

Dogmática penal y responsabilidad civil: una necesaria reforma del art. 78 núm. 3 Código Orgánico Integral Penal del Ecuador

Alembert Vera Rivera

Lyonel Calderón Tello

María del Carmen Vera Rivera de Calderón

Universidad Espíritu Santo

Universidad Espíritu Santo

Universidad Espíritu Santo

Resumen: Este trabajo tiene relación con la correcta determinación de la responsabilidad civil en el marco de la jurisdicción penal, porque si bien la normativa ecuatoriana: la Constitución, el Código civil, y el COIP, en general, garantizan la efectiva reparación de la víctima o perjudicado; también se observa un problema de interrelación normativa en el ámbito de la legislación penal, que podría vulnerar estos principios y garantías. Este problema se daría porque el art. 78 núm. 3 en una interpretación literal y sistemática (intra código) dejaría fuera de cobertura determinados hechos constitutivos de responsabilidad civil y generadores de la reparación, aunque no se pudiera afirmar la culpabilidad penal del autor del hecho o incluso la antijuridicidad penal del comportamiento. A este problema se ofrece una solución en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil «ex delicto» o derivada de delito, reparación integral, indemnización civil por daños.

Abstract: This work is related to the correct determination of civil liability in the context of criminal jurisdiction, because although the Ecuadorian legislation: The Constitution, the Civil Code, and the COIP, generally, ensure effective redress for the victim or injured; we observed a problem of legal interrelations in the field of criminal law, which could undermine these principles and guarantees. This problem occurs because the Art. 78 num. 3 in a literal and systematic interpretation (intra code) leave out of cover certain facts constituting civil liability and generators repair, although it could not confirm the criminal culpability of the perpetrator or even criminal behavior illegality. A solution to this problem is offered in this paper.

Key words: Civil liability "ex delict" or derived from crime, comprehensive reparation, civil damages compensation.

Sumario: 1. Introducción y cuestiones previas. 2. El problema: la reducción del ámbito de la aplicación de la reparación integral (indemnización) operada por el art. 78 núm. 3 COIP. 3. Propuesta de solución: reforma de la norma y/o una interpretación teleológica y sistemática del precepto. 4. Fundamentación. 4.1. Un primer nivel: la Constitución. 4.2. Un segundo nivel: el Código Civil. 4.3. Un tercer nivel: el Código Penal. 4.3.1. La reparación indemnizatoria en el COIP. 4.3.2. Correcta interpretación del art. 78 núm. 3 del COIP. 4.3.3. Responsabilidad civil y concurrencia de causas de inculpabilidad o causas de justificación penal. 4.3.4. Responsabilidad civil y resultado típico: delitos de lesión, delitos de peligro, delitos de mera actividad, tentativa. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Rec: 25-05-2017 | Fav: 14-06-2017

AUTOR: verificar si los otros 2 autores también son profesores de la Universidad Espíritu Santo?

1. Introducción y cuestiones previas

La cuestión de la responsabilidad civil reparadora o indemnizatoria es un problema penal,¹ no porque se trate en atención a la naturaleza jurídica, en estricto sentido, de normas jurídico-penales,² sino porque en el marco de la jurisdicción penal se suscribe la competencia a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil.³ En este ámbito, existen dos grandes grupos de casos: a) hechos delictivos (comportamientos típicos, antijurídicos y culpables) alrededor de los que se producen daños indemnizables civilmente; y, b) hechos presumiblemente típicos y/o antijurídicos (no culpables) generadores de daños indemnizables civilmente.⁴ En este sentido, lo que quiero resaltar es que, **alrededor de determinados hechos que se conocen en el ámbito de la justicia penal, aparecen unos determinados daños indemnizables civilmente**, por lo que, la posibilidad de ser responsable civil sin ser responsable penal es una realidad normativa que pone

en evidencia que el fundamento de la responsabilidad civil no está en la comisión e imputación personal de un delito,⁵ aunque se acepte que el conocimiento mediante el proceso penal del hecho enjuiciado constituya la forma mediante la que al mismo tiempo, se conoce del hecho que produce el daño indemnizable civilmente. Sólo desde esta perspectiva se puede aceptar que el hecho enjuiciado, delictivo o no, constituya la fuente de la obligación civil.⁶

Con relación al primer grupo de casos, se puede afirmar que la competencia sobre la reparación indemnizatoria no obedece a una cuestión meramente formal.⁷ Porque, esta cuestión aparentemente formal y procedimental tiene un trasfondo material: lograr la efectiva reparación integral de las víctimas, una reparación que debe contemplar también la indemnización civil que tiene lugar porque alrededor de los comportamientos delictivos se han ocasionado unos concretos y particulares daños.⁸ Esto porque el art. 1 COIP contempla entre las finalidades de la normativa

¹ Quintero Olivares, G., *et al.*, *La Responsabilidad Civil "Ex Delicto"*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, p. 19.

² Sobre la norma jurídico-penal, por ejemplo, revisar Gimbernat Ordeig, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 17 y ss. En general, se acepta que el ordenamiento penal es el conjunto de normas jurídicas que determinan lo que es el delito, vinculando a ese hecho como consecuencia jurídica, una pena o una medida de seguridad o ambas, según el caso, y que deberán ser impuestas a través de un proceso penal.

³ Esta cuestión merece un tratamiento especial y pormenorizado, porque el COIP al derogar el Código de Procedimiento Penal, no incluyó una norma expresa en referencia a las reglas de competencia en materia de reparación o indemnización civil, tal y como se establecía en el antiguo art. 31 del CPP sobre la competencia en los juicios de indemnización. Sin que quepa afirmar la absoluta concordancia con lo que se establecía en esta norma, no queda duda que la estricta referencia a estas reglas permitía un mejor entendimiento de la cuestión. Esto no significa que deba existir duda sobre la competencia otorgada a la jurisdicción penal en materia de reparación o indemnización civil con ocasión de los daños que surgen en el marco del cometimiento de una infracción penal, porque el art. 619 COIP que regula el contenido de la decisión judicial establece en el núm. 4 que, una vez declarada la culpabilidad y la pena, el juzgador dispondrá la reparación integral de la víctima siempre que esta sea identificable. En concordancia, el art. 621 sobre la sentencia, la ley exige que el juzgador ponga por escrito y de manera fundamentada su decisión y los argumentos de aquella y, entre otros extremos, se señala que se deberá argumentar también alrededor de la reparación o indemnización civil o su desestimación. Por tanto, la jurisdicción penal sí que tiene competencia para la determinación de la indemnización por daños civiles en el ámbito del cometimiento de infracciones penales. Obviamente, somos partidarios de una reforma de *lege ferenda*, que incluya una referencia directa a esta competencia, tal y como proponemos en las líneas del texto.

⁴ La problemática puede ser ampliada con relación a los grupos de casos, porque puede aparecer responsabilidad civil por daños, también en los casos en los que un determinado comportamiento se encuentre justificado, o en los casos en los que concurra un error de prohibición, o en los casos en los que haya atipicidad por error de tipo, etc. Lo importante será observar que alrededor de determinados hechos surgen daños indemnizables civilmente. En todo caso, esta cuestión es discutible materialmente en dos niveles: a) determinar si son casos que se deben resolver en la competencia de la jurisdicción penal; y, b) determinar si son casos dogmáticamente viables desde las teorías de la responsabilidad civil y penal.

⁵ Es interesante toda la argumentación que al respecto realiza, Sáinz-Cantero Caparros, M., *La reparación del daño ex delicto*, Ed. Comares, Granada, 1997, p. 61 y ss., quien parte de la terminación de la fuente o causa eficiente (*causa efficiens*), que genera la obligación en el ámbito civil. En este sentido, aquí, se precisa, entre otras cuestiones, que existe autonomía entre la responsabilidad por el daño indemnizable y el hecho conocido por la justicia penal.

⁶ En este sentido, Quintero Olivares, G., "La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea", en *La Responsabilidad Civil "Ex Delicto"*, Ed. CDJ, Madrid, 2005, p. 18. Tal vez, la expresión utilizada por De Llera Suárez-Bárcenas, E., "La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil "ex delicto", en *Responsabilidad civil "ex delicto"...*, *op. cit.*, p. 54, "efectos civiles del delito", se suscriba en la línea argumental correcta, aunque lo propio sería: efectos civiles de hechos conocidos en el ámbito del proceso penal.

⁷ Intentando dar una respuesta desde esta perspectiva, Quintero Olivares, G., "La responsabilidad civil y la reparación...", *op. cit.*, p. 16 y ss.

⁸ Sobre la responsabilidad civil derivada de delito o *ex delicto* y su naturaleza jurídica, hay varios trabajos, destacan los siguientes: Roig Torres, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 76 y ss.; la misma, *La reparación*

penal (sustantiva, procesal y de ejecución), también la reparación integral de la víctima. Esto significa que la normativa penal no sólo está encaminada a lograr el correcto y adecuado ejercicio del poder punitivo mediante la imposición de penas y/o medidas de seguridad (para la protección del sistema normativo vigente y de los bienes jurídicos que aquel ha querido garantizar, respetando la dignidad de la persona que no se motiva o contramotiva por la normativa penal)⁹; sino, sobre todo, debe procurar ser una solución eficaz para aquella persona titular de los derechos y bienes garantizados: la víctima.¹⁰ Esto significa que existe una nueva forma de entender el Derecho penal, en donde caben el consenso y la reparación.¹¹ Por tanto, la reparación indemnizatoria que surge en el ámbito del cometimiento de un ilícito penal, está contenida como elemento integrante de un concepto y realidad normativa de mayor envergadura e importancia: la reparación integral, cuya finalidad está en la reparación del daño social causado por el delito, porque reparar no es sólo indemnizar, sino y principalmente, cumplir con los fines de la pena,¹² porque entre otras tareas importantes y difíciles de la Ciencia del Derecho penal, encontramos la de lograr la vigencia al mismo tiempo, del respeto a las garantías del delincuente y el

derecho de la víctima a su reparación.¹³ Por otro lado, se puede afirmar que, este tipo de daños reparables e indemnizables se ocasiona culpablemente con dolo o imprudencia.¹⁴ Esto no significa que los efectos de la determinación de la indemnización civil y material se deba renunciar a los normas que establece el Código civil, todo lo contrario, nos encontramos ante una responsabilidad civil por daños, por lo que las reglas que se deben seguir para su aplicación son las civiles, sin embargo, esto no debe desvirtuar que esa responsabilidad civil indemnizatoria se determina en el marco de lograr la efectiva reparación integral de la víctima, un problema penal, cuya solución no se logra sin la efectiva reparación material, la rehabilitación, la restitución, el reconocimiento (medidas de satisfacción simbólicas) y las garantías de no repetición.

Pero, y ya en relación al segundo grupo de casos, ¿qué sucede respecto de aquellos otros supuestos en los que aún a pesar de que existe daño, no se logra afirmar la culpabilidad, porque no hay dolo ni imprudencia, sino, por ejemplo, error de tipo (invencible),¹⁵ o error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación,¹⁶ o error de prohibición,¹⁷ o una justificación (ausencia de antijuridicidad), o porque se trata de supuestos cometidos por un inimputable?,¹⁸ en

ción del daño causado por el delito, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 85 y ss.; Quintero Olivares, G., *La Responsabilidad civil "Ex Delicto"...*, op. cit., pp. 16 y ss., 53 y ss., 201 y ss., *passim*; *Ibidem.*, p. 19 y ss. Sáinz-Cantero Caparrós, M., *La reparación del daño Ex Delicto...*, op. cit., p. 16 y ss.; Quintano Ripollés, A., "Responsabilidades civiles ex delicto y ex lege", en *ADC*, t. XVI, 1965, p. 631 y ss.

⁹ Sobre esta cuestión, ampliamente en Calderón Tello, L., "Bien jurídico en Derecho penal", en *II Jornada de Investigadores del Departamento de Derecho Penal, sobre la reforma penal de 2015*, dir. Valle Mariscal de Gante, M., coords. García Ruiz, A., Brito Siso, C., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 2016, pp. 9-54.

¹⁰ Esto se encuentra establecido directamente en la Constitución ecuatoriana y el COIP.

¹¹ Ferré Olivé, J., Núñez Paz, M., «Prólogo», en Galain Palermo, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 17.

¹² Galain Palermo, P., *La reparación del daño a la víctima...*, op. cit., p. 144 y ss.

¹³ Muñoz Conde, F., «Presentación», en Galain Palermo, P., *La reparación del daño a la víctima...*, op. cit., p. 22.

¹⁴ Galain Palermo, P., *La reparación del daño a la víctima...*, op. cit., p. 109.

¹⁵ Como pone de manifiesto, Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal*, Parte General, 2ª edición, Ed. Hammurabi, 1999, p. 335, el error sobre los elementos del tipo, el error de tipo excluye el dolo en todos los casos, ya que éste requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Por tanto, un error de tipo tendrá en todos los casos, por consecuencia, la exclusión de la pena del delito doloso. El error debe ser invencible. Si el error es vencible, la infracción será castigada en su caso como imprudente. Porque el autor ha infringido su deber de conocer que le era exigido y de este modo, evitar realizar el comportamiento prohibido superador del riesgo típico. Sobre estas cuestiones, ampliamente, Calderón Tello, L., *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016.

¹⁶ El caso del que piensa que está siendo atacado por alguien que lo apunta con un arma de fuego de juguete y que desconoce que se trata de una broma, por lo que, al usar un arma para repeler el ataque, se excede en los requisitos de la legítima defensa, porque no se encontraba su vida o su integridad en peligro, ya que se trataba de una broma. Aquí, se pueden ofrecer distintas soluciones según se encuadre en hecho en alguna de las categorías del sistema: error de tipo, error de prohibición, etc. Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal...*, op. cit., p. 383 y ss.

¹⁷ Como señala Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal...*, op. cit., p. 429 y ss., lo primero que se debe afirmar es que el error supone en todos los casos una creencia errónea (concepto equivocado o juicio falso). En este sentido, los casos de error sobre la prohibición (error de prohibición), son aquellos en los que el autor ha tenido un conocimiento correcto de las circunstancias determinantes de la ilicitud (no hay error de tipo), pero ha obrado creyendo que la realización del tipo no estaba prohibida por la ley o en su caso, que no haya obrado en la creencia de que la realización de la acción no estaba ordenada por la ley.

¹⁸ Aquí nos referimos con mayor propiedad a los casos en los que no concurre la capacidad de culpabilidad (o motivación) o en su

estos casos, ¿nos encontramos también ante supuestos que requieren reparación e indemnización civil?, ¿se puede alegar sin más que porque no existe culpabilidad o antijuridicidad, ya no se trata de un problema penal?, en caso de responderse afirmativamente a la última pregunta, ¿al menos subsiste la responsabilidad civil, cuya competencia reparadora la ostenta la jurisdicción penal? El punto de partida para responder a todas estas preguntas no puede ser otro que considerar que allí donde hay un daño civil, debe seguir una responsabilidad civil, ya sea que este surja **alrededor de un hecho** delictivo; o un hecho típico y antijurídico, aunque no culpable; o un hecho justificado penalmente; o un ilícito laboral; o un ilícito administrativo; etcétera.

En todo caso, esta cuestión plenamente normativizada y positivizada en la legislación ecuatoriana, pone de relieve que se trata de un problema de justicia material, porque la víctima y en todo caso, la persona titular de los bienes o intereses atacados y lesionados requiere no solo que se le garantice su derecho a la reparación, sino que, además, aquella persigue que se logre realizar la efectiva reparación. Esto no debe perderse de vista, porque en muchos casos la jurisdicción penal se invoca o utiliza precisamente, por su carácter amenazador y motivador, para que quien ha producido un daño (que también constituye un ilícito penal o por lo menos, lo es en apariencia) realice la reparación. Por tanto, la discusión sobre esta materia debe descubrir que muchas soluciones están también en la correcta y ejecutiva solución de estos casos por la jurisdicción civil. Por tanto, se requiere que los procesos civiles se realicen en el marco de la celeridad y prontitud procesal y que, en el ámbito del proceso penal, solo se discuta sobre la existencia o no de un determinado ilícito penal en el marco de los principios rectores para construir la imputación.

A esto quiere contribuir este trabajo, porque si bien la normativa ecuatoriana: la Constitución, el Código civil, y el COIP, en general, garantizan que de entre las finalidades objetivas de cada una de las respectivas normas, destaca el lograr la efectiva reparación de la víctima, la reparación con ocasión de un daño producto de un comportamiento que excede la

libertad organizativa con repercusiones drásticas para terceros: la reparación integral; también se observa un problema de interrelación (problema de discordancia) normativa en el ámbito de la legislación penal, que podría vulnerar estos principios y garantías. Este problema se daría porque el art. 78 núm. 3 en una interpretación literal y sistemática (*intra* código) dejaría fuera de cobertura determinados hechos constitutivos de responsabilidad civil y generadores de la reparación, aunque no se pudiera afirmar la culpabilidad del autor del hecho o incluso la antijuridicidad del comportamiento. Es decir, que, en supuestos de actos típicos y/o antijurídicos, no existiría posibilidad de adherir la reparación indemnizatoria civil al hecho que produce un daño en los bienes e intereses de terceros. En este sentido, la reparación indemnizatoria junto con la restitución y demás formas de reparación, instituciones que constituyen un puntal especialmente importante en el sistema normativo de la reparación, quedarían inutilizables en el ámbito de estos grupos de casos.

A continuación, realizaremos una exposición del problema, de las soluciones que proponemos y de su fundamentación. La cuestión a resolver tiene dos niveles: a) determinar si es un problema penal la necesidad de reparación de hechos típicos y/o antijurídicos aunque no culpables, o si se trata de un problema exclusivo de responsabilidad civil; b) independientemente de la respuesta que se ofrezca sobre lo anterior, ya sea que se trate de un problema penal o civil, lo cierto es que ese problema se suscita en el marco del proceso penal; por tanto, es fundamental determinar si el juez penal debe incorporar en la decisión o resolución, también lo referente a la reparación, aun en casos en los que no se afirme la culpabilidad y por ejemplo, tan solo se anude una medida de seguridad o incluso, se absuelva. Este trabajo tiene como finalidad ofrecer una respuesta a esta última cuestión. Sin embargo, debo dejar expresado que, en mi opinión, estos problemas son parte del sistema penal, no son solo una cuestión formal con relación a la competencia penal, sino que, esta se otorga porque es importante resolver y ofrecer en el marco del mismo proceso, una solución integral ante un comportamiento que

defecto, en los que se observa incapacidad de culpabilidad. Revisar, Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 446 y ss. Nos encontramos ante un concepto normativo que requiere dos elementos: a) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal; y, b) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

produce daños respecto de terceros, que surgen con ocasión de un acto típico y/o antijurídico, y no solo en el marco de una infracción penal completa según lo preceptuado en el art. 18 COIP.

2. El problema: la reducción del ámbito de aplicación de la reparación integral (indemnización) operada por el art. 78 núm. 3 COIP

El COIP en su art. 18 determina que, la infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en el Código. Por su parte, el mismo cuerpo legal, en su art. 78 número 3, determina que las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente. Por tanto, existiría la posibilidad de interpretar que solo se puede reparar en general, pero especialmente a los efectos indemnizatorios, a aquellas personas que sean víctimas de hechos delictivos que cumplan de manera irrestricta con los requisitos normativos del art. 18 COIP. Es decir, solo cuando se trate de una infracción penal, de una conducta típica, antijurídica y culpable.

El problema que causa esta interrelación normativa se observa con mayor claridad respecto de aquellos supuestos que siendo típicos y antijurídicos, no

son culpables. Por ejemplo, de conformidad al art. 35 COIP, en los casos de trastorno mental debidamente comprobado. En estos casos, el juez está obligado según lo preceptuado en el art. 36 COIP, a dictar una medida de seguridad. En estos casos no se podría reparar e indemnizar a la víctima, porque no se cumple con el requisito de la culpabilidad. Se tratan de hechos típicos y/o antijurídicos, aunque no culpables.¹⁹ Entran en conflicto, también los supuestos en los que quien comete la infracción penal sea una persona menor de dieciocho años. Recordemos que, de conformidad al art. 38 COIP se determina que, las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Es decir, estos comportamientos se juzgarán de conformidad a las reglas del Libro IV sobre la Responsabilidad del adolescente infractor, arts. 305 y ss., del referido Código. Aquí, es importante anotar que, las soluciones que proponemos son plenamente trasladables para la determinación de la responsabilidad civil en este ámbito, toda vez que, establecida la competencia de los jueces que juzgaran los comportamientos de los menores infractores de normas penales, los arts. 361 y 362 del Código de la Niñez y adolescencia, sobre la sentencia y sus requisitos, recoge la obligación de aquellos, de determinar la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el marco del cometimiento de la infracción. Además, los arts. 363-d y 363-e, del referido Código, señalan las formas de la reparación y las reglas para lograr aquella.²⁰

¹⁹ Cabe la discusión de si incluso nos encontramos ante supuestos de atipicidad, porque como propone Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 75 y ss., 93 y ss., el primer elemento del sistema sería la imputabilidad, si se determina que nos encontramos ante supuestos cometidos por inimputables, ni siquiera habría paso para que se inicie la instrucción. Se afirma que “*si el derecho penal está constituido por normas que imponen penas, y estas son retribución..., no puede tener como destinatarios a personas que no podrían ser declaradas culpables*”. Por tanto, la investigación fiscal, la indagación previa estaría encaminada a dilucidar esta primera cuestión y luego la tipicidad. Obviamente, esta es una cuestión discutible, recordemos además que, la mayoría de la doctrina afirma que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable. Revisar, Mir Puig, S., *Derecho penal*, Parte General, décima edición, Ed. Repper, Barcelona, 2015, p. 148, quien señala que se admite que el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible. En términos parecidos, López Barja de Quiroga, J., *Tratado de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 2010, p. 365, quien refiere que delito es toda acción u omisión dolosa o imprudente, típica, antijurídica y culpable. En el mismo sentido, Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal..., op. cit.*, p. 204, quien señala que, el sistema actual de la teoría del delito está integrado prácticamente por las mismas categorías que en su origen, en el último cuarto del siglo XIX. La acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son desde hace un siglo las categorías básicas del sistema. Una definición que en idénticos términos se ha positivado en el art. 18 COIP. Desde esta perspectiva, el problema se podría predicar respecto de aquellos casos que el COIP determina como supuestos que excluyen la conducta, de conformidad al art. 24, nos referimos a los supuestos de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o a los estados de plena inconciencia. Esto obviamente amerita una discusión pormenorizada e independiente.

²⁰ Sobre la cuestión, en la doctrina y en relación a la legislación comparada existe una viva discusión, al respecto, revisar entre otros muchos: Gimeno Sendra, V., *Manual de Derecho procesal penal*, segunda edición, Ed. Colex, Madrid, 2010, p. 466 y ss., aquí se afirma que la característica más importante del proceso penal de menores reside en su finalidad, es decir, no es solo un proceso retribucionista o dirigido exclusivamente a la imposición de una pena, sino que se trata de un proceso concebido para obtener la rehabilitación del menor y solucionar el conflicto intersubjetivo entre el agresor y la víctima. También se pueden revisar los siguientes trabajos: De la Rosa Cortina, J., *Responsabilidad civil derivada de infracciones penales cometidas por menores: aspectos sustantivos y procesales*, consultado en los Documentos de la Carpe-

Dogmática penal y responsabilidad civil

En general, todos aquellos hechos personales productores de un daño respecto de los intereses o bienes jurídicos de una tercera persona y que se conocen mediante un proceso penal a los que no se anuda la imposición de una pena.²¹ Por ejemplo, en los casos de desistimiento por la infracción tentada, porque como de conformidad al art. 40 COIP, la persona queda exenta de responsabilidad penal, no se puede reparar a la víctima, entre otras razones, porque no hay víctima. Parece ser que el problema estaría en la protección a efectos indemnizatorios y reparadores en el ámbito penal, tan solo a la víctima de una infracción penal. Lo que es dudoso desde la normativización realizada por la Constitución y el Código Civil, como lo veremos en la fundamentación de las soluciones propuestas.

3. Propuesta de solución: reforma de la norma y/o una interpretación teleológica y sistemática del precepto

Lo que proponemos nosotros es un cambio normativo en el art. 78 COIP que permita entender que la reparación integral a efectos indemnizatorios incluye también aquellos supuestos en los que se produce un daño, aunque no se puedan afirmar todos los requisitos

que exige el art. 18 COIP sobre una infracción penal. O en su defecto, la interpretación teleológica y sistemática del precepto que lo haga viable para aquellos supuestos que la redacción del art. 78 núm. 3 deja fuera de cobertura reparadora o indemnizatoria. Es decir, la aceptación y positivización de que el daño cuya reparación se debe realizar no tiene por qué ser elemento típico del delito, en este sentido, tampoco debe ser coincidente con el resultado típico del delito.²² De aceptarse la propuesta reformadora, el nuevo art. 78 núm. 3, debería señalar lo siguiente:

“Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que se produzca alrededor del cometimiento de una infracción penal o de un hecho puesto en conocimiento de la jurisdicción penal al que no se pueda anudar una pena y, sin embargo, constituya fuente u origen de un daño civil indemnizable, y que sea evaluable económicamente. El daño cuya reparación se debe realizar no tiene por qué ser elemento típico del delito y tampoco debe ser coincidente con el resultado típico del delito”.

Además, se debería añadir un párrafo con el siguiente tenor:²³

ta Temática Control de Documento, <http://www2.congreso.gob.pe/>, también en: Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2005; Díaz Alabart, S., “Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad”, en *Poder Judicial*, núm. 23, 1991; Martínez Rodríguez, J., *Fundamentación jurídica de la ley penal juvenil*, Ed. Palibrio, Bloomington, 2013; Urbano Gómez, S., “El régimen(1) de responsabilidad civil “ex delicto” de la Ley Orgánica” 5/2000 de 12 de enero de 2000 (RCL 2000, 90), reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM)», en *Sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 7/2002, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.

²¹ Se puede incorporar también como grupo de supuestos a aquellos comportamientos de la persona jurídica a los que no se anuda una pena. Una aproximación sobre la cuestión de la responsabilidad civil por daños ocasionados por la persona jurídica en el ámbito de la comisión de un delito, se puede revisar en, Fernández Teruelo, J., *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2013, en la Tercera Parte, apartado 9, sobre la responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito de la propia empresa. Aquí, se afirma que la determinación de la responsabilidad civil en este ámbito, constituye un instrumento de prevención general, en la medida en que fomenta el control en la selección de personas encargadas de la gestión social pues, en el caso de que estas sean condenadas, deberá responder la sociedad con su patrimonio de un modo subsidiario de las eventuales responsabilidades civiles derivadas del delito.

²² La responsabilidad civil a efectos indemnizatorios no se reduce a los delitos de resultado de lesión, también es posible determinar una responsabilidad civil para los delitos con resultado de peligro. Si el comportamiento produce un daño, aunque el resultado que se requiere para alcanzar la tipicidad sea el peligro al bien jurídico, se podrá determinar la responsabilidad civil por el daño ocasionado. Por eso, en los supuestos de tentativa se puede también afirmar la existencia de un daño. El tipo de tentativa es en general prototipo de los delitos de resultado de peligro. El mismo razonamiento se debe realizar respecto de los delitos de mera actividad. Por otro lado, también en los casos de los delitos de resultado de lesión, no es preciso que el daño se identifique materialmente con el resultado típico o que esté abarcado por el resultado típico. Lo que se precisa es la determinación de que ese comportamiento además de delictivo ha producido un daño configurador de un ilícito civil que acarrea la reparación indemnizatoria de conformidad a las reglas que el Código civil determina.

²³ Este párrafo es fundamental para poder establecer sin lugar a duda, la competencia penal con relación a determinados efectos civiles con ocasión del conocimiento de un hecho en el ámbito del proceso penal, esto otorgaría mayor seguridad jurídica y previsión. Por otro lado, es importante señalar que la competencia no es arbitraria, sino que, debe estar regulada y lo que el juez decida debe seguir el cauce legal previsto, en este caso, como la reparación indemnizatoria es consecuencia de la determinación de la responsabilidad civil por un daño, se deben seguir las reglas que el CC ha establecido para el efecto, sin desvirtuar que esta aplicación de la norma civil se realiza en el marco de lograr la efectiva reparación de la víctima y/o perjudicado.

“La responsabilidad indemnizatoria que se afirma en el marco de la reparación integral que debe procurar la ley penal y cuya aplicación corresponde a la jurisdicción penal, es una especie de la responsabilidad civil y para su determinación los jueces penales competentes deben seguir las reglas que este Código y el Código civil han determinado para el efecto”.

4. Fundamentación

4.1. Un primer nivel: la Constitución

La Constitución ecuatoriana es sin duda alguna un referente en la positivización de las garantías materiales referidas a la reparación integral de daños ocasionados respecto de terceros. Baste observar que, por ejemplo, ya en el art. 11 referido a los principios que regirán el ejercicio de los derechos, se señala en el número 9 que, como el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, este, el Estado, se encuentra obligado a reparar las violaciones a los derechos de los particulares ocasionadas por los comportamientos de los servidores públicos, en cualquiera de sus dependencias. En este mismo sentido, en el mismo número 9, se señala la obligación del Estado a reparar a la persona por hechos constitutivos de una detención ilegal, un error judicial, un retardo injustificado o una inadecuada administración de justicia, la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. En coherencia con estos presupuestos normativos, en el art. 78, se señala que, en el ámbito del cometimiento de una infracción penal, se adoptarán mecanismos para una reparación integral de la víctima, que incluirá entre otras cuestiones, la indemnización de aquella.²⁴

4.2. Un segundo nivel: el Código Civil

En estricta concordancia con este sistema de protección y reparación por los daños causados por un

determinado comportamiento susceptible de ser a su vez, sancionado con una pena en el ámbito de la ley penal, aparecen las reglas generales de la ley civil. El Código Civil en el art. 1453 determina que las obligaciones civiles también surgen o nacen de los hechos que produzcan daños contra las personas como en los hechos constitutivos de delitos y cuasidelitos. Lo importante y trascendente de esta norma, está en que, directamente se señala que las obligaciones también surgen de aquellos hechos que produzcan daños. Por tanto, la mención a los delitos y cuasidelitos es en realidad una mera referencia ejemplificadora de hechos que son capaces de producir daños contra las personas. Esto es sumamente importante y hay que tenerlo presente, porque esto es lo que nos ha permitido encontrar y detectar el problema o aparente vacío legal en la legislación penal.

En coherencia normativa y sistemática, el propio Código Civil, en el Título XXXIII del Libro IV, en su art. 2241, determina que quien haya cometido un delito y de este modo, haya ocasionado un daño a otro, se encuentra obligado a responder civilmente mediante el pago de una indemnización. Es decir que, el hecho que puede configurar un comportamiento típico, antijurídico y culpable (art. 18 COIP), productor de un daño, es al mismo tiempo, un hecho capaz de producir un ilícito civil. Esta idea está presente en el mismo texto de la ley civil, porque el referido art. 2241, señala que la determinación de la responsabilidad civil consecuencia del ilícito civil, se determinará con independencia de que el mismo hecho constituya un ilícito penal y de este modo, se deba imponer la respectiva pena o en su caso, la medida de seguridad. Por tanto, a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil ocasionada con relación a comportamientos que producen daños y que, a su vez, por ejemplo, pueden ser constitutivos de delitos, a los efectos de la determinación de la indemnización con ocasión de la reparación integral, se debe estar a lo dispuesto en el Código Civil.

He de mencionar que resulta plenamente acertado e impecable, establecer todas las reglas de la determinación de la responsabilidad civil dentro de la ley civil, porque responde a un criterio de lógica y

²⁴ De Llera Suárez-Bárcena, E., “La responsabilidad civil y el proceso penal...”, *op. cit.*, p. 81 y ss., elabora una reinterpretación de la naturaleza de la competencia penal en este ámbito y parte, desde la perspectiva constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva. Una argumentación que, con matices, es extrapolable a la discusión que se inicia con este artículo académico en el ámbito ecuatoriano.

Dogmática penal y responsabilidad civil

de adecuada sistematización. Además, nos ahorra el problema en el que se ve inmersa la legislación comparada y que constituye un reclamo doctrinario sobre la ubicación de las reglas de determinación de la responsabilidad civil derivada de un delito en el Código penal.²⁵ Esto, porque, categóricamente se debe afirmar que solo existe un tipo de responsabilidad civil, por tanto, la responsabilidad civil pura y la que deriva del delito, son exactamente lo mismo. Es más, sería conceptualmente incorrecta la expresión “*responsabilidad civil derivada del delito*”²⁶ o aquella más tradicional, “*responsabilidad civil ex delicto*”.²⁷ La responsabilidad civil deriva en estos casos sólo del daño.²⁸ El problema es que existen determinados daños que son consecuencias de unos comportamientos que al mismo tiempo son constitutivos de un ilícito no sólo civil, sino también, penal o administrativo o laboral, etc. Esto significa que, ante la presencia de un daño, debe seguir la correcta y adecuada determinación de la responsabilidad civil. Por tanto, es indiferente que, en los casos en los que no se pueda o no se deba afirmar la culpabilidad y de este modo, se exima al autor de la responsabilidad criminal, debe subsistir, porque resulta lógico y plenamente normativo, la posibilidad de imputar a quien corresponda la responsabilidad civil por el daño causado.²⁹

Esta solución es perfectamente compatible con la competencia a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil en el ámbito de la jurisdicción penal. Las ventajas no sólo son evidentes y abrumadoras, sino que se adecuan a criterios de justicia material. Es decir que, es plenamente lógico y justo que por economía procesal³⁰ se disponga al juez o tribunal penal que cuando dicte una sentencia se pronuncie por la responsabilidad civil, aplicando las normas que sobre la materia se regula en el Código Civil ecuatoriano.³¹ En este sentido, cabe afirmar que, aunque nos encontramos ante una responsabilidad civil de idéntica naturaleza, no es posible negar que, también nos encontramos ante dos tipos de las acciones diferenciadas o dos diferentes formas de ejercitar el derecho a la reparación civil por daños. Alrededor de una infracción penal lo que surge es la pretensión civil como consecuencia de que se ha originado también un daño. Por lo que, dada la identidad de la responsabilidad que se actúa y la existencia de zonas comunes, así como la peculiaridad de su ejercicio ante dos ámbitos jurisdiccionales diferentes, delimitar su ejercicio procesal no resulta sencillo, aunque si necesario e importante.³²

²⁵ Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, Parte General, Delimitación y especies. Efectos o consecuencias, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 63 y ss. Lo ponía de manifiesto en relación al CP español, también, Rodríguez Devesa, J., “Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual”, en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Ed. Comares, Granada, 1984, p. 526 y ss., señalando que es urgente y preciso unificar las normas sobre responsabilidad civil, concentrándolas en un solo cuerpo legal, que debería ser el Código Civil, con absoluta independencia de que traigan causa de un acto delictivo o no, y de que medie un comportamiento doloso o culposo.

²⁶ Silvia Sánchez, J., “¿Ex Delicto?, Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, en *Indret*, Barcelona, julio de 2001, p. 3. En el mismo sentido, se manifiesta en general, toda la doctrina: Díaz López, J., “¿Responsabilidad civil Ex Delicto de un banco por la crisis nerviosa del cliente que presenció un atraco?”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, num.134/2014, p. 197 y ss.;

²⁷ Una explicación de la cuestión, en Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 269 y ss.; en el mismo sentido, Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 63 y ss.

²⁸ Por todos, Díez-Picazo, L., *Derecho de daños...*, *op. cit.*, p. 275.

²⁹ La visión que tiene y expone del problema De Llera Suárez-Bárcena, E., “La responsabilidad civil y el proceso penal...”, *op. cit.*, pp. 70 y ss., 81 y ss., debe ser revisada, porque pone de relieve que el perjudicado puede deducir sus pretensiones civiles en el marco del proceso penal, por lo que la competencia penal en esta materia no se reduciría a la determinación de la responsabilidad civil por el daño causado sino que, estarían incluidas las competencias para estipular la condena, las declarativas y las constitutivas. Por eso se puede hablar de efectos civiles de un hecho conocido por la justicia penal, todo en el marco de la reparación integral.

³⁰ Como correctamente señala Silvia Sánchez, J., “¿Ex delicto...”, *op. cit.*, p. 3, el fundamento de la institución se halla en un criterio de economía procesal, orientado a evitar el denominado “*peregrinaje de jurisdicciones*”. En el mismo sentido, Pérez-Cruz Martín, A., “Objeto del proceso penal (Parte II)”, en *Derecho procesal penal*, tercera edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 211 y ss., para quien, el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada de delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil declarativo, produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia del ordenamiento procesal civil.

³¹ Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 67. Como señala Pérez-Cruz, Martín, A., “Objeto del proceso penal...”, *op. cit.*, p. 211 y ss., que se admita el objeto civil en el proceso penal, posibilita la acumulación de la pretensión civil a un procedimiento penal en curso, en definitiva, se trata de la inserción de un juicio civil dentro del juicio penal.

³² Nadal Gómez, I., *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 79.

4.3. Un tercer nivel: el Código Penal

4.3.1. La reparación indemnizatoria en el COIP

Por su parte, el COIP, también se encuentra interrelacionado de manera concordante con la normativa que hemos reseñado en los previos apartados. En la Exposición de Motivos y en las consideraciones, se realiza una mención directa al art. 78 de la Constitución y se señala que, por tal motivo, como la reparación ha de ser integral, se establecen e integran varias instituciones (especialmente las relacionadas con la solución del conflicto) con el fin doble de limitar la acción del poder punitivo y procurar que las soluciones sean más eficaces. Ya en el texto de la ley, destaca el hecho de que en el art. 1 en el que se señala cuál es la genérica finalidad del Código, se precise que también es parte fundamental de la normativa penal, la reparación integral. En concordancia, entre los derechos que se garantizan a las víctimas, en el art. 11, se encuentra la referida reparación integral. Y otras menciones a las que no nos referiremos no porque no sean importantes, sino porque no están relacionadas con lo que se quiere fundamentar aquí. A los que si nos referiremos es a los arts. 77 y 78 del COIP, que hacen mención a la regulación de la reparación integral y de la concreta indemnización. En efecto, el art. 77, señala que la naturaleza y el monto de la reparación indemnizatoria dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado. En el mismo sentido, en el segundo párrafo se garantiza la posibilidad de la restitución de la cosa. Una cuestión especialmente importante en el ámbito de los delitos económicos y patrimoniales. Porque la cosa en sí puede volver a estar bajo el dominio de quien tiene los derechos reales sobre aquella, pero, además, porque la restitución implica la posibilidad de determinar el valor de la cosa en los casos en los que no se pueda producir aquella (restitución). Es decir, se reintegra su equivalente según el monto en que se valore aquella

cosa imposible de restituir (por ejemplo, porque se ha vendido a un tercero en los supuestos de receptación, o porque ha sufrido un daño que la torna inutilizable, etc.).

4.3.2. Correcta interpretación del art. 78 num. 3 COIP

Por otro lado (y es aquí en donde reside el problema tal y como hemos anticipado oportunamente), en el art. 78 número 3, se señala que, las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente. Precisamente, este texto es el que debe ser reformado y/o interpretado conforme a la sistemática constitucional y a los principios rectores del COIP. Es decir, se debe realizar un ejercicio interpretativo de tal manera que no se comprometa la unidad del ordenamiento jurídico. Porque, no siempre es preciso ser declarado responsable penal, para ser declarado responsable civil.³³ En estos casos, como de lo que se trata siempre es de determinar una responsabilidad civil por daños, se deben seguir las reglas civiles que fundamentan la responsabilidad en atención a criterios de solidaridad³⁴ y de protección del perjudicado. En el derecho de daños, lo importante es encontrar soluciones ante el apareamiento de un daño, determinar quién debe soportar las consecuencias del comportamiento, es decir, si la consecuencia del daño (indemnización) debe ser soportada por el perjudicado o por otro patrimonio.³⁵

En la sistemática comúnmente aceptada de la teoría del delito y de conformidad al art. 18 COIP, son tres los elementos que se requieren para configurar una infracción penal: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.³⁶ Como el presupuesto de la responsabilidad civil está en un comportamiento antijurídico productor de un daño,³⁷ cuando no se pueda afirmar la culpabilidad, pero, sin embargo, esté presente el

³³ Izquierdo Martín, P., “Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil “Ex Delicto”*, Ed. CDJ, Madrid, 2005, p. 204.

³⁴ Sobre esta cuestión, entre otros muchos, Gómez Liguere, C., *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Ed. Civitas, Pamplona, 2007, p. 153 y ss.

³⁵ Díez-Picazo, L., *Derecho de daños...*, op. cit., p. 41 y ss.

³⁶ Por todos, Mir. Puig, S., *Derecho penal...*, op. cit., p. 148; Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal...*, op. cit., p. 204.

³⁷ Como señala Reglero Campos, L., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de responsabilidad Civil*, coord. Regledo Campos, L., t. I, tercera edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 52, un determinado sujeto será responsable de un incumplimiento de un deber o de una obligación, o de la causación de un daño, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable. Esto quiere decir,

Dogmática penal y responsabilidad civil

injusto penal o el ilícito penal (tipicidad y antijuridicidad), se debe afirmar la responsabilidad civil, siempre que ese hecho al mismo tiempo haya sido capaz de producir un daño civil. En el mismo sentido, si el comportamiento típico está justificado, no se puede anudar al mismo como consecuencia jurídica ni la pena ni la responsabilidad civil, porque no se cumplen los presupuestos de la determinación de la responsabilidad de ninguna de las dos normativas (ley penal y ley civil). Sin embargo, si de manera conexa o superpuesta, concurre un acto productor de un daño civil, subsiste el derecho a exigir indemnización civil, porque los niveles de imputación son diferenciados.

4.3.3. Responsabilidad civil y concurrencia de causas de inculpabilidad o causas de justificación penal

Como vemos, las diferentes consecuencias jurídicas en relación a la responsabilidad civil están relacionadas con las diferentes naturalezas jurídicas configuradoras de la responsabilidad civil y penal, porque presupuesto de la pena es también la culpabilidad penal, mientras que, para la responsabilidad civil, en determinados casos, tan sólo se requiere la existencia de un daño causado por un hecho antijurídico, aunque no haya culpabilidad.³⁸ Por ejemplo, en el caso de los comportamientos que configuran un ilícito civil realizado por un menor de edad (arts. 2246, 2247, 2248 del CC), o por un animal (art. 2253 CC), en estos casos se puede afirmar la responsabilidad civil indemnizatoria respecto de quien ostente la patria potestad o sea el dueño del animal, respectivamente. Esto también permite observar que existen marcadas diferencias en el ámbito de la determinación de la responsabilidad civil y penal, porque como la pena exige siempre la culpabilidad del autor, se deduce que la pena y su imposición son una cuestión de carácter personalísimo, mientras que en el caso de la responsabilidad civil, sí se puede atribuir las consecuencias jurídicas de un

comportamiento productor de un daño, aunque no se afirme la culpabilidad del autor, porque la responsabilidad civil se fundamenta también en criterios de solidaridad, la responsabilidad civil es objetiva. Por tanto, cuando concurren causas de inculpabilidad de conformidad a los arts. 35 y 36 del COIP, no se podrá afirmar la responsabilidad penal, aunque subsista la posibilidad de determinar una responsabilidad civil indemnizatoria de conformidad a las reglas que estipula el CC para el efecto. Es preciso anotar que, de conformidad al segundo párrafo del art. 36 COIP, en los casos de apreciación parcial de una causa de inculpabilidad (disminución no total de la capacidad de comprensión de la ilicitud de la conducta), esto podrá tener efectos en la determinación de la responsabilidad civil, porque nos encontramos ante una culpabilidad también disminuida.

Por otro lado, cuando concurren causas de justificación de conformidad al art. 30 COIP (estado de necesidad, legítima defensa, cumplimiento de una orden legítima o de un deber legal), no se podrá determinar la responsabilidad penal, porque el hecho realizado está justificado, no es ilícito y más bien, se podría afirmar que el mismo es un comportamiento correcto y plenamente conformado con la normativa vigente. En estos casos, si el mismo comportamiento produce un daño, el cual es indemnizable civilmente. Sin embargo, tal y como hemos señalado antes, si de manera conexa o superpuesta, concurre un acto productor de un daño civil, subsiste el derecho a exigir indemnización civil, porque los niveles de imputación son diferenciados. Aunque esta cuestión no se encuentra regulada de manera expresa, una interpretación sistemática y conjunta nos da una pista de que, el COIP ha pensado en esta posibilidad. Porque en el art. 40 que regula el desistimiento en la tentativa, el legislador deja abierta la posibilidad de determinar la responsabilidad por los actos ejecutados, aunque aquella persona quede exenta de la responsabilidad penal por la infracción tentada. Es decir que, el legislador entiende

tal y como afirma Yzquierdo Tolsada, M., *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 137, que para que exista responsabilidad civil es necesaria la constatación de una acción u omisión, la cual tendrá relación con un daño mediante un nexo de causalidad. Adicionalmente debe verificarse si se da el adecuado factor de atribución, que permitirá justificar la imputación del daño a un determinado patrimonio. Por otro lado, un sector de la doctrina se inclina por colocar en la centralidad de la responsabilidad civil, la existencia de un daño. Tanto es así que ha surgido lo que se denomina el derecho de daños: Roca Trías, E., Navarro Michel, M., *Derecho de daños*, sexta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 11 y ss.; Concepción Rodríguez, J., *Derecho de daños*, segunda edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, p. 39.

³⁸ En similares términos, Izquierdo Martín, P., "Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil...", *op. cit.*, p. 205.

que en el ámbito de una infracción penal consumada o no, pueden existir determinados comportamientos con capacidad generadora e independiente de la responsabilidad penal y civil. Esta es una cuestión de lógica, por eso se puede afirmar que si de manera conexa o superpuesta, concurre un acto productor de un daño civil, subsiste el derecho del perjudicado (víctima) a exigir indemnización civil, porque los niveles de imputación civil y penal son diferenciados e independientes.

4.3.4. Responsabilidad civil y resultado típico: delitos de lesión, delitos de peligro, delitos de mera actividad, tentativa

Esto no debe impedir observar que el daño cuya reparación se debe realizar no tiene por qué ser elemento típico del delito, en este sentido, tampoco debe ser coincidente con el resultado típico del delito. Esto significa, en el ámbito de la dogmática, que la responsabilidad civil a efectos indemnizatorios no se reduce a los delitos de resultado de lesión, porque también es posible determinar una responsabilidad civil para los delitos con resultado de peligro.³⁹ Esto se verifica y explicita del siguiente modo: si se da un comportamiento que produce un daño, aunque el resultado que requiera el tipo penal en concreto, para alcanzar la tipicidad sea el de peligro al bien jurídico, se podrá determinar la responsabilidad civil por el daño ocasionado, porque los niveles de imputación de la responsabilidad civil y penal están plenamente diferenciados.

Esta lógica interpretativa se da también en los supuestos de tentativa, es decir que, en estos casos se puede también afirmar la existencia de un daño indemnizable. Recordemos que el tipo de tentativa es en general prototipo de los delitos de resultado de peligro. Lo mismo se debe argumentar en torno a los delitos de mera actividad, porque a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil, lo importante es la existencia de un daño cuyas consecuencias no se atribuyen a la víctima y/o perjudicado. Esto significa

que, en los casos de los delitos de resultado de lesión, no es preciso que el daño se identifique materialmente con el resultado típico o que esté abarcado por el resultado típico. Lo que se precisa es la determinación de que ese comportamiento además de delictivo, ha producido un daño configurador de un ilícito civil que acarrea la reparación indemnizatoria de conformidad a las reglas que el Código civil determina. Es importante señalar que, en coherencia, existirán determinados comportamientos no productores o no generadores de la responsabilidad civil: sólo habrá responsabilidad civil cuando el hecho enjuiciado sea de los que producen un daño reparable⁴⁰. Por lo que, no siempre se requerirá la antijuridicidad penal para afirmar la antijuridicidad civil del hecho productor de un daño indemnizable.⁴¹

5. conclusiones

La cuestión de la responsabilidad civil reparadora o indemnizatoria es un problema penal, no porque se trate en atención a la naturaleza jurídica, en estricto sentido, de normas jurídico-penales, sino porque en el marco de la jurisdicción penal se suscribe la competencia a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil. En este sentido, como ***alrededor de determinados hechos que se conocen en el ámbito de la justicia penal, aparecen unos determinados daños indemnizables*** civilmente, se otorga al juez penal por criterios materiales y de economía procesal, la facultad para determinar la responsabilidad civil en el marco de la reparación integral de la víctima o perjudicado. Esto quiere decir, que es perfectamente posible ser responsable civil sin ser responsable penal, porque el fundamento de la responsabilidad civil no está en la comisión e imputación personal de un delito, aunque se acepte que el conocimiento mediante el proceso penal del hecho enjuiciado constituya la forma mediante la que, al mismo tiempo, se conoce del hecho que produce el daño indemnizable civilmente.

³⁹ Como pone de relieve críticamente, Quintero Olivares, G., “La responsabilidad civil y la reparación...”, *op. cit.*, p. 19, no se entiende por qué, los atentados al derecho a la indemnidad física (tentativa de homicidio), no han de generar una obligación de reparar como sucede sin miramientos en relación al delito de calumnia (injuria calumniosa), por lo que, la afirmación de que no se ha producido un daño merecedor de reparación en caso de tentativa es, algo precipitada. En el mismo sentido, Quintero Olivares, G., Cavanillas Múgica, S., De Llera Suárez-Bárcena, E., *¿La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»...*, *op. cit.*, p. 42; Silvia Sánchez, J., “¿Ex Delicto...”, *op. cit.*, p. 4 y ss.

⁴⁰ Quintero Olivares, G., Cavanillas Múgica, S., De Llera Suárez-Bárcenas, E., *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»...*, *op. cit.*, p. 41.

⁴¹ Silva Sánchez, J., “¿Ex Delicto...”, *op. cit.*, p. 5 y 6.

Por esta razón, para lograr la efectiva realización de la justicia material que se procura mediante la reparación indemnizatoria, hemos propuesto una reforma de lege ferenda en el art. 78 COIP que permita entender que la reparación integral a efectos indemnizatorios incluye también aquellos supuestos en los que se produce un daño, aunque no se puedan afirmar todos los requisitos que exige el art. 18 COIP sobre una infracción penal. De aceptarse la propuesta reformadora, el nuevo art. 78 núm. 3, debería señalar lo siguiente:

“Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que *se produzca alrededor del cometimiento* de una infracción penal o *de un hecho puesto en conocimiento de la jurisdicción penal al que no se pueda anudar una pena y, sin embargo, constituya fuente u origen de un daño civil indemnizable*, y que sea evaluable económicamente. *El daño cuya reparación se debe realizar no tiene por qué ser elemento típico del delito y tampoco debe ser coincidente con el resultado típico del delito*”.

Además, se debería añadir un párrafo con el siguiente tenor:

“*La responsabilidad indemnizatoria que se afirma en el marco de la reparación integral que debe procurar la ley penal y cuya aplicación corresponde a la jurisdicción penal, es una especie de la responsabilidad civil y para su determinación los jueces penales competentes deben seguir las reglas que este Código y el Código civil han determinado para el efecto*”.

O en su defecto, hasta que se opere el cambio normativo, se debe realizar una interpretación teleológica y sistemática del precepto que lo haga viable para aquellos supuestos que la redacción del art. 78 núm. 3 deja fuera de cobertura reparadora o indemnizatoria. Es decir, la aceptación y positivización de que el daño cuya reparación se debe realizar no tiene por qué ser elemento típico del delito, en este sentido, tampoco

debe ser coincidente con el resultado típico del delito. Las diferentes consecuencias jurídicas en relación a la responsabilidad civil están relacionadas con las diferentes naturalezas jurídicas configuradoras de la responsabilidad civil y penal, porque presupuesto de la pena es también la culpabilidad penal, mientras que, para la responsabilidad civil, en determinados casos, tan sólo se requiere la existencia de un daño causado por un hecho antijurídico (civil), aunque no haya culpabilidad.

Por tanto, cuando concurren causas de inculpabilidad de conformidad a los arts. 35 y 36 del COIP, no se podrá afirmar la responsabilidad penal, aunque subsista la posibilidad de determinar una responsabilidad civil indemnizatoria de conformidad a las reglas que estipula el CC para el efecto. Por otro lado, cuando concurren causas de justificación de conformidad al art. 30 COIP (estado de necesidad, legítima defensa, cumplimiento de una orden legítima o de un deber legal), no se podrá determinar ni la responsabilidad penal y como el hecho es en sí, correcto y lícito, en caso de haber un daño, este no es indemnizable civilmente. Sin embargo, si de manera conexas o superpuestas, concurre un acto productor de un daño civil, subsiste el derecho a exigir indemnización civil, porque los niveles de imputación son diferenciados.⁴²

6. bibliografía

- Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal*, Parte General, segunda edición, Ed. Hammurabi, 1999.
- Calderón Tello, L., “Bien jurídico en Derecho penal”, en *II Jornada de Investigadores del Departamento de Derecho Penal, sobre la reforma penal de 2015*, dir. Valle Mariscal de Gante, M., coords. García Ruíz, A., Brito Siso, C., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 2016.
- Calderón Tello, L., *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la reparación*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016.

⁴² Quedan abiertas varias cuestiones, v. gr., la posibilidad de fundamentar desde la Constitución, desde el derecho a la tutela judicial efectiva, el ejercicio de las competencias por los efectos civiles en el ámbito del proceso penal. También, la cuestión de si en el ámbito de esta competencia, el problema se reduce a la determinación de la responsabilidad civil, o sí, por el contrario, también se adhieren competencias declarativas y constitutivas (nulidad, devolución, restitución, etc.). Finalmente, indagar sobre cómo se resuelve el problema ante la existencia de los seguros de responsabilidad civil y, en este ámbito, cómo encaja la responsabilidad solidaria de determinadas personas intervinientes o no en el hecho.

- Concepción Rodríguez, J., *Derecho de daños*, segunda edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- Díaz Alabart, S., “Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad”, en *Poder Judicial*, núm. 23, 1991.
- Díaz López, J., “¿Responsabilidad civil “ex delicto” de un banco por la crisis nerviosa del cliente que presencié un atraco?”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, num.134/2014.
- Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- Fernández Teruelo, J., *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2013.
- Ferré Olivé, J., «Prólogo», en *La reparación del daño a la víctima del delito*, autor Galain Palermo, P., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Galain Palermo, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Gimbernat Ordeig., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- Gimeno Sendrá, V., *Manual de Derecho procesal penal*, segunda edición, Ed. Colex, Madrid, 2010.
- Gómez Ligüerre, C., *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Ed. Civitas, Pamplona, 2007.
- Izquierdo Martín, P., “Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil «Ex Delicto»*, Ed. CDJ, Madrid, 2005.
- Llera Suárez-Bárcena (De), E., “La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil ex delicto”, en *Responsabilidad civil «Ex Delicto»*, Ed. CDJ, Madrid, 2005.
- López Barja de Quiroga, J. *Tratado de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 2010.
- Martínez Rodríguez, J., *Fundamentación jurídica de la ley penal juvenil*, Ed. Palibrio, Bloomington, 2013.
- Mir. Puig., *Derecho penal*, Parte General, décima edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
- Muñoz Conde, F., «Presentación», en *La reparación del daño a la víctima del delito*, autor Galain Palermo, P., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Nadal Gómez, I., *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.
- Pérez-Cruz Martín, A., “Objeto del proceso penal (Parte II)”, en *Derecho procesal penal*, tercera edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014.
- Quintano Ripollés, A., “Responsabilidades civiles ex delicto y ex lege”, en *ADC*, t. XVI, 1965.
- Cavanillas Múgica, S., De Llera Suárez Bárcena, E., *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002.
- Quintero Olivares, G., “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, en *Responsabilidad civil « Ex delicto»*, Ed. CDJ, Madrid, 2005.
- Reglero Campos, L., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de responsabilidad Civil*, coord. Reglero Campos, L., t. I., tercera edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008.
- Roca Trias, E., Navarro Michel, M., *Derecho de daños*, sexta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Rodríguez Devesa, J., “Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual”, en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Ed. Comares, Granada, 1984.
- Roig Torres, M., *La reparación del daño causado por el delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- _____, *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Rosa Cortina (De La), J., *Responsabilidad civil derivada de infracciones penales cometidas por menores: aspectos sustantivos y procesales*, consultado en los Documentos de la Carpeta Temática Control de Documento, <http://www2.congreso.gob.pe/>, también en: Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2005.
- Sáinz-Cantero Caparrós, M., *La reparación del daño ex delicto*, Ed. Comares, Granada, 1997.
- Silvia Sánchez, J., “¿Ex Delicto?, Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, en *InDret*, Barcelona, julio de 2001.
- Urbano Gómez, S., “El régimen (1) de responsabilidad civil “ex delicto” de la Ley Orgánica”, 5/2000 de 12 de enero de 2000 (RCL 2000, 90), reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM)», en *Sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 7/2002, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.
- Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, Parte General, Delimitación y especies. Efectos o consecuencias, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- _____, *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.