

Área 1: Jurídica.

Título: **La reparación y la responsabilidad civil ex delicto del menor de edad.**

Autor: Rosa Anguita Ríos, Petronila García López, Teresa Pérez Giménez, Carmen Villanueva Lupión, M^a Dolores Casas Planes. Universidad de Jaén.

Correo e.: ranguita@ujaen.es

Palabras clave: Reparación, daño, responsabilidad civil *ex delicto*, menor de edad, infracción penal.

Resumen:

Se puede decir hoy en día, siguiendo el parecer de Sainz Cantero, que existe un acercamiento del Derecho Civil al Derecho Penal y viceversa, y que dicho movimiento se proyecta en esta dirección cuando conceptualmente acercamos mecanismos consagrados en un ámbito a otro distinto. Es lo que sucede en la ejecución penal con el llamado “efecto privatizador”, pues trasladamos al ámbito penal la consabida “reparación” civil para aplicarla así al sistema de prevención general y especial del delito.

Esta aproximación parece ser tributo de una mayor preocupación por la situación de la víctima de los delitos penales. Esta filosofía ha dado lugar al nacimiento de un movimiento reparador cuya máxima es la justicia reparadora y que asume dos vertientes. Por un lado estarían los procesos reparadores, tales como, por ejemplo, los programas de mediación/reconciliación entre la víctima y el delincuente. Por otro lado, los resultados reparadores, es decir, los trabajos en beneficio de la comunidad, programas de rehabilitación y la *reparación* del daño, que es la figura que nos interesa, y que ha llegado, incluso, a ser sustituto de la pena en algunas legislaciones europeas.

Por lo tanto, y a tenor de lo expuesto, nos encontramos con una figura jurídica, la reparación, que parece confundirse con la responsabilidad civil *ex delicto* u obligación de reparar el daño que, si bien proviene de un acción u omisión de carácter delictivo, es de igual naturaleza jurídico-civil que la responsabilidad civil nacida de ilícito civil y que tiene como fin reparar el daño causado y no sancionar al delincuente.

De tal modo que el objetivo de este trabajo es poner de manifiesto cómo la aproximación descrita también ha tenido incidencia en lo que a la legislación penal de menores se refiere, en concreto en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000; así como hacer un intento de delimitación entre ambas figuras: la reparación del daño y responsabilidad civil *ex delicto*. De este modo, abordamos el estudio de las nuevas corrientes tendentes a la reparación del daño y lo hacemos desde el punto de vista de su aplicación a un elemento muy sensible de nuestra sociedad, como son los menores.

Para dicho propósito, vamos a analizar en una primera parte el estado de la cuestión en torno a las imbricaciones y/o diferencias entre la reparación y la responsabilidad civil *ex delicto*, para en una segunda parte proyectarlas en la

regulación del CP 1995 y, sobre todo en la LORPM, haciendo referencia a su regulación en el Derecho continental europeo y a ciertas regulaciones del *Common Law*

En definitiva, como conclusión de este trabajo entendemos que, por una parte, nuestra legislación de menores contrasta con la mayoría de las normativas europeas que otorgan a la reparación la categoría de pena y, por otra parte, la necesaria diferenciación e independencia entre la reparación y la responsabilidad civil *ex delicto* en orden a su correcta regulación y aplicación.

Subject area 1: Legal.

Title: Reparation and civil liability arising from youth crime.

Author: Rosa Anguita Ríos, Petronila García López, Teresa Pérez Giménez, Carmen Villanueva Lupión, M^a Dolores Casas Planes. Universidad de Jaén.

e-mail address: ranquita@ujaen.es

Key words: Reparation, civil liability arising from a crime, youth, criminal wrong.

Abstract:

Nowadays it can be said, according to Sainz Cantero, that Civil law is getting closer to Criminal law and viceversa, and this approximation takes place when we, from a theoretical perspective, bring closer mechanisms belonging to different areas. This is what happens in the so-called “privatization effect” related to punishment, when we transfer the usual civil reparation to Criminal law in order to apply it to the preventive system of future mischief.

This close approximation seems to be the result of a major care for the individual wronged by a crime. This philosophy, thus, has evolved in a restorative justice that covers two sides: on the one hand, restorative processes such as, i.e., the Victim Offender Mediation/Reconciliation programmes; on the other hand, restorative results such as community services, rehabilitation programmes, and reparation of damages. This last one is the institution we attempt to focus on and which has even become an alternative to punishment in some European regulations.

Therefore, in accordance with the explanation above, reparation as a legal institution, can be mistaken for civil liability arising from a crime or the obligation to redress a wrong, which if it is true that comes from a criminal act or default, it also has the same civil nature than civil liability arising from a tort, whose aim is to redress the harm caused and not to penalize the offender.

Consequently, the purpose of this paper is not only to highlight how this approximation explained above has had an influence on the Spanish youth crime regulation, in particular, on the *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/ 2000 (LORPM)* [Youth Criminal Liability Act], but we also aim to draw a distinction line between these both institutions: reparation of damages

and civil liability arising from a crime. In this way, our goal is to study the new tendencies on reparation of damages from a view which bears in mind its application to a very sensitive element of society as such is youth.

For this purpose we are going to study first the state of the issue regarding the similarities and differences between reparation and civil liability arising from a crime. Secondly, we are going to examine them on the *LORPM* and mention their regulation on Continental Law and Common Law.

In conclusion, we believe that the Spanish youth regulation differs from other European regulations that consider reparation as a way of punishment. Thus, we hold a necessary distinction in kind between reparation of damages and civil liability arising from a crime in order to regulate and apply them properly.

Comunicación completa:

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. II.-ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA JUSTICIA REPARADORA. III.- DIFERENCIACIÓN ENTRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*. IV.- SU APLICACIÓN AL MENOR DE EDAD: A.- La responsabilidad civil *ex delicto* del menor de edad: art. 61 LORPM. B.- La reparación por el menor de edad: art. 19 LORPM: a.- Efectos y función: art. 19 y 51.2 LORPM. b.- Compatibilidad entre las figuras. V.-CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

Es pacífica la idea de que el delincuente por el hecho de cometer un delito o falta ha de hacer frente, jurídicamente, a dos responsabilidades, una penal y otra civil. El delito o falta al ser, amén de una infracción de una norma penal, un daño a la comunidad en su conjunto, requiere para su solución una respuesta pública-penal con una clara finalidad sancionadora o punitiva, cual es el reconocimiento de la norma por el delincuente para la prevención futura del delito (*responsabilidad penal*: privación de libertad, multas, ec.). Pero como el delito, además de ser un daño a la comunidad, es un daño a la víctima en concreto requiere para su solución una respuesta privada - civil, cual es la obligación de reparar todo daño patrimonial y moral producido a la víctima; obligación ésta de todo punto ajena a fines punitivos o sancionadores (*responsabilidad civil ex delicto* del delincuente).

Más en concreto, la responsabilidad civil *ex delicto* se encuadra dentro de la figura jurídico civil más genérica de la responsabilidad civil extracontractual u obligación de reparar el daño causado a un tercero basado en el inveterado principio civil "*Noeminen laedere*" (nadie puede causar un daño injustamente a un tercero). Asimismo, la responsabilidad civil extracontractual como figura genérica se regula en el Derecho español, por un lado en el Código civil (art. 1902 y ss) cuando el daño deriva de una acción u omisión que no tiene categoría de delito ni de falta, y se califica de *responsabilidad civil derivada de ilícito civil*; y, por otro lado, en el Código penal (art. 111 y ss), cuando el daño deriva de una acción u omisión delictiva y se califica de *responsabilidad civil ex delicto*. No obstante, hay que advertir, desde ahora, que el hecho de que la responsabilidad civil *ex delicto* esté regulada en la normativa penal y no en el

Código civil se debe sólo a razones históricas, pues es pacífica entre la doctrina su naturaleza jurídico civil. A mayor abundamiento, hay que precisar que, la obligación civil de reparar el daño, ya derive de ilícito civil o de ilícito penal, puede hacerse efectiva de dos modos: bien a través de una prestación pecuniaria o suma de dineraria igual a la medida del interés, que es, por otra parte, el modo normal de indemnizar hoy en día a la víctima de un daño; bien a través de una *reparación in natura*, esto es, la prestación que crea una situación materialmente correspondiente a la que existía antes de producirse el daño (a través de un hacer), por ejemplo la sustitución de la cosa ilícitamente sustraída; la eliminación de lo ilícitamente hecho; o restaurar en la medida de lo posible el hábitat dañado.

Al hilo de lo expuesto, se puede decir que hoy en día existe un acercamiento del Derecho penal al Derecho civil, y viceversa, el cual se proyecta cuando conceptualmente acercamos mecanismos consagrados en un ámbito a otro distinto. Es lo que ha sucedido al trasladar al ámbito penal la consabida “reparación civil del daño” para aplicarla así a la finalidad penal de prevención general y especial del delito¹. La aproximación descrita parece ser tributo de una mayor preocupación por la situación de la víctima de los delitos penales; filosofía que dio lugar al llamado “movimiento reparador”, nacido en USA y Canadá durante los años setenta, y, posteriormente implantado de modo progresivo en el ámbito europeo.

A tenor de lo expuesto, en el ámbito penal y al servicio de sus fines nos vamos a encontrar con una figura, la *reparación del daño*, que parece confundirse con el instituto jurídico civil de la *responsabilidad civil ex delicto*. Por ello, nuestra metodología de estudio será partir del *status cuestionis* acerca de la justicia reparadora para descubrir si, desde un punto de vista teórico y general existen imbricaciones y/ o diferencias entre la reparación y la responsabilidad civil *ex delicto*, para después proyectarlas en la regulación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (a partir de ahora LORPM).

II.- ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA JUSTICIA REPARADORA...

La Justicia reparadora es una manera diferente de concebir el crimen, pues, mientras la concepción tradicional se centra en la trasgresión de la norma jurídica por el delincuente y, por tanto su respuesta al crimen es esencialmente punitiva, la justicia reparadora se centra en valorar el daño causado por el crimen tanto a la víctima como a la sociedad, y su respuesta se dirige, en consecuencia, a la necesidad prioritaria de reparar dicho daño². La justicia reparadora se trata, tal y como se ha concebido en los sistemas penales de nuestro entorno jurídico más inmediato como Alemania y Austria, como una alternativa dentro del propio sistema penal, que se desarrolla con un respeto absoluto a los principios jurídicos básicos³.

Si bien, los programas identificados con la justicia reparadora se diferencian en dos categorías, según proporcionen procesos reparadores o resultados reparadores. Entre los *procesos reparadores* más utilizados se encuentran: los programas de mediación /reconciliación entre la víctima y el delincuente y las

reuniones de grupo familiar, con el fin de descubrir la verdad de lo que ocurrió y el daño que resultó e identificar las injusticias implicadas y acordar acciones futuras para prevenir aquellos daños. Entre los *resultados reparadores* se encuentra la reparación a terceros; prestaciones materiales con pagos a instituciones de utilidad pública o prestaciones inmateriales como disculpas; conversaciones de reconciliación; o las prestaciones laborales, en particular, trabajos de utilidad común, etc..

En virtud de lo expuesto hasta ahora, se desprende que los objetivos de la Justicia reparadora superan la mera restitución o reparación por parte del delincuente, en la medida en que comprenden: la autorresponsabilización del ofensor de sus acciones y del daño, la reparación de la víctima por el delincuente, y la reintegración de ambos en la comunidad. En cualquier caso, llegado este punto, hay que poner de manifiesto que este movimiento, a pesar de que se somete hoy en día a severas críticas por parte de la doctrina penalista, tiene una clara dimensión internacional⁴. Así, en el Derecho continental europeo, se han aprovechado modificaciones recientes de los Códigos penales para introducir a la reparación con fines punitivos, aunque sin llegar al máximo de considerar a la reparación como “sanción autónoma y nueva”, entre ellos el Código penal español de 1995⁵. Por el contrario, el Derecho de la *Common Law* sí otorga a la reparación la categoría de pena, en razón de que en USA e Inglaterra hay un ambiente socio-cultural favorable a la mediación como medio para llegar a la reparación, y hay una reflexión teórica acerca de los principios en los que se basa la justicia reparadora, de cuya falta adolece el Derecho continental en Europa.

III.- DIFERENCIACIÓN ENTRE LA REPARACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*.

En virtud de lo expuesto hasta ahora se puede afirmar, desde una primera aproximación, que la reparación del daño por el delincuente puede encontrar concomitancias y llegar a confundirse con la responsabilidad civil *ex delicto* u obligación civil de reparar todo daño patrimonial y moral causado a un tercero. En este sentido, se ha llegado a defender, si bien por un sector minoritario de la doctrina penalista, que la reparación regulada por el legislador penal es la consabida responsabilidad civil *ex delicto*, y que, por tanto ésta tiene naturaleza jurídico penal y no civil⁶.

Sin embargo, la tesis expuesta más arriba la entendemos equivocada, en esencia, porque confunde como una misma figura la reparación y la responsabilidad civil *ex delicto*; cuando, a nuestro entender estamos ante dos figuras distintas: la reparación como medida de naturaleza penal y la responsabilidad civil *ex delicto* como medida civil, tal y como se desprende de las peculiaridades con las que el legislador regula la reparación. Junto a SILVA SÁNCHEZ, creemos que el *quid* de la cuestión, en orden a discernir si estamos ante un instituto penal o una figura civil, es resolver, respectivamente, si en la figura en concreto prevalece el aspecto de reconocimiento de la norma o el del restablecimiento del *statuo quo* patrimonial, y decidir si el correspondiente beneficio debe asociarse al reconocimiento público y personal de la infracción o

a la objetiva reparación del daño, eventualmente producida incluso a espaldas o contra la voluntad del agente⁷. En consecuencia, y ahondando en el tratamiento que las legislaciones penales otorgan a la figura de la reparación del daño, se puede concluir que la reparación es una categoría de la justicia reparadora de naturaleza penal por las seis razones siguientes que le distinguen de la responsabilidad civil *ex delicto*:

1ª) En la reparación es esencial que la víctima la realice voluntariamente, frente a la responsabilidad civil *ex delicto* que puede realizarse, incluso, contra la voluntad de la víctima.

2ª) La reparación se puede aplicar incluso cuando no ha existido daño, por ejemplo, en los delitos frustrados, lo que no es posible en la responsabilidad civil *ex delicto* que requiere siempre la existencia de un daño efectivo y real a una persona en concreto.

3ª) En la reparación se valora más que la efectiva reparación a la víctima, el esfuerzo por alcanzarla, pues satisface de ese modo las funciones preventivas que se le asignan.

4ª) La reparación admite, con una clara connotación penal, la reparación simbólica o los trabajos en beneficio de la comunidad, frente a la responsabilidad civil *ex delicto* que se realiza únicamente a favor del ofendido. Pues, la reparación a la víctima en particular puede que no sea posible, que no sea útil, o incluso, que no complete la reacción de reparación si la comunidad en sí misma ha sido una parte implicada en el daño. En tal caso, el agresor puede ser obligado a completar un servicio o trabajo en beneficio de la comunidad, funcionando como una “simbólica reparación” del daño hecho a la misma.

5ª) La reparación conlleva un debate acerca de los criterios para determinar qué delitos o faltas son susceptibles de ser objeto de reparación, lo cual no ocurre en la responsabilidad civil *ex delicto*; y esto en razón de que normalmente la reparación adquiere más protagonismo a medida que disminuye la gravedad del delito; frente a la responsabilidad civil *ex delicto* que nace con independencia de la gravedad del ilícito.

6ª) La extensión y contenido de la reparación penal se establece en proporción a la gravedad, tanto del ilícito como de la culpabilidad del agresor; frente a la obligación civil *ex delicto* cuyo contenido indemnizatorio se rige por el principio de “reparación integral del daño” sin poder aumentar o disminuir la cuantía debida en razón, respectivamente, de la mayor o menor gravedad del ilícito y de la culpa del agente del daño.

7ª) Por último, el contenido y extensión de la reparación no es ajeno a las distintas situaciones económicas de las partes, al determinarse sobre la base de una fórmula que tiene en cuenta los ingresos diarios del delincuente. En consecuencia, si el daño es superior a la reparación penal impuesta, la víctima puede hacer uso, inclusive, de la responsabilidad civil *ex delicto*, o, en su caso, de una compensación estatal, y si el daño es inferior el exceso se destina a un “fondo de compensación estatal”. De este último dato se infiere la compatibilidad y no exclusión de ambas figuras.

IV.- SU APLICACIÓN AL MENOR DE EDAD.

Llegado este punto, es nuestro propósito analizar, por un lado, como se regula la responsabilidad civil *ex delicto* y la reparación por el menor de edad en la LORPM, y por otro, si las diferencias entre la reparación y la responsabilidad civil *ex delicto* están claras en dicha ley; teniendo presente que, como señala GIMÉNEZ-SALINAS, la justicia reparadora es ideal para la justicia de menores dado su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico y su concepción de medida educativa⁸.

A.-LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* DEL MENOR: 61 LORPM.

Es claro el sentido del art. 61.3 LORPM al establecer que el menor mayor de catorce años es responsable penal y civil de sus actos tipificados como delito o falta.

Es decir, la LORPM considera a todo menor mayor de catorce años, por un lado, responsable penal del delito o falta cometida con la consiguiente imposición de alguna de las catorce sanciones penales juveniles consagradas en el art. 7 LORPM de carácter sancionador-educativo. Esta responsabilidad de naturaleza penal está basada, según el sentir doctrinal mayoritario, no en razones de inimputabilidad penal o de debatir si han adquirido madurez o no a una edad o la otra, sino que se trata de una opción de política criminal decidir a partir de qué edad queremos que la respuesta sea educativa y diferente a la de los adultos, en coherencia con la *ratio* de la prevención y sanción de comportamientos del Derecho penal. Si bien, hay quienes defienden que la pena juvenil es una auténtica sanción que responde al mismo fundamento que la pena de adultos, esto es, la culpabilidad aunque con las características especiales que presenta en el joven y limitada por el principio de proporcionalidad y gravedad del hecho⁹.

En cualquier caso, además de responsable penal, dicho menor es responsable civil *ex delicto*, pues el daño deriva de una acción u omisión tipificada como delito o falta, y, en consecuencia, dicho menor está obligado, amén de cumplir la sanción penal juvenil, a reparar todo daño patrimonial y moral causado a la víctima. Por su parte, esta responsabilidad sí está basada en razones de imputabilidad civil del menor, esto es, de que posea la mínima capacidad de saber lo que significa socialmente dañar a otro. Si bien, frente a la sanción penal juvenil que es de naturaleza estrictamente personal y por hecho propio, la obligación civil *ex delicto* del menor de edad es solidaria con la responsabilidad civil por hecho ajeno de los padres, o tutores, o acogedores, o guardadores legales o de hecho del menor de edad según el tenor literal del precepto; cuestión esta última en la que, *rationae materiae*, no podemos indagar. En consecuencia, las sentencias que juzgan la responsabilidad civil *ex delicto* del menor suelen terminar con un pronunciamiento de responsabilidad solidaria del menor con los padres, entre otras, las SSAP de Guipúzcoa de 10 de septiembre de 2002 –AC, 1681-(por agresión sexual y física de gran violencia contra una menor), de Ávila de 10 de diciembre de 2003 -BD 521653\ 2004- (por lesiones de un menor a otro), de León de 7 de octubre de 2004 – JUR, 292092-(por lesiones de un menor a otro en una discoteca); y de Asturias

de 2 de diciembre de 2004 –JUR 2004\131943- (acerca de muerte causada por menor).

B.- LA REPARACIÓN POR EL MENOR DE EDAD EN EL ART. 19 LORPM.

De modo previo a analizar el tratamiento de la reparación en la legislación española de menores, es interesante destacar que la reparación sí ha llegado a tener el rango de pena o sanción penal juvenil en el Derecho continental europeo, así como en el Common Law. En concreto, el § 15 del Jugendgerichtsgesetz permite a los Jueces imponer como pena y parte de la sentencia la compensación a la víctima. En igual sentido el artículo 28 del Código procesal penal juvenil de Italia, permite la suspensión del juicio y la libertad vigilada del delincuente a través de la aplicación por el Juez de las medidas dirigidas a reparar las consecuencias del crimen y/ o promover la reconciliación entre el joven y la víctima, pero además se prevén ambas medidas como alternativas al internamiento del menor. No obstante la realidad legislativa italiana contrasta con su escasa aplicación en la práctica¹⁰, frente a la positiva experiencia francesa que ha incentivado su puesta en práctica al conceder el Código procesal francés de 1993 la misma prioridad a la mesure de reparation que a la rehabilitación del joven. No obstante, hay que destacar que, a pesar de que en el Derecho de la Common Law la reparación, sobre todo la simbólica, es muy utilizada en el ámbito de menores, hay voces que ven a la reparación como una medida favorable al menor y no tanto a la víctima, como ya ha denunciado en Inglaterra la National Association of Victim Support Schemes¹¹.

En este sentido, y dando paso al análisis de la legislación juvenil española, es claro que en nuestra legislación de menores, frente a otras legislaciones europeas tal y como hemos apuntado, la reparación no alcanza la categoría de pena a imponerse a un menor de edad responsable penal, dado que la reparación no se encuentra entre el catálogo de penas regulado en el art. 7 LORPM. Si bien, lo dicho no obsta a que se deba reconocer que el legislador penal ha otorgado determinados efectos penales a la reparación, que son los que pasamos a analizar a continuación, al igual que el intento de dilucidar si a un menor de edad que ha reparado el daño, con los efectos que se estudien, se le puede imponer, además y en qué términos o extensión, la obligación civil *ex delicto*; en otras palabras, aludir a la compatibilidad o no en la práctica de ambas figuras.

a.- Efectos y naturaleza: art. 19 y 51.2 LORPM.

Respecto a la función o efectos que la LORPM atribuye a la reparación llevada a cabo por el menor de edad, hay que delimitar previamente, desde un punto de vista terminológico y conceptual, que la reparación es regulada y definida en el art. 19.2 LORPM junto a la conciliación y las actividades educativas, entendiendo producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y ésta acepte sus disculpas; mientras que la *reparación* se define como “*el compromiso con la víctima o con el perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de ellos o de la comunidad seguido de su realización efectiva*”. En puridad de términos, la

palabra “acción” puede concretarse a través de diferentes posibilidades que tienen como presupuesto común la voluntariedad del menor: 1) bien en una *reparación directa*, ya sea en un hacer o actividad llevada a cabo por el menor para reparar *in natura* el daño a la víctima (por ejemplo, limpiar la pared manchada, sustituir el cristal roto, etc.); ya sea en un dar o en reparar pecuniariamente parte o la totalidad del daño a la víctima; 2) o bien, en una *reparación indirecta* o una actividad en beneficio de la comunidad para reparar el daño a ésta, como fue el caso de la SAP de Madrid de 26 de noviembre de 2004 (JUR 2004\ 232625) en el que dos menores, que habían iniciado una discusión con un mayor y éste había caído y sufrido fracturas, se comprometieron en llevar a cabo una tarea de acompañamiento y cuidado de ancianos en una residencia de la tercera edad. Asimismo, hay que matizar que la reparación a la víctima o perjudicado, dado que implica la satisfacción psico-emocional de la víctima, atendiendo a sus intereses globalmente, puede consistir, tanto una prestación material, como en una prestación inmaterial (disculpas del menor que conlleve la satisfacción personal de la víctima).

En cualquier caso, y a pesar de que el término reparación abarca las tres posibilidades antedichas, la modalidad que va a generar confusión con la responsabilidad civil *ex delicto* del menor de edad va a ser la reparación del daño a la víctima como prestación material, ya sea en su versión de indemnización monetaria, como en su versión de reparación *in natura* o actividad en beneficio de la misma, pues como hemos constatado la responsabilidad civil consiste en la obligación de resarcir a la víctima en concreto (no a la comunidad) del daño producido y normalmente a través de una indemnización monetaria.

Ahora bien, fijado el concepto de reparación, hay que advertir que el compromiso de reparación por el menor a la víctima, al igual que el de la conciliación y el de las actividades educativas, tiene dos efectos:

a) El primero en la “mediación prejudicial” que tiene lugar en la fase de instrucción, como solución extrajudicial al proceso, y permite al Fiscal, siempre y cuando el hecho imputado al menor se mantenga en el ámbito del delito menos grave o la falta, dar por concluida la instrucción, solicitando del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. El sobreseimiento será de carácter provisional mientras la reparación se está llevando a cabo, y de carácter definitivo cuando se culmina la reparación, con la lógica reapertura del expediente en caso de no cumplimiento por el menor del compromiso de reparación. Si bien, desde la entrada en vigor del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la LORM, el desistimiento puede partir no sólo del criterio del Ministerio Fiscal, sino también a instancia directa del letrado del menor. En ambos supuestos si se aprecia la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, el Fiscal solicitará a un equipo técnico la elaboración de un informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial, adecuada tanto al interés del menor como al propio de la víctima. Y es que, en relación con la labor mencionada del equipo técnico, es dable mencionar que la legislación española condiciona lo que hemos calificado de resultado reparador (la conciliación, la reparación *strictu sensu*, la actividad educativa) al proceso reparador esto es a la mediación entre la víctima y el menor. Y la mediación descrita que está atribuida por la LORPM a un equipo técnico (integrado por psicólogos, educadores, y trabajadores

sociales) tiene por misión la conducción del proceso con criterios de neutralidad, facilitar la comunicación (comprende siempre un acercamiento entre las partes, así como el conocimiento por parte del menor de las consecuencias particulares provocadas por los hechos cometidos, y por parte de la víctima de la perspectiva del infractor y de la situación que rodeó la comisión de los hechos) y de proporcionar legitimidad a los acuerdos, así como el control de los compromisos adquiridos por tal menor. Por último, resaltar que el carácter informal de la mediación penal, que la lleva a ser objeto de crítica por una parte de la doctrina penalista, no exime del mantenimiento de las garantías exigidas en el proceso penal de menores. En este sentido, desde la entrada en vigor del Reglamento antes citado, la mediación ha de llevarse a cabo con la necesaria presencia y asistencia efectiva del letrado del menor, lo cual es de todo punto de vista razonable dado que la aplicación de la medida de la reparación es para los casos en los que existen indicios razonables de que el menor ha cometido la infracción penal y éste, al menos, reconozca su participación en el hecho delictivo¹².

b) el segundo efecto, es la dejación de efecto o revisión de las medidas impuestas a un menor tras un proceso judicial concluido (art. 51.2 LORPM). Esta posibilidad está sujeta a los mismos trámites y condiciones que los descritos para el supuesto de sobreseimiento de la incoación del proceso, si bien con la excepción del límite de la gravedad de la infracción, existiendo, en consecuencia, la posibilidad de llevar a cabo la mediación, no sólo cuando se trate de falta o delito menos grave, sino también en los supuestos de mayor gravedad, siempre que ambas partes estén de acuerdo.

En definitiva, tras todo dicho creemos que la función o naturaleza que se le atribuye a la reparación *ex art. 19 LORPM* es claramente penal, frente a la responsabilidad civil *ex delicto* de naturaleza civil *ex art. 6.3 LORPM*. En base a las siguientes razones: 1ª) porque según el tenor del art. 19.1 los requisitos para que el Ministerio Fiscal pueda desistir de la continuación del expediente, tanto por conciliación como por reparación, tienen que ver con la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, haciéndose especial referencia a la ausencia de violencia e intimidación graves en la comisión de los hechos, que son aspectos propios del injusto penal. Además, el acuerdo de reparación deberá respetar en todo caso el límite máximo de la proporcionalidad con la gravedad del delito cometido; siendo lamentable la falta de una referencia explícita a dicha garantía proporcional en la LORPM¹³; aunque, y a diferencia de la reparación en el Derecho de adultos, no se graduaría en proporción a la culpabilidad del menor, dado que la capacidad y disposición para intervenir en un proceso de mediación, acerca de la que se pronuncia el equipo técnico cuando informa sobre la conveniencia de su iniciación, debe distinguirse de la comprobación de la capacidad de culpabilidad¹⁴. En este sentido, la SAP de Navarra (sala penal) de 9 de octubre de 2003 (JUR 2003\270871) confirma la medida de doce meses de internamiento a un menor y niega la posible aplicación del sobreseimiento de la causa al haberse acreditado plenamente que el menor había cometido un delito de robo, esto es, de naturaleza grave. Y, respecto a la conciliación, la SAP de Navarra (sala penal) de 21 de octubre de

2002 (JUR 2002\284756) desestimó el recurso de apelación por no haberse aplicado la actividad mediadora de conciliación, en razón de que, si bien el menor cometió un delito de naturaleza no grave (hurto de coche) no se arrepintió del mismo, dado el progresivo deterioro del menor en todos las áreas puesto de manifiesto por el informe del equipo técnico.

2º) Asimismo, y según la Exposición de Motivos de esta Ley, porque la incorporación en el Derecho penal juvenil de distintas fórmulas para el tratamiento del conflicto particular provocado por el delito debe ser entendida en último término como una consecuencia del principio de intervención mínima de carácter penal, independientemente de las razones preventivo-generales o preventivo-especiales que puedan apoyarla, dados los efectos positivos de conciliación y reparación del daño en uno y otro sentido, las cuales son de igual modo finalidades al servicio del Derecho penal.

3ª) Inclusive, porque el mismo artículo 19.2 *in fine* LORPM nos aclara que: “*todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley*”. Ahora bien, como nos explica la SAP de Valencia de 9 de enero de 2002 (TOL 132191), en el supuesto del desistimiento de la continuación del expediente por compromiso de reparación, frente al resto de las soluciones extrajudiciales, entre tanto se desarrolla dicho compromiso, e incluso una vez cumplido o siendo imposible su cumplimiento por razones ajenas a la voluntad del menor, no es concebible la tramitación de la pieza de responsabilidad civil. Esta limitación es lógica desde el momento en el que la víctima sólo tiene derecho a que le indemnicen el daño efectivamente sufrido (patrimonial y moral), de tal modo, que en el caso de que se haya sobreseído la incoación del expediente por compromiso de reparación (que no sea una actividad simbólica en beneficio de la comunidad) esto es, por comprometerse el menor a indemnizar *in natura* o económicamente a la víctima, habrá de llevarse a término el compromiso para saber si el daño ha sido totalmente reparado, o, por el contrario que es lo más normal, qué daño no ha sido reparado o indemnizado a la víctima para poder, posteriormente, a través de la pieza de responsabilidad civil reclamar la indemnización que corresponda al daño no reparado por el menor.

4ª) Por último, porque la flexibilidad constituye un rasgo distintivo de la reparación convenida en el ámbito de la mediación penal respecto de la que emana del ejercicio de la acción de responsabilidad civil *ex delicto* encaminada directamente a la indemnización de los daños causados efectivamente a la víctima¹⁵. Y además, y aunque explícitamente no se recoja en la LORPM, la reparación tendría en cuenta, al igual que ocurre en la justicia de adultos, su realización voluntaria, el esfuerzo por alcanzarla más que su efectiva realización; y la situación económica de las partes.

b.- Compatibilidad entre las figuras.

Respecto a la posible compatibilidad de la reparación y de la responsabilidad civil *ex delicto*, hay que precisar que, tal y como lo expone la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la *Fiscalía General del Estado*, la independencia de ambas medidas no obsta para que se solapen en algún caso excepcional, ya

que la reparación no implica necesaria ni automáticamente la conclusión de la pieza de responsabilidad, pues el compromiso asumido por el menor de reparación del daño causado no siempre alcanzará a todo el posible contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* que pudiera reclamarse. Sin embargo, es perfectamente posible que la actividad de mediación efectuada en la reparación implique en algunos supuestos el cumplimiento por el menor de la satisfacción íntegra de la responsabilidad civil del perjudicado, supuesto éste que nada impide, antes al contrario determinará, que el Fiscal interese la conclusión del proceso civil por carecer sobrevenidamente de objeto a tenor del artículo 22 LEC.

Ahora bien, en el caso apuntado en el que la reparación llevada a cabo por el menor no alcanzase la totalidad del contenido de la obligación *ex delicto* del que fuera acreedor la víctima, y según hemos apuntado anteriormente, el Juez, en orden a determinar la cuantía de dicha obligación, habría de tener en cuenta lo llevado a cabo a favor de la víctima por el menor a través de dicho compromiso de reparación. Esta afirmación se basa en los principios generales civiles de “*indemnidad del perjudicado*”, y “*evitar el enriquecimiento injusto*”, ya que, por justicia, la víctima no puede recibir como indemnización una cuantía superior a la del daño efectivamente sufrido. En este sentido, aunque implícitamente, se pronuncia la SAP de Toledo de 2 de diciembre de 2003 (JUR 2003\101263) al resaltar que en los supuestos de sobreseimiento de la causa penal ex art. 19 LORPM, por el contrario, la pieza de responsabilidad civil no debe sobreseerse, so pena de dejar completamente indefensas a las partes perjudicadas y personadas en ellas; siendo otra cosa el contenido de la sentencia (civil) y su eficacia de cosa juzgada.

V.- CONCLUSIONES.

I.- La terminología ha influido en la confusión entre la reparación y la responsabilidad civil *ex delicto*, pues reparación remite a la idea de responsabilidad civil; lo que no ocurre en los países anglosajones que tienen dos términos distintos: *restitution* para nuestra responsabilidad civil, y *compensation* para nuestra reparación. Por tal razón, hay quienes proponen cambiar la terminología, esto es, sustituir el término de reparación por el de “reconciliación con el derecho”.

II.- En el Derecho penal juvenil, las soluciones extrajudiciales (incluyendo la conciliación, la reparación y las actividades educativas) están adquiriendo una importancia progresiva, permitiendo que se desjudicialice casi el 50% de los expedientes. No obstante, se observan diferencias radicales entre las distintas comunidades autónomas a la hora de materializar el art. 19 LORPM, pues en este caso la posibilidad de contar con equipos adecuados para llevar a cabo las estrategias de justicia restauradora conlleva que tengan mayor efecto en unas comunidades que en otras¹⁶. Al respecto, según la Memoria del Servicio de Justicia de la Delegación Provincial de Jaén del 2005 se ha producido un aumento de la puesta en práctica de las soluciones extrajudiciales respecto a su aplicación en el año 2004, pues a lo largo del 2005 se impusieron 98 soluciones extrajudiciales por la Fiscalía de Menores (frente a las 43 del año anterior) de las cuales 53 fueron actividades socio-educativas, y 45

¹⁶

conciliaciones¹⁷. De dichos datos se desprende la falta de aplicación de la medida extrajudicial de la reparación del daño como actividad o indemnización por el menor a favor de la víctima o a favor de la comunidad.

III.- Frente a su utilización por otros países de nuestro entorno, creemos que la reparación en su versión de prestación material, bien como indemnización monetaria o bien reparación *in natura* al perjudicado o la víctima, se está infrautilizando en España, frente a la reparación del daño a la comunidad en su versión de actividades en beneficio de la comunidad que son más utilizadas. A nuestro entender, dicho olvido puede ser debido, amén de que la reparación monetaria a la víctima se confunde con la responsabilidad civil *ex delicto*, a la falta de confianza en el hecho de que con dicha medida se cumple una finalidad penal de reconocimiento de la norma por el menor. No obstante, entendemos que para algunos casos en concreto estudiados y valorados por el Equipo técnico (menores emancipados, menores que tengan un patrimonio o reciban una cantidad de dinero de sus padres) la reparación como indemnización monetaria a la víctima podría ser igual de válida que la conciliación o actividad educativa para conseguir una finalidad penal. Pues, además de contar con la garantía de que dicha medida iría acompañada siempre de una actividad mediadora (la cual implicaría que se diesen unos requisitos, tales como la voluntariedad de la realización de la medida por el menor, inmediatez de su imposición y cierto arrepentimiento del acto producido, aunque éste no es imprescindible), el hecho de que el menor indemnice el daño con su propio patrimonio y en proporción a unos ingresos puede provocar en él sentirse tan castigado como cuando realiza una actividad socio-educativa, autorresponsabilizándose del hecho cometido.

IV.- No obstante su falta de aplicación en la práctica, lo que es cierto, es que la medida extrajudicial de la reparación penal regulada en la LORPM tiene naturaleza penal, dadas las peculiaridades de su regulación legal. En esencia, y sobre todo, porque la indemnización o actividad se graduaría en atención a la gravedad o naturaleza del ilícito. En consecuencia, y dado que, normalmente, la extensión de la reparación no tendría porqué comprender, y no comprende en la mayoría de los casos, la totalidad del daño patrimonial y daño moral producido a la víctima, se abriría la pieza de responsabilidad civil y el menor estaría obligado, solidariamente con sus padres, a reparar a la víctima del daño patrimonial o moral no cubierto con la reparación, desprendiéndose, claramente, la compatibilidad de ambas figuras en la legislación penal juvenil española.

BIBLIOGRAFÍA:

1. NAUCKE, W., "Philosophie pénale contemporaine et réparation civile", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 28, 1983, pp. 1-15; TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reparación de la víctima en Derecho penal. Estudio de las nuevas tendencias político-criminales*, Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994, pp. 11-12, y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., *La reparación del daño ex delicto: entre la pena privada y la mera compensación*, ed., Comares, Granada, 1997, np 3, p. 10.

2.- VAN NESS, D.W./ NOLAN, P., "Legislating for Restorative Justice", *Regent*

University Law Review, 10, 1998,. Appendix 1, pp. 101-104; ROXÍN, C., “La reparación en el sistema penal de sanciones”, en Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania”, *Cuaderno del CGPJ*, nº. 8, 1991, pp. 20 y ss; y HUBER: “Sanciones intermedias entre la penal de multa y pena privativa de libertad”, *ADPCP*, 1994, III, pp 155 y ss, pp 169 y ss.

3.- Ref. RÖSSNER, D., “Mediation as a basic element of crime control: Theoretical and empirical comments”, en *Bufalo criminal law review*, vol. 3, núm. 1, 1999, en González Cussac, J.I./ de la Mata Barranco, N./ Gómez Ribero, C/ Sánchez García de la Paz, I., “La Ley penal del Menor”, en *Jornadas de la Asociación Internacional de Derecho penal*, sección española, *El Código penal de 1995: Diez años después*, Universidad de Extremadura, 10 y 11 de junio de 2005, np18, p. 11.

4.- CARRASCO ANDRINO, M.M., “La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos), *Jueces para la Democracia*, vol. nº. 34, marzo, 1999, pp. 69-70, y especialmente, np.7, p. 69.

5.- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación”, *PJ*, nº.45, 3ª época, 1997, p. 184.

6.- REYES MONTREAL., *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, Madrid, 1995, p. 45; PUIG PEÑA, F., *Derecho penal. Parte general*, t.II, ed, Revista de Derecho Privado, Madrid 1969, p. 505, y MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995”, *PJ*, nº. 38, junio 1995, pp. 127-154.

7.- SILVA SÁNCHEZ, J.M., ob. cit, pp. 183-202; y “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*. La Laguna, 1993, pp. 331 y ss;

8.- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”, en Martínez –Pereda, J.M (coord), *Menores privados de libertad*, Madrid, 1996.

9.- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./DE LA MATA BARRANCO,N./ GÓMEZ RIBERO, C./SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, I., “La Ley penal del menor”ob, cit, p. 7.

10.- CENTOMANI, P./ DIGUERA, B., “The new Juvenil Penal Procedure Code and the Reparation- reconciliation Process in Italy: A chance for a possible change”, en *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim- Offender Mediation-International Research Perspectives*, 1992, np 12, p. 70.

11.- ZEDNER, L, “Reparation and Retribution: Are they conciliable?”, *Mod. L. Rev*, 1994, 57-2, march,p. 236.

12.- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, C., “Soluciones extrajudiciales en menores”, en <http://www.icam.es/verFichaOtroSi>.

13.- HERRERA MORENO, M., “La conciliación menor-víctima en el ámbito de la desviación juvenil: reflexiones en torno a su controvertida plasmación en la LO 5/2000, de 12 de enero”, *AJM*, nº I, 2001, p. 211.

14.- CRUZ MÁRQUEZ, B “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm 07-14, pp. 9 y

28.

15.- ZEDNER, L, ob, cit, p.234.

16- Para el análisis del éxito de las soluciones extrajudiciales en España, RECHEA ALBEROLA, C./ FERNÁNDEZ MOLINA, E., "Report of the Spanish Juvenile Justice System", en http://www.esceurocrim.org/files/report_of_spanish_juvenile_justice_system.doc, pp. 15 y 16.

17.- MEMORIA 2005. SERVICIO DE JUSTICIA, *Consejería de Justicia y Administración. Delegación Provincial de Jaén*, pp 6 y 26.