mueble o inmueble de que ha sido privado el perjudicado, con abono de los deterioros y menoscabos. La devolución debe llevarse a cabo aunque el bien se encuentre en poder de tercero, sin perjuicio del derecho que corresponda a éste a ser indemnizado.”.

decir, el perjudicado o el Ministerio Fiscal en su nombre, tiene derecho a ejercitar una acción civil reivindicatoria de dominio contra el tercero de buena fe que hubiera adquirido legalmente el bien.

El fundamento de esta obligación se basa en el art. 464 del CC, a pesar de lo indicado en los arts. 433 y el 434 del CC, pues, aunque en el art. 464 expresa que la posesión adquirida de buena fe equivale al título, indica después que quien hubiere sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quién la posea, que es el caso del sujeto indicado en el art. 111 del CP⁵²¹.

La acción reivindicatoria aquí regulada, si bien es parecida a la que se puede ejercitar en la jurisdicción civil y por las normas del CC (art. 1955.3), tiene un elemento diferenciado muy importante: aquí, el titular legal del bien, es decir, el perjudicado por el delito, puede ejercitar la acción sin pago al tercero de buena fe⁵²². Por esta razón, se dice que, en estos casos, el tercero de buena fe que ha adquirido el bien legalmente tendrá, a su vez, contra quién corresponda el derecho de repetición, y el de ser indemnizado por el responsable del delito. Este derecho a ser indemnizado permite al tercero de buena fe personarse en la causa penal como actor civil y reclamar al responsable del delito si hubiera reintegrado voluntariamente, al perjudicado por el delito el bien mueble o inmueble que le había sido privado ilegalmente y que él, había adquirido legalmente y de buena fe⁵²³.

En el segundo párrafo del art. se establecen los límites al ejercicio de esta acción reivindicatoria⁵²⁴. Cuando el tercero haya adquirido el bien legalmente y de buena fe

⁵²¹En términos muy parecidos QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.717. "La mención a la buena fe añadida en el Código penal de 1995, está orientada claramente a cohonestar el alcance del artículo 111CP con el artículo 464 del Código civil (<<la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título (...) sin embargo (...) el que hubiere sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea...>>).".

⁵²²A diferencia de lo indicado en el art. 464 del CC. Que dice que: "si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiera adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin rembolsar el precio dado por ella."

⁵²³Esta posibilidad es la que establece el art.110 LECr. en relación con el art. 111 CP.

⁵²⁴En idénticos términos MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.613. "La restitución no puede hacerse cuando un tercero haya adquirido el bien de forma legal de manera que sea irreivindicable". QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.718. "establece como lógica excepción al derecho a la restitución los supuestos en los que el tercero haya adquirido el bien de forma irreivindicable, lo cual constituye una remisión tácita a las disposiciones del Código civil u otras leyes que así lo prevean, como por ejemplo, la venta pública y de objetos empeñados en el Monte de Piedad (art 464 2 y 3 CC) la adquisición en por prescripción mediante posesión ininterrumpida (arts 1940, 1955 y 1957 CC) o la

y se encuentre ese bien en las circunstancias que se establecen en la Ley para hacerlo irreivindicable⁵²⁵, el perjudicado por el delito no puede ejercitar esta acción reivindicatoria frente al tercero de buena fe. Es decir, en estas circunstancias, el perjudicado sólo podrá solicitar al responsable del delito la indemnización de los daños y perjuicios, pero no la restitución del bien al tercero de buena fe ni acción alguna contra este, salvo que nos encontremos en las circunstancias del art. 122 del CP.

Por todo ello, se puede decir que identificado el objeto del delito, éste se debe restituir si el mismo está en poder del autor del mismo o de cualquier tercero que lo posea⁵²⁶, salvo que el tercero lo haya adquirido por usucapión, pues el bien sería irreivindicable, ya sea como poseedor de buena fe o como poseedor de mala fe art. 1955 del CC; por tanto, salvo que el tercero de buena fe lo haya adquirido de forma irreivindicable.

Además, se debe diferenciar también en función de quién sea el obligado a restituir la cosa quién debe asumir los deterioros o menoscabos de ésta. Si el obligado a restituir es el responsable del delito, este debe abonar los mismos, incluso en el caso de que ese deterioro se hubiese producido por fuerza mayor. Y, en el caso que el obligado a restituir fuese el tercero de buena fe, éste podrá negarse a indemnizar por el deterioro o perjuicio sufrido por la cosa y deberá hacerse cargo de estos el responsable del delito, de acuerdo con los arts. 457 del CC y 111.1 del CP. No obstante, si el legítimo propietario, habiendo demostrado su título, le solicitara al tercero de buena fe la devolución y éste se negase, entonces este tercero de buena fe se convierte en poseedor de mala fe y se sitúa en la obligación de asumir esos

adquisición en Bolsa, Feria o mercado de comerciante legalmente establecido (arts. 464 y 1995 CC y 85 y 86 Ccom).”.

⁵²⁵Los casos de irreivindicabilidad establecidos en la Ley son los siguientes:

-<<Mercaderías adquiridas en bolsa o mercados>>, en estos casos se aplica los artículos 85, 86, 545, 556, 559 y 560 del Código de comercio por remisión expresa del artículo 464 del Código civil pues en estos casos el bien adquirido es irreivindicable desde ese instante para el adquirente.

- En los supuestos previstos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

- En los supuestos del artículo 545 del Código de comercio que establece la irreivindicabilidad de los títulos al portador cuya posesión se adquiera por tercero de buena fe y sin culpa grave. Sin perjuicio de las acciones que el legítimo propietario pueda ejercitar contra los responsables de los actos que le haya privado del dominio. De conformidad con lo establecido con la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores que modificó dicho artículo. En cuanto a la irreivindicabilidad de los bienes en términos muy parecidos MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, pp.889 y 890.

⁵²⁶En términos muy parecidos MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.890.

deterioros o menoscabos, pues el poseedor de mala fe responde en todos los casos de los deterioros, de acuerdo con el art. 457 del CC.

4. El art. 112, este precepto tiene por objeto la reparación del daño e introduce una cuestión novedosa en cuanto a cómo se debe valorar la reparación de daño y cómo se puede realizar esta en contraposición a lo que se indicaba en el anterior CP (art. 103)⁵²⁷. Se indica de forma expresa de qué manera se podrá establecer la reparación del daño, e indica en ese sentido los tres tipos de obligaciones que de forma indistinta y en función del daño, se podrán adoptar: “obligaciones de dar, de hacer o de no hacer”; y también, que éstas podrán imponerse o no al culpable en función de sus condiciones personales y patrimoniales, y que estas obligaciones podrían ser ejecutadas por un tercero a su costa⁵²⁸.

Parece que el legislador ha querido diferenciar que la reparación del daño debe consistir en “dar, hacer, o no hacer una cosa,” y que en el caso que ese daño no se pueda reparar así se debe compensar económicamente, es decir, indemnizar económicamente por los daños y perjuicios⁵²⁹. Realmente, el legislador no ha indicado nada sobre una preferencia respecto la reparación in natura o la compensación económica. Pero parece obvio que, si es posible reparar el daño con

⁵²⁷En idéntico sentido CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, p.780. “En este precepto el CP 1995 introduce una regulación muy novedosa respecto de la contenida en el artículo correspondiente (el 103) del Cp anterior,”. En idénticos términos QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.719. Los cuales también indican que: “La regulación de la reparación del daño constituye una de las principales novedades en este capítulo del Código de 1995.”.

⁵²⁸En idénticos términos QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.721. “El artículo 112 indica ahora directamente en qué modo se podrá establecer la reparación del daño -estableciendo obligaciones, atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable– y hasta el modo en que puede ser ejecutada la obligación que se establezca.”. MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN *Derecho Penal parte general*, p. 613. De forma muy parecida indican que: “La reparación del daño puede consistir en obligaciones de hacer o no hacer que establecerá el Juez o tribunal atendiendo a las condiciones del <<culpable>> y determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa (art.112).”. CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, pp.780 y 781. “Ahora ha de atenderse, fundamentalmente, a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, incluyendo expresamente la reparación a través de obligaciones de hacer o de no hacer impuestas al propio condenado.”.

⁵²⁹QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.720. Indican en términos muy parecidos que: “después en el debate parlamentario se acepta una enmienda que introduce la obligación de dar en el artículo 112 con lo cual se hace perder a aquél la novedad y su especificidad en la dirección de favorecer la satisfacción a la víctima o la restauración de la situación perturbada por el hecho ilícito.”.

alguna obligación de dar, hacer o no hacer por parte del responsable del delito y teniendo en cuenta las necesidades del perjudicado, dichas obligaciones están bajo cobertura del art. 112 del CP y que, en todo caso, como se trata de una cuestión civil dependiente de una acción rogada, el Juez, en función de la petición del actor civil, y de las circunstancias del autor del delito, podrá optar por una u otra obligación, es decir, aplicar el art. 112 o, el art. 113, del CP⁵³⁰.

En todo caso, y como se ha de ver, si partimos de que la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo constituye un derecho al perjudicado a ser compensado económicamente por el daño y el perjuicio sufrido, se plantea el problema que la reparación del daño y la indemnización de perjuicios se pueden solapar pues la distinción entre daños y perjuicios es casi inexistente⁵³¹.

5. El art. 113, concreta el último concepto obligacional que se establece en el CP art. 110 para poder responder por todos aquellos daños o perjuicios que no han podido ser resueltos mediante la restitución o la reparación; es decir, la indemnización de perjuicios materiales y morales. Así, se puede decir, que en este precepto se determina el contenido de esta, y quiénes son los titulares de la indemnización de daños y perjuicios⁵³².

⁵³⁰En términos muy parecidos MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.893. Indica que: "en nuestro sistema jurídico el modelo resarcitorio tipo normativo articulado es el de la indemnización económica, lo cual no constituye un obstáculo para que en determinados supuestos, en los que <<la naturaleza del daño>> lo permita y <<las condiciones personales y patrimoniales del culpable>> lo aconsejen, la obligación in natura sea la mejor manera (objetiva) de resarcir el daño.". También con parecido criterio QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", pp.720 y 721. Los cuales acaban indicando: "el sentido de la expresión <<podrá consistir>> y la ausencia de limitación alguna o de remisión a lo previsto en la Ley, permite una interpretación amplia, que responde a una opción político-criminal tendente a promover soluciones más ventajosas, tanto para la víctima como para el autor, que la pura y simple compensación económica .".

⁵³¹En idéntico sentido QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.719. Los cuales indican que: "La delimitación entre los conceptos de la reparación y la indemnización, ya de por sí difícil en el aspecto puramente semántico, no resulta posible con arreglo al contenido de los artículos 112 y 113.". Y remarcan que, la delimitación entre los términos daño y perjuicios es difícil, subrayando que: "el criterio dominante ha sido, ya desde Pacheco y Groizard, el de entender los daños como los causados sobre las cosas y los perjuicios como el resto de males derivados del delito, concretamente los personales, ya fueran de carácter material o moral."

⁵³²En este sentido QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.723. Indican: "Es éste el más amplio concepto que nutre la responsabilidad civil, pues mientras que la restitución (de cosas) o la reparación de daños (o cosas) tienen unos objetos precisables y limitables, eso no se puede decir de la indemnización, puesto que el perjuicio es algo superior al daño, no es sólo físico y, por último, no alcanza sólo a la víctima o sujeto pasivo del

Indemnizar consiste en compensar económicamente al agraviado por el valor del daño sufrido y la indemnización puede abarcar tanto el perjuicio material como el perjuicio moral⁵³³. Dentro del concepto del perjuicio material se habla de daño emergente; es decir, las pérdidas en el patrimonio y de lucro cesante, y, por tanto, de aquellos beneficios que no se pueden obtener como consecuencia directa del hecho delictivo.

Dentro del concepto de perjuicio moral se entienden los daños corporales y los daños estrictamente morales⁵³⁴. Por daño moral, se entiende todo daño que afecta a la persona en cualquiera de sus esferas que no es la patrimonial y, difícilmente se puede cuantificar un daño moral⁵³⁵. Por ello se dice de forma correcta que los daños morales no son reparables mediante la indemnización económica, sino que es la única vía posible y razonable de dar satisfacción al dolor moral que causó el daño⁵³⁶.

delito, sino que puede incluir a otras personas que no han tenido relación directa con el hecho delictivo.”.

⁵³³En términos muy parecidos MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.613. Dicen que: “La indemnización de los perjuicios incluye los materiales y morales (art. 113Cp)”. “(...)”, puede producirse una cierta confusión con la reparación del <<daño>>, por lo que sigue siendo útil acudir a la distinción entre daño emergente -equiparable a daño-, como el que resulta efectiva y materialmente en el objeto del delito, y lucro cesante, como equivalente al perjuicio (beneficios que dejan de obtenerse como consecuencia del delito, etc.).”. CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, p.784. Indican que: “la doctrina jurisprudencial atiende como criterios indemnizatorios no sólo al daño emergente, sino también al lucro cesante y al daño moral. Y en idéntico términos QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.723. “la indemnización debe determinarse atendiendo no sólo al daño emergente, sino también al lucro cesante y al daño moral.”.

⁵³⁴En idénticos términos MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.895. “tratamos aquí tanto los daños corporales como los daños estrictamente morales, ambos resarcibles bajo el concepto legal de perjuicios morales.”.

⁵³⁵MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.613. Sostienen que: “Incluyendo, pues, los daños y los perjuicios en una categoría general acogedora de los efectos perjudiciales producidos por el delito, uno de los mayores problemas radica en la valoración de esos <<perjuicios morales>> cuya indemnización se reconoce.”. En términos muy parecidos QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.724. Pues indican que: “el problema que de hecho se plantea es que resulta prácticamente imposible fijar unos parámetros para la cuantificación de los daños.”. Y añadido yo [daños morales]. Pues estos autores continúan diciendo en la p.725. “La imposibilidad de establecer unos parámetros operativos para la valoración de los daños morales se confirma con un examen de la jurisprudencia.”.

⁵³⁶En términos muy parecidos MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.896. Citando la sentencia: “STS de 25 de junio de 1984”, (...), acaba indicando que: “(...)

En cuanto a la cuantificación de la indemnización, se debe indicar que es una cuestión reservada al libre arbitrio de los tribunales y no puede por tanto ser recurrible en casación a diferencia de lo que ocurre con sus bases para determinarla⁵³⁷.

Finalmente, en este art. se extiende también el derecho a ser indemnizado por el perjuicio material y moral no sólo al agraviado, sino también “a sus familiares o a terceros.”. En el CP y en la LECr, agraviado y ofendido son conceptos sinónimos pero diferentes del perjudicado; es decir, es el sujeto pasivo de la acción o, dicho de otra forma, el titular del bien jurídico protegido, mientras que perjudicado es aquel que sufre el daño sea o no titular del bien jurídico protegido. La expresión perjudicado atiende al concepto de tercero; es decir, todas aquellas personas que han sufrido las consecuencias dañosas del hecho delictivo, y por ello se entiende que la expresión “familiares” era aquí innecesaria, pues queda abarcada por el concepto de terceros⁵³⁸.

1.3.3. *Sujetos.*

Con el art. 116 del CP se inicia el Capítulo II del Título V y, como ya indiqué, tiene como objeto identificar las personas responsables civiles de los hechos descritos como delitos. Así, en el art. 116 se determina qué personas son responsables civilmente cuando, a su vez, son responsables penales, así como la forma y el modo en que deben cumplir esa obligación de reparar o indemnizar respecto del, o los,

aquella indemnización opera como la única vía posible y razonable de dar satisfacción al dolor moral que causó el daño.”.

⁵³⁷En idéntico sentido QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, pp.723 y 724. CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, p.784. Indican que: “la determinación de la cuantía de la indemnización de perjuicios se establece de forma ponderadamente discrecional por los Tribunales de instancia.”. Y, en idéntico sentido MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.898. “la fijación de la cuantía indemnizatoria de los daños materiales y morales constituye una facultad discrecional del Juez o tribunal, de manera que el control casacional lo es sólo sobre las bases de la mismas pero no sobre el quantum (STS de 28 de noviembre de 2007). Y, añade en la N. del A. nº 38 también las sentencias “STS de 29 de septiembre de 2003 y de 18 de marzo de 2004.”.

⁵³⁸En este sentido QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.726. Sostienen que: “la existencia de perjudicados distintos al sujeto pasivo ha llevado al legislador a mencionar a los terceros, así como, aun siendo innecesario por estar incluidos en esta categoría, a los familiares, a modo de advertencia de que con frecuencia serán éstos los acreedores del derecho a la indemnización.”.

perjudicados del hecho delictivo⁵³⁹. Y, a partir del año 2010, se determina de forma expresa que esta responsabilidad civil derivada de la persona responsable penal puede recaer en la persona jurídica pues con la modificación del CP dichas personas pueden resultar responsables penales art. 31 bis del CP⁵⁴⁰.

En el art. 116 apartado primero se establece como regla general que el responsable penal del delito es también responsable civil si del hecho se hubieran derivado daños o perjuicios⁵⁴¹, sin perjuicio de que este principio deba ser matizado⁵⁴². Si en la sentencia se establece una pluralidad de responsables penales, el legislador indica que el tribunal deberá fijar la cuota civil por la cual responde cada uno de los responsables penales. Por otra parte, en el apartado segundo del art. 116 se establece cómo es esta obligación de responder, indicándose de forma expresa que se trata de una obligación solidaria⁵⁴³ y que los distintos partícipes (autores y cómplices en el sentido de los arts. 28 y 29 CP) responderán de forma subsidiaria

⁵³⁹En términos muy parecidos MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.904. Sostiene que en este art. 116 del CP "se determinan la persona o personas a las que, declarados responsables penales, alcanza la obligación de reparar o indemnizar, así como el modo y límites de cumplimiento de aquella obligación que, en virtud de la sentencia condenatoria, les hace devenir deudores respecto del o los perjudicados."

⁵⁴⁰MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.905. Como consecuencia de la reforma efectuada en el año 2010 indica que el art. 116 del CP: "va dirigido exclusivamente a las personas físicas que son responsables civiles precisamente por haber sido declarados penalmente responsables, bien por haber ejecutado el hecho (delictivo) causante del daño (autores), bien por haber contribuido a que un tercero (el autor) lo haya causado (cómplice) y a las personas jurídicas que igualmente hayan sido declaradas responsables penales bajo la cobertura del art.31 bis del CP tras la reforma operada al mismo por la LO 5/2010, de 22 de junio."

⁵⁴¹MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.614. "en principio el responsable penal es también el responsable civil (art. 116CP) y en caso de concurrencia de varios responsables penales (autores y cómplices), se fijaran las cuotas que corresponden a cada uno de ellos.". En términos muy parecidos Gonzalo QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", En: Director Gonzalo QUINTERO OLIVARES Coordinador Fermín MORALES PRATS *Comentarios al Código Penal Español*. 6 edición, 2011, pp.735 y ss. p.736. Indicando que el art. 116 CP establece una "declaración genérica".

⁵⁴²Pues como luego veremos hay personas que no siendo responsables penales deben responder civilmente por así indicarlo el CP art. 117 y siguientes del Código. En idéntico sentido QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.736. "ésta es solo una declaración parcial, pues como veremos, puede haber responsabilidad civil a cargo de personas que no son responsables criminales."

⁵⁴³CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "De la responsabilidad civil Tomo II", p.812. "El sistema de cuotas incide en que cada uno de los obligados respecto a los demás, también obligados, pero no respecto a los perjudicados, quienes pueden exigir la totalidad de lo debido a cualquiera de ellos, dado el carácter solidario de la responsabilidad frente a los perjudicados,".

cuando no puedan responder de forma solidaria por las respectivas cuotas de los otros; esta responsabilidad subsidiaria se hace efectiva primero en los bienes de los autores, y luego en los de los cómplices⁵⁴⁴.

Y finalmente, en el último párrafo de este segundo apartado se indica que el responsable civil, ya sea directo o subsidiario que haya pagado por otro, siempre podrá ejercitar el derecho de repetición contra el resto de partícipes por su respectiva cuota⁵⁴⁵.

En el apartado tercero se indica que la responsabilidad penal de una persona jurídica conllevará también la responsabilidad civil⁵⁴⁶ si esta hubiere surgido⁵⁴⁷, en los mismos términos que en el art. 110 del CP; es decir, la persona jurídica estará obligada a restituir, reparar e indemnizar y, esta obligación que se les impone, es de

⁵⁴⁴MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.908. "los autores son responsables subsidiarios respecto de los cómplices y éstos respecto de aquéllos, pero esta responsabilidad (la subsidiaria) se hará efectiva primero en los bienes de los autores y después en los de los cómplices."

⁵⁴⁵En términos muy parecidos MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.908. "El responsable civil que hubiera hecho efectiva la responsabilidad civil, tanto la solidaria como la subsidiaria, podrá repetir contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.". Y, CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "De la responsabilidad civil Tomo II", p.812. Los cuales indican: "sin perjuicio de que una vez satisfecha la deuda por el reclamado, éste se convierta en acreedor de los demás en la cuota–parte que a cada uno le hubiera sido asignada."

⁵⁴⁶En términos parecidos MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.909. "La responsabilidad civil de la persona jurídica penalmente responsable se articula exactamente igual, en cuanto a su contenido y alcance, que la responsabilidad civil de las personas físicas". En términos muy parecidos QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.738. "la responsabilidad de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.". El cual subraya que era innecesario este apartado tercero del art. 116 e indica que: "no es posible que el hecho que haya dos responsables provoque una duplicación de cuantías, del mismo modo que eso no se produce cuando se trata de dos coautores personas físicas. La confusión posible la provoca el legislador por dos motivos: a) por haber incluido esta declaración que era innecesaria, y que en cambio empuja al interprete a buscarle un sentido propio y diferente a la regla general fijada en el núm del art 116; y, b) porque dice que la responsabilidad de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil, expresión que parece aludir a una responsabilidad civil propia y diferente de la que corresponda al autor físico por el mismo hecho, lo cual no es posible, pues si así fuera se estaría aceptando que el perjudicado podría cobrar dos veces por el mismo concepto, lo que sería un caso de enriquecimiento sin causa."

⁵⁴⁷Es decir, si de la conducta de la persona jurídica se hubiera producido un daño o perjuicio evaluable económicamente.

carácter solidaria, junto con la persona física responsable de los mismos hechos. Se trata, sin duda, de una responsabilidad civil de carácter directo⁵⁴⁸, y no puede afirmarse que necesariamente deba existir un responsable penal persona física junto al responsable penal persona jurídica⁵⁴⁹. Esto implica consecuencias paralelas en el ámbito de la responsabilidad civil.

El art. 117 CP, establece una responsabilidad civil directa a un sujeto tercero, persona jurídica, ajena y no responsable penalmente; en este caso, la compañía aseguradora. Estamos ante un precepto sin precedentes en nuestra legislación penal⁵⁵⁰, pero que plasmaba la idea ya establecida en la Ley de Contrato de Seguros (Ley 50/1980 de 8 de octubre), de que la responsabilidad de las compañías aseguradoras fuese directa y no subsidiaria, independientemente que la compañía asegurase el riesgo de accidente de automóvil u otra actividad⁵⁵¹.

En este precepto se indica de forma expresa que la compañía aseguradora será responsable civil directa, siempre “que haya asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias” que deriven o surjan “del uso o explotación de

⁵⁴⁸MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.909. “se trata igualmente de una responsabilidad civil directa.”.

⁵⁴⁹MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.909. En idéntico sentido indica que: “si la persona jurídica puede ser condenada penalmente al margen de que lo sea (o no) el responsable persona física, responderá también civilmente y de modo directo del resarcimiento del daño causado por el hecho constitutivo de infracción penal.”.

⁵⁵⁰QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p.739. “El texto del artículo 117, que carece de precedente en el Código anterior,”. CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, p.815. En idéntico sentido al hablar de este art. indican: “establece expresamente en este precepto de nueva planta la responsabilidad civil directa, hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, de los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en el propio Código penal, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.”.

⁵⁵¹QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p.739. “Establece o consolida lo que ya había decidido la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, (...): la necesidad de que la responsabilidad de los aseguradores sea directa y no subsidiaria,”. En idéntico sentido MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.911. “Esta acción directa del perjudicado contra el asegurador había sido ya reconocida por la jurisprudencia civil y penal y cobro carta de naturaleza, (...), en la legislación específica de seguros y concretamente en el art. 76 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, del Contrato de Seguro respecto del seguro voluntario, y en los arts. 7 y 11 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro, en la Circulación de Vehículos de Motor; aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, respecto del seguro obligatorio.”.

cualquier bien, empresa o actividad”, y que, como consecuencia de un hecho previsto en el CP, se concrete el riesgo asegurado⁵⁵².

En estos casos, se indica que la compañía aseguradora responderá hasta el límite de la indemnización establecida por ley o pactada convencionalmente, aunque conserva, la facultad de repetir contra cualquiera que ella considere oportuno⁵⁵³.

De este modo, el precepto supone un reconocimiento expreso al perjudicado por un delito de ejercitar la acción directa contra la compañía aseguradora en estas circunstancias⁵⁵⁴, y, a su vez, supone una obligación de requerir a la compañía aseguradora como parte (responsable civil directa) en el proceso penal⁵⁵⁵.

⁵⁵²MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.910. “el perjudicado tendrá acción directa contra el asegurador que hubiere asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias (de un tercero, el asegurado) derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando como consecuencia de la ejecución de un hecho tipificado como infracción penal, se produzca el evento (el daño) que determine el riesgo asegurado. El asegurador asumirá, como responsable civil directo, la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios hasta el límite del seguro obligatorio o hasta el límite de la cantidad contractualmente pactada en el seguro voluntario, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.”.

⁵⁵³CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, pp.815 y 816. Dicen que el art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro (...) “no impide que el asegurador responda frente a terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a éstos en el ámbito de cobertura del seguro sea debido a la conducta dolosa del asegurado -disponiendo el asegurador en este caso la facultad de repetición frente al asegurado que le reconoce el art. 76 LCS-, o bien sea debido a un acto doloso o culposo de su empleado o dependiente del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para el asegurado (art 120.4º CP1995), en cuyo caso dispone también el asegurador del derecho de repetición contra el autor del hecho que expresamente reconoce el art.117 del CP1995.”.

⁵⁵⁴MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.911. En idéntico sentido “supuso el reconocimiento expreso del <<derecho propio>> que asiste al perjudicado frente al asegurador. Un derecho que es distinto y autónomo respecto del que asiste al asegurado.”.

⁵⁵⁵MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.912. En términos parecidos indica que: “La existencia de esta acción directa contra el asegurador, que el perjudicado puede ejercitar en el proceso penal exclusivamente contra el mismo o de manera conjunta también contra el asegurado, obliga al llamamiento expreso como tal responsable civil directo de la entidad aseguradora”. E igualmente QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p.740. “si en el proceso penal se ejercen conjuntamente la acción penal y civil, como es habitual, esta última habrá que dirigirla en todo caso contra el responsable civil directo, tanto cuando se trate de seguro llamado obligatorio como cuando se trate de un seguro voluntario pactado. En ambos casos el asegurador deberá constituirse como parte en el proceso.”. Y yo, indico, que: si bien estamos ante una norma civil de carácter procesal por un lado, es decir, es facultativo del actor civil ejercitar esa acción. Es una norma de obligado cumplimiento por parte del Tribunal de citar a la parte como posible responsable civil directa con independencia o no que sea llamado o

En el art. 118 del CP, en su primer párrafo, el legislador -al igual que había señalado en los anteriores códigos-, continúa estableciendo unas circunstancias excepcionales en las cuales el exento de responsabilidad penal no está exento de responsabilidad civil⁵⁵⁶. Y, por lo tanto, igual que en los anteriores códigos, por exclusión, se entiende que las causas de justificación completas, de legítima defensa, art. 20.4 CP, y del cumplimiento de un deber oficio o cargo, art. 20.7 CP no conllevan ni responsabilidad penal, ni responsabilidad civil pues la conducta no es antijurídica⁵⁵⁷.

Por ello, como ya dije al comentar el art. 109 del CP, se puede decir que la responsabilidad civil no surge del delito, sino de un hecho tipificado como delito y sólo, cuando este hecho se dé, y surja de él un daño, podremos hablar de responsabilidad civil <<ex delicto>>, siempre que se pueda imputar esa responsabilidad a un sujeto de los determinados en el CP⁵⁵⁸.

no por la parte actora. Pues como se desprende del propio art. 117, si en virtud del art. 120.4, una empresa responde subsidiariamente y tiene concertada póliza de seguro, esta última, pasa a posición de responsable civil directa. Y como tal su responsabilidad es autónoma e independiente respecto del perjudicado y respecto del autor del delito. De ahí que QUINTERO OLIVARES indique también: QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables," p.740. "La responsabilidad directa que aquí se establece a cargo del asegurador no es necesariamente compartible con el responsable directo-autor o participe del delito, (...). La responsabilidad directa implica, por si misma, la eventual asunción en solitario de la obligación, puesto que no se trata de una responsabilidad solidaria, como es la que existe entre las diferentes autores o cómplices de un delito."

⁵⁵⁶CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "De la responsabilidad civil Tomo II", p.820. "como <<excepción>> a este criterio general el art 118 dispone que en determinados supuestos, la responsabilidad civil <<ex delicto>> derivada de la realización de ilícitos penales no queda excluida aun cuando los autores del acto que la genera sean declarados penalmente irresponsables, por apreciarse la concurrencia de una circunstancia eximente."

⁵⁵⁷MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.615. "El principio general es que sólo las causas de justificación eliminan tanto la responsabilidad penal como la civil o, en otras palabras, para que haya responsabilidad civil debe haber un hecho antijurídico penalmente. Así, si el hecho está justificado (...) no se genera tampoco responsabilidad civil, del mismo modo que ésta subsiste si lo que concurre es una causa de exculpación.". QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables," p.742. "en los casos de concurrencia de causas de justificación no existirá ni responsabilidad criminal ni responsabilidad civil, siempre que se trate de eximente completas,".

⁵⁵⁸Del mismo parecer QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables," p.742. "Lo que da lugar al nacimiento de la obligación <<ex delicto> de indemnizar daños y perjuicios no es el <<delito>> (...), sino exclusivamente la realización de un acto injusto y típico, con independencia de que además sea atribuible a un sujeto imputable y de que el responsable pueda ser tenido o no como culpable en sentido técnico.". CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "De la

Las circunstancias en las cuales el exento de responsabilidad penal no está exento de responsabilidad civil son: cuando el sujeto es inimputable en virtud de la eximente completa establecida (art. 20CP apartados 1º, 2º y 3º); cuando el sujeto no es responsable por haber actuado en estado de necesidad, (art. 20.5 del CP); cuando el sujeto no es responsable por haber actuado bajo un miedo insuperable (art. 20.6 CP)⁵⁵⁹.

Y después de indicar que en todos estos casos, en los cuales el tribunal dictará sentencia absolutoria respecto al autor de hecho en sentido amplio (autor y cómplice en el sentido de los arts. 28 y 29 CP), indica que estos sujetos no están exentos de responsabilidad civil y que, por lo tanto, de forma inexorable podrán responder civilmente cuando esta surja⁵⁶⁰.

Además se indica que esta obligación de responder civilmente se regirá de forma imperativa⁵⁶¹, por reglas⁵⁶², que determinan qué otros sujetos junto con los indicados

responsabilidad civil Tomo II”, p.820. En términos muy parecidos: “la decisión de acordar la responsabilidad civil en el proceso penal no exige que el autor del hecho penalmente relevante sea penalmente responsable, (...) resulta suficiente con que el órgano enjuiciador declare la existencia del hecho, en principio constitutivo de infracción penal, la causación de un daño y de una relación de imputación entre aquellos.”. Por todo ello QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables”, p.742. Acaba indicando que: “Lo único que decide el nacimiento de la obligación es la transgresión objetiva del sistema normativo de protección de bienes jurídicos, es decir, la antijuricidad de la conducta.”. y, CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, p.821. En términos también, muy parecidos acaban indicando que: “la denominada responsabilidad civil <<ex delicto>> basta con la existencia de tipicidad y antijuricidad (esto es, sin que sea precisa la culpabilidad), ya que, a pesar de que en estos casos no resulta posible la imputación del sujeto o la declaración de su responsabilidad penal, la obligación de indemnizar no solamente no se extingue, sino que incluso puede ser acordada en el proceso penal objeto de tramitación.”.

⁵⁵⁹QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables”, p.742. “la exención de la responsabilidad criminal declarada en los núms.1º,2º,3º,5º, y 6 del artículo 20 del CP no comprende a la responsabilidad civil.”.

⁵⁶⁰MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.919. “El punto común entre todos los supuestos contemplados viene constituido por la existencia de una sentencia que es absolutoria para el autor del delito por concurrencia de una causa de inimputabilidad (núms. 1º, 2º y 3º del art. 20 de CP), por concurrencia de una causa de exculpación o inexigibilidad de otra conducta (núm. 6º art. 20 del CP) o finalmente por ausencia de dolo o de culpabilidad (art 14 CP).”.

⁵⁶¹MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.919. “la exención de la responsabilidad criminal declarada en los apartados 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del art. 20 del CP no comprende la de la responsabilidad civil, para fijar a continuación las imperativas reglas jurídicas conforme a las cuales deberá ser hecha efectiva”.

pueden responder civilmente, cómo deben responder y cuál debe ser el alcance de esa responsabilidad civil⁵⁶³.

Los únicos casos en los cuales no se establece esta responsabilidad a un tercero son el regulado en el apartado segundo del art. 118.1 CP (el absuelto ebrio o intoxicado que responde exclusivamente) y el regulado en el art. 118.2 CP, (el absuelto por haber incurrido el sujeto en error)⁵⁶⁴.

En el apartado primero del art. 118.1 se introduce de forma novedosa la responsabilidad civil directa del inimputable, a diferencia de lo establecido anteriormente, pues se indicaba que estos respondían de forma subsidiaria en defecto de quienes ejercieran la patria potestad o de sus guardadores legales o de hecho cuando estos no existían o eran insolventes⁵⁶⁵. En esta nueva redacción⁵⁶⁶, el

⁵⁶²QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables," p.742. "persigue simplemente establecer los criterios bajo los que se resolverá la atribución de responsabilidad civil cuando se haya apreciado la concurrencia de ciertas causas de exclusión de la responsabilidad criminal,". MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.919. "se concretan esencialmente en establecer qué personas, en qué circunstancias, en qué modo y con qué alcance responderán en los diferentes supuestos que enumera en los apartados 1.1º, 1.2º, 1.3º y 1.4º así como en los supuestos de error penalmente relevante previstos en el art.14 del CP al que dedica el apartado 2.".

⁵⁶³MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.919. "se contempla, junto a la responsabilidad civil del penalmente irresponsable, la responsabilidad de terceras personas que hallan respecto de aquél en una determinada posición que también determina el precepto y que constituye el fundamento de su responsabilidad por el hecho ajeno, en este caso, constitutivo de un injusto típico.".

⁵⁶⁴MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.919. "Excepción a esta responsabilidad por el hecho de un tercero regulada en el art.118 del CP, la constituyen los supuestos de responsabilidad civil del ebrio o intoxicado (118.2º) y los supuestos de error de tipo o de prohibición (118.2) en los cuales responden civilmente aquéllos, irresponsabilidad penal se declara por haber actuado en una situación de inimputabilidad o por o ausencia de dolo o de culpabilidad.".

⁵⁶⁵QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables," p.743. "El Código Penal de 1995 modifica sustancialmente ese sistema, pues la responsabilidad civil directa siempre es del propio inimputable, puesto que la regla del artículo 118.1 no acoge excepciones. Una vez establecida la responsabilidad civil para todos los sujetos mencionados la ley matiza entre las diferentes situaciones, admitiendo responsables solidarios junto a esos inimputables." MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.920. "difiere de la del anterior CP en el que se hacía recaer directamente la responsabilidad civil por los hechos cometidos por los inimputables sobre quienes los tuvieron bajo su tutela, potestad o guarda, salvo que estas personas no existieren o fueran insolventes.".

⁵⁶⁶MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.920. "los declarados exentos de responsabilidad criminal al amparo de las causas de exención de los núm.1º y 3º del art. 20 CP, son personalmente responsables civiles directos, sin perjuicio de que lo

legislador impone que el inimputable, sobre la base del art. 20.1 y 20.3 del CP, responda de forma directa la responsabilidad civil⁵⁶⁷. Y además añade⁵⁶⁸ que cuando quien ejerce la patria potestad o es guardador legal o de hecho de estos inimputables hubiera actuado de forma ⁵⁶⁹“culposa o negligente”, podrá también ser responsable directo junto con aquéllos; es decir, responderán de forma directa también con el inimputable. En efecto, esta culpa o negligencia por parte del tercero deberá ser probada por el perjudicado pues no se presume. Y se entiende que debe ser en relación al hecho ejecutado por el inimputable⁵⁷⁰.

sean también, como responsables civiles igualmente directos, aquellos que los tuvieren bajo su potestad legal o de hecho, los cuales responderán civilmente con sus bienes y de modo solidario con el inimputable, en la medida que fije el Juez o tribunal.”. CAVANILLA MÚGICA, “Responsabilidad por hechos ajenos”, pp.111 y 119. Este autor sostiene que: “Hay dudas, en cambio, en cuanto a si se trata de una responsabilidad in solidum o parciaria. Y sostiene: “Parece, por tanto, una responsabilidad parciaria.”.

⁵⁶⁷MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.920. “se hace recaer la responsabilidad civil directa siempre en el propio inimputable, y una vez establecida dicha responsabilidad, es cuando se admite responsables solidarios junto a dicho inimputable.”. QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p.743. “son personalmente responsables civiles los propio inimputables.”.

⁵⁶⁸MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.920. “el CP articula una responsabilidad compartida entre este y los sujetos que los tuvieren bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que hubiere mediado culpa o negligencia por su parte.”. QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p. 743. “Lo que hace el artículo que comentamos es condicionar la responsabilidad solidaria, pues también es directa de las personas que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a que haya habido por su parte culpa o negligencia.”.

⁵⁶⁹MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.920. “Dicha condena al resarcimiento civil de los guardadores legales o de hecho del inimputable viene condicionada a que por su parte haya mediado culpa o negligencia (<<siempre que>>).”.

⁵⁷⁰MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.614. En idéntico sentido. “Se trata de supuestos de la denominada <<culpa in vigilando>> atribuible a quien es responsable inimputable, pero que debe ser demostrada no puede presumirse.”. MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, pp.920 y 921. Sostiene lo mismo pero critica esta idea del legislador diciendo que: “la regulación legal contradice absolutamente la regulación civil en la cual la negligencia de los padre y tutores se presume (art.1903CC) y olvida la naturaleza civil de aquella responsabilidad por actos de <<aquellas personas de las que deben responder >>, respecto de la cual no rige el derecho de presunción de inocencia.”. Para acabar acreditando esta paradoja procesal: “Esta confusión del legislador, entre esfera penal y esfera civil, conduce a la paradoja de que si el perjudicado se reserva el ejercicio de la acción civil, acreditada la causación del daño por el penalmente inimputable y la condición de guardador de hecho o legal del tercero, no deberá probar la negligencia de éste, sino que le incumbe a éste, por inversión de la carga de la prueba probar que actuó diligentemente (art.1903 in fine), lo que sí debería hacer si ejercita la

En el mismo precepto se establecen dos precisiones más: esta responsabilidad civil que se impone tanto al inimputable como al tercero no impide que puedan ser declarados responsables civiles otros sujetos, junto con ellos, por haber resultado a su vez responsables penales⁵⁷¹; y en el caso de pluralidad de sujetos responsables, los tribunales establecerán de forma equitativa como deben responder con sus bienes⁵⁷².

En el apartado segundo del art. 118.1 del CP se indica que el exento de responsabilidad penal por incurrir en una causa de inimputabilidad por drogadicción o intoxicación etílica responderá civilmente de forma directa y exclusiva por el daño que haya causado si ha cometido un hecho tipificado como delito⁵⁷³. En este caso sólo responde civilmente el sujeto que realiza el hecho y no se permite trasladar la responsabilidad civil a un tercero⁵⁷⁴, aunque de conformidad con lo establecido en el art. 117 CP, nada impediría que una compañía de seguros fuera responsable civil directa si la conducta tipificada que ha provocado el daño estuviera asegurada. En este caso, no hablamos de traslación de responsabilidad civil a un tercero, sino de responder de forma directa como consecuencia del art. 117 del CP y de un contrato

acción civil junto a la penal.". Por otro lado, es evidente que, en algunos de estos casos, puede existir una comisión por omisión imprudente en los términos del art. 11CP.

⁵⁷¹QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.743. "Esos otros responsables conservaran su obligación, que solidariamente compartirán en cada caso (autoría o complicidad) con los demás responsables civiles."

⁵⁷²MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.920. "esta responsabilidad, además de directa, es solidaria, debiendo los jueces y tribunales graduar en la sentencia y con criterios de equidad, la medida (el quantum) en que deberán responder con sus bienes dichos sujetos."

⁵⁷³MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.615. En idénticos términos "Segunda: son responsables civiles directos el ebrio y el intoxicado declarados exentos de responsabilidad penal con arreglo al art. 20.2º Cp (art.118.1, 2º)". MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.922. "en el apartado 1.2º, se refiere expresamente al ebrio y al intoxicado <<en el supuesto del núm 2º>> (del art.20CP), como responsables personales directos y únicos.". QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.744. "Para el ebrio y el toxicómano, (...), se dispone que conservaran la condición de responsables civiles directos del delito,".

⁵⁷⁴MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.615. En idéntico sentido pues sostienen que: "Aquí no hay desplazamiento de la responsabilidad civil a otras personas, puesto que no suele existir en estos casos una situación de incapacidad que permita atribuir culpa o negligencia a sujetos encargados de la guarda o tutela.". En idénticos términos MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.922. Y, QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.744.

de seguro, y, por lo tanto, sin perjuicio que esa compañía pueda repetir contra el autor del hecho⁵⁷⁵.

Igual que en los códigos penales anteriores, en el apartado tercero del art. 118.1 CP se regula la situación de quién debe responder civilmente cuando como consecuencia de haberse producido un hecho delictivo en estado de necesidad se ha producido un daño. El legislador siempre ha entendido que debe responder civilmente por el daño causado el sujeto que se ha beneficiado de esa situación. En realidad, la norma busca de nuevo evitar el enriquecimiento sin causa alguna o injusto⁵⁷⁶. En estos casos, se entiende que el autor no debe responder penalmente y que responde civilmente, “aquella persona en cuyo favor se haya precavido el mal” y “en proporción al perjuicio que se le haya evitado”⁵⁷⁷. Es importante señalar que en este caso el legislador hace responder al sujeto de una forma directa y objetiva, al margen de la culpa, y, en mi opinión, se trata de una obligación mancomunada simple⁵⁷⁸.

Por lo tanto, el responsable civil puede ser cualquier persona, y no única y exclusivamente el autor absuelto del hecho, sino que lo es sólo aquel que se

⁵⁷⁵En idénticos términos MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.922. “La Responsabilidad civil directa de quien delinque bajo la cobertura de esta causa de inimputabilidad no es obstáculo, en su caso, a la posible responsabilidad civil directa de los aseguradores que hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias, que lo será hasta el límite de la indemnización legalmente establecido convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de los mismos a repetir contra el ebrio o intoxicado (arts.117 CP y 73 de la Ley de Contrato de Seguro).”.

⁵⁷⁶En términos muy parecidos QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables”, p.744. “el legislador diferencia entre quien ha actuado en estado de necesidad y quien se ha beneficiado de ese estado de necesidad, y liga la obligación de reparar a la obtención de un provecho a costa de otra persona.”. Y, MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.924. Sostiene que: “la obligación de reparar lo es para un tercero, aquel en cuyo favor se haya precavido el mal, el cual no puede beneficiarse sin causa (ni si quiera lícitamente) a costa del daño causado a otro en una situación de necesidad.”. Y de igual modo Carlos PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal, Parte general*, Madrid, 2016, p.397. Indica que: “el sujeto que ha padecido el perjuicio deberá ser indemnizado en todo caso por aquél que ha resultado beneficiado y, por ello, a quien se le ha evitado un mal más grave.”.

⁵⁷⁷MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.615. De igual modo indican que: “responden civilmente aquellos en cuyo favor se haya evitado el mal, proporcionalmente al perjuicio que les hubiere evitado (art.118, 1,3ª).”.

⁵⁷⁸Por lo tanto si hubiera una pluralidad de sujetos civiles responsables, cada uno respondería única y exclusivamente por su cuota, en idéntico sentido que lo sostenido en los apartados anteriores, es decir no existe en este caso entre los sujetos civiles responsables solidaridad alguna. Por no indicarse de forma expresa ante qué tipo de obligación estamos.

beneficia de esa situación⁵⁷⁹. De ahí que una vez esté determinado quién es el sujeto o sujetos que deben responder, el legislador pasa a indicar cómo deben responder.

A la hora de establecer el *quantum* indemnizatorio, el legislador establece como primer criterio el de la proporcionalidad, y, por tanto, la relación con el perjuicio que se hubiere evitado si fuere este evaluable; en el caso que no fuera evaluable, el criterio será el que el Juez establezca en función de su prudente arbitrio.

En el último párrafo del apartado tercero, el legislador establece un criterio de cómo se debe determinar ese *quantum* indemnizatorio, en unas circunstancias especiales, indicando que será de conformidad con lo establecido en las Leyes y en su caso en los Reglamentos especiales. Estas circunstancias especiales son tres:

1-Cuando las cuotas por las que deba responder el sujeto responsable no puedan ser asignadas de forma equitativa por el Tribunal ni siquiera por aproximación.

2-Cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones públicas.

3-Cuando esa responsabilidad se extienda a la mayor parte de una población.

Y, finalmente, en el último inciso de este último párrafo del apartado tercero se dice que, siempre y en todo caso, cuando el daño se haya provocado con asentimiento de la autoridad o sus agentes, se establecerá el *quantum* indemnizatorio en la forma que se indique por las Leyes o Reglamentos especiales⁵⁸⁰.

El problema que plantea este apartado es si realmente estamos ante una responsabilidad civil, pues el objeto de la responsabilidad civil es la reparación de un daño sufrido y aquí lo que se resarce es el valor del perjuicio evitado, cuando en realidad daño y responsabilidad civil son las dos caras de la misma moneda.

⁵⁷⁹QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.744. Por ello sostiene "puede haber personas a quienes se les aprecie la eximente de estado de necesidad y no estén obligadas a reparar daño alguno."

⁵⁸⁰MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.924. En idéntico sentido indica que "Los criterios son los siguientes:

a) En proporción al daño causado, siempre que fuera estimable.

b) Si no lo fuere, en la cantidad que el Juez o tribunal determinen según su prudente arbitrio.

c) Si ello no fuere posible, ni siquiera por aproximación o cuando la responsabilidad se extienda a la Administración o a la mayor parte de una población y, en todo caso siempre que el daño se haya causado con el asentimiento de la autoridad o sus agentes, la indemnización se fijará en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales." Y en términos parecidos QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.745. "cuando no haya modo posible de establecer cuotas equitativamente, o cuando el beneficio se haya difundido entre la mayor parte de una población (...) o bien se haya causado con asentimiento de la autoridad o sus agentes (...), y es la de remitir la determinación a las leyes y reglamentos especiales".

Por eso la mayoría de la doctrina⁵⁸¹ que sostiene que estamos ante otra cosa⁵⁸², ya que, en realidad, lo que se intenta es evitar que se produzca un enriquecimiento injusto respecto al que se le evita el mal, pues a este sujeto no se le produce un perjuicio, sino más bien un beneficio. Y es este sujeto el que deberá reparar el perjuicio que se haya provocado como consecuencia del delito realizado en estado de necesidad, cuando es éste art. 118.1.3 CP el único mecanismo⁵⁸³ que tiene este perjudicado dañado para reclamar.

Por eso entiendo que realmente puede que no estemos ante una responsabilidad civil derivada de un delito y sí ante una norma de naturaleza civil que sirve para evitar el enriquecimiento injusto de conformidad con lo establecido en el CC como principio general⁵⁸⁴. Busto Lago sostiene que es dudosa la calificación de responsabilidad civil extracontractual a la obligación que se deriva de lo establecido en este precepto y que de no existir dicho art. supondría que los daños necesitados no serían objeto de indemnización alguna⁵⁸⁵. Y Quintero Olivares dice que “el principio que aquí rige, como señalaba Silvela, no es el de exigir responsabilidad civil por hechos previstos en la ley como delitos sino el de distribuir las consecuencias de un mal entre personas que se encontraban ligadas por una especie de mancomunidad que la ley reconoce.”⁵⁸⁶.

El estado de necesidad plantea además otro problema por parte de la doctrina en función de si entendemos que su fundamentación se basa en una naturaleza única o

⁵⁸¹MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.615. “Respecto al estado de necesidad, la mayoría de la doctrina entiende que la regla sobre la responsabilidad civil no obliga a entender que subsista en todo caso un ilícito penal, sino que tiende a evitar el enriquecimiento injusto de quien se beneficia de la resolución favorable de la situación de necesidad.”

⁵⁸²MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.924. “nos hallamos en un supuesto de naturaleza exclusivamente civil (la prohibición de enriquecimiento sin causa) en la que el legislador; para evitar que la persona a la que se ha causado el daño en una situación de estado de necesidad deba acudir posteriormente a la vía civil (economía procesal), posibilita que la acción se ejercite en el proceso penal.”

⁵⁸³Una norma especial de carácter civil que impone un litisconsorcio pasivo necesario.

⁵⁸⁴MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.924. En idénticos términos “El principio jurídico que prohíbe que nadie se enriquezca sin causa a costa de otro, constituye pues el fundamento de la expresa previsión (...) que, como responsable civil directo, alcanza a aquel en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se le haya evitado y no, en cambio, a quien resulta absuelto por haber causado el daño en una situación de estado de necesidad, salvo que el mal precavido lo fuere a su favor.”

⁵⁸⁵José Manuel BUSTO LAGO, “La antijuricidad” en Director José María PENA LÓPEZ., *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, 2004, pp.57 y ss., p.74.

⁵⁸⁶Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Curso de derecho penal parte general (acorde con el nuevo código penal de 1995)*. Barcelona, 1997, p.532.

si la misma tiene una naturaleza doble. Yo sostengo, en el mismo sentido que Quintero Olivares⁵⁸⁷, que se trata de una eximente de naturaleza única y que la misma es una causa de justificación; es decir, el hecho no es antijurídico y por lo tanto en el estado de necesidad no surge nunca responsabilidad civil y que en realidad lo que establece el art. 118.1.3 es una obligación civil a responder pero no una responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito⁵⁸⁸.

Los autores que sostienen que el estado de necesidad tiene una doble fundamentación entienden que, por un lado, puede ser de naturaleza justificativa y, de otra, que es de naturaleza exculpante así sostienen: que si estamos ante bienes idénticos la conducta es exculpante entienden que hay ausencia de culpabilidad. Pues es evidente que en estos casos el derecho no tiene porque considerar más valioso el bien salvado que el bien lesionado. Pero el legislador dice que alguien debe responder del daño causado, y es quien se ha beneficiado de esa conducta. Y, si los bienes son desiguales la conducta es justificante y si es justificante no surge la responsabilidad civil pues la conducta no es antijurídica. Por lo tanto, en este caso, no surgiría responsabilidad civil tampoco, para el que se ha beneficiado de la conducta delictiva. Sobre la base de este criterio diferenciador el Tribunal Supremo ha optado en base a la unidad del orden jurídico⁵⁸⁹.

Pérez del Valle dice que es criticable esta fundamentación en la medida que el art. 118.3 establece una norma civil especial -y no penal- y que la ley no distingue entre diferentes fundamentos de estado de necesidad; plantea una interpretación alternativa diferenciando estado de necesidad defensivo y agresivo: estado de necesidad defensivo, cuando la esfera perjudicada por la acción de salvación es la

⁵⁸⁷QUINTERO OLIVARES, *Curso de derecho penal parte general (acorde con el nuevo código penal de 1995)*, pp.404 y 410. Sostiene que la pena no se impone porque queda fuera de la coherencia político criminal. No se puede reaccionar ante un infortunio o situación límite. El derecho establece una diferencia entre lo normal y lo excepcional y por eso fija unos criterios para la apreciación de la eximente y se excluye está cuando se produce un mal mayor. Estamos ante una justificación excepcional por ausencia de desvalor social.

⁵⁸⁸MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.923. En términos muy parecidos la cual sostiene que "quien actúa en un estado de necesidad justificante, para evitar un mal propio o ajeno (de mayor entidad), no comete un acto ilícito (ni siquiera civilmente) pero causa un daño (a terceros) que supone un correlativo beneficio (el mal que se le ha evitado) para <<el necesitado>>, el cual recibe, por tanto, un incremento sin causa de su patrimonio que deberá <<devolver-resarcir>> al receptor del daño."

⁵⁸⁹Sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda año 1995 de 24 de Enero. PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal*, p.397, al comentar la sentencia indica como criterio del Tribunal Supremo, que: "al tratarse de un caso de estado de necesidad justificante, y de acuerdo con el postulado de unidad del orden jurídico, no cabe establecer responsabilidad civil en ningún caso y tampoco para el beneficiario."

esfera de la que procede el riesgo; estado de necesidad agresivo, cuando la esfera perjudicada por la acción de salvación nada tiene que ver con la procedencia de la situación de peligro. Según él, el art. 118.3, sólo estaría previsto para el estado de necesidad agresivo⁵⁹⁰, y el sujeto que responde tendría capacidad de repetir contra el tercero causante del peligro o estado de necesidad.

A mi juicio se trata de un litisconsorcio pasivo necesario en el proceso penal y en el proceso civil⁵⁹¹. Pues entiendo que estamos siempre ante una causa de justificación y el legislador entiende que el sujeto que actúa en ese estado no debe responder, pues su conducta no es antijurídica, pues no tiene obligación ni deber de sacrificarse en ese estado; y si no es antijurídico, no genera responsabilidad al sujeto que actúa bajo ese estado. Como digo, esta situación no genera responsabilidad civil pero sí que el perjuicio que causa el necesitado debe ser reparado, pues no está permitido ni el enriquecimiento injusto ni el empobrecimiento sin causa justa. El art.118.1º.3

⁵⁹⁰PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal*, p.398. CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, pp.768 y 769. En términos parecidos sostienen que los problemas que pueden derivarse de la aplicación del art. 118.1.3 CP se deben resolver de la siguiente forma: “solamente deberá entenderse aplicable a los supuestos del estado de necesidad agresivo (es decir, cuando se interviene sobre bienes ajenos para salvar los propios, sin que la situación de necesidad sea imputable al titular de aquellos, el fundamento es claro: la acción puede estar justificada penalmente, pero nadie tiene que soportar la lesión de bienes propios para la salvaguarda de otros cuando la situación de peligro de estos no ha sido creada por él); y no en el caso de estado de necesidad defensivo (cuando se interviene sobre bienes ajenos para salvar los propios, y la situación de necesidad ha sido generada por el titular de aquellos), pues entonces debe corresponder al responsable de la situación de necesidad el deber de soportar la intervención.”.

Para estos autores sino fuese así en los caso de exigencia de responsabilidad civil cuando concurre una causa de justificación penal se puede cuestionar o poner en duda el criterio de unidad del ordenamiento jurídico pues conductas que entendemos lícitas en una rama del ordenamiento, las consideramos ilícitas en otras creándose así un criterio de antijuricidad exclusivo para el CP.

Esto se ha solucionado indicando la doctrina que dentro de las causas de justificación se debe distinguir entre las que autorizan la acción y las autorizaciones de intervención. Así las que autorizan la acción el autor está legitimado a la realización del tipo pero el titular del bien afectado por esa acción no debe de soportar la lesión de esos bienes. Es decir deberían ser indemnizados.

Y en el segundo caso no sólo están autorizados a realizar la acción típica sino que impone al afectado por la intervención el deber de soportar los costes de la misma.

⁵⁹¹QUINTERO OLIVARES, *Curso de derecho penal parte general (acorde con el nuevo código penal de 1995)*, p.532. “En cualquier caso es el beneficiado, sea o no autor del hecho, quien responde. El principio que aquí rige, (...), no es el de exigir responsabilidad civil por hechos previstos en la ley como delitos sino el de distribuir las consecuencias de un mal entre personas que se encontraban ligadas por una especie de mancomunidad que la ley reconoce.”.

CP es una norma civil especial que impone a un sujeto determinado responder de una forma determinada como consecuencia de una conducta tipificada como delito en el CP, en determinadas circunstancias, el estado de necesidad. Por lo tanto, no se trata de la reparación de un daño y por ello tampoco se puede hablar de responsabilidad civil.

Si hubiera reserva de acción civil en el proceso penal sería el mismo caso; es decir, responde sólo el sujeto indicado en el art. 118.1º.3 CP. Cuestión diferente, es que este beneficiado podrá luego repetir contra el sujeto que creó el estado de necesidad⁵⁹².

En el apartado cuarto del art. 118.1 del CP se regula quién debe responder civilmente cuando se produce un daño como consecuencia de haberse realizado un hecho típico y antijurídico bajo miedo insuperable. El legislador indica igual que en todos los Códigos anteriores que responde de manera directa y principal el que causa el miedo y, en defecto de ellos, el que ha realizado el hecho típico⁵⁹³. Estamos ante un hecho que es antijurídico⁵⁹⁴ y, por lo tanto, si genera un daño alguien debe responder: en este caso, el legislador opta por trasladar esa responsabilidad al tercero que ha provocado el miedo⁵⁹⁵, y sólo en el caso que éste no pueda ser identificado, o no pueda responder, -es decir sea insolvente-, debe responder el sujeto que realiza el hecho típico y antijurídico⁵⁹⁶. Como estamos ante un causa de

⁵⁹²PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal*, p.397. En idéntico sentido el cual sostiene que: “no debe considerarse excluida la posibilidad de repetición en un ulterior proceso civil respecto de terceros a quienes podría imputarse la situación de peligro,”.

⁵⁹³MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.615. “Cuarta: En caso de miedo insuperable del art. 20.6º, responde civilmente el que hubiere causado el miedo y, subsidiariamente, quien hubiera ejecutado el hecho (el atemorizado; cfr. art. 118, 1, 4ª).”.

⁵⁹⁴PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal*, p.399. Del mismo parecer el cual sostiene que: “quien se excedió por miedo no ha realizado una conducta que constituya un modelo de orientación en el ordenamiento jurídico (...), es posible que otros sectores del derecho (por ejemplo, el derecho civil) le exijan responsabilidad en el hecho, como lo hace el art. 118.1.4 CP.”.

⁵⁹⁵PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal*, p.399. Por ello indica: “es él quien responde civilmente (en el caso de miedo en un exceso de la defensa, responde civilmente el agresor ilegítimo; en el caso de miedo en un exceso del estado de necesidad, quien provocó el conflicto).” Y que, QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p.745. Sostenga que: “La importante advertencia que hace la ley es que el miedo (...) en los casos en que haya sido producido por una persona (...) la responsabilidad civil correrá a cargo de ella”.

⁵⁹⁶MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.925. Del mismo parecer la cual indica que: “el legislador hace recaer la responsabilidad civil directa, en primer lugar (<<principalmente>>), sobre <<los que hayan causado el miedo>>, personas éstas que no han cometido con ello ninguna conducta penalmente relevante y que no han causado directamente el daño y <<sólo en defecto de ellos, sobre los que hayan ejecutado el hecho>>.”.

exculpación el sujeto no responde penalmente pero si civilmente⁵⁹⁷. Por indicarlo expresamente el artículo, el autor responde “en defecto de ellos”; es decir, de forma subsidiaria⁵⁹⁸.

Finalmente en el art. 118.2 se establece que el Juez debe resolver la cuestión de la responsabilidad civil a pesar de dictar sentencia absolutoria en los casos de error, y que el responsable civil será el autor del hecho⁵⁹⁹.

En principio, parece que el legislador establece sin distinción alguna que serán responsables civilmente los autores del hecho absueltos que provoquen un daño habiendo incurrido en un error; es decir, error de tipo invencible, error de tipo vencible, sólo cuando la conducta no está tipificada como imprudente en el CP; y error invencible de prohibición, pues son los únicos casos de error que conllevan absolución.

Pero, en realidad, este artículo sólo abarca al error de prohibición invencible, pues en los otros casos de error (error de tipo invencible y error de tipo vencible cuya conducta no está tipificada como imprudente en el CP), se dicta sentencia absolutoria, pero porque la conducta no está tipificada en el CP. Es decir, en el error de tipo invencible se absuelve al sujeto autor del hecho, porque se entiende que la conducta no está tipificada y, le falta alguno de los elementos esenciales del tipo establecido en el CP para que la conducta sea delictiva; por tanto el hecho realizado no está tipificado como delito⁶⁰⁰. Y, en el error de tipo vencible, los casos en los cuales el legislador entiende que se debe absolver son aquellos en que, la conducta no está tipificada como imprudente en el CP y por tanto será atípica; es decir, se

⁵⁹⁷PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal*, p.398. En términos muy parecidos, el cual indica que: “la regla del art. 118.1.4º CP respalda la consideración del miedo insuperable como una excusa”. MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.615. Que sostienen que: “son casos de ausencia de culpabilidad, pero que dejan subsistente un hecho antijurídico (los inimputables y el miedo insuperable)”. Del mismo parecer QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,” p.745. “El miedo insuperable tiene naturaleza de causa de exclusión de la culpabilidad (...) y en su virtud los hechos cometidos a impulso del miedo generan obligación de reparar el perjuicio causado por el delito.”.

⁵⁹⁸En idénticos términos QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,” p.745. “el autor del hecho únicamente responderá con carácter subsidiario,”. MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.615. “responde civilmente el que hubiere causado el miedo y, subsidiariamente, quien hubiera ejecutado el hecho (el atemorizado; cfr. art. 118, 1 ,4ª).”.

⁵⁹⁹MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.615. En términos parecidos los cuales indican que: “En supuestos de error (art. 14 Cp), la posible exención de responsabilidad penal no elimina la responsabilidad civil de quienes padeciéndolo, hayan ejecutado el hecho (art. 118, 2).”.

⁶⁰⁰Art. 14.1 del CP “El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal.”.

absuelve al autor del hecho por no ser constitutivo de delito, al no estar tipificado. Por tanto, en estos dos casos, o no se podrá someter a juicio al sujeto o si se le absuelve será por atipicidad de la conducta y si la conducta es atípica el daño no vendrá generado de un hecho tipificado como delito.

En ninguna de estas dos situaciones parece lógico que hablemos de responsabilidad civil derivada de un hecho tipificado como delito⁶⁰¹. Es decir, se puede producir un daño con la conducta, pero esa conducta, nunca está tipificada en el CP, como delito⁶⁰². Por ello, si el sujeto perjudicado, hubiese hecho reserva de la acción civil en el proceso penal, a la hora de interponer la demanda en la jurisdicción civil, no la podrá fundamentar en base al art. 118.2 del CP pues, al no producirse delito, es inaplicable el art. 1092 del CC; pero tampoco estará regulada esa responsabilidad civil de una forma especial en el CP⁶⁰³. Por ello, sostengo que el perjudicado deberá interponer la demanda de acuerdo con el art. 1902 o 1903 del CC de conformidad con lo establecido en el art. 1093 de CC, pero no en base al 1092 del CC pues no está regulada esta responsabilidad civil en el CP.

Por tanto el único concepto que abarca el art. 118.2 del CP es el error de prohibición invencible, el cual conllevará la absolución del acusado por exclusión de la responsabilidad criminal pero se presumirá su responsabilidad civil⁶⁰⁴. Aquí el

⁶⁰¹PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal*, p.399. En idéntico sentido: “La referencia al art. 14 CP de forma genérica no tiene una explicación razonable y debe ser aclarada. Dado que todo el precepto se refiere a causas de exclusión de la pena, podría aludir a tres grupos de casos: errores de tipo en delitos que no tipificado en forma imprudente en la parte especial; errores de tipo inevitables; o errores de prohibición inevitables. Es claro que los dos primeros grupos de casos citados no están comprendidos dentro de la previsión, pues, en sentido estricto, se trata de comportamientos atípicos en los que resulta imposible la imputación penal del comportamiento al autor. Por tanto, difícilmente puede dictarse una sentencia sobre responsabilidad civil, cuando el comportamiento no es típico desde el punto de vista del derecho penal.”.

⁶⁰²MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.615. En términos parecidos los cuales indican que: “(Error invencible de tipo) son los únicos en que subsiste la responsabilidad civil pese a no existir ilícito penal, lo que puede explicarse a partir del carácter predominantemente objetivo de la responsabilidad civil ex delicto, que permite mantenerla cuando sólo está ausente el componente subjetivo de la ilicitud penal.”.

⁶⁰³Art. 118.2 CP, pues estamos ante una norma procesal civil especial.

⁶⁰⁴PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal*, p.399. En idéntico sentido el cual sostiene: “que esta declaración del art. 118.2 CP se ha de considerar restringida al art. 14.3 CP cuando el error de prohibición es invencible,”. En cambio QUINTERO OLIVARES sostiene que el art. afecta al error invencible sin distinción si es de tipo o de prohibición. QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p.745. “es evidente que tan sólo se refiere a los casos de error invencible,”. Y, MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.925. De igual parecer pero haciendo la distinción que: “La responsabilidad civil que se hace recaer

error versará sobre la creencia errónea de que se actúa lícitamente; es decir, el sujeto cree que el hecho en sí no es antijurídico o, el sujeto cree que actúa al amparo de una causa de justificación, es decir, sabe que la conducta es antijurídica, pero cree que está justificada su actuación, por tanto cree que no actúa de forma antijurídica⁶⁰⁵.

En ambos casos, la conducta es antijurídica y, por tanto, si generan daño, surge responsabilidad civil, derivada de una conducta tipificada como delito. El perjudicado en el pleito penal, sólo puede reclamar contra el autor causante del daño en base al art. 118.2 del CP, pues el mismo establece un litisconsorcio pasivo necesario en el proceso. En cambio, el perjudicado, puede reclamar en la jurisdicción civil si se reserva la acción civil en el proceso penal contra el sujeto que crea la situación de error y contra el sujeto que provoca realmente el daño. El último, en base al 118.2 del CP y el que provoca el error, en base al 1902 y 1903 del CC, respondiendo cada uno por su cuota, que será el total del daño sufrido.

El problema es plantear si el responsable civil del procedimiento penal, es decir, el causante del daño puede o no puede reclamar, al sujeto que le ha llevado a la situación de error, en un pleito civil posterior. Es decir, si sólo el que ha sufrido el error, debe soportar el daño causado. Entiendo que el sujeto que incurre en el error puede reclamar al causante del error, si ese sujeto estaba en una posición que debía impedir que el sujeto actuase bajo error⁶⁰⁶. En el caso de que no existiera esa posición no prosperará la acción del sujeto, que bajo error de prohibición invencible provoca un daño mediante una conducta tipificada como delito a un tercero.

En el resto de conductas de error tipificadas en el art. 14 del CP como el sujeto será condenado penalmente este responderá también civilmente, pero en base al art.116 del CP⁶⁰⁷. Así, en el error de tipo vencible se entiende que la conducta

sobre el autor del hecho sólo puede ir referida a la responsabilidad de aquellos que actúen bajo error de tipo o error de prohibición invencibles (...).”

⁶⁰⁵PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal*, p.399. Del mismo parecer pero con distinta terminología al explicar el error de prohibición invencible. “cuando el error de prohibición es invencible, sea directo (creencia errónea de que realiza un comportamiento ilícito) o indirecto (creencia errónea de que se actúa al amparo de una causa de justificación).”.

⁶⁰⁶De acuerdo con el art. 1902 del CC. PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal*, p.399. También cree que es posible que el sujeto que sufre el error pueda reclamar así sostiene: “es posible que el error sea imputable a un tercero no responsable desde el punto de vista del derecho penal y, por tanto, que sea necesario un proceso civil para que el acusado a quien se imputa esta responsabilidad civil pueda ejercitar una acción de responsabilidad frente a quien puede ser responsable del error.”.

⁶⁰⁷MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.925. En idéntico sentido: “De ningún modo puede exigirse la responsabilidad civil al amparo del apartado 2 del art.

realizada, sólo puede ser castigada como imprudente, por tanto sólo si esa conducta está tipificada como imprudente en el CP responderá el sujeto penalmente y civilmente, pero en base al art. 116 del CP⁶⁰⁸. Y, en el error de prohibición vencible, también responderá el sujeto penalmente y civilmente pero en base al art. 116 del CP. Aquí, el legislador opta por penar siempre la conducta, rebajando uno o dos grados, la pena del sujeto⁶⁰⁹.

En el art. 119 CP se reitera la obligación al Tribunal de resolver la responsabilidad civil en los casos del art. 118 del CP⁶¹⁰; es una norma de obligado cumplimiento, salvo que se realice reserva de acciones por parte del perjudicado. De ahí que se pueda sostener que es una norma característica de nuestro proceso penal, pues recoge la idea de que en el proceso penal se debe resolver la cuestión penal y también la civil, salvo que la parte perjudicada se reserve la acción civil⁶¹¹. Por ello se puede decir que el art. 119 del CP es una consecuencia lógica de lo establecido en el art. 118 del mismo Código⁶¹².

En el art. 120 del CP el legislador continúa regulando la responsabilidad civil de carácter subsidiario, es decir, en defecto del responsable criminal y sólo en

118CP, sino bajo la cobertura de los art. 109 y 116 del CP en los supuestos de error de prohibición vencible (art. 14.3 in fine) y en los contenidos en el apartado 2. del art. 14 del CP.". QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.745. Del mismo parecer el cual sostiene que: "puesto que en los de error vencible la responsabilidad civil deriva de que habrá habido sentencia condenatoria, ya sea por delito imprudente, ya sea con una reducción de la pena."

⁶⁰⁸Art. 14.1CP "Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente."

⁶⁰⁹Art. 14.3CP "Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados."

⁶¹⁰CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "De la responsabilidad civil Tomo II", p.823. En idéntico sentido: "recuerda la obligación de que la sentencia, aunque sea absolutoria por la concurrencia de una causa de exención de la responsabilidad criminal, se pronuncie sobre la responsabilidad civil, conforme a los criterios del artículo anterior.". Y, QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.746. "recuerda a los Tribunales que la exención de responsabilidad criminal, conforme a lo dispuesto en el artículo 118Cp, no comporta la de la responsabilidad civil, que debe ser objeto expreso de la sentencia penal,".

⁶¹¹QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.746. Por ello indica: "que debe ser objeto expreso de la sentencia penal, puesto que puede ser también impugnada en el marco de ese mismo procedimiento.". Y, MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.926. sostiene que estamos ante: "un precepto superfluo y redundante, puesto que a idéntica conclusión lógica se llega a través de los arts.109, 115 y 116 del CP."

⁶¹²En idéntico sentido: MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.926. Y, QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.746.

determinadas circunstancias⁶¹³. La característica común en todas ellas es que sólo se ejecutará dicha responsabilidad civil cuando fuera imposible por parte del responsable criminal, de reparar el daño producido al perjudicado como consecuencia del hecho delictivo⁶¹⁴. Por lo tanto, en el caso que haya pluralidad de responsables criminales, responderán estos en primer lugar, pues de conformidad con el art. 116 del CP éstos responden de forma solidaria, y sólo cuando estos no puedan responder, el responsable subsidiario responderá, aunque únicamente por la cuota establecida al responsable criminal.

Igualmente sucederá cuando hay pluralidad de responsables civiles directos no responsables criminales. De conformidad con lo establecido en el art. 117 del CP, primero responden estos, pues la obligación es directa. Y sólo en el caso que las compañías aseguradoras no pudieran asumir esa reparación se ejecutaría esta responsabilidad civil subsidiaria, regulada en el art. 120 CP.

Y alcanzamos la misma solución cuando nos encontramos ante supuestos de responsabilidad civil regulados en el art. 118 CP; es decir, si hay responsabilidad civil directa, se ejecuta en primer término sobre esos responsables y por la cuota establecida, y sólo en defecto de estos se podría ejecutar esta responsabilidad subsidiaria, salvo que la obligación sea solidaria, caso en que se debe ejecutar ante todos los obligados de forma solidaria y directa, y luego respecto al responsable subsidiario por su cuota.

En este precepto, el legislador plasma de forma expresa la distinta jurisprudencia que había ido creándose por medio de una interpretación extensiva de los distintos criterios establecidos en el art. 22 del anterior CP, para que surgiera esta responsabilidad civil subsidiaria⁶¹⁵. En el precepto se regulan cinco situaciones en las cuales el legislador cree que debe surgir esta responsabilidad civil subsidiaria. En todas ellas, este tercer responsable civil subsidiario responde como consecuencia de una posición de garante respecto del autor del hecho punible⁶¹⁶.

⁶¹³MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.927. En términos semejantes sostiene que: "sólo deberán responder del pago de la responsabilidad civil en defecto del responsable penal, motivo por el cual se habla de que responden subsidiariamente".

⁶¹⁴MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.616. Por ello sostienen que: "existe un responsable penal que es el principal responsable civil, pero si no hace efectiva su responsabilidad, ésta recaerá sobre quien aparece como responsable subsidiario".

⁶¹⁵CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "De la responsabilidad civil Tomo II", p.824. De igual parecer indican al comentar este art. que: "especifica de modo detallado los diversos supuestos de los que puede derivarse responsabilidad civil subsidiaria, desarrollando en realidad los supuestos ya admitidos por la jurisprudencia".

⁶¹⁶MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", pp.927 y 928. De igual modo la cual sostiene que: "el fundamento de esta obligación del artículo 120, es responder

Así, en el primer apartado, el legislador indica que responderán de forma subsidiaria los padres o tutores, por los hechos realizados por mayores de 18 años que estén incapacitados, siempre que estos vivan en su compañía y que el hecho que han realizado, sea como consecuencia de que ellos han actuado con culpa o negligencia respecto del autor⁶¹⁷. El legislador presume que los padres y los tutores han actuado correctamente y, por ello, deberá ser el actor civil o acusador penal, el que deberá acreditar esa negligencia o culpa⁶¹⁸, a diferencia de lo que se sucede en el CC⁶¹⁹.

Por lo tanto, para que surja esta responsabilidad civil subsidiaria del tercero -es decir, de los padres o el tutor- el mayor de edad que comete el delito debe de vivir en su compañía estar incapacitado y ser responsable criminal. Y además, se requiere que el hecho típico y antijurídico que ha realizado y que ha generado el

por el hecho de otro, atendida una determinada posición de garante del mismo, frente ese sujeto responsable criminal, y el intentar resarcir al perjudicado a toda costa, en términos parecidos al Código civil en cuanto a la fundamentación de responder por el hecho de otro. Pero determinando en este artículo, unas posiciones nuevas y totalmente distintas a lo establecido en el Código civil. Aquí se habla de una responsabilidad subsidiaria posición que no existe en el Código civil e igual que sucedía en el artículo 118 del Código penal y a diferencia del Código civil artículo 1902 y 1903, en el artículo 120 apartado 1 y 3 no se presume la negligencia del responsable sino que el actor deberá probar esta culpa o negligencia del demandado.”.

⁶¹⁷QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,” p.747. En términos parecidos al comentar este apartado dice: “Designa a padres y tutores responsables subsidiarios por los <<daños y perjuicios ocasionados por delitos y faltas>> cometidos por mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela o que vivan en su compañía, pero siempre que haya intervenido por su parte culpa o negligencia, es decir, con el mismo criterio que se indica en el artículo 118.1.1ª,”. Es importante subrayar como indican MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.616. Que: “la responsabilidad civil subsidiaria del padre o tutor sólo tiene lugar si por su parte ha habido culpa o negligencia, esto es, lo que se conoce como culpa in vigilando.”.

⁶¹⁸MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.928. De igual parecer la cual indica que: “quien dirija la acción civil contra dichos responsables civiles subsidiarios deberá probar la culpa o negligencia, lo cual carece de sentido tratándose de una responsabilidad civil y no penal.”.

⁶¹⁹MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.929. Critica este apartado con la siguiente expresión : “hay que destacar que esta responsabilidad subsidiaria de los padres o tutores está sujeta a que por su parte haya habido culpa o negligencia, exigencia legal que excluye expresamente la posibilidad de objetivización por vía analógica a la que se refiere la jurisprudencia y reiterar la contradicción que supone (al igual que en el art 118 de CP) con la normativa civil que, por demás, declara la responsabilidad directa (art 1903 del CC) y en la que sin problema alguno podrían subsumirse, por analogía, supuestos como los contemplados en este apartado.”.

daño, debe ser consecuencia de una actitud negligente o culpable de los padres o el tutor⁶²⁰.

En el apartado segundo, el legislador, a diferencia que en el apartado anterior, establece una responsabilidad civil subsidiaria de carácter objetivo; es decir, sin necesidad de que el tercero incurra en culpa o negligencia⁶²¹. Así, se indica que serán responsables subsidiarios en defecto del responsable criminal las personas jurídicas o naturales que sean titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión, o de cualquier otro medio de difusión, ya sea esta escrita hablada o visual, de los delitos que se hayan cometido utilizando estos medios de los cuales son titulares. Indicándose de forma expresa que esta responsabilidad civil subsidiaria no surgirá nunca en los delitos de calumnia o de injurias⁶²². En estos casos, es necesario atender a lo indicado en el art. 212 del CP; es decir, serán responsables civiles solidarios con el responsable criminal⁶²³. Por lo

⁶²⁰CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "De la responsabilidad civil Tomo II", p.825. En términos muy parecidos: "sé está refiriendo este precepto a la responsabilidad civil de los padres y tutores por los hechos cometidos por sus hijos y pupilos, y con meridiana claridad exige varios requisitos para que proceda declarar su responsabilidad. Tales requisitos son: a) ha de tratarse de hechos cometidos por mayores de dieciocho años (...); b) han de estar sometidos a patria potestad o tutela (...); c) han de vivir en su compañía; y d) debe existir por su parte culpa o negligencia.". MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.929. De igual parecer indicando lo siguiente: "1. °) Que el autor del delito sea declarado penalmente responsable en sentencia condenatoria. 2. °) Que los padres tengan respecto al mayor de dieciocho años la patria potestad prorrogada (art. 171CC) o que los tutores ostenten su tutela legal, (...).3. °) Que el incapacitado viva en su compañía, que es precisamente lo que justifica esta pseudo posición de garante (...). 4. °) (...) la existencia de una relación de causalidad entre la comisión del delito o falta causante del daño por el incapaz y la culpa o negligencia de los padres y tutores."

⁶²¹MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.930. En este sentido la cual indica que: "debe entenderse que la responsabilidad de los mismos es objetiva.". Y del mismo parecer MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.617. "está establecida en términos mucho más objetivos: junto a las infracciones cometidas mediante los medios de comunicación (art. 120.2)".

⁶²²MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.929. En términos muy parecidos al comentar el apartado segundo del art. 120 CP la cual indica que: "responderán subsidiariamente, las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el art. 212 del CP."

⁶²³MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", pp.929 y 930. De igual parecer al comentar la salvedad. "En el art. 212 del CP se establece una previsión especial de solidaridad de la persona física o jurídica propietaria del medio a través del cual se haya

tanto, esta responsabilidad civil subsidiaria surge para cualquier delito que se haya realizado utilizando estos medios, salvo para la calumnia o la injuria⁶²⁴ y, con independencia de la actuación del titular del medio⁶²⁵.

En el apartado tercero, el legislador establece una responsabilidad civil subsidiaria al titular del establecimiento donde haya ocurrido un hecho delictivo, siempre que el mismo, se haya producido como consecuencia de una infracción de los reglamentos que debían haber observado los que dirigen o administran el establecimiento, o sus dependientes, o empleados⁶²⁶. Por lo tanto, se trata de responsabilidad civil subsidiaria de carácter subjetivo⁶²⁷; es decir, si no surge esta infracción de reglamento que provoca o permite la realización del hecho delictivo no puede

propagado la injuria o calumnia constitutiva de delito reguladas en los <<artículos anteriores >> con el autor del delito.”

⁶²⁴QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,” p.748. Así también indica que: “La responsabilidad que aquí se declara, por lo tanto, debe entenderse referida a delitos distintos de los de calumnia e injuria, pues estos últimos tienen un régimen especial.”

⁶²⁵QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,” p.748. En contra de esta objetividad a pesar de no negarla QUINTERO OLIVARES el cual sostiene: “que sería inadmisibles extender la responsabilidad subsidiaria a la empresa propietaria del medio, a pesar de que no haga mención expresa al presupuesto condicionante de que haya habido culpa o negligencia, como se hace en el número anterior.”. Cuando “el titular, aun obrando con la diligencia exigible, no haya podido evitar que alguien se aproveche del medio”.

⁶²⁶MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.930. “Se declara aquí la responsabilidad subsidiaria de los titulares de establecimientos cuando los delitos y faltas causantes de daño en ellos cometidos se hallen relacionados (hasta tal punto que en otro caso no se hubieren cometido) con una infracción de los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad por parte de directores, administradores, dependientes o empleados.”.

⁶²⁷MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.931. “Se responderá civilmente sólo cuando por parte de su director, administrador o empleados, se hubiere infringido un reglamento de policía o una disposición de la autoridad, esto es, las normas de actuación profesional en la actividad de que se trate. La infracción que podrá serlo por acción o por omisión, comprende la vulneración del deber general de observar el objetivo de cuidado, que alcanza a toda actividad de no causar daño a tercero (neminem laedere).” MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, pp.616 y 617. “cabe seguir entendiendo dicha infracción como expresiva de una actuación negligente, con lo que se evita un excesivo objetivismo de la responsabilidad civil en estos casos, sobre todo porque lo que contempla aquí son hechos punibles cometidos en el establecimiento y no por personas que en él trabajan.”. QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,” p.748, de idéntico parecer: “introduce una regla que obliga a la comprobación de que el hecho razonablemente no se habría cometido de haber cumplido con esas obligaciones de prevención reglamentariamente establecidas.”.

acordarse esa responsabilidad subsidiaria a la persona natural o jurídica titular del establecimiento donde se produce el hecho delictivo⁶²⁸.

En el apartado cuarto el legislador también establece que responderá, civilmente y de forma subsidiaria, la persona natural o jurídica que se dedique a cualquier género de industria o comercio cuando la persona responsable del hecho típico y antijurídico que ha causado un daño sea su empleado, dependiente, representante o gestor, y el hecho lo haya realizado como consecuencia del desempeño de sus obligaciones o servicios⁶²⁹. A diferencia del apartado anterior, se trata de una responsabilidad civil subsidiaria, de carácter objetivo⁶³⁰, pues la única exigencia que se establece en el apartado es que exista un vínculo entre el autor del hecho penal y el responsable subsidiario y que el delito cometido sea como consecuencia de sus obligaciones o de la actividad que realiza la empresa industria o comercio, ya que se refiere “a cualquier género de industria o comercio,”⁶³¹. Lo importante es quién comete el delito y no dónde se comete éste, a diferencia del apartado anterior⁶³².

⁶²⁸QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,” p.748. Del mismo parecer: “Que el delito cometido en el establecimiento o local de esas empresas, haya ido precedido de un negligente o nulo cumplimiento de los reglamentos de prevención (precisamente) de esa clase de riesgos.” MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.617. “la relación entre la infracción y el hecho punible cometido que se exige ahora es mucho más estrecha, puesto que deberá establecerse que, sin dicha infracción, el hecho no se hubiera cometido.” MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.931. En términos muy parecidos la cual indica que: “se trata, ni más ni menos, que de <<la infracción de reglamentos que provoca un delito>>, el cual <<debe ser consecuencia directa de la mencionada infracción>>.”

⁶²⁹MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.617. En idéntico sentido al comentar este apartado dicen que: “el art. 120.4º recoge el supuesto de empresas, industrias o comercios que son responsables civiles subsidiarios en el caso de hechos punibles cometidos por sus empleados, etc. <<en el desempeño de sus obligaciones o servicios>>.” MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.932. De igual parecer al comentar este apartado dice que: “las personas físicas o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio serán responsables civiles subsidiarios por los daños causados por la comisión de un delito o una falta por parte de sus empleados, dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.”

⁶³⁰MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.617. Son de la misma opinión los cuales indican que: “en los supuestos de personas naturales o jurídicas respecto de los hechos punibles de sus empleados, se establece una responsabilidad civil objetiva por la mera disposición de la fuente de riesgo.” Y del mismo parecer QUINTERO OLIVARES aunque para él el fundamento es en la presunta culpa “in eligendo”. QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,” p.748. “no existe condicionamiento adicional de que haya habido culpa o negligencia, puesto que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la presunta culpa <<in eligendo>>.”

⁶³¹QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,” p.748. En términos muy parecidos el cual sostiene: “que el delito se encuentre inscrito dentro del ejercicio normal o anormal

Finamente, en el último apartado del art. 120 del CP, el legislador establece una responsabilidad civil subsidiaria para el titular de un vehículo, susceptible de crear un riesgo a terceros, cuando el delito ha sido cometido en la utilización de estos, por personas autorizadas, dependientes o representantes del titular del vehículo⁶³³. Estamos nuevamente ante una responsabilidad subsidiaria de carácter objetivo; es decir, el titular responde por el mero hecho de ser titular de un vehículo que genera un riesgo, como consecuencia de su simple utilización⁶³⁴. Se debe indicar que el término “en la utilización de aquellos” impide que surja esta responsabilidad cuando el autor del hecho usa el vehículo como mero instrumento del hecho doloso⁶³⁵.

Además, en este supuesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece una presunción: se entiende que el titular del vehículo ha autorizado su utilización, salvo prueba en contrario, al tercero autor del hecho, típico, antijurídico y generador del daño⁶³⁶.

de las funciones encomendadas al infractor, además de reconocerse como necesaria la existencia de una relación jurídica o de hecho entre éste y el responsable civil subsidiario o cualquier otro vínculo que determine la dependencia del primero respecto del segundo;”.

⁶³²QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables”, p.748. Del mismo parecer el cual indica que: “se trata de un delito o falta cometido por sus empleados, que ese hecho se haya cometido en el marco de la actividad de la empresa, sus servicios, negocios actividades,”. MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.932. En términos muy parecidos la cual sostiene: “Que la infracción penal cometida por los sujetos determinados <<se halle inscrita en el ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor>>, es decir, <<perteneciendo a su ámbito de actuación>>.”.

⁶³³MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.933. En términos muy parecidos, la cual indica que: “el artículo establece la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de vehículos, susceptibles de crear riesgo para terceros, por los delito o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.”. Y, QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables”, p.749. El cual también indica esta responsabilidad civil subsidiaria, “de los propietarios de vehículos por los delitos o faltas cometidos en la utilización de los mismos por sus empleados o por personas autorizadas”.

⁶³⁴MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, pp.933 y 934. “Esta responsabilidad del titular, que es objetiva, surge en definitiva de la autorización explícita o tácita que para el uso del vehículo hace a favor de una tercera persona, la cual comete un delito o falta <<en la utilización>> de dicho vehículo.”.

⁶³⁵QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables”, p.749. Del mismo parecer el cual indica que: “<<en la utilización>>excluye a los hechos delictivos dolosos de cualquier especie en los que el vehículo haya sido instrumento,”.

⁶³⁶CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, p.827. En idéntico sentido los cuales indican que: “Existe una presunción de autorización siempre que alguien conduzca un vehículo de titularidad ajena, trasladándose al propietario la carga de

En el art. 121 CP el legislador introduce novedades respecto el anterior Código, en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado⁶³⁷. Se establece de forma expresa que el Estado y los demás entes públicos responderán de forma subsidiaria por los delitos culposos o dolosos que haya realizado su personal siempre que la lesión o el daño causado sea consecuencia directa del funcionamiento del servicio que tenían encomendado⁶³⁸. El precepto indica de forma expresa que el perjudicado podrá optar por exigir esta responsabilidad civil de carácter subsidiario dentro del proceso penal, o exigir dicha responsabilidad civil a la Administración mediante un proceso contencioso administrativo. Se debe indicar que, en este último caso, la responsabilidad civil será directa⁶³⁹, y que sea cual sea la solución por la que opte el perjudicado, se deberá evitar a toda costa que el perjudicado perciba una doble

acreditar la inexistencia de tal autorización (...) (Auto 14 julio 2000; Sentencia nº 5307/2002, 23 septiembre). MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.934. En idéntico sentido avalando dicha presunción, la cual sostiene que: "resulta justificada la presunción de autorización (salvo prueba en contrario) (...), puesto que quien posee un elemento cuyo uso constituye objetivamente una fuente de riesgo para bienes jurídicos ajenos, tiene el deber de tener dicha fuente de riesgo en todo momento bajo su control,". Añadiendo esta autora otra sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª a las anteriormente mencionadas "STS de 1 de abril de 2002".

⁶³⁷MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", pp.935 y 936. En este mismo sentido la cual indica que: "ofrece novedades (...) respecto de la anterior legislación:". (...) "la expresa mención a que la responsabilidad civil de la administración puede exigirse en el proceso penal o a través de un proceso contencioso administrativo," (...) "la no necesidad de que la lesión sea consecuencia exclusiva del funcionamiento de los servicios públicos que estuvieren confiados al responsable penal, determinando que aquélla debe ser consecuencia directa del mismo".

⁶³⁸CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "De la responsabilidad civil Tomo II", p.829. En términos parecidos: "la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás Entes públicos por los delitos dolosos y culposos cometidos por los funcionarios públicos (entre otros) <<siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuviesen encomendados>>". MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, *Derecho Penal parte general*, p.617. Los cuales al comentar este art. indican que: "contiene la regulación expresa de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por los empleados públicos que resulten sus responsables penales, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos."

⁶³⁹MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.936. En idénticos términos al diferenciar ambas responsabilidades: "lo es como una responsabilidad subsidiaria, siendo así que la vía administrativa es directa.". Y, criticando dicha diferencia QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.751. "Hubiera sido más solidario y, especialmente más respetuoso con los ciudadanos establecer una responsabilidad directa, sin perjuicio de la repetición de la Administración contra el funcionario responsable.". Estando totalmente de acuerdo con su crítica.

indemnización por un único hecho dañoso. De ahí que, además, el ejercicio de esta acción civil, ante una u otra jurisdicción, no impida la correspondiente acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos⁶⁴⁰.

En el caso de que el perjudicado opte por reclamar la responsabilidad civil en el proceso penal al empleado público, se exige que se dirija dicha acción de responsabilidad civil también contra la Administración -en este caso como responsable civil subsidiario- y, por lo tanto, en el último párrafo del precepto, se impone una norma civil de carácter obligatorio⁶⁴¹. En este sentido, como es una acción civil, si el perjudicado no ejercita dicha acción contra la Administración, entiendo que no puede declararse esa responsabilidad civil de carácter subsidiario, y que tampoco podrá ejercitar la misma posteriormente ante la jurisdicción contencioso administrativa por ese hecho concreto pues sostengo que esta duplicidad de acción no puede ser nunca un mecanismo de subsanar los errores cometidos en la otra jurisdicción⁶⁴².

El legislador opta, evidentemente, por objetivizar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado⁶⁴³, pues se exige sólo, que la persona responsable del hecho típico y

⁶⁴⁰MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.938. En idéntico sentido la cual sostiene que: "Esta responsabilidad no excluye la responsabilidad patrimonial de la administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, pero en ningún caso es posible la duplicidad indemnizatoria, para prevenir el enriquecimiento injusto.". QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.752. De igual parecer el cual indica que: "se brinda al ciudadano de acudir directa y simultáneamente a la reclamación en vía administrativa por funcionamiento anormal de los servicios públicos, siempre sin posibilidad de que se dé duplicidad indemnizatoria."

⁶⁴¹QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.752. "quien desee que se declare la responsabilidad subsidiaria de alguna Administración Pública debe, a la vez que dirige la acción civil contra el autor del hecho, dirigirla simultáneamente contra esa Administración.". MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.936. De igual parecer la cual también indica: "ésta debe ser llamada al mismo junto al presunto responsable penal."

⁶⁴²En contra de lo indicado MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN. MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN *Derecho Penal parte general*, p.618. Estos autores indican que: "Los supuestos en que no sea posible obtener un resarcimiento en un proceso penal deberán reconducirse a la exigencia de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, conforme a las normas de procedimiento administrativo (art. 121, primer párrafo)."

⁶⁴³MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.936. La cual indica que: "no se exige que la administración haya actuado con culpa o negligencia, con lo que objetivamente se abandona el antiguo título de imputación de la <<culpa in eligendo>> o <<in vigilando >>, claramente culpabilístico, y se aproxima a la responsabilidad por interposición del riesgo.". Y, QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables,", p.752. De igual parecer haciendo referencia a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado indica que: "el propio

antijurídico tenga un vínculo con la Administración⁶⁴⁴, ya sean autoridades, agentes, funcionarios o contratados; y que el delito doloso o culposo por el cual responden derive como consecuencia del servicio público que tenían confiado⁶⁴⁵.

En el art. 122 del CP, igual que en los Códigos anteriores, el legislador continua manteniendo en el proceso penal la facultad que tiene el perjudicado del delito de reclamar, y por lo tanto, de obligar al sujeto beneficiado de una conducta delictiva, a restituir o indemnizar al perjudicado, en función únicamente a su participación en lo beneficiado y sólo, cuando se den unas determinadas circunstancias en ese sujeto tercero obligado⁶⁴⁶. Por lo tanto, no estamos ante una responsabilidad civil en sentido estricto, sino ante una obligación que tiene su fundamento en evitar el enriquecimiento sin justa causa⁶⁴⁷. Sólo se podrá exigir esta obligación en el proceso

Consejo de Estado sentó doctrina de que la Administración pública debía responder por los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en todo caso, por razones estrictamente objetivas.”.

⁶⁴⁴MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.937. Del mismo parecer con la siguiente expresión: “Siempre que el responsable penal ostente la condición de autoridad, agente de la misma, funcionario público o personal contratado por la Administración en cuanto que aun faltando en ellos la condición de funcionario, participan en función pública.”. Y QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p.751. El cual indica que: “dispone la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones en delitos cometidos por un amplio espectro de personas ligadas a la Administración: autoridades, agentes, contratados, funcionarios, con tal de que el hecho sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados.”.

⁶⁴⁵MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.937. Del mismo parecer al indicar: “Que haya cometido el delito o falta en el ejercicio de su cargo o funciones y que el daño sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estaban encomendados.”. Y, QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, pp.750 y 751. El cual por todo ello indica que: “la responsabilidad de las Administraciones públicas pende de la demostración previa de que el responsable civil directo no ha cumplido la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.”.

⁶⁴⁶QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p.753. Por ello sostiene que: “de no existir la regla prevista en el artículo 122 (antes art108 CP/1973) las personas mencionadas no podrían ser obligadas a restituir, al menos no podrían serlo en el marco del proceso penal.”.

⁶⁴⁷MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.939. “se halla en el principio jurídico de prohibición de enriquecimiento injusto a costa de otros y en él se articula en puridad una acción (civil) de restitución o indemnización contra quien, sin haber intervenido en el delito como autor o partícipe, y sin cumplir, desde luego, el tipo penal de la receptación, se haya beneficiado de los efectos del delito o falta a título lucrativo.”. De igual parecer QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p753. El cual indica que: “los sujetos mencionados en este artículo 122 no son responsables civiles, aunque puedan ser compelidos a cumplir una obligación civil, cual es la de restituir.”.

penal cuando el sujeto desconozca de forma objetiva que esos bienes provienen de una actividad delictiva y que se haya beneficiado de ellos de forma gratuita, es decir, “a título lucrativo” pues, si se beneficia de estos bienes mediante precio o contraprestación no surge esta obligación⁶⁴⁸.

Por todo ello se dice que en realidad existe una traslación al proceso penal de una norma de carácter civil⁶⁴⁹, que la doctrina llama “receptación civil”⁶⁵⁰: si el sujeto sabe que el objeto proviene de una actividad delictiva existe un delito de

⁶⁴⁸Como dice QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p.753. “se dirige a las personas que hubieran participado por título lucrativo de los efectos de un delito o falta.”. CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, p.833. “se refiere al <<participo a título lucrativo>>, concepto que la doctrina y la jurisprudencia aplican exclusivamente al tercero, ajeno e ignorante de la comisión delictiva, que en virtud de una adquisición lucrativa, se enriquece a consecuencia del delito en detrimento del patrimonio del sujeto pasivo.”.

⁶⁴⁹De igual parecer QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p754. El cual indica: “se trata de una traslación del principio del derecho civil que declara la nulidad de los negocios cuando es ilícita la causa, concretamente cuando ha habido delito que afecte a una de las partes (art. 1305CC), en cuyo caso es obligada la restitución de los efectos del mismo, pues no hacerlo supondría amparar el enriquecimiento injusto.”. MAGALDI PATERNOSTRO, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos”, p.939. Para esta autora es muy ilustrativa la sentencia de 27 de marzo de 2009 Sala Segunda del Tribunal Supremo: la cual habla “de una <<obligación estrictamente civil que no tiene su origen en la participación en el delito sino en la existencia a favor del tercero de un beneficio a título gratuito derivado de los efectos del delito o falta; beneficio que tiene su origen en un negocio jurídico con causa ilícita, por lo que no cabe hablar propiamente de una responsabilidad ex delicto sino de aplicación de las normas jurídicas que disciplinan la nulidad de los contratos que cuando tienen una causa ilícita, producen determinados efectos en las partes que intervinieron en el negocio>>.”. Y por ello sostiene también que: “Quien se haya beneficiado a título lucrativo de los efectos de un delito o falta, debe ser llamado expresamente a juicio en tal condición jurídica procesal y el beneficio o lucro obtenido debe ser fehacientemente acreditado”. Indicando lo mismo QUINTERO OLIVARES, “De las personas civilmente responsables,”, p.753. El cual dice que lo único determinante es: “que se trate de productos generados por el delito, valorables y susceptibles de restitución (cosas) o de resarcimiento (el valor).”.

⁶⁵⁰CONDE-PUMPIDO TOURON y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “De la responsabilidad civil Tomo II”, p.834. “de la llamada receptación civil de aquel que no ha intervenido en el delito como autor o cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación pero que, sin embargo, puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los e efectos del delito, siempre que ese beneficio haya sido obtenido a virtud de un <<título lucrativo>> no bastando, pues, que una persona haya resultado beneficiada.”.

receptación, y, en ese caso, este tercero responde civilmente pero lo hace como consecuencia del delito y no de haberse enriquecido injustamente⁶⁵¹.

⁶⁵¹MAGALDI PATERNOSTRO, "De la responsabilidad civil derivada de los delitos", p.939. "El sujeto adquirente debe ignorar la existencia de la comisión del delito de la que provienen los efectos, puesto que de no ser así su conducta sería susceptible de integrar el crimen receptacionis y su responsabilidad civil derivaría en este caso del delito cometido en concepto de autor o cómplice y no de enriquecimiento injusto".

Conclusiones

Capítulo I

Primero: conclusiones respecto la legislación de menores y la responsabilidad civil.

1ª-El legislador ha pasado de incluir a los menores dentro del proceso penal de adultos a que estos abandonasen este y les ha creado una jurisdicción especial de carácter penal y un proceso específico para estos. Ante esta jurisdicción especial y este proceso específico al que eran sometidos los menores, la evolución de la responsabilidad civil no ha tenido un largo recorrido, a diferencia de las cuestiones penales y procesales. Pues, desde su inicio (1918) el legislador ha entendido que esta cuestión se debía resolver por las normas del CC y ante la jurisdicción civil, Incluso en la Ley del menor del año 1992 después de la Constitución.

Por lo tanto, hasta el año 2000, la responsabilidad civil en que pudieran incurrir estos menores se regulaba en el CC y se sustanciaba ante la jurisdicción civil. Sólo se aceptaban unas actuaciones limitadas de carácter civil, dentro del proceso penal especial al que estaban sometidos estos menores, encaminadas a la restitución de los bienes a sus legítimos propietarios cuando no había ninguna duda en que aquellos eran los propietarios verdaderos.

2ª- En el año 2000, con la promulgación de la LORPM, el legislador efectuó un giro copernicano e introdujo en esta jurisdicción un proceso específico para determinar la responsabilidad civil, y además definió quién estaba obligado a responder de esta responsabilidad civil de forma distinta a la regulada en el CC y también a la regulada en el CP.

En cuanto al proceso específico para determinar la responsabilidad civil, en un primer momento, el legislador estableció que era independiente y autónomo del proceso penal y, además, que su resolución no producía efectos de cosa juzgada. Por lo tanto, se establecía un novedoso proceso especial civil, sin ningún punto de conexión con la acción civil que permite el legislador en el proceso penal de adultos para resolver la responsabilidad civil.

3ª- En la actualidad, después de la reforma del año 2006, el legislador ha suprimido este proceso especial y ha optado por permitir que la responsabilidad civil se resuelva dentro del proceso penal especial de menores con idénticas premisas a las del proceso penal para adultos. Es decir, una acción civil que depende de la acción penal aunque con especificidades propias. Por ello, la LORPM indica de forma expresa que cuando esta acción penal cesa de forma anticipada o con sentencia absolutoria, no cabe hablar de responsabilidad civil en ese proceso, y que si la

misma surgiera, se debería plantear ante la jurisdicción civil y por las normas del CC. Por lo tanto se trata de una jurisdicción penal especial de menores y de una Ley Orgánica que regula un proceso de carácter penal especial, en el cual, se puede ejercitar también la acción civil para discutir la responsabilidad civil.

Las cuestiones esenciales a resolver, y que han sido en todo caso planteadas por el legislador penal:

3.1-¿Cuál es el objeto de la responsabilidad civil? En este caso derivada de un hecho realizado por un menor al cual se le debe aplicar la LORPM; la ley remite expresamente al CP: (Título V, Capítulo I en el art. 62 LORPM) y, por lo tanto, el objeto es idéntico; a ello me referiré en el siguiente apartado, referente a la normativa civil del CP

3.2-¿Quién debe asumir esta responsabilidad civil? Como se ha indicado, es la derivada de un hecho realizado por un menor al cual se le debe aplicar la LORPM. La ley diferencia dos tipos de sujetos responsables civiles en el proceso penal de menores: el sujeto penalmente imputable de conformidad con esa ley; y las terceras personas expresamente indicadas en la LORPM como sujetos que asumen esa responsabilidad civil. El legislador indica, de forma expresa en el art. 61 LORPM, que asumen esta responsabilidad civil siempre los menores responsables penales de acuerdo con la LORPM; y también traslada esta responsabilidad a terceras personas expresamente mencionadas en el art. 61 LORPM, que son: “los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden”. Por lo tanto el legislador permite trasladar esta responsabilidad civil a todos estos sujetos y, como consecuencia de todo ello, se llega a la conclusión de que los sujetos terceros que asumen la responsabilidad civil en la LORPM son distintos a los terceros mencionados en el CP. Además, de conformidad con lo establecido en el art. 63, el legislador permite también trasladar a la compañía aseguradora esta responsabilidad civil cuando esta hubiera asumido el riesgo de la conducta realizada por el menor. En términos parecidos al CP art. 117.

3.3-¿Cómo se debe asumir esta responsabilidad civil regulada en la LORPM? En el art. 61 LORPM, el legislador indica que está obligado a asumir esta responsabilidad civil, de forma directa, el menor responsable penalmente de conformidad con la LORPM y, junto con él, de forma solidaria, cualquiera de los terceros indicados por ese orden. Por lo tanto, parece claro que cualquiera de los terceros indicados en el art. 61 LORPM asume la responsabilidad civil de forma directa también junto con el menor.

La LORPM no regula de forma expresa de qué tipo de obligación se trata cuando hay pluralidad de autores menores, responsables civiles de conformidad con la LORPM; pero tampoco indica de forma expresa si existe o no la figura de la

responsabilidad civil subsidiaria. El legislador, en la Disposición Final primera de la ley, indica de forma expresa que se aplica de forma supletoria, en el aspecto sustantivo, el CP; y en el aspecto procesal, la LECr, en especial las normas del procedimiento abreviado. Como consecuencia de ello también cabrá aplicar de forma supletoria el CC y la LECiv. Por lo tanto, es preciso comprobar si estas cuestiones se regulan en el CP y si su regulación es contraria o no a lo establecido en la LORPM, pues la no regulación no significa a priori que se deba aplicar directamente el CP, sino que se aplicará cuando aquella no sea contraria a lo regulado propiamente en la LORPM. Ambas cuestiones, sin embargo, se deben resolver de forma unitaria, es decir: si las normas que regulan la responsabilidad civil en el CP y en la LORPM son de naturaleza civil o son de naturaleza penal; y, por lo tanto, si se aplica de forma subsidiaria el CP o se aplica de forma subsidiaria el CC.

3.4-¿Cuándo se puede resolver la responsabilidad civil “*ex delicto*” de acuerdo con el CP? En este caso cuándo se puede resolver la responsabilidad civil de acuerdo con la normativa de la LORPM. El legislador únicamente permite que se sustancie esta responsabilidad civil regulada en la LORPM en el proceso penal especial de menores cuando este finaliza mediante sentencia condenatoria. En el resto de circunstancias, el legislador de forma expresa indica que se resolverá dicha cuestión, la responsabilidad civil, por el CC y ante la jurisdicción civil. La ley distingue dos casos: una, cuando el perjudicado se hubiese reservado la acción civil para ejercitarla ante la jurisdicción civil, si se hubiera dictado sentencia condenatoria en el proceso penal especial de menores la resolución de responsabilidad civil planteada ante la jurisdicción civil se basará en la normativa regulada en el CC por así indicarlo expresamente el art. 61 primer párrafo LORPM; y cuando se dicta sentencia absolutoria o el proceso penal especial de menores finaliza de forma anticipada. En este último caso, el legislador sostiene de forma reiterada que en ese proceso no se sustanciará la responsabilidad civil. A diferencia de lo regulado en el CP, no se observa ninguna norma que exceptúe este principio; y, por lo tanto, en el caso que el perjudicado entendiera que debe plantearse esta cuestión, la misma se debería plantear ante la jurisdicción civil y de acuerdo con el CC, pero nunca en base a la LORPM.

3.5-¿Qué otras obligaciones de carácter civil se pueden plantear en el proceso penal de menores y quién debe soportarlas? De forma expresa, la LORPM establece tres obligaciones de carácter civil que se pueden ejercitar en el proceso penal especial de menores:

a)-La acción de restituir un bien cuando la misma se ejercita contra un tercero ajeno al proceso penal; es decir, contra aquél que no pueda ser responsable civil ni

responsable penal en base a la LORPM, siempre y cuando este tercero no haya adquirido el bien de forma irrevindicable.

b)-La obligación que debe asumir el tercero que se beneficia a título lucrativo de los efectos del hecho antijurídico, tipificado en el CP y realizado por un menor imputable de conformidad con LORPM, quien está obligado a restituir la cosa y a resarcir el daño hasta la cuantía de su participación. De otro modo, este tercero se beneficiaría de un hecho antijurídico tipificado en el CP y no surgiría para él la obligación de restituir el bien.

c)-La obligación que impone el art. 61 de la ley al tercero ajeno, pues el precepto indica que junto con él, refiriéndose al menor responsable de acuerdo con la LORPM, responden unos sujetos: los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho de forma solidaria pero, que el Juez podrá moderar esta obligación, siempre que estos terceros no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

Por lo tanto, esta última obligación, -que es solidaria y que viene determinada de una responsabilidad civil derivada de un hecho tipificado en el CP, antijurídico y cometido por un menor al cual se le aplica la LORPM y, que ha provocado un daño a un tercero.- se puede transformar en una obligación a responder siempre de una prestación concreta, pero no por el daño causado por el menor. Es una obligación totalmente novedosa, respecto las obligaciones de carácter civil reguladas en el CP, las cuales tienen como finalidad intentar restablecer al perjudicado a la situación anterior al hecho tipificado como delito y antijurídico y evitar que nadie se enriquezca o se empobrezca injustamente como consecuencia de un hecho antijurídico tipificado en el CP. Pero tampoco coincide con el propio concepto de responsabilidad civil que tiene como fin reparar el daño causado al perjudicado del hecho típico y antijurídico. Esta obligación nueva de carácter civil, que puede acordarse en la sentencia cuando se dan estas circunstancias, no obedece a ninguno de los dos fines explicados ni al fin de las obligaciones de carácter civil, que se adoptan como consecuencia de un hecho tipificado en el CP y antijurídico, ni como consecuencia de una responsabilidad civil.

Debe afirmarse que se trata de una obligación totalmente novedosa, en la que parece que el legislador intenta evitar un enriquecimiento injusto o un empobrecimiento injusto entre los distintos terceros obligados a responder de forma solidaria; la facultad del Juez pretende una solución equitativa entre las dos partes obligadas a responder y el perjudicado; pero con la expresión “podrá ser moderada”, de forma expresa se obliga a responder de algo siempre y, por lo tanto, de forma expresa permite el legislador un enriquecimiento o empobrecimiento injusto por ley

de estos terceros o del menor responsable. Por tanto, la norma no alcanza el fin pretendido.

Segundo: conclusiones respecto las normas civiles del CP.

1ª-Desde el CP del año 1822 hasta el actual Código de 1995, la responsabilidad civil derivada de un hecho, tipificado en el CP ha sido objeto de regulación en el CP. Desde un primer momento se ha aceptado que esta cuestión la responsabilidad civil “*ex delicto*” se podía resolver ante la jurisdicción penal y en un único proceso; la norma general era que esta cuestión sólo se podía resolver mediante sentencia en este proceso penal cuando el autor de hecho causante del daño resultaba condenado. Además, el legislador siempre ha permitido al perjudicado dañado por un hecho tipificado en el CP que podía optar por reclamar esta responsabilidad civil ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción penal. Por lo tanto aunque la regla era el ejercicio de una acción civil junto con la penal dentro de un único proceso, pero esta acción civil estaba subordinada a que se dictase sentencia condenatoria. Además, desde el primer CP del año 1822 existe una normativa especial de carácter civil que regula cómo se debe reparar al perjudicado que sufre un daño como consecuencia de una acción tipificada en el CP como delito o falta.

2ª-La inclusión de esta normativa en el CP penal siempre ha sido muy discutida, si bien en un primer momento, por cuestiones históricas, se aceptó, pues no existía aún CC. Pero desde la publicación de éste y hasta la actualidad, siempre ha existido esta normativa de carácter civil en el CP y ha regulado dicha institución con especificaciones propias respecto a la regulada en el CC, pese a que el objetivo es idéntico en ambas normas.

3ª-El fin de esta regulación en el CP penal siempre ha sido el mismo: reparar y restablecer al perjudicado del hecho delictivo a la misma situación anterior a su perpetración. El legislador siempre ha permitido la posibilidad de hacerlo en un único proceso penal y ha establecido para ello unas normas específicas de carácter procesal que, si bien se encuentran en el CP, regulan situaciones de carácter civil.

4ª-Todos los Códigos penales han regulado las siguientes cuestiones: cuál era el objeto de la responsabilidad civil derivada de un hecho tipificado en el CP; quién debe asumir esta responsabilidad civil derivada de un tipificado en el CP; cómo se debía asumir la responsabilidad civil; cuándo se podía resolver dicha cuestión la responsabilidad civil “*ex delicto*” de acuerdo con la normativa del CP; y qué otras obligaciones de carácter civil se podían plantear en el proceso penal y quién debía soportarlas.

4.1 En cuanto al objeto de la responsabilidad civil, el legislador siempre ha indicado lo mismo, desde el Código de 1822 hasta la última reforma del CP de 1995 Ley Orgánica 1 /2015. El objeto de la responsabilidad civil regulada en el CP consiste en reparar al perjudicado por el daño que se le ha causado con un hecho tipificado en el CP; es decir, se intenta restablecer al perjudicado a la situación anterior al momento de la acción causante del daño. Desde el código de 1822 en el art. 93 que esto se podía hacer mediante la restitución libre de lo robado o sustraído, o mediante la reparación de lo dañado destruido o alterado, siempre que se pueda verificar, fue éste el planteamiento. Actualmente, el legislador indica, en el art. 110 del CP, que la responsabilidad civil consistirá en: restituir el bien al perjudicado, repararle por el daño que se le haya causado e indemnizarlo de los perjuicios materiales y morales que haya sufrido. En estos momentos es pacífica la idea de que estas tres formas de intentar restablecer la situación al momento anterior al hecho pueden ser objeto de discusión en un único proceso penal de forma acumulativa y no excluyente. Además en la actualidad se entiende que la acción delictiva puede comportar un daño no sólo material sino también moral y que la única manera de resarcir al perjudicado moral es con este concepto de indemnización. No obstante, esto sucede únicamente cuando estos perjuicios morales se puedan acreditar; y la acreditación es difícil para el perjudicado en el proceso. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido indicando, de forma pacífica, que determinados delitos llevan siempre aparejado un daño moral, y que si bien no se puede determinar económicamente ese daño moral, se debe de intentar la reparación a ese perjudicado por medio de un equivalente, es decir, mediante la indemnización. Este mismo criterio ha sido seguido por la Ley 35/2015 que aprueba el nuevo Baremo de indemnización por accidente de tráfico.

Por lo tanto se puede sostener que el objetivo de la acción civil dentro del proceso penal sigue el principio "*res sic estantibus*" y que este objetivo es el que ha marcado la evolución histórica de la responsabilidad civil en todos los Código penales estudiados. En todo caso, se amplía la responsabilidad civil a terceros, indicando de forma expresa obligaciones de carácter solidario y regulando una responsabilidad civil subsidiaria, en la que se obliga a intervenir a terceros sujetos dentro del proceso penal.

4.2 En cuanto a quién debe asumir esta responsabilidad civil derivada de un hecho tipificado en el CP, los Códigos penales han diferenciado siempre tres tipos de personas que pueden asumir la responsabilidad civil en base su a normativa: los imputables penalmente que han resultado condenados; los inimputables absueltos en el proceso penal, expresamente indicados en el CP como responsables civiles; y aquellos terceros que expresamente también se mencionan en el CP como responsables civiles.

a) En cuanto al absuelto, expresamente indicado en el CP, son: el ebrio o intoxicado plenamente; quien actúa bajo miedo insuperable; y los inimputables penalmente, por sufrir una alteración psíquica desde el nacimiento o en el momento de los hechos que le impide actuar conforme a la capacidad cognoscitiva y volitiva media; y además, desde el año 1983 el que resulta absuelto por haber actuado bajo error inevitable.

b) En cuanto a las terceras personas indicadas expresamente en el CP. son: el causante del miedo; los que ejercen la potestad y los que tengan la guarda legal o de hecho, de los inimputables penalmente, por sufrir una alteración psíquica desde el nacimiento o en el momento de los hechos que le impide actuar conforme a la capacidad cognoscitiva y volitiva media.

4.3- En cuanto a cómo se debía asumir esta responsabilidad civil, en todos los Códigos penales se ha regulado desde un primer momento una forma específica de cómo se debe asumir esta responsabilidad civil: es la llamada responsabilidad civil subsidiaria, en contraposición a la responsabilidad civil directa, que asume en un primer momento el responsable civil de cualquier hecho tipificado en el CP. Esta responsabilidad civil subsidiaria obedece al interés que tiene el legislador que el perjudicado por un hecho tipificado en el CP y antijurídico sea resarcido en el mayor número de casos. Y sólo surge en defecto de la responsabilidad civil directa

Además, el legislador ha distinguido y distingue de forma clara, en los Códigos penales, dos tipos de responsabilidad civil subsidiaria: una de carácter objetivo, y otra de carácter subjetivo. La responsabilidad subsidiaria de carácter subjetivo únicamente amplía al tercero su obligación de responder, aunque sólo en unas determinadas circunstancias, dependiendo de su actuación. La responsabilidad subsidiaria de carácter objetivo amplía al tercero su obligación de responder con independencia de su actuación. Por otro lado, para responder como se debe asumir esta responsabilidad civil, debe plantearse si la responsabilidad civil regulada en el CP es una obligación de carácter mancomunada o solidaria, cuando hay una pluralidad de sujetos responsables. En este aspecto, lo importante es que el legislador de forma reiterada ha ido indicando que estamos ante una obligación de carácter civil y si bien en un principio se indicó que esta obligación era de carácter mancomunado (Código de 1822, 1848 y reforma de 1850), parece claro que en realidad existía un error, pues en aquellos Códigos siempre se indicaba que el obligado mancomunado tenía derecho a repetir. Por ello, se sostiene que, por el contexto de los propios preceptos donde se regulaba la responsabilidad civil, se podía entender que, en realidad, se trataba de obligaciones de carácter solidario, aunque se corrigió esta denominación en el CP de 1870, y así permanece hasta nuestros días.

Otra cosa bien distinta y aquí lo lógico de todos los Códigos penales estudiados es que cada uno de los responsables penales responda por su cuota y que esta deba ser determinada por un Juez. En realidad, cada autor debe responder por su parte, es decir, por el daño que él causa, y entre ellos, el legislador establece la solidaridad para no perjudicar más si cabe al dañado por el delito. Es claro que, causar un perjuicio, al estar ante obligaciones de naturaleza civil, si no se indica de forma expresa su solidaridad en el CP, el CC entiende que nos encontramos ante obligaciones mancomunadas y por lo tanto se le estaría provocando un perjuicio al sujeto que sufre el delito, pues en la obligación mancomunada cada uno responde sólo por su cuota ante el perjudicado. Por lo tanto se puede sostener que esta obligación solidaria que impone el legislador de forma expresa en los Códigos penales y que concede en realidad la facultad de repetir contra el otro, obedece a dos principios fundamentales: uno, garantizar al perjudicado de una forma más elevada su posibilidad de ser resarcido; y otro, -que no es cuestión baladí- evitar que el autor de los hechos delictivos se enriquezca como consecuencia de ello. De ese modo se evita el enriquecimiento o el empobrecimiento injusto entre ambos autores pues cada uno puede repetir al otro por la cuota pagada que no le correspondía.

En este mismo sentido y por este mismo principio, el legislador en la reforma del CP del año 2010 indicaba que la responsabilidad civil que surge como consecuencia de un hecho tipificado en el CP y antijurídico era de carácter solidario cuando respondían por ese mismo hecho una persona física y una persona jurídica y, se entendió, sin perjuicio que el Juez imponga la cuota que estime conveniente a cada uno de los condenados en función de su actuación en el hecho delictivo. A ello se añade que, ante obligaciones de carácter solidario, existe el derecho a repetición contra el sujeto que no ha pagado por su cuota. Por lo tanto, cuando el legislador en el CP indica que si hay una pluralidad de autores responderá cada uno por su cuota, lo que hace es indicar que ese autor sólo responde de lo que ha hecho. Y luego, al añadir la solidaridad, intenta ampliar a éstos la obligación; es decir, el perjudicado tiene el derecho de reclamar a todos los autores el total del daño que él ha sufrido y finalmente amplía más las posibilidades del perjudicado declarando la subsidiariedad, pues amplía esta obligación a terceros ajenos no obligados por esa cuota.

4.4 En cuanto al presupuesto de resolución de la responsabilidad civil “*ex delicto*” de acuerdo con la normativa regulada en el CP, el legislador, en todos los Códigos, ha sostenido dos casos para que se pueda resolver la responsabilidad civil en base a la normativa del CP: siempre cuando el proceso penal finaliza con sentencia condenatoria; y, excepcionalmente, cuando el proceso penal finaliza con sentencia absolutoria en determinadas circunstancias.

4.4.1 Además, el legislador ha diferenciado siempre entre la jurisdicción civil y la jurisdicción penal, permitiendo siempre al perjudicado que optara ante cuál de las dos jurisdicciones quería reclamar la responsabilidad civil. En los códigos penales se ha indicado siempre que el derecho de reserva lo tiene el perjudicado, pero que si no lo ejercita expresamente, se entiende que la acción civil se ejercita con la acción penal en el mismo proceso penal, siempre que concurrieran las circunstancias para que esta surja; es decir, que se haya producido un daño a un tercero o se deban restituir objetos como consecuencia de la acción tipificada en el CP y antijurídica. Por ello, debemos diferenciar dos grupos de casos: cuando el perjudicado no se reserve la acción civil para ejercitarla ante la jurisdicción civil, la sentencia penal resolverá la responsabilidad civil de acuerdo con la normativa regulada en el CP; cuando el perjudicado se reserva la acción civil para ejercitarla ante la jurisdicción civil, lo que no significa que no se deba aplicar la normativa de carácter civil regulada en el CP, sino que, en ese caso, el perjudicado deberá instar esa responsabilidad civil ante la jurisdicción civil con las normas procesales civiles, pero que en cuanto a las normas sustantivas debería sustanciarse de acuerdo con las expresamente reguladas en el CP. En este caso, de reserva de acción civil, el perjudicado puede exigir la responsabilidad civil a más personas, de conformidad con lo establecido en el CC, pero sólo cuando dicha normativa no sea contraria a la anterior, es decir, se aplicará el CC de forma supletoria. En aquello que no esté regulado en el CP y no sea contrario a lo establecido en este.

De este modo, se sostiene que, con independencia de la jurisdicción donde instemos la responsabilidad civil -ante la jurisdicción penal o ante la jurisdicción civil- las normas del CP sólo se aplicarán si antes se ha dictado una resolución condenatoria por delito, en virtud de la última reforma del CP, LO 1/2015; y, anteriormente a esta, en virtud de sentencia condenatoria por delito o falta.

4.4.2- De forma excepcional, el legislador ha regulado que, en determinadas circunstancias, si la persona juzgada es absuelta en el proceso penal, esta absolución no impedirá que se resuelva la cuestión civil en el proceso penal y en base a la normativa del CP; si en estas circunstancias, el perjudicado hubiese realizado la reserva de acción civil, sí se planteara la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil, aunque también se resolvería por las normas del CP. Los grupos de casos son los siguientes: cuando el sujeto es absuelto por ser inimputable penalmente, por sufrir una alteración psíquica desde el nacimiento o en el momento de los hechos que le impide actuar conforme a la capacidad cognoscitiva y volitiva media; cuando el sujeto es absuelto por ser inimputable por estar bajo los efectos del alcohol o las drogas; cuando se absuelve al sujeto por haber actuado en estado de necesidad; cuando se absuelve al sujeto por haber actuado bajo miedo

insuperable; y, finalmente, cuando el sujeto es absuelto por haber actuado bajo error inevitable desde la Reforma del año 1983. En todas ellas, pese a que cada una ha tenido una evolución en nuestros códigos penales pero siempre el legislador ha optado por dos soluciones: bien responde igualmente civilmente la persona absuelta; o bien responde otra persona civilmente. En estos casos también es unánime la doctrina y la jurisprudencia en indicar que, a veces, estamos hablando de responsabilidad civil, en sentido estricto y en otras ocasiones, de obligación de responder civilmente, como es el caso del estado de necesidad. La diferencia es que, en la responsabilidad civil, el obligado responde siempre por todo el daño y en la obligación de responder se puede no responder por todo el daño que sufre el perjudicado; es decir, se responde por otras circunstancias.

4.4.2.A) Cuando el sujeto es absuelto por ser inimputable al padecer una alteración psíquica pese a que ha ido evolucionando en los distintos códigos, pero se puede sostener que, atendido cuál es el objetivo de esta regulación de la responsabilidad civil en los códigos penales la misma ha sido lógica: se ha pasado de que la responsabilidad civil recaer sobre ellos de forma subsidiaria, y responden unos terceros en determinadas circunstancias de forma directa, (CP 1822), a que, responden éstos civilmente de forma directa y junto con ellos, terceras personas también de forma directa, siempre y cuando se den unas circunstancias (CP 1995). Además, existe una responsabilidad civil subsidiaria de terceras personas, y se admite inclusive que pueda responder una compañía de seguros de forma directa, siempre que tuviera cubierto ese riesgo. Por lo tanto, actualmente se admite de forma amplia la participación de terceros en el proceso penal para resolver la responsabilidad civil, derivada de hechos causados por estos inimputables penales, con el objetivo de resarcir al dañado por la acción. En todas estas circunstancias que responden estos terceros siempre se está hablando de responsabilidad civil; es decir, se responde por todo el daño causado al perjudicado.

4.4.2.B) Cuando el sujeto es absuelto por ser inimputable por estar bajo los efectos del alcohol o las drogas: en todos los códigos se indicó que la responsabilidad civil la asumirá el sujeto absuelto de forma directa y ésta es la regla vigente.

4.4.2.C) Cuando se absuelve al sujeto por haber actuado en estado de necesidad, en todos los códigos se indica que responderá la persona que se haya beneficiado de dicha circunstancia y por la cuantía que se haya beneficiado. Por lo tanto, parece claro que no se trata de una responsabilidad civil, en sentido estricto, sino de una norma de carácter civil que impone la obligación de responder a un sujeto determinado por la ley penal, independientemente que sea o no el autor material de la acción típica y antijurídica.

4.4.2. D) Cuando se absuelve al sujeto por haber actuado bajo miedo insuperable, el legislador siempre ha optado en favor de que el sujeto que está obligado a asumir esta responsabilidad civil es el sujeto que ha creado el miedo de forma directa y, en su defecto, de forma subsidiaria, el autor del hecho absuelto. Por lo tanto, se traslada esta responsabilidad civil a un tercero y, en su defecto, al sujeto que realiza la acción típica antijurídica que produce el daño y ha resultado absuelto.

4.4.2.E) Cuando el sujeto es absuelto por haber actuado bajo error, desde la Reforma del año 1983 el legislador indica que deberá asumir el absuelto esta responsabilidad civil cuando surja; es decir, estamos ante una responsabilidad civil directa del sujeto que ha causado un daño por haber realizado un acto típico y antijurídico pero que ha resultado absuelto por haber actuado bajo error.

4.4.3. En todos los otros casos, es claro que la responsabilidad civil se resolverá de acuerdo con lo establecido en el CC; es decir, que en todos aquellos casos de finalización anticipada de un proceso penal sin sentencia firme condenatoria o aquellos que finalizan con sentencia absolutoria, la responsabilidad civil que hubiera surgido se sustancia de acuerdo con lo establecido en el CC, pero nunca en base a lo establecido en el CP.

5- En cuanto a qué otras obligaciones de carácter civil se podían plantear en el proceso penal y quién debía soportarlas, en los códigos penales se ha regulado unas obligaciones de carácter civil, derivadas todas de encontrarnos ante un hecho típico regulado en el CP y antijurídico. Estas obligaciones son de carácter procesal y de carácter sustantivo; y, según entiendo, son de naturaleza civil, a pesar de estar reguladas en el CP. La gran diferencia entre estas obligaciones y la responsabilidad civil en sentido estricto obedece a que, en esta última, el sujeto que responde debe asumir todo el daño que genera la acción tipificada en el CP y antijurídica; sin embargo, estas obligaciones de carácter civil que impone el CP a determinadas personas, persiguen como finalidad restituir al perjudicado al momento anterior al hecho delictivo y que, como consecuencia de ello, nadie se beneficie ni quede perjudicado por el hecho delictivo. Estas obligaciones afectan siempre a terceros que no están obligados a asumir la responsabilidad civil. Ni en el proceso penal ni en el proceso civil y su obligación surge por indicarlo expresamente el CP.

En este sentido, es una constante en la regulación penal histórica la obligación, que tiene el beneficiado a título lucrativo de los efectos de un delito, de restituir la cosa y de resarcir el daño hasta la cuantía de su participación. Por lo tanto, en estos casos este tercero no asume una responsabilidad civil pues el tercero no responde por todo el daño que ha sufrido el perjudicado sino sólo de lo que se ha beneficiado él.

También en todos los códigos penales, en los casos de estado de necesidad, el legislador indica que el obligado directo a responder civilmente es la persona en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se le haya evitado. Es decir, el obligado a responder civilmente no responde por el daño que ha sufrido un tercero, sino como consecuencia de evitar que alguien se beneficie de un hecho antijurídico.

Y finalmente, restan todos aquellos casos en que la obligación de restituir un bien afecta a sujetos que no son sujetos pasivos de la acción penal ni posibles demandados como responsables civiles de conformidad con lo establecido en el CP: todos los códigos penales permiten esta obligación de carácter civil siempre y cuando se den unos requisitos en el tercero obligado; es decir, que sea llamado al proceso y, con respecto al bien, que éste no lo haya adquirido de forma irrevindicable.

Capítulo II.

LA RESPUESTA DEL CC ANTE HECHOS COMETIDOS POR MENORES.

Capítulo II.

Introducción.

Como en el capítulo anterior se ha concluido, que en la legislación de menores hasta el año 2000 el legislador optó por solucionar el problema de la responsabilidad civil causada por un menor de edad de acuerdo con lo establecido en el CC y ante la jurisdicción civil salvo, que se tratase de un caso en el que al menor se le pudiese aplicar el CP. Sólo con la reforma del año 2000, se ha introducido de forma específica en una ley cómo y dónde se debe solventar el problema de la responsabilidad civil causada por un menor en unas circunstancias especiales.

Se ha de analizar ahora cuáles son los elementos y fundamentos de la responsabilidad civil en el CC, pues en dicha norma el legislador regula cómo se debe solventar el problema de la responsabilidad civil y, por tanto, también cuando esta ha sido causada por un menor de 18 años. Tal y como se indicó en el Capítulo I, era precisamente el reenvío al derecho civil y al Juez civil la técnica que había escogido el legislador. La idea ahora es analizar, de un lado, si el fundamento de la responsabilidad civil varía al encontrarse regulada en tres normas diferentes: CC, CP, LORPM, y que, a su vez, son de naturalezas distintas: normas de naturaleza civil y normas de naturaleza penal. Y, de otro lado, comprobar si los elementos necesarios para que surja la responsabilidad civil y el objeto de la misma varían entre las distintas regulaciones debiendo analizar por ello en este momento cuáles son los elementos de la responsabilidad civil en el CC.

Para ello, como paso previo diferenciaré, por una parte, la responsabilidad contractual de la extracontractual, lo que permite acotar el objeto de estudio, que es la responsabilidad civil extracontractual; de otro, abordaré cuál ha sido la idea y la evolución de los conceptos de la culpa y el riesgo en nuestro CC. La indagación sobre estos dos conceptos, la culpa y el riesgo, y su posicionamiento en nuestro CC, permitirá proponer una solución ante las distintas normas que regulan cómo se debe resolver un daño causado por un menor: LORPM, CP y CC. Es decir, asienta las bases para afrontar la relación entre las distintas leyes, y la coordinación o subordinación de conceptos regulados en los preceptos de las mismas, ya sean éstos diferentes o semejantes.

De otra parte, se analiza cuáles son los elementos fundamentales que exige el CC para que surja responsabilidad civil, pues no cualquier daño da lugar a responsabilidad civil, ni cualquier obligación a responder es responsabilidad civil. Por ello, el análisis afecta al daño, la causalidad y al criterio de imputación que adopta el legislador en el CC respecto al menor analizando los preceptos 1902 y 1903 CC. La

determinación de estos elementos y su estudio permitirá también percibir si estos tienen una trascendencia específica en una conducta realizada por un menor.

En realidad, el criterio de imputación -culpa o riesgo- afecta e incide en la responsabilidad civil que se puede atribuir a un menor y si esta puede o no ser trasladada a un tercero. Por ello, una vez abordado todo lo anterior, se profundiza en la culpabilidad y capacidad de culpa de un menor, pues como consecuencia de ella se responde civilmente por el daño causado. Además, se analiza la responsabilidad civil por el hecho ajeno regulada en el art. 1903 CC. Pues es en este precepto donde el legislador de forma expresa regula el objeto de nuestro estudio: quién debe responder por el daño causado por un menor de 18 años, admitiendo ya, -todos los elementos analizados- para que surja responsabilidad civil.

El precepto abarca dos dimensiones: de un lado, quién debe asumir la responsabilidad civil de sujetos menores de 18 años en determinadas circunstancias; y, de otro, quién debe asumir la responsabilidad civil de unos sujetos concretos determinados por unas circunstancias especiales en la norma con independencia de la edad. Y, como el legislador regula y establece soluciones diferentes en función de las circunstancias personales del causante del daño -es decir, de acuerdo con la relación de jerarquía respecto de los terceros mencionados en el precepto en el momento de producirse el daño- se examina también: la responsabilidad de los padres, tutores, del empresario por los hechos de sus dependientes y de los titulares de los centros docentes.

Por este motivo -se buscan soluciones diferentes en función de las circunstancias personales del causante del daño- es trascendente abordar cuál es el fundamento de esta responsabilidad -responsabilidad por hecho ajeno- en cada una de estas circunstancias: qué sujetos son responsables y ante qué circunstancias responden; y como consecuencia de todo ello, cómo responden, es decir, cuál es el carácter de la obligación cuando hay pluralidad de sujetos obligados a resolver la responsabilidad civil.

Finalmente, se ha de abordar, como consecuencia del capítulo primero y de todo este capítulo, de qué modo la edad menor y su capacidad de culpa afectan a la responsabilidad civil, independientemente de donde se encuentre regulada ésta. Por lo tanto, en esta última parte del capítulo se estudiará la edad en el CC, en el CP y en la LORPM y su relación con la capacidad de culpa; por lo tanto, con la obligación a responder civilmente un menor por su propia conducta o por la de otros. Se ha de ver que el legislador utiliza y afronta, con distintos criterios, idénticos conceptos, -capacidad de culpa civil- en función de donde se resuelve la responsabilidad civil. Y diferencia la capacidad de culpa civil y, por lo tanto, la obligación de responder, de un lado, en función de si se trata de una conducta tipificada como delito; de otro, en

función de las edades; y, finalmente, como consecuencia de la norma que se debe aplicar para resolver la cuestión. Y todo ello, a pesar de que en estas leyes, CC, CP y LORPM se aborda lo mismo: quién debe reparar el daño causado por un menor de 18 años y cuándo el perjudicado debe soportar ese daño.

Toda esta convergencia de normas que regulan la responsabilidad civil de un menor de 18 años provoca tensiones como veremos en el último capítulo. Y obliga que adopte un posicionamiento respecto los preceptos estudiados y analizados en este capítulo, -fundamentalmente los que afectan a la capacidad de culpa civil- los arts. 1902 y 1903 del CC.

II. LA RESPUESTA DEL CC ANTE HECHOS COMETIDOS POR MENORES.

2.1. Aspectos fundamentales.

2.1.1. *La responsabilidad civil extracontractual.*

2.1.1.1. *Introducción: aspectos generales.*

a) *Breve análisis histórico.*

Debemos partir del hecho que el CC se publicó en el año 1889 y, que durante su vigencia la sociedad ha ido evolucionando. Tres épocas se diferencian de forma clara: la sociedad pre industrial; sociedad industrial y desarrollo de la misma, y los últimos diez años. Este último periodo nos servirá para diferenciar la evolución jurisprudencial.

1- Sociedad pre industrial básicamente se rige por el principio de ninguna responsabilidad sin culpa⁶⁵².

Atendido que la sociedad pre industrial y precapitalista tenía una economía basada en la mera subsistencia. Sus estructuras de producción eran simples y poco mecanizadas. Casi toda la actividad productiva era de fácil control. Además nos encontramos ante una sociedad bastante estática. No había mucha movilidad. En esta época se producían pocos daños, no muy graves en general y muy pocos quedaban sin reparar. Pues lo más probable es que el daño se hubiese causado como consecuencia de una negligencia de fácil prueba, dada la sencillez del tipo de producción. Y, su autoría era fácil de determinar atendida que la producción era artesanal. De esta forma se puede decir que en aquella época se reparaban casi todos los daños que se causaban. Coincide con la publicación del CC y el mismo da respuesta al problema que generan los daños en la sociedad con el principio indicado⁶⁵³.

2- Sociedad industrial y desarrollo de la misma.

⁶⁵²José María PENA LÓPEZ. "La responsabilidad civil extracontractual. El sistema español de derecho de daños", en Director José María PENA LÓPEZ: *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, 2004, p.15 y ss., p.26.

⁶⁵³PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", p.27.

Es con la sociedad industrial cuando empiezan a contemplarse supuestos de responsabilidad objetiva. Atendido que se produce una mecanización de la sociedad y una producción en cadena.

Luego con la evolución económica y social que comportó aquella sociedad industrial, se pasa a la máxima de la búsqueda de la multiplicación del capital y el beneficio a ultranza. Es decir producir y distribuir de forma masiva e incesante, por lo tanto, máxima mecanización y rapidez en el funcionamiento de las máquinas, en los transportes, así como la búsqueda y utilización de energías más potentes y peligrosas.

Como consecuencia de esto, el derecho de daños que imperaba en esa época era incapaz de dar respuesta a estas nuevas situaciones y, no se podía producir la reparación del daño causado en base al principio de culpa. Atendida la complejidad del proceso productivo, no se podía probar la culpa, o la persona, que en principio pudiera considerarse culpable. E inclusive, si se podía determinar el culpable, en no pocas ocasiones él mismo no podía reparar el daño causado, atendida su insolvencia⁶⁵⁴.

Y es en esta época cuando los supuestos de responsabilidad objetiva se multiplican y el criterio de responsabilidad subjetiva codificado se reinterpreta en clave objetiva por la doctrina y la jurisprudencia a través de criterios de imputación pseudosubjetivos tales como: la presunción de culpa, el agotamiento de la diligencia exigible o, el de sustitución de criterio de la culpa, por el del riesgo, sin base legal alguna.

3- Los últimos diez años. Es decir, desde inicios del siglo XXI vuelve a surgir la idea de que la culpa es necesaria.

b) Fundamentos.

La finalidad y la función de las normas reguladoras de la responsabilidad civil es solucionar los problemas que plantean la producción de daños en la vida social⁶⁵⁵. Y lo hace, estableciendo unas normas en las cuales se establece, cómo se debe distribuir o repartir, entre los patrimonios de los distintos miembros de la sociedad,

⁶⁵⁴PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", p.27.

⁶⁵⁵En el mismo sentido Maita M^a NAVEIRA ZARRA "El evento dañoso", en Director José María PENA LÓPEZ, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, 2004, pp.41 y ss, p.41. "la función de esta institución consiste (...) en reparar el daño causado por el incumplimiento del deber que incumbe a todos los miembros de la comunidad de no dañar los intereses de los demás que gocen de protección jurídica".

ese daño y basándose única y exclusivamente en el vínculo genérico que establece la ley de no causar daños⁶⁵⁶.

La finalidad objetiva y última del llamado derecho de daños, no puede ser otra que la puramente reparadora. En este sentido Pena López indica que la reacción del derecho civil no puede ir más allá de la reparación o compensación del daño causado por el infractor o sus causahabientes, y que esta, debe ser siempre integral, independientemente de la culpa de su causante, y del bien jurídico dañado⁶⁵⁷. Sostiene por ello que la responsabilidad civil es un reparto de daños, entre la víctima de ellos y sus autores, socialmente aceptables, que propicie la libertad de acción, a través del principio de culpa⁶⁵⁸.

Por esa razón, la función meramente reparadora de la responsabilidad civil no puede inclinarnos a no considerarla también como una sanción⁶⁵⁹.

Pues, la obligación de reparar el daño causado que se establece en los arts. 1902 y concordantes del CC es una obligación constitutiva de una sanción porque deriva del art. 1089 del CC y de conformidad con el mismo, de un acto ilícito, es decir un acto constitutivo de infracción o contravención de un deber, que como tal presupone la existencia de ésta y que no es otro que el deber general de respetar los intereses protegidos o las situaciones protegidas por el ordenamiento jurídico.

⁶⁵⁶PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", p.16. En el mismo sentido. "la finalidad de la responsabilidad civil extracontractual entendida como institución, es la de fijar la distribución o el reparto de daños ocasionados en la vida social, cuando, entre causante y víctima, se hace abstracción de cualquier otra relación que no sea la generada por el llamado deber de *neminem laedere*, cuyos polos subjetivos están indeterminados, porque el deber que constituye su contenido, al igual que grava a todos los ciudadanos, está concebido en favor de la protección de todos los intereses jurídicamente protegidos de cualquier ciudadano."

⁶⁵⁷PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", p.21. "la reacción del derecho civil no va más allá de la reparación o compensación del daño por el infractor o sus causahabientes, que deberá ser siempre integral, cualquiera que sea la entidad de la culpa de su causante, y la del bien jurídico dañado -salvo contadísimas excepciones-, o, incluso, en los supuestos de responsabilidad objetiva, aunque no haya culpa alguna de su parte." Y en términos parecidos Encarna ROCA TRÍAS, "La responsabilidad civil extracontractual", En: Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, Valencia, 2011, p.17 y ss., p.23. "hay que tener en cuenta que el propósito del art 1902CC es únicamente, la reparación del daño causado (...). Por tanto, la finalidad que se busca con la responsabilidad civil es la compensatoria o resarcitoria,".

⁶⁵⁸PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", p.32. "el fundamento de la culpa, en los Códigos Civiles decimonónicos, y por lo tanto en el nuestro, radica, a nuestro juicio, básicamente, en producir un reparto de daños, entre la víctima de ellos y sus autores, socialmente aceptables, que propicie la libertad de acción, a través del principio de culpa."

⁶⁵⁹ROCA TRÍAS, "La responsabilidad civil extracontractual", p.22. "Función sancionadora. De una conducta contraria a la norma general que obliga a no dañar a nadie. Función sancionadora."

Para Pena López la obligación de reparar el daño es una sanción⁶⁶⁰, porque tiene su fuente en un acto ilícito, y presupone el requisito de la antijuricidad, que en el ámbito del derecho civil, es la lesión de un interés jurídicamente protegido. “el deber de no dañar” que nuestro derecho lo considera digno de protección⁶⁶¹.

También se habla por ello es decir -función sancionadora- que el derecho de daños tiene una función disuasoria o preventiva⁶⁶². Pese a que se puede sostener que el derecho de daños tiene una función sancionadora y como consecuencia de ello otorgarle la función disuasoria o preventiva. No puede nunca atribuirse al derecho de daños una función punitiva⁶⁶³. La sanción civil nunca puede entenderse en sentido estricto como una pena. La sanción civil es la reparación y, por tanto, la restauración de la situación existente antes del hecho que origina la responsabilidad por ello, en la perspectiva del perjudicado constituye un límite que podría poner en tela de juicio si se trata o no de una sanción. La sanción civil no puede ser entendida como un castigo penal.

En cuanto a las fuentes de la responsabilidad civil la ley prevé que el origen de las obligaciones puede encontrarse en la ley, en los contratos y cuasi contratos y en actos y omisiones ilícitos con culpa o negligencia (art. 1089CC).

Es obvio que las obligaciones que nacen directamente de la ley y que no se presumen (art. 1090CC) quedan fuera del interés que ahora afecta, al menos en principio. El problema es cuando el menor genera, con un acto, responsabilidad.

Interesan, por si son de relevancia en el caso, las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia y que se regulan en el CC arts. 1902 a 1910.

Dentro de las obligaciones extracontractuales, nuestro legislador diferencia si la obligación civil surge de un delito o de una falta, indicando que ésta se regirá por el CP, del resto de obligaciones extracontractuales, que se regirán, como bien se

⁶⁶⁰PENA LÓPEZ, “La responsabilidad civil extracontractual.”, p.22.

⁶⁶¹PENA LÓPEZ, “La responsabilidad civil extracontractual.”, pp.24 y 25. Dice: “La institución de la responsabilidad civil tiene como función determinar el reparto y distribución de los daños, el primer criterio que utiliza para determinar si los daños se quedan a cargo de la víctima o de sus autores es el criterio de la antijuricidad. Si el acto no es antijurídico, (...) los daños los soporta el que los sufre; si por el contrario, el daño es antijurídico, lo soportara el causante, en todo caso, en los supuestos de responsabilidad objetiva y, mediando también culpa en el ámbito de la responsabilidad subjetiva.”.

⁶⁶²BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, pp.143 y 145. ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, pp.22 y 23.

⁶⁶³ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.24. “Lo que sí debe eliminarse en nuestro sistema es la denominada función punitiva de la responsabilidad civil, que en otros ordenamientos funciona para castigar un daño concreto, cuando el demandado actuó de forma dolosa.”.

indica en el art.1090, por lo establecido en el CC o en las leyes especiales y en el caso que en las leyes especiales no se estableciera, por las disposiciones del presente Libro. Se debe indicar que cuando se dice presente Libro es el Libro IV del CC que lleva como título De las obligaciones y contratos y que el mismo abarca del art. 1088 al 1976 del CC.

Hasta ahora se ha visto que en la legislación de menores esta tendencia era relevante, esto es, que el problema se resuelva en tribunales civiles con normas civiles.

Por lo tanto se puede decir que “la responsabilidad se origina por el daño que ocasiona el incumplimiento de los contratos, por una parte y el daño ocasionado por una acción u omisión negligente o culposa, por otra.”⁶⁶⁴.

2.1.1.2. Distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

Las obligaciones extracontractuales surgen por el mero hecho de la producción del daño en las condiciones que la ley prevé.

La responsabilidad contractual surge como consecuencia del incumplimiento del contrato (art. 1101 del CC).

La responsabilidad extracontractual, también llamada aquiliana, se origina en la infracción del deber general respecto a cualquier interés jurídicamente protegido, mientras que la contractual nace con la infracción de deberes individuales y específicos.

La fuente de obligación en el contrato es la voluntad de las partes. En la responsabilidad extracontractual, la fuente se encuentra en el hecho ilícito, art. 1902 CC⁶⁶⁵.

Es el daño, originado por el incumplimiento del contrato, lo que genera la responsabilidad contractual. En la extracontractual, no existe ese deber específico, aunque sí un deber genérico contenido en la regla “*alterum non laedere*”.

El interés lesionado con la responsabilidad contractual es el derecho de crédito y lo que se protege con el incumplimiento del contrato es ese interés. En cambio en la

⁶⁶⁴Encarna ROCA TRÍAS “Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual”, en: Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, Valencia, 2011, p.45 y ss., p.45.

⁶⁶⁵ROCA TRÍAS “Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual”, pp.46 y 47.

responsabilidad extracontractual lo que se busca es la indemnidad del que ha sufrido daño⁶⁶⁶.

Estas diferencias entre las obligaciones conllevan además unos efectos.

Para celebrar un contrato se requiere capacidad para contratar.

El contrato celebrado por un menor o un incapaz puede anularse. En cambio cualquier persona puede generar una obligación extracontractual.

Los obligados conjuntamente, en obligaciones contractuales, responden ante el deudor de forma mancomunada. Art. 1137 CC. Mientras que en las extracontractuales se responde de forma solidaria⁶⁶⁷.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, a veces, habla de la “solidaridad impropia” u “obligación *in solidum*” la misma no deriva de la naturaleza de la obligación sino que es un mecanismo para garantizar que la víctima del daño no sea no resarcida. Se aplica la misma cuando no se puede determinar quién es el autor concreto del daño, o en caso de insolvencia de alguno de los intervinientes, en la causación del daño.

El criterio de imputación es distinto. El dolo o la culpa afecta de distinta forma en la obligación contractual. Se diferencia su alcance en los arts. 1102 y 1103 del CC.

En la obligación extracontractual, no se establece ninguna diferencia, en si el daño ha sido causado por dolo, o negligencia, a efectos de indemnizar.

En las obligaciones contractuales sólo se responde por dolo o culpa.

En las obligaciones extracontractuales, se puede llegar a responder, sin culpa, en aquellos supuestos en que la ley atribuye la denominada responsabilidad objetiva⁶⁶⁸.

En las obligaciones contractuales sólo es resarcible el daño emergente y el lucro cesante, art. 1106 del CC. Mientras que en la responsabilidad extracontractual debe resarcirse el daño efectivamente sufrido sin limitación⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ROCA TRÍAS “Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual”, p.47.

⁶⁶⁷ROCA TRÍAS “Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual”, p.47. Y, Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, “Obligación jurídica de reparar el daño”, en: Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, Valencia, 2011, pp.223 y ss., p.226. Si bien ambas autoras sostienen esta nomenclatura. Parece más preciso sostener que se está ante una obligación mancomunada simple o mancomunada solidaria para luego poder diferenciar una “obligación *in solidum*”. O, solidaridad impropia.

⁶⁶⁸ROCA TRÍAS “Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual”, p.48.

⁶⁶⁹ROCA TRÍAS “Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual”, p.48.

En la responsabilidad extracontractual se responde por hecho propio y a veces por hechos de terceros, de cuya conducta la ley les hace responsables ya sea de forma directa o subsidiaria, en función de lo establecido en la ley, es el caso de los distintos supuestos establecidos en el art. 1903 del CC y de los arts. 120 y 121 del CP. En la responsabilidad contractual, no se responde por el hecho ajeno, se responde por el hecho propio que ha dado lugar a que un tercero impida que se cumpla el contrato⁶⁷⁰.

La prescripción de la acción también es distinta: la derivada del incumplimiento contractual tienen un plazo de 15 años (art. 1964 del CC).

La acción prescribe en la responsabilidad extracontractual en el plazo de un año desde que lo supo el perjudicado (art. 1968.2 del CC).⁶⁷¹

Por lo tanto, la naturaleza de la acción ya sea contractual o extracontractual, tiene unos efectos procesales. Y, por eso es tan importante diferenciar si el daño es consecuencia del contrato, o consecuencia de la obligación de no dañar. Se debe indicar que en responsabilidad contractual siempre existe una relación previa anterior a la causación del daño. Y, en la extracontractual el daño surge como consecuencia de la obligación de no dañar genérico, pero no como consecuencia de una relación contractual previa.

Cuando no se puede delimitar de una forma clara ante qué tipo de obligación estamos si ante una obligación de carácter contractual o extracontractual se plantea un problema, pues si estamos ante un concurso de acciones el titular puede optar por una acción o por otra pero, una vez optado no se puede modificar la naturaleza de la acción. O si por el contrario estamos ante un concurso de normas de forma que el mismo supuesto de hecho está subsumido en una u otra norma hay una única acción y el Juez en base al principio "*iura novit curia*" seleccionará qué norma quiere aplicar⁶⁷².

La solución adoptada por el Tribunal Supremo es que hay una única culpa pero dos fuentes que generan la obligación de responder cuando se produce un daño. No porque estemos ante un contrato estamos ante un daño producido por un incumplimiento contractual, y el estar ante ese contrato, no impide que pueda surgir

⁶⁷⁰ROCA TRÍAS "Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual", p.48.

⁶⁷¹PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", p.18. "los plazos de prescripción de una y otra responsabilidad son substancialmente diferentes (15 años en la contractual, 1 año en la sedicente responsabilidad extracontractual);". ROCA TRÍAS "Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual", p.48.

⁶⁷²ROCA TRÍAS "Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual", p.50.

la obligación de responder del daño causado, como consecuencia de una obligación extracontractual, es más, una obligación no excluye a la otra⁶⁷³. En contra Pena López el cual sostiene que la responsabilidad contractual y la extracontractual no pueden solaparse, de modo que donde termina la responsabilidad contractual empieza la extracontractual sin posibilidad por tanto, de concurso entre ellas a diferencia de lo que sostiene el Tribunal Supremo⁶⁷⁴.

2.1.1.3. *Culpa y riesgo.*

a) *Derecho general versus derecho especial.*

La existencia de dos sistemas de imputación para establecer la responsabilidad civil: el basado en la culpa y, el ajeno a esta, plantea problemas a la hora de trazar fronteras y delimitar los campos de actuación de cada uno de los principios de imputación. Las diversas opciones doctrinales se pueden sintetizar de esta forma: de un lado, se parte del principio monocéntrico. El constituido por la culpa, o por la mera causación del daño, para considerar su contrario como una excepción. Se afirma de este modo que la responsabilidad objetiva es excepcional respecto a la responsabilidad subjetiva defienden esta tesis De Cupis, Lacruz, Albadalejo, Diez-Picazo, Santos Briz, o el contrario, que la excepción está constituida por la subjetiva en este sentido Rodota, Prosser Calabresi. De tal modo, que una u otra responsabilidad, se encuentra en una relación de subordinación⁶⁷⁵.

Del otro, se parte de un principio policéntrico, y, no existe una relación de principio versus excepción, sino que imperan distintos principios en una relación de coordinación. Y entre quienes pueden agruparse aquí, unos entienden que estos principios son equivalentes, y por lo tanto los consideran en plano de igualdad; y

⁶⁷³ROCA TRIAS "Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual", p.57. En el mismo sentido la Sentencia de 22 de diciembre de 2008 Recurso de Casación nº 3992/2001 Ponente Juan Antonio XIOL RIOS "Criterio de unidad de culpa civil" Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre del 2010 Recurso de Casación nº 1029/2004 ponente D José Antonio SEIJAS QUINTANA p.59.

⁶⁷⁴PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", pp.18 y 19. En este sentido PENA LÓPEZ p.18. Y en contra la jurisprudencia del Tribunal Supremo p.19 "entiende el TS que se puede aplicar tanto el régimen jurídico atinente a la responsabilidad extracontractual como el concerniente a la contractual, porque, en estos casos, se produce un concurso de pretensiones, con el consiguiente derecho de opción entre una u otra, a favor del demandante; o por entender, con base en una sedicente <<unidad de la culpa civil>> que la pretensión es única, de normas, con la correspondiente potestad por parte del tribunal de aplicar las que estime procedentes."

⁶⁷⁵PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", p.35.

otros consideran que son polivalentes y conceden un valor distinto a cada uno de ellos⁶⁷⁶.

Dentro de los policéntricos equivalentes encontramos las teorías de Unger, Hesser, Barassi y Josserrand, para quienes los principios limitativos estarían constituidos por el de la culpa y el del riesgo creado, o la más moderna de Trimarchi para quien la responsabilidad objetiva imperaría en el ámbito empresarial como medio más eficiente para la sociedad desde el punto de vista económico; y en particular las actividades, que él denomina biológicas, estarían presididas por el principio de culpa atendido que son aquellas que se realizan al margen de la empresa, y por ello, no se presume esa eficacia organizativa⁶⁷⁷.

Dentro de los policéntricos polivalentes estaría situada la tesis de Busnelli en Italia o de Le Tourneau en Francia, que, sin establecer el criterio de -regla/excepción- dotan al principio de culpa de un ámbito operativo indefinido o universal, con vocación de ser aplicado a cualquier supuesto, salvo disposición en contrario⁶⁷⁸. Por ello, Busnelli la denomina "*regola finale*" y Le Tourneau indica que es "*d'application universelle*"⁶⁷⁹. Y, sostienen, por esta expansividad del principio de culpa, que opera como supletorio y complementario en todo el campo de la responsabilidad civil por ser el criterio de cierre de todo el sistema de la responsabilidad civil extracontractual.

En realidad, esta expansividad del principio de culpa no es incompatible con entender también como derecho normal supuestos que estén animados por otros principios -criterio objetivo-, y como tales susceptibles de interpretación extensiva y analógica, aunque carezcan de la fuerza expansiva del principio de culpa⁶⁸⁰.

Del análisis de las anteriores doctrinas en relación con nuestro derecho positivo se puede sostener que nuestro sistema de responsabilidad civil tiene una cláusula general, art. 1902 del CC, la cual, por su propia característica, es de aplicación supletoria cuando el resto de criterios de imputación no sean aplicables, es decir, tanto el regulado bajo un sistema de imputación objetivo como el regulado bajo un sistema de imputación subjetivo en última instancia se les aplicará de forma supletoria el art. 1902 del CC. Y se sostiene que ambos sistemas de imputación, el basado en la culpa o el ajeno a esta, son derecho normal o, derecho general es decir, susceptibles de ser aplicados de forma analógica y subsidiaria a la hora de

⁶⁷⁶PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", p.35.

⁶⁷⁷PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", p.36.

⁶⁷⁸PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", p.36.

⁶⁷⁹PENA LÓPEZ, "La responsabilidad civil extracontractual.", p.36.

⁶⁸⁰Fernando PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación". Director José María PENA LÓPEZ En: *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, 2004, pp.101 y ss., p.104.

informar un sistema de responsabilidad civil -objetivo o subjetivo- regulado en una ley especial.

En este mismo sentido Pena López indica que la relación de derecho normal versus derecho excepcional, insita en las teorías monocéntricas, se ha convertido en derecho general versus derecho especial. Y sostiene que por esta razón, todos los supuestos que por aplicación directa o por analogía no encuentran acogida dentro del derecho especial, serán informados en última instancia por el principio de la culpa⁶⁸¹.

b) La culpa en la jurisprudencia.

El principio de “ninguna responsabilidad sin culpa” es la cláusula general del sistema de responsabilidad civil español y presidió nuestro ordenamiento durante una buena parte del siglo XIX.

En nuestro sistema jurídico, la regla básica de imputación es “la culpa”. Y la misma se encuentra regulada en el art. 1902 del CC con la siguiente cláusula general “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado.” Por eso, la obligación de reparar el daño, surge de la culpa. Y siempre se exige que el daño sufrido provenga de una conducta culposa o negligente del demandado.

Es cierto que como consecuencia de esta cláusula genérica la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha ido evolucionando desde el año 1889 hasta ahora. En un primer momento, el sistema se basaba en la culpa -periodo pre industrial- luego, en el periodo de la sociedad industrial y desarrollo de la misma, casi se abandona el criterio de culpa. Se llegó a producir lo que se ha calificado como, la presunción de culpa del autor del daño⁶⁸². Finalmente, en el siglo XXI en los últimos 10 años,

⁶⁸¹PENA LÓPEZ, “La responsabilidad civil extracontractual.”, pp. 36 y 37. Y sostiene que: “Nuestro derecho positivo, (...) permite recibir esta última tesis porque el principio de culpa, operativo en un ámbito subjetivo, fáctico y de intereses protegidos, indefinido o universal, por los términos que se asientan en el artículo 1902 del C.C; tiene además, el radio de acción, subjetivo, material y territorial, universal, correspondiente al Derecho común por antonomasia, que le concede el artículo 4.3 del C.C; por lo que no se contrae sólo al campo del Derecho civil, sino que se extiende al laboral, al empresarial y al de la administración. Principio, que, como fundado en la libertad, tiene además una base constitucional”. Y en términos parecidos también PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, pp.104 y 105.

⁶⁸²ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.26. “los criterios que se utilizaron para lograr este acercamiento a la responsabilidad de tipo objetivo fueron a) la inversión de la carga de la prueba b) elevación del nivel de diligencia o juicio de previsibilidad c) la introducción del criterio del riesgo.”.

resurge la idea que la culpa es necesaria y, que no siempre se debe aplicar la teoría del riesgo. En este sentido, la Sentencia de 26 de septiembre de 2005 del TS (Sala 1ª) indicaba que: “para la aplicabilidad de la teoría del riesgo, a los daños producidos por una conducta humana, es preciso que los mismos sean producidos por una actividad peligrosa, aplicándose esta doctrina del riesgo, por esta Sala, con un sentido limitativo (fuera de los supuestos legalmente prevenidos) no a todas las actividades de la vida, sino sólo, a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal, en relación con los estándares medios”.

b.1) La interpretación de la culpa.

Las reglas sobre responsabilidad civil fundadas en la culpa o en la negligencia del dañador no fueron capaces de dar respuesta a las transformaciones sociales cambios tecnológicos y económicos que sucedieron a finales del siglo XIX y comienzos de XX⁶⁸³. Y permitían que gran cantidad de supuestos quedaran sin reparación alguna para la víctima, ya que muchas negligencias quedaban difuminadas o diluidas en las cadenas de producción o en los fallos fortuitos de los ingenios mecánicos.

Ante dicha situación, el legislador promulgó leyes especiales que consagraban la responsabilidad objetiva y la doctrina reaccionó planteando reformas teóricas y estructurales del sistema de responsabilidad civil, las anteriormente explicadas⁶⁸⁴. La jurisprudencia española también reaccionó, interpretó el derecho codificado de daños de una forma progresiva: era un intento de evitar injusticias. Así, en los años 40, del siglo XX, elaboró una tesis hermenéutica en torno a la responsabilidad civil de los arts. 1902 y siguientes del CC con el objetivo de desculpabilizar el sistema en la medida de lo posible. Esto es lo que se ha venido llamando como “interpretación objetivadora de la jurisprudencia” o lo que la propia jurisprudencia denomina “teoría del riesgo”⁶⁸⁵. Fue un loable intento de conseguir soluciones equitativas y justas,

⁶⁸³PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.125.

⁶⁸⁴Apartado 2.1.1.3. a) del estudio. Derecho general versus derecho especial.

⁶⁸⁵Es especialmente interesante la obra del profesor Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987. Así como la sentencia del TS Sala 1ª de 5 septiembre 2007. ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.25. En este sentido. Indican que dicha sentencia resume la evolución por la que ha pasado nuestra jurisprudencia.

aunque en la actualidad, puede ser discutible en el marco del derecho español de daños⁶⁸⁶.

En todo caso los medios jurídicos que ha usado el Tribunal Supremo para configurar su tesis objetivadora son tanto de naturaleza procesal como sustantiva⁶⁸⁷: en una perspectiva procesal, la jurisprudencia ha tratado de facilitar al demandante la prueba de la culpa con todos los medios a su alcance, y en particular, usando presunciones judiciales, en la forma que prevé hoy el art. 386 de la LECiv. El Juez, a partir de un hecho probado puede: presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto, existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano⁶⁸⁸.

Esta idea en la responsabilidad extracontractual -que es el aspecto de interés en este momento- implica, en realidad, una inversión de la carga de la prueba⁶⁸⁹. En efecto, al demandante le es suficiente con probar la existencia de daño y su relación de causalidad con la acción u omisión del demandado a la que atribuye el daño; probado esto, y con una presunción judicial de culpa, el demandado es quien ha de demostrar ante el Juez que la culpa no existió.

El fundamento de la inversión de la carga de la prueba es diverso. Para unos autores como Albadalejo García sostienen que es una cuestión de sentido común. Que quien debe probar la autoría es del demandante, pero no la culpa y, es por ello,

⁶⁸⁶PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.126. Y, en términos parecidos BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.210.

⁶⁸⁷ROCA TRÍAS, "La responsabilidad civil extracontractual", p.25. De igual parecer la cual remarca la sentencia del TS Sala 1ª de 30 de diciembre de 1995 por lo siguiente: "en principio no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todo lo que la jurisprudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa del agente, así como la aplicación; dentro de unas prudentes pautas de la responsabilidad basada en el riesgo.". PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", pp.126 y 127. "La interpretación jurisprudencial del sistema de responsabilidad subjetivo establecido con carácter de Derecho común en el Código Civil a lo largo del siglo XX fue progresivamente desplazando la trascendencia de la culpa del sistema, aproximándolo cada vez más, al menos en sus efectos, a un sistema de responsabilidad objetivo.". Y, BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, pp.211 a 213.

⁶⁸⁸PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.127.

⁶⁸⁹ROCA TRÍAS, "La responsabilidad civil extracontractual", p.26. De igual parecer remarca la sentencia del Tribunal Supremo Sala1ª de 10/7/1943.Y, PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", pp.127 y128. BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.211.

que el presunto autor debe acreditar su no culpa⁶⁹⁰. Para otros, Diez-Picazo, su fundamento está en el criterio del riesgo⁶⁹¹. De manera que, quien saca provecho o beneficio por determinadas actividades, debe asumir el riesgo que comportan. Por ello, ante la causación de un daño debían probar que actuaron con la diligencia correspondiente⁶⁹². Como sostienen varias sentencias del Tribunal Supremo: el criterio del riesgo no objetiviza de forma automática la responsabilidad. Sólo invierte la carga de la prueba. SSTs (Sala 1ª) de 22 de enero de 1996, 7 de abril de 1997 y 22 de mayo del mismo año. Por lo tanto esta idea sólo implicaba una corrección al criterio subjetivo del art. 1902 del CC⁶⁹³. Son más recientes y sostienen la misma idea las SSTs (Sala 1ª) de cinco de noviembre de 2004 y la de 17 de junio de 2003⁶⁹⁴.

Desde el punto de vista sustantivo, el Tribunal Supremo ha efectuado cada vez más, una interpretación muy difusa acerca de la diligencia exigible en cada supuesto, para evitar que, de esta forma, y en los casos complicados, el demandado se pueda evadir de la condena. La finalidad de este concepto difuso de la diligencia exigible es justificar la culpabilidad del demandado de forma muy estricta y amoldarla a las dificultades de cada caso concreto⁶⁹⁵.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha hecho uso frecuente del art. 1104 del CC para justificar una apreciación de culpa, pues el precepto, permite atender las circunstancias caso por caso; y de este modo, casi siempre se aprecia culpa, pues dicho precepto exige en la conducta del sujeto la utilización de todos los medios “que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso.”⁶⁹⁶.

⁶⁹⁰Manuel ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, Onceava edición. Edit. Bosch, Barcelona 2002, p.942.

⁶⁹¹Luis DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre jurisprudencia civil*, Vol 1º. Segunda edición. Edit. Tecnos Madrid, 1973, pp.27 y ss.

⁶⁹²ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.27. Del mismo parecer y sostiene que: “se aplicaban así los criterios cuius commodum eius incommodum, o ubi emolumentum, ibi onus.”.

⁶⁹³ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.27. STS (Sala 1ª) de 18 de marzo de 1999.

⁶⁹⁴La inversión de la carga de la prueba no significa que la responsabilidad se funde en el mero riesgo, o que no sea posible, cuando se acredita el actuar diligente, una sentencia absolutoria.

⁶⁹⁵En idéntico sentido PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.128. “todos ellos tienen en común el objetivo de justificar una culpabilidad muy estricta para con los demandados y moldeable a las dificultades de apreciación de cada caso.”. O como dice BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.211. “Mediante la ampliación de la idea de culpa.”.

⁶⁹⁶PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, pp.128 y 129. Y, ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.26. De igual parecer, remarca las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 19 de febrero de 1998, 9 de octubre de 1999 y 25 de septiembre de 2005, entre otras.

En otras ocasiones, sin embargo, se alude a los conceptos de culpa levísima, o al de la culpa social, para justificar el reproche a los demandados por no haber tomado medidas de cuidado anteriores a las efectivamente adoptadas posteriormente⁶⁹⁷. Pero también se utilizan requisitos de la previsibilidad y la evitabilidad del daño de una forma muy relajada, y se da lugar a que casi todo sea previsible. En este sentido es interesante remarcar la STS (Sala 1ª) de 7 de enero de 1960 en la cual se afirmó que un incendio es un suceso siempre previsible⁶⁹⁸.

Finalmente y para recalcar el fin indicado antes, -conseguir la condena del demandado.- se sostuvo la teoría del “agotamiento de diligencia” la cual en la actualidad se ha abandonado pues con la misma era imposible introducir la culpa en todo el sistema. Esta teoría planteaba que si se había probado el daño y la causalidad, quedaba demostrado que el demandado realizó algo de forma no diligente y en consecuencia éste debía ser condenado a resarcir el perjuicio⁶⁹⁹. Por ello, estas tres ideas de carácter sustantivo pueden ser resumidas bajo un único criterio que era elevar el nivel de diligencia o el juicio de previsibilidad⁷⁰⁰. En este sentido y por orden cronológico son interesantes las siguientes SSTS (Sala 1ª): de 29 de junio de 1932, ocho de octubre de 1984, 22 de diciembre de 1986, nueve de octubre de 1996, siete de abril de 1997, doce de abril de 2002, uno de octubre 2003.

Esta objetivación de la culpa o “teoría del riesgo” en la actualidad empieza a no aplicarse de forma unánime y se plasma el siguiente criterio por la Sala 1ª del Tribunal Supremo que “la expresada teoría del riesgo carece en absoluto de aplicación cuando se trate del ejercicio de una actividad inocua y totalmente desprovista de peligrosidad alguna, en que el elemento culpabilístico recobra su nunca perdida, aunque sí atenuada, virtualidad configuradora de la responsabilidad aquiliana.”⁷⁰¹.

Actualmente, las siguientes sentencias nos permiten afirmar que el Tribunal Supremo ha vuelto a los criterios de imputación subjetivos. En este sentido SSTS

⁶⁹⁷PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.129.

⁶⁹⁸PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.129. (RJA 1960/104).

⁶⁹⁹PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.129.

⁷⁰⁰ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, pp.26 y 27. Luis, DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pp.122 y 123. El cual remarca la sentencia de 5 de abril de 1963. Como una de las primeras dictadas en este sentido y donde se indicaba que “el daño por si sólo es la prueba de que la diligencia necesaria no se ha observado, sobre todo si existen medios técnicos que podrían haber evitado el daño.”.

⁷⁰¹PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.130. STS (Sala 1ª) de 9 de julio de 1994 (RJA 1994/6302).

(Sala 1ª) de 26 de septiembre del 2005, de 17 de diciembre de 2007, 23 de mayo, 23 de julio y 28 de noviembre de 2008⁷⁰².

b.2) Crítica.

El Tribunal Supremo con todos estos criterios lo que hace es determinar de una forma positiva la culpa del demandado pero no indica qué debe realizar el demandado de forma concreta para no incurrir en culpa nuevamente. Esto provoca que no se establezcan unos estándares para que el ciudadano mantenga una conducta diligente e impide que el derecho de daños basado en la culpa tenga una función preventiva⁷⁰³.

Es importante remarcar que tampoco el Tribunal Supremo ha indicado ante qué ámbitos se debe aplicar de forma exclusiva la teoría del riesgo. Es más, últimamente ha negado de forma reiterada que el riesgo por sí sólo pueda utilizarse como criterio de imputación que genera obligación de indemnizar atendido que no existe ningún principio jurídico que lo establezca salvo los casos excepcionales y los previstos por ley⁷⁰⁴. Aunque, si se puede indicar ante qué tres ámbitos ha sido aplicada de forma continuada esta teoría de riesgo por parte del Tribunal Supremo. Así, se puede sostener que ante los daños causados por los dependientes del empresario, en aplicación del párrafo cuarto art. 1903 CC. Pues desde un principio se planteó la aplicación de “la teoría del riesgo” en las actividades empresariales de producción y distribución de bienes y servicios⁷⁰⁵.

De igual forma, en los daños causados por la realización de actividades empresariales o individuales creadoras de un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios aceptados por la sociedad. Aquí estarían todos los daños derivados de la conducción de vehículos a motor, de la explotación de ferrocarriles, instalación de tendidos eléctricos, de los depósitos de mercancías peligrosas, explosión de artefactos peligrosos o pirotécnicos o en general en

⁷⁰²ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, pp.27 y 28.

⁷⁰³En idéntico sentido PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.129.

⁷⁰⁴En este mismo sentido ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.29. PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.131.

⁷⁰⁵En este mismo sentido ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.29. Indica: “ii) las actividades empresariales;”. PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.131.

accidentes en la industria y de forma más concreta en la industria de la construcción y de la minería⁷⁰⁶.

Y finalmente, en los daños causados por hijos menores de edad cuando se reclama la responsabilidad a los padres o cuando se exige la misma a los centros docentes⁷⁰⁷.

Esta reclamación a los padres y a los centros docentes por la responsabilidad de los menores aplicando la teoría del riesgo es la que es más difícil de sostener y entender a mi juicio, pues no se puede sostener que la actividad de un menor sea en sí misma una actividad de riesgo anormal e insoportable en relación a los estándares medios aceptados por la sociedad⁷⁰⁸.

En la actualidad esta interpretación objetivadora de los arts. 1902 y 1903 es contraria al propio CC⁷⁰⁹. Atendido que el legislador continúa manteniendo el sistema basado en la culpa como derecho común de la responsabilidad extracontractual, cuando lo podía haber cambiado, especialmente si se considera que ha ido implantando sistemas de responsabilidad de carácter objetivo mediante leyes especiales⁷¹⁰.

⁷⁰⁶En este mismo sentido ROCA TRÍAS, "La responsabilidad civil extracontractual", p.29. Indica: "(i) actividades intrínsecamente peligrosas, como la conducción de automóviles;". Y, PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.131.

⁷⁰⁷PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.132.

⁷⁰⁸En idéntico sentido PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.132. "no es fácil entender cuál es la conexión entre las actividades peligrosas derivadas de la moderna era industrial y tecnológica y los perjuicios causados por los menores de edad. Sin embargo, ha sido uno de los posicionamientos más firmes del TS, en la que difícil resulta encontrar fisuras en los últimos veinte años."

⁷⁰⁹En términos parecidos ROCA TRÍAS, "La responsabilidad civil extracontractual", p.28. Indica que: "se observa que el Tribunal Supremo ha vuelto a lo criterios de imputación subjetivos (...). Esta interpretación se ajusta más a lo dispuesto en el art. 1902CC.". PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.132.

⁷¹⁰En este sentido es interesante: Francisco de Paula, BLASCO GASCÓ, "Los supuestos de responsabilidad objetiva," directores: Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ, Vicente L. MONTES PENADES Encarna ROCA TRÍAS, *Derecho civil, derecho de obligaciones y contratos*, 4 edición, Valencia, 2001. Epígrafes 69 y ss. Civil, pp.5 a 16. El cual remarca las siguientes leyes especiales, de responsabilidad civil de carácter objetivo. E indica que son las que regulan: la responsabilidad en el ejercicio de la caza, la responsabilidad en la navegación aérea, la responsabilidad en la navegación marítima, responsabilidad por daños causados por energía nuclear, responsabilidad por daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos, responsabilidad en los daños a los usuarios y consumidores, responsabilidad por daños a los derechos de la personalidad, la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, la responsabilidad civil en productos defectuosos, responsabilidad por daños causados por otros bienes y servicios.

Consecuencia de esta multitud de leyes especiales de responsabilidad civil de carácter objetivo y la constante actuación de los tribunales en aplicar en estos casos de forma subsidiaria los arts. 1902 y 1903 del CC de base subjetiva, con un criterio objetivado o con la teoría del riesgo da lugar a que se sostenga que en vez de aplicar esos preceptos, se deberían aplicar y determinar aquellos regímenes objetivos regulados en el CC⁷¹¹. Es decir, se debería de aplicar de forma subsidiaria lo regulado en los arts. 1905 a 1910 del CC. Y sólo en defecto de estos de forma supletoria y como cierre de todo el sistema el art. 1902⁷¹².

2.1.1.4. El Daño como fundamento de la imputación.

a) Las exigencias básicas del evento dañoso.

La obligación de indemnizar existe porque la víctima de la acción u omisión ha sufrido un daño que debe ser reparado (art. 1902CC), que puede ser material o moral. En el mismo sentido se establece en el art. 110 del CP, el cual indica que la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales son objeto de la responsabilidad civil derivada del delito⁷¹³. De conformidad con lo anterior se puede afirmar que “sin daño no hay lugar a responsabilidad civil”⁷¹⁴ y por lo tanto es imprescindible delimitar el concepto de daño y los requisitos que el daño debe tener para ser resarcible. En efecto, el ordenamiento jurídico ha de indicar las exigencias cuya concurrencia convierten el daño en merecedor de consideración jurídica a los efectos de la responsabilidad civil.

Como el derecho regula relaciones intersubjetivas o de alteridad entre seres humanos, el evento dañoso debe ser: imputable a un ser humano, y a un ser humano distinto del que sufre el daño; ha de ser lesivo de un interés humano, que puede entenderse merecedor de protección jurídica; y finalmente, productor de un daño cierto⁷¹⁵.

⁷¹¹BLASCO GASCÓ, “Los supuestos de responsabilidad objetiva,” pp.1 a 5. El cual indica que son los regulados en los arts. 1905 a 1910 del CC y que son los supuestos de: responsabilidad por animales, responsabilidad por la caza, responsabilidad por ruina, responsabilidad por actividad peligrosa, indicando que en este caso, responderán los propietarios: por explosión-inflamación, por humos, por caída de árboles, por emanaciones de cloacas o depósitos y responsabilidad por defecto de construcción. Y, finalmente, la responsabilidad del cabeza de familia art. 1910 del CC.

⁷¹²PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, pp.132 y 133.

⁷¹³Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL “El daño” en: Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, Valencia 2011, p.195 y ss., p.195.

⁷¹⁴NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, p.41.

⁷¹⁵NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, p.42.

Por un lado, evento dañoso o causa material e inmediata del daño puede ser cualquier hecho humano, se debe poder imputar a un ser humano por acción u omisión suya o, y en todo caso, la omisión sólo genera responsabilidad civil cuando el sujeto que ha omitido la realización de algún acto idóneo para impedir la realización del daño tenía la obligación jurídica de actuar en tal sentido. Fuera de estos casos, se suele estimar que las omisiones carecen de relevancia en el orden de generar responsabilidad civil⁷¹⁶.

Pero en todo caso el daño ha de imputarse a un tercero distinto del que sufre el daño. El evento dañoso para que dé lugar a un perjuicio jurídicamente relevante debe ser imputable a una persona distinta del titular del interés lesionado, pues el consentimiento en la lesión de intereses propios no permite la afirmación de un daño⁷¹⁷.

El daño ha de recaer sobre un bien de interés humano jurídicamente protegido sino ese daño no será resarcible⁷¹⁸. Encarna Roca y Navarro Michel lo definen como “aquellas lesiones que la víctima no tenga obligación de soportar y que reúnan las condiciones establecidas en el art. 1902 del CC producen el nacimiento del deber de indemnizar a cargo del causante del daño” e indican que “por esta razón no son indemnizables los daños producidos como consecuencia del ejercicio de derechos, siempre que no se incurra en abuso de derecho”⁷¹⁹.

Finalmente, el daño o el perjuicio producido por el evento dañoso debe ser cierto, en su existencia, por lo tanto, no son resarcibles los hipotéticos o eventuales, y, en su cuantía⁷²⁰. El perjudicado debe cuantificar en su demanda el importe exacto del perjuicio que ha sufrido. La fijación de esta cuantía no puede retrasarse al trámite de

⁷¹⁶NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, p.42. “no existe un deber jurídico general que imponga a los particulares la obligación de actuar en todo caso para salvar a los demás de un peligro, al margen del deber moral que, con fundamento en la solidaridad humana, pueda resultar exigible.”. No es correcta la afirmación que sostiene la autora. Nuestra legislación, en el CP y en la LORPM obliga a cualquier ciudadano como mínimo de 14 años en adelante a actuar, en caso contrario, se incurre en responsabilidad criminal - infracción del deber de socorro-. Situación esta ajena a la moral o a la solidaridad humana. Nos viene impuesta por imperativo legal. Lo que no debemos es morir en el intento pero sí estamos obligados a actuar.

⁷¹⁷NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, pp.42 y 43.

⁷¹⁸NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, pp.43 y 44.

⁷¹⁹ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.195.

⁷²⁰NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, pp.44 y 45. Y, ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.195.

ejecución de sentencia pues de conformidad con el art. 219 de la LECiv se prohíbe al demandante que solicite sentencias de condena con reserva de liquidación⁷²¹.

b) La concreción del daño.

La doctrina ha ido diferenciando los daños en función de la naturaleza del bien lesionado, hablando en este caso de daños patrimoniales o no patrimoniales. Los ha diferenciado también en función de cuando se manifiesta ese daño. Hablando en este caso de daños presentes o futuros. De otra parte, en función de quién es el sujeto que sufre ese daño se habla de daño directo o indirecto y para finalizar también ha sostenido una diferenciación en función de la duración del daño.

En función de la naturaleza del interés dañado si la lesión se ha producido sobre un interés económico de la persona estamos ante un daño patrimonial y si el interés lesionado no es económico se dice que es un daño no patrimonial o moral⁷²². Esta clasificación de daños es la más importante atendido que en función de si nos encontramos ante daño patrimonial la forma de repararlo es distinta a la de si nos encontramos ante un daño no patrimonial.

En este sentido estamos ante un perjuicio patrimonial cuando como consecuencia del evento dañoso realizado por el responsable resulte lesionado un interés económico ajeno y este interés económico será susceptible de valoración de acuerdo con criterios objetivos del mercado⁷²³. En este tipo de daños se suele diferenciar dos partes: daño emergente y lucro cesante. Como estos dos conceptos se prevén también en el art. 1106 del CC se sostiene que los mismos también son aplicables no sólo a la responsabilidad civil extracontractual sino también a la contractual⁷²⁴. “Daño emergente” es la pérdida sufrida por el perjudicado⁷²⁵. Es decir,

⁷²¹NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, p.46. La cual añade que “el rigor de dicha prohibición se manifiesta en el hecho de que, ni siquiera en los casos en que no es posible ni la cuantificación de la condena ni la fijación de la bases para determinarla, cabe recurrir a fijar la cantidad debida en el trámite de ejecución de sentencia. Por el contrario en tales hipótesis serán necesarios dos procesos declarativos: uno, para solicitar la condena al pago y otro, para fijar el importe debido, sin perjuicio del ulterior juicio ejecutivo que pueda resultar procedente.”.

⁷²²NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, p.47. Y, ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.197. Las cuales indican: “los primeros afectan al patrimonio de quien los sufre y los segundos son los que afectan a los bienes jurídicos de la persona que no son patrimoniales, como las creencias, la dignidad, el honor, la estima social o la salud psíquica de las personas.”. Y que además, esta clasificación se encuentra refrendada también en actual art. 110.3 del CP.

⁷²³NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, p.48.

⁷²⁴NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, p.48. Y, ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.196.

⁷²⁵NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, p.48.

“la disminución de los valores patrimoniales que el perjudicado tenía en su haber”. Se incluyen dentro de esta previsión los efectos futuros de un daño presente así como los daños morales⁷²⁶. Y, “Lucro cesante” son “los beneficios o ganancias que se han dejado de obtener, como consecuencia de haber sufrido un daño”⁷²⁷. El lucro cesante es bastante difícil de determinar y por lo tanto se ha de atender a la probabilidad de obtención de la ganancia, aún cuando resulte inviable alcanzar la certeza absoluta en cuanto a su consecución⁷²⁸. Tanto un concepto como el otro, no se puede presumir, ha de ser probado y debe ser consecuencia directa del hecho dañoso⁷²⁹.

Hay otra categoría entre el daño emergente y el lucro cesante que la doctrina denomina “pérdida de oportunidades”. Con esta denominación se hace referencia al perjuicio consistente en la pérdida o frustración de las expectativas, esperanzas o posibilidades de conseguir una determinada ventaja aquí el beneficio resulta totalmente incierto. Se frustra la posibilidad o la expectativa, de aquí que también se incluya por parte de algún autor como daño emergente⁷³⁰.

Por otro lado, los daños extrapatrimoniales o morales son de delimitación muy difícil. Los intereses afectados son muy diversos y se caracterizan todos en que son imposibles de ser valorados económicamente⁷³¹. En un principio se entendió que eran daños irreparables, pues afectaban a bienes que no podían ser reemplazables, eran invaluablees y no se les podía establecer equivalencia económica alguna. A partir del año 1912, como consecuencia de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, en fecha seis de diciembre de ese año, se empieza a admitir la reparación pecuniaria de los daños morales⁷³². Y se dice que la compensación se consigue con

⁷²⁶ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.196. Y, NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, p.48.

⁷²⁷ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.196.

⁷²⁸NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, p.49. En este sentido esta autora remarca la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 8 de julio de 1996 (R.J.A. 5662). Del mismo parecer ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.196. Las cuales remarcan las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: SSTS (Sala 1ª) de 7 de julio del 2005 y de 30 de octubre de 2007.

⁷²⁹ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.196.

⁷³⁰NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, pp.49 y 50.

⁷³¹NAVEIRA ZARRA, “El evento dañoso”, p.50. ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.198. Las cuales indican que: “el problema actual no se centra en la admisibilidad de la categoría del daño moral, sino en su valoración, por las dificultades ante la ausencia de criterios.”. Y, de igual parecer María E. ROVIRA SUEIRO, “La responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad”. en Director José María PENA LÓPEZ., *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, 2004, pp.299 a 324, p.313.

⁷³²ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.198. Y, ROVIRA SUEIRO, “La responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad”, p.313. La cual indica que la sentencia de 14 de diciembre de 1917 fue la que acabo sentando doctrina. (RGLJ, Tomo 141, núm.947).

la asignación al perjudicado de una cantidad de dinero adecuada para poder procurarse las satisfacciones que le sirvan de contrapeso al daño sufrido⁷³³.

En función de cuando se manifiestan las consecuencias dañosas se distingue entre daños presentes o futuros. Se establece como límite temporal para hablar de daños presentes todos aquellos que se han podido determinar antes de dictar resolución judicial, mientras que los daños futuros, son todos aquellos daños ciertos y seguros que se producirán con posterioridad a la resolución judicial.

Para Naveira Zarra sería más correcto hablar del momento de alegación y petición de dicho daño en el pleito y, por lo tanto, para ella, son daños presentes aquellos daños cuya reparación se ha solicitado por haberse materializado de forma efectiva con anterioridad a la interposición de la demanda o a la audiencia previa. Mientras que serán daños futuros aquellos otros cuya reparación se han solicitado igualmente porque existe certeza que se materializarán pero que se producirán con posterioridad a la interposición de la demanda o al último momento procesal en el cual se puedan alegar, o inclusive, después de recaída la sentencia⁷³⁴.

En función de la persona que sufre el daño o perjuicio se diferencia entre daño directo o indirecto. Así, se habla de daño directo como aquel daño que sufre de forma inmediata la víctima de un hecho dañoso. La víctima sufre directamente una lesión en sus bienes o en su persona. Y se sostiene como daño indirecto, aquel que tiene como causa directa el mismo hecho dañoso que perjudica a la víctima principal pero que, a la vez, repercute de forma mediata sobre una persona distinta a la víctima⁷³⁵.

Los daños indirectos son más excepcionales que los directos. Con frecuencia se observan daños indirectos en casos de muerte o lesiones graves de la víctima principal. En tales casos sus familiares o allegados son los que sufren estos daños indirectos que pueden ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Los daños indirectos siempre deben ser probados por la parte que los reclama⁷³⁶.

Finalmente por su duración se distingue entre, aquellos que se manifiestan en un momento determinado y se prolongan en el tiempo daños duraderos; y los daños continuados o de tracto sucesivo, son aquellos daños de producción sucesiva o ininterrumpida. Y finalmente, se entiende por sobrevenidos aquellos daños que aparecen después de sentencia o resolución, es decir, no han podido ser valorados

⁷³³NAVEIRA ZARRA, "El evento dañoso", p.51. ROCA TRIAS y NAVARRO MICHEL, "El daño", p.198. "la indemnización por daño moral no repara sino que intenta compensar". Y de igual parecer ROVIRA SUEIRO, "La responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad", p.313.

⁷³⁴NAVEIRA ZARRA, "El evento dañoso", pp.51 y 52. Habla de "posibilidades de alegación y petición".

⁷³⁵NAVEIRA ZARRA, "El evento dañoso", p.52.

⁷³⁶NAVEIRA ZARRA, "El evento dañoso", p.52.

y son consecuencia directa de la producción del daño⁷³⁷. Esta distinción de los daños por su duración determina y concreta los plazos de prescripción de la acción⁷³⁸.

c) *El daño antijurídico.*

c.1.) *El carácter atípico del sistema español de responsabilidad civil.*

En el ámbito del derecho positivo comparado existen dos sistemas de regular el ilícito civil extracontractual los sistemas de tipicidad del ilícito o, los sistemas atípicos.

En los sistemas de tipicidad, sólo son relevantes a efectos de responsabilidad civil extracontractual, las lesiones a determinados bienes o derechos, en los cuales, se haya establecido por norma, esa consecuencia. A este modelo responden los países sujetos al sistema de la “*common law*” y los inspirados en el modelo alemán⁷³⁹. Si bien, el caso del sistema alemán no es puro pues contiene una cláusula que prevé que los daños intencionalmente causados a otros de manera que atenten contra las buenas costumbres son también indemnizables⁷⁴⁰.

A los sistemas atípicos se les identifica con aquellos ordenamientos que son de ascendencia francesa y por lo tanto es el caso del CC español. Los sistemas atípicos tienen el principio de que se debe resarcir todo daño calificado como ilícito y se consagra dicho principio con una cláusula general de responsabilidad fundada sobre la prohibición del “*neminem laedere*” siguiendo el modelo del art. 1382 del Code de Napoleón, que es el equivalente, al art. 1902 de nuestro CC español⁷⁴¹.

⁷³⁷ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.199.

⁷³⁸ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “El daño”, p.199.

⁷³⁹BUSTO LAGO, “La antijuricidad”. p.63. ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.17. Sostiene que en este sistema, “el daño queda circunscrito al correspondiente tort, porque históricamente y de acuerdo con los precedentes romanos, sólo podía reclamarse por medio de acciones típicas: trespass, negligence, nuisance, etc.”.

⁷⁴⁰BUSTO LAGO, “La antijuricidad”, p.63. El cual sostiene que el art. 823.1º BGB es un ejemplo paradigmático de sistema típico pero que ese ordenamiento, “contiene una válvula de escape en tanto que se prevé que los daños intencionadamente causados a otro en una manera que atente contra las buenas costumbres son también indemnizables (826BGB)”. Y, de igual parecer ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.17. Refiriéndose al sistema alemán indica “que frente a la enumeración de unos daños concretos, se incluye una cláusula general, que permite el resarcimiento de los no previstos en la lista.”.

⁷⁴¹BUSTO LAGO, “La antijuricidad”, p.63. ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, pp.17 y 31. Refiriéndose al sistema español indica que: “el sistema contiene una cláusula general que establece que quien causa daño a otro, debe reparar el daño causado.”. Y, en la p.31 indica al comentar el art. 1902 del CC. “de donde se deduce la no tipicidad del sistema español de daños.”.

Busto Lago sostiene que el sistema así diseñado, permite que en él, se dé cabida a la tutela de todos los derechos subjetivos, con independencia de su naturaleza, y de los intereses legítimos con independencia del momento histórico en que estos alcancen relevancia jurídica. Y por lo tanto en el seno del juicio de la antijuricidad se habrá de ponderar si el daño afecta a uno de estos derechos o intereses jurídicamente protegidos⁷⁴².

c.2.) El requisito de la antijuricidad.

La doctrina tradicional española entiende que la obligación de indemnizar el daño deriva de la reprobación por la ilicitud del acto; el acto que produce un daño es contrario a derecho y, por ello, se origina la obligación de resarcir. El fundamento a la atribución de resarcir se encuentra en el principio *alterum non laedere*. Se sostiene que el art. 1902 es una norma secundaria cuya aplicación supone la existencia de una norma primaria -el principio *alterum non laedere*-. La antijuricidad se deriva del incumplimiento de esta norma primaria que sienta el principio que nadie puede causar daño a otro⁷⁴³.

De otro lado, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª parece consolidarse también, aunque no sin vacilaciones⁷⁴⁴, la doctrina de que la ilicitud o antijuricidad es un presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido SSTs (Sala 1ª) de 23 de diciembre de 1952, de 10 y 25 de octubre de 1968, 24 de febrero de 1993 y 28 de junio de 1996⁷⁴⁵.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, de los cuatro requisitos que se sostienen como necesarios para que surja una responsabilidad civil extracontractual: un daño, una causalidad, un criterio de imputación y, la antijuricidad. La antijuricidad es el criterio que más se discute pues no está previsto en el art. 1902 del CC⁷⁴⁶.

A pesar de ello, la antijuricidad en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual se debe predicar respecto del daño objeto de resarcimiento. Lo cual, no tiene nada que ver con la conducta activa u omisiva del agente del daño al

⁷⁴²BUSTO LAGO, "La antijuricidad", p.63.

⁷⁴³ROCA TRÍAS, "La responsabilidad civil extracontractual", p 32. Si bien ROCA TRÍAS no indica que sea un requisito.

⁷⁴⁴Sentencia en contra de que la ilicitud o antijuricidad sea un requisito indispensable. Sentencia de 7 de enero de 1960 (RJ 1960/104), BUSTO LAGO, "La antijuricidad", p.59. Y, sentencia de 17 de junio de 1997. ROCA TRÍAS, "La responsabilidad civil extracontractual", p.32.

⁷⁴⁵BUSTO LAGO "La antijuricidad", p.59. "(RJ 1952/2673); (RJ 1968/4271 y 4796); (RJ 1993/ 1251); (RJ 1996/ 4905)".Y, ROCA TRÍAS, "La responsabilidad civil extracontractual", p.32. También remarca la sentencia de 24 de febrero del año 1993 y menciona otra de 16 de julio de 1991.

⁷⁴⁶BUSTO LAGO, "La antijuricidad", p.58.

que esa responsabilidad se le pretende imputar. Por lo tanto, el daño, ha de estar constituido por la lesión de un derecho subjetivo o de un interés jurídicamente protegido. En consecuencia, la antijuricidad se configura como un presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual de marcado carácter objetivo. Es el elemento objetivo que ha de estar presente en todo ilícito civil relevante a efectos de responsabilidad civil extracontractual⁷⁴⁷.

La antijuricidad objetiva, constituye el juicio de reproche sobre el comportamiento lesivo o dañoso, mientras que la culpabilidad deriva del ulterior juicio sobre el autor del acto.

Entiendo que -la antijuricidad-, es un requisito indispensable para que surja la responsabilidad civil. Aunque sostengo que la misma, no existe por haberse infringido el principio *alterum non laedere*⁷⁴⁸. Sino que consiste en la violación de una conducta que impone una norma en este caso el art. 1902. Para que se aplique el art. 1902 es requisito -un daño- pero el daño en sí no es suficiente para que surja la obligación a responder. Es necesario analizar la conducta y calificarla como ilícita, sólo cuando la conducta que provoca el daño es calificada de antijurídica surge la obligación de responder civilmente. Por ello se sostiene que el art. 1902 no prohíbe dañar. Sino que impide o prohíbe la conducta negligente que provoca un daño⁷⁴⁹.

De otra forma, pero sosteniendo la antijuricidad como requisito del derecho de daños Diez-Picazo el cual sostiene que la antijuricidad que es propia del Derecho de daños entraña, desde luego, un juicio de desvalor del resultado⁷⁵⁰. Igualmente, De

⁷⁴⁷BUSTO LAGO, "La antijuricidad", p.57.

⁷⁴⁸BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.153. En idéntico sentido.

⁷⁴⁹BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.154. "el art. 1902CC veda comportamientos, no resultados,". Y continúa sosteniendo: "al art. 1902 sólo le interesan los comportamientos ilícitos, antisociales. el derecho puede prohibir conductas, comportamientos, no resultados". Fernando PEÑA LÓPEZ, "La responsabilidad civil derivada de delito", en Director José María PENA LÓPEZ, *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, 2004, pp.387 a 402, p.390. El cual indica que "el derecho civil, también el derecho civil contenido en el código penal, sólo se ocupa de conductas dañosas. Y En términos muy parecidos pero refiriéndose al derecho penal si bien sostengo que se puede trasladar al CC, PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de derecho penal*, p.35. El cual, refiriéndose a las teorías que definen el derecho penal como protección de bienes jurídicos sostiene que incurren en un error. E indica que: "un derecho que sanciona comportamientos de sujetos responsables no protege derechos subjetivos ni bienes de forma directa, sino que castiga infracciones de normas jurídicas esenciales en las que se revela el desprecio por el orden jurídico y por tanto, también por el bien común."

⁷⁵⁰Luis, DIEZ-PICAZO y Antonio GUILLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Vol. II*, Madrid, 1999, p.530. "no consiste solamente en la violación de normas que impongan una conducta, sino también en la contravención del principio *alterum non laedere*, un principio general del Derecho

Ángel, sostiene la antijuricidad como requisito indispensable para que surja la obligación de indemnizar, es decir, el daño debe ser injusto. Y, por lo tanto, sostiene que habrá que determinar cuándo un daño es injusto. Para valorar cuando un daño es injusto se aplican los siguientes criterios: la violación de la norma jurídica, ya sea esta imperativa o prohibitiva; la conducta que lesione el derecho subjetivo de otro; la conducta que lesiona un interés merecedor de tutela; o, el haber trasgredido el autor del daño las reglas de conducta faltando al cuidado y a la diligencia exigible y dañando bienes jurídicamente protegidos⁷⁵¹.

Hay otros autores en cambio, que niegan que la antijuricidad sea un requisito de la responsabilidad civil extracontractual en este sentido Pantaleón, manifiesta que no es necesario el requisito de la antijuricidad para atribuir al causante del daño la obligación de reparar. Sostiene que el sistema español de responsabilidad extracontractual es atípico, la establecida en el art. 1902 del CC y, por ello, todo daño debe ser indemnizado excepto que el interés lesionado no sea digno de tutela. Se indemniza no porque se haya obrado de forma antijurídica sino porque se imputa un daño a la conducta de agente sobre la base de la culpa⁷⁵².

La afirmación de la exigencia de la antijuricidad como requisito se basa en los siguientes argumentos: de un lado, en los antecedentes históricos y legislativos del art. 1902 del CC. Se alcanza esta conclusión, haciendo una interpretación sistemática de los arts. 1890 1891 1980 del Proyecto del CC de 1851 y siguiendo los comentarios del propio García Goyena, el cual indica que es esa nota de ilicitud la que precisamente caracteriza a los hechos que originan <<las obligaciones que nacen de culpa o negligencia>> frente a la licitud caracterizadora de los hechos que generan las obligaciones cuasicontractuales⁷⁵³.

Y por otro, haciendo una interpretación sistemática del CC. Que se eluda expresamente la antijuricidad en el art. 1902 ha de integrarse con la referencia expresa de ilicitud establecida en el art. 1089 del CC. Y, por lo tanto no puede entenderse que este art. lo diferencia por un lado como actos y omisiones ilícitos, y por otro, como una fuente independiente de obligaciones en los actos y omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Por ello, se sostiene, que la omisión de ilicitud se debe a razones de técnica legislativa e históricas⁷⁵⁴.

que informa todo el ordenamiento jurídico y que está integrado en él, fuente de una serie de deberes que nos obliga a comportarnos con respecto a terceros con la corrección y prudencia necesaria para que la convivencia sea posible”.

⁷⁵¹ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.32.

⁷⁵²ROCA TRÍAS, “La responsabilidad civil extracontractual”, p.33.

⁷⁵³BUSTO LAGO, “La antijuricidad”, p.59.

⁷⁵⁴BUSTO LAGO, “La antijuricidad”, pp. 59 y 60.

Además, en que es necesario un criterio diferenciador -inherente o presupuesto- que delimite los daños resarcibles en virtud del instituto de la responsabilidad civil extracontractual. Se sostiene que la antijuricidad es precisamente el factor de discriminación que permite delimitar los daños civilmente relevantes a efectos de la responsabilidad civil extracontractual y también de la contractual⁷⁵⁵.

También, desde la perspectiva de las causas de exclusión de la antijuricidad; ya que, cuando en la causación de un daño concurre expresamente la autorización de una norma jurídica, aquel daño, deja de ser relevante a efectos de responsabilidad civil. Ese daño, está justificado, atendido que concurre una causa de exclusión de antijuricidad y los daños así causados, justamente, no son indemnizables. Incluso los autores que niegan la antijuricidad como requisito de la responsabilidad extracontractual no cuestionan que la aplicación de las causas de exclusión de la antijuricidad producen efectos exoneradores en el ámbito de los ilícitos estrictamente civiles⁷⁵⁶.

Y finalmente, indicar que la existencia de daños no antijurídicos que generan obligaciones indemnizatorias en la legislación, no significa que la antijuricidad deja de ser un requisito fundamental de la responsabilidad civil extracontractual. Pues, si bien es cierto, que en determinadas ocasiones el ordenamiento jurídico toma en consideración eventuales daños que no reúnen el requisito de la antijuricidad y además les atribuye determinadas consecuencias al sujeto al que se le imputa, esas consecuencias, que son de naturaleza indemnizatoria, no se deben en concepto de responsabilidad civil extracontractual sino, en virtud de disposición legal expresa que así lo establece. Por lo tanto si no existiese esa ley no surgiría esa obligación a cargo del agente causante del daño. Además las normas y principios que rigen estas consecuencias de naturaleza indemnizatorias no son el de reparación integral del daño causado⁷⁵⁷.

c.3.) El postulado de unidad del orden jurídico y causas de justificación.

El postulado de la unidad del orden jurídico implica que el derecho como objeto de lo justo, no establece orientaciones de conducta contradictorias entre sí, y esto es aplicable también entre las diversas ramas del derecho. Se afirma que el principio de solidaridad, como principio justificante, permite sostener que la orientación de la norma sea un comportamiento típico y, por ello, como indica Pérez del Valle la

⁷⁵⁵BUSTO LAGO, "La antijuricidad", p.60.

⁷⁵⁶BUSTO LAGO, "La antijuricidad", p.60.

⁷⁵⁷BUSTO LAGO, "La antijuricidad", pp.60 a 62. Y del mismo parecer BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.153.

conducta justificada debe ser tolerada por toda la comunidad jurídica⁷⁵⁸. Así pues, este principio de solidaridad permite por un lado, salvaguardar al sujeto que actúa bajo este principio y de otro, protege a la sociedad cuando ese sujeto no actúa conforme aquel principio⁷⁵⁹.

Todo ello permite sostener que la valoración de un comportamiento como lícito por otros sectores del ordenamiento supone que debe ser aceptado con esas consecuencias en el derecho penal. Es decir, desde un punto de vista penal, la causa de justificación no sólo afirma qué comportamiento es lícito para el derecho penal; sino que ese comportamiento no puede conllevar consecuencias jurídicas negativas para quien se dice que actúa lícitamente. Y viceversa, como no todas las causas de justificación se encuentran en las leyes penales hay normas justificativas en otras ramas del derecho que implican también un actuar justificado para el CP⁷⁶⁰.

La unidad del orden jurídico es un postulado y como tal se debe de intentar interpretar las causas de justificación. El CC español no enumera de manera expresa las causas de justificación como supuestos en los que no surge la responsabilidad civil extracontractual a diferencia de lo que sucede en el CP. Sin embargo esto no implica que tales causas de justificación no sean de aplicación en el ámbito de los ilícitos estrictamente civiles, es decir, no vinculados a la comisión de un ilícito penal relevante. Se sostiene, que las causas de exclusión de la antijuricidad enunciadas en el art. 20 de CP y el régimen jurídico que de este precepto y de sus concordantes resulta, son aplicables también a los ilícitos meramente civiles y, por ello que no es admisible una discrepancia entre el derecho civil y el derecho penal cuando concurre una causa de justificación⁷⁶¹.

Además del argumento de la unidad del ordenamiento jurídico, se sostiene por un lado, que la antijuricidad es una categoría genérica aplicable a todas las ramas del ordenamiento jurídico y por lo tanto las causas de exclusión de la antijuricidad son también eficaces a todas ellas⁷⁶². Y, por otro lado, que las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el CP son de naturaleza estrictamente civil. El motivo por el cual están en el CP es por causas históricas⁷⁶³. Por ello, se indica que

⁷⁵⁸PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de derecho penal*, p.159.

⁷⁵⁹PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de derecho penal*, p.160. En términos parecidos si bien este autor sostiene que el principio de solidaridad “da soporte racional a algunas consecuencias de las propias normas que regulan las causas de justificación.”

⁷⁶⁰PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de derecho penal*, pp.160 y 161.

⁷⁶¹BUSTO LAGO, “La antijuricidad”, p.67. Y, PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de derecho penal*, p.161.

⁷⁶²BUSTO LAGO, “La antijuricidad”, p.67.

⁷⁶³Ver parte histórica: Códigos penales del trabajo. Apartado 1.2. Y, apartado 1.3.1 del CP vigente. Y, BUSTO LAGO, “La antijuricidad”, pp.67 y 68.

el hecho de que formalmente las normas reguladoras de responsabilidad civil extracontractual se encuentren en sedes normativas diversas de forma sistemática no significa que existan dos acciones distintas, de naturaleza y con regímenes jurídicos divergentes. Sino, que nos encontramos, ante un concurso de normas⁷⁶⁴.

Todo ello es coherente con el hecho de que el perjudicado de un delito pueda reservarse ejercitar la acción civil ante el Juez del civil de conformidad con el art. 112 de la LECr, sin que ello implique que el sometimiento a un Juez u otro implique también una modificación de régimen jurídico aplicable⁷⁶⁵.

Todas estas argumentaciones, permiten sostener y justificar la aplicación analógica de estas normas justificativas del CP, a los ilícitos meramente civiles. Atendido que concurren todos los presupuestos establecidos en la ley para que se pueda aplicar, es decir: nos encontramos ante una laguna *iuris*, hay una identidad de razón y la norma que se quiere aplicar no tiene naturaleza ni de derecho especial ni de derecho excepcional⁷⁶⁶.

2.1.1.5. Causalidad e imputación del daño.

a) Causalidad como exigencia básica.

Para que surja la obligación de resarcimiento en la que consiste toda responsabilidad civil es necesario que exista una relación causa efecto entre la conducta activa u omisiva del agente y el resultado dañoso. En este sentido la doctrina indica, que el nexo causal constituye un presupuesto ineludible, no sólo de la responsabilidad subjetiva, sino también, de la responsabilidad objetiva⁷⁶⁷. Es decir, en la responsabilidad establecida al margen de la culpa o negligencia, basta

⁷⁶⁴BUSTO LAGO, "La antijuricidad", p.68.

⁷⁶⁵Esta idea de la reserva de la acción civil si bien se comparte con BUSTO LAGO se quiere remarcar que no sucede en la LORPM (art. 61.1). El cambio de jurisdicción por reserva de la acción civil implica expresamente el cambio de legislación en la LORPM.

⁷⁶⁶BUSTO LAGO, "La antijuricidad", p.68. Y, PEÑA LÓPEZ, "La responsabilidad civil derivada de delito", p.389.

⁷⁶⁷Rafael COLINA GAREA, "La relación de causalidad", en Director José María PEÑA LÓPEZ, *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, 2004, pp.77 a 100, p.77. "la acción u omisión del agente tiene que mostrarse como el origen generador y productor del daño; mientras que el resultado dañoso ha de aparecer como la consecuencia y el efecto producto de la conducta activa u omisiva del agente. Esta relación <<causa-efecto>> que debe mediar entre la conducta y el daño se denomina nexo de causalidad.". Y, Encarna ROCA TRÍAS, "La causalidad" en: Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, Valencia, 2011, pp.171 y ss., pp.171 y 172.

con la concurrencia de la causalidad para que exista la obligación de reparar el daño causado; y en este tipo de responsabilidad el nexo de causalidad es más importante si cabe en cuanto presupuesto para reparar el daño pues sin él, no surge esa obligación de reparar el daño⁷⁶⁸.

En cualquier forma, en el derecho civil es también relevante la cuestión de las omisiones, y de forma muy particular cuando la cuestión planteada es, como ahora, la responsabilidad sobre el comportamiento de menores. En efecto, también se debe hablar de la causalidad, no sólo como consecuencia de la acción, sino también, cuando aparece como producto de una omisión. En relación a comportamientos omisivos, el nexo causal debe apreciarse entre la acción no realizada y el resultado dañoso efectivamente verificado. Pero, como subraya Colina Garea, no todas las personas que con su actuación o no actuación hubieran podido aminorar o evitar un daño deben ser responsables del mismo⁷⁶⁹. Únicamente quienes, siendo titulares de una posición de garantía, tuviesen o bien un deber de actuar impuesto por ley, o bien el deber de observar una conducta diligente y por ello, sostiene que el nexo causal en las conductas omisivas no se basa en un criterio de imputación única y exclusivamente de la previsibilidad sino también en un criterio de la exigibilidad⁷⁷⁰.

El problema de la relación de causalidad ha de analizarse en dos perspectivas: por un lado, el criterio de la imputación; y por otro, el alcance o límites que debe tener el deber de indemnizar en su extensión. Pero en todo caso existen dos formas de analizar el problema.

a) Desde un punto de vista fáctico o material, el nexo de causalidad se entiende como una mera cuestión de hecho, en la cual no se observan valoraciones ni razonamientos de naturaleza jurídica, sino una explicación lógica dentro de un marco de las ciencias naturales de conformidad con las leyes de la experiencia científica⁷⁷¹.

⁷⁶⁸COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.78. "el demandado no puede pretender exonerarse de su responsabilidad demostrando que se ha comportado irreprochablemente con ausencia de toda culpa, sino probando la inexistencia de la relación causal adecuada entre su actividad y el resultado dañoso."

⁷⁶⁹COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.79. "no todas las personas que con su acción hubieran podido evitar o aminorar el daño deben ser responsables del mismo, sino únicamente aquellas que, siendo titulares de una posición de garantía, tuviesen o bien un deber de actuar impuesto legalmente, o bien el deber de observar una conducta diligente."

⁷⁷⁰El tema ha sido discutido de forma insistente en relación con la responsabilidad penal. Por todos, Jakobo DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencias en derecho penal*, Valencia, 2006, pp.201 a 330.

⁷⁷¹COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.80.

b) Desde un punto de vista estrictamente jurídico, lo que se trata es de imputar un hecho lesivo utilizando criterios de atribución estrictamente jurídicos: “el derecho ha de tener su propio método para saber cuándo una persona es responsable”⁷⁷². Se trata entonces de la denominada “causalidad jurídica” o “normativa” que en el derecho civil se enmarca dentro de la “teoría de la imputación objetiva”.

b) La visión fáctica de la causalidad.

En realidad, la causalidad se presenta como problema a la hora de la identificación de la causa jurídicamente relevante del daño, cuando este daño tiene su origen en una pluralidad de antecedentes o cuando nos encontramos ante circunstancias concomitantes. Esta dificultad se intentó resolver por juristas del siglo XIX con una serie de teorías que se basaban en un concepto fáctico de la causa, pero sin distinguir en la propia diferencia que existe en la relación de causalidad considerada en sí misma:

a) La causa como condición *sine qua non* y la teoría de la equivalencia de las condiciones. La teoría de la equivalencia de las condiciones fue formulada para el derecho penal por M. Von Buri. Y según el mismo, se deben considerar causas jurídicamente relevantes todas aquellas condiciones que, de haber faltado el resultado dañoso, no se habrían producido. De ahí que considere causa del daño toda condición que no pueda ser suprimida mentalmente sin que desaparezca tal evento dañoso. Y, al revés, no podrán ser consideradas causas aquellas condiciones sin las cuales el daño se hubiese producido igualmente. Por lo tanto, la causa es aquella *conditio sine qua non* o la condición absolutamente necesaria para que se produzca el resultado dañoso⁷⁷³.

La circunstancia de que cada una de esas condiciones sean indispensables para que el daño se produzca, exige que todas ellas sean objeto de consideración equivalente y que a todas ellas se les deba otorgar un mismo valor sin distinción alguna⁷⁷⁴. Todas son igualmente relevantes en la causación del daño, aunque cada una por sí sola no lo hubiese producido⁷⁷⁵.

⁷⁷²COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.81.

⁷⁷³COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.82.

⁷⁷⁴Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Madrid, 1981, 3ª Edición, p.212. “La causa, por tanto, radica en todas y cada una de las condiciones, ya que sin el concurso de todas el resultado no se hubiera producido.”.

⁷⁷⁵Pese a las deficiencias de la teoría, la doctrina penal acude hoy todavía como un primer nivel de respuesta, a la imputación de resultados; pero es obvio que se trata del presupuesto lógico para

La crítica a esta teoría es que, en el terreno civil, el criterio de la equivalencia de las condiciones es excesivamente amplio y en otras ocasiones considera irrelevantes acciones que podrían ser concausas del evento dañoso⁷⁷⁶.

b) Teoría de la causa próxima. La causalidad directa e inmediata del daño⁷⁷⁷. Según esta tesis de todos los antecedentes fácticos que en el orden natural hubiesen contribuido a la producción del daño sólo podrán ser considerados como causas jurídicamente relevantes aquellos que guarden una relación de proximidad directa e inmediata con el daño. Es decir, sólo serán jurídicamente relevantes los hechos determinantes y decisivos en la producción del hecho dañoso. Y, para que un hecho, pueda ser considerado como causa del daño es necesario que ese nexo causal no se haya roto por la interferencia de otro hecho causal anterior. De aquí que se diga que quedarán excluidas del ámbito de la causalidad relevante las posibles causas que tengan un origen remoto y que aparezcan muy alejadas del evento dañoso⁷⁷⁸.

La crítica a esta teoría es que, en realidad, no soluciona un problema de causalidad natural o fáctica, sino de política jurídica⁷⁷⁹.

poder resolver la cuestión con criterios normativos. En este sentido, PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de derecho penal*, pp.120 a 122.

⁷⁷⁶SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, p.213. En términos similares. Y, COLINA GAREA, "La relación de causalidad", pp.82 y 83. El cual indica también que "la teoría de la equivalencia de las condiciones no sólo plantea el problema de extender excesivamente el ámbito de la responsabilidad, sino que en otras ocasiones lleva al extremo radicalmente opuesto: considerar irrelevante la existencia de otras acciones que podrían concebirse como concausas del resultado dañoso, tal y como sucedería con la concurrencia efectiva de causas o causalidad cumulativa (...), o con los daños causados por miembros indeterminados de un grupo.". ROCA TRÍAS, "La causalidad", p.175. De igual parecer y además indica que "la teoría falla cuando más de una conducta concurre de forma simultánea a la producción del evento". Así como que sin el daño no se puede resolver la cuestión.

⁷⁷⁷COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.84. El cual indica que esta teoría fue divulgada por Bacon en el marco del derecho inglés y que sus teorías fueron acogidas en Francia tanto por DUMOLIN como por POTHIER las cuales fueron plasmadas en el art. 1151 del *Código francés*. Pero sostiene que "su verdadero origen se encuentra en el Derecho romano (*Código 7, 47*)".

⁷⁷⁸En este mismo sentido COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.84. "si en el curso causal existente entre un determinado hecho y el daño interfiere un nuevo acontecimiento extraño, sólo podrá considerarse como causa relevante este último y más próximo antecedente fáctico, ya que, con su interferencia, se ha roto el nexo causal que inicialmente existía entre el resultado dañoso y el primer antecedente de hecho, por lo que, al tener un origen más remoto, éste ya no podrá ser considerado como causa del mismo."

⁷⁷⁹En este sentido COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.85. Refiriéndose a PROSSER indica que "la <<causa próxima>> no constituye otra cosa que el límite que los tribunales ponen a la responsabilidad del demandado por las consecuencia de su conducta, manejando, para ello,

c) Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada. Fue inicialmente formulada a finales del XIX por J. Von Kries y, según él, de todos los antecedentes causales sólo podían ser considerados como causas jurídicamente relevantes aquellos que según su curso normal muestran una tendencia general a provocar el resultado dañoso. De aquí que se diga que la causa se identifica con aquellos hechos que sean aptos, adecuados y apropiados para producir de una forma ordinaria ese daño de conformidad con la experiencia general. Y que se indique que en realidad la causa jurídicamente relevante se determina en la probabilidad de la producción de ese daño efectivo, es decir, en la estadística⁷⁸⁰.

Esta teoría es criticada, pues sus problemas de aplicación son diversos: que el tribunal debería de disponer de elementos que le permitieran discernir sobre qué es probable o no cuando se realiza una determinada acción; además esa teoría no argumenta si esa probabilidad se debe basar en la certeza absoluta, en una alta probabilidad o sólo en una mera probabilidad; tampoco se han determinado qué elementos se deben analizar o qué circunstancias se deben valorar para poder establecer luego esa probabilidad; y, si se depende de una comprobación estadística, su carácter es relativo⁷⁸¹.

c) *Una perspectiva normativa: la teoría de la imputación objetiva.*

Las dificultades en la aplicación de las teorías de la causalidad, consideradas desde una perspectiva fáctica, se intentaron resolver más allá de la causalidad adecuada. En cierto modo, la afirmación de criterios de probabilidad implicaba un juicio de carácter valorativo, y, por ello, la normativización del juicio de imputación. En ese sentido, la cuestión se plantea en el marco del derecho civil: el origen de la

criterios de justicia material o de conveniencia que poco tienen que ver con la causalidad en sentido estricto.”.

⁷⁸⁰COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.85. De igual parecer SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, p.214. El cual indica que “la cuestión a resolver, consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo.”.

⁷⁸¹COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, pp.86 y 87. En este mismo sentido el cual indica que “el planteamiento de la relación de causalidad en términos de probabilidad no sólo genera problemas estrictamente jurídicos sino también otros relacionados con la relatividad de toda comprobación estadística.”.

teoría de la imputación objetiva se encuentra en Larenz en 1926⁷⁸², aunque el desarrollo haya sido mucho más extenso en el ámbito del derecho penal⁷⁸³.

Según esta teoría, la tarea consiste en determinar qué daños han de ser puestos a cargo del agente cuya conducta se halla causalmente ligada a los mismos, e indica que la determinación debe hacerse por medio de criterios de atribución estrictamente jurídico-normativos, y no, mediante el recurso a las reglas empíricas de la naturaleza. Para ellos imputar a un sujeto concreto un hecho dañoso es una cuestión de derecho a la que se debe responder desde los criterios estrictamente normativos establecidos al efecto por el legislador o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de la norma de responsabilidad civil que debe ser objeto de aplicación⁷⁸⁴.

Las críticas a esta teoría han incidido especialmente en la dificultad que implica la identificación de los criterios normativos, y esto ha supuesto una agrupación de los criterios aplicados en el ámbito civil los cuales en realidad de forma casi mayoritaria se trata de criterios de exclusión de la imputación⁷⁸⁵. Dichos criterios empiezan ahora a ser recogidos por la doctrina civilista española, aunque más que criterios normativos de imputación nos encontramos ante criterios de juicio de valor⁷⁸⁶.

a) El criterio del riesgo general de la vida. Según el cual, no resultan imputables aquellos daños que sean realización de riesgos a los que habitualmente esté

⁷⁸²Larenz, HEGELS zurechnungslehre und der Begriff der objektiven zurechnung, 1926. *Problemas básicos del derecho penal*, autor Claus ROXIN. Traducido por Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Madrid, 1976, p.129.

⁷⁸³Por todos, Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Principios del derecho penal, parte general*, Madrid, 1998, pp.188 a 222.

⁷⁸⁴COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.88.

⁷⁸⁵ROCA TRIAS, "La causalidad", p.175. La cual indica que: "la jurisprudencia aplica el criterio de imputación objetiva para <<excluir la existencia del nexo de causalidad, independientemente de una conducta negligente por parte del agente>>". Basándose en los siguientes criterios: "el del ámbito de protección de la norma (...); el criterio de prohibición de regreso (...); el criterio de causalidad adecuada o eficiente (...)". Pablo SALVADOR CODERCH, "Causalidad y responsabilidad", *InDret*, Barcelona, junio 2002 2ª Edición. Working Paper nº94, (Indret 03/2002). pp.1 a 23, p.16. El cual también indicia que: "las doctrinas de la casualidad próxima -en el Common Law- y de la causalidad adecuada -en el Civil Law- se usan para restringir el círculo de los agentes sociales obligados a responder por la causación de un daño". Indica que se suele usar en casos de "accidentes raros" y que la razón de la exclusión o la limitación de responsabilidad es que su aplicación no afecta a los incentivos de los posibles demandados ya que el accidente es imposible de prever. Y, COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.88. También sostiene la misma idea.

⁷⁸⁶COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.88. En este sentido el cual sostiene que "dichos criterios de imputación no se ofrecen como dogmas perfectamente definidos, sino como tópicos imprecisos en la medida que condensan juicios de valor."

expuesto el perjudicado, y que, puedan ser considerados propios del normal desarrollo de la vida en sociedad⁷⁸⁷.

b) El criterio de prohibición de regreso. No se considera imputable el daño ocasionado por un sujeto cuando en el iter causal existente entre su conducta y el resultado dañoso interfiere el comportamiento doloso o gravemente imprudente de otro. Esta intervención dolosa o gravemente imprudente del tercero impide que la imputación objetiva pueda regresar y retroceder al momento anterior de esa intervención del tercero. Incluso aun cuando esta aparezca desde un punto de vista fáctico como una condición *sine qua non*⁷⁸⁸.

c) El criterio del incremento del riesgo. Este criterio es el sostenido por Roxin el cual sostiene que no procede la imputación de un resultado dañoso cuando la conducta alternativa a la efectivamente realizada hubiera conducido con seguridad al mismo resultado. De aquí que sostenga, que no se supera el umbral de riesgo permitido con esa conducta. En cambio, sí que cabe la imputación del daño en el caso que la conducta del agente hubiera incrementado la posibilidad o el riesgo de que el daño se produzca⁷⁸⁹.

d) El criterio del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad. Según el cual, no es posible imputar un resultado dañoso que caiga fuera de la finalidad de protección de la norma sobre la que se pretende fundamentar la responsabilidad. Es decir, sólo se podrá imputar el daño, cuando el

⁷⁸⁷Günther JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Madrid, 1997. Traducción Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Marginal 7/59. p.259. SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2002, p.8. El cual indica: “las consecuencias jurídicas asociadas a la afirmación de la responsabilidad puramente civil son mucho menos graves que en derecho penal. Por ello, la pregunta acerca del riesgo permitido consiste normalmente, en quién ha de pagar los costes derivados de una conducta determinada -el agente, la víctima, la comunidad de agentes o de víctimas potenciales, los contribuyentes o la sociedad entera-”.

⁷⁸⁸En la doctrina penal actual, JAKOBS propone una interpretación alternativa de la prohibición de regreso vinculada a la posición de garante. JAKOBS, *Derecho Penal*, Marginal 7/58 y ss., pp.258 y ss. SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2002, p.11. El cual remarca que “en derecho civil y en materia de responsabilidad por culpa, los deberes de precaución de un agente social para con los demás, o bien se definen institucionalmente por la ley (padres, maestro, empleadores, propietarios, anfitriones, amigos), o bien se establecen primero social y a la postre jurisprudencialmente para cada sector específico del tráfico.”. Y, COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.89.

⁷⁸⁹Discutido como criterio en el derecho penal por JAKOBS. JAKOBS, *Derecho Penal*, marginal 7/98 y ss, pp.285 y ss. COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.89.

mismo, tenga su origen en la trasgresión por el demandado, de una norma que imponga un deber o una obligación de seguridad⁷⁹⁰.

e) El criterio de la provocación. Según el cual no resultan imputables los daños causados en las siguientes circunstancias: el estado de necesidad, la legítima defensa o el cumplimiento de un deber. Este criterio se puede interpretar de dos formas, es decir, si estamos ante un criterio de imputación objetiva. O si, por el contrario, estamos ante un criterio de imputación subjetiva, basado en la imposibilidad de imputación atendida la falta de antijuricidad en la conducta causante del resultado dañoso⁷⁹¹.

f) El criterio de la adecuación. Pantaleón sostiene que el criterio de la adecuación significa que “no cabe imputar objetivamente un concreto evento dañoso a la conducta del causante del mismo, cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiesen considerado ex ante, en el momento en que el dañante se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata.”. Por ello se sostiene que cabe atribuir responsabilidad cuando de acuerdo con los criterios de probabilidad queda acreditado que la conducta ligada causalmente al resultado dañoso era normal ordinariamente apropiada y adecuada para producir dicho daño⁷⁹².

d) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha adoptado ninguna de las teorías explicadas de forma única⁷⁹³; es más: para la búsqueda del nexo causal entre el

⁷⁹⁰COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.89.Y, SALVADOR CODERCH, *InDret*, 2002, p.12. En la doctrina penal un desarrollo sobre esta teoría en ROXIN. LUZÓN PEÑA, *Problemas básicos del derecho penal*, pp.136 a 148.

⁷⁹¹PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de derecho penal*, pp.162 y 163. Ver también Causas de justificación. Y en este sentido COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.90.

⁷⁹²COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.90. En realidad, podría mantenerse que lo que se define aquí como criterio de adecuación es la respuesta a la realización de riesgos en el sentido expuesto en la doctrina penal por ROXIN. LUZÓN PEÑA, *Problemas básicos del derecho penal*, pp.130 a 146.

⁷⁹³COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.91. El cual indica que: “se opta así por una visión realista y pragmática que intenta eludir todo exclusivismo doctrinal y teórico.”. De igual parecer ROCA TRÍAS, “La causalidad”, p.175. “el Tribunal Supremo aplica la tesis de la integración entre la causalidad material y la casualidad jurídica.”. Y SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, p.221. El

agente y el daño, la Sala Primera del TS utiliza un criterio de apreciación racional basado en la experiencia de la casuística, pues para fundamentar ese nexo causal se basa en el sentido común, la lógica y los principios de justicia material⁷⁹⁴.

Y es en base a ese principio de justicia material, cuando el propio Tribunal Supremo en algunas ocasiones ha adoptado el criterio de la teoría de la equivalencia de condiciones⁷⁹⁵. En otras ocasiones, y en especial desde los años 1990 en adelante, se ha apreciado con bastante asiduidad el criterio de la teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada⁷⁹⁶. Además, en otras ocasiones el Tribunal Supremo suele exigir una relación directa entre la conducta del agente y el resultado dañoso, negando el nexo causal cuando interfiere un acontecimiento extraño y,

cual ya indica que en el año 1933 el Tribunal Supremo ya había resuelto que “los tribunales no pueden tomar parte de la discusión filosófica acerca de la relación causal.”.

⁷⁹⁴COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.91. En este mismo sentido la sentencia del 21 de enero de 1933 del Tribunal Supremo Sala Primera la cual indicaba que: “la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal.”. Este mismo autor remarca además las siguientes SSTs: 22 de octubre de 1948, 21 de enero de 1957, 15 de abril de 1964, 13 de octubre de 1979, 30 de diciembre de 1981, 11 de marzo de 1988, 7 de enero de 1992, 19 de diciembre de 1992, 12 de noviembre de 1993, 25 de marzo de 1995, 30 de diciembre de 1995 y 2 de abril de 1998. De igual parecer ROCA TRÍAS, “La causalidad”, pp.171 y 172. La cual remarca la sentencia de 10 de junio de 2008 del Tribunal Supremo Sala Primera que dice: “la valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa”.

⁷⁹⁵COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, pp.91 y 92. El cual remarca las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera 28 de febrero de 1975 y 29 de diciembre de 1997.

⁷⁹⁶COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.92. El cual indica: “que el Tribunal Supremo ha contemplado la relación de causalidad desde los parámetros de la causa eficiente, decisiva y adecuada, afirmando la necesidad de que el resultado sea una consecuencia natural y suficiente de la determinación de la voluntad.”. Y remarca las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera: 22 de abril de 1980, 4 de junio de 1980, 27 de enero de 1993, 29 de abril de 1994, 24 de enero de 1995, 25 de septiembre de 1996, 13 de febrero de 1998, 29 de mayo de 1999, 31 de julio de 1999, 9 de octubre de 1999, 2 de marzo de 2000, 31 de marzo de 2000, 30 de noviembre de 2001 y 7 de junio de 2002. SALVADOR CODERCH, *InDret*, “Causalidad y responsabilidad”, 2002, p.7. El cual remarca las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera: 1 de abril de 1997 (Ar. 2724), y 15 de octubre de 2001 (Ar. 8800) y en la p.13 indica la sentencia de 22 de abril de 2002 (Ar. 3312).

aceptando las causas próximas o mediatas para descartar las más lejanas y remotas⁷⁹⁷.

Un examen comparativo de la jurisprudencia de la Sala Primera y la Sala Segunda muestra, en ese sentido una clara diferencia en el ámbito civil son escasas las sentencias que diferencian entre lo que es la mera causalidad fáctica y la causalidad jurídica o normativa, a pesar que esta última es relevante para determinar si puede o no imputarse normativamente ese daño a un sujeto determinado⁷⁹⁸.

La jurisprudencia de la Sala Primera exige: que la relación de causalidad debe de quedar probada de forma suficiente⁷⁹⁹, y que además de que se haya infringido una norma, es necesario que el daño sea consecuencia de esa infracción para imputar la responsabilidad⁸⁰⁰. Y, se sostiene que para que pueda imputarse un daño a una conducta omisiva, el sujeto que omite dicha conducta, debe tener el deber legal de llevarlo a cabo por razón de su posición de garante que le tocaría asumir, en la relación causante del daño⁸⁰¹.

Para que se pueda imputar responsabilidad al sujeto agente es necesario demostrar que su conducta y el resultado dañoso se encuentran unidos por un nexo causal y esto implica necesariamente la prueba. La prueba de la causalidad incumbe a la persona perjudicada por el daño que demanda su reparación, exigiendo esa responsabilidad⁸⁰². En este sentido, rigen las reglas generales sobre la carga de la

⁷⁹⁷COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.92. Remarca las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera: 10 de diciembre de 1996, 11 de diciembre de 1996, y 1 de abril de 1997.

⁷⁹⁸COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.93. Remarca las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera: 30 de abril de 1998, 23 de febrero de 2001 y 3 de marzo de 2001.

⁷⁹⁹COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.93. Indicando en este sentido las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera: 17 de diciembre de 1988, 30 de abril de 1990, 27 de octubre de 1990, 3 de mayo de 1995, 6 de febrero de 1999, 21 de julio de 1999, 8 de febrero de 2001, 30 de noviembre de 2001, 6 de junio de 2002 y 7 de julio de 2002.

⁸⁰⁰COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.93. Indica las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera: 22 de febrero de 1946 y 30 de enero de 1951. Y sostiene que se trata "de la recepción jurisprudencial del criterio de imputación objetiva" en concreto la que denominábamos como "fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad".

⁸⁰¹COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.93. Como dice este autor: "no todas las personas responden de las consecuencias lesivas que estén en condiciones de evitar, sino sólo aquellas que tuvieran un deber de actuar derivado de la titularidad de una posición de garantía." Y remarca las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera: 29 de mayo de 1993, 19 de diciembre de 1994, 3 de diciembre de 1997 y 2 de diciembre de 1998.

⁸⁰²COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.94. "la víctima es quien debe probar la relación de causalidad y si no lo consigue su pretensión indemnizatoria deberá ser rechazada.". En igual sentido ROCA TRIAS, "La causalidad", p.176. "la prueba del nexo de causalidad corresponde al demandante". Y, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, pp.219 y 220. "será el perjudicado

prueba en cuanto a la valoración de la causalidad, (art. 217 de la LECiv). Sin embargo, excepcionalmente, el Tribunal Supremo ha admitido la inversión de la carga de la prueba del nexo causal en: -sectores de la actividad empresarial o profesional de un intenso desarrollo científico y tecnológico- es decir, cuando esta prueba de la causalidad conlleva dificultades insalvables al demandante⁸⁰³. Y, otras veces, también de forma excepcional y atendida la dificultad probatoria ha admitido la prueba de la relación de causalidad mediante el recurso de presunciones “*ius tantum*”, pero sólo cuando existe una probabilidad razonable de que el resultado dañoso proviene de la conducta del agente. En la actualidad esta última excepción jurisprudencial está fundada en el art. 386 de la LECiv⁸⁰⁴. De ahí, que se diga que “se exige exactitud y certeza a la hora de acreditar la concurrencia del nexo causal”⁸⁰⁵. Ya que, no basta, con que quede acreditada la relación de causalidad, sino que es necesario, que la conducta causante del daño, sea atribuida con plena seguridad a un sujeto determinado, en cuanto que autor causante de esa conducta⁸⁰⁶.

Esta certeza en cuanto al agente y al hecho dañoso plantea problemas cuando no se puede identificar al sujeto concreto y, cuando han participado distintos sujetos en la producción de ese daño.

a) Cuando no se puede identificar al sujeto concreto dentro de un grupo pero se sabe con certeza que el daño proviene del grupo, la cuestión que se plantea, es: si se debe absolver a todos los integrantes del grupo, por no poder acreditar de forma cierta al sujeto o, imputar la responsabilidad a todos los miembros de ese grupo. El Tribunal Supremo aplica de forma analógica el art. 33.5 de la Ley de caza de cuatro de abril de 1970 en el cual se indica “en la caza con armas, si no consta autor del daño causado a las personas, responderán todos los miembros de la partida de caza”⁸⁰⁷. Y, por lo tanto, cuando se diluye esta certeza entre los miembros de un

demandante el que ha de probar la relación de causalidad entre el obrar del demandado y el daño producido cuyo importe reclama.”.

⁸⁰³COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.95. SSTS de: 23 de junio de 1993, 8 de febrero de 1995 y 22 de enero de 1996. Si bien esta excepción ya no es sólo jurisprudencial sino que se ha visto reflejada en el apartado sexto del art. 217 de la LECiv.

⁸⁰⁴COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.95.

⁸⁰⁵COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.94.

⁸⁰⁶Como dice COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.96. “ha de existir certeza sobre la autoría del comportamiento activo u omisivo que ha generado el daño.”. Y de igual parecer ROCA TRÍAS, “La causalidad”, pp.176 y 177.

⁸⁰⁷COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.97. En cuanto a la extensión analógica del precepto de la ley de caza, el cual, remarca las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Sala

grupo se debe concluir que todos los sujetos integrantes del grupo son responsables del resultado dañoso salvo que se pueda probar que fue uno de ellos en concreto el autor directo e inmediato del daño causado. Se entiende que, en estos casos, es necesario que exista un vínculo entre el grupo que fomenta la acción conjunta, y en cuyo desarrollo se produce el hecho típico que daña a un tercero. Y, el fundamento por el cual se les imputa es por la relación de causalidad entre el riesgo y el daño⁸⁰⁸.

b) Cuando han participado distintos sujetos en la producción de ese daño. Un primer grupo de casos estaría agrupado por la coautoría. Aquí lo que se cuestiona es la certeza de la causalidad, pues se ignora en qué medida la conducta de cada uno de ellos ha contribuido efectivamente a la producción del daño. El problema radica en que se desconoce qué grado de participación han tenido los distintos sujetos en el resultado dañoso. La situación se resuelve declarando la responsabilidad conjunta de todos los coautores⁸⁰⁹. La jurisprudencia del Tribunal Supremo indica que para declarar esta responsabilidad es imprescindible que no se pueda individualizar la relevancia de cada acción con ese resultado dañoso ni precisar la concreta responsabilidad de cada uno de los intervinientes⁸¹⁰.

En otros casos con pluralidad de responsables, el resultado dañoso tiene causa en la intervención de una pluralidad de personas pero aquí en vez de actuar conjuntamente, los sujetos proceden de manera separada e independiente los unos de los otros, aunque con su actuar producen ese resultado dañoso⁸¹¹. Por lo tanto se distingue entre la contribución parcial de una pluralidad de personas a un resultado único y la autoría independiente de las mismas en la causación del resultado

Primera de 8 de febrero de 1983, 13 de septiembre de 1985 y 11 de abril de 2000. Y ROCA TRÍAS, "La causalidad", p.179. La cual remarca las mismas sentencias.

⁸⁰⁸COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.98. Siguiendo a LACRUZ indica que: "la relación de causalidad ya no se establece entre la conducta y el resultado dañoso, sino entre el riesgo y el daño. Se dice que cada uno de los miembros del grupo debe responder por la culpa anónima, pues todos ellos han contribuido conjuntamente a la creación y desarrollo de una actividad <<riesgosa>>".

⁸⁰⁹COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p. 98. "Cada causante responderá in solidum, sin perjuicio del derecho de reembolso parcial en la relación interna entre ellos.". Y, ROCA TRÍAS, "La causalidad", pp.179 y 180. También en términos similares.

⁸¹⁰En idéntico sentido COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.99. El cual cita las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera: "12 diciembre 1988, 10 de marzo 1994, 21 de junio 1999, 21 de diciembre 1999, 7 noviembre 2000". Y afirma que "esta misma solución se aprecia también en la jurisprudencia emanada de la Sala 2ª". ROCA TRÍAS, "La causalidad", p.179. De igual parecer la cual remarca a su vez las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera: 8 de febrero de 1983, 13 de septiembre de 1985 y 11 de abril de 2000.

⁸¹¹COLINA GAREA, "La relación de causalidad", p.99. "nos encontramos, simplemente ante una <<pluralidad de sujetos responsables>>".

dañoso. Sin embargo, en tales casos procede declarar de forma conjunta y solidaria la responsabilidad de todos ellos cuando no se puede individualizar ni la conducta ni el resultado dañoso de la misma⁸¹².

2.2. Culpabilidad, responsabilidad civil y menores.

2.2.1. Imputación a la culpabilidad en derecho civil.

a) Contenido de la culpabilidad.

La culpabilidad o la culpa en sentido amplio es el reproche jurídico derivado de una valoración negativa de la conducta de un individuo; por tanto, culpable será el sujeto que se ha comportado jurídicamente de forma reprobable por no atender las exigencias de conducta impuestas por la ley⁸¹³. El Derecho impone a todos sus destinatarios la adopción de unos comportamientos para la vida en sociedad. Y, por lo tanto, el no actuar en consecuencia determinará la culpabilidad del sujeto. De aquí que debemos plantearnos cuál es la razón por la que el ordenamiento exige ese comportamiento. Como dice Peña López, “la respuesta se encuentra en la finalidad protectora de bienes jurídicos que posee el Derecho.”⁸¹⁴; ya que el Derecho no sólo reconoce la existencia derechos e intereses a las personas sino que además los protege, y, esa protección se realiza exigiendo a sus destinatarios una actitud y un comportamiento respetuoso entre todos ellos.

No obstante, el Tribunal Supremo ha aceptado dentro del concepto “culpa” dos tipos de conductas: por un lado, aquellas donde “hay negligencia según una conducta antijurídica”; y, por otro aquellas en que, partiendo de una actuación

⁸¹²COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, p.100. El cual indica que “procederá igualmente la responsabilidad conjunta o solidaria de todos ellos.”. Y remarca la sentencia de 7 de noviembre de 2000 del Tribunal Supremo Sala Primera la cual indica: que para declarar la solidaridad, no es que: “la causa sea común o única, siendo aplicable a casos (...) en que se aprecien causas concurrentes, autónomas, susceptibles de producir cada una de ellas por sí sola el resultado dañoso.” Y, ROCA TRÍAS, “La causalidad”, p.179. “la dificultad de identificar al auténtico productor del daño, debe concluirse que todos los miembros del grupo responden de forma solidaria.”.

⁸¹³PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.109.

⁸¹⁴PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.109.

diligente y lícita, la culpa se establece en virtud de “un resultado dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta por ser socialmente reprochable”⁸¹⁵.

Cuando se ha producido una conducta que vulnera estos derechos o intereses (conducta antijurídica), los sistemas que utilizan la culpa como sistema de imputación se plantean si dicha lesión se ha producido contraviniendo la conducta establecida por el ordenamiento jurídico para proteger esos bienes o intereses dignos de tutela jurídica⁸¹⁶.

Esta contravención de conducta se puede realizar: mediante dolo, es decir, cuando el sujeto acepta conscientemente la vulneración de derechos e intereses protegidos; o, mediante culpa en sentido estricto o negligencia, cuando el sujeto ha ocasionado una lesión previsible y evitable de dichos derechos o intereses. En cualquiera de las dos conductas nos encontramos ante actuaciones culpables y son merecedoras de reproche jurídico⁸¹⁷.

Pero para que ese reproche sea posible, con carácter previo debemos examinar si el sujeto a quien se quiere reprochar la conducta es capaz de entender y de querer ese comportamiento que se le exige. A este elemento previo a la constatación de la conducta reprochable del sujeto se le llama imputabilidad o capacidad de culpa⁸¹⁸.

Por lo tanto, la determinación de la culpabilidad es un juicio normativo complejo compuesto de dos momentos distintos: uno previo, consistente en determinar la capacidad de culpa del sujeto; y otro consistente en determinar una de las conductas reprobadas. A este juicio normativo se le denomina juicio de culpabilidad⁸¹⁹.

b) La imputabilidad como capacidad de culpa civil.

El primer elemento que debe concurrir para que una conducta realizada por un sujeto sea considerada como culpable es que ese sujeto sea capaz de culpa o imputable. Es decir, debemos analizar la aptitud que tiene esa persona para realizar actos o conductas culpables. El examen está referido a, si su capacidad intelectual y

⁸¹⁵Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, “La responsabilidad por acto propio”, en Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, Valencia, 2011, pp.93 y ss., p.95. En este sentido siguiendo a DIEZ-PICAZO.

⁸¹⁶PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.110.

⁸¹⁷PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.110. ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “La responsabilidad por acto propio”, p.96. Las cuales sostienen que: “para que pueda imputarse un daño a un sujeto deben concurrir los requisitos de intencionalidad o negligencia e imputabilidad.”

⁸¹⁸Esta determinación previa del inimputable, que era frecuente en el derecho penal clásico, es ahora poco frecuente entre los penalistas. Cfr. no obstante, PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones derecho penal*, pp.222 a 230. Evolución y distintos posicionamientos. Y, pp.45 a 47. Su posicionamiento.

⁸¹⁹PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.110.

volitiva es suficiente para comprender la exigencia de conducta que le impone el derecho para vivir en sociedad y para querer comportarse de acuerdo con ello. Como dice Peña López, aunque este requisito no se establece en ningún precepto la doctrina española la admite de forma unánime como un elemento de la culpabilidad⁸²⁰. Y, da como argumentos: el hecho de que se exija la capacidad natural como condición de validez de cualquier acto jurídico, el propio concepto de culpabilidad como juicio de reproche subjetivo, la existencia de un régimen de responsabilidad civil especial para los inimputables en el CP, y su reconocimiento como elemento de culpabilidad en los Códigos Civiles de Alemania, Portugal e Italia.

Un sujeto sólo puede ser culpable si es capaz de entender lo que está haciendo y de comprender, además, que lo que está haciendo es digno de reproche. Y sólo podrá ser declarado culpable si, entendiendo lo anterior, tiene además la voluntad suficiente para adecuar su conducta a dicho entendimiento. Peña López define la imputabilidad en la responsabilidad civil extracontractual subjetiva como “la capacidad para entender el acto que se ha realizado, sus consecuencias y la reprobación jurídica que sobre él mismo recae; y para ajustar el comportamiento a la comprensión de esos extremos.”⁸²¹.

En todo caso, lo que exige la imputabilidad es una cierta capacidad pero no un conocimiento efectivo o una voluntad concreta. Por lo tanto la capacidad de culpa se debe analizar caso por caso y en relación al concreto acto que se ha realizado y sus consecuencias. En el derecho civil español no están definidas las situaciones de inimputabilidad, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal español aunque de forma genérica tradicionalmente se identifica a los inimputables civiles con los niños menores de siete u ocho años y con las personas que tienen perturbadas profundamente su facultades mentales⁸²².

Al no estar definida la capacidad de culpa se plantea el problema de si debe o no debe responder el sujeto que no es capaz de conocer las consecuencias de su conducta; es decir, aquel que no distingue entre lo correcto y lo incorrecto. Se plantean a este respecto tres cuestiones:

- Si el incapaz debe o no debe responder con su patrimonio, cuando produce con su conducta un daño⁸²³. En este sentido al haberse derogado el art. 32.2 del CC se sostiene que no hay cobertura legal expresa para que un incapaz indemnice. Pues aquel precepto establecía que los menores y discapacitados mentales eran

⁸²⁰PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.111.

⁸²¹PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.112.

⁸²²PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.112.

⁸²³ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “La responsabilidad por acto propio”, p.105.

susceptibles de derechos y obligaciones cuando estos nacían de las relaciones o de los hechos entre el incapaz y un tercero.

- si la inimputabilidad penal de los menores y de los incapaces afecta también a la inimputabilidad civil. En efecto, si hay un único régimen de responsabilidad civil, la situación es de difícil interpretación atendida la regulación de la responsabilidad penal del menor y la interrelación entre las normas civiles y las normas penales⁸²⁴.

Y finalmente, a pesar de que el propio art. 1903 del CC establece la responsabilidad civil por hecho ajeno, es decir, se responde frente a terceros perjudicados por actos u omisiones efectuados por quienes están sometidos a patria potestad o tutela. Se plantea la cuestión de si en esos casos también pueden o no responder estos menores que han causado el daño⁸²⁵. Atendido que pueden tener capacidad de culpa civil y por tanto responder en base al art. 1902 del CC.

Se dice que siempre que nos encontremos ante un hecho dañoso antijurídico, realizado por un inimputable, en un régimen de responsabilidad basado en la culpa, la consecuencia jurídica será que ese sujeto deberá quedar exonerado, por no haber intervenido en su conducta la culpa o negligencia que se exige en todo régimen de responsabilidad subjetiva. Para Peña López “cualquier régimen de derecho de daños que atribuya responsabilidad a un sujeto inimputable debe ser considerado de responsabilidad objetiva; pues sin imputabilidad, por definición no puede haber culpa.”⁸²⁶.

c) El dolo como forma de culpabilidad civil.

Una vez constatado que el autor del hecho dañoso es capaz de culpa, debemos analizar ese segundo momento del juicio de culpabilidad y constatar si se presenta una de las dos formas de culpabilidad el dolo y la culpa o negligencia. Aunque, como dice Roca⁸²⁷, para que se pueda imputar un daño a un sujeto deben concurrir en el mismo los criterios de intencionalidad o negligencia por un lado y además la

⁸²⁴ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “La responsabilidad por acto propio”, p.106. En este sentido y también “(LACRUZ, PANTALEÓN DE ÁNGEL)”.

⁸²⁵ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “La responsabilidad por acto propio”, p.106.

⁸²⁶PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.113.

⁸²⁷ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “La responsabilidad por acto propio”, p.97. “nacerá la obligación de indemnizar cuando la acción u omisión que ha provocado el daño haya sido causada adrede por el agente: nos hallamos ante un supuesto en que se ha buscado intencionadamente la producción de un resultado dañoso, constitutivo o no de delito. La cuestión de si se trata de dolo o culpa es indiferente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.”.

imputabilidad del sujeto por otro. Se habla de conducta intencional cuando el sujeto imputable de forma consciente quiere causar el daño⁸²⁸.

Tanto el dolo como la culpa admiten distintas modalidades las cuales permiten clasificar las conductas en dolosas y culposas en función de su intensidad o gravedad. Entre los civilistas, se considera que el dolo es un comportamiento caracterizado por dos elementos cognitivos: es preciso que el autor del daño sea consciente de la conducta que está realizando y de las consecuencias que se van a derivar de su conducta; y, el autor del daño debe ser consciente de que su conducta está prohibida por el derecho. Y, además de estos dos elementos para que podamos hablar de dolo ese sujeto debe realizar esa conducta antijurídica de forma voluntaria⁸²⁹.

En cualquier modo, dentro del dolo se puede hablar de dos grados de dolo en función de su gravedad: dolo directo de primer grado, sí el autor del daño busca directamente causar ese daño; y dolo directo de segundo grado, sí el autor del daño acepta el daño como una consecuencia necesaria de su actuación⁸³⁰. A efectos jurídicos esta distinción no se aprecia. En cambio sí que es importante definir el dolo eventual pues es el criterio que se encuentra en la línea de separación entre dolo y culpa. En el dolo eventual el sujeto conoce que su conducta puede probablemente producir ese daño y además acepta voluntariamente que si ese daño se acaba produciendo se produzca. Esa voluntad es la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente⁸³¹. Sin embargo, en la culpa consciente el autor del hecho conoce que su comportamiento puede probablemente producir el daño pero confía en que no se produzca.

d) *La culpa o negligencia civil.*

Se dice que es negligente una conducta cuando el daño causado es consecuencia de una conducta poco previsoras del sujeto, esto es, el daño causado no ha sido buscado intencionadamente por el agente⁸³².

⁸²⁸Es claro que el concepto se ha desarrollado de modo diferente al del derecho penal, que en la doctrina mayoritaria no es considerado forma de culpabilidad, sino elemento del tipo subjetivo. PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de derecho penal*, pp.86 y ss.; pp.140 y ss.

⁸²⁹PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.114. Los denomina: "punto de vista de la realidad material y punto de vista de la significación antijurídica de la conducta."

⁸³⁰PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.114.

⁸³¹PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.115. En el mismo sentido.

⁸³²ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, "La responsabilidad por acto propio", p.97.

La culpa o negligencia, sin embargo, está definida en el CC y se entiende que es la forma más leve de culpa. Aunque estos conceptos están definidos para la responsabilidad contractual, son adoptados y aplicados para el derecho de daños. Por lo tanto, partiendo de la definición del art. 1104 del CC, es posible determinar los distintos elementos que componen la culpa o negligencia.

Por un lado, la culpa se caracteriza por la falta de voluntariedad. En el acto dañoso negligente el autor ni quiere ni acepta voluntariamente que de su conducta se deriven daños a terceros. Y en la culpa consciente, que es el comportamiento más cercano al dolo, conoce la probabilidad del daño, pero confía en que este no se produzca.

Por otra parte, se caracteriza por un comportamiento consistente en la omisión de una diligencia debida. De aquí que se diga que junto con la no voluntariedad de la conducta, el autor del hecho negligente o culposo se ha comportado de distinta forma a la conducta debidamente definida por el derecho y que estaba obligado a comportarse de esa forma⁸³³.

Esta obligación de conducta está definida en el art. 1104 del CC con la expresión “de un buen padre de familia”. Y se debe entender por tal expresión, no el ciudadano medio, sino un modelo ideal de ciudadano; lo que socialmente se considera un comportamiento modelo o ideal en cada situación⁸³⁴. Por esto se dice que este comportamiento debe concretarse en atención a las circunstancias, que pueden definirse:

a) La entidad de los bienes jurídicos, derechos e intereses: cuanto más valioso sea el bien o el interés que se protege jurídicamente más diligencia se le exigirá al sujeto respecto a la conducta que se le exige⁸³⁵.

b) Circunstancias personales: cuanto más capaz sea intelectual o físicamente un individuo más cuidadosa y precisa deberá ser su conducta⁸³⁶.

⁸³³PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.117. “El autor del hecho negligente se ha comportado de modo distinto a un determinado patrón de conducta definido objetivamente por el Derecho, patrón que determina precisamente la denominada diligencia debida.”. En sí, este requisito concurre en el comportamiento doloso. No obstante, como se indica en el texto, a continuación, la influencia del art. 1104 del CC en la definición de culpa es un aspecto a considerar en el ámbito civil.

⁸³⁴ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “La responsabilidad por acto propio”, p.99. Por ello ambas indican que la culpa extracontractual consiste “en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, y concretamente en el obrar sin cuidado y atención necesaria para evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos.”.

⁸³⁵PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.118.

c) Las circunstancias del tiempo y del lugar: se exige una conducta más especial cuanto más dificultoso sea el entorno en el que se desarrolla la acción⁸³⁷.

En cualquier modo, la culpa debe ser relevante en relación con el daño antijurídico. Para que la culpa sea relevante a efectos del derecho de daños, la negligencia del sujeto debe encontrarse en relación con el daño del que se pide esa declaración de responsabilidad; de ahí que se diga que la relación entre la negligencia y el daño sólo puede predicarse si el perjuicio en cuestión podía y debía ser evitado mediante un comportamiento diligente. Por lo tanto, se tratará de determinar qué es previsible y evitable para un buen padre de familia en función de las circunstancias señaladas en el art. 1104⁸³⁸.

La evitabilidad es, evidentemente, cuantificable. Y esta cuantificación es la que lleva a la utilización de denominaciones de distintos grados de culpa y a la clásica tripartición de la culpa consolidada durante la etapa del *ius commune* entre culpa grave, leve y levísima. En la actualidad esta clasificación se usa poco pero la mención de culpa levísima sí que aparece en las sentencias de nuestros tribunales, y se entiende por ella la culpa a la que se refiere el art. 1902 del CC.

El concepto de culpa grave es utilizado por el legislador, y sí que le atribuye consecuencias jurídicas normalmente unidas al dolo. Es el caso de los arts. 168, 1366 y 1904.3 del CC, y se define como aquel comportamiento contrario a la diligencia con la que hubiera actuado cualquier ciudadano normal, o no ideal, en aquellas circunstancias⁸³⁹.

La referencia a la culpa omisiva es cuestión distinta de la gravedad. Culpa omisiva o "*culpa in ommittendo*" es un simple no hacer, cuando por ese no hacer se determina la producción de un daño antijurídico. Por la propia definición, se concluye que en realidad estamos ante un problema de causalidad y no ante un problema de

⁸³⁶PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.118. ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, "La responsabilidad por acto propio", pp.100 y 101. Las cuales también sostienen que: "habrá que tener en cuenta las circunstancias personales del causante del daño, que se refiere, sobre todo a la profesión que ejerce, por la especial pericia que puede tener frente al <<buen padre de familia>>".

⁸³⁷PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", pp.118 y 119.

⁸³⁸PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.119. "con el test de previsibilidad/evitabilidad se pretende determinar única y exclusivamente si el daño es atribuible a la culpa o negligencia". ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, "La responsabilidad por acto propio", p.99. "el criterio de atribución de culpa se basa en la previsibilidad del resultado dañoso, de acuerdo con una conducta tipo que se ajusta al modelo legal del buen padre de familia. Es lo que con otros criterios se denomina previsibilidad."

⁸³⁹PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.121. "una negligencia grosera, una conducta opuesta a lo que hubiese hecho cualquier sujeto normal en la misma situación."

la culpabilidad⁸⁴⁰. No obstante, esta visión puede dejar de lado que existen omisiones dolosas.

e) El caso fortuito como límite.

Para que un sujeto pueda ser considerado culpable es decir responsable en el marco de un régimen de responsabilidad subjetivo debe ser capaz de culpa es decir imputable y además comportarse de alguna de las siguientes formas contrarias al derecho, es decir, con dolo o culpa o negligencia. Como dice Peña López, “más allá de la culpa no hay responsabilidad subjetiva”⁸⁴¹.

El caso fortuito es aquel daño que se ha producido sin culpa del sujeto al que se le pretende imputar. Es un caso de ausencia de culpa, pero con unas características especiales de conformidad con lo establecido en el art. 1105 del CC, que define el caso fortuito⁸⁴².

Para que se pueda hablar de caso fortuito se deben dar las siguientes circunstancias: un evento dañoso; y la relación de causalidad entre el evento y el daño. Y, además ese suceso debe ser imprevisible o inevitable para el sujeto al cual se pretende imputar el daño.

Por eso se dice que el caso fortuito demuestra que el daño no se ha producido por una falta de diligencia en la conducta del sujeto sino que el evento era imprevisible para un buen padre de familia y que no ha podido evitarlo⁸⁴³.

f) La responsabilidad objetiva como excepción.

⁸⁴⁰PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.121. “La verdadera diferencia entre los supuestos de conducta negligente activa y pasiva no está en la culpa, sino en la relación de causalidad.”

⁸⁴¹PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.122.

⁸⁴²PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.123. Aunque sostiene que hay autores que definen el caso fortuito como “una interferencia que elimina la relación de causalidad entre la conducta del sujeto y el daño.” y argumenta “que no es coherente dogmáticamente que una exoneración de responsabilidad por falta de culpa del individuo que realiza la conducta, como la que aquí se contempla, determine la ausencia de causalidad.”

⁸⁴³PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.124. En este sentido el cual indica que “la causalidad es algo objetivo al igual que lo es la antijuricidad, y la culpa o no culpa del sujeto no puede eliminar la causalidad. Si así fuese, no habría forma de construir con coherencia el concepto de relación de causalidad, el cual se utiliza tanto en los regímenes de responsabilidad por culpa como en los de responsabilidad objetiva, y en estos últimos una exoneración basada en la imprevisibilidad del daño por la diligencia del sujeto carece de todo sentido.”

Se llama responsabilidad objetiva, a la establecida por cualquier régimen de responsabilidad civil en el que se prescinde de la culpa como criterio de imputación; se emplean en él, criterios que no son coincidentes, pero que se agrupan en contraposición a los criterios de imputación subjetivos⁸⁴⁴.

La responsabilidad objetiva ha existido siempre, tanto en el derecho romano, como el derecho germánico. En sus inicios el sistema de responsabilidad objetiva estaba generalizada, y, se basaba en la mera causación física del daño en cuestión⁸⁴⁵.

La culpa o la negligencia, como criterio de imputación, es una innovación que aparece en el Derecho Romano clásico para ciertos supuestos puntuales. Es luego cuando se generaliza este criterio de imputación en la etapa justiniana, y la responsabilidad objetiva se encuentra relegada a situaciones excepcionales, en la época del *corpus iuris civilis*.

La culpa se convirtió en el único criterio de imputación en la época del iusnaturalismo Racionalista. Y así, se llega con la culpa como único criterio de imputación hasta el Código civil francés y del que se exporta este principio a nuestro CC.

Pero, como ya he indicado al explicar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la culpa, una vez se publicaron los códigos civiles a finales del siglo XIX y principios del XX surge con fuerza la idea de que el criterio de imputación debe ser único y objetivo mientras que otros sostenían que el criterio de imputación sólo podía estar basado en la culpa⁸⁴⁶. Ninguna de las dos ideas cuajó un único criterio de imputación, y distinto del de la culpa. Y finalmente el sistema de responsabilidad civil español ha quedado de la siguiente forma: un sistema compuesto por una multitud de regímenes de responsabilidad objetiva fundados en diversos criterios de imputación y, al lado, un régimen de responsabilidad por culpa, en posición de regla de Derecho común⁸⁴⁷.

Pese al número y la heterogeneidad de los criterios de imputación y de los regímenes de responsabilidad objetiva actual, se debe intentar hacer una

⁸⁴⁴Como señala PEÑA LÓPEZ es una denominación genérica. PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.135.

⁸⁴⁵PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", p.135.

⁸⁴⁶JOSSERAND, RIPERT, RODOTÁ, TRIMARCHI y, en contra, que defendían que el criterio único debía ser la culpa, PLANIOL y DE CUPIS.

⁸⁴⁷PEÑA LÓPEZ, "El criterio de imputación", pp.135 y 136. Y, Encarna ROCA TRÍAS, "La responsabilidad objetiva" en Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, Valencia, 2011, pp.261 y ss., p.263. Indica "los casos de responsabilidad objetiva han de estar determinados por una norma legal que así lo imponga" la cual afirma que para el Tribunal Supremo "sigue rigiendo el principio de la culpa, salvo que una ley establezca un sistema distinto."

clasificación de los mismos en base a como se fundamenta la imputación. Es importante, pues eso, nos permitirá aplicar la norma a supuestos no incluidos expresamente en esa ley especial, por la analogía, y para suplir las lagunas, que eventualmente pueden tener esos regímenes en alguno de estos grupos.

Sólo voy a referirme a dos grupos: la responsabilidad objetiva de la empresa y, la responsabilidad objetiva por la realización de actividades peligrosas, pues son los dos regímenes que servirán para analizar el art. 1903 del CC, en el cual se regula la responsabilidad por hecho ajeno.

La responsabilidad objetiva de la empresa implica atribuir el daño directamente a una empresa y está presente de forma específica en algunas leyes especiales: Ley General de consumidores y usuarios respecto ciertos servicios o productos que hayan generado daños a consumidores⁸⁴⁸, Ley de navegación aérea, Ley de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos⁸⁴⁹. Esta responsabilidad objetiva se encuentra limitada a los riesgos típicos del normal funcionamiento y objeto de la empresa, atendido que son los riesgos típicos, los que objetivamente puede controlar una empresa, aumentando o disminuyendo ese riesgo de daño, modificando factores de producción⁸⁵⁰. Estos criterios están fundamentados en los principios jurídicos “*ubi emolumentum ibi onus*” y “*cuius cómoda eius et incomoda*”⁸⁵¹. La mayor parte de legislaciones de nuestro entorno

⁸⁴⁸Arts. 27 y 28 de la Ley General de consumidores y usuarios respecto ciertos servicios o productos que hayan generado daños a consumidores.

⁸⁴⁹PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.137.

⁸⁵⁰PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, pp.137 a 139. Para él, la responsabilidad objetiva de la empresa “se funda en la capacidad que ésta tiene para introducir los daños en su cuenta de costes de producción.”.

⁸⁵¹En este sentido: ROCA TRÍAS, “La responsabilidad objetiva”, p.263. La cual indica que si bien la jurisprudencia justifica la responsabilidad objetiva en que se ha creado un riesgo, hay otras sentencias, que la fundamentan en estos principios “porque debe ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa.”. (STS de 7 de abril de 1997). Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, 1988, p.97. La teoría del riesgo presenta dos variedades: la del provecho o del riesgo-beneficio y la del riesgo creado. La teoría del riesgo beneficio fue creada para atender una situación concreta la responsabilidad del patrón en materia de accidentes de trabajo. Según la misma, quien emprende la actividad generadora de riesgos para terceros con el propósito de obtener un beneficio, ha de soportar los daños que de ella se deriven, aunque hayan sobrevenido sin su culpa. Más tarde, se pretendió ampliar el caso a toda persona que cause un daño cualquiera en el ejercicio de una actividad de la que se extrae algún provecho, pero esto provocaba dificultades insalvables, por lo que se trató de elaborar una nueva concepción llamada del riesgo-creado, que consiste en la obligación de reparar hechos dañosos producidos por una actividad que se ejerce en nuestro

excluyen la imputación a título de culpa cuando el sujeto responsable del daño es una empresa⁸⁵².

Por otra, la responsabilidad objetiva por la realización de actividades peligrosas. Esta responsabilidad tiene su fundamento en el peligro que crean ciertos objetos o actividades⁸⁵³. En todos ellos existe una fuente de riesgo y su existencia supone un peligro para los bienes jurídicos ajenos; su titular o beneficiario responde con independencia de su culpa. El problema es determinar qué actividades forman parte del riesgo o peligro para aplicar ese régimen objetivo, ya que si el daño se ha producido por un hecho ajeno a ese peligro o actividad, la responsabilidad no se regulará en base a esa norma, pues el fundamento de esta responsabilidad es el peligro que supone el desarrollo de ciertas actividades, actuar con ciertos objetos o simplemente tenerlos en nuestro poder.

Por norma general junto a estos regímenes de responsabilidad por actividad peligrosa se establece un seguro obligatorio a cargo del titular o beneficiario de la fuente del riesgo. Se trata de un instrumento de socialización del daño que evita la indefensión de las víctimas de las fuentes de riesgo que se regulan⁸⁵⁴.

Se debe indicar que los regímenes de responsabilidad objetiva son regímenes de responsabilidad civil, y, por lo tanto, le son de aplicación todo lo que he explicado anteriormente excepto “el criterio de imputación”, las formas de culpabilidad. Por lo tanto el sujeto responsable en un sistema de responsabilidad objetivo puede eludir su responsabilidad, bien alegando y probando, que no existe relación de causalidad entre la acción u omisión suya y el daño; bien alegando que la conducta realizada no es antijurídica por concurrir causa de justificación⁸⁵⁵.

Ciertamente, entre las circunstancias generales de exoneración habría que incluir: la culpa exclusiva o concurrente de la víctima o de un tercero. El motivo de esta causa de exoneración, es que a ese tercero, ya sea total o parcial, no le afecta el régimen de responsabilidad objetivo y por lo tanto éste responde por culpa. Pero es evidente que el posible reparto de responsabilidad entre, el que responde objetivamente y, la víctima u otros posibles terceros, corresponde al campo de la

interés y bajo nuestro control. La idea del riesgo pierde así su aspecto económico y profesional. Alba PAÑOS PÉREZ, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Barcelona, 2010, pp.36 y 37.

⁸⁵²PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.137.

⁸⁵³Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, art. 33.5 de la Ley de caza y, preceptos del CC, como el art. 1905.

⁸⁵⁴PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.141.

⁸⁵⁵PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.141.

causalidad. Esto es la prohibición de regreso que se analizó antes en la causalidad⁸⁵⁶.

Parece claro que en estos sistemas el sujeto nunca podrá alegar, para exonerarse, que no concurren en él circunstancias o elementos exigidos por el régimen de responsabilidad subjetiva; es decir, no prosperará que el sujeto ha actuado diligentemente, ni tampoco la prueba de que concurre caso fortuito o fuerza mayor⁸⁵⁷.

En cambio, el sujeto sí que podría quedar liberado de toda responsabilidad probando que no existe ninguna relación entre la razón en la cual se fundamenta esa responsabilidad objetiva y, el daño que se pretende que él resarza. Todos estos supuestos de exoneración, indicados para los sistemas objetivos, se fundan en que el daño se produjo debido a factores externos y, alejados de la razón en que se inspira el régimen objetivo; por ese motivo reciben el nombre de “causas de fuerza mayor”, y, nada tienen que ver con la fuerza mayor que se identifica con el caso fortuito en el CC. El caso fortuito, implica ausencia de culpa y ésta no exonera de la responsabilidad en un régimen objetivo⁸⁵⁸.

Normalmente la ley que regula regímenes objetivos añade al término “fuerza mayor” el adjetivo externa para no confundirla con fuerza mayor del caso fortuito⁸⁵⁹.

2.2.2 La cuestión de la responsabilidad por hecho ajeno en el derecho civil: aspectos generales.

⁸⁵⁶La causalidad en el trabajo. Apartado 2.1.1.5. Y, de igual parecer en este mismo sentido PEÑA LÓPEZ “El criterio de imputación” pp.141 y 142.

⁸⁵⁷Tal y como he explicado la fuerza mayor o caso fortuito. (Apartado 2.2.1.) del trabajo. Imputación a la culpabilidad en derecho civil. PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación” pp.121 a 124. María MEDINA ALCOZ, “La fuerza mayor como circunstancia exoneradora de la responsabilidad civil extracontractual. El tránsito de su suposición a su expresa proclamación.”, *Boletín Ministerio de Justicia*, Núm. 1929, 2002, p.7 y ss., p.12. Indica: “si bien la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor no está recogida en el artículo 1105 CC si se hace necesaria para los artículos 1905 y 1784 CC por tratarse de los tipos cualificados previstos como salvedad en aquel precepto, de modo que si el daño se ha debido a una fuerza mayor interna (caso fortuito) se está de lleno en el ámbito de la imputación por el riesgo desplegado, siendo exoneradora sólo la fuerza mayor externa.”.

⁸⁵⁸MEDINA ALCOZ, *BMJ*, Núm. 1929, 2002, p.14. “El caso fortuito sólo puede dar lugar a responsabilidad en un sistema objetivo, en el que se responde aunque no haya culpa. En un sistema subjetivo no tiene cabida pues su presencia excluye la presencia de culpa.”.

⁸⁵⁹En este sentido Art. 35.6 a) del RLC o, el art. 1 de la LRCSCVM. Y también algunos autores para que se diferencie del caso fortuito hablan de fuerza mayor externa. MEDINA ALCOZ, *BMJ*, Núm. 1929, 2002, p.13. Así indica: el concepto de genérico de fuerza mayor se subdivide en dos especies, la externa o extraña, que es la propiamente dicha, y la interna o propia que es el caso fortuito.”. PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.143.

a) *Introducción: aspectos fundamentales.*

En el análisis de la responsabilidad civil en hechos cometidos por menores no es sólo relevante la propia responsabilidad de sujeto que actúa. En el tratamiento del problema, resulta esencial también el examen de los criterios por los cuales es posible responder por hechos de terceros. Como se ha de ver, en este ámbito, el ámbito relativo a la menor edad del sujeto que actúa, es incluso predominante.

Se habla de responsabilidad por hecho ajeno cuando se hace referencia a la responsabilidad civil que asume una persona por el hecho realizado por otra; el motivo por el cual se le atribuye esa responsabilidad es la existencia de una relación de dependencia entre el sujeto que asume la responsabilidad y el sujeto que causa el daño. Por eso, hemos de determinar cuál debe ser la relación de dependencia y, se debe probar, si la misma afecta, o no, al evento dañoso. A diferencia de lo que sucede en el derecho civil, en derecho penal el fundamento de la responsabilidad por actuación de otros ha sido un problema relativamente moderno⁸⁶⁰, que no ha de confundirse con la cuestión de la imprudencia, puesto que imprudente, en el derecho penal, es el comportamiento propio. Cuestión distinta es la posibilidad de omisiones imprudentes⁸⁶¹.

El art. 1903 del CC es uno de los arts. nucleares del sistema español de responsabilidad civil extracontractual, aunque el mismo no agota todos los casos de responsabilidad por hecho ajeno, sí que contiene los más trascendentes y sobre su base se ha construido la teoría general de la responsabilidad por hecho ajeno.

Los redactores del Code Civil francés, al comentar los trabajos preparatorios del texto del art. 1384⁸⁶² -antecedente de nuestro art. 1903- encuentran su fundamento

⁸⁶⁰En realidad, está vinculado con los fundamentos políticos de la sanción penal de las omisiones. Cfr. Carlos PÉREZ DEL VALLE, "Los fundamentos filosófico-políticos de la teoría liberal de la omisión", en *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp.17 y ss.

⁸⁶¹PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de derecho penal*, p.96.

⁸⁶²Art. 1384 CCFr. «On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil. Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les

en un doble motivo: de un lado, en la culpa, ya sea “*in vigilando*”⁸⁶³ o “*in eligendo*”⁸⁶⁴. Se entiende, por tanto, que el sujeto responsable ha sido negligente en la vigilancia o control del comportamiento de los menores o dependientes o ha sido negligente a la hora de elegir quién los debía vigilar o controlar. Esa culpa es la que justifica la imposición de la obligación de indemnizar. Y, de otro, en una idea de garantía. Pues ante la previsible insolvencia de los autores materiales de los daños el legislador quiso sujetar el patrimonio de estos terceros para asegurar el cobro del daño sufrido por las víctimas. Por tanto, esta garantía surgía por motivos de índole social.

La doctrina tradicional se olvidó de este segundo motivo pues fundamentaba el art. 1903 sólo en la culpa⁸⁶⁵. En ese sentido, la jurisprudencia tradicionalmente había indicado que la razón en la cual se basaba esta obligación de responder es la culpa del declarado responsable pero que no se trataba de una culpa propia en la producción del daño sino que se basa en la presunción de la concurrencia de alguna de las formas de culpa: “*in eligendo*”; es decir, por la falta de elección en la persona en que produjo el daño o, “*in vigilando*”, por la falta de control en la persona cuya custodia tiene encomendada el sujeto responsable⁸⁶⁶.

En la actualidad se va recuperando la idea de garantía a través de la teoría del riesgo y del “*cuius est commodum eius est periculum*”. En todo caso, Navarro Michel sostiene que esta fundamentación en base a la teoría del riesgo no puede ser un fundamento para responsabilizar a los padres⁸⁶⁷. En cambio el Tribunal Supremo sí

fonctions auxquelles ils les ont employés; Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.».

⁸⁶³Mónica NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Barcelona, 1998, p.35. “La culpa *in vigilando* supone la falta de diligencia de los sujetos responsables para apartar a las personas que tienen bajo su cuidado o dependencia, de las ocasiones y oportunidades de causar daño a otros.”

⁸⁶⁴ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.35. “La culpa *in eligendo* es la falta de discernimiento al escoger y destinar los empleados, que pueden causar daños a terceros por su incompetencia, o su excesivo atrevimiento.”.

⁸⁶⁵ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.36.

⁸⁶⁶ Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, en: Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, Valencia, 2011, p.147 y ss, p.147.

⁸⁶⁷ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.36. “no pueden ser aplicadas a los padres. Repugna oír hablar de riesgo en relación a estos, como si el mero hecho de tener hijos fuese una actividad peligrosa para terceros. Además los padres no

que ha reconocido este criterio objetivo de la teoría del riesgo en estos casos de menores y padres⁸⁶⁸.

Todos los supuestos del art. 1903 tienen dos elementos comunes: uno la idea de garantía, para asegurar que cobre el perjudicado su indemnización, y dos una relación de subordinación, entre el causante del daño y el sujeto responsable.

El legislador ha adoptado una mayor garantía en las situaciones de responsabilidad extracontractual que en las obligaciones de responsabilidad contractual. Atendido que se entiende, que en la extracontractual, el sujeto sufre un daño sin haber intervenido en su causación (no hay relación previa). Mientras, que en la responsabilidad contractual el sujeto que sufre el daño ha intervenido con anterioridad en el contrato, y por lo tanto, aunque no lo desee, es consciente de su posible incumplimiento.

La relación de dependencia o subordinación puede ser familiar docente o laboral. En la actualidad, la jurisprudencia indica que la obligación de responder no se encuentra exclusivamente en la presunción de esta culpa sino en la inserción de un criterio de riesgo creado por el responsable el cual determina su culpa directa en la producción del daño al tercero. La moderna doctrina se inclina por decir que la responsabilidad por hecho ajeno es un sistema de distribución del coste de la indemnización y por lo tanto constituye una forma de atribuir al sujeto más solvente el resarcimiento de los daños que la víctima no tiene obligación de soportar. Se afirma que la responsabilidad surge exclusivamente por el hecho de haberse producido el daño.

Y surge el problema de si para que sea responsable alguno de los sujetos enumerados en el art. 1903 del CC es necesario que previamente el agente material del daño sea culpable. La doctrina dice “que la declaración previa de responsabilidad del autor material del daño es un presupuesto fáctico y legal para responsabilizar al sujeto responsable”. Roca Trías y Navarro Michel sostienen: que es indispensable el requisito de la culpa del autor del daño para hacer surgir esta obligación de resarcir al tercero; aunque hablemos de la culpa genérica. Pero, indican que la misma será

sacan provecho alguno de su autoridad, ni económico, ni moral. Luego las formulaciones basadas en el riesgo son inaplicables a los padres.”.

⁸⁶⁸ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.36. En este sentido NAVARRO MICHEL menciona las siguientes SSTs Sala1ª: de 17 de junio de 1980 (R. A.409), 10 de marzo de 1983 (R. A.1469), de 4 de mayo de 1984 (R. A.2396), de 22 de septiembre de 1984 (R. A. 4332), 22 de enero de 1991 (R. A.304), de 7 de febrero de 1991 (R. A.1151) y de 30 de junio de 1995 (R. A.5272).

discutible en el caso de los padres y los guardadores debido a la falta de imputabilidad en general de los menores y de las personas sometidas a tutela⁸⁶⁹.

En este sentido Navarro Michel sostiene que esta exigencia de culpa lleva a consecuencias no deseables pues ello conlleva a que el tercero podría alegar la inimputabilidad del causante material para quedar liberado de responsabilidad. Y si se admite esa alegación como causa de exoneración el art. 1903 tendría una aplicación limitadísima, pues la mayor parte de los supuestos se responde precisamente por los inimputables⁸⁷⁰.

En todo caso existen criterios diferentes. El Tribunal Supremo exige culpa *in operando* del dependiente o empleado imputable por quien se debe responder; mientras que, en cambio en relación a la responsabilidad de los padres el Tribunal Supremo acepta que no cabe oponer la inimputabilidad del autor material del hecho como causa de exoneración⁸⁷¹.

Puede en todo caso, hacerse una referencia a sus características generales. Por un lado, es una responsabilidad directa. En el art. 1903 se establece una responsabilidad directa del sujeto que designa⁸⁷². Por ello se dice que no es necesario exigir al mismo tiempo la responsabilidad del dependiente. Por lo tanto se puede demandar directamente al tercero no causante del daño y sin necesidad de demandar al autor del daño “se funda presuntamente en los actos del declarado responsable.”⁸⁷³.

Exige también, que entre el causante del daño y el responsable tercero ajeno, una relación de dependencia: familiar, educativa o derivada de una actividad empresarial.

El sistema del art. 1903 establece un sistema de inversión de carga de la prueba del causante del daño, es decir, el demandado debe probar que actuó con la diligencia de un buen padre de familia.

⁸⁶⁹ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.147.

⁸⁷⁰NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.27.

⁸⁷¹ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.151. Sostienen que “los padres no pueden oponer como excepción la inimputabilidad del menor o del incapaz.”. Y, refieren también las SSTS Sala 1ª: sentencia de 8 de marzo del 2002 y de 8 de marzo de 2006. Y, la Sentencia de 30 de junio de 1995 (R. A.5272).

⁸⁷²Fernando PEÑA LÓPEZ, “la extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso”, en, Director José María PENA LÓPEZ, *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, pp.145-159, p.146. “los padres o tutores, los empresarios y los titulares de centros docentes no responden en defecto del dependiente que ha causado el daño, sino directamente”.

⁸⁷³ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.148.

b) *Naturaleza de la responsabilidad.*

Peña López sostiene que la responsabilidad del art. 1903 es de carácter subjetivo o por culpa en todos los supuestos aunque, es una responsabilidad subjetiva diversa a la establecida en el art. 1902 del CC⁸⁷⁴. La culpa del sujeto responsable por hecho ajeno no necesita ser probada por el demandante: el demandante sólo debe acreditar el hecho dañoso y su relación de dependencia con el demandado. Y es al demandado al que le corresponde alegar y acreditar su diligencia si quiere quedar exonerado de conformidad con lo indiciado en el último párrafo art. 1903 “la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencias de un buen padre de familia para prevenir el daño.”. La culpa es: “*in vigilando*”, “*in eligendo*”, “*in custodiando*” o “*in educando*” según el caso, en función de cuál ha sido el deber de diligencia infringido; es decir, la infracción de los deberes relativos a la vigilancia, a la selección, custodia o educación, de los distintos sujetos dependientes por los cuales se responde. E indica que además de este criterio objetivado que establece el propio precepto hay que tener en cuenta la evolución jurisprudencial objetivadora de la culpa la cual si cabe facilita aún más, la interpretación subjetiva objetivada de este art.

Roca Trías y Navarro Michel sostienen que junto al criterio de culpa en la responsabilidad del hecho ajeno coexiste la idea de garantía⁸⁷⁵. Es decir, frente a la probable insolvencia del menor incapacitado o el empleado causante del daño se hace responder al padre, tutor, titular del centro docente y al empresario, pues se supone que estos tendrán más patrimonio y se garantiza de mejor forma la posibilidad de indemnizar al perjudicado. Esta interpretación la fundamentan con dos criterios: por un lado, en qué es muy difícil la prueba de la diligencia del responsable⁸⁷⁶; por otra, en la responsabilidad del empresario y el titular del centro docente. Pues en estos dos últimos casos existe una contradicción entre la imposición de responsabilidad por culpa propia y la posibilidad que tienen estos de repetir contra el causante del daño por el todo art. 1904.

El tercero responsable lo es porque ha incumplido su obligación derivada del deber de vigilancia y control de la actividad que ha producido el daño. Se respondería

⁸⁷⁴PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.147.

⁸⁷⁵ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.148.

⁸⁷⁶NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.23. La cual remarca las siguientes SSTs Sala 1ª la cuales sostienen que el tercero no fue diligente. Referente a los padres en estos casos: sentencia de 21 de enero de 1991 (R.A.304), de 7 de febrero de 1991 (R.A.1151), de 7 de enero de 1992 (R.A.149), 22 de febrero de 1992 (R.A.7014).

entonces, por una culpa presunta que admite prueba en contrario (art. 1903.6). Para estas autoras esto se confirma con el art. 118.1. apartado primero del CP actual que establece que “en los caso de los números 1º y 3, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.”.

Cada vez hay más autores que hablan de esta responsabilidad como “por hecho propio”⁸⁷⁷. Sostienen que la causa del daño es la falta propia de la de las personas obligadas a reparar el perjuicio, pues no tuvieron la debida diligencia en la vigilancia, dirección y custodia de la persona que les estaba confiada y defienden por ello que el daño debe ser atribuido, más que al autor material del mismo, a la falta de vigilancia o a la desacertada elección del obligado a responder. Como dice Navarro Michel este criterio es impecable mientras se sostenga un criterio de imputación basado en la culpa ya que si se sostiene un criterio de imputación objetivo no hay ningún hecho propio basado en la culpa⁸⁷⁸.

En cambio, sin perjuicio de lo indicado, Navarro Michel ha sostenido que la responsabilidad establecida en el art. 1903 del CC se caracteriza por ser una responsabilidad por hecho ajeno⁸⁷⁹, directa⁸⁸⁰ y objetiva, este último adjetivo lo razona como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo referente a la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos⁸⁸¹.

⁸⁷⁷José AGUIAR DIAS, *Tratado de la Responsabilidad civil*, vol. II, Méjico, 1957, p.150; Clemente DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, *Instituciones de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1959, p 402; Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS*, t. II, Pamplona,1969, pp.75 y ss., p.86; Carlos ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español, Introducción al estudio jurisprudencial*, Madrid,1977, p.126; Jaime SANTOS BRIZ, “Comentarios a los Artículos 1903 y 1904 del Código civil” en <<*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*>>, dirigidos por ALBADALEJO, t. xxiv, Madrid, 1984, p.562; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Madrid, 1988, p.961; Manuel ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho civil, t. II*, vol. 2, Barcelona 1994, p.485.

⁸⁷⁸NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, pp.22 y 23.

⁸⁷⁹NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, pp.22 y 23.

⁸⁸⁰NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.25. “La responsabilidad es directa porque el perjudicado puede demandar a la persona obligada a responder en virtud del artículo 1903 cc, sin necesidad de demandar también, de modo previo o conjunto, al causante material del daño.”.

⁸⁸¹NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.23. “El Tribunal Supremo no libera a los padres de responsabilidad pese a que estos prueben que

Esta responsabilidad directa no significa que no se pueda demandar también y de forma conjunta con el autor material del hecho. El art. 1903 es una “garantía suplementaria”⁸⁸² que la ley ofrece al perjudicado para que tenga dos patrimonios contra los que dirigirse, pues se presume que no tendrá solvencia el autor material.

¿Cómo deben responder estos dos patrimonios cuando son demandados conjuntamente? Tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que responden solidariamente; pero se trata de una solidaridad especial. Funciona como responsabilidad solidaria, en la relación externa; es decir, el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los dos patrimonios indistintamente y por el todo. Sin embargo, en la relación interna, entre los dos patrimonios, en vez de regularse por el art. 1145 que sostiene que: “el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los interés del anticipo.”, se rige por el art. 1904. Y, por tanto, con las siguientes particularidades, por un lado, la acción de repetición sólo procede cuando quien paga la deuda es el sujeto responsable y no el autor material del daño. Por ello si el que paga es el autor del daño, éste no puede reclamar nada.

Y la segunda particularidad deriva de que, el sujeto responsable podrá exigir el reembolso de la totalidad de la deuda abonada y no sólo una parte.

Navarro Michel explica la diferencia entre el art. 1904 y el 1145 indicando que el art. 1904 es una garantía más al perjudicado por el daño sufrido: atendido que el verdadero deudor es únicamente el causante material del daño. Sostiene que sujetar el patrimonio del sujeto responsable al pago de la deuda es sólo una garantía al cobro de la misma por parte del perjudicado. Por ello, éste puede dirigirse contra aquél. Pero en la relación interna, el causante material es deudor por la totalidad. De ahí, que el responsable pueda repetir por todo lo pagado⁸⁸³.

Tradicionalmente se ha dicho siempre que la responsabilidad de los sujetos enumerados en el art. 1903 del CC es subjetiva y que ésta ha sufrido o adquirido un matiz objetivo a través de la interpretación jurisprudencial⁸⁸⁴. Pues el último párrafo permite el cese de responsabilidad cuando las personas mencionadas “prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”. Pero éste no es un criterio de imputación, sino que es una excepción material: si el

emplearon toda la diligencia posible para evitar el daño, con lo cual los padres pasan a responder por criterios de objetividad.”.

⁸⁸² NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.25.

⁸⁸³ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.26.

⁸⁸⁴ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.28. Sostiene que el “planteamiento clásico, consecuencia de la fidelidad a la idea de la culpa, no puede mantenerse”.

demandado no logra probar su diligencia, queda obligado a responder; pero en principio el fallo no ha de tener en cuenta la diligencia o negligencia de su conducta. El actor sólo debe probar el hecho, el daño y la relación de causalidad. Con la concurrencia de estos tres elementos el demandado queda obligado a indemnizar y la culpa del sujeto responsable no es un criterio de imputación de la responsabilidad por hecho ajeno, de modo que se impone la obligación de indemnizar al margen de la culpa.

La ausencia de culpa es una excepción que puede alegar el demandado pero sin ninguna posibilidad de éxito. Porque la jurisprudencia no admite la prueba de la diligencia debida. La inicial presunción "*iuris tantum*" de culpa se convierte en una presunción "*iuris et de iure*", de forma que siempre procede una indemnización⁸⁸⁵.

No obstante que el art. 1902 esté basado en la culpa no significa que el 1903 lo esté también. Son dos preceptos con dos criterios de imputación distintos uno establece la responsabilidad por hecho propio art. 1902 y el otro por hecho ajeno, de modo que el art. 1903 no es una excepción del art. 1902 son dos regímenes distintos para dos supuestos diferentes. Es cierto, dice Navarro Michel, que el art. 1903 nos remite al 1902, pero con ello no se introduce la culpa, pues la obligación a la que se refiere es, a la de reparar el daño causado, sin aludir a ningún tipo de culpa o dolo. Y tampoco se puede decir que, porque dicho precepto, se encuentra dentro del capítulo II ("De la obligaciones que nacen de la culpa o negligencia") debe ser de responsabilidad subjetiva, pues el art. 1905 o, el art. 1910 también imponen una responsabilidad objetiva y están dentro de ese mismo capítulo.

El Tribunal Supremo nunca ha abandonado la idea de culpa y se ve obligado a seguir invocando la culpa aunque sólo sea formalmente.

Ante esta incongruencia para Navarro Michel sólo hay dos soluciones "exigir que el Tribunal Supremo permita que la presunción del último párrafo, sea auténticamente "*iuris tantum*"; o, eliminar dicho párrafo, del art. 1903CC y admitir que la responsabilidad por hecho ajeno es objetiva como consecuencia de la idea de una mayor garantía al perjudicado."⁸⁸⁶

En todo caso en el ámbito de la responsabilidad de los padres Navarro Michel está de acuerdo en su responsabilidad objetiva cuando los menores son muy pequeños o inimputables, pero, cuando el menor tiene cierta edad, no lo entiende razonable y considera que "los padres deben responder en base a su propia culpa."⁸⁸⁷

⁸⁸⁵ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.29.

⁸⁸⁶ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.31. Y, acaba indicando que cuestión distinta es si estamos de acuerdo o no con este planteamiento.

⁸⁸⁷ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.31.

c) *La cuestión de la aplicación analógica del art. 1903CC.*

La discusión sobre el art. 1903 es más amplia: se debate si la enumeración es cerrada o si de tratarse una enumeración *ad exemplum*, cabría la aplicación analógica y con qué criterios⁸⁸⁸.

La doctrina mayoritaria sostiene que es una lista exhaustiva o “*númerus clausus*”⁸⁸⁹: el argumento es que, como la responsabilidad por hecho ajeno es una obligación excepcional frente a la norma básica de responsabilidad por hecho propio, la responsabilidad por hecho ajeno requeriría un texto que lo establezca expresamente⁸⁹⁰.

Quienes mantienen esta opinión, no admiten aplicación analógica del art. 1903, pues sostienen que tipifica unos supuestos de culpa fundamentados en una especial relación de jerarquía o de dependencia entre los sujetos relacionados y de ello deriva la necesidad de responder frente a la víctima. Roca Trías y Navarro Michel en esta línea sostienen que, si se amplía el sujeto de personas responsables, la misma no se basa en la relación por hecho ajeno sino en la responsabilidad por culpa propia⁸⁹¹.

En cambio, otros sostienen que no es cierto que la responsabilidad del art. 1903 sea una excepción respecto del art. 1902⁸⁹². Dicen que son dos regímenes distintos, previstos para supuestos de hechos diferentes (responsabilidad por hecho ajeno, o propio), y por ello defienden que cabe mantener la posibilidad de la aplicación

⁸⁸⁸ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.31.

⁸⁸⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, p.59. Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid 1993, p.329. José PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil. II*, Barcelona, 1987, p.629. Diego ESPIN CANOVAS, *Manual de derecho civil español*, t. III, Madrid 1983, p.524. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil*, t. II, vo.1, Madrid, 1991, p.327. Verónica SAN JULIAN PUIG, *La responsabilidad del titular del Centro docente*, Barcelona, 2000, p.25.

⁸⁹⁰ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.32. “es la prohibición de la aplicación analógica de normas excepcionales (art 4Cc)”.

⁸⁹¹ ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.149. “la aplicación no analógica se encuentra en que si se hace responder a una persona distinta de aquellas que están previstas en el art 1903 cc, las razones por las que se reconoce el nacimiento de la obligación de resarcir no se encuentran en la responsabilidad por hecho ajeno, sino en la responsabilidad por culpa propia.”.

⁸⁹² SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil 3ª edición*, p.405. El cual cambia de opinión. anteriormente decía que era exhaustiva la enumeración del art. 1903. N del A. nº 404, p.405. Silvia DIAZ ALABART, “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *Anuario del Derecho Civil*, 1987, pp.795 y ss., p.823. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces” p.105,

analógica del art. 1903, siempre que haya una relación de subordinación entre el agente causante y el sujeto a quien se quiere responsabilizar⁸⁹³. Peña López, en el mismo sentido, entiende que el art. 1903 es de aplicación general y que el art. 1903 no es una norma excepcional; de modo que admite una interpretación extensiva e incluso una interpretación analógica⁸⁹⁴.

El Tribunal Supremo ha admitido la aplicación analógica del art. 1903CC⁸⁹⁵. Y por lo tanto la cuestión radica en determinar cuándo hay una relación de subordinación entre dos personas⁸⁹⁶. Por esta razón es importante, a la hora de determinar la responsabilidad de los padres, definir si cabe o no cabe trasladar esa responsabilidad a otros parientes o personas que tengan al menor bajo su cuidado ya sea de forma permanente o esporádica.

2.2.3 Responsabilidad por hecho ajeno: casos particulares

a) Responsabilidad de los padres.

a.1.) Líneas básicas.

El segundo inciso del art. 1903 regula la responsabilidad por hecho ajeno de los padres “los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”. Por lo tanto, la primera relación de dependencia que prevé el CC se encuentra entre los padres y los hijos que tengan bajo su guarda, cuando el autor material del daño antijurídico es el hijo.

⁸⁹³ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.33. En este sentido, aunque al referirse a canguros o abuelos sostiene que la relación de dependencia que puede haber entre estas personas y el menor no es de tal entidad que justifique la aplicación analógica del art.1903.

⁸⁹⁴ PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.147.

⁸⁹⁵ SSTs Sala 1ª: Sentencia de 13 de septiembre de 1988 (R. A. 6854), 8 de mayo de 1990 (R. A.3690), 1 de junio de 1994 (R. A.4568). En contra de esta idea la sentencia 30 de abril de 1969 (R. A.2411). Y últimamente la sentencia de 16 de octubre de 2003. De ahí que tanto BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.375. Como finalmente NAVARRO MICHEL y ROCA TRÍAS, nieguen tal posibilidad. ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.149.

⁸⁹⁶ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.32. De igual parecer la cual acaba indicando en referencia a las sentencias que aceptan la analogía que el Tribunal Supremo “únicamente exige que la relación de subordinación permita al sujeto responsable dirigir o controlar de algún modo la actividad del causante material. Basta que la actuación o actividad del agente material esté potencialmente sometida a la posible intervención de otro sujeto para poder declarar la responsabilidad de éste”.

Se debe distinguir, por un lado, la responsabilidad civil que surge como consecuencia de los actos producidos por un menor de edad, sometido a tutela o patria potestad de, aquellos otros actos, cometidos por mayores de edad incapaces, y por lo tanto sometidos a patria potestad prorrogada o a tutela.

Y por otro, es necesario diferenciar, si el hecho cometido es constitutivo o no de delito; y si no es constitutivo ni de delito, la regulación es, sin más, la del CC. Sin embargo, si el hecho es constitutivo de delito y el sujeto que lo realiza es mayor de 14 años y menor de 18, se regirá por lo establecido en la LORPM, del mismo modo que si el sujeto que lo realiza es mayor de edad, se regulara por lo establecido para la responsabilidad civil en el CP.

La obligación de responder que tienen los padres viene determinada por la propia función que tienen; es decir, el art. 154 del CC establece que la patria potestad incluye y consiste en la obligación de velar por los hijos, tenerlos en la compañía de los padres, educarlos y procurarles formación integral y como consecuencia de esta función que tiene la patria potestad, el CC establece la obligación de responder que tienen los padres. Los padres son, por tanto, responsables de los daños causados por la actividad de sus hijos siempre que se encuentren bajo su guarda. Este fundamento explica que, como he indicado anteriormente, los padres y tutores también sean responsables de los daños ocasionados como consecuencia de los hechos delictivos realizados por mayores de edad incapacitados.

Pero, como sucede con el art. 1903 del CC en general, se discute si estamos ante una responsabilidad por culpa o ante una responsabilidad objetiva.

Roca Trías sostiene que nos encontramos ante una culpa presunta⁸⁹⁷. Según entiende, se presume que el responsable incurrió en ésta por no ejercitar de forma correcta la obligación de vigilar las actividades del menor o del incapacitado sometido a su guarda; y, en el ámbito del CP, también indica que la responsabilidad de los padres, tutores y guardadores deriva de su propia culpa o negligencia tipificada en base a la denominada culpa *in vigilando*. Por ello, la culpa estaría tipificada o construida con criterios genéricos sobre la base de la omisión del deber de vigilancia impuesto por la patria potestad o la tutela.

En cambio, como consecuencia de una progresiva objetivización, y sin equiparlo a una responsabilidad por riesgo, también se sostiene que la razón de responsabilidad de los padres y tutores se encuentra en la misma necesidad de resarcir el daño y,

⁸⁹⁷ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL "responsabilidad por hecho ajeno", p.150. "se entiende que la obligación de resarcir deriva de la culpa presunta en que el responsable incurrió por no ejercitar de manera correcta la obligación de vigilar las actividades del menor o incapacitado sometido a su guarda".

por lo tanto de atribuirlo a un patrimonio más solvente⁸⁹⁸. Ciertamente, la jurisprudencia utiliza el criterio del riesgo de forma distinta en el caso de la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos al criterio que utiliza de cara a los empleados y empresarios, como ya se ha indicado⁸⁹⁹. En el caso de los padres o tutores, éstos responden porque se ha omitido o incumplido el deber de vigilancia y ese incumplimiento se traduce en la producción del daño⁹⁰⁰. Es distinto el tratamiento de la responsabilidad de los padres o tutores por los hechos cometidos por sus hijos en función de si se trata de un ilícito constitutivo de delito o un ilícito civil. Si estamos ante un ilícito constitutivo de delito el demandante debe acreditar que el tutor o los padres han incurrido en culpa o negligencia, mientras que en la normativa civil, son estos últimos, padre o tutores los que deben acreditar que actuaron diligentemente para resultar exonerados pues se presume su culpa⁹⁰¹.

En cambio, para Navarro Michel, la responsabilidad de los padres ha pasado a ser una responsabilidad objetiva atendida la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y, por ello, sólo se pueden exonerar si prueban que el menor o el incapaz no fueron los autores materiales o que concurrió culpa exclusiva de la propia víctima⁹⁰². Navarro Michel sostiene que atribuir la responsabilidad de los padres por culpa, significa que estos responden, porque habiendo podido evitar el daño, estos no lo hicieron. El punto de partida es que se presupone que los padres conocen controlan y pueden impedir todas las actividades de sus hijos, sosteniendo por ello que “poder y responsabilidad son dos caras de la misma moneda”⁹⁰³.

Entiende en esta dirección, que esta idea de control y poder absoluto del padre era la idea de la cual se parte en el CC, cuando se promulgó. Pero ya no era un poder absoluto o total, sino que el mismo podía ser limitado, a diferencia de lo que sucedía

⁸⁹⁸ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.150. PAÑOS PÉREZ, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, p.42.

⁸⁹⁹Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 11 de marzo de 2000. La creación del riesgo se produce por la “trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad”.

⁹⁰⁰ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.151.

⁹⁰¹En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª de 26 de marzo de 1999. La cual indica refiriéndose a la normativa regulada en el CP que esa exige que “haya mediado culpa o negligencia en quienes hayan de responder civilmente, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido que la culpa o negligencia tiene que ser probada.” y, en términos parecidos la sentencia de 21 de julio de 2001.

⁹⁰²ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, pp.151 y 152. Y, de igual parecer PAÑOS PÉREZ, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, pp.35 y 36.

⁹⁰³NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.37.

en el derecho romano⁹⁰⁴. Esta capacidad de control y autoridad que tenía el padre, se ha modificado y con el tiempo se ha ido suavizando⁹⁰⁵. En consecuencia, a menor control por parte de los padres, menor capacidad tienen éstos, para evitar la producción del daño y tiene menos sentido esa idea de culpa *in vigilando*. Y surge en ese punto, la que se ha llamado culpa *in educando*, en especial para los llamados “grandes menores”⁹⁰⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo admite esta idea de culpa *in educando* pero no la define⁹⁰⁷. Michel Navarro sostiene que la idea es atractiva pero que no puede ser un criterio de imputación pues no sabemos precisar cuál es su contenido ni el alcance de la buena educación⁹⁰⁸.

“En efecto, ¿Qué es una buena educación? Para que los padres puedan exonerarse de responsabilidad deberán probar la buena educación del hijo, pero ¿qué deberán probar? Enviar al menor a un buen colegio, darle una educación cristiana, enseñarle buenos modales, nada de ello es una garantía de que el menor no dañe a otros.”⁹⁰⁹

⁹⁰⁴ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos* pp.38 y 39. La cual sostiene que prueba de ello es que el CC siempre ha regulado estas dos situaciones: privación de la patria potestad o suspensión de su ejercicio, a causa de un comportamiento indigno de los padres por parte de los tribunales.

⁹⁰⁵ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.39. En este sentido: NAVARRO MICHEL al comentar Reforma del CC de 1981, la cual sostiene que introdujo dos modificaciones básicas: “la atribución de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores, conjuntamente y la configuración de la patria potestad como una función a ejercer en beneficio de los hijos.”. Y, en términos parecidos PAÑOS PÉREZ, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, pp.53 a 55. La cual también comenta: la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE nº 119, de 19 de mayo de 1981. Y además, la Ley 13/2005 de 1 de julio que modificó el CC en materia de derecho de contraer matrimonio. BOE nº 157, de 2 de julio de 2005. La cual modificó el párrafo primero del art. 154 del CC “los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores. Y se volvió a modificar por la Ley 54/2007 “los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres”. Esta autora remarca la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional. Atendido que mediante la misma se suprimió además la facultad de corrección de los padres y tutores. BOE nº 312, de 29 de diciembre de 2007.

⁹⁰⁶ Es un término utilizado por la doctrina en Italia para referirse a los menores próximos a la mayoría de edad. En este sentido BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.71. Y, NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.39.

⁹⁰⁷ Sentencia de 15 de febrero de 1975 (R. A.567) y de 7 de enero de 1992 (R. A.149).

⁹⁰⁸ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.40.

⁹⁰⁹ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.40.

A la vista de estos criterios, Navarro Michel llega a la siguiente conclusión: respecto a los niños pequeños, la idea de culpa *in vigilando* se puede aplicar a los padres como criterio de imputación; pero respecto a los menores mayores, ésta no puede ser un criterio de imputación y la culpa *in educando* tampoco, pues no se sabe qué es. En estos casos, para ella, “lo único que puede fundamentar la responsabilidad de los padres es la garantía que supone para el perjudicado sujetar el patrimonio de los padres al pago de la indemnización.”. Y, son los padres, y no otros, quienes deben responder porque entre ellos y el menor hay una relación de dependencia, basada en la patria potestad⁹¹⁰.

Peña López sin embargo, sostiene que estamos en una responsabilidad basada en la culpa, y que, para la aplicación del régimen de responsabilidad de los padres, no es necesario que concurra culpa en el menor; es decir, el menor puede ser inimputable pero, es necesario que el comportamiento del hijo sea negligente y, por tanto, antijurídico desde un punto de vista objetivo⁹¹¹.

En todo caso, como la responsabilidad por hecho ajeno no excluye la responsabilidad por hecho propio, es posible reclamar, junto a la responsabilidad de los padres, la responsabilidad del propio hijo. No obstante, en este caso el hijo sí debería ser imputable o capaz de culpa⁹¹².

Frente a la tesis que defendería una aplicación analógica a los menores de la responsabilidad objetiva que el CP prevé para los inimputables, Peña López mantiene que quedaría limitada a los mayores de 14 años por efecto de la LORPM, o a los incapacitados sujetos a patria potestad a los que les sean aplicables las reglas de los artículos 118. 1 apartado 2 CP; pues a los menores de 14 años, de acuerdo con el art. 1 y el art. 61.3 de la LORPM, les serían aplicables las leyes civiles⁹¹³.

En todo caso, Peña López llama la atención sobre la objetivación al aplicar el art 1903: pese a que el art. 1903 permite la exoneración de los padres sin excepción

⁹¹⁰Y aquí la gran crítica a esta responsabilidad objetiva por parte de NAVARRO MICHEL. NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.41. “como la patria potestad ha sufrido un vaciado de contenido, la responsabilidad de los padres no debería ser siempre objetiva. En infinidad de casos, el control y vigilancia de los menores son ilusorios, pues escapan a las posibilidades reales de sus cuidadores. Sólo en la medida en que el poder de los padres sobre sus hijos sea real y no ficticio, la responsabilidad puede ser objetiva.”.

⁹¹¹PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.149. “si es necesario que el comportamiento del hijo sea negligente, al menos, desde un punto de vista objetivo.”.

⁹¹²PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.150. Y, ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.152.

⁹¹³PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.150.

alguna demostrando que han actuado diligentemente, la jurisprudencia ha interpretado este precepto de forma totalmente objetivo y no se encuentra ninguna sentencia absolutoria⁹¹⁴.

a.2) Exigencias de la responsabilidad.

Por un lado, llama la atención el hecho de que la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos esté regulada, en función del ilícito cometido, tanto en el CC, como en el CP, pues “la responsabilidad civil es única y no deriva del ilícito sino del daño”⁹¹⁵.

La anterior redacción, del segundo párrafo del art. 1903 del CC exigía dos requisitos indispensables para que el padre respondiese por los hechos de sus hijos: que el causante del daño fuese menor de edad y que viviese en su compañía⁹¹⁶. En la actualidad para que los padres respondan por sus hijos se exige únicamente que estos estén “bajo su guarda”⁹¹⁷.

El problema es que no hay definición del concepto de guarda en el CC. El CC utiliza el término guarda en varias ocasiones, pero sin ninguna precisión técnica, ni refiriéndose siempre a lo mismo. Los arts. 172 y 174 del CC al tratar el acogimiento de menores y los arts. 303, 304 y 306 del CC, dedicados a la guarda de hecho hacen mención a la guarda; y, además el Tribunal Supremo, a veces, se refiere a patria potestad y otras a la convivencia, y no sólo a la “guarda”. El solapamiento de las expresiones no aporta claridad⁹¹⁸.

⁹¹⁴PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.150. “Esta objetivación no deja de producir sorpresa, habida cuenta de la lejanía entre la responsabilidad de los padres y los supuestos arquetípicos de responsabilidad objetiva: la responsabilidad de las empresas y la responsabilidad por la realización de actividades peligrosas.”.

⁹¹⁵NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.45.

⁹¹⁶La Ley de 31 de mayo de 1981 reformó el CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial y suprimió ambos requisitos.

⁹¹⁷NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.61.

⁹¹⁸NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p. 62. Indicando una sentencia del Tribunal Supremo que identifica guarda con patria potestad Sentencia de 11 de octubre de 1991(R. A.7477) y, otra sentencia que utiliza el término guarda refiriéndose a convivencia sentencia de 5 de octubre de 1987 (R. A.5809). Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, “La guarda y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 15 enero–diciembre, 2001, pp.281 y ss., p.282.

El término guarda no equivale a convivencia⁹¹⁹. Guardar a los hijos es algo más amplio que la mera convivencia. Guardar a los menores significa hacerse cargo de ellos, cuidar y asistir al menor tanto moral como materialmente. Pero, la convivencia no es una garantía de la guarda, y para que exista guarda, no es necesario convivencia. El progenitor que no convive puede guardar los hijos y cabe que el que convive con ellos no los guarde⁹²⁰.

Por lo tanto el concepto guarda es más amplio que convivencia, pero más limitada que la de velar⁹²¹. El CC, al explicar, la patria potestad establece una serie de facultades y deberes. Así, en el art. 154 se indica “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral” y el CC establece como única obligación al padre privado de patria potestad la de prestar alimentos y la de velar por ellos.

Navarro Michel dice que no puede ser considerada la guarda como el deber de velar, porque ello implicaría que los padres responderían incluso en el caso de privarles de la patria potestad⁹²². No se logra determinar o definir el concepto guarda pero en cambio sí que tiene una función delimitadora en cuanto a que sujetos pueden ser responsables. La guarda incide sobre la delimitación del elemento personal, los padres, de modo que todo progenitor que tenga la guarda de sus hijos puede ser declarado responsable conviva o no con ellos.

El concepto guarda no elimina ningún progenitor por el mero hecho de que no exista la convivencia, ni modifica la naturaleza de la responsabilidad de los padres, pues la misma no afecta ni al carácter objetivo ni subjetivo de la responsabilidad. Pero en cualquier caso, para que surja esta obligación de responder el hijo, se debe

⁹¹⁹BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.287. PAÑOS PÉREZ, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, p.51.

⁹²⁰En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1986 (R. A.2731).

⁹²¹RAGEL SÁNCHEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2001, p.285. “patria potestad y guarda y custodia no son la misma cosa, pues entre ellas existe la relación del todo a la parte, en situaciones normales de convivencia de los progenitores.”.

⁹²²NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.64. Sostiene que: “sujetar a los padres privados de patria potestad al pago de una indemnización me parece excesivo, por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque el progenitor privado de patria potestad ha perdido todos sus derechos en relación al hijo, y, correlativamente, debe perder también sus obligaciones entre ellas la del artículo 1903cc. En segundo lugar, por las consecuencias nefastas que comportaría: los padres por el mero hecho de serlo, serían responsables.”.

encontrar bajo la guarda del padre o la madre. Ambos responden conjuntamente cuando se encuentran bajo su control y aunque no exista un contacto físico⁹²³.

El debate se genera entonces en los casos de separación o de divorcio.

Roca Trías y Navarro Michel sostienen que la separación no exonera de la obligación de responder al progenitor con quien el hijo no vive habitualmente⁹²⁴. En cambio, Peña López dice que en los supuestos de crisis matrimonial la sentencia atribuye la guarda y custodia de los hijos y, en estos casos, la responsabilidad debe limitarse al progenitor que tenga esa guarda. Y, tanto es así, que esa responsabilidad se traspasará al otro progenitor durante los periodos que este asume su custodia⁹²⁵.

a.3) Sujetos responsables y de la extensión de la responsabilidad.

Los sujetos responsables son los progenitores, independientemente de que exista o no matrimonio. Los padres responden conjuntamente por mitad y de forma solidaria frente a terceros, y, el propio menor puede ser responsable si es civilmente imputable. La doctrina considera que en este caso el menor responde solidariamente junto con sus padres⁹²⁶.

La mayor parte de la doctrina entiende que no se puede ejercitar la acción de regreso del art. 1904 del CC entre los padres y los menores pues no lo prevé el precepto⁹²⁷. En cambio, otra parte de la doctrina sostiene que sí se puede ejercitar la

⁹²³En este mismo sentido NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.67. "La guarda jurídica, o de hecho, o la convivencia no son instrumentos objetivadores o subjetivadores de la responsabilidad. Son criterios de delimitación del sujeto responsable. Nada más. Cualquiera de ellos es compatible con posiciones objetivas o subjetivas. Si exigimos la guarda, y estamos ante un sistema objetivo, procederá examinar cuál de los progenitores tiene la guarda jurídica, y se declarará la responsabilidad de éste, prescindiendo de su culpa o grado de participación en el evento dañoso. En un sistema subjetivo, después de precisar quien tiene la guarda jurídica, habrá que analizar y valorar su culpa. El análisis culpabilístico quedará limitado al progenitor que tiene atribuida la guarda jurídica.

La convivencia puede ser utilizada en este contexto como un factor a tener en cuenta en el momento de establecer el comportamiento negligente del progenitor.". Y, de igual parecer BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, pp.288 a 290.

⁹²⁴ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL "responsabilidad por hecho ajeno", p.152.

⁹²⁵PEÑA LÓPEZ, "La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor", p.149.

⁹²⁶ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL "responsabilidad por hecho ajeno", p.152.

⁹²⁷En este sentido: SANTOS BRIZ, *Responsabilidad civil*, p.414. FRANCISCO SOTO NIETO, *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo, vinculaciones solidarias*, Madrid, 1982, p.193. JOSÉ LUIS, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de daños*, Barcelona, 1999, p.124. BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, pp.411 y 412. SILVIA DÍAZ

acción de regreso cuando el menor es imputable civilmente sobre la base de una interpretación analógica y por lo tanto, en el caso que se demandara sólo a los padres y estos fueran declarados responsables, los padres podrían repetir contra los menores conforme al art. 1904 sólo cuando el hijo puede ser considerado como responsable directo por haber actuado de forma culpable y ser plenamente consciente de las consecuencias de sus actos⁹²⁸.

Es distinta la acción de regreso regulada en el art. 1904 con la posibilidad de acción de regreso establecida en el art. 1145 del CC.

En el caso que sólo responden los padres (art. 1903CC), sin declaración de responsabilidad del menor (art. 1902CC), pues no tiene capacidad de culpa civil, no hay pluralidad de responsables no hay obligación solidaria propiamente dicha, se está ante una obligación solidaria impropia. No se aplica el art. 1145 del CC. Sólo en el caso que el menor resulte responsable art. 1902 del CC y los padres conforme el art. 1903 del CC como hay pluralidad de responsables la obligación es solidaria y hay repetición o acción de regreso de conformidad con lo indicado en el art. 1145 del CC.

Como la mayor parte de la doctrina sostengo que no se aplica el art. 1904 al no estar indicado expresamente en el art. 1904 esta circunstancia. En el caso que se sostenga que es aplicable el 1904 los padres pueden repetir contra el menor por todo lo que ellos pagaron. Esta facultad de repetición en estas circunstancias padres menores no se entiende porque aquellos, los padres, respondieron por culpa art. 1903. De ahí, que sostenga que su aplicación produce un enriquecimiento injusto. Y que se mantenga que en estos casos sólo es posible la acción de regreso de conformidad con el art. 1145 del CC.

b) Responsabilidad de los tutores.

b.1) Líneas básicas.

ALABART, "La responsabilidad por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela". *Anuario del Derecho Civil*. Tomo XL, Fascículo III, 1987, p.138. Y, ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL "responsabilidad por hecho ajeno", pp.152 y 153. Aunque ambas sostiene lo contrario, también indican que esta posición doctrinal es la mayoritaria.

⁹²⁸En este sentido: ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL "responsabilidad por hecho ajeno", p.153. "En este caso, el progenitor responsable frente a la víctima y que ha satisfecho la correspondiente indemnización, puede repetir frente al hijo causante del daño (art.1904 CC por analogía)". Y, Fernando, PANTALEÓN PRIETO, "Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1983" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 2, 1983, p.453.

El tercer apartado del art. 1903 regula la responsabilidad por hecho ajeno de los tutores: “los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”. Para Peña López se trata de un precepto con poca virtualidad práctica ya que estadísticamente hablando hay muy pocos menores tutelados en relación con los menores sometidos a patria potestad⁹²⁹. La obligación de responder que tienen los tutores viene determinada por la propia función que tienen, en particular cuando el art. 269 del CC establece que el tutor está obligado a velar por su tutelado; y, entre sus obligaciones se encuentra la de educar al menor y procurarle una formación integral⁹³⁰.

Se discute también si estamos ante una responsabilidad por culpa o ante una responsabilidad objetiva del mismo modo que en el caso de los padres.

b.2) Exigencias de la responsabilidad.

Se requiere, que exista previamente la relación tutor pupilo y, que el tutor conviva con el pupilo⁹³¹.

La institución de la tutela fue modificada por la Ley 13/1983⁹³². Con ella, se permitió que una entidad jurídica ejercitará la tutela, lo cual ha conllevado un cierto relajamiento en cuanto a que se permite el ejercicio de la misma sin necesidad que el tutor y el pupilo convivan conjuntamente pero, a estos efectos la exigencia de responsabilidad, es indiferente que el tutor sea una persona física o una persona jurídica e inclusive, en este último caso, que sea una institución privada o una institución pública si no se produce la convivencia el ente tutelar no responde pues así lo establece expresamente el art. 1903 “que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”⁹³³.

⁹²⁹PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.151.

⁹³⁰ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.150.

⁹³¹PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.151. Y, ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.152. BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.335. “los tutores son responsables civilmente de los daños causados por sus pupilos que estén bajo su autoridad y habitan en su compañía.”.

⁹³²Ley 13/1983 de 24 de octubre, que modifica el CC en materia de tutela. BOE nº 256 de 26 de octubre de 1983.

⁹³³PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.151. Y, BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.342. El cual indica que “las personas jurídico–privadas responderán de igual manera que respondería una persona física.”. Y, desarrolla el tema en pp.335 a 345.

b.3) Sujetos responsables y de la extensión de la responsabilidad.

Los sujetos responsables son los tutores, siempre que se cumpla el requisito anteriormente indicado. El propio pupilo, puede ser civilmente responsable, si es civilmente imputable. En estos casos la doctrina considera que el pupilo responde solidariamente junto con el tutor.

El tutor responde hasta la extinción de la tutela o la remoción del cargo por las causas previstas en la ley, y no es causa de exoneración que el pupilo huya. Además, los tutores son responsables de los daños derivados de los delitos cometidos por mayores de edad incapacitados de acuerdo con lo establecido en el art. 118 del CP.

No obstante, existen varios supuestos similares al contemplado expresamente por la norma que plantea dudas sobre su inclusión en el mismo régimen.

A)- El guardador de hecho: la guarda de hecho es una institución que se encuentra regulada en el Capítulo V del Título X del Libro I del CC⁹³⁴. Así en el art. 303 se indica:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecerse, así mismo, las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.”.

Atendido que esta institución está regulada entiendo que sólo cuando expresamente se mencione en la ley puede responder ese sujeto. En este sentido al no indicarlo el art. 1903 del CC entiendo que el guardador de hecho no puede responder como consecuencia del art. 1903 del CC y que lo hará conforme el art. 1902 del CC⁹³⁵. En cambio hay autores que sostienen que en el caso que el guardador de hecho realice materialmente una conducta equiparable a la que realizaría el tutor les es aplicable entonces el mismo régimen que para los tutores⁹³⁶.

⁹³⁴Carlos ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986, p.18 ss. Explica la situación anterior a la reforma, Ley 13/1983 de 24 de octubre, que modifica el CC en materia de tutela. Los trámites de la reforma y la institución.

⁹³⁵BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.367.

⁹³⁶En este sentido: PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.151. “Debe entenderse aplicable al guardador de hecho el mismo régimen que al tutor siempre que la actuación material que realiza respecto de la persona que guarda sea equiparable a la que realizaría el tutor. En apoyo de esta tesis, se puede aducir que los preceptos de responsabilidad

B)-El curador y el defensor Judicial: no les resulta aplicable el régimen de los tutores pues la función de estas dos instituciones es muy distinta a la de los deberes de custodia y cuidado atribuidos a los tutores. El curador, sirve de complemento de capacidad del sujeto y el defensor judicial resuelve conflictos entre el sujeto y su tutor, o curador. Por tanto, no existe en estos casos deber de velar por el menor⁹³⁷.

C)-Los parientes llamados a promover la tutela: el Tribunal Supremo ha entendido aplicable el art. 1903.3, aunque, la diferencia entre el vínculo o la relación de dependencia que les une es totalmente diferente a la del tutor y el pupilo. Por lo tanto, la respuesta debería ser que no debería aplicarse este régimen, porque además, es imposible encontrar relación de causalidad entre el acto dañoso del menor o incapaz no sujeto a tutela y el incumplimiento a constituirla⁹³⁸.

Como en los casos anteriores, para los padres, el tutor o el asimilado puede ser exonerado, acreditando que la vigilancia y cuidado de su pupilo ha sido todo lo diligente que exige el derecho.

La mayor parte de la doctrina entiende que no se puede ejercitar la acción de regreso entre los tutores y los pupilos pues no lo establece el art. 1904 del CC. No obstante, Roca Trías y Navarro Michel sostienen que si se puede ejercitar la acción de regreso cuando el pupilo es imputable civilmente, sobre una aplicación analógica de la norma. Sostienen que el incapaz, si es civilmente imputable, responde personalmente frente a la víctima y que el tutor responde solidariamente con el autor del daño que sea civilmente imputable. En este caso, el tutor puede repetir lo pagado, y cuando sea civilmente inimputable el pupilo, responde el tutor, de conformidad con el art. 1903.3 del CC⁹³⁹.

c) Responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes.

c.1) Líneas básicas.

En el art. 1903 apartado cuarto se dice que son responsables “los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”.

civil derivada de delito contenidos en el Código penal equiparan ambas situaciones cuando se trata de responsabilidad por los hechos de los sujetos a guarda.”.

⁹³⁷PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.151.

⁹³⁸PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.152.

⁹³⁹ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.152.

Este párrafo cuarto regula la responsabilidad del empresario e incluye también a los directores de establecimiento por los hechos realizados por sus dependientes. Se debe entender el concepto empresario en sentido amplio; es decir, cualquier persona física o jurídica titular de una explotación económica⁹⁴⁰. En cambio, sí que plantea problemas la interpretación de lo que se entiende por directores de establecimientos, pues el director es un dependiente del empresario. El Tribunal Supremo ha declarado en estos casos como responsable sólo al director del establecimiento; al director y al empresario de forma conjunta; o, sólo al empresario. Para Peña López la solución está en el propio art. 1903 que establece que la responsabilidad es directa y conjunta por el hecho ajeno⁹⁴¹.

Tradicionalmente se ha sostenido que su fundamento, es decir, su obligación de resarcir se basa en la culpa *in eligendo* del empresario. Luego se fue añadiendo la culpa *in vigilando* o *in controlando*⁹⁴². La estructura de la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes sobre la base de la culpa genérica se puede deducir de la propia posibilidad que ofrece el art. 1903.6 CC, es decir, la exoneración de esta responsabilidad, evitando la presunción de culpa, mediante la prueba de la diligencia⁹⁴³.

Otros autores, sostienen que esto no es así, pues nunca la jurisprudencia les ha exonerado. Indican que el Tribunal Supremo nunca ha dictado una sentencia exonerando al empresario, pues, es la actividad donde siempre se ha aplicado la “teoría del riesgo”, basándose en los principios “*ubi emolumentum ibi onus*” y “*cuius est commoda eius et incommoda*”, aunque formalmente muchas sentencias mantengan la exigencia de culpa en el dependiente y en el empresario⁹⁴⁴. Y, porque

⁹⁴⁰PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.153. “Tanto da si es el propietario de la explotación, como si es un usufructuario un arrendatario e, incluso, se ha llegado a estimar aplicable a cualquier sujeto que tenga personas bajo su dependencia en la realización de una actividad económica.”.

⁹⁴¹PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.153. “ha de hacerse responder conjunta y solidariamente a todos los sujetos demandados (empresario, director y dependiente), siempre y cuando la actuación de todos ellos satisfaga los restantes presupuestos del artículo 1903CC.”.

⁹⁴²ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.153.

⁹⁴³SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil 3ª edición*, p.407. PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.154.

⁹⁴⁴PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.154. Aunque no comulgue con esta idea sostiene que es la realidad jurisprudencial del Tribunal Supremo. PAÑOS PÉREZ, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, p.37. “teoría ésta del riesgo que fue creada para atender una situación muy concreta del ámbito empresarial,”. La cual remarca en este sentido las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 24 de marzo 1953 (RJ 1953\913), 25 de marzo 1954 (RJ 1954\1001), 3 de

además, se contradice con el art. 1904 del CC, pues el mismo, permite la acción de regreso por parte del empleador contra el autor del daño. Para estos, el fundamento de responsabilidad del empresario por los hechos realizados por su trabajador se encuentra en otra dirección: quien obtiene un beneficio con una actividad que crea un riesgo debe soportar las consecuencias dañosas de esta actividad. Y, la atribución de la responsabilidad de forma objetiva al empresario es una consecuencia del principio de solidaridad, además de una consecuencia de la introducción del riesgo⁹⁴⁵.

Como se puede ver, hay dos sistemas para justificar la atribución de responsabilidad al empresario por los hechos de sus empleados: una culpa tipificada; y de la asunción del riesgo de empresa. Pero este último criterio llevado a su extremo conduce a una responsabilidad objetiva que tampoco está prevista en el art. 1903.

Por lo tanto, parece razonable una tercera vía: Roca Trías dice que nos encontramos ante la denominada “responsabilidad vicaria”⁹⁴⁶. Y dice que la naturaleza de la responsabilidad del empresario pasa por entender que nos hallamos ante un riesgo de empresa, de modo que el empresario responde frente a terceros no por culpa propia, sino en garantía del hecho de sus empleados.

No todos los daños que ocurren en una empresa son riesgo de empresa y deben ser asumidos por el empresario. Sólo serán asumidos por éste aquellos que sean objeto de la actividad empresarial; pero tampoco se considera riesgo de empresa cuando el riesgo es asumido y aceptado por el lesionado que participa en esa actividad de riesgo organizada por la empresa.

c.2) Exigencias de la responsabilidad.

octubre 1961 (RJ 1961\3276), 11 de marzo de 1971 (RJ 1971\1234), 10 de mayo 1972 (RJ 1972\2305).

⁹⁴⁵En este sentido: ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español. Introducción al estudio jurisprudencial*, p.128 y ss. Antonio BORRELL MACIÀ, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona, 1958, p.121.

⁹⁴⁶ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.154. “la naturaleza de la responsabilidad del empresario pasa por entender que nos hallamos ante un riesgo de empresa, de modo que el empresario responde frente a terceros de la corrección de la actividad que realiza, respondiendo, por tanto, no por culpa propia, sino en garantía del hecho de sus empleados. Esta explicación da preferencia al artículo 1904cc, y al no convertirse en objetiva, permite la exoneración mediante la prueba de la diligencia del empresario, tal y como está prevista en el artículo 1903.6cc.”.

Es necesaria una relación de dependencia entre el empresario responsable y el causante del daño, aunque se ha de definir en qué debe consistir esa relación de dependencia entre el empresario o director y el causante del daño, pues sin esa relación de dependencia no surge la obligación de responder por hecho ajeno.

Se entiende, en ese sentido, que hay relación de dependencia cuando el empresario puede controlar y dirigir la actividad del empleado. Este concepto se ha flexibilizado de tal manera que se entiende que existe dependencia siempre que el agente trabaja o realiza una tarea o función con conocimiento, autorización o beneplácito del empleador. Por eso se dice que es independiente que la relación entre el empleador y el empleado sea innominada⁹⁴⁷.

La doctrina alude a los requisitos que debe tener esa acción realizada por el sujeto dependiente:

1. Que el daño se haya producido con ocasión del desempeño de obligaciones o servicios. Con esta expresión se incluye todas las funciones típicas que se desarrollan en el marco de la actividad encomendada y que se encuentran vinculadas racionalmente con esa actividad. Se debe de entender en sentido amplio: es decir, el daño causado por el empleado se debe analizar en función del tiempo y del lugar, así como los medios empleados o la actuación en interés del empresario. Por todo ello, se dice, que también se responde por aquellas actividades accesorias realizadas en interés de la actividad principal⁹⁴⁸.

2. Actuación culposa del dependiente o empleado: aunque el art. 1903 del CC no lo dice expresamente, la jurisprudencia exige previamente la culpa del empleado “culpa *in operando*”, que es el soporte necesario para que surja la responsabilidad del empresario⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷En idéntico sentido ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, pp.155 y 156. Sostienen que: “ello no significa que la relación deba tener un carácter jurídico determinado, ni se exige que deba quedar encuadrada a en un contrato de naturaleza laboral”. Y, remarcan que: “dependencia significa, en definitiva, obrar por cuenta de otro, aunque se haya abierto el concepto y signifique cada día más la actuación con beneplácito del empresario.”.

⁹⁴⁸En el mismo sentido ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.156. La cuales indican que: “junto a los daños derivados de la puesta en práctica de la actividad principal, se responde también por aquellos realizados en el desempeño de actividades accesorias relacionadas con la principal.” Y, PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.153.

⁹⁴⁹En el mismo sentido ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.157. “la culpa del dependiente es el soporte fáctico y legal necesario para dar lugar, en segundo grado, a la responsabilidad del empresario. (SSTS 13 de mayo 2005, 16 de octubre 2007, 23 de junio 2010, entre muchas).” Y, NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, pp.27 y 28. La cual remarca también las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 24 de

Peña López subraya que, como el art. 1903 es de carácter subjetivo, es necesario que concurra culpa en el dependiente y en el empresario o director de establecimiento, aunque, en la del empresario o director, no es necesario que se demuestre por el demandante esa culpa, de conformidad con lo establecido último párrafo del art⁹⁵⁰.

c.3) Sujetos responsables y de la extensión de la responsabilidad.

El empresario es responsable con responsabilidad directa pues no es necesario demandar al empleado causante del daño de forma previa o conjunta y el empresario no puede oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Esto no excluye que se pueda demandar al empleado en base al art. 1902 y, a veces, esto ha provocado que alguna sentencia indique que esta responsabilidad es solidaria. El empresario responde como persona física o como persona jurídica, pero responde por los daños causados por sus empleados en base al art. 1903.4 y con independencia de que el mismo incurra en responsabilidad por hecho propio. No se debe confundir esta responsabilidad extracontractual por daños causados a terceros, ya sean por hecho propio o ajeno, con la responsabilidad contractual en que puede incurrir también el empresario, como consecuencia de su actividad típica y producir también daños a terceros⁹⁵¹.

El art. 1904.1 cierra el círculo de la responsabilidad del empresario por hecho ajeno. En él se indica que quien pagó el daño que provocaron sus dependientes puede repetir contra éstos lo que hubieren satisfecho. Precisamente Roca Trías y Navarro Michel mantienen que este art. es el que fundamenta que la responsabilidad del empresario sea vicaria: responde en garantía de los hechos de sus empleados y no por culpa propia, pues mal puede repetir quien paga algo a lo que está obligado⁹⁵². El empresario paga supliendo la insolvencia del empleado causante del

febrero de 1993 (R.A.1251), 29 de julio de 1994 (R.A. 6937), 13 de octubre de 1995 (R.A.7407), 11 de abril de 1996 (R.A. 2415), 8 de abril de 1996 (R.A. 2988), y 20 de diciembre de 1996 (R.A.9197).

⁹⁵⁰PEÑA LÓPEZ, "La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor", p.154. "es preciso que concurra culpa del dependiente y también del empresario, aunque esta última no es necesario que sea demostrada por el eventual demandante."

⁹⁵¹ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL "responsabilidad por hecho ajeno", p.157.

⁹⁵²ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL "responsabilidad por hecho ajeno", p.157. "la opción que aquí se sostiene es que constituye una prueba más de que la responsabilidad del empresario es vicaria, en garantía de los hechos de los empleados, y no por culpa propia (a pesar de la declaraciones jurisprudenciales), porque si el empresario responde por culpa propia, mal puede repetir quien

daño, y de esta forma se asume ese daño dentro del riesgo de la empresa y se facilita a la víctima la reclamación del daño sufrido; en consecuencia, es posible repetir contra el empleado causante del daño por la totalidad de la indemnización pagada⁹⁵³.

En cambio, Peña López sostiene que, como el empresario responde por culpa propia, no es lógico que pueda repetir íntegramente la indemnización de la cuantía pagada, pues hay una concurrencia de culpas⁹⁵⁴. Y sostiene que sólo podrá reclamarse al dependiente la cantidad proporcional a la indemnización que sea atribuible a su conducta negligente. Para este autor la acción de regreso debe seguir el régimen de las obligaciones solidarias (art. 1145 del CC) sujeta al plazo de prescripción de 15 años del art. 1964 del CC⁹⁵⁵.

d) Responsabilidad de los titulares de centros docentes.

d.1) Líneas básicas.

En el art. 1903.5 del CC se establece la responsabilidad de los titulares de los centros docentes, por los daños causados por sus alumnos menores de edad, durante el tiempo que se encuentran bajo la vigilancia del profesorado y, desarrollando actividades escolares, extraescolares o complementarias⁹⁵⁶.

paga algo a lo que está obligado. Esta postura hace que el art.1904 CC tenga todo su sentido, porque el empresario asume la obligación como consecuencia de su propia actividad empresarial.”.

⁹⁵³ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.158. “es posible repetir contra el empleado del daño por la totalidad de la indemnización pagada, lo que proporciona una explicación coherente al sistema establecido en el art 1904 CC.” (...) “Evidentemente, si ha existido además culpa del empresario, éste sólo podrá reclamar al empleado que le devuelva la parte correspondientes al daño causado, no la totalidad de la indemnización.”.

⁹⁵⁴PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.155.

⁹⁵⁵PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.155.

⁹⁵⁶Esta responsabilidad fue modificada por la Ley 1/1991 de 7 de Enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. BOE núm. 7, de 8 de enero de 1991, Exposición de motivos: “El régimen de responsabilidad que para los profesores y maestros establecen los artículos 22 del Código Penal y 1.903 del Código Civil no se ajusta a la realidad social de nuestros días. Se trata de normas con fundamento en la llamada «culpa in vigilando», concebidas en momentos en que existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el discurrir diario de la vida docente. Ello induce a modificar el régimen de responsabilidad a fin de establecer que quien responda de los daños ocasionados por sus alumnos sean las personas o entidades titulares de los centros, que son quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización, sin perjuicio de que en

La responsabilidad de los centros docentes se debe estudiar desde dos perspectivas: la establecida en el art. 1903.5, es decir, aquella responsabilidad que incurre el titular del centro docente por el daño que causa su alumno menor de edad; y la establecida en el art. 1904.2, en el cual se establece también la responsabilidad del titular del centro docente, aunque por los daños causados por los maestros de ese centro en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad, se fundamenta en la responsabilidad del empresario anteriormente explicada⁹⁵⁷.

El concepto centro y enseñanza docente se ha entendido siempre en sentido amplio, es decir, incluso albergues y campamentos juveniles⁹⁵⁸. Y, la relación de dependencia, es la que surge entre el centro y el alumno menor inscrito. Peña López sostiene, que por analogía, se debe aplicar a los incapacitados mayores de edad también inscritos⁹⁵⁹. Y, aunque la norma habla de profesorado, la jurisprudencia ha entendido siempre que abarca no sólo a los docentes del colegio, sino, a cualquier persona que realiza alguna actividad en el centro, con funciones de vigilancia.

La responsabilidad de los titulares de los centros docentes se fundamenta en la culpa *in vigilando*. Es decir, la responsabilidad de los padres, tutores o, guardadores, se traslada a los titulares de los centros y, estos responden por su propia culpa, mientras se mantiene el control de sus alumnos. Y sólo se exonera el titular del centro docente, cuando acredita que actuó con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, de acuerdo con lo establecido en el art. 1903.6 del CC. Aquí, no hay posibilidad de repetición contra el causante del daño o sus padres pues se responde por culpa propia⁹⁶⁰. Es obvio que la naturaleza de la responsabilidad del

supuestos tasados, y a ello obedece la reforma del artículo 1.904 del Código Civil, el titular puede reclamar al personal docente la cantidad satisfecha.”.

⁹⁵⁷ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.158.

⁹⁵⁸En idéntico sentido PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.156. “Dentro del concepto de centro docente caben tanto los centros de educación infantil, primaria y secundaria, como cualquier otro centro en el que se impartan enseñanzas de nivel inferior al universitario en sentido amplio, esto es, guarderías, centros de educación especial, albergues y campamentos infantiles o juveniles, y academias o centros de recuperación y repaso de asignaturas siempre que se dirijan a alumnos no universitarios.”. También ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.158.

⁹⁵⁹PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.156. “aunque por analogía debe incluirse en este mismo régimen a los incapacitados y a los que deberían estarlo y se encuentren inscritos, por ejemplo, en un centro de educación especial.”.

⁹⁶⁰En el mismo sentido ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.159. “Por ello, al responder el titular del centro por culpa propia, sólo podrá exonerarse de los daños producidos por los hechos de los alumnos si prueba que actuó con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, de acuerdo con el art. 1903.6CC, sin posibilidad de repetir contra el causante del daño o contra sus padres.”.

centro docente es de carácter subjetivo; es decir, el centro es responsable siempre que incurra en culpa, por incumplir de forma diligente con alguno de sus deberes de vigilancia, control y atención con respecto al alumno⁹⁶¹. En este sentido el Tribunal Supremo siempre ha exigido esa culpa y, pocas veces, ha usado la “teoría del riesgo” para esos casos⁹⁶². La jurisprudencia mayoritaria sostiene que sólo se responderá de aquellas actividades que el centro controla efectivamente. Si esto no fuese así, sería entender, que la enseñanza en un colegio es una actividad peligrosa y de riesgo⁹⁶³.

⁹⁶¹ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, p.143.

⁹⁶²PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.157. “Ha habido supuestos en los que se ha exigido una diligencia especialmente gravosa al personal del centro, pero en general no puede hablarse de una objetivación de su responsabilidad en el sentido en el que se ha afirmado de la responsabilidad de los padres o del empresario. Es frecuente, por ejemplo, que se exonere de responsabilidad a un centro cuando el evento dañoso ha ocurrido accidentalmente en el desarrollo de un juego inocuo y vigilado por los profesores.”. En este sentido ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, pp.168 y 169. Remarcan las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2009 y de 30 de junio de 2009 en las cuales se exige culpa. En la primera una menor se lesiona saltando en el “minitramp” y para mantener la absolución el tribunal sostiene: “estamos sin duda ante un riesgo natural en un proceso formativo dirigido a promover el desarrollo de la actividad física del alumno del que no es posible derivar responsabilidad alguna al docente y consecuentemente a los demás demandados.”. Y en la segunda, el Tribunal Supremo confirma la sentencia condenatoria pues atribuye culpa al centro al haber permitido que 300 niños realicen el recreo en un día lluvioso en un espacio cubierto de tan sólo 200 metros cuadrados y sólo con tres profesores. Muere el menor de 6 años por golpearse la cabeza con el banco por el empujón de otro alumno. ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, p.168. Y, sin perjuicio de todo lo indicado como sostienen ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.159. Hay alguna sentencia que califica este tipo de responsabilidad como objetiva sentencia de 10 de marzo de 1997 del Tribunal Supremo.

⁹⁶³En idéntico sentido ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.159. “el titular del centro no responde cuando el daño se ha producido en circunstancias diversas de la actividad escolar, sea esta normal o extra escolar. En este caso, cuando el daño proviene de culpa directa del alumno, y su producción no puede atribuirse al desarrollo de una actividad escolar, la responsabilidad corresponderá al alumno o a sus padres o guardadores, de acuerdo con lo previsto en el art. 1903.1 CC.” En este sentido ambas remarcan las sentencias del TS de 10 de abril de 2000 y de 29 de diciembre de 1998. Y de igual parecer ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, pp.168 y 169. Remarca esta autora la sentencia de 6 de marzo de 1999 del Tribunal Supremo. En la cual se exime de responsabilidad al centro pues no hay culpa. Así como: la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 12 de febrero de 2000 y la de la Audiencia provincial de Asturias de 21 de julio de 1998, en las cuales también resulta absuelto el centro escolar por no haber incurrido en culpa. Y,

d.2) Exigencias de la responsabilidad.

Sin duda, el causante del daño ha de ser menor de edad. En el caso, que el daño lo produjera un mayor de edad, a pesar de cursar estudios en el centro, el titular del centro no respondería, pues el mayor responde en base al art. 1902 del CC y, el art. 1903.5 indica expresamente a menores de edad. Pero el daño ha de haber sido ocasionado durante el curso de una actividad escolar o extraescolar⁹⁶⁴.

La obligación de vigilancia no cesa por que haya finalizado el colegio o se realicen actividades fuera del mismo, sino que esa obligación cesa y se adquiere, en función del momento en que los padres tutores o guardadores ceden sus obligación de vigilancia o control al centro y viceversa: el centro cesa su obligación una vez han sido recogidos los alumnos y, ya no dependen del centro⁹⁶⁵.

Los daños a que se refiere el art. 1903.5 CC son daños causados a terceros, ya sean estos alumnos, profesores o personas ajenas al Centro. También se incluyen los daños que se causa el propio alumno. Pues los criterios de imputación son la omisión de los deberes de guarda y custodia y, la falta de control y vigilancia de los alumnos; como consecuencia de cualquiera de estos criterios, el propio menor alumno puede resultar lesionado y generarse responsabilidad⁹⁶⁶.

d.3) Sujetos responsables y de la extensión de la responsabilidad.

Es responsable el titular del centro ya sea este privado o concertado y por titular se entiende no al director del centro sino, al que permite que se realice el ejercicio de la

finalmente subraya la de la Audiencia provincial de Álava de 27 de mayo de 2005 en la cual se condena al centro por haber incurrido este en culpa. Situación de acoso escolar de un menor con conocimiento del profesorado sin adopción de medidas.

⁹⁶⁴PEÑA LÓPEZ, "La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor", p.156. El cual indica: "que el daño se produzca durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares, extraescolares o complementarias". Y, ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL "responsabilidad por hecho ajeno", p.159.

⁹⁶⁵PEÑA LÓPEZ, "La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor", p.156. ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL "responsabilidad por hecho ajeno", pp.158 y 159. ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, p.167. Y, NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.121. La cual sostiene: "de este modo la responsabilidad de los titulares de centros docentes o la de los empresarios subsume la de los padres."

⁹⁶⁶ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL "responsabilidad por hecho ajeno", p.160. Y, PEÑA LÓPEZ, "La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor", p.156.

enseñanza. No obstante, cuando el centro es público se aplican las normas de responsabilidad de la administración pública⁹⁶⁷.

La víctima sólo tiene una de las dos acciones: es decir, o actuar contra el titular del centro o contra los padres. No se acumulan las acciones, ya que se traspasa la obligación de responder y, o bien están obligados a responder los padres tutores o guardadores o bien, los titulares de los centros docentes⁹⁶⁸.

Otra cosa es que podemos estar ante una concurrencia de culpas, en cuyo caso, cada uno responderá por su culpa, y las acciones que se ejercitaran serán distintas, del art. 1903.2 y del art. 1903.5.

La reforma de 1991 continúa manteniendo el hecho producido por el alumno como presupuesto de imputación de la responsabilidad del titular del centro docente. Cuando el que causa el daño al alumno o a un tercero es el profesor, el titular del centro responde frente a la víctima aunque como empresario, (art. 1903.4), y por lo tanto, se le aplica todo lo indicado para el empresario, excepto lo que indica el art. 1904.2 del CC. Es decir, sólo se permite la acción de regreso cuando el profesor causante del daño ha actuado “con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fueren causa del daño”⁹⁶⁹.

Esta responsabilidad tiene la misma naturaleza vicaria que la del empresario en general: es una responsabilidad directa, y la víctima puede demandar al titular del centro sin necesidad de demandar al profesor causante del daño de conformidad con lo indicado en el art. 1903.4. Y, si lo quiere demandar, lo tendrá que hacer en base al art. 1902 del CC⁹⁷⁰.

Sólo es posible la acción de regreso en el caso que el daño haya sido causado por el maestro y él mismo haya actuado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones de conformidad con lo establecido en el art. 1904.2 del CC. Este segundo apartado es la excepción a la regla primera del mismo art. Es decir, la acción de regreso general en este caso está limitada a los casos en que el profesor ha actuado de forma gravemente culposa o de forma intencionada en relación con el daño causado por el menor. Es difícil entender la justificación de esta limitación⁹⁷¹.

⁹⁶⁷ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.160. Y, ALBERT PÉREZ, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, pp.161 y 162.

⁹⁶⁸ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.160.

⁹⁶⁹ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.160.

⁹⁷⁰ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.161.

⁹⁷¹En idéntico sentido PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor”, p.157. “Es difícil una razón objetiva que justifique esta diferencia de trato, aunque la doctrina suele achacarla a los avatares de la negociación política anterior a la ley que lo introdujo.” Y, Esther GÓMEZ CALLE, “Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos Civil y

En cualquier forma, el concepto profesorado se debe entender de forma amplia; es decir cualquier persona que ejerza una función de control sobre el alumnado, y el art. 1904 no permite repetir contra los padres del alumno causante del daño. Roca Trías y Navarro Michel sostienen que este art. fundamenta que estamos ante una responsabilidad vicaria pues se prefiere atribuir la responsabilidad a quien puede resultar más útil demandar, dada su capacidad económica y la posibilidad de aseguramiento, [centro educativo], pero sin que ello suponga la exención de responsabilidad de quien verdaderamente resulta único imputable del daño producido [el profesor]; por lo tanto una cosa es el resarcimiento de la víctima y otra la responsabilidad⁹⁷².

2.2.4. Edad y capacidad de imputación en el derecho civil.

a) Concepto de imputabilidad y responsabilidad civil.

La imputabilidad es un conjunto de factores personales que reúne un sujeto, que determinan que sea capaz de imputación y, por ello, “capaz de culpa”, en la medida que la imputabilidad, forma parte de la culpabilidad. Como capacidad de imputación se entiende aquel conjunto de factores que debe reunir el sujeto para que se le pueda atribuir el resultado producido como consecuencia de su acción. En su referencia a la culpabilidad, se ha definido la imputabilidad como la capacidad que tiene el sujeto de querer y comprender el acto que ejecuta. En ese sentido, si no se quiere y, no se comprende el acto que se ejecuta, no surge responsabilidad civil; y en todo caso, para que la acción de un sujeto, tenga relevancia jurídica, debe haber actuado éste libremente. Y, para que actúe libremente se debe tener capacidad volitiva, ententitiva y cognoscitiva.

Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. Ley 1/1991, de 7 d enero.”, *Anuario del Derecho Civil*, 1991-I pp.272-274.

⁹⁷²ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “responsabilidad por hecho ajeno”, p.161. “La idea es que cualquier persona contratada por el centro que realice alguna actividad y tenga bajo su vigilancia a los alumnos, podrá ser demandado en la acción de repetición.”. “Estamos de nuevo ante un supuesto que se prefiere atribuir la responsabilidad a quien puede resultar más útil demandar, dada su capacidad económica y la posibilidad de aseguramiento, pero sin que ello suponga la exención de responsabilidad de quien verdaderamente resulta único imputable del daño producido; por lo tanto una cosa es el resarcimiento de la víctima y otra la responsabilidad.”.

La capacidad de entender es la posibilidad de comprender y valorar un acto concreto⁹⁷³, mientras que la capacidad volitiva es la capacidad de comprender y, querer actuar de una determinada forma, una vez se ha entendido lo que comporta.

No cabe duda que se trata de una visión tradicional de la cuestión, y sobre la que en el derecho civil no ha existido cuestionamiento esencial, a diferencia de lo sucedido en el derecho penal⁹⁷⁴. La explicación de un desarrollo diferente es teleológica: “nada tiene que ver (...) la función del derecho penal y la pena con la que tiene la indemnización en el marco de la responsabilidad civil”⁹⁷⁵.

En ese sentido, puede afirmarse que el concepto del derecho civil de la imputabilidad no difiere sustancialmente del que, se había sostenido durante la codificación penal. Pacheco indicaba, a la hora de hablar de la imputabilidad, que el sujeto debía tener “la capacidad cognoscitiva suficiente que permite comprender la acción y prever sus posibles repercusiones, y la capacidad volitiva para actuar en consecuencia”⁹⁷⁶. La fórmula de Bonilla Correa, al referirse a un concepto psicológico–jurídico, es, en cierto modo, próxima: “la capacidad de comprensión del injusto del hecho y actuar en consecuencia”⁹⁷⁷.

Más allá de la capacidad abstracta, en la capacidad de culpa se ha de definir la determinación de lo que se debe entender por madurez intelectual y madurez de voluntad; que darán lugar a definir un sujeto con suficiente madurez de juicio. Y esta madurez de juicio, si surge, es la que permitiría la imputación a ese sujeto, y la obligación de indemnizar al perjudicado por el mal causado. En ese sentido, en la doctrina civil se ha defendido que “no es conveniente que en materia de responsabilidad civil se establezca un límite por razón de edad”, pues en esta madurez de juicio, influyen una serie de factores muy diversos que hacen que la misma sea personal y subjetiva⁹⁷⁸.

Ciertamente, por esta razón, se manejan tres criterios para fijar la imputabilidad penal: la fórmula biológica, que no define qué es la imputabilidad sino que dice que ese sujeto no es imputable a según qué edad; la fórmula psicológica, en la que la imputabilidad se basa en la capacidad de querer y entender del sujeto y la fórmula

⁹⁷³BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.118. “la capacidad de entender se asocia al elemento intelectual, definiéndose como la posibilidad de comprender y valorar un acto concreto;”.

⁹⁷⁴Sobre el planteamiento de la cuestión de la imputabilidad en el derecho penal, cfr. por todos Carlos PÉREZ DEL VALLE, “imputabilidades y teoría de la imputación”, *InDret*. (2/2015), abril, 2015.

⁹⁷⁵BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.120.

⁹⁷⁶Ver del trabajo, apartados (1.2.2) y (1.2.3).

⁹⁷⁷BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.119.

⁹⁷⁸BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.119.

mixta, que exige un presupuesto biológico y, por ello, una determinada edad y, además, se establece como fundamental que ese sujeto tenga capacidad para comprender el injusto del hecho.

Por esta razón, Bonilla Correa, al exigir la antijuricidad de la conducta del menor para que pueda hablarse de responsabilidad, entiende que la mejor fórmula sería una de carácter “psicológico-jurídico”, en la que se puedan establecer presunciones, de tal modo que incluso que las mismas favorezcan al menor; pero, una vez que el sujeto tiene capacidad para comprender el injusto y autodeterminarse, el individuo, por menor que sea, puede ser declarado responsable⁹⁷⁹.

b) Imputabilidad civil: una perspectiva histórica.

El análisis de la cuestión requiere una perspectiva histórica; pero, como se ha indicado, esta panorámica ha de ser abordada en los dos planos en que la cuestión ha sido examinada históricamente: en la codificación civil, y en la codificación penal.

1) Proyecto de CC del año 1821.

En cuanto a la edad y la capacidad de los menores, se establecía en los arts. 57 y siguientes⁹⁸⁰, y se indicaba que la edad infantil duraba hasta los siete años para ambos sexos y que hasta esa edad la ley consideraba incapaces para delinquir a los que se encontraban entre dichas edades. Entre los siete y los 14 años se establecía una especie de responsabilidad, pero sólo de carácter correccional por infracción de la ley y, finalmente, se establecía que la edad a partir de la cual surgía responsabilidad penal era la de los 14 años, con las restricciones que el mismo CP estableciese⁹⁸¹.

2) Proyecto de CC de 1836.

⁹⁷⁹BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, pp.119 y 120. “que recoja la capacidad de comprensión del injusto del hecho y actuar en consecuencia. Pero este criterio en modo alguno debe ser limitado a una determinada edad;”.

⁹⁸⁰LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación Española, La Codificación Civil, (Génesis e Historia del Código)*. Vol. II. Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, p.33.

Art. 57. “La edad infantil dura hasta los siete años en ambos sexos. La Ley considera incapaces de delinquir a los que se hallan en ella”.

Art. 58. “Desde los siete años hasta los catorce sólo tienen lugar penas correccionales para el castigo de las transgresiones de la ley”.

Art. 59. “la edad para obligarse por delito es la de catorce años, en los términos y con las restricciones que establece el Código Penal”.

⁹⁸¹En idéntico sentido BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.56.

Atendido que sólo se elaboraron tres títulos, no se menciona el Proyecto de CC de Cambroner⁹⁸². En el proyecto de 1836 no se establecía ninguna delimitación en cuanto a las edades en el ámbito de la responsabilidad y, por lo tanto, se debería entender que los menores estaban incluidos en la cláusula general del art.1857⁹⁸³ referido a los cuasidelitos. Se establecía, como cláusula general, y en cualquier forma, la responsabilidad por culpa⁹⁸⁴.

3) Proyecto de CC de 1851.

Es importante indicar que es el último proyecto antes de la aparición del CC y que el mismo es el antecedente inmediato al CC, ya que, en las bases que habían dado las Cortes al Gobierno para que elaboraran el CC de 1889 se indicaba que se tenía que tomar como base el Proyecto de Código de 1851⁹⁸⁵. En este proyecto, el art. 1900 establecía que todo aquel que interviniese en un hecho en el cual hubiera culpa o negligencia, y aunque el mismo constituyera delito o falta, estaría obligado a repararlo cuando causara un daño a tercero⁹⁸⁶. Por lo tanto, se continúa sin delimitar ninguna edad en cuanto a la responsabilidad civil del menor, pero sí que se le exige culpa. Es importante remarcar que, en el art. 1901, se establecía la responsabilidad por hecho ajeno y que el mismo es el antecedente inmediato del art. 1903 del CC⁹⁸⁷.

⁹⁸²“Sólo llegó a elaborar tres Títulos, referidos a Tutela, Curatela, Ausencia y Personas Morales.” Sobre este proyecto, ver: GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: “Estado de la Codificación al terminar en el Reinado Isabel II”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 39, 1871 pp.284 a 300. p.291; citado por BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.56. Y, N. del A. nº 97.

⁹⁸³Art. 1857 “los cuasi delitos imponen al culpado o negligente la obligación de indemnizar por los perjuicios que por estas causas se hubiesen irrogado a un tercero. Y, en el art.1856 se definía el cuasi delito “Los hechos que causan perjuicio a una persona sin estar declarados por delitos, y que no procedan de caso fortuito, sino de culpa o negligencia de otra persona.”.

⁹⁸⁴BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.57.

⁹⁸⁵Base 1 “El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido de las instituciones civiles del derecho histórico patrio.”.

⁹⁸⁶Art. 1900 “Todo el que ejecuta un hecho en el que interviene algún género de culpa o negligencia, aunque constituya delito o falta, está obligado a la reparación del perjuicio ocasionado a tercero”.

⁹⁸⁷Art. 1901 “La obligación expresada en el artículo anterior no se limita a la reparación de los perjuicios ocasionados por un hecho propio, sino que se extiende a la de los causados por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia, o por las cosas de que uno se sirve o tiene a su cuidado.

En su consecuencia, el padre y la madre viuda son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y en su compañía (...). La responsabilidad de que se trate en todos los casos de este artículo cesará

En ese precepto se establecía que, para que surgiera la responsabilidad por ese hecho ajeno cometido por un menor, el requisito de la potestad y de que estuvieran bajo su compañía era exigencia para que los padres pudiesen responder. Además, se les permitía exculparse, siempre que probasen que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño.

4) CC de 1889.

En el art. 1902 no se establecía ningún requisito en cuanto a la edad para que se respondiera por esa obligación genérica⁹⁸⁸, y en el art. 1903 permanecía además la responsabilidad por hecho propio y por hecho ajeno⁹⁸⁹, sin que se estableciese tampoco ningún límite inferior en cuanto a la edad del sujeto por el cual responden los padres. En cambio, sí que aparece un límite máximo por el cual éstos dejan de responder “hijos menores de edad que viven en su compañía” si hubieran actuado con la diligencia para prevenir el peligro⁹⁹⁰.

5) Reforma del CC de 1981.

Como consecuencia de la Constitución de 1978, se tuvo que modificar el CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en la Ley 11/1981. La reforma, dió lugar a que se modificase el art. 1903 del CC y el párrafo segundo quedó redactado de la siguiente forma: “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”. Por lo tanto, el régimen de responsabilidad pasaba a ser conjunto, y, en lugar de potestad, se hablaba de guarda. Pero no se mencionaba el requisito de la compañía para que los padres respondieran, y desaparecía la mención hijos de menores de edad⁹⁹¹.

6) El derecho vigente.

cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

⁹⁸⁸Art. 1902 “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”.

⁹⁸⁹BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.58. “La responsabilidad se sigue configurando por un acto ajeno. Por la propia configuración del patria potestad, responderá en primer lugar el padre y por muerte o incapacidad (...) la madre.”.

⁹⁹⁰Art. 1903 redactado inicial año 1889. “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones de propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. El padre, y por muerte o incapacidad de éste la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía (...). La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”.

⁹⁹¹En idéntico sentido BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.59. “Se habla de guarda, no de potestad, y no se menciona el requisito de la compañía. Además, fruto de la configuración de la patria potestad -dual-, se establece un sistema de responsabilidad conjunto.”.

En el art. 1902 del CC, que es el art. que regula la responsabilidad extracontractual, no se menciona la edad del individuo que causa el daño por lo que la responsabilidad o irresponsabilidad del menor en este ámbito no viene regulado. Y tampoco el CC indica la imputabilidad de la persona como requisito para que surja la responsabilidad civil. Por ello, algunos autores indican que el art. 1902 establece el principio general de la responsabilidad por culpa en nuestro derecho y que esa culpa debe abarcar la imputabilidad⁹⁹². Lo cierto es que en nuestro CC no hay una normativa distinta para menores y para menores incapaces: se aplica a ambos el art. 1903 del CC; pero el propio art. 1903 no significa que no deba responder un menor capaz de entender y querer el acto realizado. Por lo tanto, parece que, cuando un menor carece de discernimiento, lo procedente sería la exención de responsabilidad por inimputabilidad del mismo, aunque hay autores que, pese a la inimputabilidad del menor, consideran que éste debe reparar el daño causado⁹⁹³.

c) La imputabilidad civil en la legislación penal: perspectiva histórica.

En esta cuestión de la imputabilidad es relevante el criterio de la legislación penal que especifica los límites a los que sólo afecta la legislación de menores. Por esto, resulta conveniente un breve examen de los diferentes límites adoptados a lo largo de la codificación.

A) En el CP de 1822, el art. 23⁹⁹⁴ indicaba que estaba exento de pena el menor de siete años, y, de los siete hasta los diecisiete años se atendía a la capacidad de discernimiento que tenía el sujeto. Por lo tanto, el legislador se basaba en el criterio biológico del nacimiento a los siete años y, que modificaba optando, por un criterio mixto, de los siete a los 17 años. En este sentido, es de subrayar la expresión empleada: no “puede ser considerado como delincuente ni culpable”.

En el art. 27 se establecía una responsabilidad civil propia derivada del delito y otra por hecho ajeno derivado de un delito, que, según Bonilla Correa⁹⁹⁵, era en sus

⁹⁹² NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.114. “técnicamente, el menor inimputable es incapaz de realizar un acto culpable por que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad”.

⁹⁹³ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.114.

⁹⁹⁴ Art. 23 CP de 1822 “Tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable en ningún caso el menor de siete años cumplidos. Si el mayor de esta edad, pero que no haya cumplido la de diecisiete, cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito o falta, se examinará y declarará previamente en el juicio, si ha obrado o no con discernimiento y malicia, según lo que resulte, y lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales.”.

⁹⁹⁵ BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.49. “La responsabilidad que se establecía era por las acciones de otro, de carácter objetivo, subsidiaria y

tres primeros apartados de carácter objetivo, subsidiario y limitado. Pero en esta responsabilidad civil no se hace una distinción de edades; es decir, se entiende siempre que si el menor, mayor de siete años, ha actuado con discernimiento responde éste; y, en otro caso, no puede responder nadie pues no responde penalmente ese menor. En cambio, en el apartado cuarto, se establecía una responsabilidad de carácter culposo para las personas que debían guardar a los dementes⁹⁹⁶.

No debemos olvidar que se contemplaba la minoría de edad como circunstancia atenuante: en el art. 107 se decía que “se tendrán por circunstancias que disminuyen el grado del delito (...) 1º la corta edad del delincuente, y su falta de talento o de instrucción”. Esto implicaba, en todo caso, una consecuencia determinada en la pena, que se veía rebajada cuando el menor se encontraba entre los siete y los 17 años; pero, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la situación no se alteraba.

B) El art. 8 del CP de 1848, en los párrafos segundo y tercero, mantenía el mismo criterio que el Código del 1822, aunque elevaba la edad de exención de responsabilidad criminal del menor a los nueve años⁹⁹⁷. Sin embargo, disminuye la edad a la que el discernimiento es relevante, pues lo establece entre los nueve y los 15 años: como en el anterior Código, se debía probar que obró con discernimiento para poder declararlos responsables.

En el art. 16 se establecía una responsabilidad civil directa del menor mayor de 15 años, estuviese o no exento de responsabilidad criminal, cuando con su acción hubiera ejecutado un hecho penado por la ley y producido un daño⁹⁹⁸, mientras que en el art. 9.2 se contemplaba como atenuante “la de ser el culpable menor de 18 años.”.

limitada”. Como se ve, la edad mínima de siete años era coherente con el criterio mantenido en el proyecto CC 1821.

⁹⁹⁶Ver exposición sobre responsabilidad civil en CP 1822, (apartado 1.2.1) del trabajo.

⁹⁹⁷Art. 8 CP de 1848 “Están exentos de responsabilidad criminal (...) 2º el menor de nueve años. 3º El mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento. El Tribunal hará declaración expresa sobre este punto, para imponerle pena o declararle irresponsable”.

⁹⁹⁸Art. 16 CP de 1848 “la exención de responsabilidad criminal declarada en los números 2º, 3º (...) no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes (...) 2º En los casos de los números 2º y 3º responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley.”. Y, BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.50. El cual indica que: “se produce un giro sorprendente sobre esta cuestión.” Pues “de manera expresa se establece la responsabilidad directa de los menores de quince años.”. Ver también del trabajo: (Apartado 1.2.2)

C) El CP de 1850 establecía, como el Código de 1848, una responsabilidad directa del menor; por lo tanto se puede afirmar de forma clara que se diferencia entre responsabilidad civil y responsabilidad penal y que la irresponsabilidad penal no conllevaba la civil.

Por lo tanto, o era distinto el criterio de discernimiento que se exigía para tener la responsabilidad civil, o aun faltando discernimiento penal, surgía la responsabilidad civil, ya que, con independencia de la edad, el menor responderá civilmente con sus bienes de manera directa.

D) El CP de 1870, en el art. 8 (párrafos segundo y tercero), seguía manteniendo el criterio mixto⁹⁹⁹: continuaba indicando que, hasta los nueve años, el menor estaba exento de responsabilidad penal y presumía su falta de discernimiento o de juicio como presunción *iuris et de iure*; mientras que de los nueve años hasta los 15 años de edad, formulaba una presunción *iuris tantum*, que declaraba exento al menor, salvo que se probase que obró con discernimiento¹⁰⁰⁰.

El art. 19 establecía de nuevo la responsabilidad civil del menor de forma subsidiaria en vez de directa. Respondían de forma directa los padres del menor de nueve años y del menor de nueve a 15 que actúa sin discernimiento, y si este menor de nueve años a 15 años hubiera actuado con discernimiento, respondería éste de forma directa¹⁰⁰¹.

E) El CP de 1928 regulaba la cuestión de la edad en los arts. 56, 65 apartado 5º y 77. En el art. 56 se establecía la exención de responsabilidad penal en el menor de 16 años¹⁰⁰², siempre que existiese en ese territorio un Tribunal Tutelar para niños.

⁹⁹⁹Art. 8 CP de 1870 “no delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: (...) 2ª el menor de nueve años. 3ª el mayor de nueve años y menor de quince a no ser que haya obrado con discernimiento”.

¹⁰⁰⁰BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.52. Ver también del trabajo: (Apartado 1.2.3.).

¹⁰⁰¹BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.52. “La responsabilidad (...) de los menores pasa a tener el carácter de subsidiario, a excepción de los menores entre nueve y quince años, a quienes se aplica el criterio de discernimiento, respondiendo de manera directa si obraron con discernimiento, y subsidiaria si carecían de discernimiento en el momento de los hechos. Se establece de esta forma varias franjas de edad, exigiéndose en una de ellas el discernimiento para que pueda responder su autor, señalándose una exención *iuris tantum* a favor de la exención de responsabilidad de manera directa que no subsidiaria.”.

¹⁰⁰²Art. 56 del CP de 1928 “es irresponsable el menor de dieciséis años. El presunto responsable en cualquier concepto, de una infracción criminal de las definidas en este código o en las leyes especiales que no haya cumplido dieciséis años, será sometido a la jurisdicción especial del competente Tribunal tutelar para niños. Pero mientras exista algún territorio al que no alcance la jurisdicción de los tribunales tutelares se aplicará lo que preceptúa el artículo 855”.

En otro caso, se debía aplicar el art. 855 del Código¹⁰⁰³, que era en realidad una disposición transitoria que mantenía el criterio mixto, pues, en sus consecuencias, resultaban exentos de responsabilidad los menores de nueve años y los mayores de nueve años y menores de 16 que obraron sin discernimiento. Además, en el art. 65.5 se establecía una atenuación para la responsabilidad en relación con la edad en personas entre los 16 y los 18 años.

En esta época el menor de 16 años respondía de forma subsidiaria en defecto de los que ejercían la patria potestad o guarda legal¹⁰⁰⁴ y, como se observa, por primera vez un texto de CP había de concurrir, no sólo con el CC, sino también con legislación de menores.

F) El CP de 1932, eximió de responsabilidad al menor de 16 años y disponía que, cuando un menor ejecutase un hecho castigado por la Ley, sería entregado al Tribunal Tutelar de Menores, de conformidad con el art. 8.2 de ese CP¹⁰⁰⁵. En el art. 20 de ese Código se indicaba que la exención de responsabilidad no comprendía la civil¹⁰⁰⁶, y se volvía a fijar la responsabilidad subsidiaria del menor de 16 años en defecto de los que ejercieran la patria potestad o la guarda legal cuando no hubieran incurrido en culpa, sean insolventes. Además, establecía límites a esa responsabilidad subsidiaria, el que la LECiv establece para el embargo de bienes.

¹⁰⁰³Art. 855 del CP de 1928 “No delinquen y por tanto están exentos de responsabilidad: 1ª los menores de nueve años, quienes serán entregados a su familia con encargo de vigilarlos y educarlos. 2º los mayores de nueve años, y menores de dieciséis, a no ser que hayan obrado con discernimiento (...)”.

¹⁰⁰⁴De conformidad con lo establecido en el art. 77 del CP año 1928 “En los casos de los artículos 55 y 56, son responsables civilmente, por los hechos que ejercitare el irresponsable, los que le tengan bajo su potestad o guarda legal, a no probar que no hubo por su parte culpa o negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes los mismos enfermos mentales o menores en la forma y con las limitaciones relativas a la congrua alimenticia establecida por las leyes civiles.”.

¹⁰⁰⁵Art. 8.2 del CP de 1932 “cuando el menor que no haya cumplido dicha edad ejecute un hecho castigado por la Ley será entregado a los Tribunales Tutelares de Menores (...)”.

¹⁰⁰⁶Art. 20 CP de 1932 “La exención de responsabilidad criminal declarada en los números (...) 2º (...) del artículo 8 no comprende la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: Primera. En los casos (...) 2º (...), son responsables civilmente por los hechos que ejecutare (...) el menor de dieciséis años (...) los que los tengan bajo su potestad o guarda legal a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia. No habiendo persona que los tuviera bajo su potestad, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos (...) menores (...), dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil”.

EL CP de 1944 conservó la edad de la misma forma que el CP del 1932, en los arts. 8.2 y 20.1¹⁰⁰⁷.

G) El Texto refundido del año 1973 fijaba de forma separada la imputabilidad penal y la imputabilidad civil¹⁰⁰⁸. La imputabilidad civil se fijaba por razón de edad y se señalaba la edad de 16 años como suficiente para responder civilmente. Esta consecuencia derivaba de la misma expresión utilizada por el Código: explícitamente se decía que la exclusión de la responsabilidad criminal no comprendía la civil; porque además a los menores de 16 años se les atribuía una responsabilidad civil de carácter subsidiario, cuando no existían las personas que tenían a su cargo la patria potestad o tutela, o cuando estas eran insolventes o habían actuado diligentemente¹⁰⁰⁹.

Se planteaba en esta regulación el problema de si la norma sólo era aplicable ante el ilícito penal, o también ante el ilícito civil. Si se hubiera aplicado también ante el ilícito civil, supondría que la inimputabilidad civil no tendría ningún efecto a la hora de declarar la responsabilidad civil, incluso en este caso en que hablamos de una responsabilidad civil subsidiaria¹⁰¹⁰.

El argumento para sostener que este art. se debía aplicar también ante el ilícito meramente civil era que la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, tenía la misma función y naturaleza, y de ahí que el ilícito debiera ser considerado de forma unitaria. A este argumento se unía una fundamentación en razones de equidad¹⁰¹¹: es más justo que soporte la reparación del daño el menor inimputable a que lo soporte la víctima, a lo que se añadiría que la responsabilidad civil tiene como finalidad la garantía de reparación a la víctima frente al daño causado. En todo caso, no carecía de peso la idea de ausencia de diferenciación entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil derivada del delito, ni el

¹⁰⁰⁷En idéntico sentido BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.55. “La regulación, (...) es idéntica a la del Código de 1932, salvo pequeñas matizaciones, que son más de carácter gramatical, no afectando sustancialmente a la configuración de la responsabilidad civil y los sujetos responsables.”

¹⁰⁰⁸Art. 19, art. 8 y, arts. 101 y siguientes del texto refundido del año 1973.

¹⁰⁰⁹Se debe indicar que en esta época el menor de 16 años está equiparado a los locos o deficientes psíquicos. Y por lo tanto se les presumía sin discernimiento. De ahí que se diga que era también una responsabilidad objetiva. En este sentido BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, pp.133 y 135.

¹⁰¹⁰En idéntico sentido BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.133.

¹⁰¹¹Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate”, en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto LÓPEZ CABANA*, Madrid, 2001, p.157.

hecho de que todos los Códigos penales han regulado la responsabilidad civil del menor, ya sea de forma directa o de forma subsidiaria.

Otra parte de la doctrina sostuvo que el art. 20.1 del CP sólo era aplicable a los hechos tipificados como delito o falta, pero no para los ilícitos puramente civiles, pues consideraba claro el carácter excepcional de la norma y del uso del principio de equidad en la responsabilidad civil¹⁰¹². Sin duda, no había ninguna fórmula parecida en CC para los ilícitos civiles. Bonilla Correa sostiene que lo que se indicaba en este precepto no era una auténtica responsabilidad del menor, sino la posibilidad de que éste respondiese por sí mismo ante un daño, por él causado, que de otra forma quedaría sin reparación¹⁰¹³.

En cualquier caso, el CP texto refundido de 1973 no sufre ninguna variación hasta 1995 en cuanto que se establece siempre una responsabilidad civil subsidiaria del menor.

d) *La imputabilidad civil en el CP vigente.*

El CP vigente implica una modificación respecto del CP de 1995, pues en el art. 19 del CP se indica que los menores de 18 años no serán responsables criminalmente, y que, cuando un menor de esa edad cometa un hecho delictivo, podrá ser responsable con arreglo a lo que disponga la Ley que regule la responsabilidad penal del menor.

Por otro lado, la imputabilidad respecto a la responsabilidad civil en el CP se encuentra regulada en el art. 116 del CP, en el cual se indica que toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios; de aquí que se pueda afirmar que la responsabilidad civil deriva del daño o perjuicio que ocasiona un delito. Pero además, hay otros preceptos en los cuales se indica que otras personas distintas al responsable criminal pueden también ser responsables civiles, que, siguiendo con una clasificación comúnmente aceptada la misma puede ser directa ya sea por hecho

¹⁰¹²ALBADALEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil. Tom II Vol .2*, Barcelona, 1997, p.545. LATOUR BROTONS, José: “La responsabilidad civil de los incapaces”, en *Libro Homenaje a ROCA SASTRE*. Tom II, Madrid, 1976, p.119.

¹⁰¹³BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.134. “el precepto establece un límite objetivo y cuantitativo en la responsabilidad del menor de edad, que no aparece en ningún otro precepto.”.

propio o ajeno o subsidiaria también por hecho propio o ajeno¹⁰¹⁴. El análisis se centra por tanto, en el art. 118.1, en su regla primera, y en el art. 120.1 del CP.

El art.118.1 del CP en su regla primera, continua distinguiendo entre la imputabilidad penal y la imputabilidad civil; es decir, cabe ser declarado exento de responsabilidad penal y, al tiempo, responsable civilmente. En este caso, la responsabilidad civil es directa; pero es importante indicar que el sujeto declarado inimputable penalmente debe ser imputable desde el punto de vista de la responsabilidad civil¹⁰¹⁵. Otros autores sostienen, no obstante, que el inimputable penal es responsable civil en todos los casos y es más probable que la intención del Código sea que el inimputable penal responda en todo caso civilmente¹⁰¹⁶. En ese sentido, la redacción (“en los casos de los números 1º y 3ª son también responsables”) aporta un argumento, al que se le une el hecho de que la regla segunda, indique que son igualmente responsables el ebrio y el toxicómano. También se indica, en esta dirección, que al establecerse requisitos para la responsabilidad de los terceros enumerados en el apartado primero se parte de que el inimputable responde civilmente. Pero el debate afecta también al empleo de la palabra “inimputable”: se ha sostenido que tiene sentido si nos referimos a otros posibles copartícipes. Y que, por lo tanto no estamos ante un yerro de la redacción¹⁰¹⁷.

No obstante, algunos autores también sostienen que se puede plantear que el legislador haya distinguido entre la imputabilidad civil y la imputabilidad penal¹⁰¹⁸. Sus argumentos se apoyan en una simple lectura literal del precepto. En efecto, el término “también” no tiene sentido cuando se dice “pudieran corresponder”, pues en

¹⁰¹⁴CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido: “Comentario al art 118 Código Penal” en, Coordinador Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO. *Código Penal comentado*, Barcelona, 2004. CALDERÓN CEREZO, Ángel, y CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *Código penal comentado*, Barcelona, 2004, pp.213 y 214. Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal de 1995*, Coordinador Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO. Tomo I, Granada 2002, pp.1149 y 1150.

¹⁰¹⁵En este sentido también NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, pp.118 y 119. Y, BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.136.

¹⁰¹⁶Vicente MONTES PENADÉS, en Coordinador VIVES ANTON. *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 1996, p.631. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal de 1995*, p.1158. Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO: “comentarios al Código penal, artículo 118” en *Comentarios al Código Penal*. dirigido por Manuel COBO DEL ROSAL., Madrid, 2000, pp.457 y 458.

¹⁰¹⁷GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, “comentarios al Código penal, artículo 118” pp.457 y 458.

¹⁰¹⁸IZQUIERDO MARTÍN, Pedro: “irresponsabilidad penal y responsabilidad civil” en *Responsabilidad civil “ex delicto”*, Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, XVI, 2004 pp.203 y ss.

todo caso la responsabilidad está supeditada a la existencia de esa imputabilidad civil¹⁰¹⁹. Y, además, si se cambiara el término imputables por inimputables tampoco cambiaría nada, pues responderían de forma automática.

El Tribunal Supremo, siguiendo el tenor literal del precepto, aunque sin dar explicación, declara que surge siempre responsabilidad si se da el resto de requisitos de art. 118 CP, a pesar de ser inimputable el sujeto y poder no tener capacidad de culpa¹⁰²⁰.

La crítica de Bonilla Correa¹⁰²¹, tan radical que llega a cuestionar que el art. 118.1 CP esté refiriéndose a una responsabilidad civil, es correcta e ese sentido: el sujeto debe ser imputable en términos del derecho civil en todo caso. A mi juicio, el punto de partida es claro: el sujeto exento de responsabilidad criminal lo es también civilmente, pues de lo contrario, si fuera civilmente imputable, no se entendería el motivo por el cual no debiera responder de forma plena o por qué limitar la cuantía de esa indemnización. En efecto, si el sujeto es capaz de responsabilidad civil -es decir es imputable civilmente-, no se entiende el motivo por el que se le debe menguar la indemnización a la víctima, si se considera además que el perjuicio es la medida de la responsabilidad civil.

Por otro lado, el art. 120 regla 1ª del CP, se refiere a “los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía” siempre que concurra culpa o negligencia. Por lo tanto, para que se aplique esta norma es necesario que el sujeto mayor de edad esté incapacitado civilmente, sea responsable criminalmente y que, como consecuencia de su conducta, se haya producido un daño. En este caso sí, se dice que responden subsidiariamente, los padres o, tutores que vivan en su compañía. Por lo tanto, aquí el legislador continúa diferenciando imputabilidad penal de incapacidad civil e imputabilidad civil de

¹⁰¹⁹BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.138. Sostiene que el término pudiera condicionar el nacimiento de la responsabilidad a no se sabe qué.

¹⁰²⁰STS Sala 2ª 3 abril 2000 “El artículo 118.1 del Código penal dispone que la exención de responsabilidad criminal declarada en los núms. 1º,2º,3º,5º y 6º del artículo 20 no comprende la de la responsabilidad civil, siendo correcto el pronunciamiento que sobre la responsabilidad civil se hace en la sentencia de instancia”. Y, en idéntico sentido STS Sala 2ª 22 abril 2004.

¹⁰²¹BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.139. “esta posibilidad de moderación es uno de los razonamientos para entender que el inimputable responde. ahora bien, ¿se puede hablar en estos casos de auténtica responsabilidad? A mi juicio no. Se podrá hablar, a lo sumo, de una compensación, de una distribución de infortunios, pero no de responsabilidad. Si hubiera realmente una responsabilidad no cabría en modo alguno la moderación, pues, insisto, y esto es una premisa en materia de responsabilidad, el perjuicio es la medida de la responsabilidad.”.

imputabilidad penal; y también parece claro, a partir de esta norma, que un incapacitado civilmente puede responder civilmente¹⁰²². Además no parece dudoso que la responsabilidad de los padres o tutores es subsidiaria¹⁰²³.

En cualquier forma, la razón de este precepto no es clara¹⁰²⁴, pues no se entiende por qué el incapacitado civilmente debe responder criminal y civilmente pero tampoco el fundamento de trasladar esa responsabilidad civil. En efecto, en función de si es un ilícito penal o un ilícito civil, el tercero responde de forma distinta, y el incapaz civil también, cuando el fundamento no puede ser el mismo que en el resto de apartados del art. 120 de CP¹⁰²⁵.

e) La imputabilidad civil en el derecho de menores.

La cuestión puede abordarse sólo en el aspecto de la responsabilidad civil, en la legislación de menores. Toda la legislación penal de menores, como se analizó anteriormente, ha evitado que se ejercitase la acción civil dentro del proceso de menores, y, hasta ahora, ha enviado al perjudicado a entablar la acción civil correspondiente ante la jurisdicción civil ordinaria.

No es hasta la LORPM, en la que se establece un proceso independiente que compete al Juez de menores en el ámbito de la responsabilidad civil y con un proceso específico dentro de su jurisdicción, cuando se formula así; pero, esta fórmula podía no ser definitiva, ya que se permitía a las partes plantear nuevamente el tema ante la jurisdicción ordinaria civil.

¹⁰²²En idéntico sentido BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.140. “Es más, admite, de forma clara, que tampoco tiene por qué coincidir la incapacidad civil con la posibilidad de responder civilmente, pues el incapacitado civilmente puede ser declarado responsable civil. La imputabilidad civil, la incapacidad civil y la imputabilidad penal son conceptos que no tienen por qué coincidir.”

¹⁰²³Aunque hay algún autor que sostiene lo contrario. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal de 1995*, p.1164. “no obstante en mi opinión, esta responsabilidad por culpa de los padres y tutores es directa o principal y solidaria, por tanto, con la propia de los hijos o pupilos mayores de edad”.

¹⁰²⁴En idéntico sentido BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, pp.141 y 142. “parece tener más paralelismo con el artículo 1903 cc, si bien también existirán diferencias insalvables, tales como el tipo de responsabilidad de aquellos responsables distintos del incapaz, como los padres y tutores, quienes responderán de forma subsidiaria y sin presunción de culpa a tenor de la normativa penal, mientras que según la normativa civil lo harían de manera directa y con una presunción de culpa.”

¹⁰²⁵Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON: “Comentario al art. 120 Cp”, en coordinador Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal comentado*, Barcelona, 2004, pp.384 y 385.

En efecto, la LORPM establece ya en su art. 61.3 que el menor mayor de 14 años y menor de 18 será responsable civil directo junto con una serie de sujetos. Por lo tanto, aquí sí que el legislador delimita en un mínimo y un máximo la edad a partir de la cual se entiende que un menor puede ser responsable civil, es decir, con capacidad de culpa. Aunque en el año 2006 se modifica la LORPM, este artículo no se modifica en este aspecto; y por lo tanto se puede decir que nuestro legislador, desde el año 2000, ha mantenido que el menor de 18 años y mayor de 14 años podrá ser responsable civil por unos hechos que comete. Por ello, se sostiene que, por razón de edad, un menor es responsable civilmente a partir de los 14 años por los daños ocasionados a terceros como consecuencia de la realización de un hecho ilícito penal regulado en la LORPM¹⁰²⁶.

En mi opinión, no obstante, el legislador, en este caso, no usa un criterio biológico puro sino que el legislador usa un criterio mixto¹⁰²⁷, pues hay una salvedad cuando al menor no se le pueda aplicar esta ley como consecuencia de lo indicado en el art. 5 LORPM: que no concurra en el menor “ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal prevista en el vigente código penal.”. Por lo tanto, se trataría de un criterio mixto, en el cual se presume que a los 14 años un menor puede responder civilmente salvo prueba en contrario.

2.2.5. Capacidad, edad y responsabilidad en el CC.

a) *Capacidad jurídica y capacidad de obrar; de la capacidad natural a la capacidad de culpa del menor.*

Capacidad jurídica es un estatus jurídico, es una situación del individuo al que la Ley le otorga una serie de consecuencias. En ese sentido, el art. 322 del CC establece que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. Así, mientras dura la minoría de edad, el menor tiene una serie de restricciones y, para suplir esa

¹⁰²⁶En idéntico sentido BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.142. Y, Encarna ROCA TRÍAS, “la responsabilidad civil derivada de delito”, en Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, Valencia, 2011, pp.63 y ss., p.69.

¹⁰²⁷BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, pp.142 y 143. Parece que intente sostenerlo también al indicar que “salvo que padezca algún tipo de deficiencia psíquica o física, un menor, a partir de los catorce años, es responsable civilmente, con independencia de que el daño producido sea consecuencia de un hecho delictivo o que se trate de un ilícito puramente civil. A partir de los catorce años, la persona es capaz de culpa penal, pero también lo es de culpa civil.”.

falta de capacidad de obrar en el CC, se establece que “los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”. Por lo tanto, se debe distinguir capacidad jurídica, la cual viene determinada por el nacimiento, y capacidad de obrar, la cual viene determinada por la edad¹⁰²⁸.

Como consecuencia de todo lo anterior, se puede decir que la capacidad jurídica es la aptitud que tiene el sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, y que la misma no admite graduación. Sin embargo, la capacidad de obrar es la aptitud que tiene una persona para realizar actos jurídicos, y no todas las personas tienen la misma. Por esto, la capacidad de obrar sí es susceptible de graduación durante la minoría de edad¹⁰²⁹.

La cuestión es, por tanto, si durante la minoría de edad se puede hablar de una capacidad natural del menor y si dentro de esta capacidad natural se puede incluir la capacidad de culpa y, por lo tanto, la imputabilidad. La doctrina, a la hora de hablar de la capacidad natural, se basaba en el antiguo art. 32.2 del CC. Pero fue modificado por la Ley 13/1983 de 24 de octubre que, reformaba el CC en materia de tutela. El anterior art. 32.2 decía “la menor edad, demencia o imbecilidad (...) no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de estos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o relaciones entre los bienes del incapacitado y de un tercero”. El motivo por el cual se derogó este precepto es, como ha indicado la doctrina, que se apoyaba en un error: “obedecía a una desafortunada incorrección, toda vez que lo que se citaban eran restricciones a la capacidad jurídica, cuando realmente lo eran a la capacidad de obrar. La conclusión: la responsabilidad del menor imputable”¹⁰³⁰. Pero esta derogación no significa que los menores no sean susceptibles de derechos y obligaciones; es más, en la actualidad se habla de un “derecho de menores” con normativa abundante, no sólo nacional sino también internacional¹⁰³¹. Si bien es cierto que la mayoría de estas normas tienen un carácter más bien proteccionista, también se reconoce una cierta capacidad al menor para realizar determinados actos en función de su capacidad de discernimiento: que exista la patria potestad, o normas indicando la mayoría de edad, no significa, que

¹⁰²⁸BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.120.

¹⁰²⁹BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.120.

¹⁰³⁰BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.121. En idéntico sentido se ha manifestado NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.115.

¹⁰³¹BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.121.

esos menores no sean titulares de derechos y obligaciones¹⁰³², y, por lo tanto, que los menores puedan relacionarse con su entorno con consecuencias jurídicas.

De aquí que se pueda sostener que el menor durante la minoría de edad tiene una presunción de capacidad, y también se pueda decir que minoría de edad no equivale a incapacidad¹⁰³³. El menor puede conducir ciclomotores, o incluso puede ser contratado laboralmente; por eso se dice que existe una “capacidad natural del menor”¹⁰³⁴. El menor es un individuo cuya capacidad no está determinada, aunque se puede graduar en función de su desarrollo volitivo y cognitivo; por lo tanto, varía en función de su propio desarrollo evolutivo. Por eso se habla de infantes, jóvenes, grandes menores, menores, maduros, etc.¹⁰³⁵. Lo importante es determinar qué criterios son los que sirven para delimitar esa capacidad y graduarla, teniendo en cuenta que el menor siempre evolucionará y que, si se le restringe su capacidad de obrar, esto puede afectar además al desarrollo de su personalidad, al que tiene derecho. Por lo tanto, parece claro que al menor se le debe conceder y reconocer una cierta autonomía, así como libertad de actuación, y esto implica que el menor pueda también responder por sus propios actos, aunque sólo podría responder de aquellos actos que realice él mismo, con una serie de requisitos, y según el grado de discernimiento del propio menor¹⁰³⁶. Por lo tanto, el menor es un sujeto con capacidad y la minoría de edad no es un estado que determina una incapacidad

¹⁰³² Tienen capacidad jurídica.

¹⁰³³ Art. 162 del CC “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan: (...). Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.”.

¹⁰³⁴ PAÑOS PÉREZ, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, p.70. “debemos señalar que a pesar de que la llamada capacidad restringida o natural no goce de un reconocimiento general, al no estar regulada en el Código Civil, defendemos su existencia como categoría independiente”. BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.122. Cristina, LÓPEZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, 2001, p.168; Carmen, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Madrid, 2003, p.951; Federico, DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, p.189.

¹⁰³⁵ PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación”, p.112.

¹⁰³⁶ En idéntico sentido BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.123. “que sea consciente del acto que realiza y de sus consecuencias, saber lo que hace con su comportamiento y las consecuencias que se derivan de la acción u omisión ejercitada.”.

absoluta; su capacidad limitada no equivale a inimputabilidad. La edad, por sí misma, no equivale a falta de capacidad de culpa ni, por tanto, a la inimputabilidad.

Por esa razón, habría que distinguir entre los efectos del requisito de la imputabilidad civil, y de la responsabilidad civil en general entre menores con capacidad de discernimiento y menores sin capacidad de discernimiento. Pero la defensa de este criterio no puede desvincularse de un examen de la función de la edad en la determinación de la responsabilidad civil.

Con anterioridad, se ha indicado de forma sucinta las diferentes soluciones al problema que ahora se examina, con las consecuencias que implica cada una de ellas¹⁰³⁷.

El criterio biológico, se caracteriza porque el legislador establece una zona de edad total y absoluta irresponsabilidad basándose en la inimputabilidad del menor. Normalmente se habla de esta ausencia de responsabilidad en la edad entre el nacimiento y los siete años; pero el problema se plantea en función de esa capacidad de culpa, en las edades entre los siete y los 14, ya que de forma unánime la doctrina establece la imputabilidad civil por razón de edad y con carácter general a los 16.

La consecuencia sería que, si se utiliza el criterio biológico, podría entonces sostenerse la ausencia de responsabilidad absoluta del menor siempre que se encuentre por debajo de esa edad de 16.

De ese modo, el criterio se manifiesta como muy rígido y se establecen criterios mixtos (biológico-psicológicos) basados en la edad y capacidad de comprensión.

Por otro lado, el hecho de que no exista ninguna referencia a la imputabilidad por razón de edad en el CC provoca también distintos posicionamientos en torno a la responsabilidad del menor:

1- Quienes piensan la irresponsabilidad del menor de edad. En ese sentido, el menor no responde con su patrimonio del daño causado: o responde un tercero o la víctima debe soportar el daño sin ningún tipo de reparación o compensación. Es importante el fundamento de exclusión de responsabilidad: o bien se niega la acción porque se trata de un acto reflejo en el que no existe elemento volitivo o porque, al no haber voluntad, no se puede hablar de comportamiento humano y se entiende que, al faltar la voluntad en la conducta del menor, nos encontramos ante un caso fortuito o una fuerza mayor; o bien se acepta la existencia de una acción y, por ello, de un comportamiento humano, pero se entiende que esta acción no es reprochable porque al sujeto que la realiza le falta el elemento subjetivo de la culpabilidad, y por lo tanto, no se le puede obligar a reparar el daño causado.

¹⁰³⁷ Ver apartado (2.2.4 a)) del trabajo.

2- Quienes afirman la responsabilidad del menor de edad. Se parte de la distinción entre imputabilidad e imputación sostiene que se puede ser inimputable y, pese a ello, responder. Lo importante es determinar el fundamento de esta responsabilidad, pues o se acude a elementos externos como la equidad, o se debe replantear el tema de la culpa, pues la responsabilidad está generada al margen de la culpa y de la imputabilidad. Para estos autores, la idea de la equidad como fundamento de la responsabilidad es sugerente; pero rompe, nuestro sistema de responsabilidad basado en la culpa, pues si al mayor se le hace responder en base a la culpa, y cuando no hay culpa, no responde, no se entiende por qué al menor, cuando no tiene culpa debe responder en base al fundamento de la equidad¹⁰³⁸.

Bonilla, no obstante, sostiene que esta idea de equidad puede ser mantenida de forma subsidiaria; es decir, en el caso que la persona que debiera responder en vez del menor, no tuviera bienes o no debiera responder, por así establecerlo la ley, para no dejar en desamparo a la víctima del daño. Pero esta obligación de responder basada en la equidad no es una auténtica responsabilidad “sino una sucesión de acontecimientos en los que intervienen dos personas, el infante y la víctima, sin que ninguno de ellos tenga más culpa que el otro a la hora de sufrir, de manera exclusiva, una disminución de su patrimonio.”¹⁰³⁹.

b) La edad como criterio de responsabilidad civil.

1) Las reglas generales.

En todo caso, aunque el art. 1903.2 del CC suprimió el requisito de la minoría de edad, se debe establecer una edad límite a partir de la cual los padres no responden por sus hijos. Esta edad límite, a partir de la cual no deben responder los padres por los hechos de los hijos, se establece de forma genérica en los 18 años. Por otro lado como se ha indicado, para establecer la responsabilidad de los padres sólo se exige la guarda respecto del menor, y esta guarda por norma general se extingue a los dieciocho años. Aunque hay casos excepcionales en que estos límites se pueden ampliar (patria potestad prorrogada o rehabilitada) o disminuir, (emancipación del menor), ésta es la regla general.

¹⁰³⁸BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, pp.126 y 127.

¹⁰³⁹BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.127. “la idea de responsabilidad no encaja ante esta situación. Igual de responsable es el infante que el perjudicado.”.

2) La emancipación.

La emancipación del menor se puede considerar desde un punto de vista estático como acto jurídico formal irrevocable, o desde un punto de vista dinámico, pues hay varios supuestos para conseguir la emancipación (concesión de los que ejercen la patria potestad sobre el menor, matrimonio, por concesión judicial). Pero aunque las formas de conseguir la emancipación son distintas, sus efectos son idénticos. Son formas de extinguir la patria potestad y de adquisición de cierta capacidad de obrar¹⁰⁴⁰.

Sin embargo, no es lo mismo mayoría de edad y emancipación en orden a la capacidad de obrar. La mayoría de edad otorga automáticamente la capacidad de obrar total, y en cambio, la emancipación no otorga capacidad de obrar total.

En orden a la responsabilidad, antes de la reforma de 1981 se discutía, si del emancipado respondía su padre¹⁰⁴¹. Pero, en la actualidad, se mantiene como solución que no deben responder los padres cuando el hijo está emancipado, porque si el único requisito es la guarda para establecer la responsabilidad de los padres, ésta decae en cuanto se emancipa el menor¹⁰⁴². Pero esto no impide que se pueda reclamar a los padres en base al art. 1902 CC si incurrieron en culpa al conceder la emancipación, ya que su hijo no estaba preparado se trata de la atribución de un deber de garante sobre la emancipación. El problema también surge cuando el menor sin emancipación hace vida independiente, pero la solución es la misma, aunque aquí lo difícil es acreditar que el padre mantiene ese consentimiento de vida independiente, dado que el consentimiento es revocable. En ambas situaciones se entiende que responde el menor y que los padres pueden ser reclamados y responder, pero a partir del art. 1902 del CC, aunque es muy complicado el éxito de esa reclamación.

¹⁰⁴⁰ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.79. "Estado civil que extingue la patria potestad art 169cc y que otorga al menor una cierta capacidad de obrar con limitaciones en el ámbito patrimonial artículos 323 y 324 del Código civil."

¹⁰⁴¹ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.80. y N. del A. nº 180. Y, BONILLA CORREA, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, p.327.

¹⁰⁴² NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.81. "el menor emancipado responderá por las consecuencias dañosas de sus actos en la misma forma que una persona mayor de edad". Y añade en N. del A. nº 183. "Eso sí, si en el transcurso de la reclamación el menor quiere llegar a una transacción con el perjudicado, necesitará la autorización de sus padres o curador, si esa transacción requiere alguna de las operaciones contempladas en el artículo 323 del Cc."

3) Prorroga y rehabilitación de la patria potestad.

Los padres pueden ser declarados responsables, de los actos ilícitos de sus hijos mayores de edad, en base al art. 171 del CC, cuando un menor de edad está incapacitado, y persiste su incapacitación, al contraer la mayor de edad, pues la patria potestad se prorroga. Y lo mismo sucede si un mayor de edad, soltero, que vive en compañía de sus padres, es incapacitado se rehabilita la patria potestad a sus padres.

Ambas situaciones patria potestad prorrogada o rehabilitada conllevan generalmente la guarda y, por lo tanto, les es aplicable a los padres el art. 1903.2 del CC¹⁰⁴³. No cabe duda de que es necesaria la incapacitación, pues en otro caso no es posible ni la rehabilitación ni la prórroga de la patria potestad, y en ese caso, responderían los padres pero en base al art. 1902 del CC¹⁰⁴⁴.

Se debe entender además, que el art. 171 del CC es aplicable incluso en el caso que el hijo mayor no conviva con sus padres, pues la razón de responder no es la convivencia bajo un mismo techo, sino que es la guarda y custodia de los padres sobre el incapacitado. Esta idea permite la prórroga de patria potestad incluso cuando la convivencia no es constante e ininterrumpida y, la rehabilitación de la misma en casos de internamiento del incapacitado¹⁰⁴⁵.

Nuestra legislación civil no diferencia de ninguna forma la naturaleza por la cual deben responder los padres por los actos cometidos por sus hijos en función de la edad de estos. En efecto, los padres responden del mismo modo si el niño tiene cuatro años, como si tiene trece, a pesar que la capacidad de madurez y discernimiento de éstos es distinta y que la capacidad de control de los padres sobre ellos también lo es.

En todo caso el legislador, en el ámbito del CC, no lo ha modificado, y se sigue entendiendo que la edad del menor no afecta a la naturaleza por la cual deben responder los padres. Se continúa sin solventar el problema de la edad a partir de la cual tiene el menor capacidad de responder, y por lo tanto, a qué edad es imputable.

El problema es determinar a partir de qué edad estos padres dejan de responder por los actos cometidos por sus hijos, pues parece claro -y así se establece tanto en el CC como en la LORPM- que los menores de 18 años tienen capacidad de realizar

¹⁰⁴³ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.83.

¹⁰⁴⁴ NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.83.

¹⁰⁴⁵ Sostienen la misma idea, NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.84. Jerónimo LÓPEZ PÉREZ, *Prorroga y rehabilitación de la patria potestad*, Barcelona, 1992, pp.71 y 72. También, PAÑOS PÉREZ, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, p.91.

actos, los cuales causan un daño que otro ciudadano no debe soportar, y que deben responder en algunas situaciones por ese daño causado¹⁰⁴⁶. Navarro Michel, por su parte, propone los 14 años¹⁰⁴⁷: a partir de esa edad “los padres del menor deberían de responder de forma subjetiva. Y si prueban de forma efectiva que emplearon la debida diligencia para prevenir el daño, resultara responsable el propio menor.”. Y continúa diciendo de forma crítica a nuestra regulación.

“Es positivo adoptar medidas que garanticen la obtención de un resarcimiento por parte de quien ha sufrido el perjuicio, y poder restituir al perjudicado en el *statu quo* anterior a la producción del daño, pero no a toda costa. Sobre todo, no a costa de los padres, cuando no está en sus manos impedir el daño. Proteger al perjudicado, sí; condenar sistemáticamente a los padres, en situaciones que escapan del control real de sus hijos, no.

Y es que no hay que confundir a los padres con una compañía aseguradora.”.¹⁰⁴⁸

La conclusión ha de fijarse sobre tres opciones de solución:

1-Establecer una edad determinada para diferenciar la responsabilidad subjetiva u objetiva de los padres.

2-Permitir que sea un Juez en base al grado de madurez del menor quien determine la naturaleza de la responsabilidad de los padres.

3- Establecer dos bloques en función de la edad del menor: hasta una edad determinada responden los padres en base a un criterio objetivo, pues el menor sería inimputable; y, a partir de esa edad, responden los padres de forma objetiva o subjetiva en función de si el menor es o no es inimputable, y en base a su discernimiento o madurez. Aquí la responsabilidad de los padres sería objetiva o subjetiva en función de esa imputabilidad.

c) Toma de posición ante los arts. 1902 y 1903 del CC a los menores.

Como se ha indicado, el legislador, en el ámbito de la jurisdicción civil, no ha establecido ningún criterio para determinar si un menor de edad es imputable o no a efectos de responsabilidad civil. Por tanto, es preciso indicar cuál es la posición adoptada en cuanto si un menor de edad es o no imputable en el ámbito de la jurisdicción civil y, como consecuencia de esta posición, determinar si es posible aplicarle el art. 1902 del CC, así como si es posible aplicarle el art. 1903 CC.

¹⁰⁴⁶La LORPM establece de forma clara la responsabilidad civil del mayor de 14 años y menor de 18 en el art. 61.

¹⁰⁴⁷NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, pp.88 y 89.

¹⁰⁴⁸NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.89.

Desde mi punto de vista, a un menor de edad sólo se le puede aplicar el art. 1902 si tiene capacidad de culpa, y si el menor no tiene capacidad de culpa no se le puede aplicar el art. 1902 CC. En efecto, esta norma regula la responsabilidad civil por hecho propio y, además, es una cláusula general de la responsabilidad civil. Por lo tanto, se deberá aplicar de forma subsidiaria, de conformidad con lo establecido en el propio CC en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas cuando una norma especial no se pueda aplicar¹⁰⁴⁹.

Pero una cosa es el criterio por el que he optado¹⁰⁵⁰, y otra bien distinta qué ha resuelto el legislador sobre esta cuestión. Como se ha visto, la ley no indica nada en cuanto a la posibilidad de imputación o capacidad de culpa de un menor de edad en la jurisdicción civil, y, por lo tanto, será el Juez quien, ante esta falta de regulación, irá determinando si un menor en un caso concreto tiene o no capacidad de culpa.

Por otra parte, la doctrina, de forma unánime, entiende que, de forma ordinaria, el recién nacido y hasta los siete años aproximadamente, carece de capacidad de culpa en el ámbito civil, y que de los siete a los 14 es donde se plantean más problemas¹⁰⁵¹, pues de los 16 en adelante, también de forma unánime, se considera que el menor tiene capacidad de culpa en el ámbito de la responsabilidad civil.

Esta situación requiere, según creo, que el legislador estableciera unos criterios en cuanto a la edad en que un menor es imputable civilmente por razón de seguridad jurídica, pues esta falta de criterio en cuanto a la capacidad de culpa, y la tendencia a resolver sin coherencia diferentes casos, da lugar a que se produzcan contradicciones entre la jurisdicción civil o penal¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁹Es decir si la ley establece un caso de responsabilidad civil de carácter objetivo y esta no se puede aplicar por no estar específicamente incluida en la norma se debe de aplicar supletoriamente y con carácter general la establecida en el art. 1902.

¹⁰⁵⁰Entiendo que sólo se puede aplicar el art. 1902 a un menor con capacidad de culpa. Creo que se debería indicar por parte del legislador que un menor desde su nacimiento hasta los siete años no tiene capacidad de culpa. Que de los siete a los trece se debe presumir que no tiene capacidad de culpa salvo prueba en contrario. Y, que de los catorce a los dieciocho se presume que el menor tiene capacidad de culpa salvo prueba en contrario. De esta forma hay mayor seguridad jurídica e inclusive mayor coordinación con el art. 1903 del CC, la responsabilidad civil regulada en el CP y en la LORPM.

¹⁰⁵¹Pues la capacidad de culpa varía en función del desarrollo de cada individuo y no se puede establecer un criterio doctrinal unitario. Pero, si indicamos que la responsabilidad civil se basa en la culpa y el individuo está en constante evolución, lo lógico sería no establecer ningún criterio biológico y basarnos en la capacidad de discernimiento del sujeto en cada caso concreto y no establecer presunciones. Otro problema es si esta lógica pone en riesgo la seguridad jurídica.

¹⁰⁵²En el ámbito penal, el legislador sí que ha establecido unos criterios biológicos sobre los que se presume esa capacidad de culpa del menor en el ámbito de la responsabilidad civil. (LORPM art. 61). Otra cosa es si un menor puede ser autor de un delito o una falta y condenado en base al CP:

En cuanto el art. 1903 CC, no cabe duda de que hace referencia al art. 1902 CC y que, además, regula la responsabilidad civil por hecho ajeno. Es discutible si se trata de una responsabilidad objetiva, subjetiva o, ante una responsabilidad vicaría, es decir subjetiva y como garantía, tal como se ha expuesto. A mi juicio, se trata de una responsabilidad vicaría; es decir subjetiva y de garantía.

La cuestión es sí este art. 1903 CC exige como requisito para su aplicación que el autor del daño tenga capacidad de culpa como requisito indispensable para que se pueda aplicar esta responsabilidad por hecho ajeno. Toda la doctrina indica que es indispensable la capacidad de culpa del sujeto por el cual se responde, salvo en el caso de menores o incapacitados. Pero parece claro para la jurisprudencia y la doctrina que no se puede oponer la excepción de falta de capacidad de culpa del menor, pues esto daría lugar a la inaplicabilidad del art. en sus dos primeros párrafos.

La norma, en realidad, regula las bases por las cuales debe responder otro por el daño causado por un sujeto distinto, aunque si este sujeto no tiene capacidad de culpa, no puede responder en base al art. 1902 ni el art. 1903¹⁰⁵³, pues en una responsabilidad de carácter subjetivo, sin capacidad de culpa no surge nunca una responsabilidad civil.

Otra cosa es que el daño causado por ese sujeto, que no tiene capacidad de culpa, se traslade a un tercero que sí tiene capacidad de culpa. Este último responde por su propia culpa, y, además, como garantía de la posible insolvencia de ese sujeto que no tiene capacidad de culpa o, que sí la tiene, surgiendo entonces la posibilidad de la acción de regreso entre ambos obligados. Es más, esa culpa del tercero es la que hace surgir la obligación de responder siempre y cuando se den una serie de requisitos, pues si no se dan esos requisitos y el sujeto causante del daño no tiene capacidad de culpa, no responde nadie, ya que no hay ninguna antijuricidad en la conducta realizada por el causante daño.

Si decimos que el sujeto causante del daño no tiene capacidad de culpa y no responde en base al art. 1902, tampoco responde en base al 1903 del CC; pero ese tercero ajeno sí debe o puede responder, pues se ha producido un daño a un ciudadano que no debe soportar el perjudicado, sino este otro sujeto -padres o tutores- siempre y cuando se cumplan unos requisitos determinados.

Me parece evidente que la norma, si bien se ha ido objetivando, nunca ha abandonado el criterio de culpa y, por lo tanto, este tercero que responde si no ha

el menor realiza conductas que están tipificadas en el CP, aunque al mismo se le sanciona de acuerdo con su ley especial, que es la LORPM.

¹⁰⁵³Si fundamentamos esta responsabilidad civil por hecho ajeno única y exclusivamente desde un fundamento subjetivo.

incurrido en culpa o negligencia no debería responder. Por ello, y atendido que en algunos casos responde este tercero, sin que el causante del daño tenga capacidad de culpa, se sostiene que el art. 1903CC regula la responsabilidad por hecho ajeno de carácter subjetivo y como una garantía; es decir, este precepto tiene una fundamentación vicaría¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵⁴En el caso del menor recién nacido a siete años se establece como garantía que responde el padre o el tutor. Pero sólo si el padre o el tutor incurre en culpa. si no incurre en culpa no responde ni el padre ni el tutor. Ni por supuesto el menor, al faltarle a este último la capacidad de culpa.

Conclusiones

Capítulo II

1ª. La responsabilidad civil o el derecho de daños tiene una función en el ordenamiento jurídico, con independencia del cuerpo legal en el que se encuentre regulado: la función de la responsabilidad civil es solventar los problemas que se plantean cuando se producen daños en las relaciones entre los miembros de la sociedad. Las leyes distribuyen ese daño entre los distintos patrimonios de los sujetos implicados. Por lo tanto, impone una obligación de soportar o reparar ese daño entre los distintos miembros de la sociedad, y esta obligación surge de conformidad con lo establecido en el art. 1089CC.

Se diferencian dos grandes grupos de obligaciones: las contractuales y las extracontractuales (en contraposición a las contractuales, que son aquellas que derivan del incumplimiento de un contrato). La diferencia entre una y otra es que la contractual nace de una infracción de unos deberes específicos e individuales previamente acordados entre las partes (contrato) y la extracontractual o aquiliana tiene su origen en el deber general de no dañar, es decir, cuando se produce un daño, se infringe un interés jurídicamente protegido. Por ello el legislador regula de forma distinta unas obligaciones y otras.

Las obligaciones extracontractuales surgen o nacen de la ley, y de aquellos actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. En el art. 1090 CC, el legislador indica que las obligaciones que surgen por la ley se rigen por esa norma y, subsidiariamente en lo no regulado, por las disposiciones del libro IV del CC. Por ello, las lagunas de las obligaciones contractuales, las que surgen de los cuasi contratos y las que existan como consecuencia de una ley que no sea el CC, se regularan de forma subsidiaria por lo establecido en el libro IV del CC: en los arts. 1091, 1092 y 1093 se indica que las obligaciones contractuales se rigen por los contratos; que las obligaciones que nacen de delito o falta se regulan por el CP; y que las obligaciones que nacen de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley quedan sometidas a las disposiciones del Capítulo II del Título XVI del libro IV del CC y, por tanto, a los arts. 1902 al 1910.

Todos estos preceptos son fundamentales pues, determinan cuáles son las normas por las que se deben regir las obligaciones, ya sean estas contractuales o extracontractuales. A su vez, dentro de las obligaciones extracontractuales, el legislador de forma constante ha diferenciado la regulación de cada obligación en función de su origen; es decir, aquéllas que surgen de una ley se rigen por lo establecido en ley, aquéllas que surgen de un delito se rigen por lo establecido en el

CP y aquéllas que surgen de culpa o negligencia no penada por la ley por lo establecido en los arts. 1902 a 1910 del CC.

2ª. Independientemente del origen y la norma donde se encuentre regulada la responsabilidad civil, la doctrina y la jurisprudencia han establecido unos requisitos indispensables para que se pueda hablar de responsabilidad civil o del derecho de daños. Estos elementos o requisitos son tres: que se haya producido un daño, con unas características determinadas; un nexo causal entre ese daño y el sujeto que lo causa; y un criterio de imputación para el sujeto obligado a responder. Además, de forma más discutida una parte de la doctrina indica otro elemento: la antijuricidad. No obstante, cuando no se incluye como elemento fundamental, en realidad se engloba dentro del concepto de daño.

2.1. Los requisitos o características que deben concurrir en el daño para que sea merecedor de consideración jurídica a efectos de responsabilidad civil son: que el evento dañoso sea imputable a un ser humano distinto del que sufre el daño; y que el mismo, lesione un interés humano objeto de protección jurídica. Consecuencia de ese daño nace la obligación de responder, (responsabilidad civil), al sujeto que se determine y esta obligación consiste en reparar todo el daño causado. De ahí que se diga que rige el principio de *restitutio in integrum* en la responsabilidad civil.

La obligación de indemnizar existe porque la víctima de la acción u omisión ha sufrido un daño que debe ser reparado. Por ello, se indica que el daño debe lesionar un interés humano objeto de protección y de ahí que se entienda, que la antijuricidad también es un elemento a tener en cuenta a la hora de exigir la responsabilidad civil, y que, sin ella, no surge la responsabilidad civil. Este elemento es muy discutido, pues el sistema de responsabilidad civil extracontractual regulado en el CC para establecer que es un ilícito civil es atípico; es decir, rige el principio de "*neminem laedere*" y no se encuentra indicado expresamente por ello en el art. 1902CC. No obstante, la antijuricidad se predica respecto el daño objeto de resarcimiento, y de ahí que el daño debe estar constituido por la lesión de un derecho subjetivo o de un interés jurídicamente protegido. Esta es la razón por la que, según entiendo, la antijuricidad es un elemento o un presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual.

2.2. La antijuricidad es el elemento objetivo de todo ilícito civil relevante a efectos de responsabilidad civil extracontractual: es el elemento que permite delimitar o diferenciar qué daños son civilmente relevantes a efectos de resolver la responsabilidad civil, ya sea esta contractual o extracontractual. Sólo es objeto de la responsabilidad civil aquel daño que es jurídicamente relevante para el derecho -es decir, objeto de protección jurídica.- y por ello, cuando se causan daños, pero estos

no son antijurídicos, no surge la responsabilidad civil. Aunque puede surgir una obligación legal de reparar pero no una responsabilidad civil.

2.3. El nexo causal es un presupuesto ineludible de la responsabilidad civil, pues sin él no surge la obligación de reparar el daño con independencia de que el criterio de imputación sea objetivo o subjetivo. El nexo causal debe apreciarse entre la acción u omisión y el resultado dañoso efectivamente verificado, pues no todas las personas que han causado un daño (jurídicamente relevante para la responsabilidad civil) o que debieran haberlo evitado son responsables del ese daño. Sólo lo son aquellos que teniendo una posición de garantía para evitarlo no lo hicieron.

La causalidad se analiza desde dos ámbitos: como criterio de imputación; y como límite a la obligación de responder por el daño jurídicamente relevante, es decir, a la responsabilidad civil. Por lo tanto, la causalidad o el nexo causal consiste en determinar qué daños han de ser puestos a cargo del agente cuya conducta se halla causalmente ligada a los mismos. De ahí que esta determinación o limitación pueda ser fáctica o jurídica: es de interés, en este sentido, que la Sala 1ª TS utiliza un criterio de apreciación racional basado en la experiencia de la casuística, atendido que para fundamentar el nexo causal se basa en el sentido común, la lógica y los principios de justicia material. Exige, de ese modo, que la relación de causalidad quede probada de forma suficiente y no basta para proceder a la imputación que se haya infringido una norma, sino que además es necesario que el daño sea consecuencia de esa infracción.

2.4. Para que se pueda imputar responsabilidad al sujeto agente es necesario demostrar que su conducta y el resultado dañoso se encuentran unidos por el nexo causal. Esta prueba de la causalidad debe ser realizada por el perjudicado y es necesario que la conducta causante del daño sea atribuida con plena seguridad a un sujeto determinado en cuanto autor causante de esa conducta.

2.5. El criterio de imputación es el motivo que elige el derecho para atribuir la responsabilidad a un sujeto, y, en este caso, responsabilidad civil. El criterio de imputación consiste en determinar quién es responsable y sólo lo será aquel sujeto que no se ha comportado jurídicamente de forma correcta por no atender a las exigencias de conducta impuestas por la ley. El derecho impone a sus destinatarios unos comportamientos para la vida en sociedad atendida la finalidad protectora de los bienes jurídicos protegidos por el derecho. Por ello, dentro del concepto culpa se pueden encontrar dos conductas: una, aquellas que hay negligencia, pues su conducta es antijurídica; y aquellas otras en que su conducta es diligente y lícita pero que la culpa se establece en base al resultado dañoso atendido que el mismo da lugar a la desaprobación de la conducta por ser socialmente reprobable ese daño.

2.6. En el derecho de daños existe una pluralidad de criterios de imputación, aunque se diferencian dos grandes grupos: criterios subjetivos o por culpa y criterios objetivos al margen de esta.

El criterio subjetivo se caracteriza por atribuir el daño al sujeto que se ha comportado de una forma que el derecho no aprueba; es decir, el criterio de imputación busca y constata que el sujeto se ha comportado de una forma jurídicamente reprochable y no se ha ajustado a las exigencias que determina el ordenamiento jurídico. En esto consiste su culpa. El sistema de responsabilidad objetivo es aquel que prescinde de la culpa para designar o atribuir el daño al sujeto responsable y, por ello, en estos sistemas la culpa del sujeto no es relevante para declarar su responsabilidad.

2.7. Por lo tanto, siempre que se produzca un daño con las características indicadas y se pueda atribuir ese daño a la conducta del sujeto en base a un criterio de imputación, con independencia de cuál sea éste, se plantea la cuestión de responsabilidad civil que constituye el punto de partida de este estudio.

3ª. Imputabilidad es el conjunto de factores o motivos que establece el derecho para poder atribuir a un sujeto el resultado producido por su conducta. Para que a un sujeto se le pueda atribuir una conducta, éste debe ser capaz de culpa. Por lo tanto la imputabilidad forma parte de la culpabilidad.

Las fórmulas que establece la doctrina para acordar la imputabilidad del sujeto, sea ésta penal o civil, son tres: la biológica, la psicológica y la mixta. La biológica no define qué es la imputabilidad y sólo indica que un sujeto es inimputable hasta una edad determinada, de modo que son imputables todos los sujetos que superan esta edad, con independencia de su capacidad de culpa. La psicológica indica que cualquier sujeto es imputable siempre y cuando tenga capacidad suficiente para querer y entender su conducta, así como que su voluntad sea acorde con esa comprensión. Y, finalmente en la mixta, el legislador establece una edad en la cual se considera al sujeto imputable y, además, se le exige al mismo tener capacidad de culpa para comprender lo injusto de su conducta. Por lo tanto, la edad es un elemento fundamental de la imputabilidad y a su vez de la culpabilidad, pues en función de la fórmula que se adopta, la edad determina la capacidad de culpa en una presunción *iuris et de iure*. Sin capacidad de culpa no hay imputabilidad; es decir, si el sujeto no puede ser culpable, no se le puede atribuir esa conducta.

4ª. Capacidad de obrar y capacidad jurídica son conceptos diferentes: la capacidad jurídica no viene determinada por la edad, sino que es un estatus jurídico que otorga unos derechos y obligaciones al sujeto desde su nacimiento y no admite graduación alguna; en cambio, la capacidad de obrar es la aptitud que tiene una persona para realizar actos jurídicos. No todas las personas tienen la misma capacidad. Por lo

tanto, la capacidad de obrar admite graduaciones durante la minoría de edad. La cuestión es determinar si durante la minoría de edad se puede hablar de capacidad natural del menor (capacidad de obrar), y a partir de cuándo esta capacidad natural del menor y la capacidad de culpa confluyen y, por lo tanto, se puede hablar de imputabilidad. En todo caso es el legislador quien atribuye el motivo de imputabilidad y quien indica cuándo existe o no esta capacidad de culpa en el sujeto y, por tanto, si es imputable su conducta con respecto a cualquier rama del derecho. Por ello es decisivo determinar cuál es esa capacidad de obrar del menor en la sociedad, pues esta varía en función de su grado de discernimiento (capacidad de culpa), y esto sólo se puede analizar si, previamente, se reconoce esta capacidad natural al menor.

En ese sentido, un menor es un sujeto con capacidad jurídica y cierta capacidad de obrar. La minoría de edad no es un estado de incapacidad absoluta y esa incapacidad por edad no equivale a inimputabilidad, pues esa falta de edad no equivale a no tener capacidad de culpa. Por eso se distingue entre menores que tienen capacidad de culpa y menores que no tienen capacidad de culpa.

5ª. En el CC no hay ninguna referencia en cuanto a la edad o la imputabilidad del menor respecto la responsabilidad civil; por tanto, la diferenciación entre menores con capacidad de culpa o sin ella es muy importante, pues en función del sistema de responsabilidad civil se podrá o no imputar ese daño a ese sujeto.

La doctrina, de forma general y sin discusión, indica que un menor no tiene capacidad de culpa hasta los siete años y que el perturbado mental grave también carece de capacidad de culpa; pero hay determinadas franjas de edad en donde siempre surge el problema de si el sujeto tiene o no capacidad de culpa suficiente para responder, sobre todo en los sistemas de responsabilidad civil de imputación subjetivo -es decir, los basados en la culpa- y con mayor motivo, cuando el legislador ha optado en el CC español, por la fórmula psicológica.

Por lo tanto, de acuerdo con art. 1902 del CC, al menor de edad con capacidad de culpa suficiente para que sea reprochable su conducta, se le podrá aplicar dicho precepto y, por ello, aplicarle también el art. 1903.2 y trasladar esa responsabilidad a sus padres.

En el caso que no se les pueda aplicar el art. 1902 -es decir, se entienda que el menor no tiene capacidad de culpa suficiente como para que su conducta sea reprochable- según entiendo que no se le podría trasladar ninguna responsabilidad a nadie, pues esa conducta es irreprochable y en un sistema basado en la culpa, sin culpa no existe responsabilidad alguna.

En todo caso, este problema lo soluciona el TS al indicar que, en estos supuestos de los menores hasta los 18 años, no es necesaria la capacidad de culpa, para

poder trasladar la responsabilidad, es decir, la obligación de reparar el daño que ellos han causado a los terceros indicados en el art. 1903.2 y 3CC, que son los padres y tutores. Esta solución es criticable si entendemos que, tanto el art. 1902 como el art. 1903, regulan sistemas de responsabilidad civil basados en la culpa.

6ª. El art. 1903 del CC regula la responsabilidad civil por hecho ajeno y, como consecuencia de ello, al poder existir pluralidad de sujetos responsables, la obligación que surge tiene unas características específicas con respecto al acreedor. No es necesario ejercitar la acción contra el autor material del daño y no se puede excepcionar por el tercero un litisconsorcio pasivo. No obstante, pese a que no se indica que se trata de una obligación mancomunada de carácter solidaria propiamente dicha, es admitido por toda la doctrina que estamos ante una obligación de responder solidaria impropia. Es decir, la víctima puede reclamar el todo del daño sufrido a cualquiera de los dos responsables con independencia de su propia cuota, sin perjuicio de todo lo indicado cuando se pueda diferenciar la cuota por la cual debe responder cada uno de los obligados, esta debe ser acordada.

7ª. El art. 1903 del CC surge como consecuencia del objetivo de garantizar al perjudicado la reparación del daño que ha sufrido, considerando que sólo regula las conductas realizadas por unos sujetos determinados: menores, incapacitados y por trabajadores o dependientes; es decir, el legislador ante la previsible insolvencia del autor material del daño, traslada la responsabilidad a otros sujetos determinados en relación a un vínculo de dependencia y a unos criterios de imputación determinados. Si no existe este vínculo de dependencia, no se puede trasladar esta responsabilidad, y el vínculo sólo puede ser familiar, laboral o escolar.

8. Las relaciones entre los distintos sistemas o criterios de imputación en la responsabilidad civil o derecho de daños es una cuestión decisiva, pues en función de esa relación, el ordenamiento jurídico asigna unos daños al sujeto. En el derecho español, tanto el criterio de imputación objetivo como el subjetivo se entienden regímenes o sistemas de imputación no excepcionales y que, por lo tanto, pueden ser interpretados extensivamente y por analogía.

Pero en nuestro sistema, no todos los regímenes de responsabilidad extracontractual son equiparables al régimen de responsabilidad extracontractual basado en la culpa del art. 1902CC, el cual, por sus características, es distinto a todos los demás y constituye el derecho común del sistema de responsabilidad civil extracontractual español. Por ello, es aplicable a cualquier supuesto de responsabilidad civil extracontractual no regulado y sirve, además, para suplir las lagunas que pueden tener los regímenes que utilizan criterios de imputación tanto de carácter objetivo como de carácter subjetivo. Es decir, hay una cláusula general de no dañar y un sistema de responsabilidad objetivo y subjetivo para regular de forma

más o menos extensa materias específicas. En el caso que estas regulaciones presenten lagunas se aplicará supletoriamente el art. 1902 CC.

Por lo tanto, es muy importante determinar la norma general del sistema de responsabilidad objetivo y del subjetivo, pues, en definitiva, cuando determinemos que un régimen es especial no se podrá aplicar la analogía ni interpretar esa norma de forma extensiva. Sólo se podría aplicar de forma supletoria la norma general que regule ese sistema de imputación objetivo o subjetivo siempre y cuando no contraiga la norma excepcional y en su defecto sólo el art. 1902CC.

9ª. Por tanto, es necesaria una decisión sobre el sistema de responsabilidad civil, y sobre, si se trata de una norma general o no, respecto todo el sistema de responsabilidad civil, así como sobre cuál es el criterio de imputación para fundamentar el art. 1903 del CC, sólo de este modo cabe, tomar una posición respecto si existe o no la acción de regreso del art. 1904.1ºCC respecto los autores materiales del daño indicados en el art. 1903.2º y 3º CC, es decir, los hijos bajo guarda y los menores e incapacitados tutelados. En efecto, de forma expresa el legislador entiende que es aplicable para el autor del daño material indicado en el art. 1903.4ºCC, el art. 1904.1 CC y el párrafo segundo de dicho precepto para el supuesto regulado en art. 1903.5 del CC, pero no menciona nada respecto los anteriores.

9.1. Entiendo que el art. 1902 del CC es una norma general respecto de todo el sistema de responsabilidad civil, y que el mismo es de aplicación supletoria cuando con independencia del caso concreto se produzca una laguna. Es decir, si bien el art. 1902CC es una norma que regula la obligación de responder por un daño causado por hecho propio bajo un criterio de imputación subjetivo, es también de aplicación supletoria cuando un sistema de imputación objetiva presente una laguna para un caso concreto.

Ante esta situación, y atendido que el art. 1903.1 CC hace referencia al art. 1902 CC, entiendo que el art. 1903 CC regula la obligación de responder con un fundamento subjetivo. Pero se trata de un tipo de responsabilidad civil diferente al regulado en el art. 1902 CC pues aquél regula una responsabilidad civil en la cual ha incurrido el propio sujeto, referido en el art. 1902; y, no obstante, la traslada, es decir, imputa esta obligación a un tercero. Por lo tanto, es una obligación de carácter subjetivo, pero por hecho ajeno. De ahí que creo que deba mantenerse que estamos ante un tipo de responsabilidad civil de carácter subjetivo especial y que por ello no se puede aplicar extensivamente. Además, sostengo que junto a este fundamento de carácter subjetivo, la culpa, coexiste un fundamento de garantía, son ambos conjuntamente la base del sistema de responsabilidad civil por hecho ajeno. Es decir, tiene un fundamento vicarial.

9.2 En todos los supuestos del art. 1903 CC aparece el fundamento de la culpa. En efecto, el último párrafo afecta a todos los supuestos del art. 1903CC sin excepción alguna respecto los terceros sujetos susceptibles de serles traspasada la responsabilidad civil. De ahí que se sostenga que hay una presunción de culpa del tercero, y sólo cuando esta no existe decae la obligación de responder. Pero a ello debe añadirse que, si bien se ha objetivado la culpa por medio de la inversión de la carga de la prueba, esta nunca ha sido abandonada. Pese a las modificaciones del precepto, nunca se ha establecido una presunción de culpa *iuris et de iure* de los padres con respecto del daño que causen sus hijos, pues ello equivaldría a sostener que un hijo es un riesgo, y que se responde por el simple hecho de ser padres. Es decir, se trataría de un sistema de carácter objetivo al margen de la culpa.

En el apartado segundo y tercero del art. 1903 es donde más se discute el elemento de la culpa y de la garantía, pues sin culpa alguna y como simple garantía no se alcanza a comprender que el tercero deba responder dentro de un sistema basado en la culpa. El fundamento de la garantía permite trasladar esta responsabilidad civil a los padres y tutores, pues si se basara únicamente la responsabilidad civil por hecho ajeno en la culpa, habrían muchos supuestos del art. 1903.2 y 3 CC en que la víctima no podrá ser resarcida.

En efecto, en supuestos en que el menor no tiene suficiente capacidad de culpa para responder en un sistema subjetivo exclusivo se entendería que no se puede trasladar responsabilidad civil, pues aquella no habría surgido. Por ello, el propio TS asume que no es necesario esa capacidad de culpa en los menores para que surja la responsabilidad del art. 1903.2º y 3º CC y pueda ser trasladada a los padres o tutores. Con ello, se está apostando por un fundamento de garantía y no sólo basado en la culpa. Además los sujetos indicados en el art. 1903.2 y 3CC responden por culpa presunta y como garantía. Esto resulta particularmente claro en los casos del menor joven: el menor joven con capacidad de culpa difícilmente es controlable por el adulto, pues goza del derecho a desarrollarse como persona, así como la actual legislación civil con respecto los menores, la cual les dota de casi total autonomía. Por lo tanto, o se fundamenta su obligación en la garantía, o difícilmente ese tercero adulto debería responder, pues no existe capacidad de control efectivo alguno sobre el joven.

Con la última reforma del art. 1904CC, al añadirse el actual párrafo segundo, no se ha modificado ni el criterio de culpa del tercero ni se ha disminuido el criterio de garantía respecto el art. 1903. En este caso no existe acción de regreso contra el menor ni contra el padre, pues se niega específicamente esta, al establecerse de forma concreta un único motivo de acción de regreso en el caso de responder el titular del centro de enseñanza. Por lo tanto, en todos los supuestos del art. 1903CC

aparece la idea o el criterio de garantía. Por ello, debe mantenerse que los padres y los tutores pueden ejercitar también la acción del art. 1904.1CC si sus hijos o pupilos tienen capacidad de culpa y aquéllos sólo responden por garantía.

Capítulo III.
ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

Introducción.

Capítulo III

En los capítulos precedentes se ha examinado tanto la evolución histórica como la situación de derecho vigente en relación con la responsabilidad civil en el proceso de menores. La consideración de preceptos de carácter civil en el CP, en contextos de regulación específica de hechos cometidos por menores, no se ha considerado, hasta ahora, decisiva; por el contrario, aparece como predominante la perspectiva de aplicación de las normas del CC a tales hechos. Sin embargo, la cuestión requiere un examen particular de aspectos problemáticos que han ido surgiendo a lo largo del estudio precedente. Algunos de hecho fueron subrayados en su momento mientras que otras constituyen una derivación de otras recientemente formuladas.

En este sentido, si bien hasta el año 2000 parece clara la idea del legislador: no solventar la responsabilidad civil en el proceso de menores. En el año 2000 empieza a quebrar este principio alcanzando su punto álgido con la reforma del año 2006, en la cual de forma clara y concisa se asume que esta cuestión, la responsabilidad civil, se resuelve de forma específica y definitiva en el especial proceso penal de menores y de acuerdo con la LORPM. Es decir: se ha pasado de sacar al menor del proceso penal a crear un proceso penal especial para menores; el legislador, en un primer momento, no resolvía esta cuestión civil en ese proceso, mientras ahora lo ha modificado sustancialmente, pues salvo reserva de acción del perjudicado el Juez de menores en el proceso penal especial debe solucionar la responsabilidad civil.

Este tránsito y, en especial, la asunción de un proceso penal especial implica resolver la cuestión de la responsabilidad civil en términos similares al proceso penal, y ello plantea si no es la normativa civil contenida en el CP, la que se debe aplicar de forma supletoria a la LORPM, o es la normativa regulada en el CC.

Desde esta perspectiva, creo que, es lógico el planteamiento, pues ambas regulaciones básicas se vinculan al sistema penal y parece que la normativa civil regulada en el CP podría ser aplicada de forma supletoria respecto a la responsabilidad civil en el proceso penal especial de menores. Se aborda la cuestión desde este punto de vista, aunque creo que, por otra parte, y como consecuencia de todo el capítulo anterior, la respuesta que adopta el CC ante hechos cometidos por menores no se solventará así, por dos tipos de razones: unas de carácter general y otras de carácter específico. Las de carácter general se vinculan a que el concepto de responsabilidad civil y la función de la responsabilidad civil es idéntico en las tres leyes estudiadas LORPM, CP y CC; las de carácter específico tienen en cuenta que, si bien es cierto lo anterior, no debemos olvidar que cada normativa tiene una

especificidad propia ya sea desde un aspecto procesal o desde un ámbito sustantivo por esa idéntica función y objeto. Es decir, el legislador crea conceptos o facultades jurídicas en función del hecho que causa el daño, de quién lo causa y de quién debe soportarlo.

En este sentido, el legislador regula en la LORPM la responsabilidad civil en la cual incurre el menor y además establece una obligación en la cual incurren y responden unos terceros de la forma y con los criterios establecidos específicamente en la LORPM. Analizados desde el punto de vista del CP no guardan relación con aquella normativa específica que regula la responsabilidad civil en el CP y, abordados desde un punto de vista del CC, también se observan elementos que dificultan su comprensión, pues o no se encuentran en dicha normativa o difieren mucho de aquella.

Lo cual, plantea que en este capítulo se deba analizar las cuestiones en dos niveles: por un lado, desde la perspectiva genérica de lo regulado en la LORPM y, por tanto, con la problemática ya remarcada al analizar la LORPM, sin perjuicio que crea que hay unos elementos que deben ser mencionados nuevamente una vez analizados los preceptos que regulan la responsabilidad civil en el CP y la responsabilidad civil en el CC. Y por otro lado, las cuestiones particulares que surgen al aplicar la LORPM.

En este sentido, respecto a la cuestión genérica, entiendo que es fundamental ante la convergencia de normas delimitar como cuestión problemática la capacidad de culpa civil del menor, su posición como parte en el proceso civil específico de la LORPM y, como consecuencia de ello, considerar si lo que se aborda es un litisconsorcio pasivo necesario. Estas tres cuestiones son una constante en las tres regulaciones estudiadas: (LORPM, CP y CC) y en sus respectivos procesos.

Dentro de estos aspectos generales se aborda la función de la equidad en la LORPM y la facultad de moderación que se establece en esa ley en relación con el CC y el CP, ya que no es claro cuál es el motivo por el cual responden los terceros del art. 61.3 de la LORPM, y porque la facultad de moderación, tal y como se entiende en el CC y en las normas civiles especiales contenidas en el CP, afecta a la cuantía indemnizatoria. Y, por ello, se remarca y aborda cuál debe ser el *quantum* de la responsabilidad civil.

El planteamiento de cuestiones, que planteo desde un ámbito genérico y como consecuencia de la convergencia de las tres normas LORPM, CP y CC, no significa que no se aprecien o se trasladen también a lo relativo a las cuestiones particulares que necesariamente surgen cuando se adopta la decisión sobre la responsabilidad civil concreta del menor y de terceros en un hecho cometido por aquel y sujeto a la regulación de responsabilidad penal del menor. En este sentido, es trascendente el

análisis de los matices del carácter solidario de la obligación regulada en la LORPM pues se habla de solidaridad y, sin embargo, se introduce el concepto moderación a la misma. Y, por ello, debe decidirse si estamos ante obligaciones mancomunadas simples o mancomunadas solidarias.

Adquiere también importancia la cuestión de la reserva de acción, desde la modificación de año 2006, pues si bien el concepto es idéntico al que se plantea en el proceso penal para adultos la solución que se observa difiere de lo regulado en el CP.

Cómo y quién y dónde se debe resolver la responsabilidad civil cuando el menor incurre en causa de exención de responsabilidad penal y qué sucede cuando aquellas le afectan sólo de forma incompleta. Estas cuestiones surgen del análisis de la LORPM, del posicionamiento que adopta el legislador ante estas circunstancias en el CP y respecto las normas que regulan la responsabilidad civil en el CP, así como de la relación que guardan ambas normas con el CC.

A la vista de los diferentes criterios que usa el legislador para afrontar la capacidad de culpa civil y de que el menor es un sujeto que está en formación, se analiza en un apartado específico cómo solventa el legislador el error en la LORPM y ver, si está solucionando el problema de la responsabilidad civil de igual manera que la adoptada por el CP.

Se aborda nuevamente el problema de la facultad de moderación especialmente regulada en la LORPM para intentar comprender la razón y función de la misma y su aplicación en proceso penal especial de menores. Una vez solventados los problemas y analizadas las tres normas: (LORPM, CP y CC), en última instancia, se aborda el problema de cuál debe ser el derecho supletorio que se debe aplicar, pues la vinculación al sistema penal de la normas del CP y de la LORPM, junto con el objeto de estudio la responsabilidad civil, por lo tanto, normas de naturaleza civil me plantean dudas sobre la Disposición Final Primera de la LORPM que es la que regula el derecho supletorio en la LORPM.

Capítulo III ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

3.1. Cuestiones generales.

3.1.1. La capacidad de culpa civil. El menor como parte del proceso: sobre la existencia litisconsorcio pasivo necesario.

Ya se ha indicado¹⁰⁵⁵, que el legislador usa distintos criterios para regular la capacidad de culpa civil de un sujeto en función si el hecho es considerado delito o no. Se quiere subrayar que esto comporta un problema sistemático si entendemos que la responsabilidad civil es única. Y lo comprobamos si analizamos el apartado 1º del art. 118.1 del CP que indica que son también responsables junto con los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, pero siempre que se dé además las siguiente circunstancia: que haya mediado por su parte culpa o negligencia.

Por lo tanto, el sujeto que tiene una anomalía o una alteración psíquica que no le permita poder comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme esa comprensión, responde siempre civilmente y lo mismo, el sujeto que por sufrir una alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad. Si bien, ninguno de ellos responde penalmente, a pesar de haber realizado la conducta típica y antijurídica.

Estos sujetos responden siempre civilmente y además, si se dan las circunstancias indicadas, responden los otros sujetos mencionados, es decir, un tercero: “quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho”, pero sólo cuando “haya mediado culpa o negligencia por su parte”. El tercero sólo responde en estas circunstancias.

Así pues, a diferencia del CC, en el CP el incapaz responde siempre, tenga o no culpa civil. Mientras que en el CC, si sigo el criterio de culpa, el incapaz que no tiene capacidad de culpa civil, no responde.

Es criticable que el incapaz sin capacidad de culpa civil responda civilmente, pues si la responsabilidad civil es idéntica en el ámbito penal y en el ámbito civil, parece lógico, que un incapaz sin capacidad de culpa civil no pueda responder civilmente ya que le falta el elemento de la culpabilidad. Es claro que el legislador establece una

¹⁰⁵⁵Ver en el trabajo: Edad y capacidad de imputación en el derecho civil. (apartados 2.2.4. a), d), y c)). Y, Capacidad, edad y responsabilidad civil en el CC, (apartados 2.2.5. a) y b)).

presunción de culpa civil al incapaz que realiza un hecho delictivo pero sorprende, que varíe la capacidad de responder del incapaz sin capacidad de culpa civil, en función de si el hecho está tipificado o no en el CP. Pues con independencia de que estemos ante una responsabilidad civil subjetiva u objetiva el sujeto que responde debe tener un mínimo de capacidad de culpa para responder

Esta responsabilidad civil del incapaz regulada en el art. 118 CP es objetiva y directa y, en cambio, la responsabilidad del tercero es directa pero subjetiva.

Además, el CP y en concreto el art. 118 plantea la cuestión de si dentro de los terceros obligados a responder del propio precepto están incluidos los menores de 18 años. Yo entiendo que sí pero sólo si tienen capacidad de culpa civil. De todo ello se puede sostener además que el art. 118 establece un litisconsorcio pasivo necesario cuando se ha cometido un delito. De estos terceros obligados tengan o no capacidad de culpa civil.

Esta diferenciación en la capacidad de culpa de un menor también la establece, el legislador en la LORPM, pero de forma más abrupta pues distingue la capacidad de culpa del menor no sólo en función de si se le aplica o no la LORPM sino, que como consecuencia de esta ley, la capacidad de culpa del menor puede variar también en función de donde se exija la reclamación de responsabilidad civil. Se produce la paradoja que ante un mismo hecho por exigir una responsabilidad civil ante un Juez civil o un Juez penal de menores, la capacidad de culpa del menor puede variar. Pues, el legislador usa distintos criterios a la hora de establecer la capacidad culpa civil del menor en el CC, presunción de no capacidad de culpa civil del menor, y que se debe de acreditar y amoldar aquella al momento lugar circunstancias del hecho y del menor. En cambio, en la LORPM se establece presunción de culpa civil del menor sólo en el caso que resulte responsable de conformidad con la LORPM. Y, además cada Juez deberá acordar la misma en función de la ley que tenga que aplicar¹⁰⁵⁶.

Por ello se puede decir que en realidad el art. 61.3 de la LORPM establece un litisconsorcio pasivo necesario en el proceso penal especial de menores cuando se exija y acuerde en el mismo la responsabilidad civil.

3.1.2. La función de la equidad y la facultad de moderación.

¹⁰⁵⁶Este problema se analiza en el siguiente apartado (3.2.2.). La cuestión de la reserva de acciones.

La moderación- en la LORPM, está introducida expresamente en el art. 62 de la ley, que remite al art. 114 del CP, el cual no plantea ningún problema y en realidad afecta al menor y a la víctima.

Pero además, el legislador en el art. 61.3 de la ley de forma novedosa introduce la facultad de moderación que tiene el tribunal en unas determinadas circunstancias. Este concepto no guarda relación con el anterior pues afecta sólo a los sujetos indicados: los terceros obligados de forma solidaria, en determinadas circunstancias, las expresadas a sensu contrario en el art. 61.3 de la LORPM y es facultativo. Es decir, todo ello es una contradicción con la propia obligación solidaria, -reducción del *quantum* indemnizatorio del tercer obligado- y, el propio fin de la regulación de la responsabilidad civil en la LORPM.

Por lo tanto parece que estamos ante dos obligaciones: una responsabilidad civil - responde el menor- y una obligación a responder -la que se impone al tercero-, la cual es solidaria a la anterior y, en según qué circunstancias puede ser moderada.

La equidad es un concepto que el legislador menciona en el art. 3.2 del CC e indica que sólo puede ser introducida y aplicada por el juzgador cuando así se determine en la norma. En la LORPM en la normativa que regula la responsabilidad civil no se menciona la equidad. Pero, se debe subrayar que la equidad no afecta al *quantum* indemnizatorio a diferencia de la moderación.

Así, en este sentido, si analizamos en el último párrafo del art. 118.1 del apartado 1º, del CP el legislador añade: que los tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deban responder con sus bienes cada uno de los sujetos indicados. Esta cláusula introduce el concepto de equidad a la hora de responder los sujetos, planteándose la siguiente cuestión: ¿La equidad, puede dar lugar a que no se responda por el todo del daño causado? Entiendo que no, pues si eso fuese así, no hablaríamos de responsabilidad civil, pues la misma, abarca todo el daño sufrido. Y se iría en contra de lo establecido en el CP (arts. 109 al 115) en cuanto al concepto y extensión de la responsabilidad civil. Otra cosa es: que habiendo varios sujetos responsables civilmente (tutor e incapaz), el Juez establezca unas cuotas en base a la equidad. Pero no cabe duda que el total de las cuotas debe alcanzar al total del daño causado al perjudicado.

3.1.3. Aspectos derivados de la definición del quantum de la responsabilidad.

El *quantum* indemnizatorio de la responsabilidad civil debe ser siempre el daño que sufre el perjudicado. El cual, puede ser resuelto desde una responsabilidad basada en la culpa o ajena a esta -responsabilidad objetiva- y, por uno o varios individuos. En el caso que la responsabilidad se aborde por varios sujetos podremos

estar ante una obligación mancomunada solidaria o mancomunada simple pero el *quantum* siempre es por todo el daño.

En la responsabilidad subjetiva, cada uno responde por su culpa, aunque el legislador indique que la obligación es solidaria, en cambio, en la responsabilidad objetiva su fundamento es ajeno a esta y la obligación también puede ser mancomunada simple o solidaria, pero se responde por el todo.

Que una obligación sea mancomunada solidaria o mancomunada simple no modifica la idea que se responde por el todo y que, la responsabilidad civil sea, objetiva o subjetiva tampoco modifica el *quantum* indemnizatorio. En el momento que se responde por un *quantum* diferente al daño causado no estamos ante una responsabilidad civil estamos ante una obligación a responder.

Todos estos conceptos problemáticos, identificados en el art. 61.3 de la LORPM permiten concluir que de una parte, regula una responsabilidad civil de un menor de 18 años mayor de 14 siempre que se le pueda aplicar la LORPM y de otra, ante un litisconsorcio pasivo necesario en la cual se obliga a responder junto con él a unos sujetos concretos por una cuantía determinada que en según qué circunstancias puede ser variada y, por ello, ajena al daño causado por el menor.

3.2. Cuestiones particulares.

3.2.1 Los matices del carácter solidario de la obligación.

La cuestión de la mancomunidad simple o solidaria de las obligaciones del art. 61.3 de la LORPM.

Es una cuestión que también se ha debatido en el proceso penal de adultos, cuando se exige responsabilidad civil: cuál es el carácter de la obligación cuando hay pluralidad de sujetos responsables. Debiéndose diferenciar esta cuestión, entre: pluralidad de sujetos responsables civiles pero no penales y, entre responsables penales y civiles a la vez, junto con otros responsables civiles pero no penales.

Hay que indicar que el legislador, de forma expresa mantiene que cuando hay pluralidad de sujetos responsables penales la obligación es de carácter solidario, con derecho de repetición entre ellos por las cuotas pagadas art. 116.2 del CP. Pero que el legislador en el art. 116.1 no regula de forma expresa que la obligación entre un responsable penal y un responsable civil sea una obligación mancomunada solidaria. Por lo tanto entiendo que la obligación es mancomunada simple. Pues al no indicarse esa solidaridad, de conformidad con el art. 1137 del CC estamos ante una obligación mancomunada simple.

También se debate si las obligaciones reguladas en el art. 118 CP son mancomunadas solidarias o mancomunadas simples. Y, la misma solución alcanzamos cuando analizamos el art. 118 del CP como no se dice expresamente ante qué tipo de obligación estamos el art. 1137 del CC remarca que estamos ante obligaciones mancomunadas simples.

Por todo ello, entiendo que el tercero perjudicado, cuando reclama a los sujetos indicados en el art. 118 del CP como responsables civiles sólo les puede reclamar la cuota por la cual debe responder cada uno cuando hay pluralidad de condenados civilmente, pero si éstos no pueden responder por su cuota, no surge solidaridad alguna entre los sujetos. (incapaz y tutor).

Sostengo la misma idea cuando en una sentencia se condena a un inimputable penal (apartados 1º y 3º del art. 20 del CP) a responder civilmente, (art. 118.1 apartado 1º), junto con un imputable penal y civil. Por los siguientes criterios: no hay pluralidad de sujetos culpables del delito y por lo tanto estamos en el apartado 1º del art. 116 del CP. Y, por la siguiente expresión que queda recogida en el último párrafo del art. 118.1 apartado 1º “y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables”. Parece que el legislador acepta que en el caso que hubiere un imputable y un inimputable como autores de conformidad con el primer párrafo del art. 116, respondería el imputable por una cuota y el inimputable, de conformidad con el art. 118, respondería civilmente por su cuota.

En este sentido no creo que surja la solidaridad entre las cuotas impagadas entre el inimputable y el imputable, pues sostengo que el legislador lo tiene que indicar de forma expresa, estamos ante una norma de naturaleza civil especial y si no se indica de forma expresa ante qué tipo de obligación nos encontramos, el CC en el art. 1137 nos indica que estamos ante obligaciones mancomunadas simples.

A mi juicio, si el legislador hubiese querido que en estos casos las obligaciones que surjan fueran mancomunadas solidarias como en el caso de los culpables penales, lo habría indicado expresamente, pues en realidad es lo que exige el CC y si sostenemos que la responsabilidad civil es única, debemos también sostener que la norma básica o general de la misma se encuentra en el CC y que las normas que regulan la responsabilidad civil en el CP son normas que no pierden su naturaleza civil pero que regulan situaciones especiales. En este caso concreto del art. 118 del CP impone al sujeto autor del daño no culpable penalmente una responsabilidad civil de carácter objetivo al margen de la culpa, ya que se presume que ese sujeto tiene una capacidad de culpa civil por haber realizado un hecho tipificado como delito.

Por ello, se puede sostener, el legislador ha diferenciado ante qué tipo de obligaciones estamos cuando hay pluralidad de sujetos responsables aunque siguiendo un mismo criterio: la obligación civil *ex delicto* son obligaciones

mancomunadas solidarias en las cuales el tribunal puede y debe establecer la cuota por la cual responden los sujetos responsables penales y civiles. El resto de obligaciones son mancomunadas simples salvo que se indique expresamente que son mancomunadas solidarias¹⁰⁵⁷.

En este sentido el planteamiento también surge ante la obligación regulada en el art. 63.1 de la LORPM. Se debe diferenciar por ello los dos ámbitos que incluye la norma: de un lado la responsabilidad civil del menor y de otro, la obligación a responder de los terceros indicados en el art¹⁰⁵⁸. Estas dos obligaciones se deben analizar de forma autónoma pues entre ellos el legislador ya indica de forma expresa que responden solidariamente aunque, con una especialidad, -la facultad de moderación- establecida en el último párrafo.

Por ello planteo ante qué tipo de obligaciones estamos cuando hay pluralidad de sujetos penales responsables -menores-. Como no ha indicado nada el legislador en la LORPM, entiendo que estamos ante obligaciones mancomunadas simples, -por no decir lo contrario la LORPM- por así establecerlo el CC y además, porque el legislador en el CP sólo habla de obligaciones mancomunadas solidarias de forma expresa y genérica, ante responsables penales de un delito que a su vez son responsables civiles. En el resto de casos sólo cuando así lo reconoce expresamente el precepto estamos ante una obligación mancomunada solidaria.

La cuestión es si puede sostener que en la LORPM se regula una responsabilidad civil *ex delicto*. Pues entonces se entiende que cuando hay una pluralidad de sujetos menores responsables penales estaríamos ante obligaciones solidarias.

Entiendo que no se puede mantener que la LORPM regula una responsabilidad civil *ex delicto* pues nunca se puede aplicar el CP al menor y por ello no podrá ser declarado responsable criminal de conformidad con el CP de un delito, ni absuelto de un delito. Será condenado responsable de conformidad con la LORPM y responsable civil conforme aquella ley pero no conforme el CP y se le absolverá por no haber incumplido su propia ley penal: LORPM.

Por lo tanto, si en el art. 63 de la LORPM no se establece solidaridad en la obligación que surge entre distintos responsables penales de conformidad con la LORPM se debe entender que aquella obligación es mancomunada simple y no mancomunada solidaria.

Otro problema que surge es ante qué obligaciones estamos cuando el hecho lo ha cometido un menor y un adulto. La determinación de la obligación en este caso se adopta de acuerdo con lo desarrollado, salvo que se indique expresamente que esta

¹⁰⁵⁷Después de analizar los arts. 116 y 118 del CP, y el art. 1137 del CC.

¹⁰⁵⁸Ver parte del trabajo: (apartado 1.1.3.). La ley de responsabilidad penal del menor de 2000. Art. 61.3 LORPM.

obligación es mancomunada solidaria en la norma, estamos ante obligaciones mancomunadas simples. Pero se puede solucionar de dos formas: una, indicando que cada individuo; menor en un caso y adulto en el otro, responde por todo el daño en cada proceso pues no hay pluralidad de sujetos. O dos, estableciéndose la cuota determinada y respondiendo sólo por ella en cada proceso cada individuo pues estamos ante obligaciones mancomunadas simples y cada individuo responde por su propia culpa y cuota.

Cualquiera de las dos soluciones no resuelve correctamente el problema. La primera: impone una obligación solidaria, es decir, responde el menor o el adulto, por todo un daño que él no ha causado íntegramente. Y sin que ninguna norma establezca específicamente esta obligación solidaria. En el segundo caso, si se establece una cuota esta puede entrar en contradicción con el otro proceso. Se debe evitar que el perjudicado como consecuencia de reclamar un mismo daño ante dos procesos distintos sea indemnizado doblemente y, a la inversa, que no se establezcan cuotas contradictorias entre ambos procesos y no resulte debidamente indemnizado el perjudicado. Pues cada Juez puede acordar un *quantum* indemnizatorio diferente e inclusive cuotas distintas.

En este sentido, es necesario abordar una modificación de la ley y acordar un único proceso para resolver la cuestión y especificar si se quiere ante qué tipo de obligación se está. Pues, si no se especifica, cada uno responderá por su norma. Y por ello, salvo que se indique lo contrario cada uno respondería de forma mancomunada simple pues el CP en este caso no habla de solidaridad y la LORPM tampoco.

Un último problema se plantea si la obligación a responder que se impone entre los distintos responsables enumerados en el art. 61.3 LORPM es mancomunada solidaria o mancomunada simple. La cuestión merece idéntico planteamiento analizar si en la LORPM se indica que estamos ante una obligación mancomunada solidaria y como no lo indica se alcanza la solución que es mancomunada simple.

No cabe duda que la determinación del tipo de obligación ante la que se encuentra el perjudicado del daño es importante, pues comporta un conjunto de relaciones entre los distintos obligados. Relación interna entre ellos y externa con el perjudicado, en los tres procesos: jurisdicción civil, proceso penal y LORPM. Subrayo que el carácter de la obligación no varía una vez determinada si la conducta es delito o no, en función de donde se exija aquella, en los procesos para adultos. En cambio, en la LORPM el carácter de la obligación no sólo varía por la determinación de la conducta sino que también por donde se exija aquella. Afectando de forma muy concreta esta diferenciación en el proceso penal de menores. Pues al final, el crédito

de la deuda, en función de quién ha respondido y cómo ha respondido frente el perjudicado y en qué proceso, genera un cumulo de relaciones totalmente distinto.

De todo lo anterior se puede concluir que las obligaciones son mancomunadas simples, salvo que expresamente se indique que son solidarias. Con la propia interpretación que se ha ido desarrollando sobre ello¹⁰⁵⁹.

Que el CP regula expresamente la solidaridad cuando hay pluralidad de sujetos responsables penales. Y que cuando concurren en una misma obligación un responsable penal y un solo responsable civil la obligación entre ellos no es de mancomunidad solidaria sino que es mancomunidad simple.

Y que, sucede lo mismo en la LORPM, entre el menor responsable y el tercero obligado la obligación es solidaria por así indicarlo la ley. Pero, entre los distintos responsables penales no, por no indicarlo el legislador y, ante una pluralidad de terceros obligados, la obligación es mancomunada simple por el mismo motivo.

3.2.2. La cuestión de la reserva de acciones.

En el proceso penal especial de menores el perjudicado tiene derecho a reservar la acción civil igual que en el proceso penal. Este, podrá ejercitar la acción civil ante la jurisdicción civil por las normas del CC, pero ello no implica, a diferencia del proceso penal que se apliquen las normas civiles especiales reguladas en la LORPM. Es importante remarcar la diferencia, ya que no hay en el CC ninguna norma que me remita a la LORPM, por tanto, se aplica el CC arts. 1902 y 1903 para resolver la cuestión de la responsabilidad civil.

El perjudicado ante la reserva de la acción civil puede encontrarse ante dos situaciones una, el menor resulta responsable conforme la LORPM en ese caso como he indicado al no haber ninguna ley ni norma que me remita a la LORPM en concreto a los arts. 61 al 64, el perjudicado insta la acción de reclamación pero, de acuerdo con los arts. 1902 y 1903 del CC; dos, que el menor resulte absuelto salvo, que la sentencia indique que el hecho no existió; pues de algo que no existe no surge ningún daño, el perjudicado podrá también exigir responsabilidad por el daño sufrido. Pero nunca será responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal del menor.

A mi juicio, es inaplicable el art. 1092 del CC, cuando el daño deriva de conducta regulada en la LORPM ya que un menor no comete delitos. Al menor no se le puede

¹⁰⁵⁹Ver parte de trabajo: (apartado 2.1.1.5. d)). Causalidad e imputación del daño. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cuando no se puede determinar quién es el sujeto concretamente causante del daño o su cuota concreta de determinación en el daño.

aplicar el CP, lo impide el art. 19 del CP, y el propio reenvío del CP a la LORPM me reenvía al CC y el CC como he indicado no me reenvía a la LORPM.

En cambio, si el perjudicado se ha reservado la acción civil, parece claro que no cabe entrar en el ámbito civil por parte del Juez penal a la hora de dictar sentencia, y que, en ese caso, la acción civil se debe plantear ante la jurisdicción civil; pero las normas que se aplican serán las normas del CP pues por el reenvío del art. 1092 del CC no cambia la norma que se debe aplicar: la responsabilidad surge del daño provocado como consecuencia de un hecho tipificado como delito en todo caso.

Todas las causas del art. 118 indican que el hecho tipificado como delito se ha producido pero que el sujeto que ha realizado el hecho no puede responder penalmente. Y, lo que sucede es que el legislador entiende que, en esos casos, ese daño que ha surgido como consecuencia de la conducta tipificada como delito, se debe resolver de una forma especial respecto de la regulada en el 116 del CP. Por lo tanto no debemos olvidar que el art. 116 del CP es la norma general de la responsabilidad civil derivada de un delito, y el art. 118 del CP es la norma especial de la responsabilidad civil derivada del delito.

3.2.3. Responsabilidad civil en la aplicación de circunstancias eximentes al menor.

En el caso en que el menor de 18 años y mayor de 14 esté incurso en alguna de las circunstancias que establece el CP, en cuanto a la exención, de la responsabilidad penal, (art. 20 CP), no ha de aplicarse la LORPM, salvo las medidas terapéuticas que derivan de los apartados 20.1, 2 y 3, CP. Esta consecuencia deriva del (art. 5 LORPM), aunque, además, se deben aplicar única y exclusivamente las medidas terapéuticas del art. 7.1 letras d) y e) de la citada LORPM¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁶⁰Art. 7.1 letra d) "Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semi-abierto o abierto. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias."

Art. 7.1 letra e) "Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un

Ciertamente, el legislador podría haber indicado, que en estas circunstancias, se aplicara también todo lo relativo a la responsabilidad civil regulado en la LORPM; pero no lo indica y no hace referencia alguna al respecto.

La cuestión es qué ley aplicar cuando, en estos casos de exención de responsabilidad penal, se ha producido un daño que también genera responsabilidad civil: la LORPM, el CP o el CC.

Lo cierto es que la única diferencia, entre el concepto de responsabilidad civil regulado en el CC o el regulado en el CP, es que el legislador ha querido preverlo, en uno u otro Código, pero que el concepto en sí no varía. Así, si estamos ante un ilícito penal encontraremos regulada la responsabilidad civil en el CP, y si estamos ante un ilícito civil, la responsabilidad civil la encontraremos regulada en el CC.

En cambio, sí que varían los sujetos que pueden responder y la forma en que deben responder esos sujetos ante el daño, en función de si el mismo proviene de un ilícito penal o de un ilícito civil. En ese sentido, aunque se ha de partir de un hecho ilícito tipificado como delito en el CP, no responde a esta previsión, sino a la que, por referencia, hace la LORPM; el sujeto es un menor que, además, ha sido declarado exento de responsabilidad con una sentencia absolutoria en un Juzgado de Menores. El legislador no quiere que se aplique el CP a los menores¹⁰⁶¹; pero tampoco quiere, que se aplique la LORPM¹⁰⁶² a los menores incurso en alguna causa de exención, o extinción, de responsabilidad criminal establecida en el CP. En mi opinión, en estos casos se ha de aplicar el CC por varias razones: por un lado, como he indicado, el concepto de responsabilidad civil no varía estemos en la jurisdicción civil o en la penal y por lo tanto, alguien está obligado a reparar ese daño; por otro, cuando un menor de 14 años comete un hecho tipificado como delito en el CP (art. 3 LORPM), debe aplicarse sin duda el CC; y por último, no cabe duda, de que el art. 61.3 de la LORPM es una norma especial que regula la responsabilidad civil en unas determinadas circunstancias, y que por lo tanto no pierde su naturaleza civil a pesar de estar incardinada sistemáticamente en la LORPM.

Por ello, como no se puede aplicar la LORPM y no está regulada expresamente esta responsabilidad civil en ninguna otra ley, ni de forma especial, en el CC, de conformidad con el art. 1093 del CC debe aplicarse el art. 1902 y 1903 del CC.

tratamiento de deshabitación el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.”.

¹⁰⁶¹Art. 19 CP. Entiendo que el CP, no es aplicable, atendido lo que se indica en el art. 19 del CP párrafo 1º y párrafo 2º.

¹⁰⁶²Art. 5 LORPM. Entiendo que la LORPM es inaplicable por lo indicado en la propia ley.

Además, en este caso concreto en que se dicta sentencia absolutoria en el juzgado de menores, la responsabilidad civil debe discutirse ante el Juez civil, por un lado, estamos en tribunales penales y, en este proceso de menores, la acción civil es accesoria al proceso penal o de menores de conformidad con lo establecido en la LORPM. Salvo que hubiera una ley que lo exija, si se dicta sentencia absolutoria, el Juez penal de menores no debe entrar a valorar la responsabilidad civil. En este caso, no hay ningún precepto en la ley que lo exija.

En el proceso penal de adultos, la acción civil es accesoria a la acción penal, y la misma sólo surge si el daño deriva de un hecho que es típico, antijurídico y en los cuales el sujeto es declarado culpable, o, excepcionalmente, en los supuestos tasados en el CP art. 118 que establece que igualmente debe de dilucidarse esa responsabilidad civil derivada de un delito, cuando el sujeto no es declarado culpable penalmente. Esta accesoriadad de la acción civil no ha variado nunca en el proceso penal de adultos. Se dice que la responsabilidad civil, regulada en el CP, surge en la coyuntura histórica en la que no se había producido la Codificación civil. Por tanto, se establecieron estas normas civiles en el CP. Con posterioridad no se ha producido ninguna modificación para que esa responsabilidad civil no esté regulada en el CP. El legislador entiende que, en circunstancias especiales, cuando el daño deriva como consecuencia de un delito, la obligación de reparar el daño debe estar regulada de forma especial, tanto en su aspecto sustantivo, como en el aspecto procesal¹⁰⁶³.

Como se vió en su momento¹⁰⁶⁴, en el proceso penal de menores, hasta el año 2000, no se permitía el ejercicio de la acción civil ante el Juez de menores. La LORPM, planteó de forma novedosa, la posibilidad de ejercitar la acción civil dentro de la jurisdicción de menores, pues hasta entonces la responsabilidad civil nunca se discutía en la jurisdicción penal del menor, y era imposible ejercitar esa acción civil ante ese Juez de menores; siempre tenía lugar ante el Juez civil donde se ejercitaba la acción.

Parece claro que, actualmente, la regulación de la responsabilidad civil de la LORPM son normas civiles especiales, que regulan cómo se debe reparar un daño que deriva de un hecho tipificado como delito en el CP, y que el sujeto que realiza la acción es imputable, de conformidad con la LORPM. Sólo en esos casos, de conformidad con la ley se permite el ejercicio de la acción civil ante el Juez penal de menores, y se entiende que la acción que se ejercita es accesoria al proceso penal. Por tanto, la accesoriadad de la acción sólo surgirá si hay sentencia condenatoria y

¹⁰⁶³Ver del trabajo: (apartado 1.2.). Las normas civiles del CP: en una perspectiva histórica. Y, (apartado 1.3.). Las normas civiles en el CP vigente.

¹⁰⁶⁴Ver del trabajo: (apartados 1.1.1 al 1.1.3.). La legislación de menores y la responsabilidad civil.

se ejercita dicha acción en ese proceso penal de menores. Se adopta también, esta solución ante la finalización anticipada del proceso de menores, por el criterio de oportunidad¹⁰⁶⁵. Pero además, el propio art. 2 de la LORPM resuelve la cuestión en este sentido, a sensu contrario: “los Jueces de Menores serán asimismo competentes para resolver sobre la responsabilidades civiles de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente Ley”. Si sostenemos que no se puede aplicar la LORPM respecto a esos menores, no puede resolver sobre la responsabilidad civil.

En efecto, no se puede aplicar a estos menores la LORPM. Por tanto, tampoco podremos aplicar supletoriamente los arts. 118 y 119 del CP de conformidad con la disposición final primera de derecho supletorio.

Pero además, entiendo que estos preceptos -el 118 y el 119 del CP-, son normas civiles especiales de carácter sustantivo y de carácter procesal. En efecto, indican cómo es la obligación por la cual se debe responder, quién debe responder así como quién debe juzgar esa cuestión civil. Por lo tanto, son dos normas de carácter civil que establecen un litisconsorcio pasivo necesario dentro de la acción civil, que se ejercita como consecuencia de un daño provocado por un ilícito penal en determinadas circunstancias. Y, a su vez, determinan la competencia objetiva del Juez encargado de resolver la cuestión.

Como consecuencia, en el caso que no se pueda aplicar el art. 61.3 de la LORPM, como norma especial de naturaleza civil, no se puede aplicar tampoco, de forma supletoria, el art. 118 y 119 del CP, pues también son normas civiles especiales, y las mismas no van dirigidas a esos sujetos. No se puede aplicar subsidiariamente, la norma reguladora de la responsabilidad civil derivada de un delito, pues esta es una norma civil especial. Y, ante la inaplicación de una norma especial, se debe aplicar supletoriamente la general¹⁰⁶⁶; en este caso concreto, el CC ante la jurisdicción civil. En efecto, ninguna norma civil especial, en la LORPM, obliga al Juez de menores a resolver la cuestión civil cuando la sentencia es absolutoria, a diferencia de lo establecido en el art. 119 del CP.

En todo caso si el legislador hubiese querido que el Juez de menores, en estos casos, resolviera también sobre la responsabilidad civil, habría dictado una norma en sentido parecido a la del art. 119 y 118 del CP, al redactar la LORPM. Y especialmente en la reforma del año 2006 también lo podría haber indicado, pues la misma tenía por objeto modificar el proceso en cuanto a la tramitación de la

¹⁰⁶⁵Arts. 18, 19, y 27, de la LORPM.

¹⁰⁶⁶Art. 1090 y 1093 del CC.

responsabilidad civil. El hecho de que no se plantease la cuestión refuerza el argumento.

Esta inaplicación de la LORPM permite alcanzar la conclusión de que, debe resolverse anticipadamente sobre la base del art. 637.3 de la LECr, se dicte un sobreseimiento libre en casos muy claros del art. 20 del CP, y en los cuales, no parece lógico someter a un menor a un juicio para resolver la medida de internamiento médico, o inclusive la responsabilidad civil.

En este sentido parece pronunciarse el art. 29 de la LORPM y de este modo es interpretado por la Fiscalía en la Circular 1/2007¹⁰⁶⁷. Sin embargo, Díaz-Maroto sostiene lo contrario: debe pronunciarse el Juez de menores para evitar contradicción entre la jurisdicción civil y la penal¹⁰⁶⁸. Ornosa, en cambio, sostiene que es chocante, que en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal se pueda determinar la responsabilidad penal de un menor, exento de ella, aunque sea con la finalidad benéfica de aplicarle una medida civil terapéutica¹⁰⁶⁹.

A mi juicio, en estos casos, lo que plantea el legislador es que el Juez de menores puede adoptar y resolver esa cuestión civil, si no está resuelta en la jurisdicción civil: no puede quedar un menor sin protección, y no se debe olvidar que sólo se permiten unas medidas muy determinadas y en interés del menor. Parece ilógico, en todo caso someter a un menor a un juicio penal sólo para adoptar una medida de protección civil, cuando por medida cautelar se puede adoptar una solución idéntica art. 28 de la LORPM y a través de la jurisdicción civil también. En efecto, adoptar obligatoriamente una solución civil por parte del Juez de menores como consecuencia de un proceso penal no tiene sentido salvo que el menor quede desprotegido, y esto es lo que en realidad indica el art. 29 de la LORPM. Si fuese obligatoria la adopción de medida civil derivada del hecho penal, la misma estaría

¹⁰⁶⁷“<<el art. 29 LORPM ni regula propiamente medidas cautelares, ni las medidas a que hace referencia son susceptibles de ser adoptadas por el Juez de Menores en el curso del expediente de reforma del menor>> entiende que este art. 29 <<debe interpretarse en el sentido de que en tales casos, cuando proceda, el Fiscal promoverá en vía civil las medidas de protección previstas en la legislación civil (internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, art. 763 LEC), o en su caso instará de la Entidad pública de Protección de Menores la adopción de las medidas previstas en la LO 1/1996 y en los arts. 172 y ss. del CC.”. En estos términos al comentar la Circular de Fiscalía 1/2007. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, “De la instrucción del procedimiento”, p.347.

¹⁰⁶⁸DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, “De la instrucción del procedimiento”, p.346. Al comentar el art. 29. “Ante el silencio de la Ley y al objeto de evitar resoluciones contradictorias sobre el menor incurso en estas situaciones, parece que debe ser el propio Juez de Menores el competente para la adopción de cualquiera de las medidas civiles o penales, a que se hace referencia en este art. 29 LRPM.”.

¹⁰⁶⁹ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores 4ª edición*, p.368.

limitada en el tiempo y se tendría que acudir finalmente a la jurisdicción civil para proteger al menor. Y es, en estos casos, donde se podría, producir la contradicción entre jurisdicciones. Pero no si sucede a la inversa. Por tanto, si se está ante alguna de las circunstancias del art. 20 del CP de forma indubitada, no ha de someterse al menor a un juicio para satisfacer la responsabilidad civil.

En cualquier forma, un Juez de menores en estos casos de exención de responsabilidad criminal no podría aplicar la norma especial del CP en cuanto a la responsabilidad civil art. 119 y 118 CP. Por un lado, no se lo permite la LORPM y tampoco el CP art. 19.2. Pero, además, si obligamos al juez de menores a resolver en estos casos de exención de responsabilidad criminal, la responsabilidad civil, ya sea aplicando el CP sus normas civiles o la LORPM también sus normas civiles, se llegaría a soluciones ilógicas contrarias a lo establecido, en las normas civiles del proceso penal para adultos y a la norma que regula la responsabilidad civil, en el proceso de menores. Así, obligar a resolver la cuestión civil en base al art. 118.1 apartado 1º del CP o aplicando el art. 61.3 de la LORPM en estas circunstancias: -no comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme esa comprensión a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica- o, -tener gravemente alterada la percepción de la realidad por sufrir una alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia-, a un menor; es establecer una responsabilidad civil de carácter objetivo sin que ninguna norma o ley lo indique expresamente¹⁰⁷⁰. Sucede

¹⁰⁷⁰En este caso, parece que las dos normas civiles especiales son semejantes, presunción de culpa civil del incapaz si leemos literalmente ambos preceptos, con las diferencias respectivas en cuanto a los terceros. Pero no es verdad. El legislador, de forma expresa impide esta presunción de culpa civil del menor de 18 años y mayor 14 cuando está inmerso en algunas de las circunstancias del art. 20.1 y 3 del CP. Se presume que en estas circunstancias el menor, incapaz, no tiene capacidad de culpa civil, a pesar de haber realizado un hecho tipificado como delito. En contra de la norma especial, pero de carácter general art. 61.3 de la LORPM que establece esta presunción de culpabilidad civil, respecto de un menor que realiza un hecho tipificado como delito cuando no está incurso en ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad penal establecidas en el CP. Menor e incapaz, no es lo mismo, y por lo tanto parece que si una persona no tiene capacidad de culpa penal, ni capacidad civil, no debe responder civilmente. En cambio sí que parece lógico que se pueda aplicar el art. 1903 del CC en relación con el art. 1902 del CC.

Aplicar el art. 61.3 de la LORPM o el art. 118.1 apartado 1º del CP, al menor de 18 años mayor de 14, exento de responsabilidad penal y exento de responsabilidad civil, en los casos del art. 20 apartado 1º y 3º del CP es romper con todo el esquema de la culpabilidad que rige en el derecho de daños.

En el art. 118.1 apartado 1º del CP se presume la culpabilidad civil del sujeto, en ese estado, y establece una responsabilidad civil especial de carácter objetivo para ese caso concreto.

lo mismo cuando intentamos analizar esta situación en el caso del exento intoxicado¹⁰⁷¹. E igual de complejo resulta analizar quién debe reparar el daño como consecuencia del estado de necesidad. Pues en esta circunstancia, se cuestiona que estemos ante una responsabilidad civil¹⁰⁷². Y finalmente en el caso del miedo insuperable se produce una situación bastante ilógica si aplicamos el art. 61.3. Pues se establecería que el sujeto responsable civil directo sería, el exento de culpa. Por haber actuado bajo miedo insuperable de forma directa junto con el resto de sujetos que se indican en el art. Y en cambio, si aplicamos el CP art. 118.1 apartado 4º se traslada la responsabilidad civil a un tercero, el que ha causado el miedo y en el caso que ese sujeto no pueda responder -por insolvencia- o por falta de capacidad de culpa civil, se establece de forma subsidiaria una responsabilidad civil del sujeto

En el art. 61.3 de la LORPM se presume la culpabilidad civil del menor de 18 años mayor de 14, para unos casos concretos. Pero no está incluida ninguna de las circunstancias del art. 20.1 y 3 del CP. Lo que no podemos, es establecer o admitir una responsabilidad civil especial de carácter objetivo, sin que ninguna ley lo indique.

¹⁰⁷¹Si aplicamos el art. 118.1 apartado 2º del CP el mayor intoxicado pleno responde civilmente y sólo este. En cambio, si aplicamos la LORPM art. 61.3, responde el menor al cual no se le puede aplicar la LORPM, y junto con él de forma solidaria los sujetos indicados en el precepto.

No es lógico, someter a un menor a un juicio para resolver una responsabilidad civil, pues realizó el hecho delictivo bajo una intoxicación plena por la cual no responderá ni penal ni civilmente.

La modificación del modelo de la responsabilidad civil, obedece al interés que tiene el legislador de garantizar de una forma eficaz, la reparación del daño causado por un menor, como consecuencia de la realización de un hecho tipificado como delito en el CP. Pero ese, no es el objetivo primordial de la LORPM. Se quebranta el espíritu de la norma si en estas circunstancias se somete al menor a un juicio. Y, si se aplica el CP responde sólo el menor-este será insolvente-, y, el perjudicado no será resarcido.

No es descabellado que el legislador pensara que en estos casos especiales se establece más garantía al perjudicado sometiendo la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil y por el CC. Si aplicamos el art. 1093 del CC lo lógico es que se responda de acuerdo con los arts. 1902 y 1903 del CC. Pero, el tercero responde por todo el daño que ha causado el sujeto intoxicado.

¹⁰⁷²Se discute que estamos ante una responsabilidad civil, pues la reparación no es sobre el daño o perjuicio causado. Entiendo que estamos ante una norma de naturaleza civil especial que establece una obligación, pero no, ante una norma que regule la responsabilidad civil, pues el objeto de la responsabilidad civil es siempre el daño. Y ese, no es el objeto, que se regula en el art. 118.1.3 CP. Al no responder civilmente el autor del hecho -de forma genérica- sino que se traslada esa responsabilidad al beneficiado en el ámbito de los adultos, es totalmente ilógico hacer responder en este caso al menor junto con los sujetos del art. 61.3.

En estos casos el legislador intenta que no surja un enriquecimiento injusto pero no puede ser que por aplicación del art. 61.3 de la LORPM se produzca un empobrecimiento injusto de esos menores y terceros solidarios no beneficiados.

causante del daño. Al sujeto que causa el daño se le impone una -responsabilidad objetiva- pero de carácter subsidiario¹⁰⁷³.

3.2.4. *Responsabilidad civil en la aplicación de circunstancias eximentes incompletas al menor.*

Cuando no se trata de la exención de la pena, sino de la aplicación de una eximente incompleta, el legislador indica de forma clara que se puede aplicar la LORPM, por lo tanto, también el art. 61.3 LORPM que constituye una norma especial civil, que de forma objetiva establece siempre una responsabilidad civil directa al menor, con una presunción de culpa civil.

1 Causas de justificación incompletas.

Estos dos casos son eximentes que la doctrina entiende como causas de justificación y por tanto su conducta no será nunca antijurídica; al no ser antijurídica, no dará nunca lugar a responsabilidad civil si se provoca un daño¹⁰⁷⁴. En cambio, cuando son incompletas, sí generan responsabilidad civil, pues la conducta es antijurídica y por tanto si el autor del hecho produce un daño generará responsabilidad civil.

En todos los casos del art. 21.1 del CP responde el menor de forma directa, y solidariamente junto con él, el resto de los sujetos que se indican en el art. 61.3 de la LORPM. No obstante, no todos responden por todo el daño: se trata de un litisconsorcio pasivo necesario, pero los terceros no responden por el daño, y en su caso no se puede hablar de responsabilidad civil, sino de la obligación civil a responder por una cantidad.

A mi juicio si indicáramos que estos terceros responden civilmente por el daño causado por el menor sobre la base de una posición subjetiva, estos responderán en base a su culpa, y no podrían nunca repetir contra terceros o el propio menor el pago que realizan en base al art. 61.3 LORPM.

¹⁰⁷³La solución es ilógica, tanto desde la perspectiva de aplicar al menor el CP como, de aplicar en estos casos el art. 61.3 de la LORPM. Pues al adulto que causa el daño y comete el delito se le exculpa penalmente y puede no responder civilmente y, el menor que no comete delito alguno responde siempre civilmente.

Si aplicamos el CC y ante la jurisdicción civil, se alcanza una solución, acorde con todo el sistema de daños, pues el que sufre el daño puede reclamar, el mismo: al menor que ha causado el daño; art. 1902, a los padres o tutores, art. 1903CC, y entiendo, que también al causante del daño, de acuerdo con el art.1902. Es la solución que aporta más garantía al perjudicado.

¹⁰⁷⁴Por todos, PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones Derecho penal*, pp.160 y 161. Como una consecuencia del postulado de unidad del orden jurídico.

En cambio, si estos terceros sólo responden como una garantía pero sin ninguna fundamentación¹⁰⁷⁵, cuando responden a partir del art. 61.3 de la LORPM, sin estar en obligación de garantizar que ese daño no se produjera, se les causa un perjuicio, podrán reclamar y repetir en base al 1902 y 1903 del CC, por el daño que han sufrido, sin justa causa¹⁰⁷⁶.

2. Los casos de semiinimputabilidad.

Responderá el menor, y con él, responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados, sus “padres, tutores, acogedores, y guardadores legales o de hecho, por este orden” y, “Cuando estos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.”¹⁰⁷⁷

En estos casos, el menor, siempre genera una responsabilidad civil cuando como consecuencia de su conducta tipificada como delito cause un daño. La acción que realice ese menor nunca será justificada, y por lo tanto siempre es antijurídica; y si es antijurídica y provoca un daño, puede derivarse responsabilidad por el daño causado. En este, caso el legislador indica que el menor lo tiene que reparar sin ningún género de duda; pero además añade que, de forma solidaria responderán los otros sujetos “de los daños y perjuicios”, de tal modo que aparentemente traslada esa responsabilidad civil a los terceros. Sin embargo, acto seguido, continua diciendo, que si estos no han favorecido la conducta del menor, con una negligencia grave o dolosa, esos terceros no responderán por todo el daño causado, sino sólo por una parte de aquel. Es decir, no se responde en base a una posición de los terceros, sino por una obligación civil de carácter especial, impuesta por la ley, y que en sentido estricto no es responsabilidad civil, pues no abarca todo el daño.

Estos sujetos, que responden sólo por indicarlo la ley, sufren un perjuicio, y la pregunta es, si pueden o no, reclamar sobre la base del art. 1902 del CC. A mi juicio la respuesta es afirmativa, lo que nos permite cerrar el círculo de la responsabilidad civil en las tres jurisdicciones: penal, menores y civil.

Como he indicado, no se puede hablar estrictamente de responsabilidad civil con respecto al tercero en la jurisdicción de menores, pues es una obligación jurídica de responder, y si esta obligación de responder causa un perjuicio como consecuencia de la acción de un tercero, se puede siempre repetir contra ese tercero, en la jurisdicción civil y de acuerdo con el CC. En mi opinión, esos terceros (los

¹⁰⁷⁵Como sucede con la responsabilidad de la compañía aseguradora en el art. 117 del CP.

¹⁰⁷⁶Los terceros responden sin base ni fundamento alguno y por lo tanto se les causa un daño. No responden porque su conducta es antijurídica. Responden sólo por indicarlo el art. 61.3, pero no, por el daño causado por el menor.

¹⁰⁷⁷Último párrafo del art. 61.3 LORPM.

establecidos en el art. 61.3 LORPM) pueden repetir incluso contra sus hijos, o tutelados.

Otra cosa es que consideremos moralmente aceptable o no este derecho de repetición del tercero ante el menor.

El ejercicio de este derecho de repetición, por parte de los distintos terceros responsables enumerados en el art. 61.3 nos permitirá, que finalmente, el obligado a responder, responda en base a un daño, la responsabilidad pecuniaria que ha asumido ese tercero del art. 61.3, producido por su acción u omisión, ya sea esta culposa o negligente.

Sostengo que el art. 61.3 establece al obligado solidario una obligación a responder excluyente y en cascada.

Yo entiendo, que es literalmente por su orden, porque el legislador no indica cuál es el fundamento, por el cual responden estos terceros. Y me permite, además, continuar con este criterio, a pesar que por esa literalidad se pueda perjudicar el derecho al perjudicado a obtener la indemnización¹⁰⁷⁸.

Una cosa es facilitar al perjudicado el cobro de la indemnización, y otra, que el proceso de menores sea un seguro para el perjudicado.

Si el legislador, estableciera cuál es el fundamento, por el que responden estos terceros, parece claro, que no se indicaría, por este orden. Y si estos terceros respondieran en base a una posición jurídica, de garante de la legalidad, responderían sólo si hubieran incumplido con esa obligación y no siempre. En el caso que hubiesen incumplido con su obligación no cabría ese derecho de repetición frente a terceros.

No debemos olvidar que estamos ante una norma civil especial¹⁰⁷⁹ y que de forma expresa, se nos indica un litisconsorcio pasivo necesario, y la obligación al Juez de menores de dictar sentencia, en cuanto a la responsabilidad civil, si el menor resulta autor de los hechos tipificados como delito en el CP. Y por lo tanto, siguiendo la literalidad de la ley los sujetos terceros que responderán, son: si no hay padres, los tutores, si no hay ni padres ni tutores, los acogedores, y si no están ninguna de las figuras mencionadas los guardadores legales y, finalmente el guardador de hecho.

El legislador no indica en base a qué responden estos sujetos en el proceso de menores. Aunque creo que tiene claro que el responsable tercero puede repetir contra el menor. De conformidad con el CC estamos ante una obligación solidaria

¹⁰⁷⁸Normalmente en la jurisdicción de menores tiene más capacidad económica la institución tutelar que los padres de los menores.

¹⁰⁷⁹En idéntico sentido que el art. 118 y 119 del CP.

(art. 1145). Y además contra cualquiera; no solo de los indicados en la LORPM, sino, en base a la posición de garante que nos sitúa a todos, el CC¹⁰⁸⁰.

En la ley del menor estos terceros responden siempre, pero ante dos situaciones distintas una en base a la culpa y otra ajena a ella. En este último caso, no responden por ninguna posición de garante. Sino porque la ley, les impone una obligación a responder pero no es una responsabilidad civil. Y, por ello, cuando estos responden, sufren un daño, y ese daño que sufren, tendremos que ver cómo se reparte. De aquí el derecho de repetición que tienen los terceros indicados en el art. 61.3, contra el menor. Y además, la facultad de demandar contra cualquiera que estuviese en posición de garante respecto al menor, de que no causara ningún daño. Es la cláusula general del Derecho civil¹⁰⁸¹.

En estos casos, si el perjudicado se reserva la acción civil, para ejercitarla ante la jurisdicción civil y por el CC, deberá interponer la misma en base al art. 1902 y 1903 del CC y por ello entiendo que el perjudicado podrá además, instar la demanda contra otras personas que han intervenido con su conducta en la creación del daño. Siempre que esa conducta hubiese sido negligente o culposa respecto al menor, es decir, podrá interponer la demanda contra el menor, contra los sujetos indicados en el art. 1903 del CC y contra cualquiera que con su conducta ha favorecido que el menor causara el daño¹⁰⁸².

En el caso que el menor ha actuado bajo un estado semi completo del art. 20.2 del CP, el intoxicado pleno, seguimos con la misma idea. Responde el menor intoxicado, y junto con él, los sujetos indicados en el art. 61.3.

Entiendo que estos terceros¹⁰⁸³, en todo caso, podrán plantear la acción del 1902 contra todo aquel, que como consecuencia de su acción culposa o negligente, le

¹⁰⁸⁰Art. 1093 en relación con el 1902 y 1903 del CC.

¹⁰⁸¹Art. 1902 del CC.

¹⁰⁸²La conducta puede ser negligente o culposa y no penada en la ley es decir la cláusula general de no causar ningún daño art. 1902 del CC.

¹⁰⁸³Ejemplo: Los padres, pueden reclamar contra la discoteca, o el bar que permite que un menor se intoxique y provoque daños, o inclusive que se hayan producido unas lesiones en la discoteca, como consecuencia de su embriaguez. Es decir: responde el menor, junto con sus padres. Los padres soportan el daño, pero si se demuestra, que esos menores bebieron en la discoteca, donde estaba prohibida su entrada, o donde estaba prohibida la venta de alcohol, (los padres son los que sufren el daño de su actitud), el bar o la discoteca, es el sujeto que tiene la posición de garante, y por lo tanto son ellos los que deben responder del daño, que el padre sufre. Pagar un determinada cantidad de dinero en un proceso sin ninguna culpa en base al art. 61.3 LORPM, cuando en realidad, son ellos, los que con su conducta, han provocado o permitido, que el menor realizara el hecho tipificado como delito en el CP, y que ese menor haya provocado un daño a un tercero.

haya causado el daño de tener que responder por una determinada cantidad, en el proceso penal del menor, de acuerdo con el art. 61.3 LORPM.

El legislador lo que quiere, es que el perjudicado cobre, de ahí que establezca de forma clara, que responde el menor por todo el daño, e intenta que ese cobrar lo garanticen de algún modo, los terceros enumerados en el art. 61.3.

Si el perjudicado, se reserva la acción civil, este deberá acudir a la jurisdicción civil y por el CC. El perjudicado tendrá derecho a reclamar no sólo al sujeto indicado en el art. 1903 del CC sino también contra todos aquellos que crea que han contribuido en la causación del daño sufrido de acuerdo con el art. 1902 del CC.

Aunque no es la práctica habitual¹⁰⁸⁴, lo lógico, sería plantear la cuestión civil ante la jurisdicción civil y por el CC, pues supone una mayor garantía de cobro para el perjudicado.

Cuando el menor ha actuado en un estado de necesidad incompleto art. 20.5 del CP, estado de necesidad.

El legislador, ante la eximente incompleta en el proceso penal de adultos, opta por que el autor del daño debe responder, y lo mismo sucede en la jurisdicción de menores, el legislador opta por que debe responder el menor junto con los terceros indicados en el art. 61.3.

En este caso parece fundamental, remitirme a lo indicado en el Estado de necesidad, para adultos pues la figura es la misma¹⁰⁸⁵.

Sucede que, al no ser completa la causa de justificación, se considera que el hecho es antijurídico, y si es antijurídico, debe responder el menor y junto con él los sujetos indicados en la LORPM. Entiendo que estos terceros pueden demandar a otros sujetos que han intervenido en base al 1902 cuando ellos responden sin culpa alguna.

Debemos plantear qué pasa si se reserva la acción civil el perjudicado. El perjudicado podrá reclamar contra el menor y contra los padres o tutores y contra todos aquellos que han contribuido con su acción o su omisión a la causación del

¹⁰⁸⁴Esto no sucede, porque en la práctica habitual de los Tribunales de Menores, se permite que los terceros obligados solidarios junto con el menor sean una pluralidad de los distintos grupos en vez de uno solo de los grupos y por su orden. Es decir, los progenitores. En realidad, si se usara esta restricción, de forma generalizada el actor civil, se plantearía de acudir a la jurisdicción de menores para reclamar el resarcimiento de sus daños en los casos en los cuales puede haber pluralidad de sujetos responsables que son los más complicados y que, dificultan el fin de la norma (que no es resolver la responsabilidad civil). Ya que sólo se puede reclamar a uno de los grupos indicados en cambio, sí que tendría más facilidades y cobraría la totalidad del daño si una vez finalizado el proceso de menores planteara en la jurisdicción civil la demanda de acuerdo con los arts. 1902 y 1903 del CC.

¹⁰⁸⁵Ver del trabajo: (apartado 1.3.). Las normas civiles en el CP vigente.

daño de acuerdo con el art. 1902 y 1903 del CC. Continúo sosteniendo que el perjudicado goza de mayor garantía. Ya que puede reclamar contra todos los sujetos que han podido intervenir en la causación del daño y en definitiva, reclamara esa totalidad del daño, no sólo al menor, sino que la suma que reclamara a los adultos intervinientes en la causación del daño equivaldrá a la totalidad del daño sufrido. Pues en base al art. 1902 y 1903 se responde por todo el daño causado y no sólo por una parte¹⁰⁸⁶.

Cuando el menor ha actuado bajo un miedo insuperable incompleto art. 20.6 del CP, miedo insuperable. Es lo mismo, entiendo que como estamos ante una eximente incompleta responde el menor autor del daño, igual que en el proceso penal de los adultos, considero que la conducta es antijurídica y por lo tanto generadora de responsabilidad civil, si el menor causa un daño, como consecuencia de ese estado miedoso, y junto con él, en idéntica posición que antes responderán los terceros del 61.3 LORPM.

Si el perjudicado, se reserva la acción civil, para ejercitarla ante la jurisdicción civil y por el CC, reclamará de acuerdo con los arts. 1902 y 1903 del CC y podrá por ello reclamar al sujeto causante del miedo.

Entiendo que el tercero obligado solidario de acuerdo con el art. 61.3 podrá siempre, salvo que él sea el causante del miedo, repetir lo pagado contra el menor; y demandar a cualquier otro que ha contribuido en la causación del daño que él ha debido indemnizar sin motivo atendido que su conducta no fue antijurídica.

Cuando el menor ha actuado de forma incompleta en legítima defensa art. 20.4 del CP. Sucede igual, responde el menor causante del daño y junto con él, los terceros enumerados en la ley art. 61.3. El tercero podrá repetir contra el menor y demandar al que ha provocado que el menor actúe así cuando este tercero responde sin causa. Si el perjudicado se reserva la acción podrá demandar de acuerdo con los arts. 1902 y 1903 y, por ello también frente al que ha provocado que el menor actúe así y estuviera en posición de impedirlo.

Cuando el menor ha actuado en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo de forma incompleta. Art. 20.7 del CP es poco probable el caso pero la solución es idéntica a las anteriores circunstancias. Responde el menor junto con los terceros mencionados en la ley. Si hay reserva de acción el perjudicado puede de acuerdo con el art. 1902 y 1903 del CC reclamar a todo aquel que ha provocado que el menor actúe así y estuviere en posición de evitarlo.

¹⁰⁸⁶La suma de todas las cantidades por las cuales responderán los adultos equivaldrá a la totalidad del daño causado por el menor. Art. 1903CC (solidaridad impropia).

En todas estas circunstancias incompletas cuando la obligación de responder indicada del art. 61.3 no obedece a ninguna fundamentación y ese sujeto que responde no ha incumplido con su conducta ninguna norma genérica, es decir, el art. 1902 y 1903 del CC, no es lógico que se le obligue a responder por el todo del daño causado por el menor, ni como garantía, pues él, sufre un daño que no debe soportar y, en cambio, el verdadero sujeto que con su conducta ha contribuido a la causación del daño, no responde nunca dentro del proceso penal de menores. (Sinceramente el padre o los sujetos indicados en el art. 61.3 hacen de compañía de seguros.).

Esta obligación de responder siempre plantea un problema por qué yo debo soportar ese daño cuando ni tan siquiera he intervenido en la causación del mismo.

Quien tiene más obligación de evitar que se produzcan daños como consecuencia de conductas tipificadas como delito en el CP el padre o el Estado. Realmente la juventud puede ser un riesgo, pero ese riesgo, lo debe soportar el Estado, pues sin juventud acaba desapareciendo el Estado.

3.2.5. Un análisis específico de los casos de error.

1-Planteamiento sustantivo y procesal en la LORPM.

El error de tipo invencible, comporta siempre una sentencia absolutoria, se entiende que el hecho es atípico, es decir, no se encuentra tipificada esa conducta en el CP.

El error de tipo vencible, sólo será penado, es decir, no conllevará sentencia absolutoria, cuando la conducta se encuentre tipificada como imprudente en el CP. Por tanto, todas las veces que en la parte especial la conducta realizada no se encuentre tipificada como imprudente, conllevará una sentencia absolutoria, pero por falta de tipicidad; es decir, será atípica la conducta.

En los dos casos que se dicta sentencia absolutoria se dice que no está tipificada la conducta en el CP. Y, entonces, de conformidad con lo establecido en el art. 1 de la LORPM, no se puede aplicar dicha ley al menor, autor del hecho y causante del daño.

En estos dos casos, de error de tipo invencible y error de tipo vencible, que comporta una sentencia absolutoria, la conducta realizada por el menor puede haber causado un daño, pero quién debe reparar ese daño y cómo, se debe dilucidar en la Jurisdicción civil y por el CC.

El Juez de menores no podrá nunca, entrar a valorar la responsabilidad civil, si fuera el caso que se sometiera al menor a un juicio, aunque lo normal, es que como la conducta es atípica, no se someta al menor a ningún juicio.

Estamos ante un daño realizado por un menor, pero nunca, será un daño causado por una conducta tipificada como delito.

Al no estar regulada de forma especial esa responsabilidad civil, el perjudicado, podrá plantear una demanda fundamentada en el art. 1902 y 1903 del CC ante la jurisdicción civil, pero no estaremos hablando de una responsabilidad civil derivada de una conducta tipificada como delito.

En el caso del error de tipo vencible y que esa conducta esté tipificada como imprudente en el CP, el menor será declarado responsable penal y civil; y también, responderá civilmente junto con él, el resto de sujetos del art. 61.3 de la LORPM. En este caso entiendo, que tanto el menor como el sujeto que responde junto con él, art. 61.3, podrán demandar ante la jurisdicción civil y por el CC al causante del error, si éste, estuviese en una posición, que debía haber evitado que el menor hubiese actuado conforme ese error, y causado ese daño.

Si el perjudicado se reserva la acción civil para ejercitarla ante la jurisdicción civil y por el CC interpondrá la demanda de acuerdo con el art. 1902 y 1903 pudiendo por ello demandar también al causante del error, siempre que éste, estuviese en una posición de garante que debería haber evitado que el menor hubiese incurrido en ese error y provocado con su conducta el daño. Cada uno, debe responder por su propia culpa.

En el caso, del error vencible de prohibición, aplicando el propio art. 14.3 del CP, el Juez ha de dictar sentencia condenatoria pero bajando en uno o dos grados la medida o sanción penal al menor, aquí el Juez de menores, deberá resolver también la responsabilidad civil si no hay reserva de la acción civil, y se aplicará, el art. 61.3 de la LORPM.

En este caso entiendo, que tanto el menor, como el sujeto que responde junto con él, de acuerdo con el art. 61.3 de la LORPM podrán demandar al causante del error, ante la jurisdicción civil y por el CC cuando aquel, debía haber evitado que el menor incurriese en ese error y causado ese daño.

Si el perjudicado se reserva la acción civil, deberá demandar de conformidad con el art. 1902 y 1903 del CC y, podrá además, también, demandar al causante del error, que por su posición debió evitar el error.

El problema surge, con la sentencia absolutoria, como consecuencia del error invencible de prohibición, aquí, el tribunal dicta sentencia absolutoria respecto el menor causante del daño.

El menor creía que actuaba lícitamente, es decir, creía que la conducta no era delictiva o, creía que estaba en una circunstancia, que le permitía actuar así.

El legislador excluye la responsabilidad penal al menor, aunque nos encontramos con que la conducta realizada por el menor, es antijurídica y es típica.

La pregunta es, si sucede lo mismo que en la jurisdicción penal para adultos, que se excluye la responsabilidad criminal, pero no la civil, y que el juez deberá valorar la responsabilidad civil en la sentencia, arts. 118.2 y 119 del CP, salvo que el perjudicado se hubiera reservado la acción civil¹⁰⁸⁷.

Mantengo que no, que el Juez de menores en la sentencia no puede entrar a valorar la responsabilidad civil por los siguientes motivos: en la LORPM no hay ningún precepto parecido al art. 118 y 119 del CP. Que al ser la sentencia absolutoria, el Juez de menores, no puede entrar a valorar la responsabilidad civil, pues la acción civil es accesoria a la declaración de responsabilidad penal del menor en base a su propia LORPM.

En este caso el perjudicado deberá reclamar ante la jurisdicción civil y por el CC, de acuerdo con el art. 1902 y 1903 del CC y, por ello, podrá también, demandar al causante del error, siempre que este causante del error, estuviese en situación de tener que evitar, que el menor actuase bajo ese error, y causase con su conducta, ese daño.

Estaríamos en la misma situación si el perjudicado se hubiera reservado la acción civil para ejercitar ante la jurisdicción civil y por el CC.

Se debe subrayar que si bien en ese caso queda acreditado que el menor es responsable del hecho, lo que impide el art. 14.3 del CP cuando el menor incurre en error de prohibición invencible es la responsabilidad penal, en el proceso penal de menores y la resolución de la responsabilidad civil del menor en ese proceso concreto. Este error no impide la responsabilidad civil, pues se entiende que el hecho es típico y es antijurídico y si esa conducta ha provocado un daño alguien tiene que repararlo. Pero, en la jurisdicción civil y por el CC. Así, si el tribunal considera que el menor tenía capacidad de culpa civil puede responder junto con el resto de sujetos establecidos en el art. 1903 del CC y también aquel que provocó que el menor incurriera en ese error cuando debió evitarlo.

2. Planteamiento sustantivo y procesal de la responsabilidad civil en caso de error en el CP.

En el art. 118.2 de CP se establece que a pesar de dictar sentencia absolutoria el Juez en los casos de error, el responsable civil será el autor del hecho.

Parece que el legislador establece sin distinción alguna que serán responsables civiles los autores del hecho absueltos que provoquen un daño habiendo incurrido en un error es decir: Error de tipo invencible; error de tipo vencible, sólo cuando la

¹⁰⁸⁷El legislador entiende que se debe excluir la responsabilidad criminal del sujeto pero no la responsabilidad civil art. 118.2 del CP en la jurisdicción penal de adultos.

conducta no está tipificada como imprudente en el CP; un error invencible de prohibición; que son, los únicos casos de error que conllevan absolución.

Pero no es así, en realidad el alcance de este art., sólo abarca, al error de prohibición invencible, pues en los otros casos de error: error de tipo invencible y error de tipo vencible cuya conducta no está tipificada como imprudente en CP, se dicta sentencia absolutoria, pero porque la conducta no está tipificada en el CP. Es decir, en el error de tipo invencible¹⁰⁸⁸ se absuelve al sujeto autor del hecho, ya que se entiende que la conducta no está tipificada, le falta alguno de los elementos esenciales del tipo establecido en el CP para que la conducta sea delictiva. El hecho realizado no está tipificado como delito. Y, en el error de tipo vencible, sólo aquellos casos en los cuales el legislador entiende que se debe absolver. La conducta no está tipificada como imprudente en el CP y por tanto será atípica, es decir, se absuelve al autor del hecho por no ser constitutivo de delito al no estar tipificado.

En estos dos casos, o no se podrá someter a juicio al sujeto o, si se le absuelve, será por atipicidad de la conducta. Por lo tanto si la conducta es atípica, el daño no vendrá generado de un hecho tipificado como delito.

En ninguna de estas dos situaciones parece lógico que hablemos de responsabilidad civil derivada de un hecho tipificado como delito¹⁰⁸⁹. Se puede producir un daño con la conducta, pero esa conducta, nunca está tipificada en el CP, como delito. Por ello, si el sujeto perjudicado, hubiese hecho reserva de la acción civil en el pleito penal, a la hora de interponer la demanda en la jurisdicción civil, no la podrá fundamentar en base al art. 118.2 del CP pues al no producirse delito es inaplicable el art. 1092 del CC. Ni tampoco estará regulada esa responsabilidad civil de una forma especial en el CP¹⁰⁹⁰. Por ello sostengo que el perjudicado deberá interponer la demanda de acuerdo con el art. 1902 o el 1903 del CC de conformidad con lo establecido en el art. 1093 del CC. Pero no de conformidad con lo establecido en el art. 1092 del CC pues no está regulada esta responsabilidad civil en el CP.

¹⁰⁸⁸Art. 14.1 del CP “El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal.”.

¹⁰⁸⁹En idéntico sentido PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal*, p.399. “La referencia al art.14CP de forma genérica no tiene una explicación razonable y debe ser aclarada. Dado que todo el precepto se refiere a causas de exclusión de la pena, podría aludir a tres grupos de casos: errores de tipo en delitos que no tipificado en forma imprudente en la parte especial; errores de tipo inevitables; o errores de prohibición inevitables. Es claro que los dos primeros grupos de casos citados no están comprendidos dentro de la previsión, pues, en sentido estricto, se trata de comportamientos atípicos en lo que resulta imposible la imputación penal del comportamiento al autor. Por tanto, difícilmente puede dictarse una sentencia sobre responsabilidad civil, cuando el comportamiento no es típico desde el punto de vista del derecho penal.”.

¹⁰⁹⁰Art. 118.2. del CP.

Por tanto, el único concepto que abarca el art. 118.2 del CP, es el error de prohibición invencible, el cual, conllevará la absolución del acusado por exclusión de la responsabilidad criminal pero se presumirá su responsabilidad civil.

Aquí, el error, versará sobre la creencia errónea de que se actúa lícitamente, es decir, el sujeto cree que el hecho en sí no es antijurídico o, el sujeto cree que actúa al amparo de una causa de justificación, es decir, sabe que la conducta es antijurídica, pero cree que está justificada su actuación, por tanto cree que no actúa de forma antijurídica.

En ambos casos la conducta es antijurídica y por tanto, si generan daño, surge responsabilidad civil, derivada de una conducta tipificada como delito.

El perjudicado en la jurisdicción penal, sólo puede reclamar contra el autor causante del daño en base el art. 118.2 del CP, pues el mismo establece un litisconsorcio pasivo necesario en el proceso.

En cambio, el perjudicado, en el caso que se haya reservado la acción civil en el proceso penal, para ejercitarla ante la jurisdicción civil, sí puede reclamar contra el sujeto que crea la situación de error y contra el sujeto que provoca realmente el daño: contra quien provoca el daño al amparo del art. 118CP; contra quien crea la situación de error, de acuerdo con los arts. 1902 y 1903CC respondiendo cada uno por su cuota, que será el total del daño sufrido.

Otra cuestión es plantear si el responsable civil en el proceso penal -es decir, el causante del daño- puede reclamar al sujeto que le ha llevado a la situación de error en un proceso civil posterior, y por tanto, si sólo el que ha sufrido el error, debe soportar el daño causado.

A mi juicio, el sujeto que incurre en el error puede reclamar al causante del error sólo cuando aquel sujeto estaba en una posición jurídica que debía impedir que el sujeto actuase bajo error. En el caso que no existiera esa posición, que explicaría la aplicación del art. 1902 del CC, no podría prosperar la acción del sujeto, que bajo error de prohibición invencible provoca un daño mediante una conducta tipificada como delito a un tercero.

Sin embargo, en los casos de error evitable, como el sujeto será condenado penalmente, responderá también civilmente aunque de acuerdo con el art. 116 del CP.

Así, en el error de tipo vencible se entiende que la conducta realizada, sólo puede ser castigada como imprudente, por tanto sólo si esa conducta está tipificada como imprudente en el CP responderá el sujeto penalmente y civilmente, pero en base al

art. 116 del CP¹⁰⁹¹. Y, en el error de prohibición vencible, también responderá el sujeto penalmente y civilmente pero en base al art. 116 del CP. Aquí, el legislador opta por penar siempre la conducta, bajando uno o dos grados, la pena del sujeto¹⁰⁹².

3-Toma de posición o conclusión ante las diferentes soluciones.

El legislador, en la LORPM no regula de forma especial la responsabilidad civil cuando un menor es absuelto por haber incurrido en error y, como en todos los casos de absolución, opta por que dicha cuestión se resuelva ante la jurisdicción civil y por las normas del CC. A diferencia del proceso penal, en el cual, se establece de forma expresa un litisconsorcio.

3.2.6. De nuevo sobre la moderación: el art. 61.3 LORPM.

En cuanto el art. 61.3 último párrafo de la LORPM estamos ante una norma que es potestativa y que sólo faculta al Juez de menores a moderar, en su caso, la cuota por la cual responde alguno de los sujetos terceros obligados de forma solidaria junto con el menor responsable de conformidad con la LORPM. Al ser una norma que es de naturaleza civil, sólo se podrá aplicar si expresamente es solicitada por el tercero obligado en virtud del art. 61.3 de la LORPM. El Juez de menores de oficio no puede modificar la cuota de estos terceros obligados. En el art. 61.3 de la LORPM se indica que en los casos que estos terceros hayan actuado con dolo o negligencia grave con respecto al menor y entendiéndose este concepto en su término civil, aquellos responden por el todo de la cuota. La cuota del tercero obligado y la cuota del menor responsable es idéntica. Sólo en el resto de casos, es decir, cuando el tercero incurre en culpa leve, o levísima, o sin culpa, es cuando se puede solicitar esta modificación de cuotas. Pero, si no se solicita, responden por el todo de la cuota del menor.

Este último párrafo cierra este sistema de responsabilidad civil regulado en la LORPM. En realidad el legislador intenta aplicar un principio del derecho civil al proceso penal especial de menores cuando en este se plantea la cuestión de la responsabilidad civil y se resuelve en el mismo proceso penal -evitar el enriquecimiento injusto-.

El objetivo de este apartado es doble, e idéntico. Por un lado entre el menor y el tercero obligado y, por otro, entre los sujetos obligados terceros cuando estos son más de uno en virtud del art. 61.3 de la LORPM.

¹⁰⁹¹Art. 14.1CP "Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente."

¹⁰⁹²Art. 14.3 "Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados."

En el primer caso, el legislador imponiendo una cuota por el todo al tercero solidario cuando este tercero ha actuado de forma dolosa o con negligencia grave con respecto al menor, evita que el tercero obligado pueda repetir contra el menor en un pleito civil posterior. Estamos ante una obligación solidaria art. 1145 del CC y por tanto si no hay cuotas establecidas se entiende que hay tantas como sujetos obligados de forma aritmética y se permite el derecho de repetición. Con la determinación de esa cuota por el todo por parte del legislador en la LORPM. El tercero no puede repetir contra el menor en un pleito civil posterior. Se produciría un enriquecimiento injusto por parte de esos terceros si pudieran repetir por la mitad de la cuota siempre a pesar de haber actuado con dolo o negligencia grave con respecto al menor. Es comprensible que en estos casos respondan estos terceros por el todo del daño.

Y además, para alcanzar este objetivo el legislador permite que se establezcan cuotas no aritméticas no sólo cuando hay pluralidad de sujetos terceros obligados sino que, inclusive cuando el tercero obligado es uno. Así si se solicita de forma expresa por alguno de esos obligados y no concurren en ellos las circunstancias mencionadas: haber actuado de forma dolosa o con negligencia grave con respecto al menor el Juez podrá moderar la cuota.

Por ello cuando el tercero responda, por el todo frente el perjudicado, pero se haya indicado en la sentencia que sólo debía responder por una determinada cuota podrá reclamar al menor el exceso de la cuota por la que ha respondido. Pues sería injusto que no pueda repetir el tercero obligado, por el exceso, que ha pagado al tercero perjudicado. También podrá demandar este tercero al otro tercero obligado si él hubiera pagado toda la cuota pues aquel tendría un enriquecimiento sin justa causa sino se le pudiera demandar.

La obligación entre los terceros cuando hay pluralidad de sujetos no es solidaria, es mancomunada simple entre ellos, pues no está acordada esa solidaridad en la norma. Sí fuera solidaria, habría derecho de repetición entre ellos. Pero este derecho, no existe en la mancomunidad simple, por ello el título con el cual puede demandar a ese tercero es con la sentencia en la cual se indica su cuota y acreditando que ha pagado por el todo al perjudicado. Pudiendo repetir entonces contra el menor el exceso, es la obligación del art. 1145 del CC, de una parte y por otra, reclamar al otro tercero obligado si hubiera pluralidad de sujetos obligados la parte de lo que ha pagado en exceso pues, si no se establecen, habrá tantas obligaciones como partes y aritméticas obligadas.

En realidad, la obligación a responder de forma solidaria, que se impone al tercero indicado en el art. 61.3, sin causa, o con culpa levísima, o leve, da lugar a que este pueda repetir contra el menor. Cuando se den estas circunstancias, se haya

solicitado una modificación de la cuota en el pleito penal especial de menores y se haya acordado en la sentencia. Lo que dice el último párrafo no es que se tenga que disminuir la cuantía de la responsabilidad civil, sino que se tiene que indicar la cuota por la cual el tercero debe responder en esos determinados casos cuando así es solicitado. Pues en los otros casos cuando el tercero ha actuado de forma dolosa o con negligencia grave en términos civiles, se indica expresamente que el tercero responde por el todo no existiendo entonces ningún derecho de repetición.

Por todo ello sostengo que es lógica la solución adoptada por el legislador en este último párrafo del art. 61.3 de la LORPM pues esa cuota puede variar en función de los siguientes principios: si el tercero ha actuado respecto el menor con culpa leve, levísima o inclusive sin culpa. Aunque como he indicado al principio esta facultad no permite extinguir la obligación. Nada impide que, en el caso de no haber incurrido en ninguna culpa, el tribunal imponga al tercero obligado una cuota del 1% del daño que ha causado el menor. Pues en ese caso cuando el tercero obligado reclama al menor y este puede responder, en realidad lo que se evita es que este, el menor culpable, se enriquezca injustamente en perjuicio del tercero obligado sin culpa alguna y que ha respondido por él en virtud del art. 61.3 de la LORPM.

Es una facultad el disminuir, o no, la cuota, pero es preceptivo acordar las cuotas por el Tribunal. Ya que la sentencia que se dicte en el pleito penal especial de menores en cuanto a la cuestión civil, tendrá valor de cosa juzgada y, finalmente el perjudicado ejecutará esta, contra el tercero obligado. Como consecuencia de ello, este tercero ejecutado, tendrá el título por el cual podrá repetir contra el menor y demandar a los otros terceros responsables por los cuales ha respondido al estar ante una obligación solidaria frente el perjudicado.

En realidad todo este art. 61.3 de la LORPM crea un concepto *sui generis* por el cual responde este tercero obligado. No debemos olvidar que estamos ante una norma de naturaleza civil especial y que el legislador sólo quiere que se aplique dicha norma en el pleito penal especial de menores. No encontraremos ninguna norma de naturaleza civil de carácter general en el CC que indique que el obligado solidario podrá o no repetir, contra el sujeto por el cual responde en función de una facultad potestativa del Juez.

3.2.7. La determinación del derecho supletorio.

En el CP nos encontramos con normas de naturaleza penal y de naturaleza civil; éstas últimas tienen como objeto resolver la responsabilidad civil, y, reparar el daño que se causa a un tercero como consecuencia de un hecho típico y antijurídico previsto en el CP y, como consecuencia de ello, también se imponen obligaciones

de carácter civil. Por lo tanto, las normas civiles del CP, ya sean estas de carácter sustantivo o de carácter procesal, tienen por objeto resolver esa cuestión civil planteada en el proceso penal e inclusive en la jurisdicción civil. Lo que es claro es que esta normativa del CP sólo se aplica cuando se haya provocado un daño a un tercero como consecuencia de un hecho que es delito y, como tal, está regulado en el CP.

En la LORPM, sucede lo mismo: se trata de una Ley Orgánica de naturaleza sancionatoria, que contiene determinadas normas sustantivas y procesales de naturaleza civil para resolver la responsabilidad civil y, como consecuencia de ello, con normas que generan obligaciones de carácter civil. Pero en este caso, y a diferencia de la normativa regulada en el CP, estas normas sólo pueden ser aplicadas en el proceso penal especial de menores. En este sentido, la LORPM sólo se aplica cuando los menores de 18 años y mayores de 14 han realizado un hecho antijurídico y típico regulado en el CP y siempre y cuando no exista ningún impedimento legal a aplicar dicha normativa; es decir, sólo cuando la propia LORPM indica que se puede aplicar dicha ley a esos menores, se aplica.

Además en la LORPM, en la Disposición Final Primera, titulada de “Derecho supletorio” se indica que tienen “el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.”.

El contenido de esta disposición permite plantear las dos siguientes cuestiones: si esta supletoriedad del CP, en el aspecto sustantivo, que se indica afecta a las normas sustantivas de naturaleza civil previstas en el CP; y si esta supletoriedad que se indica en cuanto al procedimiento especial de menores, afecta sólo a cuestiones procesales de naturaleza penal o también a cuestiones procesales de naturaleza civil.

En primer lugar, antes de abordar esta cuestión, ha de recordarse que el derecho supletorio sólo se puede aplicar, cuando en la norma principal no se regula un aspecto determinado, y cuando ese derecho supletorio no va en contra de lo establecido en la ley que se quiere aplicar; es decir, la no regulación de algunas cosas en una ley no significa que automáticamente se aplique el derecho supletorio, y sólo se aplicará este, cuando no sea contrario a lo que se indica en la ley misma.

Como consecuencia, puesto que el legislador en la LORPM ha establecido normas sustantivas de naturaleza civil, debe determinarse, cuáles son éstas, para luego analizar si se observa o no alguna laguna en la LORPM en lo referente a la

responsabilidad civil y, finalmente, estudiar si ha de aplicarse supletoriamente las equivalentes a las reguladas en el CP, y si estas pueden o no ser aplicadas.

La LORPM, en el Título VII, regula la responsabilidad civil y sólo en cuatro artículos.

1) En el art. 61 de la LORPM, sus apartados 1º y 2º, regulan la forma de ejercitar la acción civil, en el proceso penal especial de menores, así como por quién y cómo se puede ejercitar ésta. En el apartado 3º, se establece quién debe asumir esta responsabilidad civil, indicándose que es el menor responsable penal, y que junto con él, unas terceras personas asumen esta obligación de forma solidaria. Y en el último párrafo de este apartado, se establece la posibilidad de una obligación de carácter civil en determinadas circunstancias a estos terceros obligados solidariamente. En el apartado 4º, se indica que en estos procedimientos penales especiales de menores, cuando se den las circunstancias del art. 145 de la Ley 30/1992 también se podrá ejercitar y dirigir en el mismo proceso, esa acción contra la Administración.

La conclusión es clara el art. 61 de la LORPM contiene normas sustantivas especiales de naturaleza civil y normas que regulan cuestiones de carácter procesal en el proceso penal especial de menores que afectan a cuestiones civiles y por ello son normas también de naturaleza civil aunque en este caso de carácter procesal.

2) En el art. 62 de la LORPM, bajo el título de extensión de la responsabilidad civil, la LORPM, remite expresamente al Capítulo I del Título V del Libro I del CP; es decir, a todos los preceptos que van del art. 109 al 115 del CP. Sin duda, el art. 62 es una norma de naturaleza civil por su propia ubicación en la ley y por su propio objeto. Además, la remisión expresa a los artículos del CP también confirma que estos preceptos concretos del CP son normas de naturaleza civil reguladas en el CP.

3) En el art. 63, en cuanto a la responsabilidad civil de las compañías aseguradoras, la LORPM establece la responsabilidad civil directa de estas cuando hubieran asumido el riesgo, hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada. Se manifiesta, por tanto, en idénticos términos que en el art. 117 del CP, y ambas normas, por su ubicación y objeto, constituyen normas sustantivas especiales de naturaleza civil.

4) En el art. 64 de la LORPM, con el título de reglas del procedimiento, se establecen reglas procesales específicas para ejercitar esta acción civil reclamando la responsabilidad civil aludida en los preceptos anteriores. En este apartado estamos ante normas procesales especiales de naturaleza civil.

Del análisis del texto de la ley se deriva que el legislador ha regulado de forma específica, en la LORPM, unas normas de carácter sustantivo y de carácter procesal de naturaleza civil distintas y diferentes a las reguladas en el CP. Y que el legislador,

cuando ha querido que a esta normativa sustantiva de naturaleza civil regulada en la LORPM se le aplique la normativa sustantiva de naturaleza civil regulada en el CP, lo ha indicado expresamente. Esta dirección se manifiesta en el propio art. 62 de la LORPM, que remite expresamente al CP, y el propio art. 63 de la LORPM que, en vez de remitir al CP, construye un precepto idéntico a ese. Es decir, el legislador ni remite ni prevé que se aplique supletoriamente esa norma regulada en el CP, en contraposición a su propia Disposición Final Primera, en la cual se indica expresamente que en el ámbito sustantivo se aplicará el CP. Por lo tanto, parece que esa disposición se refiera al ámbito sustantivo de naturaleza penal y no al ámbito sustantivo de naturaleza civil.

A favor de esta interpretación abunda el hecho de que las normas de naturaleza civil reguladas en la LORPM, sean normas civiles especiales, y como tales, su derecho supletorio será el CC, puesto que estamos ante normas especiales de naturaleza civil, de conformidad con lo regulado en CC, y en defecto de la norma especial se ha de aplicar la norma general, es decir, en este caso el CC.

De ahí que pueda sostenerse que el legislador intenta que las normas sustantivas especiales de naturaleza civil reguladas en la LORPM sólo sean aplicables a ese proceso penal especial y específico de menores, y que, en el caso que estas sean insuficientes para resolver la cuestión civil en el proceso penal especial de menores, pretende que se aplique el CC de forma supletoria y no el CP.

Además, a favor de esta interpretación se encuentra el argumento que el legislador, en la LORPM, de forma expresa indica que cuando el perjudicado se reserve la acción civil esta se debe resolver por el CC y ante la jurisdicción civil, y que sostiene el mismo criterio en todos los casos de finalización anticipada del proceso penal especial de menores, es decir, sin que se haya llegado a dictar sentencia.

Finalmente a favor de esta tesis se añade que, si analizamos estos preceptos que se deberían aplicar supletoriamente de forma individual, -es decir, las normas sustantivas especiales de naturaleza civil regulados en CP.-, resultaría que son contrarias a las normas sustantivas especiales de naturaleza civil reguladas en el LORPM o que ya se encuentra expresamente regulada la situación en la LORPM y que, por lo tanto, serían inaplicables, pues no existe ningún tipo de laguna.

Es posible, por otro lado, un análisis de los arts. 116 a 122 del CP, para ver si pueden ser o no aplicables de forma supletoria en el proceso penal especial de menores.

En cuanto al art. 116 del CP, en relación con el art. 61 de la LORPM no es posible la existencia de una laguna que justificase la supletoriedad.

En el art. 116 del CP se establece que, cuando hay pluralidad de responsables penales, la obligación civil entre estos es de carácter solidario. Sin embargo, el art. 61 de la LORPM no indica que cuando hay pluralidad de sujetos menores responsables estos responden de forma solidaria; pero este silencio, en realidad, explica que se trata de obligaciones mancomunadas simples cuando hay pluralidad de responsables menores; es decir, cada menor responde por su cuota y, junto a él, el tercero de forma solidaria asume esa obligación.

Ello es lógico con el principio general del art. 1137 del CC, pues las obligaciones de carácter civil son mancomunadas simples, salvo que se indique expresamente que son solidarias. Y, por lo tanto, como no se indica nada al respecto en la LORPM, se trata de obligaciones mancomunadas. Ello concuerda con la propia regulación específica que impone el art. 61 LORPM, pues carece de sentido aplicar la solidaridad entre los distintos autores penales menores cuando presuponemos que serán insolventes. De ahí la obligación solidaria que se establece en la LORPM expresamente, con unos terceros determinados y el menor responsable penal.

La solidaridad en el CP tiene sentido, pues cada autor responsable criminal de un delito es responsable de su cuota civil si hubo daño, y en el caso de insolvencia el perjudicado no quedaría satisfecho. Pero precisamente por ello, también parece que sería inaplicable, a los menores: un menor nunca comete un delito, y nunca se le podría aplicar el art. 116 del CP.

Por otra parte, no alcanzo a comprender esta solidaridad, en la LORPM pues en caso de insolvencia del menor respondería otro menor insolvente. Además, si aplicáramos la solidaridad entre varios menores responsables de conformidad con la LORPM, los terceros ajenos indicados expresamente en el art. 61.3 de la LORPM responderían también de forma solidaria del daño causado por otro menor.

El art. 117 del CP es una norma de naturaleza civil de carácter sustantivo y la misma norma está regulada de forma idéntica en el art. 63 de la LORPM. Es decir, nunca se podrá producir ninguna laguna, pues ambas normas son equivalentes y ninguno de los dos preceptos aporta elementos diferentes. Ambas normas indican que la compañía aseguradora será responsable civil directa en el caso que cubra el hecho y que esta responderá por la cuantía establecida en la ley o la que convencionalmente hayan pactado las partes, teniendo la compañía aseguradora el derecho de repetición.

El art. 118 del CP, es una norma de naturaleza civil que regula dos situaciones. La primera, resuelve la responsabilidad civil derivada de un hecho antijurídico y típico regulada en el CP, y por ello, resuelve cómo y quién debe reparar el daño provocado a un tercero cuando el imputado es absuelto, por sufrir una anomalía o alteración psíquica que no le permite comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme esa

comprensión; por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia y que, como consecuencia de ello, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad; por estar ebrio o intoxicado plenamente. El absuelto por haber actuado bajo miedo insuperable; y, por haber actuado por error. La segunda, que establece y traslada una norma general del CC al CP para evitar el enriquecimiento injusto o empobrecimiento sin justa causa que es la norma apartado 2º del art. 118.1. CP en la cual, se indica también cómo y quién debe reparar el daño causado por un sujeto absuelto al haber provocado el mismo en estado de necesidad. En mi opinión, todas las circunstancias reguladas en dicho precepto son normas sustantivas especiales de naturaleza civil y, por lo tanto, sería inaplicable como derecho supletorio de la LORPM por el argumento que ya he referido: cuando el legislador ha querido que se aplique la normativa civil especial del CP ha remitido expresamente a ella en la LORPM; pero además en este caso concreto tampoco se produce ninguna laguna pues la LORPM regula expresamente esta situación en el art. 5.1 así, en dicho precepto indica de forma expresa que la LORPM es inaplicable a los menores cuando en estos concurren causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal reguladas en el CP. Por lo tanto, parece claro que cuando un menor resulta irresponsable penalmente hablando como consecuencia de las circunstancias del art. 20 del CP, no se le puede aplicar la LORPM. El legislador no ha establecido ninguna excepción a esta norma, salvo lo indicado expresamente en la propia ley; es decir, el art. 5 apartado 2º, que sólo hace referencia a la adopción de medidas terapéuticas de carácter personal, y sólo permite las del art. 7.1 letras d) y e).

Por lo tanto el legislador no quiere que en estas circunstancias se le aplique la LORPM al menor, ni que se resuelva la cuestión civil en el pleito penal especial de menores.

Además, en este caso, la inaplicación del art. 118 CP, parece más clara aún, pues en él, se indica de forma expresa, en los apartados 118.1 apartados 1º, 2º, y 4º, que responderían civilmente esos menores. Y, por lo tanto, su aplicación iría en contra de la propia LORPM, que indica que no pueden ser responsables conforme esa ley. No se puede trasladar una responsabilidad civil a un tercero de algo que por la propia ley no ha surgido: la responsabilidad civil derivada de un hecho antijurídico y típico regulado conforme la LORPM, y que el legislador impide que se resuelva mediante la LORPM.

Por todo ello se puede sostener que el legislador, con independencia de que el hecho antijurídico se encuentre regulado en el CP o en el CC, cuando es realizado por un menor de 14 años o por un mayor de 14 años pero menor de 18 años al que

no se le puede aplicar la LORPM, desea que la cuestión de la responsabilidad civil se resuelva en la jurisdicción civil y mediante el CC.

En cuanto el art. 119 del CP, se puede sostener que estamos ante una norma de naturaleza civil, de carácter sustantivo o de carácter procesal, e independientemente de cualquiera de las dos opciones alcanza la misma conclusión, pues es inaplicable dicho precepto en el proceso penal especial de menores. Atendido que la LORPM regula expresamente esta situación y por lo tanto no se produce laguna alguna. Sostengo que estamos ante una norma sustantiva de naturaleza civil, pues dicho precepto sólo indica al Juez penal que debe resolver la cuestión civil en el proceso penal de adultos en los casos del art. 118CP cuando así lo plantee el perjudicado, pero no se aprecia que dicha obligación sea una obligación procesal. Así, de conformidad con lo que se está sosteniendo, al no remitir expresamente la LORPM al mencionado art. 119 no se debe aplicar como derecho supletorio.

Pero, además, se debe subrayar que el propio legislador, en el art. 2 de la LORPM, cuando menciona la competencia que tiene el Juez de menores desde el punto de vista de las atribuciones objetivas de forma expresa indica en el apartado 2º que el Juez de menores es competente para resolver la responsabilidad civil derivada “de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente Ley.”. Por lo tanto, a sensu contrario, no tendrán esta competencia cuando a esas personas; es decir a los menores, les resulta inaplicable la LORPM. Siendo ésta la situación en la cual nos encontramos, pues el art. 119 del CP hace referencia a la obligación que se impone al Juez de adultos de resolver la responsabilidad civil en el proceso penal de adultos sólo cuando en el autor de los hechos concurren las circunstancias del art. 118 del CP y, de conformidad con lo establecido en el art. 5.1 de la LORPM, cuando el menor incurre en las situaciones expresamente señaladas en el art. 118 del CP le es inaplicable la LORPM.

En el caso que se entienda que estamos ante una norma de carácter procesal, no existe ninguna norma que regule dicha situación en el procedimiento abreviado y ni existe norma alguna en la LECr que obligue al Juez a resolver dicha cuestión. No obstante, aunque sí existiera esta norma sería contraria a la propia norma indicada en el art. 2.2 de la LORPM y que por ello no se podría aplicar.

En cuanto el art. 120 del CP, debe afirmarse, que estamos ante una norma de naturaleza civil y no de naturaleza penal, a pesar de encontrarse regulada en el CP. Debe determinarse si este precepto comprende sólo normas sustantivas especiales de naturaleza civil o si son también normas procesales de naturaleza civil. En efecto, se establece una obligación especial, sobre cómo se debe y quién debe responder en defecto del responsable penal de un delito; es decir, de un hecho típico y antijurídico regulado en el CP que ha provocado un daño a un tercero. Por ello creo,

que estamos ante una norma sustantiva especial de carácter civil en la cual se establece una obligación civil para unos sujetos determinados y de una forma determinada, la cual, no aparece regulada en el CC y sólo aparece regulada en el CP. El art. 120 del CP nos indica qué sujetos deben ser llamados en el proceso penal de adultos para que, en su caso, puedan ser considerados responsables civiles subsidiarios: es una norma que regula quién debe ser llamado en un proceso penal de adultos para responder civilmente en su caso; es decir, cuando el responsable civil directo no puede asumir la obligación impuesta en la sentencia de responder civilmente. Por lo tanto, si no es insolvente el autor criminalmente responsable del delito, no surge la obligación de cumplir con esa responsabilidad civil de carácter subsidiaria impuesta en la sentencia.

Por todo ello sostengo que estamos ante una norma de naturaleza civil de carácter sustantivo especial, pues indica de forma expresa cómo se debe responder y quién. Entiendo que no se trata de una norma de carácter procesal de naturaleza civil, pues su no aplicación no supone ningún quebranto procesal en el proceso penal. La alegación de que no se puede condenar como responsable civil subsidiario al sujeto si no es llamado en tal condición en el proceso penal, aceptada de forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia, no significa un quebranto procesal por inaplicación de art. 120, sino que es una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las partes a ser escuchadas y poder ejercitar su defensa en un proceso antes de ser condenados.

Por todo ello y en base al criterio adoptado en cuanto a la Disposición Final Primera de la LORPM, entiendo que no es aplicable el art. 120 del CP en el proceso penal especial de menores, pues el legislador no remite expresamente a dicho precepto y, por lo tanto, si se entiende que existe alguna laguna se debe aplicar de forma supletoria el CC. Es cierto que la LORPM no tiene regulada esta institución, pero no entiendo que se produzca ninguna laguna, pues el fin del art. 120 del CP es procurar que el perjudicado de un delito sea resarcido del mismo ante la previsible insolvencia del autor criminal, y en realidad el art. 61 de la LORPM regula expresamente esa previsión con una obligación solidaria del menor, junto con unos terceros ante la previsible insolvencia del menor responsable penal de conformidad con su ley. Por lo tanto, entiendo que no hay laguna, sino que hay distintas regulaciones. La responsabilidad civil regulada en el CP y la responsabilidad civil regulada en la LORPM y ambas, resuelven quién debe responder por daño en sus respectivos procesos penales.

Entiendo que la responsabilidad civil subsidiaria es una institución civil especial del CP que no debe ni puede ser adoptada por la LORPM salvo remisión expresa. Pero si se sostiene que en el proceso penal especial de menores puede ser llamado

cualquier sujeto como responsable civil y no sólo los expresamente regulados en la LORPM, entiendo que se debe aplicar el CC art. 1902 y 1903, que serían los equivalentes al art. 120 del CP, que además son más beneficiosos para el perjudicado¹⁰⁹³. De todos modos, en realidad mantengo que ni se puede aplicar el

¹⁰⁹³Como he indicado todos los sujetos mencionados en el art. 120 del CP pueden ser reclamados en el proceso penal especial de menores mediante la aplicación supletoria del art. 1902 y 1903 del CC y todas las circunstancias en él establecidas podrán ser realizadas por un menor excepto las indicadas en el art. 120.1 pues en él se establece de forma expresa que el sujeto que realice el hecho debe ser mayor de 18 años.

A) Así en cuanto al art. 120.2 del CP es posible que se declare la responsabilidad penal de un menor de 18 años y mayor de 14 por haber realizado algún hecho tipificado en el CP utilizando los medios indicados en el art. 120.2. En este caso el perjudicado podrá solicitar la responsabilidad civil de los sujetos indicados en el art. 120.2 en base al art. 1902 del CC y estos responderán por su propia culpa y negligencia. El tribunal debe establecer la cuota por la cual responden esos sujetos, pues responden de forma directa y mancomunada junto con el responsable penal menor. Y sin perjuicio de la obligación que asume el tercero de acuerdo con el art. 61.3 de la LORPM. Es decir, el perjudicado reclamará de forma directa contra el medio, por su cuota, y contra el menor, por su cuota. Y podrá además reclamar de forma directa, esta última cuota al tercero indicado en virtud del art. 61.3, con independencia de la cuota por la cual haya sido finalmente condenado este tercero.

B) En cuanto al art. 120.3 también es factible que un menor cometa alguno de los hechos tipificados en el CP en los espacios indicados en el art. y que además esos hechos se hayan producido como consecuencia de alguna infracción de reglamento de alguno de los sujetos indicados en el art. 120.3. Los perjudicados podrán reclamar a los titulares de esos establecimientos y estos responden por su propia culpa en base del art. 1902 del CC, pues su empleado o administrador habrá infringido alguna norma o reglamento que guarda relación con el hecho por el cual es responsable penal el menor. Habrá dos cuotas u obligaciones mancomunadas simples la del titular del establecimiento y la del responsable penal es decir el menor.

El titular del establecimiento responderá por su cuota, el menor responsable penal también responderá por su cuota y ambos de forma directa frente al perjudicado. Y además, el perjudicado, podrá reclamar indistintamente al menor o al tercero responsable en virtud del art. 61.3 LORPM el todo de esa cuota, con independencia de la cuota a la cual este obligado a responder ese tercero en virtud de sentencia.

C) El art. 120.4 del CP es el correlativo al art. 1903 del CC y es posible que un menor de 18 años y mayor de 14 se encuentre empleado y que realice un hecho antijurídico y típico, es decir regulado en el CP que provoque un daño a un tercero.

En este caso la responsabilidad que reclame el perjudicado al empleador lo hará en base al art.1903 de CC; es decir, única y exclusivamente por la relación de dependencia. Estamos ante una obligación solidaria impropia entre el empresario y el menor. El Tribunal deberá establecer igualmente la cuota por la cual responde cada uno y ambos responden de forma directa.

El perjudicado podrá reclamar de forma directa el todo de la cuota a cualquiera de los dos responsables civiles directos; al empleador y al menor empleado responsable penal. Y además, en

art. 120 del CP ni estos dos arts. del CC 1902 y 1903, pues estamos en un proceso penal especial de menores. Del mismo modo en el proceso penal de adultos, sólo puede ser llamado al proceso penal como responsable civil aquel que de forma expresa esté determinado por la ley penal.

También en cuanto el art. 122 del CP debe plantearse si se trata de una norma de naturaleza penal o un norma de naturaleza civil, cuando regula la obligación que tiene un tercero de restituir un bien al perjudicado de un delito siempre y cuando lo hubiera adquirido a título gratuito y sin conocimiento que el mismo provenía de una acción delictiva. En este caso es una norma de naturaleza civil y, además, como tal, de naturaleza procesal, ya que faculta al perjudicado a reclamar al sujeto determinado y por tanto obligado, que sea parte en un proceso y que restituya el bien que tiene en esas condiciones. El tercero que ha obtenido el bien a título gratuito y que proviene de esas circunstancias está obligado a restituirlo. La norma

función de la cuota que se haya indicado por la cual debe responder el menor empleado, podrá reclamar esa cuota también indistintamente al tercero obligado en virtud del art. 61.3 de la LORPM.

D) En cuanto al art. 120.5 del CP se deben distinguir dos situaciones una, cuando el vehículo que genera riesgo es utilizado por un dependiente menor o es utilizado por un menor que actúa como representante del titular del vehículo. En estos casos nos encontramos, en una situación similar a la indicada en el art. 120.4 pues estamos ante una relación de dependencia y representación y por lo tanto aplicaríamos el art. 1903 del CC. Es decir, el perjudicado podrá reclamar el perjuicio que se le haya causado con el vehículo al menor y al titular de vehículo de forma indistinta pues estamos ante una obligación de carácter solidaria impropia. El Tribunal debe indicar la cuota por la cual responde cada uno, es decir, el titular del vehículo por un lado, y el menor responsable penal, por el otro, pero la obligación será solidaria entre ambos frente el perjudicado. Y además el perjudicado en función de la cuota que se establezca al menor podrá reclamar esta también indistintamente al tercero obligado en virtud del art. 61.3 de la LORPM.

Sólo en los casos que el titular del vehículo haya autorizado sin relación de dependencia o de representación al menor para que utilice un vehículo susceptible de generar riesgo a un tercero obliga al perjudicado tener que acreditar que estos titulares han incurrido en culpa en base al art. 1902 del CC. En estos casos se analiza si existe o no negligencia en el titular del vehículo que permite que un menor de 18 años y mayor de 14 conduzca un vehículo que no es suyo y que es susceptible de generar un riesgo a un tercero. Aquí la obligación sería mancomunada entre el titular del vehículo y el menor responsable penal. Respondiendo cada uno por su cuota y por su culpa. Y además el perjudicado también podría reclamar de forma indistinta contra cualquiera de los terceros indicados en el art. 61.3 LORP, la cuota por la cual debe responder el menor responsable penal que conducía el vehículo.

Además el perjudicado en estos casos del art. 120.5 también podrá ejercitar la acción civil contra la compañía aseguradora si dicho vehículo dispusiera de seguro o contra el consorcio. En cuyo caso también respondería esta compañía de seguros de forma directa y por la cuantía legalmente establecida o pactada de conformidad con el art. 63 LORPM. Teniendo la compañía de seguros la facultad de poder repetir contra quien considere.

establecida en el art. 122 del CP es una obligación específica y concreta de carácter procesal: la obligación es de restituir el bien y sólo en el caso que no se pueda restituir el bien se hace entrega del equivalente al bien que no se puede restituir por haber éste desaparecido. El fin de esta norma por tanto es evitar el enriquecimiento injusto del tercero pues en realidad este se beneficia de un delito.

Por ello, puede afirmarse que nunca se aplicaría el art. 122 del CP en el proceso penal especial de menores: una norma civil especial de naturaleza procesal; de conformidad con lo establecido en la Disposición Final Primera de la LORPM relativa al derecho supletorio al ser una norma de carácter procesal se tendrían que aplicar las normas de la LECr y, en concreto, las del procedimiento abreviado, cuando alguna cuestión especial del proceso penal de menores no la encontremos regulada en la LORPM. Es claro en ese sentido que la disposición adicional no me remite al CP para solucionar esta cuestión.

Otra cuestión es si esta obligación se encuentra o no regulada en la LORPM: a mi juicio, la respuesta es afirmativa, pero con la propia especificidad del derecho penal de menores: el menor no comete delitos por lo tanto nadie se puede beneficiar del delito cometido por un menor.

Entiendo que esta norma procesal de naturaleza civil art. 122 del CP sí está expresamente regulada en la LORPM, y concretamente en el art. 64 apartados, 2º y 4º de la LORPM, en relación con el art. 62 de la LORPM el cual remite expresamente a los arts. 109 al 115 del CP. Por lo tanto, se refiere a la restitución y, por ello sostengo que no se produce ninguna laguna legal. En efecto, en el art. 64.2 LORPM se establece que el perjudicado se personará e indicará de forma escueta las personas que crea responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretenda reclamar. Así, si el perjudicado indica que un tercero tiene bienes suyos a título lucrativo que provienen de un hecho regulado en la LORPM, y sin conocimiento que los mismos provenían de esa conducta realizada por el menor y que lo demanda civilmente en el proceso penal especial de menores, con el objeto que restituya dichos bienes el Juez de menores de conformidad con lo establecido en la ley art. 64.4, acordará que el mismo será parte en el proceso penal especial de menores, es decir, responsable civil obligado a restituir. Es por tanto una consecuencia expresa del art. 62 LORPM que remite al CP, y que tiene por objeto la restitución del bien al perjudicado, así como del propio art. 64, en cuanto al proceso a seguir.

En resumen y como consecuencia del estudio de la Disposición Final Primera en cuanto al derecho supletorio a aplicar en la LORPM referente a la responsabilidad civil, después de analizar la normativa sustantiva de la responsabilidad civil en la LORPM y su equivalente en el CP se alcanza la siguiente conclusión: el legislador

no prevé la aplicación del CP, en cuanto a la responsabilidad civil en sus aspectos sustantivos en el proceso penal especial de menores, salvo que así se indique expresamente en la LORPM y, en cambio, sí prevé que se aplique de forma supletoria el CC cuando se produzcan lagunas en esa materia como consecuencia de su no regulación específica en la LORPM. Por lo tanto, ha de mantenerse que la norma supletoria en cuanto a las normas sustantivas de naturaleza civil que regulan la responsabilidad civil tanto en el proceso penal de adultos como en el proceso penal de menores es siempre el CC.

Conclusiones

Desde el año 2000 con la LORPM el legislador ha introducido la cuestión de la responsabilidad civil en el proceso de menores. Tanto en su aspecto sustantivo como en su aspecto procesal.

La reforma de la ley en el año 2006 no afectó al aspecto sustantivo de las normas que regulan la responsabilidad civil en la LORPM pero su modificación procesal sí que permite alcanzar unas conclusiones respecto la responsabilidad civil regulada en la LORPM tanto en el aspecto sustantivo como en el aspecto procesal.

Desde el punto de vista sustantivo se alcanzan las siguientes conclusiones:

1. El legislador ha optado por regular dos conceptos bajo un mismo epígrafe “la responsabilidad civil”: de un lado una responsabilidad civil que incurre el menor de 18 años y mayor de 14; y de otro, una obligación a responder de unos sujetos determinados. Como consecuencia, puede afirmarse que estamos ante un tercer modelo o vía para resolver quién debe soportar el daño causado por un menor de 18 años mayor de 14 cuando el mismo proviene de una conducta tipificada en el CP como delito y siempre y cuando se le pueda aplicar al menor la LORPM.

1.1 Responsabilidad civil.

1. Así, en el art. 61 de la LORPM se indica de forma clara que el menor de 18 años mayor de 14 tiene capacidad para responder civilmente por el daño que causa siempre y cuando se le pueda aplicar la LORPM. Por una parte, el legislador establece un criterio mixto -no sólo biológico- con respecto a la capacidad civil de estos menores. Pero en los casos que no se puede aplicar dicha ley se continúa aplicando el criterio establecido en el CC, en cuanto a la capacidad de culpa civil, ya que el CP no establece ningún criterio de capacidad de culpa civil para menores de edad.

Se sostiene por ello que sólo cuando es aplicable LORPM se presupone esta capacidad de culpa civil al menor. En los demás casos -es decir, en un proceso civil ante la jurisdicción civil- es el tribunal el que debe acordar si tiene o no tiene capacidad de culpa civil ese menor para poder ser responsable civil, aunque, por toda la doctrina es admitido que el mayor de 14 años tiene por regla general esa capacidad de culpa civil.

2. Dicho precepto regula una responsabilidad civil de carácter subjetivo; es decir, basada en la culpa, y directa del menor de 18 años y mayor de 14, en la que el menor responde por todo el daño que causa; por tanto, se trata de una responsabilidad civil en sentido estricto. Daño y responsabilidad civil son las dos caras de una misma moneda que nunca se pueden deslindar: en la responsabilidad

civil el que responde debe responder por todo el daño que se ha causado al perjudicado (*in integrum*), y sólo entonces se habla de responsabilidad civil.

3. La obligación civil que se impone cuando hay una pluralidad de responsables penales en la LORPM es una obligación mancomunada simple, pues es una obligación de naturaleza civil. El legislador no indica expresamente que estamos ante una obligación mancomunada solidaria, y salvo que se indique lo contrario, las obligaciones serán mancomunadas simples.

4. No se puede aplicar supletoriamente el art. 116 del CP, por dos motivos: un menor nunca es responsable penal de un delito en sentido estricto -siendo estas obligaciones civiles *ex delicto* mancomunadas solidarias- pues el resto de obligaciones civiles que impone el CP en el art. 118 del CP son mancomunadas simples, por no indicarse expresamente que estamos ante una obligación mancomunada solidaria. Por tanto, no estamos ante situaciones equivalentes. Y además el legislador, de forma expresa, no indica cuál es el tipo de obligaciones y esa ausencia de indicación significa que estamos ante obligaciones mancomunadas simples; no se trata de que no esté regulado, sino que el hecho de que no exista indicación expresa de mancomunidad solidaria, implica que es una obligación mancomunada simple.

Finalmente, la norma supletoria que se debe aplicar de conformidad con la disposición final primera de la LORPM de derecho supletorio es el CP en su aspecto sustantivo, por expresa indicación de la disposición final. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad civil, la normativa indicada en el CP es inaplicable al proceso especial y específico de exigencia de responsabilidad civil ante el juzgado de menores, pues ello sería contrario a la normativa sustantiva de naturaleza civil regulada en la LORPM. Una consecuencia de todo ello es que, en realidad, en el ámbito sustantivo de naturaleza civil, se aplica en última instancia de forma supletoria el CC.

1.2 Obligación de responder.

Sobre la indicación de que, junto con el menor, responden solidariamente “los padres, tutores, acogedores, y guardadores legales o de hecho” y, “por este orden”, existe debate doctrinal. Por ello una parte de la doctrina sostiene que estamos ante una responsabilidad civil, bien, con un criterio de imputación objetivo -los terceros sujetos indicados responden al margen de su culpa- bien como una responsabilidad civil cuasi objetiva, ya que el legislador faculta al tribunal a diferenciar la cuota por la cual responde ese tercero en base a su culpa. Sin embargo, ha de entenderse correcto el criterio contrario, que niega que se trate de una responsabilidad civil en sentido estricto y la considera una obligación a responder. Las razones son las siguientes:

A) La facultad de moderación al tercero obligado impide hablar de responsabilidad civil, pues puede no responder por todo el daño causado por el menor, y en la responsabilidad civil se debe responder por todo el daño.

B) No se indica cuál es el motivo por el cual responden. Consecuencia de ello es que no se sabe cuál es el criterio de imputación; es decir, si está basado en la culpa o al margen de ésta. Para hablar de responsabilidad civil, debe existir un criterio de imputación objetivo o subjetivo y, del conjunto de la norma no se alcanza a determinar cuál es el criterio de imputación.

Por todo ello se puede decir que el tercero obligado a responder responde por garantía, al margen de un criterio de imputación, y en todo caso. Pues es una facultad de moderación y no una causa de exoneración. Esto se corrobora con la posición jurisprudencial mantenida de forma unánime por los distintos tribunales: se obliga a responder de forma conjunta -a distintos grupos- de los sujetos terceros mencionados a la vez, a pesar que expresamente se indique que responden “por este orden” y del debate parlamentario sobre la cuestión.

En mi opinión, esta obligación a responder de los padres, tutores, acogedores, y guardadores legales o de hecho, junto con la facultad de moderación que se otorga al tribunal con respecto a estos terceros en determinadas circunstancias, constituye la norma de cierre de toda esta exigencia de responsabilidad civil al menor en el proceso penal especial de menores, que impone una responsabilidad civil a un sujeto insolvente en la mayor parte de los casos.

2. Desde un punto de vista procesal

2.1 El legislador ha optado desde el año 2006 por solventar la responsabilidad civil de forma conjunta en el proceso especial de responsabilidad penal del menor, y faculta al Juez de menores para decidir sobre la responsabilidad civil sin necesidad de instar otro procedimiento ante otra jurisdicción posterior. Su resolución, en este aspecto, y al igual que en el proceso penal, tiene eficacia de cosa juzgada una vez devenga firme.

Sin duda, es un nuevo proceso específico y especial para reclamar la responsabilidad civil ante el Juez de menores. Por una parte, en el caso que no se den las circunstancias que la LORPM establece para poder instar el proceso penal frente al menor o este finalice de forma anticipada o con sentencia absolutoria, no se aplica ni la normativa sustantiva de responsabilidad civil regulada en la LORPM ni su consiguiente normativa procesal para exigir la misma. Por otro lado, tampoco se aplica la normativa cuando el perjudicado se reserva la acción civil, pues el legislador indica de forma expresa que se deberá reclamar dicha responsabilidad civil ante la jurisdicción civil y por las normas del CC (art. 61LORPM). Por tanto, el Juez de menores únicamente resolverá de acuerdo con esta norma si existe

responsabilidad penal en el menor, de conformidad con lo regulado en la LORPM y, sólo con aquella declaración podrá acordar la responsabilidad civil del menor y, además, la obligación de responder a los terceros indicados LORPM.

Esta diferenciación respecto la acción civil en el proceso penal de adultos comporta el siguiente planteamiento. Ante un daño ocasionado por un menor hay una pluralidad de normas pero no dos regímenes diferentes: uno derivado de la responsabilidad penal del menor y otro ajeno a esa responsabilidad penal, en correlación con lo que sucede en el CC, por remisión expresa a lo regulado en el CP. Sin embargo este proceso y normativa civil especial sólo se aplica ante el Juez de menores. En todos los otros casos, la responsabilidad civil de los menores se solventa por las normas del CC y ante la jurisdicción civil.

3. Todas estas cuestiones sustantivas y procesales de la responsabilidad civil, reguladas en la LORPM, se ven corroboradas con el análisis de la Disposición final primera de la LORPM, que establece el derecho supletorio de la ley: de un lado, en el aspecto sustantivo, se debe aplicar supletoriamente el CP; y de otro, en el aspecto procesal se deben aplicar las normas del procedimiento abreviado reguladas en la LECr. En efecto, si bien el CP y la LORPM establecen la responsabilidad civil al sujeto responsable penal y esta última, la LORPM, hace remisión expresa al CP en cuanto al alcance de la misma; no se observan más normas en común, y sí una regulación específica y diferente de aquella, que es la regulada en LORPM con respecto a lo regulado en el CP. No es posible aplicar de forma supletoria la normativa civil regulada en el CP, porque entra en abierta contradicción con la LORPM. En última instancia, no hay una laguna legal, pues ambas normas regulan conceptos distintos no equiparables.

Es evidente, por tanto, no se puede equiparar una obligación a responder, que es lo que se regula en la LORPM en cuanto a los terceros, con la responsabilidad civil del tercero no responsable criminal que se regula en el CP. La no regulación de la responsabilidad civil subsidiaria en la LORPM, por otro lado, no plantea ninguna laguna legal al sistema de responsabilidad civil diseñado en la LORPM, pues la misma es una institución única y exclusiva de responsabilidad civil que deriva de un delito, y dicha circunstancia es imposible que se dé en un proceso penal especial de menores.

4. En otro ámbito, creo que juzgar en un único proceso ambas cuestiones distorsiona el proceso especial penal educativo ante el menor. Siempre se entendió así y la LORPM se promulgó de acuerdo con esa idea. Sin perjuicio de las distintas modificaciones que ha sufrido la ley -no estamos ante un CP de menores-, los menores no responden criminalmente como autores de un delito. No cometen delitos y, no se les imponen penas: se les imponen medidas educativas. En estas

circunstancias, se justifica sin duda una decisión separada y, por tanto la posibilidad de diferir la responsabilidad por daños a un Juez civil.

4.1. La regulación procesal, especial y propia de responsabilidad civil del menor regulada en la LORPM carece de conexión con el resto del ordenamiento que regula esta cuestión. La perspectiva histórica ha sido ya expuesta.

Pero debe considerarse que la resolución de la cuestión penal y civil en un único proceso obedece a facilitar la reclamación al perjudicado. La resolución de la responsabilidad civil en un proceso civil posterior al proceso penal no implica que en ese último no se deba aplicar la normativa civil especial regulada en CP con carácter imperativo, cuando se den los requisitos por los cuales se debe sustanciar es decir art.1092 del CC. Hay una dualidad de regímenes para reparar el daño: el regulado en el CP y el regulado en el CC. Las normas que regulan la responsabilidad civil en el CP contienen unas especificaciones procesales y especialidades sustantivas concretas que son de obligado cumplimiento siempre, con independencia de la jurisdicción donde reclame el perjudicado el daño.

En definitiva se comprende que el legislador posibilite al perjudicado de un delito solventar en un único proceso la acción penal y la acción civil, y se entiende esta traslación al proceso de menores. Sin embargo, no se alcanza a comprender esta diferenciación de normas sustantivas de naturaleza civil específicas de la LORPM respecto a la regulada en el CC y a la regulada CP para crear un proceso específico y especial sólo para algunos casos y, diferente a lo regulado en el CC. No puede dejarse de lado que, finalmente, la responsabilidad civil del menor se regirá por el CC y que se sustanciará ante la jurisdicción civil en otros casos; es decir, en los daños ocasionados por menores a los cuales no se les pueda declarar responsables penales de acuerdo a la ley, o, incluso cuando, declarado responsable penal el menor, el perjudicado se reserve la acción civil.

La responsabilidad civil surge del daño y se regula por el CC, y se sostiene que sólo se regula de modo diferente ante un responsable criminal o ante una circunstancia específicamente regulada en el CP. Por ello, no es necesaria la declaración previa de responsabilidad penal del menor para que este pueda responder civilmente, pues el daño no deriva de esa declaración.

4.2. La normativa sustantiva especial de carácter civil de la LORPM es, además, injusta para el tercero obligado; ya que éste responde sólo como garantía de la insolvencia del menor, sin criterio de imputación. En algunos casos esta responsabilidad puede tener lugar, sin ser garante, pues, según las edades, no ejercen esos terceros control alguno, ya que los menores han adquirido autonomía suficiente otorgada por la propia ley, y esta no concede a esos terceros facultad alguna para poder controlar a esos menores.

Bibliografía

AGUIAR DIAS, José, *Tratado de la Responsabilidad civil*, vol. II, Méjico, 1957.

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, t. II, vol. 2, 9ª Edición, Barcelona, 1994.

—. *Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, Onceava edición, Edit. Bosch, Barcelona 2002.

—. *Derecho civil*. Tom II Vol.2 Edit. Bosch, Barcelona, 1997.

ALBERT PÉREZ, Silvia, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad. Exigencia de responsabilidad civil en la Jurisdicción de menores. Jurisdicción civil y jurisdicción contenciosa*, Editorial Comares, Granada, 2007.

ALBÓ Y MARTÍ, Ramón, *Los Tribunales para Niños, el Tribunal para niños de Barcelona y su actuación en el primer semestre de funcionamiento*, Barcelona, 1922.

ÁLVAREZ VALDÉS, Félix y LÓPEZ-REY ARROJO, Manuel, *El Nuevo Código Penal, Notas, Jurisprudencia, Tablas Referencias etc.*, Madrid, 1933.

ANTÓN ONECA, José, "Historia del Código penal de 1822", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965 t. XVIII, fas II, mayo-agosto, pp.263 y ss.

—. "Los antecedentes del nuevo Código penal", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero de 1929, Madrid, Editorial Reus S.A, pp.1 y ss.

—. "El Código penal de 1870", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970 nº 23, pp.229 y ss.

—. *Derecho penal, parte general*, 1949, 2ª Edición, Ediciones Akal SA, Madrid, 1986.

ARAGONESES MARTÍNEZ Sara y, TOMÉ GARCÍA, José Antonio, "Los procesos penales panorama general", en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio, TOMÉ GARCÍA, José Antonio, autores. *Derecho procesal penal*, octava edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, pp.289 y ss.

ARENAL PONTE, Concepción *Estudios penitenciarios* Capítulo XI y XII, Parte IV

Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcgh9d9> [Consulta: 20/1/2016]

—.Tomo 14. Informe presentado en el Congreso Penitenciario Internacional de San Petersburgo Segunda Sección Cuestión Sexta Segunda parte. I. Complicidad Social. Sus escritos fueron publicados en 1909 por la Editorial Vizcaína de Bilbao, reeditados en 1934 por la Editorial Tip Huelves y Cía. de Madrid.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios del derecho penal, parte general*, 5 Edición, Editorial Akal/iure, Madrid, 1998.

BARREDA HERNÁNDEZ, Armando, "La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil" *Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, III-2001, Cuadernos Judiciales*.

—. "Estudio sobre la controvertida inclusión de la acción civil en el nuevo proceso penal de menores" *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, Ministerio de justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 2001, pp.229 y ss.

—. "La trascendencia de la solidaridad de padres o guardadores dentro de la pieza separada de responsabilidad civil instaurada en la LORRPM", *Diario La Ley*, 2002. Diario la Ley, nº 5493, Sección Doctrina, 1 mar.2002, año XXIII, Ref.D-65pag 1547, tomo 3, Editorial La ley 1489/2002 Wolters Kluwer, pp.1 a 16 [fecha 12/2/2015].

BERMEJO CABRERO, José Luis, "Sobre la entrada en vigor del Código penal de 1822", *Anuario de Historia del Derecho español*, 1996, núm. LIX, pp.967 y ss.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, "Los supuestos de responsabilidad objetiva," directores: Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ, Vicente L. MONTES PENADÉS Encarna ROCA TRÍAS, *Derecho civil, derecho de obligaciones y contratos*, 4 edición, Valencia, 2001. Epígrafes 69 y ss.

BONILLA CORREA, Jesús Ángel, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Aspectos sustantivos*, Edit. Tirant lo Blanch Valencia, 2009.

BORRELL MACIÀ, Antonio, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, 2ª edición, Barcelona, 1958.

BUSTO LAGO, José Manuel, "La antijuricidad" en Director José María PENA LÓPEZ., *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Edit., Cálamo, Barcelona, 2004, pp.57 y ss.

CALDERÓN CEREZO, Ángel, y CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *Código penal comentado*, Edit. Deusto Jurídico, Barcelona, 2004.

CARMONA SALGADO, Concepción, "art.19" en COBO DEL ROSAL, Manuel Director, *Comentarios al Código Penal*, Volumen II, Editorial Edersa, pp.19 y ss.

CASABO RUIZ, José Ramón, "La aplicación del Código penal de 1822", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, nº 32, pp.323 y ss.

CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 14ª edición, revisada y puesta al día por FERRANDIS VILELLA, Madrid, 1988.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1987.

—. "Responsabilidad por hechos ajenos," en MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio, Director, *Responsabilidad civil "ex delicto"*. Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2004, pp.101 y ss.

CLEMENTE MEORO, MARIO E, "Ejercicio de la acción civil en la hipótesis de que el proceso penal previo finalice sin sentencia." Libro *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, 2011, pp.607 y ss.

COLINA GAREA, Rafael, "La relación de causalidad", Director José María PENA LÓPEZ en: *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Cálamo, Barcelona 2004, pp.77 a 100.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de daños*, 2ª edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1999.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *La ley de responsabilidad penal de los menores. Doctrina con Jurisprudencia y normativa complementaria.*, Dirección Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Edit. Trivium, Madrid, 2001.

—. "Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces", en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS*, t. II, Pamplona, 1969, pp.75 y ss.

CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido, "Comentario al art. 118 Código Penal" en *Código Penal comentado*, Coordinador Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 2ª edición, Edit. Bosch, Barcelona, 2004.

—. "Comentario al art.120Cp", en *Código penal comentado*. Coordinador Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 2ª edición, Edit. Bosch, Barcelona, 2004.

CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, "De la responsabilidad derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", En Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Coordinador, Director: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, Tomo I pp.126 y ss. Tomo II pp.767 y ss.

CREHUET DEL AMO, Diego María, "Código Penal de 8 de septiembre de 1928 con las aclaraciones ordenadas por Real decreto de 10 de diciembre siguiente, anotado y concordado e ilustrado con

jurisprudencia pertinente del Tribunal Supremo". *Revista de los Tribunales*. Editorial Góngora, Madrid, 1929, pp.1 y ss.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Código Penal Reformado de 27 de octubre de 1932*, Cuarta Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1941.

—. *Derecho Penal conforme al "Código Penal, texto refundido de 1944"*, Undécima Edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1953.

—. *Tribunales para niños*, Librería General Victoriano Suarez, Madrid, 1917.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*. Madrid, 1984.

DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Clemente, *Instituciones de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1959.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio, TOMÉ GARCÍA, José Antonio, autores. *Derecho procesal penal*, octava edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

—. "El derecho procesal penal", en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio, TOMÉ GARCÍA, José Antonio, autores. *Derecho procesal penal*, octava edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, pp.1 y ss.

—. "El objeto del proceso penal", en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, Hinojosa Segovia, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio, TOMÉ GARCÍA, José Antonio, autores. *Derecho procesal penal*, octava edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, pp.180 y ss.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, "El Título VIII de la ley penal del Menor: experiencias en su aplicación", en "Jornadas sobre experiencias aplicativas de la LORPM", *Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia*, mayo 2003, pp.751 y ss.

—. "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores" en. La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, VI-2000, Edit. Ministerio de Justicia Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2000, pp.283 a 358.

—. "Notas sobre la responsabilidad civil en derecho penal de menores", *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, Madrid 2001, pp.249 y ss.

DE LLERA SUAREZ-BARCENA, Emilio, "La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil "ex delicto". En MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio, Director, Responsabilidad civil "ex delicto". Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2004, pp.47 y ss.

DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, José, "La intervención del abogado en el procedimiento tutelar de menores" *Revista de Derecho Procesal iberoamericana* año 1979, nº 1, pp.65 y ss.

DE SOLANO Y POLANCO, José, *Tribunales para niños y comentarios a la legislación española*. Edit. Reus, Madrid, 1920.

DÍAZ ALABART, Silvia "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela", *Anuario de Derecho Civil*, 1987, tomo XL, fascículo III, pp.795 y ss.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Director) autores Julio, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Bernardo, FEIJOO SÁNCHEZ, Laura, POZUELO PÉREZ, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Editorial Aranzadi, Thomson Civitas, 2008.

—. "De la instrucción del procedimiento", Director Julio, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO en, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 1ª edición, Editorial Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pp.282 y ss.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Edit. Civitas, Madrid, 1999,

—. *Estudios sobre jurisprudencia civil*, Vol. 1º. Segunda edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1973.

—. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Edit. Tecnos, Madrid, 1999.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Omisión e injerencias en derecho penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

DORADO MONTERO, Pedro, *El derecho protector de los criminales*, Tomo I, Madrid, 1916.

DURANY PICH, Salvador, "Responsabilidad civil y Derecho Penal de menores", en *Estudios jurídico en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Tom III, Edit. Civitas, 2003.

ESPIN CANOVAS, Diego, *Manual de derecho civil español*, t. III 6 Edición, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ MARTIN-GRANIZO, Mariano, "Imputabilidad y responsabilidad objetiva", *Revista, Anuario Derecho Civil*, año 1968 julio-sept, pp.579 y ss.

FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, Primera Edición, Murcia, 1947, Tomo II.

FONT SERRA, Eduardo, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Editorial la Ley, Madrid, 2002.

—. *Responsabilidad Civil del Menor. En la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, Edición preparada por Juan F Garnica Martin, Edit. Atelier, Barcelona, 2003.

FRÍAS MARTÍNEZ, Rosa, “Arts. 109 a 123” en director Antonio ROMA VALDÉS, *Código Penal Comentado*, primera edición, Editorial Wolters kluwer SA., Hospitalet de Llobregat, 2015, p.217 y ss.

GARCÍA RUBIO, María Paz, “La responsabilidad civil del menor infractor”, en *Revista Xurídica Galega*, núm.38, Pontevedra, 2003, pp.45 y ss.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, “comentarios al Código penal, artículo 118” en dirigido por Manuel COBO DEL ROSAL *Comentarios al Código Penal*, Volumen IV, Edit. Edersa, Madrid, 2000, pp.453 y ss.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal y proceso* Edición preparada por Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Tomo I Derecho, derecho penal y proceso. Y, Tomo II Derecho procesal civil. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.

GÓMEZ CALLE, Esther, “Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. Ley 1/1991, de 7 d enero.”, *Anuario de Derecho Civil*, 1991-I, pp.269 y ss.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, “Estado de la Codificación al terminar en el Reinado Isabel II” *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 39, 1871, pp.284 a 300.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “Acción civil y responsabilidad civil en el proceso penal de menores. Especial referencia a los actos de violencia escolar.”, Lorenzo, MORILLAS CUEVA Director, José María SUÁREZ LÓPEZ Coordinador en: *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio Jurídico)*. Edit. Dykinson SL, Madrid, 2010, pp.547 y ss.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther, (Coordinadora) autores Esther, GONZÁLEZ PILLADO, Víctor, MORENO CATENA, Helena, SOLETO MUÑOZ, M^a Dolores, FERNÁNDEZ FUSTES, José ALBERTO, REVILLA GONZÁLEZ, Raquel, LÓPEZ JIMÉNEZ, Pablo, GRANDE SEARA, Vicente, GUZMAN FLUJA, *Proceso Penal de Menores*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GOYENA HUERTA, Jaime, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores con Jurisprudencia*, 1^a edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado*, Tomo I, Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, Burgos, 1870.

GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José, *El derecho penal de los menores. Los tribunales para niños*, Zaragoza, 1925.

GUILLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Edit. Tecnos, Madrid, 1999.

GUZMÁN FLUJA, Vicente, "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores.", en Esther GONZÁLEZ PILLADO (Coordinadora), *Proceso Penal de Menores*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.283 y ss.

HERRERO HERRERO, Cesar, *Delincuencia de menores Tratamiento Criminológico y Jurídico*, 2ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal Juvenil*, Edit. Bosch, Barcelona, 2003.

IZQUIERDO MARTIN, Pedro, "Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil.". En MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio, Director, *Responsabilidad civil "ex delicto"*. Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2004, pp.201 y ss.

JAKOBS, Günther *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición Editorial Marcial Pons, ediciones Jurídicas, SA, Madrid 1997. Traducción Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Marginales 7/58, 7/59 y 7/98

JARAMILLO GARCÍA, A, *Novísimo Código Penal Comentado y Cotejado con el de 1870*, Salamanca, 1928, Tomo I

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Código Penal Reformado de 27 de octubre de 1932 y Disposiciones Penales de la República*, Primera Edición, Edit. Reus, Madrid, 1934.

LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación Española*, La Codificación Civil, (Génesis e Historia del Código). Vol. II. Edit. Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Centro de Publicaciones Madrid, 1970.

LATOUR BROTONS, José, "La responsabilidad civil de los incapaces", en *Libro Homenaje a Roca Sastre*. Tom II, Madrid, 1976, pp.119 y ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lurdes, *Códigos Penales Españoles Recopilación y Concordancias*, Editorial Akal S.A., Torrejón de Ardoz, Madrid, 1988.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*. Edit. Tecnos, Madrid, 1988.

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *Prorroga y rehabilitación de la patria potestad*, Edit. Bosch, Barcelona, 1992.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001.

LÓPEZ-REY ARROJO, Manuel y ÁLVAREZ VALDÉS, Félix, *El Nuevo Código Penal, Notas, Jurisprudencia, Tablas Referencias etc.*, Madrid, 1933.

—. “La Reforma del Código Penal Español 5 de noviembre de 1932”, Edit. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1932, pp.5 y ss.

MAGALDI PATERNOSTRO, María José, “De la responsabilidad derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, En: Directores Juan CÓRDOBA RODA y Mercedes GARCÍA ARAN, *Comentarios al Código Penal Parte General*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.869 y ss.

MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio, “Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”. Indemnización de los daños materiales, corporales y morales.”. En MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio, Director, *Responsabilidad civil “ex delicto”*. Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2004, pp.147 y ss.

MEDINA ALCOZ, María, “La fuerza mayor como circunstancia exoneradora de la responsabilidad civil extracontractual. El tránsito de su suposición a su expresa proclamación.”, *Boletín Ministerio de Justicia*, Núm. 1929, 2002, p.7 y ss.

MONTERO GARCÍA-ANDRADE, Juan, “arts. 27 a 30 CP”. En director Antonio ROMA VALDÉS, *Código Penal Comentado*, primera edición, Editorial Wolters kluwer, SA, Hospitalet de Llobregat, 2015, pp.71 y ss.

MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, en *Comentarios al Código Penal*, Coordinador, Tomás Salvador, VIVES ANTON, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MORENO VERDEJO, Jaime, “La exigencia de la responsabilidad civil en las infracciones penales cometidas por menores” *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 20, 3ª época, diciembre, 2001, pp.87 y ss.

MUERZA ESPARZA, Julio, “Las partes en el proceso penal” en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio, TOMÉ GARCÍA, José Antonio, autores. *Derecho procesal penal*, octava edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, pp.145 y ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal Parte General 9ª Edición revisada y puesta al día conforme a las Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 8ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La Reforma Penal 1983*, ediciones destino SA, Barcelona, 1983.

MUÑOZ SABATÉ, Luis, "Sobre el <<trasplante>> de pruebas penales a un proceso civil posterior", *Revista Jurídica de Cataluña*, julio septiembre, año 1976, núm. 1, pp.701 y ss.

MURADAS FUENTES, Cesar, "Responsabilidad civil de menores imputables penalmente", *Revista Ilustre Colegio de abogados de Señorío de Vizcaya* nº 61 abril-junio año 1994, pp.67 y ss.

NAVARRO MICHEL, Mónica, "El daño" en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.195 y ss.

—. "Obligación jurídica de reparar el daño" en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.223 y ss.

—. *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Edit. José María Bosch, Barcelona, 1998.

—. "La responsabilidad por acto propio", en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.93 y ss.

—. "responsabilidad por hecho ajeno", en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p.147 y ss.

NAVEIRA ZARRA, Maita M^a, "El evento dañoso" Director José María PENA LÓPEZ En: *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Cálamo, Barcelona, 2004, pp.41 y ss.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil*, t. II, vol.1, Madrid, 1991.

OLOVARRIA IGLESIA, María Teresa, "Problemática sustantiva y práctica de la pieza de responsabilidad civil" en "Jornadas sobre experiencias aplicativas de la LORPM". *Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, mayo 2003*, pp.821 y ss.

ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho Penal de Menores, Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, 3^a edición, Edit. Bosch, Barcelona, 2005.

—. *Derecho Penal de Menores, Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 diciembre*

y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, 4ª edición, Edit. Bosch, Barcelona, 2007.

PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, Joaquín Francisco, *Código Penal Concordado y Comentado*, Imprenta de Santiago Saunaque, Madrid, 1848.

—. *El Código Penal concordado y comentado*. Tercera Edición, Barcelona, 1867.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1983", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 2, 1983, pp.447 y ss.

PAÑOS PÉREZ, Alba, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010.

PECES Y MORATE, Jesús Ernesto, "Valor probatorio en los procedimientos civiles de los testimonio de particulares, obrantes en actuaciones penales," *Revista de Derecho Procesal iberoamericana* año 1975 nº 2-3., pp.553 y ss.

PENA LÓPEZ, José María, "La responsabilidad civil extracontractual. El sistema español de derecho de daños", Director José María PENA LÓPEZ En: *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Cálamo, Barcelona, 2004, p.15 y ss.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, "El criterio de imputación". Director José María PENA LÓPEZ En: *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Cálamo, Barcelona, 2004, pp.101 y ss.

—. "la extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso", en: Director José María PENA LÓPEZ *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Cálamo, Barcelona, 2004, pp.145 a 159.

—. "La responsabilidad civil derivada de delito", Director José María PENA LÓPEZ en, *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Cálamo, Barcelona, 2004, pp.387 a 402.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Los fundamentos filosófico-políticos de la teoría liberal de la omisión", en *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp.17 y ss.

—. *Lecciones de Derecho Penal, Parte general*, Editorial Dykinson SL, Madrid, 2016.

—. "imputabilias y teoría de la imputación", *InDret*. (2/2015) abril Barcelona, 2015. www.indret.com/pdf/1128.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El Tratamiento Jurídico-Penal de los menores infractores –LO 8/2006- (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

PORTERO GARCÍA, Luis, “Presunción legal de voluntariedad de las acciones humanas con trascendencia penal”, *Revista General de derecho*, nº 270, año 1967, pp.172 y ss.

POZUELO PÉREZ, Laura, “artículo 4”, Director Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO en, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 1ª edición. Edit. Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pp.73 y ss.

—. “Título VIII de la responsabilidad civil.” en Director Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 1ª edición, Edit. Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pp.547 y ss.

—. “Disposiciones Adicionales”, Director Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO en, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 1ª edición, Edit. Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pp.565 y ss.

PUIG BRUTAU, José, *Compendio de derecho civil. II*, 1º, Barcelona, 1987.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de derecho Privado, Madrid, 1946.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de derecho penal parte general (acorde con el nuevo código penal de 1995)*. Segunda reimpresión, Editorial CEDECS, Barcelona, 1997.

—. “De las personas civilmente responsables”, En: Director Gonzalo QUINTERO OLIVARES Coordinador Fermín MORALES PRATS, *Comentarios al Código Penal Español*, 6ª edición, Edit. Aranzadi, 2011, pp.735 y ss.

—. “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”. En MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio, Director, *Responsabilidad civil “ex delicto”*. Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2004, pp.13 y ss.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Reforma Penal 1983*, ediciones destino SA, Barcelona, 1983.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y TAMARIT SUMALLA, Josep María, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”. En: Director Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Coordinador Fermín MORALES PRATS, *Comentarios al Código Penal Español*, 6ª edición, Editorial Aranzadi, 2011, pp.703 y ss.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, “La guarda y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 15 enero–diciembre, 2001, pp.281 y ss.

REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, “La víctima y el menor infractor”, Esther, GONZÁLEZ PILLADO Coordinadora, *Proceso penal de menores*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.75 y ss.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, “Críticas a la reforma penal de la ley orgánica 4/92 reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores.”, *Revista, Actualidad y Derecho*, 1992, Tomo 1992-2, pp.232 y ss.

—. *El menor infractor ante la ley penal*, Edit. Comares, Granada, 1993.

ROCA TRÍAS, Encarna, “El daño” en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.195 y ss.

—. “La responsabilidad civil derivada de delito”, en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.63 y ss.

—. “La responsabilidad civil extracontractual”, En: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.17 y ss.

—. “responsabilidad por hecho ajeno”, en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.147 y ss.

—. “Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual”, en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Valencia, 2011, p.45 y ss.

—. “La causalidad” en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.171 y ss.

—. “La responsabilidad objetiva” en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.261 y ss.

—. “La responsabilidad por acto propio”, en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.93 y ss.

—. “Obligación jurídica de reparar el daño” en: Encarna, ROCA TRÍAS y Mónica, NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños Textos y Materiales*, 6 Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.223 y ss.

ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, Edit. Tecnos, Madrid, 1986.

—. *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español. Introducción al estudio jurisprudencial*, Editorial Civitas, Madrid, 1977.

ROMA VALDÉS, Antonio, “art 31 CP” en director Antonio ROMA VALDÉS, *Código Penal Comentado*, primera edición, Editorial Wolters kluwer, SA, Hospitalet de Llobregat, 2015, pp.78 y ss.

ROMERO PRADAS, M^a Isabel, *El sobreseimiento*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ROQUE VILLAMOR MONTORO, Pedro, “La víctima y el proceso penal: la responsabilidad civil.”. En MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio, Director, *Responsabilidad civil “ex delicto”*. Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2004, pp.287 y ss.

ROVIRA SUEIRO, María E., “La responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad”. Director José María PENA LÓPEZ. En: *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Cálamo, Barcelona, 2004, pp.299 a 324.

ROXIN, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, autor ROXIN. Traducido por Diego Manuel, LUZÓN PEÑA, Editorial Reus, Madrid, 1976.

RUIZ VADILLO, Enrique, “La responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del código penal según jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Información Jurídica*, 1977, nº 315, pp.7 y ss.

SALVADOR CODERCH, Pablo, “Causalidad y responsabilidad”, *InDret*, Barcelona, junio 2002, 2^a Edición, Working Paper nº 94, (Indret 03/2002), pp.1 a 23.

SAN JULIAN PUIG, Verónica, *La responsabilidad del titular del Centro docente*, Edit. Bosch, Barcelona, 2000.

SAN MARTÍN LOSADA, Luis, *El Código Penal de 1928 su estudio y comparación con el de 1870*, Imprenta clásica española, Madrid, 1928.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Edit. Civitas, Madrid, 2003, pp.951 y ss.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Francisco de Asís, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992*. Edit. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, SA, Madrid, 1999.

SANTOS BRIZ, Jaime, "Comentarios a los Artículos 1903 y 1904 del Código civil" en ALBADALEJO GARCIA Manuel, director *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. xxiv, Editorial Edersa, Madrid, 1984, pp.562 y ss.

—. *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, 3ª Edición, Editorial Montecorvo SA, Madrid, 1981.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, *Código penal de 1995*, Coordinador Ignacio, SERRANO BUTRAGUEÑO, Tomo I, Edit. Comares, Granada, 2002.

SOTO NIETO, Francisco, "El menor ante la responsabilidad civil dimanante del accidente automovilístico", *Revista de Derecho de la circulación*. Año IX, nº 3, mayo-junio 1972, Sección primera, Doctrina, pp.213 y ss.

—. "Preferencias e interferencias entre la jurisdicción especial de menores y la jurisdicción ordinaria.", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 4 año 1964, pp.433 y ss.

—. *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo, vinculaciones solidarias*, Edit. Montecorvo SA, Madrid, 1982.

VAQUER ALOY, Antoni, "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación." *Diario La Ley*, 2001. Sección Doctrina, 2001, Ref. D-11, tomo I, Editorial La Ley. La Ley 10893/2001. Wolters kluwer, pp.1 a15 [fecha 12/2/2015].

VENTAS SASTRE, Rosa, "art.19 CP" en COBO DEL ROSAL, Manuel Director, *Comentarios al Código Penal*, Alcobendas (Madrid), Editorial Edersa, 1999. Volumen II, pp.71 y ss.

VERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, "Responsabilidad civil del estado. En especial, actuación de las fuerzas de seguridad del estado.", en MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio, Director, *Responsabilidad civil "ex delicto"*. Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2004, pp.237 y ss.

VIVES VILLAMAZARES, Francisco, "Consecuencias de la inexistencia de la acción penal en el tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil". I Congreso Penal y Penitenciario H.L.A.F. (Tomo V). Anales de la Universidad de Valencia Vol. XXVI, Curso 1952-1953 Cuaderno III, Derecho, pp.119 y ss.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate", en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001.

