

CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ

LA
RESPONSABILIDAD CIVIL
DEL MENOR

Prólogo

JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ

Dykinson, S.L.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistemas de recuperación, sin permiso escrito del AUTOR y de la Editorial DYKINSON, S.L.

© Copyright by
Cristina López Sánchez
Madrid, 2001

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: dykinson@telefonica.net
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 84-8155-890-7

Preimpresión por:
Innovación, Integración e Ingeniería en Internet S.L.
Pso. de la Habana, 18 - 28036 Madrid
Teléfono (91) 855 14 64

Impreso por:
JACARYAN, S.A.
Avda. Pedro Díez, 3 - 28019 Madrid

A mis padres y hermanos

A Alberto

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	17
INTRODUCCIÓN	23

PRIMERA PARTE. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DERECHO VIGENTE

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PRELEGISLATIVOS

1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS MENORES DE EDAD EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD DE SUS PADRES	33
2. DERECHO ROMANO	34
2.1. Consideraciones generales	34
2.2. La <i>potestas del paterfamilias</i>	38
2.3. La menor edad	39
2.4. La responsabilidad noxal	43
3. DERECHO MEDIEVAL	48
3.1. En general	48
3.2. El Derecho español. Especial consideración a Las Partidas	51
4. ANTIGUO DERECHO FRANCÉS	55
4.1. El Derecho consuetudinario	55
4.2. La influencia de la doctrina francesa: Domat y Pothier	59
5. CODIFICACIÓN	62
5.1. A propósito de dos sistemas de Códigos	63
5.1.1. <i>Los Códigos de inspiración francesa</i>	64
5.1.1.1. El Código civil francés de 1804	65
5.1.1.2. El reflejo del <i>Code civil</i> en otras legislaciones	68
5.1.2. <i>El sistema de Códigos civiles de origen germánico</i>	70
5.1.2.1. Códigos previos al BGB	70
5.1.2.2. El Código civil alemán de 1896	74

	<i>Pág.</i>
5.1.2.3. La influencia del BGB en otros países.....	76
5.1.3. <i>De la tradición francesa al sistema germánico</i>	78
5.1.3.1. El Código civil holandés de 1809 y su sucesor, el Código de 1994.....	79
5.1.3.2. El Código civil italiano de 1865. El Proyecto franco-italiano de Obligaciones y Contratos de 1927. La redacción última del Código civil de 1942.....	80
5.1.3.3. Del Código civil portugués de 1867 al Código actual de 1966.....	82
5.1.3.4. El Código civil peruano de 1852, derogado por el Código de 1984.....	83
5.2. La Codificación en España	84
5.2.1. <i>La Codificación civil</i>	84
5.2.2. <i>La Codificación penal</i>	88

CAPÍTULO II. LEGISLACIÓN COMPARADA

1. EL DERECHO FRANCÉS	95
1.1. Orígenes legislativos y perfil actual del sistema jurídico francés	95
1.1.1. <i>Regulación legal</i>	95
1.1.2. <i>Evolución de la jurisprudencia de la Cour de cassation</i>	97
1.2. La responsabilidad por el hecho ajeno. Especial consideración a los padres	99
1.2.1. <i>Fundamento</i>	99
1.2.2. <i>La enumeración contenida en el art. 1384 del Código civil francés</i> ...	101
1.2.3. <i>Requisitos necesarios para la aplicación del art. 1384.4º del Code</i> ...	105
1.2.4. <i>La imputabilidad del hijo menor</i>	108
1.2.4.1. La responsabilidad de los incapaces y la Ley de 1968.....	109
1.2.4.2. La trascendencia de la sentencia <i>Fullenwarth</i> de la Asamblea Plenaria de la Corte de casación de 9 de mayo de 1984.....	111
1.2.5. <i>El menor guardián de un objeto o animal</i>	112
1.2.6. <i>La responsabilidad objetiva de los padres</i>	114
1.3. La capacidad delictual del menor de edad y la consideración de su responsabilidad	116

	<i>Pág.</i>
1.3.1. <i>El art. 1310 del Code</i>	116
1.3.2. <i>La apreciación en abstracto de la conducta del menor</i>	119
1.3.3. <i>La sentencia Djouab</i>	121
1.3.4. <i>La responsabilidad del menor en concurrencia con la responsabilidad de sus padres</i>	122
1.3.5. <i>El menor de edad víctima de un daño</i>	123
1.4. El límite de la edad penal de los trece años	124
2. EL DERECHO ITALIANO	126
2.1. La responsabilidad extracontractual en el Derecho civil italiano. Antecedentes legislativos	126
2.1.1. <i>El Código civil italiano de 1865. La responsabilidad del padre por los hechos de sus hijos</i>	126
2.1.2. <i>Proyectos anteriores al Código civil italiano actual</i>	129
2.2. El Código civil italiano de 1942 y la responsabilidad extracontractual	131
2.2.1. <i>El sistema de culpas del Derecho italiano</i>	131
2.2.2. <i>La imputabilidad del menor y el art. 2046 del Codice</i>	133
2.2.3. <i>Los arts. 2047 y 2048 del Código civil italiano. La responsabilidad de los vigilantes del incapaz y la responsabilidad del menor de edad</i>	135
2.3. El sistema penal italiano. La imputabilidad y los Códigos penales de 1899 y 1931	141
3. EL DERECHO ALEMÁN	142
3.1. Consideraciones generales. Génesis de la normativa vigente ...	142
3.2. La responsabilidad extracontractual en el BGB	146
3.2.1. <i>La capacidad negocial y el § 104 BGB</i>	146
3.2.2. <i>El § 828 BGB y los incapaces. La capacidad delictual de la persona menor de edad</i>	148
3.2.3. <i>La responsabilidad de las personas encargadas de la vigilancia del menor y su regulación en el § 832 BGB. Especial consideración a los padres</i>	152
3.2.4. <i>Menor sin discernimiento y responsabilidad por criterios de equidad. El § 829 BGB</i>	154
3.2.5. <i>El menor de edad víctima y coautor de su propio daño</i>	160
3.3. El Derecho penal alemán. La imputabilidad y su regulación en el Código penal y en la Ley penal juvenil	163

SEGUNDA PARTE
LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL
MINOR

CAPÍTULO III. MINORÍA DE EDAD, CAPACIDAD E
IMPUTABILIDAD

1.	DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	167
2.	LOS MENORES SIN CAPACIDAD. EL PERIODO DE LA INFANCIA Y LA AUSENCIA DE DISCERNIMIENTO.....	169
2.1.	La irresponsabilidad de estos menores.....	170
2.2.	Personas responsables por hechos ajenos. El art. 1903 Cc.....	178
2.3.	Especial consideración a la responsabilidad de los padres	184
2.4.	Ordenación de supuestos.....	188
2.4.1.	<i>El menor agente material de un daño a tercero</i>	188
2.4.1.1.	Daños causados con un objeto.....	188
2.4.1.2.	Daños causados sin ningún objeto.....	190
2.4.2.	<i>El menor víctima que interviene en la producción del daño</i>	191
3.	LA CAPACIDAD RESTRINGIDA DE LOS MENORES DE EDAD MAYORES DE SIETE AÑOS.....	197
3.1.	Consideraciones acerca de su posible responsabilidad	201
3.2.	Responsabilidad por hecho ajeno. Sistematización de la jurisprudencia.....	204
3.2.1.	<i>Daños causados sin objetos.....</i>	206
3.2.2.	<i>Daños causados con objetos</i>	207
3.2.2.1.	Objetos potencialmente no peligrosos.....	207
3.2.2.2.	Objetos peligrosos en si mismos. Especial consideración al Fuego y material pirotécnico	214
3.3.	El menor víctima de su propia actuación.....	217
4.	MENORES DE EDAD DISCERNIENTES. LA CAPACIDAD INTELECTIVA Y LA CAPACIDAD VOLITIVA	222
4.1.	La imputabilidad como elemento de la responsabilidad extracontractual basada en la culpa.....	224
4.2.	Los criterios biológico y psicológico en relación con la imputabilidad del menor.....	227
4.3.	El menor emancipado y el menor de vida independiente	232

**CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD
CON CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO**

	<i>Pág.</i>
1. EL DEBILITAMIENTO DEL CONCEPTO DE AUTORIDAD EN LA SOCIEDAD MODERNA	239
2. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR	241
3. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DEL ILÍCITO CIVIL CAUSADO POR UN MENOR	247
3.1. El menor sometido a la guarda de un sujeto privado.....	247
3.1.1. <i>La responsabilidad del menor.....</i>	<i>248</i>
3.1.1.1. El art. 1902 Cc y la responsabilidad por culpa.....	250
3.1.1.2. Los "grandes menores".....	252
3.1.2. <i>La responsabilidad civil por hecho ajeno desde una perspectiva jurisprudencial.....</i>	<i>257</i>
3.1.2.1. Corresponsabilidad en régimen de solidaridad con el menor discerniente	257
3.1.2.2. La responsabilidad de los padres	262
a) La objetivación de la responsabilidad en el proceder jurisprudencial	262
b) La patria potestad y el ejercicio de la guarda.....	266
3.1.2.3. Otros supuestos comprendidos en el art. 1903 Cc.....	274
3.1.3. <i>Particular consideración de algunas regulaciones especiales. Estudio de la jurisprudencia.....</i>	<i>279</i>
3.1.3.1. El uso de las armas. La Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza	279
3.1.3.2. La conducción de vehículos a motor. La nueva regulación de la responsabilidad civil introducida en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial	282
3.1.3.3. El menor poseedor o propietario de un animal. Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos	291
3.1.4. <i>Daño causado por un grupo de menores. Aspectos teóricos y prácticos</i>	<i>300</i>
3.1.5. <i>El menor de edad responsable civilmente por hechos de otro menor....</i>	<i>311</i>
3.1.6. <i>La contribución de la víctima en el daño</i>	<i>312</i>

	<i>Pág.</i>
3.2. El menor sometido a la tutela o guarda de la Administración Pública.....	321
3.2.1. <i>Delimitación de supuestos.....</i>	322
3.2.1.1. El desamparo y la tutela automática.....	323
3.2.1.2. La guarda administrativa.....	326
3.2.1.3. El acogimiento de menores.....	327
3.2.1.4. Consideración de algunos Centros.....	329
3.2.2. <i>Responsabilidad civil del menor.....</i>	333
3.2.3. <i>Responsabilidad patrimonial de la Administración pública.....</i>	334
3.2.3.1. Caracteres generales.....	334
3.2.3.2. Codemanda y jurisdicción.....	339
3.2.3.2.1. Estado de la cuestión con anterioridad a las últimas reformas administrativas y procesales.....	339
3.2.3.2.2. Las Leyes 4/1999 de modificación de la LRJ-PAC: 29/1998 RJCA: y 6/1998 de reforma de la LOPJ.....	341
a) Consideraciones preliminares.....	341
a.1) Derecho sustantivo aplicable.....	343
a.2) Distribución de responsabilidad.....	344
a.3) Conflicto jurisdiccional.....	344
a.4) Ejercicio de derecho de regreso.....	347
b) El menor acogido y la producción de un ilícito civil.....	349
b.1. Responsabilidades derivadas del acogimiento residencial.....	350
b.1.1. La Entidad pública.....	350
b.1.2. El Director del Centro de acogida.....	352
b.1.3. Las Entidades privadas colaboradoras.....	352
b.2. Responsabilidades derivadas del acogimiento familiar.....	355
b.2.1. La Entidad pública.....	357
b.2.2. Los acogedores.....	358
b.3. Responsabilidad de padres y tutores.....	361

	<i>Pág.</i>
b.4. Responsabilidad civil del menor.....	363
c) El menor bajo la guarda material de un Ente Público	364
d) La competencia residual de la jurisdicción civil. Un supuesto especial: daños cubiertos mediante póliza de seguros.....	369
3.2.4. <i>Daños causados a los bienes públicos por un menor de edad</i>	371
3.2.5. <i>Intervención causal del menor en la producción de su propio daño</i>	372
4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO O FALTA COMETIDO POR UN MENOR DE EDAD MAYOR DE CATORCE AÑOS.....	374
4.1. El Derecho penal de menores. Proceso configurador de su reforma	374
4.2. La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores	378
4.2.1. <i>Ámbito de aplicación del nuevo Derecho penal de menores</i>	378
4.2.1.1. Régimen general.....	386
a) El límite máximo de aplicación de la legislación de menores.....	386
b) El límite mínimo: catorce años.....	389
4.2.1.2. Régimen particular. Especialidades incorporadas por la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, en relación con los delitos de terrorismo	395
4.2.2. <i>La responsabilidad civil</i>	400
4.2.2.1. Dualidad normativa en materia de responsabilidad civil. Consideraciones críticas....	400
4.2.2.2. Precedentes legales a la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores	403
4.2.2.3. Delimitación del art. 61 LORPM	405
a) Consideraciones generales	405
b) La determinación del criterio de imputación de la responsabilidad civil del menor de catorce a dieciocho años.....	407
c) Perfiles de responsabilidad civil de los padres, tutores, acogedores y guardadores...	408
c.1. Responsabilidad objetiva y directa..	408

	<i>Pág.</i>
c.2. Solidaridad	411
c.3. Enumeración del art. 61.3 LORPM .	416
c.4. Facultad moderadora del Juez de Menores	426
4.2.2.4. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual	431
4.2.2.5. Las reglas de procedimiento en el marco del art. 64 LORPM. Incidencias legales posteriores. El sobrescimiento del expediente.....	433
4.2.2.6. El Proyecto de Ley de reforma de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Similitudes entre el art. 72 del Proyecto y el art. 61.3 LORPM	445
4.2.2.7. Análisis de las relaciones entre la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y el Código penal. Consideraciones críticas. La subsidiariedad sustantiva y procedimental	449
4.2.2.8. La LORPM y la reserva de acciones en sede administrativa	454
JURISPRUDENCIA	457
BIBLIOGRAFÍA	465

ABREVIATURAS

AA	Actualidad Administrativa
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AC	Actualidad Civil
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Act. P.	Actualidad Penal
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AG	Amtsgericht
AHDE	Anuario de historia del Derecho español
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AP	Audiencia Provincial
Ar. C.	Aranzadi Civil
Ar. civ-merc.	Aranzadi civil-mercantil
Arch. resp. civ.	Archivo de responsabilit� civile
ARP	Aranzadi Penal
Ass. pl�n.	Assambl�e pl�ni�re de la Cour de Cassation
AUPA	Annali del Seminari Giuridico della R. Universit� di Palermo
B. D. Ar. Jurisprudencia,	Base de datos Aranzadi Jurisprudencia civil
AC	
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
CA	Cour d'Appelation
C. assur.	Code des assurances
Cass. Ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Cass. civile	Cassazione civile
Cass. req.	Cour de Cassation, Chambre des requêtes
Cc	Código civil
CCBC	Code civil du Bas Canada
CCJC	Cuadernos C�vitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución espa�ola
Chr.	chronique
CO	Code des Obligations

Cp	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Crim.	Chambre criminelle (Cour de cassation)
D	Recueil Dalloz
DA	Documentación Administrativa
DH	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence
Dig. it.	Il Digesto italiano
Dir. e Giur.	Diritto e Giurisprudenza
Dir. prat. ass.	Diritto e pratica nell'assicurazione
diss.	Dissertation
DJ	Documentación Jurídica
DP	Dalloz. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine
Dr. fam.	Droit de la famille
DS	Diario de Sesiones
EC	Estudios sobre consumo
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
Enc. Dir.	Enciclopedia del Diritto
Enc. giur. Treccani	Enciclopedia giuridica fondata da Giovanni Treccani
FamRÄndG	Familienrechtsänderungsgesetz
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Foro it.	Il Foro italiano
Foro pad.	Il Foro padano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Giur. compl. cass. civ.	Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. civ.	Giustizia civile
IR	informations rapides
IVRA	Rivista internazionale di Diritto romano e antico
JA	Justicia Administrativa
JC	Colección Legislativa de Jurisprudencia Civil
JCP	La Semaine Juridique, Juris Classeur périodique
JGG	Jugendgerichtsgesetz
Jur. Class.	Juris-Classeur
Jur. Class. Resp. civ. ass.	Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances
JW	Juristische Wochenschrift
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento criminal
LEF	Ley de Expropiación forzosa
LG	Landgericht
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORCPJM	Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores

LORPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
LRCOSVM	Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Conducción de Vehículos a Motor
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado
LRJ-PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
L'TTM	Ley de Tribunales Tutelares de Menores
mém.	Mémoire
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Noviss. Dig. it.	Novissimo Digesto italiano
Nuovo Dig. it.	Nuovo digesto italiano
OLG	Oberlandesgericht
PANCP	Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal
Pet. aff.	Les Petites affiches
PJ	Poder Judicial
RAJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RAP	Revista de la Administración Pública
RDC	Revista de Derecho de la Circulación
RDH	Revue historique de droit français et étranger
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
Rép. civ. Dalloz	Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de droit civil
RES	Revista española de seguros
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
Resp. civ. prev.	Responsabilità civile e previdenza
Rev. crit. lég. jur.	Revue Critique de Législation et de Jurisprudence
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. Jur. Andalucía	Revista Jurídica de Andalucía
Rev. resp. civ. circ. y seguro	Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de Droit civil
RG	Reichsgericht
RGAR	Revue Générale des Assurances et des Responsabilités
RGD	Revista General del Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RHD	Nouvelle revue historique de droit civil et étranger
RISG	Rivista italiana per le Scienze Giuridiche
RIDC	Revista del Instituto de Derecho comparado
Riv. dir. civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. dir. comm.	Rivista del Diritto Commerciale
Riv. dir. nav.	Rivista del Diritto della Navigazione
Riv. giur. circ. trasp.	Rivista giuridica circolazione e trasporti
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJCA	Repertorio de Jurisprudencia Contencioso-administrativa

RJCM	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha
RJPF	Revue Juridique Personnes & Famille
S	Recueil Sirey
Somm.	Sommaire
St.	Studi
StGB	Strafgesetzbuch
TC	Tribunal Constitucional
Tem. R.	Temi Romana
th.	Thèse
Trib. gr. inst.	Tribunal grande instance
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
VersR	Versicherungsrecht
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

PRÓLOGO

Una de las mayores satisfacciones que produce la dedicación universitaria es el comprobar los paulatinos éxitos de quienes se tiene la oportunidad de seguir, desde sus comienzos, su trayectoria académica e investigadora. Se me ofrece la ocasión de dar a través de este prólogo un testimonio real de tales vivencias.

La presente monografía que se ofrece a la consideración del lector se corresponde con una versión reducida de la tesis doctoral que la autora presentara en la Universidad de Alicante. El Tribunal juzgador de la Memoria de tesis, compuesto por acreditados especialistas en la materia a estudio, le hizo merecedora de la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Tuve la oportunidad de conocer a la doctora Cristina López en el año 1995 cuando, terminada su licenciatura con las máximas calificaciones y que la hicieron merecedora del premio extraordinario de licenciatura, se integró en el Departamento de Derecho civil de la referida Universidad, primero como becaria del plan de Formación del Personal Investigador y más tarde como profesora Ayudante. Su formación investigadora se vio enriquecida por su reiterada permanencia en prestigiosos centros de investigación extranjeros, cuyo fruto más notorio es la obra que se presenta a la consideración del lector, que se viene a unir a ciertas aportaciones doctrinales, fundamentalmente en dicho sector normativo, y que sin duda dan ya claras muestras de las indudables cualidades intelectuales de la autora.

El Derecho de daños constituye una de las parcelas más dinámicas de nuestro Derecho civil. Aun así, algunos aspectos todavía requieren un tratamiento sistemático ante las claras insuficiencias legales. Dentro de este contexto se encontraba, sin duda, la responsabilidad civil del menor, dado que, aun no existiendo norma alguna que prevea el supuesto específico de responsabilidad, la realidad social imponía un estudio a partir de la revisión de ciertas previsiones normativas generales que tradicionalmente vienen siendo aplicables a esta tipología de responsabilidad; acrecentado ello, además, por la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Debe ponerse de manifiesto igualmente el interés -dado el cierto componente de complejidad que viene a acompañarse por razones de una debida articulación normativa-, de aquellas tipologías de responsabilidad, como es la que viene a ser objeto de esta monografía, que se ven proyectadas en distintos sectores de nuestro ordenamiento (civil, administrativo y penal), con regulaciones independientes entre sí y en ocasiones con una disparidad injustificada de criterios. No cabe duda de que tales incidencias contribuyeron de un modo decisivo a fomentar el ánimo necesario para afrontar un cometido de este alcance.

No puede pasar desapercibida tampoco que la elección de un tema con el alcance que inicialmente pretendió años atrás la autora no dejaba ser un cometido ciertamente arriesgado en atención al escaso material normativo con el que inicialmente contaba. Afortunadamente, con el transcurso del tiempo, sus ya maduras reflexiones sobre el sector, sustentadas en gran medida en el conocimiento con profundidad de ciertas experiencias normativas de nuestro Derecho comparado, a partir de sus dilatadas estancias en las Universidades de *Panthéon Assas* (Paris II) y *La Sapienza* (Roma) bajo la dirección, respectivamente, de los profesores JAUFFRET-SPINOSI y GUIDO ALPA, le hicieron ser testigo de excepción en la propia valoración de ciertas normas que con el transcurso del tiempo se fueron configurando e incidiendo en el sector a estudio; en particular la ya referida Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores.

La obra consta de dos partes perfectamente diferenciadas. La primera se consagra al estudio de los antecedentes y el Derecho comparado a través de un análisis profundo de las correspondientes fuentes. Merece especial atención la dedicación prestada a la Codificación europea, que si bien aparece presidida por la autoridad del Derecho romano -en particular en lo referido a las normas relativas a la división por edades y a la atribución de capacidad en cada caso-, no deben desconocerse las innegables aportaciones de la corriente iusnaturalista en la vertiente de la responsabilidad del menor, fruto de la introducción de algunos principios como el de la responsabilidad por equidad.

En la redacción del capítulo del Derecho comparado la autora hace gala en todo momento de una amplia y seleccionada bibliografía y que sin duda dejan constancia del amplio conocimiento adquirido a través de las investigaciones realizadas en los referidos centros de investigación extranjeros.

A partir de tales aconteceres la autora se ha visto acreedora de numerosos argumentos de entidad en el sector, poniendo de manifiesto, entre otros, que a pesar de las diferencias normativas existentes entre los distintos sistemas jurídicos, en la vertiente práctica las soluciones vienen ciertamente a aproximarse; ello debido en gran parte a la revisión que, en el seno de la jurisprudencia de los distintos países, se viene acometiendo en relación con ciertos principios tradicionales de responsabilidad.

Se constata a lo largo de la obra que en nuestro Derecho la responsabilidad civil del menor, en contraste con lo sucedido en ciertos países de nuestro entorno, apenas ha encontrado desarrollo, carencia que queda más en evidencia con la creciente importancia que viene a revestir dicha tipología de responsabilidad civil ante los nuevos parámetros sociales.

En la segunda parte de la obra, siguiendo un método exegético, la autora aborda con detenimiento y rigor ciertas cuestiones relativas a la capacidad, imputabilidad y responsabilidad extracontractual del menor, a partir de una sistematización por edades, que sin duda ayuda a clarificar el contenido de la obra.

No sería riguroso entender que la menor edad abarca una sola categoría de personas sino que son más bien varios los periodos que comprende. En este sentido, la autora ha diferenciado con acierto, a efectos de su consideración, entre el periodo de la infancia -hasta el séptimo año de vida-, los menores de edad mayores de siete años -cuya capacidad o in-

capacidad, aun haciéndose depender de determinación judicial, suele cifrarse en torno a los doce, trece o catorce años— y los denominados “grandes menores”, referidos a los que se encuentran próximos al cumplimiento de la mayoría de edad. Son razones, entre otras, de tipo histórico y psicológico las que la han llevado a adoptar este límite cronológico, matizado en todo momento por un criterio basado en el discernimiento.

En torno a las consideraciones acerca de la imputabilidad, se diferencia entre menores imputables y menores inimputables, con el propósito de señalar cuándo un menor debe ser responsable. En sucesivas ocasiones la autora insiste en que no es necesario cumplir dieciocho años para comenzar a comprender el alcance y significado de determinados actos y actuar consecuentemente: desde el momento en que la madurez de la persona se encuentra presidida por los elementos cognitivo y volitivo, se puede considerar a ésta imputable y por tanto responsable.

Aun cuando la autoridad que ejercen los padres sobre sus hijos no se concibe con el mismo rigor que hace unas décadas —en consonancia con ciertas reformas operadas en materia de Derecho de familia— parece claro que ello no ha sido suficiente para que los Jueces y Tribunales hayan podido corregir el excesivo rigor que caracteriza la responsabilidad de los padres. Últimamente se viene afirmando que, en el ámbito de la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos, se ha producido una progresiva objetivación que revela un claro y decidido intento por ampliar la cobertura del daño en virtud del principio *pro damnato*. En este sentido, compartimos la opinión de la Dra. Cristina López en torno a la consideración de que ya no se puede defender a ultranza que un menor no responde en ningún caso de las consecuencias que se deriven de sus actos ilícitos. Aun con todo, la doctrina del Tribunal Supremo sigue condenando a sus guardadores, si bien en alguna ocasión lo ha hecho con carácter solidario. Ciertamente, como apunta la autora, no es que el Tribunal Supremo tenga un especial apego a este tipo de condenas, sino que normalmente son las víctimas quienes dirigen la demanda contra el patrimonio más solvente.

La doctora Cristina López acomete asimismo un profundo estudio de la doctrina jurisprudencial, intentando en todo momento, pese a las indudables dificultades que ello conlleva dada la dispersa casuística, extraer concretas conclusiones acerca del proceder jurisprudencial, con la pretendida finalidad añadida de enriquecer con dicho análisis actualizado la tipología de responsabilidad a estudio.

Hubiera quedado incompleta la obra, a mi entender, si el estudio no se hubiera hecho extensivo a los casos en los que el menor causante de un daño se encuentra sometido a alguno de los mecanismos de protección que ofrece la Administración pública. En esas circunstancias y tras las últimas reformas administrativas y procesales acaecidas, siempre que se resuelva algún asunto relativo a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, será competente la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso en aquellos casos en los que sea codemandado un sujeto particular. Como sabemos, la Administración responde de las lesiones sufridas por particulares siempre que sean consecuencia del fun-

cionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Pero siendo ésta una responsabilidad objetiva, reclama mi atención el hecho de que en la *praxis* jurisprudencial se ha venido a incorporar —si bien no en todas las actividades de la Administración— un claro elemento valorativo fáctico, aunque no subjetivo, en la apreciación de la relación de causalidad en el funcionamiento del servicio público. A partir de este criterio valorativo, se ha introducido una clara interpretación restrictiva del nexo causal. Si se parte de tales premisas, se comprenderá que el perjudicado por la acción de un menor, posea en la vertiente administrativa menos expectativas que en sede civil, pese a los criterios, respectivamente, objetivo y subjetivo que le sirven de fundamento.

Especial atención merece el tratamiento dispensado a la denominada responsabilidad civil derivada del delito o falta regulada en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Si bien esta Ley lleva en vigor poco más de año y medio, ya se han puesto de manifiesto las dificultades que conlleva su aplicación y las contradicciones existentes entre un texto, sin duda repleto de buenas intenciones, y la realidad social del colectivo al que afecta.

En relación con la edad penal, la doctora López Sánchez realiza un completo análisis de los límites o franjas de edad. Este panorama legislativo cobra todavía mayor actualidad, si cabe, a propósito de la promulgación de la Ley 9/2000, de 22 de diciembre sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, al suspender la aplicación de la Ley del menor en relación con aquellos jóvenes que tuvieran entre dieciocho y veintiún años por un plazo de dos años desde su entrada en vigor. Dicha actualidad se reafirma asimismo como consecuencia de la Ley 7/2000 de modificación del Código penal y de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, limitativa de la aplicación de la Ley del menor al excluir de la misma a los infractores con edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años que hubiesen cometido un acto de naturaleza terrorista.

La autora formula su crítica en torno a la incomprensible regulación dual de la responsabilidad civil en dos textos normativos distintos y con ello se adscribe a la tendencia de los que consideramos que la responsabilidad civil existe en tanto se viene a colmar la pretensión indemnizatoria de la víctima que ha sufrido el daño, siendo indiferente si ese daño ha nacido de un ilícito civil o penal.

Ante todo sobresale el dato de que con la Ley del menor se introduce una nueva tipología de responsabilidad, en virtud de la cual cuando el responsable del daño tuviera más de catorce pero menos de dieciocho años responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por ese orden, y si éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos. Pese a que la autora no desconoce otras posiciones, se inclina por entender que del precepto señalado se desprende que la responsabilidad

civil del menor es una responsabilidad por culpa, en tanto que la responsabilidad civil de las personas enumeradas es objetiva.

Algo semejante ocurre con el criterio de imputación de responsabilidad que se debe adoptar en relación con las personas que responden solidariamente con el menor, donde la doctora se decanta, creemos acertadamente, por una interpretación literal y rigurosa que atiende al orden de aparición de personas efectuado en el artículo referido. No es ésta una solución unívoca sino más bien una de las posibles interpretaciones que suscita la formulación del art. 61.3 LORPM.

Hubiera sido deseable que la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores se hubiese remitido a la regulación del Código civil en lo referente a la responsabilidad civil *ex delicto*, o al menos que el legislador se hubiera preocupado de coordinar las normas de responsabilidad civil en los distintos textos legales. Pese a ello, y como bien advierte la autora, a la víctima que sufre el daño derivado del ilícito penal siempre le queda la posibilidad de optar entre ejercitar la acción civil conjuntamente con la penal —mediante una pieza separada y ante el Juzgado de Menores— o evitar la aplicación de dicha Ley si reserva la acción civil para ejercitarla en la jurisdicción ordinaria que corresponda, civil o contencioso-administrativa, según intervenga o no la Administración pública. De ahí que el recurso a la reserva de acciones permitirá a la víctima dirigir su pretensión ante el orden jurisdiccional donde de una forma más segura vayan a ser satisfechas sus pretensiones. Además, aunque no se reserve la acción civil, como la sentencia obtenida en la pieza separada de responsabilidad civil no tiene eficacia de cosa juzgada, se podrá comenzar de nuevo y seguir un procedimiento civil ordinario.

Resulta ciertamente paradójico que, ante un mismo tipo de responsabilidad, la promulgación de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en lugar de haber unificado las normas contenidas en los Códigos civil y penal, ha dado lugar a lo que la autora se refiere como un *tertium genus* de responsabilidad civil.

Con estas líneas concluyo la presentación de una obra a la que me siento vinculado, entre otros aspectos, por haber dirigido su realización. Con ella se ofrece un estudio completo sobre la responsabilidad civil del menor, respecto a la que, no obstante, dada la evolución constante a la que inexorablemente se ve abocada dicha tipología de responsabilidad, futuros trabajos podrán seguir reflexionando sobre ciertos aspectos que en el momento actual permanecen todavía abiertos. La presente obra acredita a la doctora Cristina López como una civilista rigurosa y profunda, y por ello debemos felicitarla, augurándole importantes logros en su trayectoria universitaria.

JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

Es fácilmente constatable que la realidad social actual dista mucho de la que presidió en el momento de la redacción de nuestro Código civil. En este sentido, el legislador de 1889 no pudo reflejar algunos aspectos cuya falta de regulación resulta hoy día de mayor evidencia. En concreto, los daños derivados de la actuación —u omisión— de un menor de edad suscita una cierta problemática, no tanto en relación con la responsabilidad que por la misma se puede generar a cargo de sus guardadores que, como sabemos, sí que aparece regulada en el Código civil, sino más propiamente en torno a la responsabilidad que en su caso pudiera corresponder al menor imputable.

A partir de tales postulados, el propósito de la presente obra reside en el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de los menores que por su estado de desarrollo tuvieran suficiente capacidad de entender y querer, y por lo tanto pudieran ser considerados civilmente imputables. A estos efectos, hemos considerado de sumo interés rescatar del Derecho romano la clasificación por periodos de edad comprendidos en la minoridad y adaptarla a la situación actual.

Todos hemos sido niños antes que hombres¹. Por ello resulta fundamental destacar la existencia de etapas de crecimiento, en virtud de las cuales vamos a considerar diferentes grados de entendimiento. En este sentido, debe reconocerse que no pueden extraerse las mismas conclusiones con relación a un menor de dos años que respecto a otro que tenga ocho años; pero es que ni siquiera la capacidad y grado de entendimiento que pudiera poseer éste sería comparable a la de un menor de doce o trece años y, desde luego, mención especial merece la categoría formada por aquellos menores que se encuentran próximos a la mayoría de edad.

En virtud de lo anterior, si en muchas ocasiones el menor de edad ha sido ubicado dentro de la categoría genérica de las personas incapaces —sobre todo a partir de la tradicional equiparación entre los *furiosi* y los *infanti* efectuada en el Derecho romano—, aunque tal afirmación en parte sería cierta, en todo caso se debería matizar que las referencias comunes únicamente comprenden los dos extremos de ambas categorías, es decir, a quienes padecen alguna anomalía o enfermedad mental grave y

¹ DESCARTES, *El Discurso del método*, ed. de ARNAU GRAS, H./GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, J. M., Madrid, 1993, segunda parte, p. 44.

a los menores de escasa edad. Aun con todo, los conceptos deben quedar claramente delimitados y en ese sentido es preferible evitar su uso conjunto o, en todo caso, tener presente que son incapaces los infantes, que en realidad son los únicos menores a los que, de entrada, no se les reconoce capacidad alguna, bien entendido que nos referimos a la capacidad natural o capacidad limitada de obrar, puesto que la capacidad jurídica no resulta discutible en este caso y la plena capacidad de obrar no se adquiere hasta el cumplimiento de la mayoría de edad legalmente establecida.

Es por ello por lo que únicamente cuando nos refiramos a los menores de corta edad, podemos calificarlos de sujetos incapaces. Pero en todo caso pretendemos incidir en que no resulta aconsejable conceptuar en la misma categoría de la incapacidad a los infantes y a los enajenados. Debe observarse que no se puede situar en el mismo nivel de inimputabilidad a quien sufre una anomalía, una alteración psíquica o un síndrome de abstinencia, con un menor de edad, puesto que aunque éste no tuviera aún capacidad natural, se trata de situaciones distintas. Y ello porque si el deficiente o enfermo psíquico suele padecer una enfermedad de tipo mental y carece de capacidad para entender el carácter ilícito de su conducta y de obrar conforme a esa comprensión, al menor lo que le sucede es que todavía no ha alcanzado la edad de razón y su desarrollo intelectual no le procura la madurez necesaria para comprender el alcance y significado que tienen sus actos².

Los términos menor e incapaz no tienen por qué ser sinónimos; se intentan conjugar dos supuestos que no siempre son coincidentes³. Si bien no existe duda acerca de que toda persona mayor de edad en principio y salvo que se encuentre incapacitada posee capacidad de obrar, tampoco se debe cuestionar que la denominada capacidad de obrar admite graduaciones. Ello significa que si el propio contenido de la capacidad de obrar es variable, no es posible erigir la incapacidad del menor como un principio general.

A tenor de lo anterior el menor de edad no es siempre un ser incapaz, sino que junto a los derechos inherentes a su propia persona, se debe atender a las obligaciones a las que puede verse sometido, con las limitaciones propias de su edad y en atención a su nivel de desarrollo.

En lo que se refiere a la protección del menor, por todos es conocido y defendido el avance social y normativo que en los últimos años ha caracterizado este sector normativo. Precisamente debido a esas razones se han dictado normas au-

² En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, p. 351; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, 1992, p. 188.

³ Como señaló la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia de 20-6-1969, una cosa es la edad natural o física y otra distinta es la edad mental o coeficiente intelectual, *RJ/A*, 1969, n.º 3725.

tonómicas, nacionales e internacionales con el fin de proteger a los menores. Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han reforzado la construcción de un estatuto jurídico de la menor edad y como consecuencia se ha avanzado considerablemente en relación con el reconocimiento de sus derechos y se han consolidado los mecanismos encaminados a verificar el cumplimiento de todas las garantías que merece su persona.

Esta nueva orientación del Derecho de menores ha supuesto que, en la mayor parte de sistemas jurídicos de los países desarrollados desde finales del siglo XX, se haya procedido a un reconocimiento pleno y sin ambages, tanto de la titularidad de los derechos en los menores de edad como de la capacidad progresiva que van adquiriendo en relación con su ejercicio. Ciertamente, en el Derecho español destaca la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, que se caracteriza por reflejar una concepción de los menores como una categoría formada por unos sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social⁴. Si bien con carácter general la promulgación de esta Ley supuso una reactivación en el panorama nacional de los derechos del menor, se le podría objetar, por lo que ahora nos interesa, el que no hubiera efectuado ninguna distinción del menor por edades y el que tampoco hubiera hecho mención alguna a las condiciones requeridas en torno a la madurez⁵.

En nuestro sistema jurídico, el tratamiento que otorga la Constitución española a la protección de la menor edad permite que este marco de defensa y tutela se extienda progresivamente mediante las Leyes elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencias transferidas⁶. Además, este sector normativo se

⁴ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, I., *La situación jurídica del menor en el marco de las Leyes de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1998, p. 12.

⁵ ASIMISMO, LÓPEZ SAN LUIS, R., *La capacidad contractual del menor en el derecho francés y español*, Almería, 1999, p. 32.

⁶ Entre las leyes y normas adoptadas en el ámbito autonómico destacan la Comunidad de Cataluña (Ley 11/1985, de 13 de junio, de Protección de Menores; Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción; Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes y de modificación del Código de Familia); Navarra (Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo, sobre Adopciones, Acogimiento Familiar y Atención a Menores); Aragón (Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores); Islas Baleares (Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados); Extremadura (Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención de Menores); Valencia (Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia); Principado de Asturias (Ley 1/1995 de 27 de enero, de Protección del Menor); Madrid (Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia); Murcia (Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia); Canarias (Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores de la Comunidad Autónoma de Canarias); Galicia (Ley 3/1997, de 9 de junio, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Autónoma de Galicia); Andalucía (Ley 10/1998, de 14 de diciembre, de Protección de Menores); La Rioja (Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor); Cantabria (Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia); Castilla-León (Decreto 57/1998, de 7 de abril, por el que se dictan normas de Protección de Menores) y Castilla-La Mancha (Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor).

proyecta con la remisión del art. 39.4 CE a los Acuerdos internacionales⁷, entre los que hay que destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo art. 3.2 establece el compromiso que tienen los Estados de asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, así como la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992, que entiende por niño (art. 8.1) a todo ser humano hasta la edad de dieciocho años, salvo que en virtud de la legislación nacional que le fuera aplicable hubiera alcanzado con anterioridad la mayoría de edad.

Ahora bien, como ya ha quedado evidenciado, el objeto de la presente obra se centrará precisamente en el estudio de las obligaciones del menor y, en concreto, en la consideración de su responsabilidad extracontractual. Al contrario de lo que acontece en otros Derechos, en nuestro ordenamiento civil no se ha establecido ninguna edad que precise a partir de qué momento se adquiere discernimiento, sino que únicamente el art. 315 Cc señala que la mayoría de edad empieza con el cumplimiento de los dieciocho años⁸ y, lógicamente, no se puede pretender que una persona sea absolutamente incapaz hasta el cumplimiento de la edad referida. Es por estas razones por las que pretendemos constatar que el reconocimiento de la capacidad limitada del menor va a depender de diversos factores, como su edad, personalidad, formación individual y el ambiente en el que se desarrolle.

En efecto, si bien la plenitud de la capacidad de obrar se obtiene con los dieciocho años, a medida que se van cumpliendo años los menores adquieren una capacidad restringida o natural. Ha sido abandonada la postura que entendía que el menor de edad era un ser incapaz excepcionalmente habilitado. Y ello porque a pesar de que no se adquiera la plena capacidad de obrar hasta el cumplimiento de la mayoría legal, cuando se constate que el menor ha cumplido una determinada edad y además tiene cierto juicio, se puede concluir que tiene capacidad natural y precisamente por ello va a poder intervenir en el tráfico jurídico.

En esas circunstancias, el menor posee cierta capacidad natural aunque sea para realizar negocios de escasa relevancia. Es posible reconocer con carácter general esa capacidad limitada, puesto que existen elementos suficientes para construir jurídicamente la capacidad general del menor dentro del ámbito limitado de sus aptitudes naturales. La naturaleza y dignidad de la persona exigen que en ella la

⁷ Destacan también la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

⁸ Igualmente en el Derecho francés, *vid.* LAYRE, D., *La responsabilité du fait des mineurs*, th., Paris, 1983, pp. 97-8.

capacidad de obrar sea la regla general y que las restricciones y limitaciones constituyan siempre la excepción⁹.

Se debe apuntar que el propio Código reconoce en ciertos supuestos que un menor de edad tiene capacidad suficiente en relación con la realización de determinados actos. Como decimos, ha de rechazarse la idea de que el menor se halla afectado por una incapacidad absoluta y tendrá que admitirse, en cambio, que se trata de una capacidad de obrar limitada.

Junto al reconocimiento de esa capacidad restringida, se debería señalar en qué momento se empieza a ser civilmente imputable, en el sentido de que el sujeto tiene capacidad no sólo para conocer el alcance de sus actos, sino también para actuar de acuerdo con su voluntad. En cualquier caso, no resulta fácil determinar una edad a partir de la cual el menor puede ser considerado jurídicamente responsable; se puede optar entre fijar un límite invariable, como ocurre en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, donde se ha establecido el límite a los catorce años, o adoptar una regla más flexible que permita al Juez en cada supuesto atender a las circunstancias concretas.

Debido a que en nuestro ordenamiento civil no se ha determinado una edad límite, esta incertidumbre se traduce en la resolución de conflictos. Lo que sí ha quedado claramente delimitado son los extremos de la clasificación que hemos adoptado. Por un lado, cabe indicar que por debajo de cierta edad el menor carece de toda capacidad; y, por otro lado, se puede afirmar que los adolescentes próximos a la mayoría de edad se caracterizan precisamente porque han adquirido una capacidad y un discernimiento casi pleno¹⁰ y ello, evidentemente, debe traducirse en las consecuencias prácticas que expondremos. Habría que atender al desarrollo intelectual y personal que corresponde a cada edad y, en concreto, a cada sujeto individualmente considerado, partiendo siempre de un modelo de referencia acorde con cada situación.

Se debe puntualizar que si el cumplimiento de la mayoría de edad ha constituido siempre uno de los hechos incidentales más relevantes en conexión con la capacidad de obrar general, no se puede obviar que desde un punto de vista histó-

⁹ La consideración doctrinal favorable al reconocimiento de una capacidad general del menor parte de DE CASTRO, quien en lugar de sostener la teoría que abogaba por la incapacidad absoluta del menor, señaló que era una persona limitadamente capaz, *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, p. 189; en el mismo sentido, JORDANO FRAGA, F., «La capacidad general del menor», *RDP*, 1984, pp. 891-2; Díez PICAZO, L., voz «menor edad», *NEJ*, 1978, t. XVI, pp. 273-4; POLAINO NAVARRETE, voz «menor de edad penal», *EJB*, III, p. 4265; DE COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1991, p. 185.

¹⁰ GISSER, F., «Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation: la premajorité», *JCP*, 1985, p. 56.

rico, ese límite ha sufrido algún cambio, así como que en los distintos ordenamientos jurídicos no se ha fijado la mayoría de edad igualmente¹¹. Este límite descendió de los veinticinco años que regulaba la *Lex Plaetoria* del siglo II a. C., a los veintitrés años; posteriormente se adoptó la edad de veintiún años, sobre todo por influencia de Ley francesa sobre el *État civil des citoyens*, de 20 de septiembre de 1792, hasta llegar a la actual mayoría de edad fijada en los dieciocho años.

Con todo, nuestro propósito es el de relacionar la minoría de edad con la responsabilidad extracontractual en aras de extraer conclusiones que nos permitan interpretar una situación que no goza de una regulación legal expresa y que con arreglo a la autonomía y libertad que se han ido confirmando al menor, no encuentra parangón en el siglo pasado y necesita respuestas que en la mayoría de los casos han venido dadas por la jurisprudencia.

En relación con lo anterior, la justificación del estudio de la capacidad del individuo atiende a que el término responsabilidad, de origen latino, proviene de *responsus* participio pasado de *respondeo*, que significa responder, y de *habilitas* que significa actitud o capacidad. Realizada esta precisión terminológica señalamos que la consideración de la capacidad para responder se convierte en uno de los pilares del estudio de la responsabilidad de un menor de edad, puesto que ésta sólo tendrá razón de ser en la medida en que el menor tiene suficiente capacidad.

En las páginas siguientes analizaremos la responsabilidad civil extracontractual del menor de edad, que será completada con la responsabilidad de las personas encargadas de su cuidado en el momento en que éste causó el daño. La responsabilidad por el hecho ajeno obedece a una doble finalidad, por un lado, que la víctima cuente con un responsable solvente y, por otro, incitar a quienes cuidan de los menores a que actúen con eficiencia en orden a evitar posibles accidentes. Es ésta una obra donde, debido al alcance de la materia, se han abordado, además del Derecho civil, otros ámbitos jurídicos, en concreto, el Derecho penal y el Derecho administrativo. Y ello porque junto a la responsabilidad extracontractual derivada de los actos u omisiones ilícitos civiles, la reciente entrada en vigor de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se refiere a la responsabilidad civil *ex delicto* de los menores con edades comprendidas entre los catorce y dieciocho años, y pese a que entendamos que, en puridad de términos, la responsabilidad en ambos casos tiene la misma naturaleza, las diferencias norma-

¹¹ Si bien en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se ha establecido a los dieciocho años, todavía en algunos se alcanza a los veintiuno; en estos casos se plantearía un interesante problema de Derecho internacional privado en torno a qué ocurre cuando un extranjero menor de edad es mayor de edad según el Derecho español y comete un ilícito.

tivas nos obligan a proceder a un estudio separado. Además, junto a esta nueva Ley penal, las últimas reformas acaecidas en materia administrativa y procesal nos llevan a abarcar también las consecuencias derivadas de la aplicación del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en aquellos supuestos en los que los vínculos de dependencia entre las partes se refieran a algún ente público que haya asumido la tutela o la guarda de un menor.

Por último, destacamos que este sector normativo se encuentra en constante evolución. Prueba de ello es que en todos los países la jurisprudencia ha contribuido notoriamente a su desarrollo, acomodando las normas a las necesidades sociales del momento en que deben ser aplicadas. De ahí que actualmente, más que reducir a una división polar la consideración de la responsabilidad o irresponsabilidad del incapaz entre los diferentes ordenamientos jurídicos que hemos analizado, se observa que la tendencia avanza sobre todo hacia la protección de la víctima y, desde esa perspectiva, cada vez se acercan más algunas de las posturas que en un principio aparecían diametralmente opuestas. En ese sentido, justificaremos a continuación cuándo, en coherencia con nuestro ordenamiento jurídico, un menor de edad puede responder atendiendo a que tenía suficiente capacidad.

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DERECHO VIGENTE

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PRELEGISLATIVOS

1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS MENORES DE EDAD EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD DE SUS PADRES

Los primeros pilares que forjan la responsabilidad o irresponsabilidad del menor de edad constituyen el basamento del Derecho actual. De ahí que sea fundamental lograr vislumbrar una panorámica unitaria de la materia, de forma que partiendo de la claridad propia de los postulados del Derecho romano, nos introduzcamos en la controvertida situación jurídica que ofrece el Derecho intermedio, y alcancemos las soluciones propuestas por las principales Codificaciones civiles.

El término *responsabilidad* no encuentra una traducción literal entre sus precedentes, pero ello no significa que su contenido sea también novedoso. La advertencia no es ociosa puesto que aunque no fuera empleado hasta una época posterior, lo cierto es que ya en Roma se aplicaba esa noción¹. El término aparece en la Edad Media y será a partir del siglo XVIII cuando su uso se institucionalice, adquiriendo en el siglo XIX su importancia actual.

La responsabilidad del menor debe ser estudiada desde una óptica indirecta y ello porque, al abordar de lleno la existencia de una responsabilidad del menor de edad, conviene dar respuesta a una premisa previa.

Teniendo en cuenta que en el Derecho antiguo no existía una responsabilidad extracontractual en el sentido y con el alcance que actualmente posee, así como que en el Derecho romano sólo eran fuente de responsabilidad aquiliana algunos hechos específicamente recogidos, nos preguntamos si dentro del ámbito extracontractual ha existido siempre un principio general sobre la responsabilidad por hecho ajeno, o si tal formulación es fruto de una elaboración doctrinal posterior.

¹ A este respecto se puede consultar la disquisición teórica que M. VILLEY efectúa acerca del vocablo “responsable” en su artículo «Esquisse historique sur le mot responsable», en *La Responsabilité à travers les Âges*, Paris, 1989, pp. 75 ss.

Asimismo, no se puede obviar que dentro del concepto de la *menor edad* no se engloba una sola categoría de personas. Desde tiempos remotos se apuntan agrupaciones por edades, tendentes a incluir al menor en uno u otro grupo en función de la consideración inmediata de sus características y sobre todo atendiendo a su edad biológica.

A lo largo de la historia la responsabilidad del menor ha sido regulada con distintos matices. No contamos con una ordenación unitaria sino que se han ido adoptando diversas soluciones. A la sazón, los juriconsultos romanos sustentaron en alguna ocasión la irresponsabilidad absoluta del menor, mientras que otras veces observaron claros indicios de responsabilidad, basados en la capacidad que adquirirían los menores a partir de cierta edad. A partir de estas premisas nos preguntamos si el menor de edad podía ser culpable, en el sentido de si tenía capacidad suficiente para responder del daño que hubiera podido causar. En el Derecho romano no sólo se debe atender a la minoridad del autor del daño, sino también a la consideración exacta de su edad, puesto que sólo si el menor había cumplido una determinada edad, debía responder de las consecuencias que se derivasen de sus propios actos.

En definitiva, la comprensión de la responsabilidad por el hecho ajeno se completa con el análisis de los antecedentes históricos y legislativos que la conforman. En este sentido, resulta fundamental hallar una ilación lógica desde los albores del Derecho romano, atravesando el Derecho de la Edad media, hasta los umbrales de la Codificación, puesto que sólo entonces podremos aventurarnos a señalar que se comienza a dominar las articulaciones de esta materia. Los orígenes de una institución, aunque constituyan sus antecedentes, no siempre van a ser plenamente coincidentes con su significado actual. Si bien ciertas figuras se conservan con una regulación idéntica o por lo menos muy similar a la que en su día les confirió el *Ius civile*, en otras se pueden hallar algunos vestigios en el Derecho antiguo sin que su ordenación actual coincida enteramente con la pretérita. Sea como fuere, no se trata de generalizar, sino de estudiar individualmente cada uno de los aspectos que componen la responsabilidad del menor y concluir apuntando en qué medida podemos trazar un seguimiento legislativo.

2. DERECHO ROMANO

2.1. Consideraciones generales

Con relativa facilidad se puede reconocer la existencia de una responsabilidad

extracontractual por el hecho ajeno durante la vigencia del Derecho romano². Si bien las raíces del Derecho civil y del Derecho penal se encuentran en Roma, podemos constatar que en los primeros tiempos ambas responsabilidades estaban unidas³. Es un principio inconcuso que los primeros elementos de la responsabilidad civil fueron tomados del Derecho penal, y en ese sentido la noción de reparación se introdujo posteriormente. De ahí que el delito público y el delito privado tuvieran un mismo origen y sólo con el discurrir de los siglos comenzaron a diferenciarse⁴.

Téngase en cuenta que el carácter privado de la justicia arcaica se pone de manifiesto con la primitiva idea de venganza y el pago de una pena-indemnización. Esa relación se manifestaba a través de la existencia de dos categorías: los *crimina* y los *delicta o maleficia*⁵, siendo estos últimos incluidos por Justiniano entre las fuentes de las obligaciones junto a los contratos, cuasicontratos y cuasidelitos⁶.

En un principio la reparación aparece considerada como una pena. Las víctimas de un daño reaccionaban violentamente contra los perjuicios sufridos y pre-

² Entre los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, no es lo mismo que se tenga que responder por los daños causados por una persona *sui iuris* o por un *alieni iuris*. Si el perjuicio había sido ocasionado por un *sui iuris* —es decir por una persona libre y no sometida a la potestad de otra—, en el antiguo Derecho romano la regla de la personalidad de la culpa regía de forma rigurosa. Posteriormente se introdujeron fundamentalmente dos excepciones: una hacía responder al padre de familia por las cosas arrojadas, vertidas o suspendidas desde alguna parte de la vivienda de forma que al caer pudieran dañar a alguien —son los cuasidelitos de *effusus vel deiectis* y de *positis et suspensis*—, y la otra recogía la responsabilidad que incumbía a ciertas personas por los delitos cometidos por sus encargados, así, la *actio furti vel damni adversus nautas, caupones et stabularios*. Aquí nos referiremos a la responsabilidad resultante del delito cometido por un *alieni iuris* o, lo que es lo mismo, por el hijo sometido a la potestad del *paterfamilias* o por el esclavo situado bajo el poder de su *dominus*.

³ Sólo con posterioridad, aproximadamente a partir del siglo XIII, se distinguieron estos dos tipos de obligaciones.

⁴ THOMAS, J. A. C., «Desarrollo del Derecho criminal romano», *AHDE*, 1962, p. 10; SILVA MELERO, V., «Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal», *ADP*, 1948, p. 248.

⁵ Actualmente el delito lo concebimos como inseparable de la acción pública y de la pena pública. Sin embargo, en el Derecho romano se diferenciaba entre delitos privados y delitos públicos; las conocidas obligaciones *ex delicto* derivaban sólo de cuatro delitos típicos; *furtum, rapina, iniuria* y *damnum iniuria datum*.

Los *crimina* se referían a los delitos públicos, mientras que los *delicta* designaban los delitos privados. Así, OURLIAC, C. P./DE MALAFOSSE, J., *Derecho Romano y Francés Histórico*, trad. y anot. M. Fairén, t. I, Barcelona, 1960, pp. 567-9; ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, trad. J. M. Caramés Ferro, Buenos Aires, 1986, pp. 405-6; KASER, M., *Römisches Privatrecht*, München, 1981, p. 200; CARDASCIA, G., «Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain», en *La Responsabilité à travers les Âges*, Paris, 1989, p. 1; FERNÁNDEZ BARREIRO, A./PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho patrimonial romano*, Madrid, 1991, p. 325.

⁶ Sobre la clasificación de las fuentes en los textos romanos, *vid.* WOŁODKIEWICZ, W., «Obligaciones ex variis causarum figuris», *RJSG*, 1970, pp. 79-81. Al respecto y concretamente en relación con la naturaleza y características de los delitos y cuasidelitos, *id.*, «Sulla cosiddetta responsabilità dei “quasi delitti” nel Diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna», *Estratto dal volume: La formazione storica del Diritto moderno in Europa*, vol. III, Firenze, 1977, pp. 1281 a 1293; STOJCEVIC, D., «Sur le caractère des quasi-délits en droit romain», *IUR-A*, 1957, I, pp. 57 ss; CHASTAGNET, Y., *Contribution à l'étude historique et critique de la notion de quasi-délit*, th., Bordeaux, 1927; GORDON, W. M., «The roman class of Quasi-delicts», en *Estudios Sánchez del Río*, Zaragoza, 1967, pp. 303 ss.

tendían alcanzar una reparación por parte del autor material del daño, con independencia de que fuese o no culpable⁷. De ahí que en el Derecho romano más antiguo la responsabilidad fuera objetiva, y en ese sentido se admitía tanto la responsabilidad de los enajenados como la de los niños de escasa edad. El infante y el loco eran responsables de los actos que hubieran realizado, de manera que una vez verificado que el daño era consecuencia de sus actos, automáticamente debían responder en calidad de autores directos, sin importar su edad ni su grado de capacidad⁸. El perjudicado ejercitaba la venganza sin comprobar si quien le ocasionó el daño era capaz de culpa; sólo se requería que se hubiera causado una injusticia objetiva, de modo que prevalecía el criterio en virtud del cual bastaba con la comisión material de un hecho para incurrir en responsabilidad.

No obstante, pronto se advirtió que para que existiera la responsabilidad no era suficiente con que concurrieran la *iniuria* y el *damnum*, sino que además éste debía desplegarse en sus dos vertientes, la objetiva, por cuanto que el daño causado había de ser contrario a derecho, y la subjetiva, en el sentido de que ese daño tenía que haberse causado mediando culpa del agente⁹. Como consecuencia, podríamos decir que se abandonó la consideración de la responsabilidad objetiva —utilizando la terminología actual— y se dio entrada a un sistema cuya razón de ser residía principalmente en la culpabilidad del autor del daño. Ahora ya no era el daño, sino la culpa del agente, la nota característica de la responsabilidad y a partir de entonces se pudo arremeter contra la inicua situación en la que había derivado la venganza privada.

Con todo, se deja atrás un Derecho bárbaro y objetivista para dar lugar a un sistema más coherente basado en la culpabilidad como presupuesto básico. De este modo, los actos que hubiera cometido tanto el enajenado como el niño de escasa edad¹⁰ quedaban equiparados a los fenómenos físicos o acontecimientos de la naturaleza¹¹.

⁷ En este sentido, IHERING, R., *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, t. I, *De la faute en Droit privé*, trad. O. De Meulenaere, París, 1880, pp. 4-5.

⁸ BRANCA, G., «Profili storici della responsabilità extra contrattuale», *Tem. R.*, 1967, I, p. 155.

⁹ ROSSI MASELLA, B. E., *La Lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el Derecho romano y su proyección en el Derecho civil uruguayo*, Montevideo, 1951, p. 303.

¹⁰ Gayo asimilaba el loco al infante; *vid. Inst.* 3, 109, «(...) infans et qui infanti proximus est non multum a furioso difert, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent».

¹¹ Los actos cometidos por una persona privada de discernimiento no sólo estaban considerados por los juristas clásicos como hechos exentos de culpa sino incluso como casos fortuitos. Ulpiano explícitamente señaló que no existía diferencia alguna entre el daño que causaba un *infans* y el que supondría la caída de una piedra desde un tejado (*D.* 9, 2, 5, 2). En lo que se refiere a Ulpiano son interesantes las reflexiones de DONATUTI, quien señala, comentando uno de sus textos, que aquellos que son capaces de sufrir una injuria son capaces de causarla, y para ello se necesita por lo menos ser capaz de querer y tener un desarrollo psíquico suficiente, de forma que ni el *furiosus* ni el *impuber qui doli capax non est*, pueden serlo. *Ud.* «Il soggetto passivo dell' "iniuria"», en *St. Raltz*, 1934, pp. 511-2; en el mismo sentido, IHERING, R., *op. cit.*, p. 48.

En virtud de lo anterior, todo aquél que no sabe lo que hace no incurre en ningún tipo de responsabilidad, es decir, no responde por los daños que pudiera ocasionar. El Derecho romano no se limitó a constatar la irresponsabilidad del loco y del menor de corta edad, sino que en ciertos casos reconoció la responsabilidad de las personas que tenían bajo su potestad a quien cometía el acto ilícito, atendiendo fundamentalmente a los vínculos familiares y a la edad concreta de ese menor.

Mención aparte merecen las primitivas formas de reparación del daño. En la antigüedad la sociedad estaba fuertemente organizada en grupos, de forma que cuando uno de sus miembros causaba un daño a un individuo perteneciente a otro, la venganza no era individual sino colectiva, y mientras el grupo del damnificado ejercitaba la venganza, el grupo del causante del daño quedaba solidariamente expuesto a sufrir sus consecuencias. Ese carácter tan marcadamente colectivo, contribuyó a que el grupo, la familia o el clan¹² defendiese conjuntamente el perjuicio sufrido por cualquiera de ellos. En ese contexto la introducción de la Ley del Talió supuso un avance, porque a partir de entonces quien padecía el perjuicio únicamente podía reclamar un resarcimiento o ejercitar una venganza acorde con el daño que había sufrido¹³, y en ese sentido conllevó un importante freno a la venganza privada. Si bien la venganza originaria era privada, es decir no intervenía el poder público en su disposición y ejecución, con lo cual la reacción solía ser desmedida, la misma fue reemplazada por la composición pecuniaria, que en un primer momento adquirió carácter voluntario y posteriormente tuvo carácter legal¹⁴.

Siguiendo con lo anterior, la responsabilidad colectiva dio paso a una responsabilidad de carácter personal. En ese sentido, esta responsabilidad conjunta desapareció de la práctica en el mismo momento en el que la persona se desgajó de su pertenencia a grupos. Solamente se mantuvo algún resquicio allí donde aún existía una vinculación patrimonial, como era el caso del *paterfamilias* respecto de los miembros de su familia.

Resulta importante señalar que en Roma nunca se admitió un principio general de responsabilidad por el hecho ajeno, sino que los jurisconsultos del momento daban solución a casos concretos en los que la víctima no podía ser indemnizada porque el autor material del daño no tenía capacidad patrimonial y por ello no

¹² Se apuntan otros apelativos como tribu, horda, *gens*, *sippe*, que aunque se diferencian por algunos matices, en definitiva concurren con el mismo sentido. Respecto a *familiae* y *gentes*, se hacen algunas reflexiones por LÉVY-BRUHL, H., «Sur l'abandon noxal», en *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne, 1963, pp. 195-6.

¹³ Tabla VIII, 2: «Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto».

¹⁴ En el mismo sentido, *vid.* LE COINTE, M., *Du fondement de la responsabilité civile et de la réparation des dommages causés par les incapables*, th., Paris, 1912, pp. 11-2.

disponía de patrimonio alguno. El Derecho romano recoge, entre otros, los supuestos en que el hijo o el esclavo cometían un acto ilícito donde, dada su insolvencia, se debía encontrar un responsable que se hiciera cargo de la reparación del daño.

2.2. La *potestas del paterfamilias*

En la etapa más antigua del Derecho romano, la responsabilidad por hecho ajeno guardaba una íntima relación con el contexto social, que a su vez estaba caracterizado por una fuerte conciencia de grupo. Pero tras estos estadios iniciales de agrupaciones humanas, en el Derecho romano clásico, la familia, y en concreto la *potestas* o *auctoritas* del *paterfamilias*, constituía la espina dorsal de la responsabilidad por los hechos de los *filiifamilias*.

En este sentido, la familia romana era concebida como una pluralidad de personas que giraban en torno a la autoridad de un *pater* que ejercía un poder supremo sobre sus miembros: sobre su mujer —*manus* o *potestas maritalis*—, sobre sus hijos —*patria potestas*— o sobre los hijos ajenos que hubiera adquirido mediante compra —*in mancipatio*—. La *potestas*¹⁵ del *paterfamilias* era ejercitada sobre los miembros de su familia independientemente de la edad que éstos tuvieran¹⁶. Esa potestad incluía, además del *ius noxae dandi*, el *ius vitae et necisque*, el *ius exponendi* y el *ius vendendi*¹⁷. En definitiva, la potestad estaba constituida fundamentalmente por derechos del padre sobre los sometidos a su potestad, mientras que la vertiente de los deberes quedaba relegada a un segundo plano.

En materia delictual, el *pater* debía responder de las obligaciones derivadas de los actos ilícitos cometidos por alguno de sus *alieni iuris*¹⁸. Si alguno de sus hijos causaba algún perjuicio a otra persona, el agraviado ejercitaba *noxaliter* la acción contra el *pater*, es decir, éste podía elegir entre pagar el agravio o entregar el culpable a la víctima del daño. En esos casos el *paterfamilias* respondía por la *actio noxalis* pero no como consecuencia de la obligación de guarda y cuidado de los hijos, sino que el fundamento de la reparación del hecho ilícito cometido por el hijo residía en razones de cohesión de la estructura familiar romana. Al igual que las adquisiciones patrimoniales que pudiera realizar alguno de los sometidos a su potestad

¹⁵ Al término *potestas* se le han atribuido diversos significados. Entre las fuentes romanas y los romanistas actuales aparece escasamente precisado, *vid.* BURÓN GARCÍA, G., *Derecho civil español*, t. I, Valladolid, 1898, pp. 230-4; HERNÁNDEZ TEJERO, F., «Sobre el concepto de “potestas”», *AHDE*, 1946, pp. 606 ss.

¹⁶ Se trataba de un poder tan absoluto que ni la mayoría de edad del hijo, ni su matrimonio, ni su ingreso en el ejército, entre otras causas, ponían fin a ese poder paterno, D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1981, p. 284.

¹⁷ IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 1972, pp. 531-2.

¹⁸ VOICI, P., «La patria potestas da Augusto a Diocleziano», en *St. di Diritto Romano*, Padova, 1983, p. 438.

revertían en el patrimonio del *pater*, las transgresiones que uno de ellos pudiera ocasionar, eran resarcidas por él bajo su entera responsabilidad¹⁹.

En realidad, la evolución de la patria potestad discurre paralelamente a la de la familia romana. En la última etapa del Derecho romano, y sobre todo tras la abolición de algunas instituciones primitivas –como la *noxae deditio*–, la patria potestad asume otras funciones, al surgir una serie de deberes que refuerzan las relaciones paterno filiales²⁰. En este sentido, la patria potestad deja de ser un poder unitario, autocrático y absorbente y pasa a dar lugar al reconocimiento de unos deberes de asistencia y protección respecto de los hijos, de forma que el poder del *paterfamilias* disminuye considerablemente a partir de la época postclásica.

2.3. La menor edad

En torno a una mejor comprensión de estos postulados habría que determinar en qué supuestos el menor de edad respondía de sus propios actos. Hemos señalado en otro lugar que el hijo carecía de capacidad patrimonial ya que ésta quedaba anulada por la potestad del *paterfamilias* sin importar cuál fuera la edad del sometido. En el ámbito extracontractual las penas podían recaer directamente sobre el autor material del daño, siempre que quedase demostrado que tenía el suficiente juicio para comprender el alcance de sus actos. Como originariamente el Derecho civil estaba unido al penal, difícilmente podía separarse la pena de la reparación; sin embargo, aunque el *filius* era insolvente para hacerse cargo de una reparación, sí que podía sufrir una pena que, además, solía aplicársele con carácter atenuado respecto del resto de delincuentes.

Conviene indicar cuáles fueron las calificaciones que en torno a la minoridad se establecieron en el Derecho romano²¹, puesto que el cumplimiento gradual de años va confiriendo al sujeto mayor capacidad para desenvolverse en el tráfico jurídico. La edad constituye una circunstancia modificativa de la capacidad de la persona que paulatinamente irá adquiriendo hasta llegar a su plena madurez, y todo ello en el contexto de una sociedad misógina donde estas consideraciones vienen referidas fundamentalmente a los varones, debido a que las mujeres se limitaban a pasar de la potestad de su padre a la de su marido, sin serle reconocida mayor capacidad que la de procrear.

¹⁹ MASUR, K. B., *Die Haftung der Aufsichtspersonen nach § 832 BGB*, diss., Borna-Leipzig, 1908, p. 4.

²⁰ OTERO, A., «La patria potestad en el Derecho histórico español», *AHDE*, 1956, pp. 210-4.

²¹ Respecto a esta consideración por edades, *vid.* WAIBEL, E., *Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht*, Berlin, 1970, pp. 16-8; FLACH, J., *Étude historique sur la durée et les effets de la minorité en Droit romain et dans l'ancien Droit français*, th., Paris, 1870, pp. 3 a 31.

Debe advertirse que si bien en los primeros años de vida el individuo tenía una actuación meramente endofamiliar²², conforme va adquiriendo madurez comienza a implicarse en relaciones jurídicas más complejas. El Derecho romano, siguiendo el discurrir propio de la evolución natural, estableció unas etapas cuya pertenencia a las mismas estaba determinada por la edad y, en ese sentido, adaptó el reconocimiento de capacidad y la atribución de medios de protección a cada uno de esos periodos.

Es decir, en su rudeza y materialismo primitivo, el Derecho romano apreció el desarrollo del hombre a partir de dos fenómenos de la naturaleza física, la palabra y la potencia generatriz. La palabra, porque los actos jurídicos se realizaban mediante fórmulas consagradas, y la potencia generatriz, porque constituía una condición esencial para el matrimonio. A estos dos aspectos se unió un tercero, no de carácter físico sino intelectual, lo cual permitió distinguir básicamente entre la etapa de la infancia, la edad superior a la infancia o impubertad y la pubertad, con la consecuente adquisición de la plena capacidad al alcanzar la mayoría de edad una vez cumplidos los veinticinco años²³.

La infancia –*infantia* o *pueritia*– comprende un periodo de tiempo cuyo límite resulta controvertido. Mientras algunos autores señalaban que se era *infans* hasta los dos años, otros opinaban que la inclusión de un niño en el periodo de la infancia se realizaba casuísticamente; finalmente Justiniano generalizó el término para todos los menores de siete años²⁴. Los sujetos pertenecientes a este grupo recibían el nombre de infantes –*infanti*–, de quienes se predicaba que no podían hablar –*qui fari non possunt*²⁵– y carecían de inteligencia –*nullum intellectum habet*–. Estaban asimilados a los locos –*furiosi*– pues como indican las fuentes históricas, el infante y el que se encuentra próximo a la infancia no se diferenciaban del loco²⁶. Desde esos

²² DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, p. 169.

²³ Como indica L. AMIABLE, la mayoría de edad variaba en función del ordenamiento que se tomara como referencia, «Essai historique et critique sur l'âge de la majorité», *RDH*, 1861, pp. 207-10.

²⁴ Al igual que ocurre con el establecimiento de cualquier límite objetivo con pretensiones de generalización, la cuestión no está en absoluto exenta de contradicciones. Algún autor ha creído conveniente puntualizar que la infancia no englobaba a los menores de siete años sino, exactamente, a los menores de cinco años; así, SOLAZZI, S., «Qui infanti proximi sunt», *LABEO*, 1955, p. 7.

²⁵ Así lo hace constar Ulpiano, en *D.* 26, 7, 1, 2.

²⁶ *Inst.* Gayo, 3, 109: «Sed quod diximus de pupillo, utique de eo uerum est qui iam aliquem intellectum habet. Nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent; sed in his pupillis propter utilitatem benignior iuris interpretatio facta est».

D. 9, 2, 5, 2: «Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum: cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum; et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax». Este fragmento aparece comentado en SCHIPANI, S., *Responsabilità «ex lege Aquilia»*. *Criteri di imputazione e problema della «colpa»*, Torino, 1968, pp. 219-23.

postulados, como el menor de escasa edad carecía de razón suficiente, no se le podían imputar sus actos y no era responsable de los delitos que hubiera podido ocasionar²⁷.

La edad superior a la infancia incluía a los menores desde que comenzaban a hablar hasta que alcanzaban la pubertad y constituía la categoría de los impúberes. El impúber —*impubes*— era un ser cuyo incompleto desarrollo psíquico implicaba un discernimiento inexistente o imperfecto²⁸. A su vez podemos dividir este periodo atendiendo a si el sujeto tenía una edad más próxima a la infancia —*infanti proximus*— o a la pubertad —*pubertati proximus*—. Por lo que a capacidad se refiere, al *infanti proximus* se le equiparaba a los infantes, mientras que al *pubertati proximus* se le reconocía tanto la capacidad necesaria para realizar ciertos actos como la capacidad delictual²⁹. Si según la doctrina mayoritaria la división se efectuaba a la edad de siete años³⁰, se debe señalar, tal y como adelantábamos, que en la época del Bajo Imperio se promulgó una Constitución³¹ en la que se asimiló el menor de siete años con el *infans*, con lo cual el infante y el que estaba próximo a la infancia se unificaron en una misma categoría³².

En materia de responsabilidad, el problema reside en determinar si la edad concreta constituye una circunstancia capaz de alterar el carácter voluntario de una actuación delictual. Dado que en los diversos textos se hace sentir el escaso rigor con el que se ha desarrollado este aspecto, la cuestión no está exenta de contradicciones. En ese sentido, según cuál sea la edad y tipo de delito cometido por el impúber, las opiniones de los jurisconsultos romanos más autorizados distan mucho de ser unánimes³³. Desde este punto de vista, IHERING señaló que si bien

²⁷ En el mismo sentido, NÉRAUDAU, J. P., *Être enfant à Rome*, París, 1984, p. 221. De otra parte, M. BIANCA considera que en el Derecho antiguo, la inimputabilidad se argumentaba a partir de la noción subjetiva de la culpa, *vid. Diritto civile, La responsabilità*, t. V, Milano, 1995, p. 655.

²⁸ PERRIN, B., «La responsabilité délictuelle de l'impubère en droit romain classique», *Annales Universitatis Saraviensis*, 1954, p. 239.

²⁹ FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 320; NÉRAUDAU, J. P., *op. cit.*, p. 221; DESCHAMPS, *Le dol et la faute des incapables*, th., París, 1889, pp. 29 ss.

³⁰ *Vid.* por todos ORTOLAN, M., *Explicación histórica de la Instituta del emperador Justiniano*, trad. y anot. Jiménez Serrano, Madrid, 1847, p. 42.

Una postura minoritaria considera que la división entre estos dos periodos se realiza a los once años; así, por ejemplo, NÉRAUDAU, J. P., *op. cit.*, pp. 27 y 219.

³¹ En una de las Constituciones recogidas en el *Código* de Justiniano, el emperador Teodosio fijó en siete años el final de la infancia, con lo cual el infante y el que estaba próximo a la infancia se unificaron en una misma categoría. (*Cod. Just.*, 6, 30, 18, pr.).

³² Así los romanistas empezaron a generalizar el término *infans* y lo extendieron a todo el que fuera menor de siete años. El criterio se reflejaba en el hecho de que aunque antes de los siete años los niños podían hablar, en realidad hasta esa edad no interpretaban adecuadamente el sentido que le daban a las palabras. *Vid.* NÉRAUDAU, J. P., *op. cit.*, pp. 5-4.

³³ El problema radica en averiguar si durante el Bajo Imperio se realizaron algunas interpolaciones susceptibles de modificar ciertos pasajes de las *Instituta* de Gayo así como de los fragmentos conservados del Digesto o si, por el contrario, la doctrina de los jurisconsultos clásicos no fue alterada, PERRIN, B., *op. cit.*, p. 246.

el hombre era responsable cuando tuviera inteligencia, todas las personas no la adquirirían en el mismo momento; sin embargo y a pesar de ello, existe una edad crítica a partir de la cual se es imputable. Pero en cualquier caso, en el Derecho romano no se relacionaba la responsabilidad de quienes habían superado la infancia con un momento de tiempo fijado, sino que esta cuestión era objeto de apreciación individual³⁴.

Los jurisconsultos romanos comenzaron a razonar acerca del discernimiento y la edad del delincuente y partieron de una distinción tripartita entre *infans*, *infanti proximus*—estas dos categorías estaban formadas por sujetos que no podían ser responsables— y *pubertati proximus*, clasificación que se convertiría en bipartita cuando los impúberes próximos a la infancia fueron equiparados a la categoría de los *infanti*.

El tercer periodo de edad lo constituía la pubertad. El comienzo de esta etapa dependía de un hecho natural que podía variar en función del desarrollo físico de cada persona, es decir, dependiendo de la capacidad generatriz. Sin embargo, para igualar criterios se optó por objetivar este hecho, mediante la consideración de una edad invariable y general, que servía para indicar cuándo un impúber se convertía en púber. Mientras en las mujeres la edad que marcaba el comienzo de esta etapa era los doce años, en los hombres era a los catorce³⁵, tal y como entendieron tanto Justiniano como la Escuela de los Proculyanos. Por el contrario, la Escuela de los Sabinianos defendía las virtudes de un criterio fisiológico, según el cual el desarrollo sexual había de fijarse caso por caso, tras la correspondiente inspección corporal³⁶.

Labeón señaló que el impúber era capaz de obligarse por el delito de hurto, de injuria y por lo que dispusiera la Ley Aquilia (D. 9, 2, 5, 2). Entre los juristas clásicos, Pomponio afirmó que sobre el impúber no podía recaer la pena mayor si cometía un crimen (D. 21, 1, 23, 2). Juliano señaló que para que un menor pudiera ser considerado culpable debía ser *doli capax*, matizando este atributo respecto a los que estaban cercanos a la pubertad (D. 44, 4, 26; D. 47, 2, 23). Según Gayo, el pupilo próximo a la pubertad era capaz de hurto y de inferir injuria (D. 50, 17, 111, pr.). Ulpiano señaló también que el impúber no era capaz de dolo (D. 47, 10, 3, 1; D. 47, 12, 3, 1; D. 47, 8, 2, 19; D. 4, 3, 13, 1). Y en el Bajo Imperio Constantino señaló en una de sus Constituciones que el impúber, incluso consciente, no podía ser inquietado por un crimen de falsa moneda, porque, a causa de su edad, no comprendía el alcance de sus hechos (*Code Just.* 9, 24, 1, 4). En este sentido, cfr. ROTONDI, G., «Dalla “Lex Aquilia” all’art. 1151 Cod. civ. Recherche storico-dogmatiche», *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 956.

³⁴ *Op. cit.*, p. 48.

³⁵ Así, ORTOLAN, M., *op. cit.*, p. 43; NÉRAUDAU, J. P., *op. cit.*, pp. 27 y 219; DREYFUS, E. E., *De la condition des pubères mineurs de vingt-cinq ans*, th., Paris, 1887, p. 2. Sin embargo, DREYFUS también señala que durante la vigencia de la constitución de *Servius Tullius* se consideraba que el hombre debía tener diecisiete años para ser púber, *op. cit.*, p. 2. Por su parte AMIABLE puntualiza que la consideración de los diecisiete años para los varones se debió a la fijación de un límite de edad para participar en la vida pública, concretamente para entrar en el servicio militar, *op. cit.*, pp. 210-2.

En este sentido, TAFARO realiza un estudio pormenorizado del perfil romano de los varones no infantes pero menores de catorce años, y de las hembras igualmente mayores de siete años pero menores de doce, *La pubertà a Roma*, Bari, 1993, p. 16.

³⁶ *Inst. Gayo*, 1, 196.

De lo anterior se infiere que como el púber estaba dotado de la inteligencia y juicio suficientes para poder desempeñar y personificar cualquier acto, tenía capacidad no sólo contractual sino también delictual. No obstante, hasta que no cumpliera los veinticinco años, se entendía que merecía una especial protección, que se justificaba en el hecho de evitar fraudes que pudieran comprometer seriamente su patrimonio³⁷. A partir de los veinticinco años se adquiría la plena madurez y todos los actos realizados eran válidos y por lo tanto irrevocables.

2.4. La responsabilidad noxal

El origen de la noxalidad se remonta a los Derechos más antiguos, siendo pues una institución común a los pueblos y tribus primitivos que practicaban el abandono noxal cuando alguno de sus miembros causaba un daño a otro. La cohesión y los vínculos de solidaridad que existían entre quienes formaban parte de un mismo grupo favorecieron la responsabilidad noxal. Fue posteriormente³⁸, al ir adquiriendo la responsabilidad ciertos matices individualistas, cuando el castigo dejó de afectar a todo aquel que pertenecía al grupo de quien causó el daño, y se ciñó a los delitos cometidos por personas individuales o animales sometidos a la potestad o al dominio de otro³⁹.

La noxalidad era una característica de las acciones penales⁴⁰ que otorgaba al *paterfamilias* la posibilidad de optar entre indemnizar por el daño que la persona sometida a su *potestas* hubiera podido ocasionar —*noxiam sarcire*—, o abandonar al autor del daño en manos de la víctima —*noxae deditio*—. La responsabilidad noxal sobrepone que cuando el hijo actuaba lo hacía sin el conocimiento y sin la

³⁷ Hasta ese momento los menores de veinticinco años estaban bajo la *cura minoris* y eran protegidos contra el fraude fundamentalmente a través de dos medidas: la *Lex Plaetoria* (año 191 a. C.), que recogía sanciones para aquellos que pretendieran engañarlos aprovechándose de su inexperiencia en los negocios, y la *restitutio in integrum*, que permitía a estos menores, o a sus representantes, revocar el negocio realizado. *Vid.* DREYFUS, E., *op. cit.*, pp. 6-7.

³⁸ F. DE VISSCHER señala con claridad la evolución del abandono noxal, «La nature juridique de l'abandon noxal», *RDH*, 1930, pp. 445-6.

³⁹ Respecto de los daños que pudieran causar los cuadrúpedos, *vid.* Tabla VIII: «Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege XII tabularum descendit, quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxae offerri». Y en la Tabla XII se hace referencia a los daños causados por los hijos de familia y los esclavos: «Ex maleficio filiorum familias servorumque...noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere... Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII Tabularum...». Esto mismo aparece respectivamente recogido en *D.* 9,1,1, pr. y en *Inst.* Gayo, 4, 75-76.

⁴⁰ Otras características son la intransmisibilidad pasiva y la cumulabilidad. Así, KASER, M., *op. cit.*, pp. 201-3; ARANGIO RUIZ, V., *op. cit.*, pp. 407-9; ARIAS RAMOS, J./ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, t. II, Madrid, 1984, pp. 646-7; IGLESIAS, J., *op. cit.*, pp. 471-3; SERRAO, F., «Responsabilità per fatto altrui e noxalità», *BIDR*, 1970, p. 126; *id.*, «La responsabilità per fatto altrui in Diritto romano», *Riv. dir. nav.*, 1965, p. 236.

anuencia de su padre, porque de lo contrario éste debería ser responsable directo de los daños causados⁴¹.

La responsabilidad dimanante de los actos ilícitos causados por los hijos se aproxima a la de los esclavos. En ese sentido, la responsabilidad que correspondía al *paterfamilias* coincidía sustancialmente con la del *dominus*, aunque también existían algunas diferencias entre sus regulaciones⁴².

Teniendo en cuenta que el individuo sometido a la potestad de otro no tenía capacidad suficiente ni un patrimonio solvente para hacer frente a los perjuicios que hubiera causado⁴³, resultaba lógico que otra persona quedara obligada en su lugar. De ahí que, como también adelantábamos, la razón de ser de la responsabilidad del padre por los hechos de sus hijos no residiera en consideraciones de culpa y de posesión de un patrimonio, sino que quedaba encuadrada en los deberes que constituían el ejercicio de su potestad⁴⁴.

En cuanto a los sujetos pasivos, en las fuentes anteriores al Digesto se constata que la noxalidad acompañaba a los delitos cometidos por los *filiis*. Sin embargo, a partir de la época clásica esta institución se dulcifica y si Constantino la suprimió para las hijas⁴⁵, posteriormente fue Justiniano quien la abolió respecto de los hijos⁴⁶. Cuando el Derecho romano se distanció de sus planteamientos originarios, los vetustos principios que regulaban la incapacidad patrimonial de los hijos y la

⁴¹ ROSSI MASELLA, B. E., *op. cit.*, p. 305.

⁴² Por todos, MOZARD, C., *Des actions noxales en droit romain*, th., Paris, 1883, pp. 87-90.

⁴³ OURLIAC, C. P./MALAFOSSE, J., *op. cit.*, p. 570.

⁴⁴ M. SARGENTI resume las diversas teorías en torno al fundamento de las acciones noxales: la doctrina más antigua estaba encabezada por HÜBNER, quien fundamentaba las acciones noxales en el principio *cuius commoda eius et incommoda*, considerando que el *pater* veía comprometida su responsabilidad por haber obtenido alguna ventaja de su *filius*. Esta postura ha sido superada por la doctrina, la cual se orienta a través de tres soluciones antitéticas entre sí. La primera fue la seguida por los pandectistas más antiguos, entre los que cabe mencionar a GLÜCK, para quien el fundamento de estas acciones residía en la culpa del *paterfamilias*, por no haber impedido el hecho realizado por su hijo. Al frente de la segunda solución figura ZIMMERN, que señaló la incongruencia de basar el fundamento de las acciones noxales en la culpa cuando incluso tras la Ley Aquilia esta noción aún era extraña para el Derecho romano, que basaba la responsabilidad en el daño producido *corpore corpori*, de este modo considera que el fundamento residía en un principio de carácter procesal, en la representación o defensa de la persona que el *paterfamilias* tenía bajo su potestad. En la tercera teoría, WYSS llegó a la conclusión de que la razón de ser de las acciones noxales residía en que ciertas personas no tenían capacidad, bien para obligarse y cometer un delito en sentido técnico, bien para ser titulares de un patrimonio que pudiera resarcir el daño ocasionado. *Vid.* «La responsabilité noxale in Diritto romano», en *St. scienze giur. soc.*, 1949, pp. 68-9.

⁴⁵ RECAMIER, E. L. M., *De la Loi Aquilia et du principe de la personnalité des fautes dans le Droit civil romain*, Paris, 1859, p. 62.

⁴⁶ *Inst.* Justiniano, 4, 8, 7: «Sed veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et feminis admisere. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis, quam filius periclitetur, quum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, quum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri». Igualmente, *D.* 9, 4, 1.

responsabilidad noxal del *pater* se vieron desplazados. La abolición del abandono noxal corrió paralela al reconocimiento de la capacidad patrimonial de los hijos, de modo que a partir de entonces fue posible actuar directamente contra los mismos⁴⁷.

En lo que a su objeto se refiere, la acción noxal contenía una prestación doble, a saber, el pago de una pena pecuniaria y el abandono del causante del daño en manos de la víctima. La posibilidad de abandonar al culpable demuestra cómo no se podía obligar al *pater* a que cargara con las consecuencias patrimoniales dimanantes del ilícito cometido por alguno de sus *alieni iuris*. El *pater* podía optar entre la realización de una u otra prestación⁴⁸.

Debe asimismo señalarse que la controversia en torno a la naturaleza de esta acción no es menor⁴⁹. Las dudas surgen en torno a si se trata de una acción personal —*actio in personam*— o de una acción real —*actio in rem*—. Según el parecer de GIRARD⁵⁰, la acción noxal constituiría una obligación personal del *pater*, no siendo real porque éste no efectuaba un abandono meramente material, sino que debía producirse un verdadero acto jurídico de transmisión de propiedad del hijo, por medio de la *mancipatio* de manos del *paterfamilias* a manos de la víctima del perjuicio⁵¹.

⁴⁷ RECAMIER, E. L. M., *De la Loi Aquilia...*, cit., p. 63; GIMÉNEZ CANDELA, T., *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981, p. 21.

⁴⁸ La doctrina se plantea si estamos ante una obligación alternativa o facultativa. Ante tal cuestión, creemos que el carácter de la obligación es fundamentalmente facultativo, aunque esta afirmación debe ser completada señalando que durante su vigencia cambiaba de carácter en tres momentos diferentes. En un primer momento, es decir, habiéndose iniciado la acción pero antes del trámite procesal de la *litis contestatio*, la obligación era facultativa; el padre debía proceder a realizar el abandono del hijo pero tenía la posibilidad de optar por sustituir esa prestación por la del pago. Tras la *litis contestatio* la obligación se transformaba en alternativa y, por último, después de la condena la obligación volvía a ser facultativa, pero en este tercer momento el padre no tenía la facultad de pagar la cantidad de dinero sino que, por el contrario, quedaba condenado a pagar y entonces tenía la posibilidad de optar por abandonar al culpable en manos de la víctima que había sufrido el daño. Así, GIRARD, P. F., «Les actions noxales», *RHD*, 1887, p. 449; *id.*, *Les actions noxales*, Paris, 1888, p. 41.

Con rotundidad, D'ORS afirma que la obligación es facultativa y ni antes ni después de la *litis contestatio* existe una relación de alternatividad en las acciones noxales, *vid.* «En torno a la llamada obligación alternativa», *RDP*, 1944, pp. 22-3.

Consideran que la obligación es alternativa, DE VISSCHER, F., «Il sistema romano della nossalità», *IVR*, XI, 1960, parte prima, p. 51; VALIÑO, E., «La capacidad de las personas *in potestate* en Derecho romano», *RDN*, 1967, pp. 142-3; PUGLIESE, G., «Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità», en *St. Albertario*, I, p. 258.

⁴⁹ Al respecto, GIMÉNEZ CANDELA, T., «Posesión de buena fe y noxalidad», *AHDE*, 1977, pp. 817-9.

⁵⁰ «Les actions...», *RHD*, 1888, cit., p. 35; *id.*, *Les actions...*, cit., p. 46.

En la misma línea, M. SARGENTI señala que aunque la acción noxal se aproxima a la acción real, estamos ante una acción personal, *vid.* «Riflessioni sui problemi della responsabilità nossale», *LABEO*, 1977, p. 342.

⁵¹ Sin embargo, esa *mancipatio* no podía ser asimilada al *dominium*, puesto que el hijo abandonado no se convertía en esclavo, LÉVY-BRUHL, H., *op. cit.*, p. 200.

En sentido contrario destacan tanto BIONDI –quien entiende que la acción noxal tiene todos los requisitos para ser considerada real⁵²–, como DE VISSCHER⁵³. En favor de esta postura se alude al significado y a la relevancia del principio *noxia caput sequitur*⁵⁴, en virtud del cual el *pater* que vendiera o entregara su hijo a un tercero quedaba desvinculado de la responsabilidad noxal y la víctima debía dirigirse no contra el *pater* que lo tenía en su poder en el momento de la comisión del acto ilícito, sino contra aquél que lo tuviese cuando se iniciara el proceso.

Debe reconocerse que si bien en el Derecho romano existía la responsabilidad noxal, no puede extrapolarse esta institución sin la más mínima reflexión al Derecho actual. En puridad de principios, el Derecho romano no recoge una teoría general de la responsabilidad por hecho ajeno, sino que regula ciertos supuestos aislados⁵⁵. A partir de esta consideración los autores contemporáneos aparecen divididos en dos sentidos. Por un lado destacan quienes reconocen en esos supuestos la existencia de la responsabilidad por el hecho ajeno y, por otro lado, los que se muestran detractores de sus postulados defendiendo únicamente la existencia de la responsabilidad por hecho propio.

A su vez, entre los autores que reconocen la existencia de la responsabilidad por hecho ajeno, observamos dos tendencias. Mientras algunos de estos autores han señalado que las acciones noxales constituyen el germen de la actual responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos⁵⁶, otros han puesto en entredicho la anterior afirmación, indicando que son tantas las diferencias que se trata de dos figuras distintas⁵⁷. Desde esta óptica, si no es a riesgo de violentar arbitrariamente

⁵² «Acciones noxales», *AUPA*, 1925 (Estratto del vol. X), p. 223; *id.*, «Problemi ed ipotesi in tema di azioni noxales», *BIDR*, 1928, n.º 36, pp. 113-4.

⁵³ «Il sistema romano...», *cit.*, p. 52. Este artículo se caracteriza por recoger las principales ideas que aparecen en su obra monográfica *Le régime romain de la noxalité (de la vengeance collective à la responsabilité individuelle)*, Bruxelles, 1947.

⁵⁴ Sobre el particular, PAYEN, V. A., *De la responsabilité civile du fait d'autrui en Droit français*, th., Paris, 1878, p. 125; GIRARD, P. F., «Les actions...», 1888, *cit.*, p. 418; *id.*, *Les actions...*, *cit.* p. 10; BARASI, L., *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, Torino, 1898, p. 3; BIONDI, B., «Problemi ed ipotesi...», *cit.*, p. 113; SARGENTI, M., «La responsabilità nossale...», *cit.*, pp. 83 y 119; *id.*, «Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale in Diritto romano», en *St. science giur. soc.*, 1950, p. 109; DE VISSCHER, F., «Il sistema romano...», *cit.*, p. 22; PUGLIESE, G., *op. cit.*, p. 259; BRANCA, G., «Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli», en *St. Volterra*, I, Milano, 1971, p. 103.

⁵⁵ JACQUEMIN, B., *Le fondement de la responsabilité du père et le Code civil*, th., Paris, 1964, pp. 19 a 21; MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./MAZEAUD, J./CHABAS, F., *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. I, 1991, p. 353.

⁵⁶ LABICHE, L., *De la responsabilité à raison du fait d'autrui*, th., Poitiers, 1881, p. 6.

⁵⁷ BLANC, E., *La responsabilité des parents*, Paris, 1953, pp. 20 y ss; BRANCA, G., «Profili storici della...», *cit.*, p. 157; PATTI, S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 252; FERCHICHI, B., *La responsabilità des pères et mères du fait de leurs enfants mineurs*, mém., Paris, 1973, pp. 10-1.

Algunos autores se muestran más escépticos, señalando que aunque la figura no guarda paralelismo con el Derecho actual, lo cierto es que ofrece una gran similitud. Así, BLOCH, L., *La responsabilité civile des père et mère*, Lyon, 1900, p. 13.

el sentido de las instituciones y textos romanos, no se puede establecer una vinculación directa entre el régimen noxal y la responsabilidad por el hecho ajeno tal y como hoy la entendemos y aparece regulada en nuestras leyes⁵⁸.

De lo anterior se infiere que las acciones noxales constituyen un importante precedente de la responsabilidad de los padres, puesto que desde tiempos inmemoriales se castigaba al padre por los delitos que cometiera alguno de sus hijos. Sin embargo, y a pesar de su influencia, lo cierto es que esta responsabilidad no se conserva con las mismas connotaciones de antaño, sino que ha sido objeto de algunas transformaciones⁵⁹. En el Derecho romano el padre podía liberarse del pago de la condena abandonando al culpable en manos de la víctima⁶⁰, posibilidad que no existe en la actualidad. En nuestro Derecho, si el padre no logra exonerarse, responderá civilmente por los hechos ilícitos cometidos por su hijo resarciendo el daño que éste hubiese causado. La regla *noxæ caput sequitur* denotaba el carácter no personal de la responsabilidad del padre, al contrario de lo que ocurre en la actualidad. Además, en Roma el responsable por el hecho de otro normalmente se veía obligado como consecuencia de la incapacidad patrimonial del culpable; es decir, el *paterfamilias* debía resarcir el daño o abandonar al autor material pero no en consideración a su posible culpa, sino para evitar que el perjudicado no fuera resarcido, dada la insolvencia del hijo⁶¹.

En relación con lo anterior, se alega también que existe una diferencia en cuanto que mientras en los Derechos modernos la responsabilidad de los padres nace de una culpa presunta, en el Derecho romano no había ningún tipo de presunciones y la responsabilidad paterna cubría todo daño cometido por algún hijo⁶². Asimismo, se pueden apuntar razones de tipo endógeno, pues la concepción moderna de los hijos como terceros de los que se responde, nada tiene que ver con

⁵⁸ LEÓN GONZÁLEZ, J. M., «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, t. IV, Pamplona, 1969, pp. 273-4.

⁵⁹ PAYEN, *op. cit.*, p. 125; STOICESCU, C. C., *De la responsabilité du fait d'autrui*, th., Paris, 1908, p. 16.

⁶⁰ THOYOT, G., *De la responsabilité du fait d'autrui*, th., Paris, 1910, p. 15; DE VISSCHER, F., «El sistema romano...», *cit.*, p. 4; GIORGI señala que el origen de la responsabilidad civil indirecta se ubica más en el Derecho histórico francés que en el Derecho romano, debido a que mientras en la legislación romana se concedía la *noxæ deditio*, esta posibilidad no aparece en los Códigos modernos, *vid. Teoría de las obligaciones*, trad. castellana RGLJ, vol. V, p. 381.

CAPRONNIER, explícitamente recoge que la acción noxal no es un antecedente inmediato puesto que el *pater* respondía para evitar que tras el abandono del hijo la víctima que había sufrido el daño ejerciera algún tipo de venganza sobre el culpable, *De la responsabilité civile du fait d'autrui*, th., Paris-Caen, 1903, pp. 15-6.

⁶¹ Por todos, THOYOT, G., *op. cit.*, pp. 14-5.

⁶² CHIRONI, G. P., *La culpa en el Derecho civil moderno*, t. II, trad. B. DE QUIRÓS, Madrid, 1928, pp. 96-8; DE VISSCHER, F., «El sistema romano...», *cit.*, p. 4; GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones*, *cit.*, p. 381.

la que existía en la época romana, en donde la cohesión familiar y la potestad del *paterfamilias* distan mucho de sus parangones actuales⁶³.

Así pues, la responsabilidad del *paterfamilias* romano se proyecta en la legislación actual con las diferencias reseñadas. Las acciones noxales, en su esencia, han contribuido a la formación de una posterior responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, teniendo en cuenta –como indican OURLIAC Y MALAFOSSE– que las condiciones y efectos de la acción noxal se explican con la ayuda de dos conceptos ajenos al Derecho moderno: la venganza privada y el poder familiar⁶⁴. En el mismo sentido, GIORGI opina que entre los textos romanos y la legislación actual existe una importante relación en cuanto a que, a pesar de los siglos, en ambos casos se regula la responsabilidad por hecho ajeno. No obstante, tras la confrontación de dichos regímenes se pueden extraer algunas diferencias que, a pesar de todo, no destruyen la concordia sobre la responsabilidad indirecta y sobre la forma de conseguir su sanción. La legislación actual no ha dejado en el olvido las disposiciones tradicionales⁶⁵.

Con todo, entendemos que pese a las peculiaridades propias de cada momento histórico y a la barrera cronológica que separa estos dos sistemas, la noxalidad constituye el antecedente de la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos cometidos por sus hijos más remoto en el tiempo⁶⁶.

3. DERECHO MEDIEVAL

3.1. En general

Entre los textos de la época se encuentran asimilados el enajenado y el menor, puntualizando siempre que se trataba de menores de escasa edad, puesto que si éstos, a pesar de su minoridad, eran capaces de comprender el alcance de sus actos, respondían por sí mismos.

Lo que ahora nos preocupa es la cuestión relativa a la capacidad y responsabilidad de estos sujetos. Desde este planteamiento, fueron los glosadores y comen-

⁶³ BRANCA señala que «no se puede decir que el cabeza de familia responda del hecho del tercero, y no se puede decir porque el hijo o el esclavo no son terceros como el hijo o el doméstico de la familia moderna. La familia romana era un triángulo en cuyo vértice estaba el cabeza de familia pero a lo ancho estaban los esclavos y los hijos, que por eso no eran terceros, formando una unidad en el grupo familiar (...)», *vid.* «Profili storici della...», *cit.*, pp. 157-8; *id.*, «Struttura costante della...», *cit.*, p. 102.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 570.

⁶⁵ *Teoría de las obligaciones...*, *cit.*, p. 381.

⁶⁶ Lo manifiesta la propia jurisprudencia: STS (Sala 2.ª) de 10-2-1927, *RAJ*, n.º 846; STS de 15-11-1978, *RAJ*, n.º 3444; SAP Córdoba de 27-1-1993, *Ar. C.*, 1993, n.º 37.

taristas quienes haciéndose eco de los postulados del Derecho romano, defendieron la irresponsabilidad de los incapaces. Otro criterio surgirá en la Edad moderna con el Derecho natural donde, si bien algunos autores se mantuvieron fieles a la tradición romana, otros en cambio representaron una postura novedosa y opuesta a la anterior al acudir al subterfugio del antiguo Derecho germánico y asentar los primeros atisbos de una posible responsabilidad del incapaz.

Debe observarse que los romanistas del periodo de la Edad media no aportaron más elementos nuevos a la noción de responsabilidad del padre que sus predecesores⁶⁷. La recepción del Derecho romano en Europa supuso la perpetuación de numerosos principios y, en ese sentido, los glosadores primero y los comentaristas después, siguieron pronunciándose a favor de la irresponsabilidad del incapaz, no sin antes proceder a una división de etapas dentro de la minoría de edad. Los glosadores del siglo XI restablecieron los tres periodos diferenciados en el Derecho romano, con alguna variación en torno a la delimitación por edades: *infans*, de cero a siete años; *proximus infanti*, entre siete y diez años, y *proximus pubertati*, de diez a catorce años los varones y de diez a doce años, las mujeres⁶⁸.

En este sentido, si se había establecido que los guardadores del incapaz —normalmente los padres— estaban obligados a vigilarlos, este principio igualmente fue recogido por los comentaristas, y entre ellos BARTOLO DE SASSOFERRATO estableció que los padres o familiares debían responder por los daños ocasionados por los parientes locos⁶⁹. Si como hemos señalado aparecían equiparadas las figuras del alienado y del niño de escasa edad, se infiere la misma conclusión con relación a los menores incapaces, es decir, que eran irresponsables⁷⁰.

Interesa añadir que en el Derecho canónico se afronta esta situación de forma semejante, puesto que se adoptan los criterios del Derecho romano, fundamentalmente la distinción de etapas indicada⁷¹. Además, a partir de esas nociones se establece la imputabilidad y posible responsabilidad de los menores según los casos.

⁶⁷ JACQUEMIN, B., *op. cit.*, p. 26.

⁶⁸ Así, PERRIN, B., *op. cit.*, p. 245.

⁶⁹ «Parentes nempe teneri pecunialiter de delicto per furiosos cognatos commisso, ut attentius curent ne quis de agnatione aut vicinia delinquat», *In leg. Iure provisum*, C. de Fabric. lib. II tit. 9; *vid. LABBÉ, J. E.*, «De la démente au point de vue de la responsabilité et de la imputabilité en matière civile», *Rev. crit. lég. jur.*, 1870, p. 128.

⁷⁰ En el Derecho romano los infantes carecían de inteligencia y estaban asimilados a los locos —*furiosi*— pues el infante y el impúber que se hallaba próximo a la infancia no se diferenciaban del loco, debido a que los menores de esa edad no tenían ninguna inteligencia. El infante estaba desprovisto de inteligencia y al no podersele imputar sus actos como causa racional y libre no era responsable de los delitos que hubiera podido ocasionar. Así, NÉRAUDAU, J. P., *op. cit.*, p. 221; BIANCA, M., *op. cit.*, p. 655.

⁷¹ En este sentido se distinguían también entre el periodo de la infancia, la puericia o impubertad —el impúber podía ser *infantiae proximus* o *pubertati proximus*, la pubertad semi-plena y la pubertad plena.

Así pues, el Derecho canónico declaró la irresponsabilidad del menor de siete años. Si se trataba de un impúber *pubertati proximus* se presumía que era imputable, al contrario de si se trataba de un impúber *infantiae proximus*, siguiendo con la máxima de *malitia supplet aetatem*. En dicho sentido, GRACIANO comparaba el comportamiento del niño con el del loco y en relación con su responsabilidad señalaba que el menor de escasa edad, al igual que el enajenado, no poseía la facultad de juzgar (*facultatem deliberandi non habuit*) y por ello sus actos no procedían de una reflexión del espíritu (*ex mentis deliberatione non processerunt*). Al igual que el enajenado, el niño era considerado impune no sólo por las leyes humanas sino también por las leyes divinas⁷², y la causa de esa irresponsabilidad era precisamente su edad: *aetas rationis non capax*⁷³.

Si bien GRACIANO en su obra reflejó la procedencia del Derecho romano, sin embargo no señaló una edad concreta que delimitara la irresponsabilidad. Los canonistas de la época clásica fueron quienes fijaron el límite mínimo a los siete años, y por encima de esta edad la capacidad delictual era una cuestión de apreciación en cada caso particular. Es decir, hasta la *pubertas*, fijada ahora a los catorce años para ambos sexos, la exoneración de responsabilidad sólo se producía si se probaba la incapacidad de la persona, pues de otro modo la impubertad sólo constituía una circunstancia atenuante⁷⁴.

Del pensamiento de GRACIANO se extraen cuáles eran los elementos esenciales que constituían la imputabilidad. En este sentido destacó la importancia de la voluntad y del conocimiento, siempre que la primera, la voluntad, fuera libre y el conocimiento suficiente, pues de otro modo el acto humano no sería posible⁷⁵.

Sólo en las Decretales de GREGORIO IX, obra que recogía los cánones y epístolas papales publicadas desde el Decreto de GRACIANO hasta 1234, se encuentra en el libro V un título especial, el título 23, consagrado a esta materia, *De delictis puerorum*, que no contiene más que dos decretales que a su vez procedían de ALEJAN-

⁷² Decreto de Graciano, c. 2, C. XV. q. I: «Mens vero alienata furore, cum sui compos non sit, eorum, quae admittit, reatum non contrahit, quia facultatem deliberandi non habuit. Unde pupillo et furioso in maleficiis subvenitur, ut non eis imputetur ad poenam quae ex mentis deliberatione non processerunt. Quod non solum humanis, sed etiam divinis legibus noscitur adprobatum».

⁷³ METZ, R., «L'enfant dans le droit canonique médiéval. Orientations de recherche», en *La femme et l'enfant dans le droit canonique médiéval*, London, 1985, pp. 93-4.

⁷⁴ Sobre este punto los canonistas del Derecho clásico se muestran unánimes en la consideración de que la impubertad constituía, si no una causa de irresponsabilidad total, al menos una circunstancia atenuante, METZ, R., *op. cit.*, pp. 94-5.

⁷⁵ Decreto de Graciano, c. 1, C. XV. q. I.

Un estudio amplio de la imputabilidad en el pensamiento de Graciano en PALAZZINI, P., «L'imputabilità dell'atto umano nel periodo pre-graziano e nel "Decretum" di Graziano», en *Studia Gratiana*, vol. VII, Bologna, 1959, pp. 448 a 460.

DRO III, que de entrada parecen contradecir lo dispuesto en la obra de GRACIANO, al considerar como irresponsables a los menores de catorce años. Sin embargo, aunque la doctrina canónica siguiera interpretando que la edad entre siete y catorce años no constituía siempre una causa de exención, en la práctica ocurría que los menores de catorce años eran considerados casi siempre irresponsables⁷⁶.

3.2. El Derecho español. Especial consideración a Las Partidas

El Derecho romano, renacido y reelaborado por las Escuelas italianas, se difundió rápidamente por Europa. Para verificar si el menor era responsable civilmente de sus actos y, en su caso, a partir de qué edad, así como la responsabilidad que podía recaer sobre sus padres o guardadores, debemos acudir al estudio de los diferentes textos legales. Sin embargo, además de que son escasas las referencias realizadas en torno a la responsabilidad, a ello hay que añadir el hecho de que no siempre aparecen claramente delimitadas la responsabilidad civil y la penal. Más común ha sido hallar algunos preceptos dispersos en los cuales se hace referencia a concretas edades que confieren cierta capacidad, aunque lo cierto es que muchas veces se encuentran mezclados con preceptos referidos a atenuantes y eximentes, lo cual denota lo confuso del tema.

En la traducción al romance del *Liber Iudiciorum*, el Fuero Juzgo, se recogen un total de doce libros entre los cuales los libros VI y VII se refieren a las penas derivadas de determinados hechos y el libro VIII se refiere a los daños, con la característica de que en lugar de recoger normas generales se comprenden supuestos particulares. Así, en el título I, VIII del libro VI, se señala que el padre no debe ser penado por el hijo⁷⁷ y en el mismo libro, pero en el título V, X, aparece la noxalidad en relación con los siervos (como es sabido, Justiniano la abolió en relación con los hijos)⁷⁸. En el libro VIII, la regulación tampoco coincide con lo que hoy denominamos responsabilidad civil puesto que se recogen disposiciones particu-

⁷⁶ METZ, R., *op. cit.*, p. 95.

⁷⁷ VIII. Que aquel solo debe aver la pena que fiziere la culpa. «Todos los pecados deven seguir á aquellos que los facen. Assí que el padre non sea penado por el fío, ni el fío por el padre, ni la muier por el marido, ni el marido por la muier, ni el ermano por el ermano, ni el vizino por el vizino, ni el pariente por el pariente non sea penado; mas aquel solo sea penado que fizier el pecado, y el pecado muera con él; e sus fíos, ni sus errederos non sean tenduos por ende».

⁷⁸ X. Ley antigua. Si el siervo mata á omme libre por ocasion. «El siervo que mata omne libre non por su grado mas por ocasion, peche la meatad de quanto es de suso dicho de los que matan a omnes libres por ocasion: é si el sensor non quisiere fazer enmienda por el siervo, del el siervo por el omezillio».

También *vid.* lib. VIII, tít. I, VIII. Si los siervos hacen algun mal mientras el señor está en la hueste.

lares en relación con diversas conductas que en la actualidad están tipificadas como delictivas⁷⁹.

Si bien en el Fuero Viejo de Castilla encontramos una referencia a la capacidad de los menores de siete años, lo cierto es que resulta demasiado concreta. No se trata de una disposición de alcance general puesto que únicamente se refiere a la posibilidad de que el menor sea llamado a declarar en juicio como consecuencia del daño que hubiera recibido⁸⁰.

Entre los Códigos alfonsinos, en el Fuero Real también se constata la fuerte influencia ejercida por el Derecho romano y en ese sentido aunque no aparece ninguna referencia a la capacidad de los menores, sí que recoge el abandono del siervo en manos de su víctima⁸¹.

Siguiendo con los textos históricos, en el Espéculo aparecen algunas referencias a la edad, pero tampoco aquí gozan de un predicamento general sino que, al igual que en el Fuero Viejo de Castilla, se encuadran en el marco de la capacidad para poder declarar en juicio. En concreto se establece que los testigos no pueden tener una edad inferior a los quince años⁸², pero lo cierto es que, en cualquier caso,

⁷⁹ Por lo que se refiere al Derecho visigodo, un primer dato nos lo suministra el *Liber Iudiciorum*, lib. XII, tít. 3, 11, Ervigio, donde se declaraba exentos de responsabilidad a los menores de diez años que leyeran libros que contuvieran doctrinas heréticas judaicas: «(...) Infantes tamen ipsi, vel pueri a tantis supradictis damnis erunt alieni, si ipsam perfidiae doctrinam infra X. aetatis suae annos positi meditasse fuerint visi. Caetarum si post X. annos quisquis talia attendit, vel meditari vetita praesumpserit, superioris institutionis damna vel verbera adnotatus sustineat».

Sin embargo, se trata de una responsabilidad penal y además el delito es tan concreto que no se puede generalizar la aplicación del límite de edad a otras posibles infracciones. En el Fuero Juzgo, en relación con “Que los judios non lean los libros que non autentica la ley de Cristo”, también se delimita una edad, aquí a los doce años: «(...) E aquellos mozos é aquellos ninnos estonce serán libres de la pena é de los azotes que nos establecimos, quando fuere probado que leyendo ellos aquel error non avien doce annos; é si ovieren mas de doce annos, é leyeren aquella abusion, sufran la pena, é el pecho, é los azotes que sus maestros han de sufrir en esta nuestra constitucion».

⁸⁰ Lib. II, tít. I, VIII: «Ningund niño, que sea ferido, non debe ser conjurado fasta siete años, mas debe ser conjurada la madre, o el ama, que lo cria, e cale el aprecioamiento; e de siete años arriba debe ser conjurado el niño, e la niña qualquier que sea ferido, e vale el aprecioamiento».

⁸¹ Lib. IV, tít. XIII, L. V: «Si por mandato de su señor el siervo ficiere algun furto, el señor sea tenuto por el furto, è no el siervo: è si lo ficiere sin mandato de su señor, el señor faga la emienda por el siervo: è si no quisiere, dé el siervo à aquel à quien fizo el furto».

⁸² Lib. IV, tít. VII, L. IV. Como los testigos non deven seer menores de quinze años, e porque razones. «Varon nin mugier no puede testiguar en ningun pleito, a menos de seer de edat de XV años, e esto es con razon. Ca fasta los siete años es llamado niño, porque non a en si cierto entendimiento, para conoscer las cosas. E quando cuple los otros siete años que se fazen catorce, entra en edat para saber entender las cosas, e departir entre bien e mal, e llega á sazón para poder casar. Onde por estas razones se entiende que bien podrie testiguar segunt esta edat, mas nos por guardar los omes de yerro, e porque mas conplidamente puedan dezir su testimonio, mandamos que non puedan testiguar fasta que ayán quinze años conpridos. Pero decimos, que en pleito de justicia de muerte, ó de lision, o de desterramiento, o pormque podiese alguno perder quanto que oviese, non debe ninguno seer testigo a menos de aver edat de veynte años. Mas si alguno siendo niño de siete años arriba, vio algunas cosas, o se acertó en algunos fechos, sobre quel aduxiesen para testiguar despues que oviese edat de quinze años o de veynte dezimos, que lo que testiguare en esta manera debe valer quanto por razon de su edat».

Con un contenido similar, cfr. el Fuero Real, Lib. 2, tít. 8, L. 9 (se refiere a la edad de dieciséis años); Las Partidas, III, tít. 16, ley 9 (se refiere a los catorce y a los veinte años).

la disposición resulta más completa que la del Fuero Viejo, puesto que además de aumentar considerablemente el límite de edad, razona acerca de su reconocimiento. De ahí que señale que hasta los siete años a las personas se les llama niños porque no tienen entendimiento para conocer las cosas, siendo a partir de los catorce años cuando comienzan a saber entender y a distinguir entre el bien y el mal.

No obstante lo anterior, hasta la publicación de *Las Siete Partidas* en realidad no encontramos en nuestro Derecho referencias concretas en relación con la responsabilidad de los menores. En este sentido, los precedentes más directos del art. 1903 Cc están constituidos por la ley IV del título XIII de la Partida VII, así como la ley V del título XV de la misma Partida⁸³. De nuevo nos encontramos con que los antecedentes de la responsabilidad civil residen en las disposiciones criminales, puesto que precisamente el contenido de la Partida VII se refiere al Derecho penal. En efecto, se sigue legislando sin diferenciar claramente entre la responsabilidad civil y la penal.

Las Partidas siguen en alta medida el modelo del Derecho romano clásico y por ello ofrecen una ordenación sistemática de la minoría de edad penal. Se distinguen dos segmentos o límites de edad: uno para los delitos que afectan a la honestidad, en donde la irresponsabilidad alcanzaba hasta los catorce años en los varones y doce en las mujeres, y otro para los demás delitos, en cuyo caso la irresponsabilidad sólo alcanzaba hasta los diez años y medio, aunque existía a continuación un periodo de atenuación hasta los catorce e incluso hasta los diecisiete años. Así, la ley IX del título I de la Partida VII, señala que a los menores de diez años y medio «non le deuen dar ninguna pena»; hasta los catorce años no responden de delitos de carácter sexual o «en razón de luxuria», aunque sí deben responder por delitos contra la vida, integridad física, propiedad u otros semejantes. En todo caso, en la misma ley se establece a su favor una fuerte atenuación que la ley VII del título XXXI extiende hasta los diecisiete años⁸⁴.

⁸³ Entre otros GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, pp. 254-5.

⁸⁴ Ley VIII, título I, Partida VII. Por quales yerros pueden ser acusados los menores, e por quales non. «Moço menor de catorze años, non puede ser acusado de ningún yerro quel pusiessen, que ouiesse fecho en razón de luxuria. Ca, maguer se trabajasse de fazer tal yerro como este, non deue ome asmar que lo podría cumplir. E si por aventura acaesciesse que lo cumpliesse, non aura entendimiento cumplido para entender, nin saber, lo que fazia. E porende non puede ser acusado, nin le deuen dar pena porende. Pero si acaesciesse, que este tal otro yerro fiziesse, assi como si firiesse, o matasse, o furtasse, u otro fecho semejante destes, e fuesse mayor de diez años e medio e menor de catorze; dezimos, que bien lo pueden ende acusar; e si aquel yerro le fuere prouado, non le deuen dar tan grand pena en el cuerpo, nin en el auer, como farian a otro que fuesse de mayor edad; ante gela deuen dar muy mas leue. Pero si fuesse menor de diez años e medio, estonce non le pueden acusar de ningún yerro que fiziesse. Esso mismo dezimos, que seria del loco, o del furioso, o del desmemoriado, que lo non pueden acusar de cosa que fiziesse mientra que le durare la locura. Pero non son sin culpa los parientes dellos, quando non les fazen guardar, de guisa que non puedan fazer mal a otro».

Una vez analizada la Partida VII, y en concreto la ley IX del título I, estamos en situación de concluir que se trata de un antecedente relevante en torno a nuestro Derecho. Y ello porque se refiere a los diferentes tipos de responsabilidad en función de la gravedad de los hechos, establece una clasificación por edades, alude a la capacidad de entendimiento, procede a la equiparación del enajenado con el niño y ni siquiera se olvida de la responsabilidad que en su caso correspondería a los parientes del agente material del daño.

Dentro de la Partida VII encontramos otras disposiciones referidas a la edad en el tít. XXI, ley II, en relación con la realización de determinados delitos⁸⁵, y en el tít. XXXI, ley VIII, atendiendo a lo que los Jueces deben tener en cuenta antes de pronunciar las penas⁸⁶. En relación con lo anterior, en la misma Partida, la ley V del tít. XV se refiere a los daños que hacen los que están en poder de otro⁸⁷, respecto de aquellos supuestos en que el daño sea causado por un menor de veinticinco años como consecuencia de la realización de algún encargo de parte de aquel bajo cuyo poder se encuentra. En este sentido, de cuanto se ha dicho podemos deducir que en Las Partidas los menores eran directamente responsables del daño que habían causado, aunque también se regulaba una responsabilidad por el hecho ajeno en determinados supuestos.

Con posterioridad a Las Partidas, la división por edades siguió utilizándose al menos por la doctrina. Prueba de ello es la obra de Antonio GÓMEZ, quien en sus comentarios a las Leyes de Toro se refiere a los menores de siete años señalando que no podían delinquir ni ser castigados *ex delicto* porque «non habere animum, in-

⁸⁵ Quien puede acusar a los que facen el pecado sodomítico, e ante quien, e que pena merecen auer los fazedores del, e los consentidores. «Cada vno del pueblo puede acusar a los omes que fiziessen pecado contra natura (...). E si le fuere prouado, deue morir porende tambien el que lo faze, como el que lo consiente. Fueras ende, si alguno dellos lo ouiere a fazer por fuerça, o fuere menor de catorze años. Ca estonce non deue recibir pena, porque los que son forçados non son en culpa; otrosi, los menores non entienden que es tan gran yerro como es, aquel que fazen (...).»

⁸⁶ A quales omes deuen ser dadas las penas e quando, e en que manera. «(...) E si por auentura, el que ouiesse errado fuesse menor de diez años e medio, non le deuen dar ninguna pena. E si fuesse mayor desta edad, e menor de diez e siete años, deuenle menguar la pena que darian a los otros mayores por tal yerro (...).»

⁸⁷ Ley V, tít. XV, Partida VII: De los daños que fazen los que estan en poder de otro, por mandado de sus Mayores, que non son tenudos ellos de los pechar. «Fijo que estuuiesse en poder de su padre, o vasallo, o siervuo que estuuiesse en poder de su señor, o el que fuesse menor de veynte e cinco años, que ouiesse guardador (...); cada vno destes, que fiziesse daño en cosas de otro por mandato de aquel en cuyo poder estuuiesse, no sería tenudo de fazer enmienda del daño que assi fuesse fecho. Mas aquel lo deue pechar, por cuyo mandato lo fizo. Pero si alguno destes deshonrase, o firiesse, o matasse a otro, por mandato de aquel en cuyo poder estuuiesse, non se podría escusar de la pena, porque non es tenudo de obedecer su mandato en tales cosa como estas (...). Mas si otro ome qualquier fiziesse tuerto, o daño a otro, por mandato de alguno que non ouiesse poder, nin jurisdiccion sobre el, estonce, tambien el que lo fizo, como el que lo mando fazer. Serian tenudos de fazer enmienda del daño. Pero si alguno destes sobredichos que estan en poder de otro, fiziessen tuerto, o daño a alguno, sin mandato de aquel en cuyo poder estuuiesse; estonce, cada vno de los que lo fiziessen, serian tenudos de fazer la enmienda, e non aquellos en cuyo poder estuuiesse».

tellectum, nec iudicium rationis»; también hace referencia al *proximus infantiae*, que comprende hasta la edad de diez años y medio, y al *proximus pubertati*, de los diez años y medio a los doce en las mujeres y los catorce en los hombres; y, por último, al púber, a quien se le reconocía la capacidad para delinquir⁸⁸.

4. ANTIGUO DERECHO FRANCÉS

4.1. El Derecho consuetudinario

De suma importancia resulta destacar la influencia que ejerció el Derecho francés en nuestro sistema jurídico civil, motivo por el cual detendremos nuestro estudio en su Derecho histórico, en concreto en las disposiciones que conformaron la responsabilidad extracontractual –o delictual– de los padres por los hechos ilícitos cometidos por sus hijos, así como la de los propios menores. Esta regla no se ha mantenido inmutable en el tiempo sino que ha sido objeto de diversas consideraciones, contribuyendo a tal diversidad el factor geográfico por la trascendencia y posterior influencia de los principios romanos y germánicos en unas u otras zonas francesas.

En virtud de lo anterior y en torno a la consideración de la responsabilidad del padre, en Francia convivieron dos doctrinas conceptualmente enfrentadas, la romanista en los países de Sur, según la cual los padres no eran responsables de los daños ocasionados por sus hijos –Justiniano abolió la noxa en relación con ellos⁸⁹– y la doctrina del Derecho de costumbres en los países del Norte, heredera de los principios germánicos, que sí admitió la existencia de la responsabilidad del padre por los daños causados por sus hijos menores, aunque no con carácter general⁹⁰.

En lo concerniente a la responsabilidad del menor, el *Livre de Justice et de Plet* consideraba que el menor era responsable de sus actos a menos que el Juez estimase que era demasiado joven para sufrir las consecuencias de una falta inconsciente⁹¹. Igualmente, esta concepción de la responsabilidad delictual del menor que había actuado con discernimiento, se encuentra recogida en algunos *Coutumiers* del siglo XIV, como en el *Coutumier d'Artois*⁹² y en la *Summe Rural*, en virtud de

⁸⁸ GÓMEZ, A., *Opera Omnia, Variae Resolutiones, Juris civilis, Communis et Regii*, Salmantica, 1579 (Lugduni, 1701), III, Delictorum, n.º 55 a 59, pp. 413-5.

⁸⁹ *Vid. supra*, cap. I, 2.4.

⁹⁰ La potestad paterna no estaba organizada como en Roma y finalizaba en cualquier caso cuando el menor alcanzaba la mayor edad, LEGUY, Y., *L'interêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, th., Rennes, 1973.

⁹¹ «Menor ne doit pas estre quite de forfet, s'il le fet, se li juges n'a pitié de lui por son aage», RAPETTI, *Le Livre de Justice et de Plet*, Paris, 1850, livre III, chap. II, De Procurators, § II, *cit.* HUBLLOT, M. T., *La condition du mineur au Moyen-âge*, th., Paris, 1957, p. 120.

⁹² Tit. XXVII, cap. 8; *cit.* en HUBLLOT, M. T., *op. cit.*, p. 121.

la cual si el menor tenía conocimiento del bien y del mal, debía responder de sus fechorías⁹³.

Por otra parte, en relación con la responsabilidad del padre, las *Coutumes de Beauvaisis*⁹⁴ señalaban (n.º 640) que los padres respondían de las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un acto ilícito por un hijo, debido a que éste no tenía patrimonio para hacer frente a esa deuda. Sin embargo, en el caso de que el menor hubiera cometido algún crimen, él sería responsable, y en ese caso los padres no quedaban obligados a no ser que hubiese habido instigación por su parte o hubieran acogido al culpable bajo su techo⁹⁵.

En este sentido, sería clarificador partir de una distinción entre aquellos materiales legislativos, autores e incluso casos jurisprudenciales que defienden la responsabilidad del padre y aquellos que, por el contrario, se muestran reticentes e incluso adversos a su implantación en el territorio francés.

Entre las Costumbres francesas, la única del territorio actualmente francés que declaró la responsabilidad del padre en todo caso fue la *Nouvelle Coutume de Bretagne*⁹⁶ cuyo n.º 656 disponía que «si el hijo causa un daño a otro mientras se encuentre bajo la potestad de su padre, éste debe pagar la multa civil, por cuanto debe castigar a sus hijos»⁹⁷. Las críticas que suscitó el rigor de esta disposición motivaron que los tribunales dulcificasen la norma en el momento de su aplicación⁹⁸, de modo que el padre quedaba exonerado si el delito había sido cometido por un menor de corta edad, incapaz de discernir el bien del mal, puesto que sus acciones no podían constituir un delito, y en ese caso el daño debía ser considerado como

⁹³ Se apunta que «malice supplée à l'âge», *vid.* BOUTEILLER, J., *Somme Rural*, 1611, tit. XCII «De restitution et punition du meffait du pupille», p. 518; HUBLLOT, *op. cit.*, p. 121.

⁹⁴ BEAUMANOIR constituyó un sistema claro y coherente que permitía determinar los casos en los cuales según él debía existir responsabilidad del padre, JACQUEMIN, B., *op. cit.*, pp. 27-8.

⁹⁵ Así dispone el n.º 560. Se reconocía al menor su capacidad delictual cuando el Juez le declaraba consciente de sus actos, pero era a los padres a quienes incumbía el deber de reparación, HUBLLOT, M. T., *op. cit.*, pp. 124-6 y 128.

⁹⁶ La *Très Ancienne Coutume de Bretagne* en su capítulo 185 también preveía la responsabilidad civil del padre: «Y si el hijo ha causado un daño: en tanto que se encontraba bajo el poder del padre, el padre debe pagar la multa de la acción civil». Asimismo en su capítulo 98 señalaba, en materia de comisión de hurtos, que el menor que tenía una edad inferior a los catorce años no era culpable puesto que la edad le excusaba, quedando el padre obligado a responder, *vid.* HUBLLOT, M. T., *op. cit.*, pp. 125 y 127.

En este sentido, el n.º 656 de la Coutume de Bretagne reformada coincide sustancialmente con la antigua costumbre de Bretaña.

A semejanza de la *Coutume de Bretagne*, destacan la *Coutume de Liege* y la *Coutume de Troyes*, cuyo art. 168 disponía que «el padre responde de los daños causados por el delito de su hijo, si él no ha intervenido para evitarlo», *vid.* JACQUEMIN, B., *op. cit.*, p. 33.

⁹⁷ La disposición continúa señalando que «esta reparación se imputa sobre la legítima del niño». Así, JACQUEMIN, B., *op. cit.*, pp. 32-3.

⁹⁸ Así lo indica, entre otros, BARRET-LAGARENNE, G., *De responsabilité du fait d'autrui en matière de délits et de quasi-délits*, th., Agen, 1885, pp. 20-1.

un caso fortuito. Esta excepción introducida para atenuar el rigor de dicha norma resulta bastante discutible, puesto que el padre quedaba exonerado en un caso en el que precisamente se requería mayor obligación de su parte, es decir, cuando el perjuicio había sido causado por un impúber todavía incapaz de discernimiento⁹⁹.

Debe advertirse que no todas las Costumbres contenían alguna disposición específica en esta materia y la ausencia de reglas generales entrañó cierta confusión, precisamente entre las costumbres que guardaron silencio al respecto. Se discutía qué régimen debía ser adoptado y mientras algunos autores pretendieron que el art. 656 de la *Nouvelle Coutume de Bretagne* extendiera su ámbito de aplicación a esos supuestos —partiendo de que el padre era quien debía cuidar y guiar la conducta de su hijo, entendían que dicha disposición debía constituir el Derecho común de Francia¹⁰⁰—, otros autores consideraron que el alcance de esa norma no era general, sobre todo porque en otras Costumbres se negaba la responsabilidad del padre¹⁰¹.

Es más, la opinión dominante señalaba que el padre no podía ser declarado responsable¹⁰² de los delitos o cuasidelitos cometidos por su hijo púber o impúber y, en particular, MERLIN no sólo cuestionó que la *Coutume de Bretagne* se siguiera en toda Francia, sino su propio fundamento, dado que no parecía estar de acuerdo con la norma. No obstante, lo cierto es que si contrastamos esta postura con el contenido mismo de la *Coutume de Bretagne* las soluciones no son tan opuestas como inicialmente parece, ya que ésta, después de disponer que el padre era responsable, añadía que «no está obligado a reparar el delito cometido por el niño de tan corta edad que el procedimiento criminal no sería válido», puesto que se observa cómo esta disposición disminuye el campo de aplicación de la responsabilidad del padre¹⁰³, y ello nos permite concluir que su alcance en realidad no era tan amplio.

⁹⁹ En el mismo sentido, EYMARD, A., *De la responsabilité à raison du fait d'autrui*, th., Grenoble, 1872, p. 70.

¹⁰⁰ BLOCH, L., *op. cit.*, p. 18.

¹⁰¹ La antigua Francia aparece como un mosaico de costumbres diferentes con posiciones doctrinales contradictorias, LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité civile*, th., Rouen, 1996, p. 9.

Entre las Costumbres que explícitamente señalaron que el padre era irresponsable destacan las *Coutumes de Bourbonnais, de Berri* (tit. I, art. 12), de *Lorraine* (tit. I, art. 24), de *Berghes-Saint Winock* (rubr. 17, art. 32), de *Gand* (rubr. 21, art. 8), de *Audenarde* (rubr. 17, art. 10), de *Assenede* (rubr. 14, art. 8) y la *Coutume de Bouchante* (rubr. 18, art. 8).

¹⁰² En este sentido, L. BLOCH señala que únicamente se podía dirigir contra el padre una *actio de peculio*, *op. cit.*, p. 19. Ante la ausencia de normas, se pronuncian también a favor de la irresponsabilidad del padre LOT, G., *De la responsabilité du fait d'autrui en droit français*, th., Paris, 1886, p. 151; BLANC, E., *op. cit.*, 1953, p. 22; LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité...*, *cit.*, p. 9.

¹⁰³ Además podemos destacar que en esta *Coutume* la reparación debida por el padre se imputaba sobre la legítima del menor, así, MERLIN, *Répertoire de Jurisprudence*, t. XIII, Paris, 1727, pp. 573 ss, cit. JACQUEMIN, B., *op. cit.*, pp. 33 y 36.

De todo lo anterior se infiere que si bien en las provincias de *Droit coutumier*, a excepción de Bretaña, la regla general fue que el padre no respondía de los delitos y cuasidelitos de sus hijos, este principio contaba con algunas excepciones. Así, el padre respondía de los actos cometidos por sus hijos cuando éstos habían ocasionado el daño mientras cumplían algún encargo de su progenitor¹⁰⁴, o también si hubo connivencia, en cuyo caso era considerado cómplice y respondía como si hubiera sido el autor directo del daño, pudiendo incluso ser condenado el padre y absuelto el hijo.

En lo que se refiere a la jurisprudencia del siglo XIV, los diferentes casos que emanan del Parlamento de París reflejan la tendencia general de proclamar la responsabilidad del padre por los delitos de sus hijos menores, dado que ante un niño que no tiene bienes y un tercero lesionado, el padre debía responder en su lugar para garantizar el resarcimiento del daño. En este sentido la jurisprudencia era muy severa y pocas veces el padre quedaba exonerado¹⁰⁵.

Aunque la mayoría de resoluciones en las que se rechazó la responsabilidad del padre procedían de los países de Derecho escrito, lo cierto es que la necesidad de obtener una indemnización se estaba imponiendo progresivamente¹⁰⁶. Sin embargo, al examinar los casos se observa una gran confusión, puesto que si bien muchas veces se condenaba al padre, otras tantas se rechaza su responsabilidad, incluso utilizando los mismos argumentos: si en algunos supuestos quedaba exonerado¹⁰⁷, por ejemplo por la falta de discernimiento del menor, en otros se le obligaba a responder precisamente por esas mismas razones¹⁰⁸. Interesa resaltar un antecedente de condena solidaria del padre y su hijo menor, de diecisiete años, concretamente en una sentencia de 26 de agosto de 1770 del Parlamento de París¹⁰⁹.

¹⁰⁴ En este caso el padre no respondía como tal sino como un comitente ordinario, siendo culpable por haber empleado a alguien que no tenía la capacidad de cumplir la función que le encargó. Sin embargo, no respondía el padre cuando el hijo cumplía funciones o encargos de otra persona. Por todos, BARRET-LAGARENNE, G., *op. cit.*, p. 22; BLOCH, L., *op. cit.*, pp. 20-1; BLANC, E., *op. cit.*, p. 24; JACQUEMIN, B., *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁵ Así, en una sentencia de abril de 1644 un padre en cuya presencia un hijo impúber, saliendo de la iglesia se peleó y dio una patada a otro, el cual murió días después, fue condenado por gastos, daños e intereses, y el hijo fue absuelto, RECAMIER, E. L. M., *De la responsabilité (a raison du fait d'autrui et des choses qui sont en notre possession dans le droit romain (droit prétorien) et dans le droit français*, th., Paris, 1859, p. 83; JACQUEMIN, B., *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁶ JACQUEMIN, B., *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 48.

En la doctrina, L. BLOCH es partidario de que el padre sólo responda de los delitos cometidos por el niño impúber, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁸ En algunas sentencias se constata que el padre fue considerado responsable de los daños causados por su hijo impúber. Así, en una sentencia del Parlamento de Normandía, *Chambre de l'Edit*, de 27 noviembre de 1652 se condenó a un padre a pagar la factura del cirujano, después de que su hijo de ocho años empujara mientras jugaba a otro niño de nueve años el cual al caer se rompió el brazo, *vid.* JACQUEMIN, B., *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁹ Se procedió a una condena solidaria del padre con su hijo, después de que éste le hubiera reventado accidentalmente el ojo a un perro, *vid.* JACQUEMIN, B., *op. cit.*, p. 44; MERLIN, *op. cit.*, 1727, pp. 573 ss.

Y por último, en lo que concierne a la legislación francesa, únicamente indicar que, al contrario de cuanto acontecía en aquellas Costumbres que rechazaban la responsabilidad paterna, entre las leyes no se encuentra ninguna disposición que rechace el principio de la responsabilidad del padre¹¹⁰.

4.2. La influencia de la doctrina francesa: Domat y Pothier

Debe advertirse que los autores que no reconocieron la existencia de la responsabilidad del padre no justificaron adecuadamente su postura¹¹¹. En este contexto se sitúa DOMAT, pero si bien este autor no reconoció la existencia de la responsabilidad del cabeza de familia como categoría independiente, al menos sí que se refirió a la responsabilidad por el hecho ajeno y a la presunción de culpa¹¹². Así, con relación a la culpa por omisión, señaló que «los que pudiendo impedir un daño, que por algún deber tenían la obligación de prevenir, hubieran faltado, podrán quedar obligados, según las circunstancias (...)»¹¹³ y, en ese sentido, la responsabilidad de los padres se podía extraer de una forma implícita¹¹⁴.

En relación con lo anterior, si DOMAT había señalado respecto del tutor que, como sustituto del padre tenía la obligación tanto de dirigir y educar al menor como de administrar sus bienes¹¹⁵, de ahí se podía deducir que el padre debía ejercer una vigilancia atenta sobre sus hijos. El ejemplo que introdujo DOMAT acerca del arrendatario y del propietario responsable de algún hecho de su familia, nos puede servir para saber si se presumía la responsabilidad del padre por los actos de sus hijos. Asi-

¹¹⁰ Así entre algunas normas, la Ordenanza General (*Ordonnance Générale*) de 1669 señala que los padres son responsables civilmente de las multas en que hubieran incurrido sus hijos. Igualmente un Reglamento de Policía del Parlamento de Dijon de 18 de julio de 1638 sobre los delitos cometidos en jardines y vergeles, ordenaba que todo padre debía contener a sus hijos de forma que no cometieran ningún daño en dichos lugares, bajo pena de ser civilmente responsable en su propio nombre de los daños y perjuicios que resultasen. Algunas Ordenanzas de policía declaraban formalmente al padre responsable de las infracciones cometidas por sus hijos. La Ordenanza de 17 de mayo de 1726 prohibía a los padres y madres dejar correr y vagar a sus hijos por las calles, con la pena de costas, daños-intereses y de multa arbitraria.

La Ordenanza de 27 de julio de 1777 en su art. 27 recogía una responsabilidad general de los padres al hacerles responsables de la inobservancia por sus hijos de los reglamentos de policía y, consecuentemente de los daños que se causaran terceros. La Ley de 28 de septiembre de 1791, sobre delitos relativos a la policía de campo y establecía que los padres eran civilmente responsables de los delitos cometidos por sus hijos menores siempre que fueran menores de veinte años y no estuvieran casados.

JACQUEMIN, B., *op. cit.*, pp. 33-5 y 38; EYMARD, A., *op. cit.*, p. 72; BARRET-LAGARENNE, G., *op. cit.*, p. 21; BLOCH, L., *op. cit.*, p. 20; BLANC, E., *op. cit.*, p. 24.

¹¹¹ Su fiel referencia al Derecho romano no es más que una rutina y una muralla cómoda para esconder su derrota, JACQUEMIN, B., *ibid.*, p. 65

¹¹² En relación con la responsabilidad, DOMAT señaló que «todas las pérdidas o todos los daños que se pueden causar por el hecho de cualquier persona deben ser reparados por aquel cuya imprudencia u otra culpa ha tenido lugar, *vid. Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, 1777, lib. II, tit. VIII, sec. IV, I, p. 307.

¹¹³ DOMAT, J., *op. cit.*, lib. II, tit. VIII, sec. IV, VIII, p. 309.

¹¹⁴ RANJARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, Paris, 1943, lib. II, tit. VIII, sec. IV, VIII, p. 75.

¹¹⁵ DOMAT, *op. cit.*, lib. II, tit. I, sec., II, p. 253.

mismo, a todo lo anterior cabe unir la jurisprudencia de los Parlamentos, que si bien merece ser calificada como indecisa, solía señalar que cuando un menor había causado la muerte de otro menor se presumía que los padres no habían corregido a sus hijos y por lo tanto existía una omisión culpable por su parte. Y de todo ello se deduce que en la obra de DOMAT la *faute* de los padres era presunta, y esa presunción no era irrefutable salvo en el caso particular de la acción *effusis et dejectis*¹¹⁶.

Desde otra perspectiva, entre los autores franceses que se refirieron expresamente a la responsabilidad del padre, POTHIER¹¹⁷ señaló que sólo aquellas personas que estuvieran dotadas de discernimiento podían cometer un delito o un cuasidelito y, por ese motivo, los niños que no tenían edad de razón (e igualmente los insensatos) no eran capaces ni de actuar con malicia ni imprudentemente y por lo tanto quedaban excluidos de responsabilidad, es decir, en el caso de que hubieran causado algún daño no estaban obligados a su reparación. Asimiló el niño de escasa edad al loco y proclamó su irresponsabilidad, puesto que las personas irracionales no son capaces de actuar con maldad o imprudencia, condiciones exigidas para la existencia de un delito o cuasidelito¹¹⁸.

Interesa destacar que aunque POTHIER recibió las enseñanzas de DOMAT, a diferencia de éste convirtió el elemento subjetivo en un pilar de la responsabilidad civil al señalar que las personas que no tenían uso de razón no tenían capacidad suficiente para quedar obligadas por la comisión de algún ilícito.

Desde el momento en que una persona posee uso de razón, si el hecho que comete constituye un delito, aunque no haya alcanzado todavía la pubertad tiene la obligación de reparar el daño que hubiera causado. «No se puede definir la edad en la cual los hombres tienen uso de razón y son por consiguiente capaces de maldad, unos la tienen antes que otros; esto debe ser apreciado según las circunstancias: pero desde que una persona tiene uso de razón, y se da cuenta del hecho por el cual ha causado daño a otro, desde la reflexión y la malicia, el hecho es un delito; y la persona que lo ha cometido, aunque no tenga todavía la edad de la pubertad, tiene la obligación de reparar el daño que ha causado. De ahí nace esta máxima: *Neminem in delictis aetas excusat*. La imprudencia se excusa con más facilidad entre los más jóvenes»¹¹⁹.

¹¹⁶ RANJARD, Y., *op. cit.*, pp. 75-6.

¹¹⁷ Es importante traer a colación la diferencia que estableció entre las categorías de delito y cuasidelito, señalando que el delito era el hecho por el cual una persona con dolo o malicia causaba daño a otra persona y el cuasi delito se producía cuando una persona, sin malicia pero con una imprudencia inexcusable, causaba cualquier daño a otra, *Traité des obligations. Oeuvres*, t. I, París, 1835, n.º 116.

¹¹⁸ «Si un niño o un loco hacen alguna cosa que cause daño a otro, no resulta ninguna obligación para ese niño o ese loco: pues ese hecho no es un delito ni un cuasi-delito, por lo mismo que no hay imprudencia, ni malignidad, de que no son susceptibles dicha clase de personas», *op. cit.*, t. I, n.º 118, párrafo segundo.

¹¹⁹ *Ibid. loc. cit.*

Asimismo, POTHIER formuló un principio general en virtud del cual el padre debía responder salvo que hubiera probado que no pudo impedir el hecho del menor¹²⁰. «No solamente la persona que ha cometido un delito o cuasidelito está obligada a la reparación del daño que ha causado; sino que quienes tienen bajo su autoridad a dichas personas, tales como los padres, madres, tutores¹²¹ y preceptores, son responsables de esta obligación cuando el delito o cuasidelito ha sido cometido en su presencia, y generalmente cuando pudiendo evitarlo, no lo han hecho; pero si ellos no lo han podido evitar, no son responsables, aun cuando el delito se haya cometido a su vista o lo hayan sabido»¹²².

De este modo se presumía que los padres podían impedir el delito del hijo cuando se había cometido en su presencia, pero si había sido cometido en su ausencia, se debía juzgar atendiendo a las circunstancias concretas. En este sentido, POTHIER incluyó en su obra el ejemplo de un niño que mientras discutía con otro le causó heridas con una espada, estimando que incluso si el acto se cometió en ausencia del padre, éste podía quedar obligado si pudo haber impedido que su hijo llevara la espada, si por ejemplo era consciente de las peleas habituales de su hijo¹²³.

En suma, el menor de escasa edad no puede cometer ni delito ni cuasi delito y por lo tanto no respondía de sus actos. Sólo a partir del momento en que se entendiera que adquiría capacidad podía ser considerado responsable¹²⁴.

Con todo, nos preguntamos si en realidad existía una diferencia tan grande entre estas dos posturas porque, como hemos señalado anteriormente, quienes no admitían como principio general la responsabilidad del padre, reconocían la exis-

¹²⁰ Pudiendo de lo anterior se ha señalado que si el niño no era responsable debido a su escasa edad, su padre no debía responder en mayor medida que el propio menor, de los crímenes y delitos de éste; en ese caso el daño quedaría sin reparación, así, CHEVALIER, R., *De la responsabilité civile à raison du fait d'autrui*, th., Paris, 1897, pp. 17-8; JACQUEMIN, B., *op. cit.*, pp. 56 y 59. Asimismo, TOULLIER, aceptando esta antigua idea de POTHIER, asimiló el acto del niño desprovisto de discernimiento al caso fortuito; según él, el niño no puede ser responsable y en principio el padre tampoco. Esta teoría está en contradicción con el art. 1384 Cc, CHEVALIER, R., *ibid.*, p. 14.

¹²¹ Es importante señalar que el precepto incluye a los tutores, que también aparecen en el art. 79 del Proyecto franco italiano de 1927, pero no en el art. 1384 *Code civil*.

¹²² POTHIER, R. J., *op. cit.*, n.º 121

¹²³ *Ibid.*, n.º 454.

¹²⁴ Junto a POTHIER destacan autores como DENISART y BOUCHEL, que aunque también son partidarios del reconocimiento de la responsabilidad del padre, los argumentos y la delimitación por edades varían en cada uno. Así, DENISART señala que el padre no responde más que de los actos dañosos de sus hijos menores, sin que sea necesario averiguar si tenían o no discernimiento; la edad que fija es la de la pubertad, por lo tanto catorce años para los varones y doce para las mujeres. Esta responsabilidad recae en el deber de vigilancia que incumbe a los padres y presume siempre su negligencia, de forma que sólo autoriza que el padre pruebe su diligencia en el supuesto de caso fortuito. Si bien BOUCHEL mantiene una opinión semejante al anterior, establece que la edad en virtud de la cual el padre sólo responderá de los delitos ocasionados por sus hijos comienza a partir de los doce años. Sin embargo, como apuntábamos, POTHIER estima que la edad límite no es la de la pubertad común a todos los individuos, sino la edad de razón, que varía según los casos. *Vid.* JACQUEMIN, B., *op. cit.*, pp. 58-9.

tencia de numerosas excepciones. En la última etapa del Derecho francés antiguo, teniendo en cuenta que los padres respondían si no habían hecho lo posible por evitar el daño, lo cierto es que el criterio de la irresponsabilidad del padre en cierta forma había desaparecido, dando lugar al nuevo principio de la responsabilidad¹²⁵. En este sentido, el Código civil francés parece haberse inspirado en la *Contume de Bretagne*—aunque sus disposiciones agravan la responsabilidad de los padres— y más directamente en las doctrinas de DOMAT y POTHIER, que se referían expresamente a una responsabilidad civil presunta general del padre. De ahí que podamos colegir que el Derecho antiguo se diferencia del Derecho actual en que mientras en el art. 1384 Cc se presume siempre la culpa del padre—de forma que si desea exonerarse deberá probar que le fue imposible impedir el daño—, en el Derecho antiguo fue adoptada la misma solución pero sólo cuando el hecho se hubiese producido en presencia del padre y, además, la carga de la prueba incumbía a la víctima¹²⁶.

5. CODIFICACIÓN

Hacia finales del siglo XVIII y comienzos del XIX tiene lugar en Europa el movimiento codificador y a partir de ese momento cada país comienza a reunir sus leyes en un solo cuerpo legal, presidido en su formación por una unidad temporal y sistemática. En la gestación de los Códigos civiles europeos se han observado dos tendencias que han influenciado considerablemente tanto en la estructura como en el contenido de unos u otros textos, en concreto, el Derecho romano, que a través de la recepción en Europa no dejó nunca de aplicarse, y la corriente iusnaturalista que, como sabemos, a pesar de su escasa vigencia transformó conceptos e instituciones tradicionales, creando unos principios que fueron recogidos por algunos Códigos civiles.

En este sentido, en lo que se refiere a los niños de escasa edad y a los enajenados, si bien en el Derecho romano y en la Edad media los incapaces eran considerados irresponsables, de la Escuela del Derecho natural cabe destacar su aportación en la configuración de los principios de la responsabilidad general por hecho ilícito, marcando una antítesis profunda en relación con el Derecho romano¹²⁷.

¹²⁵ BLOCH, L., *op. cit.*, p. 22.

¹²⁶ El art. 1310 Cc francés parte de la consideración de que un menor, a pesar de su edad, puede cargar con las obligaciones que derivan de sus delitos o cuasidelitos. En este sentido se puede observar la influencia que ejerció POTHIER en este precepto.

¹²⁷ Por lo que ahora respecta, a la escuela del Derecho natural se le atribuye el mérito de haber aportado una configuración dogmática autónoma a la responsabilidad por hecho ilícito. Por primera vez se afirma el principio de que el hecho ilícito genera la obligación de resarcimiento del daño causado, de forma que una figura general de responsabilidad *ex maleficio* dirigida al resarcimiento, se sobrepone a las figuras individuales a las que las fuentes romanas reconocían obligaciones individuales, con funciones no siempre de resarcimiento, pero sí con naturaleza penal, ROTONDI, G., «Dalla “Lex Aquilia” all’art. 1151 Cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche», *Riv. dir. comm.*, 1917, I, p. 256.

Las nuevas concepciones sobre las que los iusnaturalistas asentaron la responsabilidad aquiliana permitieron obtener soluciones diferentes; en concreto, defendieron la responsabilidad sin culpa y en relación con ello la posibilidad de responsabilizar a las personas incapaces.

Junto a los principios romanos, la doctrina de la Escuela natural no sólo ejerció una gran influencia sobre los autores *coutumiers* contemporáneos, sino que puede verse reflejada en los primeros Códigos civiles, destacando en este sentido la Codificación prusiana —o Derecho territorial general de los Estados prusianos (ALR)— de 1794 y el Código civil austríaco (ABGB) de 1811. Junto a estos dos Códigos, un tercer texto de obligada referencia en esta etapa incipiente del movimiento codificador europeo lo constituye el Código civil francés de 1804 que, a diferencia de los anteriores, estaba claramente imbuido de la impronta jurídica romana.

5.1. A propósito de dos sistemas de Códigos

Llegado este punto, interesa destacar que no en todos los Códigos civiles se ha dedicado el mismo interés al estudio de la responsabilidad civil extracontractual del menor de edad, sino que tanto la tradición jurídica del texto legal como su pertenencia a una u otra familia de Códigos han condicionado su formulación positiva. En este sentido, y con carácter previo a la exposición que efectuaremos a continuación, pretendemos poner de manifiesto que mientras los Códigos de corte germánico especifican en su articulado en qué supuestos una persona incapaz puede ser obligada a responder si comete un acto ilícito, los Códigos que siguen el modelo francés trasladan esta responsabilidad a las personas que tenían encomendada la guarda del menor en el momento en que se produjo el daño, con los matices que seguidamente veremos.

De ahí que las fechas de vigencia del *Code civil* y del BGB resulten relevantes, máxime si se tiene en cuenta que, en virtud de las mismas, los Códigos inmediatamente posteriores a la promulgación del Código Napoleón han sido influenciados por él, mientras que los aprobados con posterioridad se han inspirado en el modelo germánico¹²⁸, siendo éstos los Códigos más insignes de las dos familias indicadas. Asimismo, al mediar casi cien años entre la promulgación de uno y otro cuerpo legal, las transformaciones sociales e ideológicas han quedado reflejadas en el BGB, lo que le confiere mayor modernidad.

¹²⁸ Si bien el Código civil francés de 1804 es el más antiguo de su familia, en el ámbito germánico se debe partir de las Codificaciones de Baviera (1756), Prusia (1794) y Austria (1811).

Si bien hemos optado por diferenciar entre dos agrupaciones de Códigos —no sólo por cuestiones sistemáticas sino también por razones de contenido—, debemos señalar que mientras los países de orientación latina se han mostrado fieles al criterio romano de la culpa del agente, los Códigos de influencia germánica han introducido en este punto la responsabilidad objetiva del menor de edad. Por ello, las disposiciones concernientes a la responsabilidad extracontractual, en concreto las normas que detallan la responsabilidad de quienes no son capaces de culpa, han sido objeto de una diferente regulación según se atienda a uno u otro cuerpo de Códigos, dado que las raíces de estos textos se encuentran, si no en régimen de exclusividad al menos en su mayor parte, en los postulados del Derecho romano o en la doctrina iusnaturalista.

Junto a estos dos grandes grupos nos detendremos también en aquellos Códigos que si bien en sus orígenes siguieron la tradición romana, en su segunda redacción se han adherido al sistema germánico.

Con todo, interesa destacar que pese a que las diferencias normativas entre ambos sistemas son de gran relevancia, lo cierto es que en la práctica las soluciones se han relativizado, dado que en muchos países se ha procedido a una renovación de los principios tradicionales, sobre todo a través de la jurisprudencia, en virtud de la cual se han acomodado las normas a las necesidades sociales del momento en que debían ser aplicadas¹²⁹.

5.1.1. *Los Códigos de inspiración francesa*

El Código civil francés de 1804 constituyó un verdadero punto de referencia dada su influencia en posteriores Códigos civiles, entre ellos el Código civil español de 1889, que siguió fielmente la estela marcada por él. El texto francés se impuso directamente en aquellos países dominados por Napoleón y seguidamente se redactaron otros textos civiles que en mayor o menor medida descendían de él. Resulta fundamental destacar que aunque el Derecho romano influyó decisivamente en la elaboración del *Code*, este influjo ha de ser interpretado desde una óptica iusnaturalista, es decir, como la exteriorización más perfecta del Derecho de la razón. De ahí que, en materia de responsabilidad extracontractual, se consiguiera una completa fusión entre los presupuestos romanos y los postulados del Derecho natural, que no hubiera sido posible sin las aportaciones de dos grandes civi-

¹²⁹ Como se verá en el capítulo correspondiente al Derecho comparado, si el Código Napoleón partía de unas normas, con la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* y algunas reformas del propio Código se ha llegado a reconocer la responsabilidad del menor incapaz.

listas, DOMAT y POTHIER, de quienes el Código Napoleón depende inmediatamente¹³⁰.

5.1.1.1. El Código civil francés de 1804

En el *Code civil* el principio de la responsabilidad del padre sustituyó al de la irresponsabilidad que propugnaban algunas Costumbres francesas. Sin embargo, los redactores no fueron todo lo originales que cabía esperar y en el art. 1384 Cc se incluyó la responsabilidad por hecho ajeno con la enumeración de supuestos tal y como en su momento había formulado POTHIER.

El actual art. 1384 Cc se corresponde con el art. 19 (título IV, libro III) del Proyecto de Código civil francés presentado por BIGOT-DE-PRÉAMENEU el 24 de noviembre de 1803, cuyo texto fue adoptado como punto de partida en el momento del comienzo de los Motivos y Discusiones del Consejo de Estado en torno a la elaboración del *Code*¹³¹. Tras las oportunas deliberaciones, el texto del artículo fue modificado en algún aspecto, pero en lo sustancial la regulación de la responsabilidad de los padres se mantuvo intacta hasta el final. Según disponía su primer inciso «Se es responsable no solamente del daño causado por el hecho propio, sino también del daño causado por el hecho de las personas de las que se debe responder o de las cosas que se tiene bajo la guarda»; a continuación establecía en otro párrafo —el párrafo segundo y no el cuarto, como constituye actualmente— que «El padre y la madre, tras la muerte del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos». Finalmente, en un quinto y último inciso se indicaba que esta responsabilidad tenía lugar, a menos que el padre y la madre, patronos y comitentes¹³² probasen que no pudieron impedir el hecho que daba lugar a esta responsabilidad.

En la comunicación del texto a la Sección de Legislación del Tribunado no se modificó el apartado relativo a la responsabilidad de los padres. Seguidamente, TREILHARD presentó el título IV del libro III del Proyecto al Consejo de Estado, indicando que «la responsabilidad de los padres, maestros, o patronos a menudo

¹³⁰ ROTONDI, G., «Dalla “Lex Aquilia”...», 1917, *cit.*, pp. 272-3.

¹³¹ En el Primer Proyecto de *Code civil* de CAMBACÉRÈS, en el Libro I, concretamente en el Título V, relativo a las relaciones entre los padres y madres y los hijos, el art. 1 párrafo 4º disponía que «los padres y madres están civilmente obligados a la reparación del daño causado por sus hijos menores, cuando haya negligencia por su parte», FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, París, 1827 (reimpresión, Osnabrück, 1968), t. I, p. 25; igualmente en el art. 20. 2.º del Proyecto de la Comisión de Gobierno «El padre, y la madre después de la muerte del marido, son responsables de los delitos causados por sus hijos menores, *ibid.*, t. II, p. 203.

¹³² En un momento posterior se optó por suprimir de este párrafo a los patronos y comitentes y se incluyó a los maestros y artesanos; tras la reforma operada por la Ley de 5 de abril de 1937 se suprimió la presunción de culpa del profesorado, de modo que actualmente la posibilidad de destruir esta presunción incumbe únicamente a los padres y artesanos.

constituía la única garantía de la reparación de los daños; sin duda debe ser enmarcada en sus justos límites. Los padres no responderán más que por el hecho de sus hijos menores que habitasen con ellos (...). Regulada así, la responsabilidad resulta justa. A aquellos a quienes se les impone esta responsabilidad se les imputa al menos, a unos la debilidad, a otros la mala elección, y a todos la negligencia». Incluso esta responsabilidad por los actos de sus hijos repercutía en el comportamiento del padre al contribuir a hacerlo más cauto respecto de sus hijos¹³³.

Igualmente, BERTRAND DE GREUILLE en su Informe al Tribunalado declaró que el Proyecto no se limitaba a hacer responder a una persona de sus propios actos, sino que pretendía garantizar a la víctima una justa indemnización, permitiéndole además poder accionar contra la persona de quien dependía quien le había causado el daño. «Esta obligación guarda relación con la potestad, la autoridad que la ley atribuye a los padres sobre sus hijos menores, con los deberes que le impone para la perfección de su educación, con la necesidad que tienen de vigilar su conducta con ese celo, ese cuidado, ese interés que inspiran el deseo del buen hacer, y el tierno afecto que dan. Además, esta garantía cesa si los hijos no vivían en la casa de los padres, porque fuera de ella su dependencia es menos absoluta, menos directa: el ejercicio del poder del padre es menos seguro, y su vigilancia casi ilusoria». Si los padres o madres conseguían probar que no pudieron impedir el hecho que ahora lamentan, la garantía desaparecía porque la imposibilidad constante equivalía a la fuerza mayor¹³⁴.

Para finalizar con los trabajos preparatorios del *Code*, debemos destacar la intervención de TARRIBLE con su Discurso al Cuerpo Legislativo en donde además de exponer el artículo anteriormente señalado¹³⁵ indicó que los padres, patronos, comitentes, maestros y artesanos estaban investidos de una autoridad suficiente para mantener a sus subordinados en los límites del deber y respetando los intereses ajenos. Como consecuencia de ello, si esos intereses eran transgredidos, debía entenderse que había existido un claro relajamiento de la disciplina doméstica y

¹³³ FENET, P. A., *op. cit.*, t. XIII, pp. 467-8.

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 475-6; también se refiere a la vigilancia TARRIBLE, *ibid.*, p. 489.

¹³⁵ Como novedad señaló que «La responsabilidad no puede alcanzar a quienes están exentos de todo reproche; pero este acto de justicia hacia ellos no libra el verdadero autor del daño: menor o encargado, alumno o aprendiz, queda siempre obligado a repararlo, cualquiera que sea su cualidad.

Esta regla constante, invariable, que exige que quien sufra un daño por el hecho o la culpa de cualquiera encuentre en todos los casos un medio de indemnización, resuelve una cuestión recordada por el orador del Gobierno, y cuyo objeto es saber si un pródigo incapacitado está obligado a reparar los daños causados por sus delitos.

Este orador, partiendo tanto de los principios de la justicia como de los de Derecho positivo, ha percibido que si la ley sitúa al pródigo en la impotencia de disipar su fortuna, no se ha podido dejar la extraña facultad de trasladar al ciudadano apacible golpes inatendidos que él no habrá podido ni prever ni evitar; la ley no ha podido acordar una funesta impunidad, ni sustraerle de esta obligación que el Derecho natural impone a todo individuo, de reparar el daño que ha causado, FENET, P. A., *op. cit.*, t. XIII, pp. 489-90.

«este relajamiento constituye una falta: forma una causa de daño indirecto pero suficiente para hacer recaer sobre ellos la carga de la reparación»¹³⁶.

En todo momento se insistió tanto en la autoridad del padre como en la garantía de la víctima. Si en relación con lo primero se pretendía incitar a los padres a utilizar correctamente su autoridad sobre el hijo menor y a educarlo bien, a la noción de garantía se le concedió gran importancia puesto que con la presunción de culpa se pretendió restringir al máximo la posibilidad de que el padre pudiera exonerarse.

Un artículo al que injustificadamente se le ha prestado escasa importancia es el 1310 del *Code*¹³⁷ —probablemente por su ubicación en materia contractual, donde se aclara que no cabe restitución en el supuesto de que las obligaciones contraídas por el menor resulten de su delito o cuasidelito—. BIGOT-DE-PRÉMENEAU en la Exposición de Motivos subrayaba la idea de que las obligaciones que nacían de un delito o cuasidelito no estaban incluidas entre aquellas de las que el menor podía arrepentirse, puesto que en este caso no existía ninguna persona que hubiera resultado beneficiada a costa del menor, sino que la víctima se limitaba a recibir la indemnización, de modo que quien era capaz de culpa debía ser capaz de cargar con la pena¹³⁸. Con todo, habría sido conveniente establecer alguna diferencia en torno a la edad de los menores. Como podremos comprobar al estudiar el Derecho francés actual, así se hubiera podido obviar muchos de los problemas generados atendiendo a una interpretación estricta del art. 1384 Cc. En este sentido cabe apuntar que, si bien durante los trabajos preparatorios se optó —siguiendo la tradición del Derecho romano— por establecer una distinción entre impúberes y menores de edad¹³⁹ en materia de capacidad contractual¹⁴⁰, en la redacción definitiva tal diferenciación fue rechazada¹⁴¹.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 488.

¹³⁷ Constituyó el art. 201 del Proyecto inicial del Título III del Libro III, que también modificó su número al ser agrupados finalmente varios artículos.

¹³⁸ FENET, P. A., *op. cit.*, t. XIII, p. 289.

¹³⁹ En la Exposición de Motivos, BIGOT-DE-PRÉMENEAU señaló que los menores eran considerados incapaces a causa de la debilidad de su razón y de su inexperiencia. Se puede contratar con ellos pero si resultase un perjuicio para su patrimonio, se alegará que se abusó de su edad. Al tratarse de una incapacidad relativa no se estimó necesario adoptar la distinción inicial entre menores impúberes y aquellos que aún siendo menores de edad ya habían pasado la edad de la pubertad. Según el Derecho romano la pubertad estaba fijada con relación a la posibilidad de contraer matrimonio o, más concretamente, con arreglo a la posibilidad de engendrar. El hombre era impúber hasta que cumplía catorce años y las mujeres hasta los doce. Sin embargo, en Francia el matrimonio no se permitía a los hombres antes de los dieciocho años ni a las mujeres que no hubieran cumplido los quince años. Esta regla no siempre se correspondía con el curso normal de la naturaleza, de modo que BIGOT-DE-PRÉMENEAU se preguntó si era conveniente trasladar de una forma tan absoluta esta incapacidad resultante de la edad al Derecho de obligaciones. La propia ley reconocía a una persona que aún no tenía los dieciocho años el discernimiento suficiente para realizar determinados actos. Para establecer una incapacidad absoluta de contratar habría que fijar una determinada edad y ello no resulta sencillo, puesto que son varios los factores —no sólo de tipo endógeno— los que se deberían tomar en consideración. El resultado de una operación tan complicada sería además arbitrario; más que proteger el interés del impúber se estaría comprometiendo, puesto que tra-

5.1.1.2. El reflejo del *Code civil* en otras legislaciones

La Codificación francesa iluminó el panorama del Derecho privado del siglo XIX y constituyó un hito de obligada referencia para todo país que pretendiera codificar su Derecho civil. Sin duda, dados sus orígenes y principales fuentes, el Código civil francés ha sido considerado como el Código de los pueblos románicos¹⁴².

Se constata asimismo que la influencia del Código civil francés se ha visto reflejada en gran medida en Bélgica, donde regía el Código Napoleón que, impuesto durante la época de la dominación francesa, siguió vigente bajo el régimen holandés y ni siquiera se derogó cuando el país alcanzó su independencia política en 1830¹⁴³. Sin embargo, merece ser destacada la introducción de un nuevo artículo, el art. 1386 bis, con ocasión de la Ley de 16 de abril de 1935, que estableció la responsabilidad por equidad de las personas que sufrieran algún tipo de omencia o

tándose de un menor, en caso de sufrir alguna lesión podría beneficiarse de la restitución, sin necesidad de ningún otro recurso. *Visd.*, FENET, P. A., *op. cit.*, t. XIII, pp. 225-6.

¹⁴⁰ También se diferencia entre impúberes y menores en el art. 21 de la sección 2, cap. I, tit. II lib. III, *ibid.*, t. II, p. 162.

¹⁴⁰ En el Discurso preliminar que pronunció CAMBACÉRÈS al Consejo de los Quinientos, destacó que la ley debía dividir por grados a los ciudadanos puesto que la minoría indicaba debilidad. «La inteligencia anuncia que son capaces de administrar sus bienes. Esta disposición debe depender del concurso de dos condiciones: la edad y los índices de madurez de razón. La edad está fijada a los dieciocho años; los indicios son el matrimonio, la explotación de un comercio, el ejercicio de un arte o de un oficio cualquiera, la opinión de la familia», FENET, P. A., *op. cit.*, t. I, p. 152.

El Proyecto de JACQUEMINOT, en el art. 1 del Título relativo a los menores, la tutela y la emancipación, indicaba en su apartado segundo que «la minoría se divisa en dos épocas: en la primera el menor, considerado como absolutamente incapaz de conducirse y de regir sus bienes, está situado bajo la guarda y dirección de un tutor; en la segunda él puede ejercer la simple administración de sus bienes (...)», *ibid.*, p. 350; esta división también aparece en el Proyecto de Código civil de la Comisión de Gobierno, en el apartado 2 del título IX, de la minoría, la tutela y la emancipación del libro I, *ibid.*, t. II, p. 70.

Asimismo, en las Observaciones del Tribunal de Grenoble se indica que al dividir entre esas dos épocas se olvidaba la impubertad, puesto que a los quince años una persona era capaz de realizar ciertos actos, *ibid.*, t. III, p. 537.

¹⁴¹ En el Proyecto inicial presentado por BIGOT-DE-PRÉMENEAU, el actual art. 1124 al que ahora nos referimos constituyó el art. 21 del Título III del Libro III del Código, que posteriormente se convertiría en el art. 24.

¹⁴² WESEBERG, G./WESENER, G., *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y Europa*, trad. J. De Los Mozos Touya, Valladolid, 1998, p. 255.

¹⁴³ Únicamente se han modificado algunos capítulos y se ha añadido algún apéndice mediante leyes especiales. En concreto, el art. 1384 Cc fue modificado por la Ley de 6 de julio de 1977, que atendiendo a los principios constitucionales, equiparó y situó en plano de igualdad a los cónyuges y además suprimió el requisito de la cohabitación.

El 20 de febrero de 1975 una Proposición de ley destinada a modificar el art. 1384 párrafo segundo manifestaba que «El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos; cuando los menores habiten con uno de los padres, este padre será responsable». El texto sufrió algunas modificaciones y finalmente fue remitido al Senado el 27 de noviembre del mismo año, y tras las pertinentes observaciones, la Ley fue promulgada el 6 julio de 1977. En este sentido, BOGART, «Du nouveau en matière de responsabilité des père et mère pour les dommages causés par leurs enfants mineurs», *Omnia*, 1977, p. 379; DENEVE, M., «La loi du 6 juillet 1977 modifiant l'art. 1384, 2 alinéa, du Code civil, relatif à la responsabilité des parents pour les dommages causés par leurs enfants mineurs», *Riv. trim. dr. fam.*, 1978, 2, pp. 104-8.

enfermedad mental¹⁴⁴, lo cual constituye una prueba a favor de que el legislador belga ha sabido adaptarse a las necesidades sociales.

Por otra parte, también el Estado de Luisiana recibió rápidamente la influencia del Código civil francés¹⁴⁵, promulgando su propio Código –el *Louisianais Digest* o Digesto de La Luisiana– en 1808. En lo referente a la responsabilidad extracontractual, los arts. 2294 a 2299 se corresponden con los arts. 1382 a 1384 *Code Napoleon*¹⁴⁶ y si bien en 1825 se adoptó un nuevo Código que reemplazó al anterior¹⁴⁷, en este punto no se observan grandes cambios.

También el *Code civil du Bas Canada* fue promulgado en 1866 bajo la influencia francesa¹⁴⁸. Si durante más de un siglo se mantuvo intacta la versión original del artículo consagrado a la responsabilidad de los padres, el art. 1054 CCBC, en 1977 se modificó su párrafo segundo en orden a que los padres respondieran por igual ante la infracción civil cometida por un hijo menor. En 1990 se redactó un Proyecto que se convirtió en el *Code Civil du Québec* (CCQ) y entró en vigor el 1 de agosto de 1994, caracterizándose porque si bien recoge muchas de sus normas antiguas, destaca por la influencia que recibió de otros Derechos extranjeros¹⁴⁹.

Asimismo, otros Códigos que recibieron la influencia francesa fueron el Código civil holandés de 1809, el peruano de 1852, el italiano de 1865, y el portugués

¹⁴⁴ Dispone el art. 1386 bis: «Cuando una persona que se encuentre en estado de demencia, o en un estado de grave desequilibrio o de debilidad mental que la haga incapaz de controlar sus acciones, cause un daño a otro, el Juez puede condenarla a todo o parte de la reparación a la cual estaría obligada si tuviera el control de sus actos.

El Juez dispondrá con arreglo a la equidad, teniendo en cuenta las circunstancias y la situación de las partes».

Según ha señalado W. MATHOUX, si el hijo menor tiene capacidad suficiente podrá ser condenado con arreglo a las reglas generales, y si fuera incapaz de controlar sus acciones, parece que podría aplicársele el art. 1386 bis Cc, al menos a falta de persona civilmente responsable, *vid.* «La responsabilité des parents suivant l'article 1384 du Code civil», en *Travaux et conférences*, t. V, *Études en hommage à René Marq*, Bruxelles, 1957, p. 202.

¹⁴⁵ *Id.*, BARHAM, M. E., «La méthodologie du Droit civil de l'État de Louisiane», *RIDC*, 1975-IV, p. 797.

¹⁴⁶ Además, el art. 2300 Cc contenía una clara reminiscencia del Derecho romano, en concreto a la noxalidad, al señalar que los dueños de los esclavos eran responsables del daño causado por ellos, salvo si procedían a su abandono, *vid.* DE SAINT-JOSEPH, A., *Concordance entre les Codes Civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1840, p. 76.

¹⁴⁷ El art. 2318 del Cc de Luisiana de 1825 es muy semejante al art. 1384.4 *Code civil*, aunque a diferencia de éste incluye a los tutores, como también hiciera en su primera redacción.

¹⁴⁸ Aunque el influjo francés es predominante, se trata de un sistema mixto donde la influencia autóctona desempeña un papel creciente. *Id.*, JOBIN, P. G., «L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois. Le rapprochement et l'éloignement de deux continents», *RIDC*, 1992, pp. 281 ss.

¹⁴⁹ El art. 164 CCQ se asemeja al contenido del art. 1310 Cc francés, al señalar que el menor puede suscribirse a la obligación extracontractual de reparar el daño causado a otro por su culpa. Por otra parte, el art. 1459 CCQ señala que el titular de la patria potestad debe reparar el perjuicio causado a terceros por el hecho o la falta del menor que está bajo su potestad, a menos que pruebe que no ha cometido ninguna falta en la guarda, vigilancia o educación del menor. Quien haya sido privado de la patria potestad será responsable también, si el hecho o la falta del menor está relacionada con la educación que le ha dado.

de 1867. No obstante, al haber sido objeto de una nueva redacción, sus normas han sido sustituidas por otras más modernas que serán estudiadas en un apartado posterior. El Código civil español de 1889 también siguió en muchos de sus preceptos casi literalmente las disposiciones del Código Napoleón.

5.1.2. *El sistema de Códigos civiles de origen germánico*

En lo que respecta a la regulación de las consecuencias que derivan de la producción de un daño por una persona sin capacidad de culpa, los Códigos germánicos se alejaron de la tendencia romanista que entendía que toda persona que no era capaz de culpa no podía ser responsable¹⁵⁰. Si bien los legisladores germánicos reflejaron en sus Códigos los principios de la doctrina iusnaturalista, en algunos textos se encuentran ciertas alusiones al Derecho romano. En este sentido, con relación a la responsabilidad de los incapaces, tanto en el *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* de 1756 (parte cuarta, capítulo 16, § 8)¹⁵¹ como en el BGB sajón de 1863 (§ 119), precisamente se adoptó la norma que determinaba que los menores sin capacidad delictiva no incurrían en responsabilidad.

5.1.2.1. Códigos previos al BGB

Siguiendo con esta exposición, distinta consideración merecen el Derecho territorial común prusiano (ALR, I, 6, § 41-44), el Código civil austríaco (ABGB §§1308-1310), el Código de las obligaciones suizo (art. 58 CO de 1881 actual art. 54) y el Código civil alemán (BGB §§ 828, 829), en cuyos textos se pone fin al principio tradicional de la irresponsabilidad del incapaz, al disponer que los menores que no poseían capacidad delictual podían quedar obligados a prestar una indemnización bajo determinados presupuestos y con determinadas restricciones.

Partiendo de los postulados iusnaturalistas se otorgó a esta responsabilidad una configuración dogmática autónoma. Algunos autores como GROCIO —también COCCEIO, PUFFENDORF e EINECCIO— establecieron que todo daño debía ser resarcido, y aunque el fundamento de las obligaciones *ex delicto* residía en la culpa del autor del daño, sus amplios conceptos permitían incluir algún supuesto de

¹⁵⁰ MOMIGLIANO, W., «Il risarcimento del danno extracontrattuale cagionato da persona priva di discernimento», *Riv. dir. civ.*, 1937, p. 236.

¹⁵¹ El Código alemán de Derecho privado más antiguo es el *Codex Maximilianus Bavaricus civilis*, que todavía conservaba la subsidiariedad del Derecho común, y por eso es considerado un precursor de las grandes Codificaciones del Derecho natural; en este sentido, WESEBERG, G./WESENER, G., *op. cit.*, p. 251; DE LOS MOZOS, J. L., *Derecho civil. (Método, sistemas y categorías jurídicas)*, Madrid, 1988, p. 105.

En el *Codex Maximilianus* se puede leer (parte cuarta, capítulo 16, § 8): «(...) y dado que los niños y los locos por falta de juicio y libre voluntad no son capaces ni de dolo ni de culpa, el daño que hubieran causado no ha de ser restituido por ellos mismos, o al menos no de su patrimonio».

responsabilidad sin culpa. Además, TOMASIO anotó que las acciones que en Alemania estaban destinadas al resarcimiento del daño, procedían del Derecho consuetudinario y en ese sentido no eran acciones *ex delicto*, sino *ex aequitate*¹⁵²; desde este punto de vista, lo relevante no era la culpa del agente sino el daño que se había causado y por ello no dudó en admitir la responsabilidad de personas sin capacidad de culpa.

Por lo que respecta a la tentativa de extender la obligación de resarcimiento a las personas incapaces, se acudió –pese a que estos intentos fueron rebatidos por los mejores pandectistas– a los conceptos aportados por la doctrina iusnaturalista. Siguiendo con los postulados del Derecho romano, WINSCHIED también se refirió y puso de manifiesto la importancia de la edad en el Derecho privado y en ese sentido distinguió el periodo de la infancia (*infans est qui fari non potest*), esto es, hasta el séptimo año cumplido; el periodo de la impubertad –que según la opinión admitida en el Derecho romano, para el sexo masculino cesaba a los catorce años y para el femenino a los doce–; y el periodo de la mayor edad, que alcanzaba hasta los veintinueve años. Además puntualizó que aunque los adolescentes que habían superado la puericia no eran completamente incapaces de obrar, tenían una capacidad limitada¹⁵³.

En concreto, el *Allgemeines Landrecht* de 1794 fue uno de los Códigos en donde más se sintió la huella iusnaturalista y, en ese sentido, dicha influencia le valió la adopción de fórmulas diferentes a las clásicas del Derecho romano en torno a la responsabilidad extracontractual¹⁵⁴. El legislador prusiano unificó la categoría de los locos y los niños de edades inferiores a los siete años, puntualizando que siempre que alguno de ellos causare un daño, en primer lugar debían responder las personas encargadas de su vigilancia y sólo cuando éstas no lo hicieran, respondería el propio incapaz, sin que en ningún caso se le pudiera privar de lo imprescindible para su mantenimiento y educación de acuerdo con su forma de vida¹⁵⁵.

Por otra parte, la incapacidad delictiva del infante que había sido preconizada por el Derecho romano, fue preceptuada en el Proyecto austríaco del *Codex Theresianus* de 1766¹⁵⁶. Además, según este Proyecto, el impúber era capaz y por tanto

¹⁵² ROTONDI, G., «Dalla “Lex Aquilia”...», 1917, *cit.*, p. 261.

¹⁵³ WINSCHIED, B., *Diritto delle Pandette*, vol I, trad. e note de FADDA, C./BENSA, P. E., Torino, 1925, §§ 54,71.

¹⁵⁴ De ahí que establezca que los incapaces podían ser considerados responsables del daño que hubiesen causado a otra persona (ALR, I, 6, § 41).

¹⁵⁵ ALR, I, 6, §§ 42, 43.

¹⁵⁶ En concreto, parte tercera, capítulo 21, §§ 35 y 36, donde señala que «quienes carecen de uso de razón o voluntad, no pueden ni cometer delitos ni mucho menos ser responsables de los mismos. Se trata de los niños, imbeciles, dementes (...)».

responsable de sus actos cuando «hubiera superado la edad infantil y tuviera algún uso de razón que le permitiera diferenciar el bien del mal»¹⁵⁷.

Lo anterior nos permite afirmar que si bien en los comienzos de la Codificación austríaca se observa una clara influencia romana, pronto se produciría un cambio de orientación. En la elaboración del Código civil austríaco¹⁵⁸ no se pretendía abandonar el tradicional criterio de la culpa, pero ante los partidarios de la introducción de la responsabilidad objetiva (*Erfolgshaftung*), finalmente en el Proyecto de VON MARTINI quedó reflejado un compromiso entre las dos tendencias. Así, tras ser formulada la máxima de que los incapaces no respondían y que el daño que hubieran podido ocasionar debía ser equiparado al caso fortuito, se añadía que como la indemnización se basaba en el derecho de defensa –que también podía ser ejercitado contra los niños y dementes– cuando no la hubiese prestado el deudor debía recaer sobre el agente material del daño¹⁵⁹.

Con mejor criterio, el Proyecto definitivo de ZEILLER dispuso en párrafos separados el principio general de la culpa y el principio subsidiario de la responsabilidad de quien por su incapacidad no podía ser considerado culpable. Este Proyecto se transformó en Código, el ABGB de 1811¹⁶⁰ y, al igual que el ALR, el ABGB aúna a los enajenados y a los menores de edad en una misma categoría¹⁶¹. De ahí que cuando un menor de edad cause un daño a otra persona, la indemnización correrá a cargo de las personas a quienes competen las obligaciones de vigilancia, de manera que sólo se puede reclamar la indemnización al incapaz en último caso.

¹⁵⁷ *Codex Theresianus*, parte tercera, cap. 21, § 40.

¹⁵⁸ Es el Código que mejor refleja la tradición del *Usus Modernus Pandectarum*, es decir, el Derecho común que se hallaba vigente en los territorios alemanes y que estuvo influenciado por la Escuela histórica y por el Pandectismo, aunque también es importante la influencia ejercida por el Derecho natural.

¹⁵⁹ En concreto, L. 3, c. 13, § 456.

En la yuxtaposición de las dos partes de este párrafo aparece el contraste entre los principios clásicos y las nuevas tendencias iusnaturalistas.

¹⁶⁰ El § 1310 ABGB, como ya dispusiera el Proyecto, señala que «si el perjudicado no logra obtener una indemnización a través de las vías anteriores, entonces el Juez puede, en consideración de las circunstancias, decidir conceder la entera indemnización o una parte equitativa de la misma, teniendo en cuenta que el damnificante tenga parte de culpa aunque por lo general no tenga pleno conocimiento; o si el perjudicado, con miramiento al damnificante no había reclamado para no perjudicarlo; o, finalmente, en consideración al patrimonio del damnificante y del damnificado».

¹⁶¹ Aunque en el § 1308 ABGB no se especifica que la edad límite es la de los siete años, esta afirmación sólo es parcialmente correcta puesto que si acudimos al § 21 ABGB observamos una clasificación por edades que puede ser aplicada en este contexto. El § 21 ABGB distingue tres categorías (incapacidad, capacidad limitada, capacidad plena) incluyendo en la primera de ellas a los “niños” que son los menores que no han alcanzado el séptimo año de vida; en la segunda se refiere a la capacidad limitada, que comprende de los siete a los dieciocho años, y a su vez en ella distinguimos a los menores, en primer lugar “en sentido verdadero y propio”, de siete a catorce años, *Unmündiger* (impúber); y en segundo lugar, de quince a dieciocho años, *Jugendlicher*.

Junto al ALR y el ABGB merece especial consideración el Código Federal Suizo de las Obligaciones¹⁶² (CO) de 1881, sobre todo teniendo en cuenta que si al inicio del movimiento codificador Suiza estaba organizada en Cantones y que casi todos contaban con su propio sistema jurídico privado¹⁶³, resultaba necesaria la unificación del Derecho privado. Del mismo modo que aconteciera en Prusia y Austria, en relación con la responsabilidad de las personas incapaces se construyó un sistema elástico, y en lugar de reflejar en varias normas los diferentes supuestos legales donde se podía atender a la equidad, se admitió este principio con carácter general concediendo al Juez amplias facultades. En este sentido se pronunció el art. 58 CO¹⁶⁴, que tras ser reformado en 1911 pasó a convertirse en el párrafo primero del art. 54, según el cual, cuando la equidad lo exija, el Juez podrá condenar incluso a una persona que no tuviera discernimiento¹⁶⁵.

En este contexto del Derecho suizo, debemos destacar también el art. 18 del Código civil donde se dispone que los actos realizados por una persona incapaz de discernimiento no tienen efectos jurídicos, lo que sólo significa que los incapaces no son responsables del daño que causen a otros. En el mismo cuerpo legal, concretamente en el art. 333 se recoge la responsabilidad del cabeza de familia, al indicar que es responsable del daño causado por los menores (...) que se

¹⁶² El Código federal de las Obligaciones de 1881 —en vigor a partir de 1883—, en su formulación partía del Código general de comercio alemán de 1861 y del Proyecto de Dresde de 1866. De ahí la influencia alemana en la materia que estamos comentando.

¹⁶³ En el Canton de Vaud, en 1819 entró en vigor un Código civil directamente inspirado en el modelo francés (lo mismo ocurrió en los Cantones de Ticino (1837), Friburgo (1849), Vallese (1853), Neuchâtel (1854-1855), Waadt, Tessin y Wallis. En concreto los arts. 1037 a 1038 del Cc del Cantón de Vaud se corresponden con los arts. 1382 y 1383 *Code Napoléon* y el art. 1039 se corresponde con el art. 1384 del *Code*, con la salvedad de que queda suprimido el último párrafo de ese artículo, el relativo a la exoneración. Otros cantones se inspiraron en la tradición germánica, exteriorizada en aquel momento con el ABGB —sobre todo en la parte de Suiza central— como fueron los Cantones de Berna, Lucerna, Solothurn, y Aargau. Y una minoría adoptó una solución original, como por ejemplo el Cantón de Zurich que creó su propio Derecho, el cual fue asimilado por algunos Cantones vecinos de la parte oriental de Suiza. Así, MOLTOR, E./SCHLOSSER, H., *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, trad. Martínez Sarrión, A., Barcelona, 1980, pp. 124 ss.

¹⁶⁴ En este sentido, el Código de las Obligaciones suizo había recogido una disposición de las Leyes del Cantón de Zurich y señalaba que si la equidad lo exigía, el Juez podía, excepcionalmente, condenar a un incapaz. La referencia al carácter excepcional de esta responsabilidad ha sido suprimida en el actual art. 54 CO; a juicio de F. WERRO, dicha omisión resulta lógica puesto que de lo contrario no constituiría más que un pleonismo. *Vid. La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité. Etude critique comparative*, Friburgo, 1986, p. 147.

¹⁶⁵ En su segundo párrafo continúa «Quien ha sido alcanzado por una incapacidad pasajera de discernimiento está obligado a reparar el daño que ha causado en este estado, si no prueba que se hubiera producido sin su culpa». El contenido del actual art. 54 se corresponde con los anteriores arts. 57 y 58, matizando que se ha introducido una novedad con respecto al antiguo art. 57 CO, que al ser transformado en el actual art. 54.2 ha incluido la inversión de la carga de la prueba, GUINAND, J., «La responsabilité des personnes incapables de discernement», en *Le centenaire du Code des Obligations (Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht)*, Fribourg, 1982, p. 398.

hallen bajo su autoridad, a menos que demuestre que los ha vigilado de manera adecuada¹⁶⁶.

5.1.2.2. El Código civil alemán de 1896

En la redacción del Primer Proyecto de Código civil alemán, la Primera Comisión se inspiró en el principio de la culpa, suprimiendo cualquier referencia a una posible responsabilidad del agente no culpable. En este sentido, junto al Derecho romano se tuvo en cuenta el antiguo Derecho alemán y, a partir de ahí, se realizaron dos propuestas¹⁶⁷. La primera se refería a una responsabilidad cuyo origen no residía en la culpa, sino en un concepto de garantía social y desde esa perspectiva las personas que no eran capaces de culpa podían ser consideradas responsables. La segunda propuesta era mucho más moderada que la anterior porque, junto al concepto tradicional de la culpa, introducía la noción de equidad para atemperar las consecuencias del daño cuando éste no pudiera ser reclamado al autor del daño.

Partiendo de esa iniciativa, la Segunda Comisión redactó el § 752 del Segundo Proyecto, donde se leía que cualquiera que cometiese un acto de los considerados delitos civiles y por el cual no fuera responsable por no tener culpa, debía resarcir el daño siempre que la equidad así lo requiriese, lo cual incluía a los menores y a los enfermos mentales.

Finalmente, durante la redacción del actual § 828 BGB, en orden a fijar una edad que determinase a partir de qué momento una persona debía ser considerada responsable se acudió al Derecho romano, según el cual, las personas menores de edad no tenían plenas facultades¹⁶⁸.

¹⁶⁶ En conexión con esto mismo destaca el Código civil de Turquía, que representa actualmente una traducción, en algunas partes bastante libre, del texto francés del Código civil suizo y de las partes revisadas del Derecho de obligaciones. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual destacan los arts. 41 a 60 del Código de las obligaciones (COT) bajo el título «Obligaciones que resultan de actos ilícitos», destacando la responsabilidad que deriva de la equidad, donde el daño causado será imputado a su autor aunque no se den todos los elementos del ilícito; el supuesto principal de responsabilidad que deriva de la equidad es el de la responsabilidad de las personas que no tienen discernimiento. El art. 54 COT dispone que el Juez puede condenar incluso a una persona incapaz de discernimiento a la reparación total o parcial del daño que hubiera causado si la equidad lo exigiera. Se trata de una responsabilidad sin culpa por un acto objetivamente ilícito.

Uno de los requisitos del acto ilícito es la capacidad de discernimiento y el art. 15 CCT dispone que salvo las excepciones previstas por la ley, los actos de un incapaz no tienen efecto jurídico; en este sentido, según el párrafo tercero del art. 16 CCT, los menores capaces de discernimiento son responsables del daño causado por sus actos ilícitos. La responsabilidad del cabeza de familia aparece regulada en el art. 320 CCT. Así, KANETI, S., «Les grandes lignes de la responsabilité extracontractuelle en Droit civil ture», *RIDC*, 1972, pp. 632, 639 y 642.

¹⁶⁷ MOMIGLIANO, W., *op. cit.*, p. 240.

¹⁶⁸ La fijación de un límite objetivo probablemente respondió a una cuestión práctica, puesto que resultaba conveniente establecer una frontera a partir de la cual se pudiera considerar con seguridad que una persona era capaz, así, VON KÜBEL, F. P., *Recht der Schuldverhältnisse*, Teil I, Allgemeiner Teil, Erster Abschnitt, zweiter Titel, III, unerlaubte Handlungen, Berlin-New York, 1980, pp. 688 y 690.

Si bien en el Derecho alemán antiguo la obligación de indemnizar se estableció sin consideración de la culpabilidad del autor, en textos más recientes pertenecientes a países vecinos, tanto la falta de capacidad como la minoría de edad debían llevar aparejadas cierta protección. Como señala GOECKE, esa “legislación reciente” estaba influenciada por el Derecho romano, en virtud del cual, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, los infantes al no ser capaces de culpa, no eran responsables de sus actos y al quedar éstos equiparados a los casos fortuitos, la víctima se quedaba sin indemnización¹⁶⁹.

En virtud de todo ello, la incapacidad del infante se constató atendiendo a la tradición jurídica romana. En ese sentido, el establecimiento del límite de los siete años se justificó como consecuencia de una «experiencia largamente adquirida y comprobada», en consonancia con la norma que establecía que el menor a partir del séptimo año posee capacidad comercial¹⁷⁰. La Primera Comisión remitía al Derecho común¹⁷¹ y a los Códigos y Proyectos de los territorios alemanes, como el ALR (I, 6, § 41), el ABGB (§§ 21 y 1308) y el BGB de Sajonia (§§ 47, 81, 119), los cuales a su vez se habían inspirado en el Derecho común¹⁷². Los redactores del § 828 desestimaron la adopción del límite establecido en el Código penal fijado en la edad de doce años, argumentando que el Derecho civil no debía equipararse al Derecho penal¹⁷³.

Por otra parte, en lo que concierne a la regla que actualmente dispone que un menor con una edad comprendida entre los siete y los dieciocho años está obligado a responder del daño que ha causado a otra persona siempre que hubiera actuado con discernimiento, se debe resaltar que tampoco estamos ante un precepto totalmente novedoso, puesto que se encuentra recogido en la tradición jurídica alemana. Asimismo, en el Derecho común la responsabilidad de los llamados im-

¹⁶⁹ *Die unbegrenzte Haftung Minderjähriger im Deliktsrecht*, Berlin, 1997, p. 38.

¹⁷⁰ En este sentido, GOECKE remite a los trabajos preparatorios del BGB, *op. cit.*, p. 40.

¹⁷¹ WINDSCHEID, B., *op. cit.*, § 101, nota 12.

¹⁷² Así, GOECKE, K., *op. cit.*, pp. 40-1.

¹⁷³ VON KÜBEL, F. P., *op. cit.*, p.691.

A pesar de todo, no quedó del todo claro cómo finalmente se optó por el establecimiento de la edad de los siete años. Al número siete se le confirió una gran importancia, de forma que numerosos estadios de la vida venían delimitados por ese número. Tales eran las virtudes atribuidas a este número que fue asumido como símbolo de excelencia; se llegó a sugerir que las cosas y momentos más importantes fueran reordenados según ese número. De ahí que la pubertad fuese resultado de un múltiplo del número siete, que a su vez diferenciaba el momento a partir del cual el individuo salía de la infancia. *Vid.*, TAFARO, S., *op. cit.*, pp. 117-136 y 162.

Sin embargo, las mismas propiedades que fueron atribuidas al número siete se predicaron también del número cuatro, como bien señalan NÉRAUDAU, J. P., *op. cit.*, p. 30; PARICIO, J., *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid, 1987, pp. 53-4.

El razonamiento –fruto de las creencias del momento– se desmorona por sí mismo dada la banalidad de su formulación.

púberes *pubertatis proximi* dependía de si eran “capaces de dolo”, en cuyo caso incurrían en la misma responsabilidad que los púberes, y de no serlo quedaban exentos de responsabilidad igual que los infantes¹⁷⁴. En cualquier caso, en torno a la equidad y a la posible responsabilidad de una persona incapaz, la formulación adoptada en el § 829 BGB siguió el modelo establecido por los Derechos prusiano, austríaco y suizo¹⁷⁵.

5.1.2.3. La influencia del BGB en otros países

En relación con la influencia que ha ejercido el BGB, el Código civil de Grecia es el que en mayor medida ha acogido sus disposiciones. El Código civil griego entró en vigor en 1946 y reproduce el mismo sistema que el Código civil austríaco y que el BGB, aunque la irresponsabilidad del menor está prevista hasta la edad de diez años y la responsabilidad subordinada al discernimiento se refiere a los menores con edades comprendidas entre los diez y los catorce años¹⁷⁶.

Otro texto que ha recibido la influencia del BGB ha sido el Código civil de Polonia de 1964. Su art. 142 señala que quien en virtud de una ley o de un convenio esté obligado a vigilar a una persona no imputable por razón de su edad o de su estado psíquico o físico, debe reparar el daño causado por esa persona, a menos que pruebe que ha cumplido con su deber de vigilancia o que el daño se habría producido igualmente si la vigilancia se hubiere ejercido con la diligencia debida. Sin embargo, el artículo siguiente añade que cuando la víctima no pueda obtener la reparación de las personas encargadas de la vigilancia, la obligación de indemnizar, en todo o en parte, puede serle impuesta al autor mismo, si resulta de las circunstancias, y sobre todo de la situación económica de la víctima y del autor del daño, que tal indemnización corresponde a las exigencias de la equidad.

Igualmente, el derogado Código civil de la entonces República Democrática alemana de 1975 recogía la responsabilidad de los menores y adolescentes. Concretamente el primer apartado del § 348, disponía que los niños que no hubieran alcanzado la edad de seis años no eran responsables de los daños que causaren. Seguidamente indicaba que los niños que hubieran cumplido el sexto año y los adolescentes que no tuvieran dieciocho, eran responsables de los daños que causasen si en el momento del hecho eran capaces de comportarse conforme les podía ser

¹⁷⁴ En el siglo XIX los autores de las *Pandectae* también contribuyeron a la determinación de la *doli capacitas*. WINSCHIED hizo referencia a la importancia de la edad en el Derecho privado, *op. cit.*, §§ 54, 71.

¹⁷⁵ HEINSHEIMER, K., «Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB», *AdP*, 1904, t. 95, p. 235.

¹⁷⁶ Como así señala en su art. 916. Igualmente, toda persona que hubiera causado un daño pero no fuera responsable con arreglo a los arts. 915 a 917, puede ser obligada tras una valoración de la situación particular de ambas partes y siempre que la indemnización no pueda ser satisfecha por otra persona (art. 918).

exigido, atendiendo al grado de desarrollo de su personalidad. Sin embargo, para aquellos casos en los que la víctima podía quedar sin indemnización, el § 350 obligaba a quienes en principio estaban exentos de responsabilidad, a indemnizar el daño que hubiesen ocasionado bajo determinadas circunstancias.

El Código civil ruso, implantado en los países soviéticos, también se refiere a la responsabilidad de quien debía vigilar al menor que causó un daño¹⁷⁷ y a la del propio incapaz en aquellos supuestos en los que el primero no estuviera obligado a indemnizarlo. En efecto, se podía obligar al incapaz a reparar el perjuicio, teniendo en cuenta tanto su situación económica como la de la víctima (art. 406), lo cual no es más que una responsabilidad por equidad en virtud de la cual los incapaces y los menores de catorce años, que en principio son considerados irresponsables, podrían verse obligados por razón de la consideración de diversas circunstancias.

Entre los países americanos, el Código civil de Méjico de 1871 dispone que el incapaz que cause un daño a otro puede ser obligado a repararlo cuando las personas encargadas de él consigan quedar exoneradas¹⁷⁸. Por su parte, el Código civil de Argentina de 1869 fue modificado por la Ley 23.264 de 1985 que introdujo una reforma en materia de responsabilidad de los padres¹⁷⁹, en virtud de la cual se consideraba que todo sujeto menor de diez años carecía de discernimiento (arts. 921 y 1076), y al no tener la suficiente aptitud para comprender el alcance de sus hechos, no era responsable de sus actos. *A sensu contrario* se infiere que toda persona que hubiera cumplido los diez años era responsable¹⁸⁰.

¹⁷⁷ En el art. 405 se regula la responsabilidad del cabeza de familia por los hechos cometidos por menores, interdictos, dementes o pobres de espíritu puestos bajo su autoridad. Una persona sin capacidad no es responsable del daño causado. En su lugar responderá la persona encargada de vigilarle. Por el daño causado por jóvenes en los casos señalados en el art. 9 (menores de catorce años), éstos serán responsables juntamente con sus padres o personas encargadas de su custodia.

¹⁷⁸ Tal y como señala el art. 1911. Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos (art. 1919), a no ser que en el momento de la comisión del ilícito, el menor se encontrase bajo la vigilancia de otras personas (art. 1920). Lo dispuesto en los artículos anteriores es aplicable a los tutores (art. 1921). El art. 1922 recoge la posible exoneración si se prueba que les ha sido imposible evitar los daños; esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. Los arts. 1921 y 1922 parecen indicar que la responsabilidad del incapaz se tiene en cuenta sólo si no puede serlo la de su guardián.

¹⁷⁹ Se derogó el conflictivo art. 273 y se sustituyó el art. 1114 por un nuevo texto que disponía que el padre y la madre eran solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habitasen con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años.

¹⁸⁰ El derogado art. 1114 Cc. argentino determinaba que «el padre, y tras su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, eran responsables por los daños causados por sus hijos menores que estaban bajo su poder y habitaban con él, fueran legítimos o naturales». Completaba la regulación el art. 273 al señalar que los padres respondían por los daños causados por sus hijos menores de diez años que habitasen con ellos. Si el hijo tenía más de diez años respondía por sí mismo de su propio actuar, y la responsabilidad de los padres era subsidiaria; en este caso el padre tenía una acción de regreso (art. 1123). Si en su redacción anterior, el art. 1114 establecía una res-

Por último, únicamente resta señalar que en relación con el Proyecto de Código civil argentino de 1998, su parte cuarta está enteramente consagrada a la responsabilidad civil; en concreto el art. 1752 hace referencia a la responsabilidad por motivos de equidad¹⁸¹.

5.1.3. De la tradición francesa al sistema germánico

Al igual que WESEMBERG y WESENER, consideramos que junto a los textos civiles pertenecientes a la familia de Códigos de influencia romana o a la de influencia germánica, se podría mencionar un *tertium genus* formado por una serie de Códigos, que en su segunda redacción han cambiado, por lo menos en lo que ahora nos interesa, sus postulados básicos¹⁸². En este contexto, destacan los originarios Códigos civiles de Holanda de 1809, Perú de 1852, Italia de 1865, y Portugal de 1867, así como sus sucesores, los Códigos de 1994, 1984, 1942 y 1966, respectivamente.

ponsabilidad presunta contra el padre y la madre alternativamente, posteriormente tras la reforma operada se le confirió un carácter solidario. En el art. 1114 se establecen como requisitos, que el hijo sea menor de edad, que se encuentre bajo la patria potestad de los padres y habite con ellos (La Ley 23.264 ha mantenido el requisito de la convivencia cuya fuente es el Código civil francés, *vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las modificaciones introducidas en el Derecho argentino a la responsabilidad de los padres por hechos ilícitos de sus hijos menores», *RGLJ*, 1986-2, p. 641); igualmente, se requiere la antijuridicidad del acto del menor y la causación de daño a un tercero.

Se ha planteado en la doctrina una cuestión interpretativa derivada de una aparente contradicción entre los arts. 1114 y 273 Cc. Este segundo artículo dispone que los padres responden por los daños que causen sus hijos menores de diez años, lo que ha propiciado que fuera interpretado por algunos dando prevalencia al art. 273 frente al 1114 —en el sentido de admitir la responsabilidad de los padres sólo hasta la edad de diez años, de forma que los hijos mayores de diez años responderían de sus actos personalmente—, y otros consideran que el art. 1114 amplía la responsabilidad de los padres, y aunque en él nada se diga sobre la edad de los hijos, debía interpretarse más ampliamente que el art. 273, pues si el art. 1117 señala que los directores de colegio, maestros y artesanos responden de los daños causados por alumnos o aprendices mayores de diez años, no es lógico que los padres queden exentos. La doctrina mayoritaria y prevalente ha conciliado ambas normas: el art. 273 establece la responsabilidad personal del padre cuando el hijo es menor de diez años y el art. 1114 impone a los padres una responsabilidad subsidiaria, pues las víctimas del ilícito cometido por un menor de más de diez años pueden demandar a éste como personalmente responsable y subsidiariamente a sus padres. Si el daño es causado por un menor de menos de diez años la víctima sólo tiene un responsable personal, el padre. En este sentido, BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1983, pp. 311-3; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las modificaciones introducidas...», *cit.*, p. 627 nota 1.º; BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1981, pp. 673-9; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A./PARELLADA, C., *Responsabilidad civil*, dir. por MOSSET ITURRASPE, Buenos Aires, 1992, p. 348.

Finalmente la Ley 23.264 de 1985 zanjó esta polémica al ser derogado el art. 273 y dar una nueva redacción al art. 1114.

¹⁸¹ Según el art. 907, los Jueces podrán disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima. El art. 1752 del tít. I del Proyecto de Código civil argentino también se refiere a la equidad. En el tít. II se distingue entre la responsabilidad directa y la refleja. Se declara irresponsable al autor de un acto que ha actuado sin discernimiento, salvo si la inconsciencia es debida a su culpa (art. 1579). Pero se atenúa el alcance del principio de irresponsabilidad al autorizar al Juez a ordenar una reparación en provecho de la víctima por «motivos de equidad».

¹⁸² *Op. cit.*, p. 340.

5.1.3.1. El Código civil holandés de 1809 y su sucesor, el Código de 1994

A lo largo del siglo XIX en Holanda se sucedieron tres Códigos civiles. El primero fue promulgado en 1809 y guardaba gran similitud con el *Code Napoléon*; el segundo, en 1811 (era el propio Código francés) y, tras la liberación del dominio francés, se pretendió alcanzar un Código propiamente holandés, que sería el Código de 1838, también de influencia francesa¹⁸³. Posteriormente se acometió la realización de un nuevo Código cuyos libros fueron publicados separadamente, y en concreto el Libro VI, el de las obligaciones, entraba en vigor casi por completo en 1992.

El Código civil holandés actual (BW) ha recibido influencias muy variadas. Si en sus orígenes respondía a la tradición francesa, tras la promulgación de este nuevo texto ciertos autores consideran que ha sufrido una mutación profunda que ha contribuido a que el Derecho holandés ya no pertenezca a la familia francesa, sino más bien al grupo germánico¹⁸⁴.

La responsabilidad extracontractual del nuevo Código holandés aparece en el título 3 del Libro VI¹⁸⁵. En el art. 162 BW se conserva el principio de la culpa, pero éste sufre algunas excepciones, como por ejemplo que la incapacidad mental o psíquica no impide la imputación de responsabilidad por un acto ilícito¹⁸⁶. Sin embargo, los menores de catorce años están exentos totalmente de responsabilidad (art. 164) siendo sus padres quienes deben responder (art. 169). De forma distinta a como acontece en el BGB, en este caso no se regula una responsabilidad del menor incapaz por motivos de equidad sino que la responsabilidad de los padres tiene carácter objetivo, a diferencia del Código anterior. En ese sentido, los padres

¹⁸³ Así lo señalan HIJMA, J./ZWITSER, R., al matizar que el Código de 1838 era una versión del Código civil francés con algunas adaptaciones y suplementos, *vid.* «Aspectos de Derecho patrimonial general en el nuevo Código civil holandés», *RDP*, 1997, p. 362; igualmente, LANGEMEIJER, G. E., «La réforme du Code civil néerlandais», *RIDC*, 1965-I, p. 55; HARTKAMP, A., «Vers un nouveau Code civil néerlandais», *RIDC*, 1982, pp. 319-20.

¹⁸⁴ HARTKAMP, A., «La révision du Code civil aux Pays-Bas 1947-1992», en *Nouveau Code civil néerlandais, le Droit patrimonial*, p. XLI.

Por otra parte, KÖTZ y ZWIEGERT se preguntan «¿El nuevo *Burgerlijk Wetboek* debe siempre considerarse como perteneciente a la tradición francesa? La respuesta parece dudosa. En todo caso se funda —es necesario concluir tras la lectura del comentario legislativo— en sólidas consideraciones comparativas; puede ser que haya forjado un estilo propio que reposa sobre el *ius commune* del continente europeo», cita extraída de la introducción al Código civil, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, t. I, 1984, p. 119 (trad inglesa: *Introduction to comparative law*, Oxford, 1987, vol. I, p. 105).

¹⁸⁵ Entre los principales rasgos podemos mencionar el incremento de las responsabilidades sin culpa. Esto no se desconocía totalmente en el Código de 1838, pero se limitaba a los casos de responsabilidad que resultaba de los empleados, de la ruina de edificios o del uso de navíos o automóviles.

¹⁸⁶ Art. 165 del Libro VI, que guarda relación con el art. 489.2 del Cc francés introducido por la Ley de 3 de enero de 1968 de Reforma del Derecho de los Incapaces Mayores; se trata de una innovación de clara inspiración francesa.

responderán siempre que un hijo menor de catorce años cause daño a otra persona. De ahí se infiere que, como hemos indicado, este Código ha recibido influencia alemana pero no exclusivamente, puesto que se vislumbran en él otras tendencias que podríamos calificar de más avanzadas.

5.1.3.2. El Código civil italiano de 1865. El Proyecto franco-italiano de Obligaciones y Contratos de 1927. La redacción última del Código civil de 1942

El primer Código italiano recibió la influencia directa del *Code Napoléon*¹⁸⁷ y, además, los redactores conocían la legislación de los Estados preunitarios, que a su vez se habían visto influenciados por dos modelos: el francés y el austríaco. El Código civil italiano de 1865 resultó ser una reedición modernizada del texto francés¹⁸⁸.

De una simple confrontación entre algunos de los Códigos del Reino de Italia anteriores a la unificación, entre otros, el Código para el Reino de las Dos Sicilias (1819), el Código parmesano (1820)¹⁸⁹, el Código estense¹⁹⁰, y el Código del Reino de Cerdeña –también llamado Código sardo o Albertino (1837)-¹⁹¹, observamos

¹⁸⁷ Como indican G. ALPA y M. BESSONE, el modelo del Código francés de 1804 fue adoptado por los Códigos civiles preunitarios y posteriormente por el primer Código civil de Italia. *Vid., La responsabilità civile*, t. I, Milano, 1980, pp. 62 y 66.

¹⁸⁸ SACCO, R., «Modèles français et modèles allemands dans le Droit civil italien», *RIDC*, 1976, pp. 225-6.

¹⁸⁹ En su art. 2087 señalaba que: «Cada uno responde no sólo por el daño que causa con un hecho propio, sino también por el que viene acarreado con el hecho de las personas de las cuales debe ser garante, o de las cosas que tiene en su propia custodia.

El padre de familia, y después de su muerte la madre, están obligados por los daños causados por sus hijos menores que cohabiten con ellos (...).

La anterior obligación no tiene lugar cuando las personas señaladas prueben que no debe ser adscrito a su culpa el hecho por quien habrían debido ser garantes».

Código para los Estados de Parma, Plasencia y Guastalla.

¹⁹⁰ En su art. 1395: «Cada uno igualmente es responsable no sólo del daño que causa con un hecho propio, sino también por el que se causa por el hecho de las personas de las cuales debe ser garante, o de las cosas que tiene bajo su custodia.

Están obligados: el padre de familia, y después de su muerte la madre, por los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos (...).

La anterior obligación no tiene lugar cuando los padres (...) prueben que no han podido impedir el hecho por el cual deberían haber sido responsables».

Código civil para los Estados de Este.

¹⁹¹ Constituyó un texto fundamental, además de por su contenido específico, porque representa el trámite inmediato entre la Codificación napoleónica y la italiana de 1865. *Vid., DEZZA, E., Storia della codificazione civile*, Torino, 1998, p. 80.

Sus arts. 1500 a 1504 se correspondían con los arts. 1382 a 1384 del *Code*. El art. 1502 señalaba que «Cada uno está obligado no sólo por el daño que causa con su propio hecho, sino también por el que viene causado con el hecho de la persona de quien debe ser garante, o con la cosa que tiene bajo su custodia: El padre, el abuelo o la madre están obligados por los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos en los casos en que respectivamente tengan el cuidado y la dirección de los mismos (...). La anterior responsabilidad no tiene lugar cuando los padres, (...) prueben que no han podido impedir el hecho por el cual deberían haber sido responsables».

Destaca la inclusión del abuelo junto al padre como responsable de los daños que pudiera causar su nieto, así como la sujeción menos condicionada de la madre a la responsabilidad.

como el modelo francés y particularmente el art. 1384 Cc, influye decisivamente en ellos, hasta el punto de que sólo nos encontramos ante pequeñas variaciones; la única excepción la constituye el Proyecto de Código civil para la República italiana (*ex* República Cisalpina), redactado en los años 1802 y 1803¹⁹².

El primer Código italiano, el llamado *Codice civile unitario* de 1865, regulaba la responsabilidad extracontractual en los artículos 1151 y siguientes bajo el título de «*Delitti e quasi delitti*», y el eje del sistema lo constituía la culpa. El propio título es indicativo de la influencia romana recogida a través del Código francés. En su art. 1306 se equiparaba el menor con el mayor de edad para las obligaciones que nacieran del delito o del cuasidelito; el contenido de este artículo se asemeja al del art. 1310 del *Code civil*. Para su aplicación se requería –tal y como ocurría en el Derecho romano y después en el *Code Napoléon*– la *capacitas doli*¹⁹³, aunque no se establecían distintos periodos de edad.

En el Código civil italiano de 1865, el art. 1153 disponía que cada uno debía responder no sólo por el daño que ocasionase, sino también por el que causare la persona de la cual debía responder o las cosas que tenía bajo su custodia. Este artículo se correspondía con el art. 1384 del Código civil francés y, por lo que respecta a sus antecedentes, además de las semejanzas que se pueden deducir de algunos de los textos de los Estados italianos que hemos apuntado, lo fueron el art. 1314 del Primer Proyecto *Cassinis*, el art. 1526 del Segundo Proyecto, el art. 1192 del Proyecto *Miglietti*, y el art. 1124 del Proyecto *Pisanelli*. Acto seguido recogía unos casos específicos de responsabilidad por el hecho de otro; así, el padre tenía la obligación de responder por los daños causados por los hijos menores que viviesen con él y sólo en el supuesto de que este progenitor faltase respondía la madre. Los tutores, a diferencia del Código civil francés, también quedaban comprendidos entre los sujetos obligados por los daños que hubieran ocasionado los pupilos que habitasen con ellos.

Consideración aparte merece el Proyecto franco-italiano de las Obligaciones y de los Contratos de 1927 que, a pesar de que nunca adquirió vigencia, sirvió de precedente a los redactores del Código civil italiano de 1942¹⁹⁴. En este cuerpo legal, si bien la responsabilidad giraba en torno al principio de la culpa, se detecta cierta influencia germánica. Así, el art. 75 –que se correspondía con el art. 1306 del

¹⁹² El § XI del Proyecto de 1802 señalaba que: «El padre es responsable de los daños causados por los hijos que tenga bajo su potestad (...)». El mismo texto se mantuvo en el § X del Proyecto de 1803.

¹⁹³ BARASSI, L., *op. cit.*, p. 40.

¹⁹⁴ Aunque el Proyecto no llegó a ver la luz, en 1936 volvió a ser publicado sirviendo como Proyecto preliminar para la elaboración del Libro IV, el de las Obligaciones, del nuevo Código italiano.

Código civil italiano de 1865 y con el art. 1310 del Código civil francés— señalaba que las personas incapaces eran responsables de sus actos si habían actuado con discernimiento. Mientras en los artículos de los Códigos francés e italiano se hacía referencia expresa a los menores, el texto del Proyecto no contenía ninguna cláusula interpretativa del significado de “incapacidad”. De ahí se deduce que cuando la persona incapaz tuviera medios suficientes para indemnizar a la víctima, no existía razón alguna para que no resultara obligada¹⁹⁵.

En relación con lo anterior, cabe añadir que en el art. 76 de este Proyecto se establecía que si la reparación no se podía obtener de parte de quien custodiaba al agente material del daño, el Juez tenía la facultad de condenar a este último a una indemnización por motivos de equidad¹⁹⁶.

Muchas de las disposiciones de este Proyecto pasaron al Código civil italiano de 1942. Si bien la influencia francesa estuvo presente en la Codificación italiana, no podemos obviar la creciente importancia que va adquiriendo el Derecho alemán en este ámbito. En el Código de 1942 se adoptaron muchas de las instituciones incluidas en este Proyecto, y si bien no se optó por el establecimiento de edades concretas, sí que se introdujo en el art. 2047 la responsabilidad del incapaz por razones de equidad. En cualquier caso, la no adopción de una edad concreta supone una solución más elástica que permite al Juez apreciar en cada caso si el menor actuó con discernimiento.

5.1.3.3. Del Código civil portugués de 1867 al Código actual de 1966

Algunos de los países que inicialmente se vieron claramente influenciados por el Derecho francés, posteriormente han “recodificado” su Derecho civil dando entrada a otro tipo de influencias. En relación con el primer Código civil portugués se debe señalar que aunque recibiera cierta influencia del *Code Napoléon*, en realidad no supuso una traducción de las normas francesas relativas a la responsabilidad civil. El Código portugués de 1 de julio de 1867 señalaba que el demente y el niño, en los casos en que fuesen penalmente responsables lo serían también civilmente; pero cuando no lo fuesen criminalmente, la responsabilidad civil recaería sobre el padre o madre del menor, o sobre quienes tuvieran la tutela del insensato, a menos que probasen la ausencia de culpa o negligencia de su parte, en cuyo caso la responsabilidad civil permanecía en el agresor (arts. 2377 a 2379). De ahí se

¹⁹⁵ WINFIELD, P. H., «Degli atti illeciti nel progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni», *Ann. dir. comp.*, 1930, p. 261.

¹⁹⁶ Fue uno de los artículos más debatidos antes de ser aprobado, *ibid.*, p. 262.

Por otra parte, los artículos 79 y 80 del Proyecto se limitaban a reproducir el contenido del art. 1153 del Primer Código civil italiano.

infiere que este sistema era diferente al del Código civil francés¹⁹⁷, sin que pueda llegar a afirmarse que partía fielmente de los postulados germánicos.

Sin embargo, el art. 488 del segundo Código civil portugués, hace referencia a la imputabilidad de los menores y señala que quien en el momento en que ocurrió el hecho no tuviera capacidad de querer o entender, no responde de las consecuencias del hecho dañoso. En este sentido, el mismo artículo recoge una presunción de falta de imputabilidad en los menores de siete años. Y aunque en principio los menores de siete años son inimputables, el artículo siguiente dispone que en determinadas circunstancias y por motivos de equidad podrán ser obligados, íntegra o parcialmente, a indemnizar el daño que hubieran causado, siempre y cuando la víctima no hubiera podido obtener la reparación de quien estaba obligado a la vigilancia del menor¹⁹⁸.

5.1.3.4. El Código civil peruano de 1852, derogado por el Código de 1984

En virtud de los arts. 2191 y 284 del primer Código civil peruano, los padres y guardadores respondían de los daños causados por los menores e incapaces, con posibilidad de exoneración. Mientras el primer Código había recibido la influencia del Código civil francés, el segundo sigue el patrón germánico. Así, el Código actual recoge en su art. 1975 la responsabilidad del incapaz pero sólo en aquellos casos en los que hubiera actuado con discernimiento¹⁹⁹, y en régimen de solidaridad con su representante. Cuando una persona haya actuado sin discernimiento, responderá del daño que hubiera causado su representante legal (art. 1976), no obstante lo cual, en el art. 1977 se ha previsto una indemnización por equidad para aquellos en los que la víctima no hubiera podido obtener reparación en el supuesto anterior, en cuyo caso el Juez, en vista de la situación económica de las partes, puede considerar una indemnización a cargo del autor directo.

¹⁹⁷ CAPRONNIER, J., *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁸ El cálculo de la indemnización se efectuará teniendo en cuenta que no se debe privar a la persona no imputable de los alimentos necesarios, conforme a su estado y condición, ni de los medios indispensables para cumplir sus deberes legales de alimentos. El art. 491 recoge la obligación de indemnizar que tienen las personas obligadas a la vigilancia de otras, por los daños que éstas hubieran ocasionado a terceros. De este modo, quienes por ley o por negocio jurídico estuvieran obligados a vigilar a otros serán responsables de los daños que causen, salvo si prueban que cumplieron con su deber de vigilancia o que los daños se hubieran producido igualmente.

¹⁹⁹ Para su comprensión se debe atender a los arts. 43, 44 y 458 del Código civil de Perú, ubicados en materia contractual. El art. 43: «Incapacidad absoluta. Son absolutamente incapaces: 1) Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley (...)». El art. 44: «Incapacidad relativa. Son relativamente incapaces: 1) Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad (...)». El art. 458: «Responsabilidad por actos ilícitos. El menor capaz de discernimiento responde de los daños y perjuicios causados por sus actos ilícitos».

5.2. La Codificación en España

5.2.1. *La Codificación civil*

El Código civil español de 1889 se sitúa dentro del ámbito de influencia del *Code civil* de 1804. Siendo esto así, lo cierto es que dicho influjo se encuentra mediatizado por un siglo de práctica y por la confrontación con otros países²⁰⁰. En España el deseo de codificar las leyes ya había surgido en el siglo XVIII²⁰¹, al mismo tiempo que en el resto de Europa, pero se encontró con el doble problema de la inestabilidad política del momento y los diferentes Derechos de los territorios forales.

En el Proyecto de Código civil español de 1821 no encontramos ninguna norma que haga referencia a la responsabilidad de los guardadores del menor²⁰², pero resulta interesante la apreciación que se recoge en torno a la consideración de determinadas edades. Así, el art. 57 señala que «la edad infantil dura hasta los siete años en ambos sexos. La ley considera incapaces de delinquir a los que se hallan en ella». A continuación, el art. 58 establece que «desde los siete años hasta los catorce sólo tienen lugar penas correccionales para el castigo de las transgresiones de la ley» y ello es completado con el artículo siguiente al disponer que «la edad para obligarse por delito es la de catorce años, en los términos y con las restricciones que establece el Código penal»²⁰³.

Respecto de este Proyecto cabe apuntar que en torno a las edades no se recogió una solución unitaria al estilo del art. 388 Cc francés, que la había fijado en los veintitún años. Como ha señalado PESET REIG, «no pudo ser más desafortunada la conservación de las edades escalonadas del proyecto, que, variando precedentes

²⁰⁰ Si bien el Código civil español se construye a partir del arquetipo francés, se manejaron otros textos de su esfera de influencia más próximos en el tiempo, así el *Avant Projet de révision du Code civil belge de François Laurent* y el Código civil italiano de 1865, *vid.* SALVADOR CODERCH, P./SANTDIUMENGE, J., «La influencia del *avant-projet de révision du Code civil* belga de François Laurent en el Código civil español de 1889», en *Centenario del Código civil*, t. II, Madrid, 1990, p. 1924.

²⁰¹ En las Cortes de Cádiz ya se estableció la necesidad de codificar las leyes, concretamente en el art. 258 de la Constitución española de 19 de marzo de 1812.

²⁰² El Proyecto consta de 476 artículos, divididos en un título preliminar, la Parte primera, De los derechos y de las obligaciones, que debía tener tres títulos, el primero referido a los derechos y obligaciones de los españoles en general (arts. 34 a 276, divididos en ocho títulos); el segundo sobre los derechos y obligaciones según la condición doméstica de las personas (arts. 277 a 476, con cuatro títulos); y el Libro tercero, sobre los derechos y obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas y servicio de ellas o de las personas, que no llegó a redactarse. Tampoco se redactó la parte segunda, sobre la Administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y obligaciones.

²⁰³ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. Codificación civil*, vol. II, Madrid, 1970, p. 33.

romanos y de Partidas, señala hasta trece», aunque al menos estaban ordenadas en un mismo capítulo²⁰⁴.

Igualmente, ESCRICHE entendió que infante era todo menor de siete años, con independencia de cuál fuera su sexo. Junto a ello, consideraba impúber (o pupilo) a quien no hubiera llegado a la pubertad, esto es, a los catorce años si se trataba de un varón y a los doce si era una mujer. Además, el impúber podía hallarse próximo a la infancia, si tenía entre siete y diez años y medio, si era varón, y entre siete y nueve años y medio, si era mujer; o podía encontrarse próximo a la pubertad, en el primer caso cuando tuviera una edad comprendida entre los diez años y medio y catorce, y en el segundo cuando tuviera entre nueve años y medio y doce²⁰⁵.

Sin embargo, en el Proyecto de Código civil de 1836 sí que se recoge la responsabilidad de los padres²⁰⁶ siguiendo casi literalmente el texto del Código francés de 1804. El art. 1859.1 señala «Que el padre, o por su muerte o ausencia, la madre, son responsables de los perjuicios causados por sus hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía», y en el siguiente punto «Que los tutores son responsables de los perjuicios causados por sus pupilos, en quienes concurren las circunstancias del párrafo precedente». En cuanto a la posible exoneración, el art. 1861 señala que «Podrán liberarse de las responsabilidades contenidas en los tres primeros párrafos del artículo anterior los padres, tutores, directores y maestros que justifiquen no haber podido impedir el hecho que hubiere dado ocasión a las indicadas responsabilidades». En relación con la responsabilidad del menor, ningún artículo desciende a ese supuesto, siendo de aplicación, como posteriormente

²⁰⁴ El Proyecto no creyó oportuno optar por la unidad de criterio en este punto. A efectos penales establece la edad de siete años, mientras que de siete a catorce años permite aplicar penas correccionales —pese a que optaría finalmente por los siete y los diecisiete—. Se insiste en los veinte años, por ejemplo para salir de la tutela, obligarse, hacer fe en los contratos (art. 65) pero se deja en catorce-dieciséis el matrimonio, en dieciocho la facultad de hacer fe completa en las causas civiles y penales (art. 68), en veinticinco los cargos públicos, ejercer la tutela o curatela, etc., *vid.* «Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821», *ADC*, 1975, p. 58; LASSO GAITE, J. F., *op. cit.*, vol. I, pp. 73-4.

²⁰⁵ En relación con el infante, señala ESCRICHE que la palabra se compone de las latinas *in* y *fans*, que reunidas significan *el que no habla*, y se aplica al menor de siete años porque durante este primer periodo de la vida no puede o no sabe hablar con orden y soltura. Los impúberes sufren muchas limitaciones de capacidad; en concreto los infantes y los próximos a la infancia no pueden incurrir en penas por el delito que hubieran cometido, porque no son capaces de dolo y malicia. No obstante, los que se encuentran próximos a la pubertad pueden ser condenados en ciertos casos, por ejemplo por el delito de robo, hurto u homicidio, aunque con una pena inferior a la que correspondería a un delincuente mayor de edad. En relación con los delitos de lujuria, sólo puede ser castigado quien ha cumplido los catorce años, *vid.* *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1847, pp. 127-8, 142, 578-9.

²⁰⁶ En el título XVIII del libro III, en concreto el capítulo II se dirige al estudio de los delitos y cuasi delitos. Del tenor del art. 1856 se extrae que los cuasi delitos equivalen a los ilícitos civiles, por haber intervenido culpa o negligencia.

justificaremos, la regla general de la responsabilidad extracontractual, que en este Proyecto aparecía recogida en el art. 1857: «los cuasi delitos²⁰⁷ imponen al culpado o negligente la obligación de indemnizar los perjuicios que por estas causas se hubiesen irrogado a un tercero».

A continuación debemos indicar que el Proyecto de Código civil de 1851 constituye el antecedente inmediato de nuestro texto civil, tal y como el legislador señaló en la propia Ley de Bases de 1888, en orden a que los redactores del actual Código lo tuvieran presente. Si el art. 1900 de este Proyecto se corresponde con el art. 1902 Cc²⁰⁸, el art. 1901 del mismo Proyecto equivale al art. 1903 del Código civil de 1889, aunque con alguna diferencia. Por ejemplo, por influencia del *Code civil*²⁰⁹, la norma del Proyecto también hacía referencia a la reparación de los perjuicios ocasionados por las cosas de que uno se servía o tenía bajo su custodia²¹⁰.

En su párrafo segundo, el art. 1901 señalaba que «(...) el padre o la madre viuda²¹¹ son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad, y viven en su compañía», y en el siguiente párrafo que «los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y en su compañía. Esta disposición se extiende á los curadores de los locos ó dementes», lo cual también constituye una diferencia respecto de la norma actual, donde aunque se incluyen los tutores, no se recogen los curadores²¹². Es importante destacar la concordancia del art. 1901 con el art. 1384 del *Code*²¹³; otras concordancias fueron el art. 1388 del Cc napolitano, el art. 1405 del holandés, el art. 1502 del sardo,

²⁰⁷ El artículo 1856 definía los cuasi delitos como «los hechos que causan perjuicio a una persona sin estar declarados por delitos, y que no proceden de caso fortuito, sino de culpa o negligencia de otra persona».

²⁰⁸ Art. 1900 del Proyecto de Código civil de 1851: «Todo el que ejecuta un hecho en que interviene algún género de culpa ó negligencia, aunque no constituya delito ó falta, está obligado á la reparación del perjuicio ocasionado á tercero». Como vemos, tampoco aquí se incluye referencia alguna al menor de edad. Sin embargo, como indica GARCÍA GOYENA, el artículo encierra una máxima de jurisprudencia universal, fundada en un principio eterno de justicia, en virtud del cual la culpa no puede perjudicar más que a su autor, *op. cit.*, pp. 252-3.

²⁰⁹ Como señalara M. PESET REIG, «el Proyecto de Código civil de 1821 es el inicio en el largo camino de afrancesamiento de nuestra codificación civil», *op. cit.*, p. 35.

²¹⁰ Art. 1901, primer párrafo: «La obligación espresada en el artículo precedente no se limita á la reparación de los perjuicios ocasionados por un hecho propio, sino que se estiende á la de los causados por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia, ó por las cosas de que uno se sirve ó tiene á su cuidado», GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, p. 254.

²¹¹ GARCÍA GOYENA puntualiza que únicamente se hacía referencia al supuesto de la madre viuda por ser el supuesto más frecuente en que asumía la patria potestad. De igual modo se debía entender, cualquiera que fuese la causa por la cual la adquiría, *op. cit.*, p. 255.

²¹² Como señaló J. F. LASSO GAITE «para la recta inteligencia del artículo 1901 —extensa relación de supuestos de responsabilidad por culpa o negligencia— debería traerse el concepto de responsabilidad civil por delito que definía el artículo 16 del Código Penal, pues sin ella podría dudarse por ejemplo si los padres y tutores son responsables antes que sus hijos o menores o subsidiariamente cuando éstos no tengan bienes propios», *op. cit.*, vol. I, p. 283.

²¹³ GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, p. 253.

el art. 2299 del de Luisiana y el art. 1309 del Cantón de Vaud. Sin embargo, en el Código español, a diferencia del francés, los tutores quedaron comprendidos, aspecto que debió tomarse del Código de Luisiana, donde sí quedaban incluidos²¹⁴.

El Anteproyecto de Código civil de 1882-1888 tomó como base el Proyecto de 1851. En concreto en el Libro IV, De las Obligaciones, el capítulo II (De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia) el art. 13 disponía que «el que, por acción u omisión, causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». El art. 14 señalaba que «La obligación que impone el artículo anterior, es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes de debe responder. En su consecuencia, el padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en la misma morada (...). La responsabilidad de que trata este artículo, cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Pocos cambios sufrieron estas normas en su redacción definitiva de 1889 en los arts. 1902 y 1903. Interesa destacar, como hemos avanzado en relación con el Proyecto de 1851, que en ausencia de una norma concreta que recogiera el supuesto en que un menor de edad causare un daño a otra persona, hemos acudido a la norma general de la responsabilidad por culpa, y en ese sentido, a falta también de cualquier diferenciación por edades, entendemos que todo sujeto que aun siendo menor de edad tenga suficiente capacidad para actuar culposamente, deberá quedar obligado a indemnizar el daño que hubiera causado. En ese sentido, no se puede considerar que la regulación del art. 1903 Cc excluye la aplicación del artículo anterior sino que son complementarios. Además, la norma contenida en el art. 1903 resulta fundamental sobre todo para aquellos casos en los que el menor que causó el daño no tenía suficiente capacidad de discernimiento.

En la actualidad, la redacción del art. 1902 Cc se conserva de forma idéntica a la de 1889; sin embargo, el párrafo segundo del art. 1903 Cc ha sido reformado por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y el texto actual ha quedado como sigue: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda». Otra reforma importante, aunque no

²¹⁴ DE SAINT JOSEPH, A., *op. cit.*, pp. 75-6.

afecta a los progenitores, se ha producido con ocasión de la Ley 1/1991, de 7 de enero, fundamentalmente en relación con los titulares de los Centros docentes.

5.2.2. *La Codificación penal*

En los primeros Códigos penales la tendencia general giraba en torno al establecimiento de tres periodos de edad²¹⁵; un periodo inicial de plena irresponsabilidad (hasta los siete, nueve o diez años, según los textos), otro de responsabilidad condicionada al discernimiento (con límite en los catorce, quince, dieciséis o diecisiete años) y finalmente un periodo (hasta dieciocho, veinte o veintinueve) donde surge una responsabilidad penal atenuada. Esta división, aunque matizada, prevalece en el Derecho penal español actual.

En relación con la materia que ahora nos interesa, vamos a ver cómo se ha ido recogiendo la denominada responsabilidad civil derivada del delito respecto de los menores y sus guardadores, a lo largo de los diferentes textos penales. En concreto, en el primer Código penal, el de 1822, se fijó una edad que determinaba la plena irresponsabilidad hasta los siete años, estableciendo además que desde esa edad hasta los diecisiete años se debía examinar si se había obrado o no con discernimiento y malicia en orden a determinar la responsabilidad (art. 23). Dispone el artículo siguiente que en caso negativo al menor no se le imponía ninguna pena²¹⁶ y se le entregaba a sus padres, abuelos, tutores o curadores para que le corrigieran

²¹⁵ La tradición viene de antiguo, cuando ya en algunos Fueros se fija una edad por debajo de la cual se establece una eximente de responsabilidad criminal por razón de la edad, sin señalar diferencias en función del sexo ni tampoco por la naturaleza del delito. Así, en los Fueros de Oña y de Castroverde se estableció a los siete años; en el Fuero de Ledesma a la edad de nueve años; en el Fuero de Valdefermoso de las Monjas y en el de Brihuega a los diez años y en el Fuero de Alcalá de Henares a los catorce años. En este sentido, *vid.* MARTÍNEZ GIJÓN, J., «La menor edad en el Derecho Penal castellano-leonés anterior a la Codificación», *AHDE*, 1974, pp. 468-9.

En muchos otros Fueros no se contienen normas parecidas a las señaladas, sino que se guarda silencio acerca de la edad. Podría pensarse, como ocurre en el Fuero de Cuenca (207, X, 5) —donde se consagra el principio de la responsabilidad de los padres por los delitos de los hijos no emancipados, al obligárseles al pago de las caloñas en las que de algún modo participa la autoridad pública—, que la responsabilidad penal se habría objetivado y por tanto se prescinde de la valoración de la edad de los menores, para asegurar a la autoridad esa fuente de ingresos. Pero esta hipótesis no satisface plenamente. En sentido parecido al Fuero de Cuenca, *cf.* Fuero de Zorita de los Canes (189); Fuero de Béjar (230-234); Fuero de Plasencia (461); Fuero de Baeza (186); Fuero de Alcaraz (III, 79); Fuero de Alarcón (175), Fuero romance de Teruel (425) y Fuero de Soria (505). Así, MARTÍNEZ GIJÓN, J., *op. cit.*, pp. 473-4.

Puntualiza A. OTERO que los padres respondían por los delitos cometidos por el hijo “emparentado” pero que esta responsabilidad era de carácter meramente pecuniario, puesto que a los padres alcanzaban únicamente las sanciones pecuniarias que producía la comisión del delito. En este sentido, el principio de la responsabilidad de los padres por los delitos de los hijos no aparece en todos los Fueros (como sí lo hacía en los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, etc.), sino que algunos incluso lo niegan expresamente, como sucede con los Fueros de la Extremadura leonesa, así el Fuero de Zamora (18), de Alba (10), de Coria (348) y de Usagre (361). A este respecto, *op. cit.*, pp. 230-1; igualmente ORLANDIS, J., «El concepto de delito en la Edad Media», *AHDE*, 1945, pp. 158-60.

²¹⁶ En el supuesto de que hubiera actuado con discernimiento se le imponía una pena aunque de forma atenuada (art. 25).

y cuidasen, pero si éstos no pudieran o no fueran dignos de confianza y las circunstancias del menor y del caso requiriesen otra medida, el Juez podía internarlo en una casa de corrección por el tiempo que estimase conveniente²¹⁷.

En este Código también aparece regulada la responsabilidad de las personas obligadas a responder por las acciones de otros (art. 27), matizando que será una responsabilidad «puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables». A continuación el artículo se refiere a la responsabilidad del padre, abuelo o bisabuelo, respecto de los hijos, nietos o biznietos menores de veinte años de edad, que tengan bajo su patria potestad y en su compañía, entendiéndose que se trata de una responsabilidad subsidiaria, en defecto de bienes propios del menor, y que nunca se debe extender a mayor cantidad que la que constituiría la legítima del menor²¹⁸. Del mismo modo, debía responder la madre, abuela o bisabuela viudas respecto de los hijos, nietos o biznietos que tuvieran también en su compañía y bajo su inmediata autoridad pero sólo cuando fueran menores de diecisiete años²¹⁹. No se preveía en este artículo ninguna posibilidad de exoneración, por lo que su responsabilidad puede ser calificada de objetiva.

En el Código penal de 1848, igualmente se diferencia por edades aunque se eleva el límite de exención total a los nueve años y se rebaja el de la irresponsabilidad condicionada a los quince años (art. 8.2.º y 3.º)²²⁰. En relación con la exención de responsabilidad fijada en los nueve años, PACHECO señala que la determinación del límite no resulta tan simple, dado que la naturaleza no ha levantado un muro tan claro entre la edad de la ignorancia y la edad del completo discernimiento. Éste no se nos revela, no se nos infunde de una sola vez, sino que se va haciendo lugar poco a poco en nuestro ánimo. La ley debe considerar nuestra vida como compuesta de ciertos grandes grupos de años, con relación al discernimiento y a la inteligencia del bien y del mal. En ese sentido, se ha señalado que existe una edad en la que el hombre no tiene conocimiento de lo que hace, no percibe aún su moralidad, no puede distinguir sus resultados y durante esa edad el niño será completamente irresponsable de sus obras; junto a ésta, existe una segunda edad donde se duda acerca de si se posee discernimiento, y por último, existe otro periodo en el

²¹⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos penales españoles*, Madrid, 1988, pp. 19-20.

²¹⁸ Se trata del primer precepto en nuestro Derecho que limitó la responsabilidad del padre (abuelo o bisabuelo) al importe de la legítima del hijo.

²¹⁹ El ámbito de los obligados es amplio y la enumeración exhaustiva, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «La minoría de edad penab», *CPC*, 1983, p. 411.

²²⁰ En el art. 9.2 se recoge la circunstancia atenuante de ser el culpable menor de dieciocho años (este artículo se sucede con la misma numeración en los Códigos penales de 1850 y 1970).

cual no puede suspenderse el discernimiento pero en sus primeros años aún cabe suponer que no sea tan completo y reflexivo como en los años posteriores y por ello es conveniente que se atenúen las penas²²¹.

El art. 8 del Código penal de 1848, al señalar que «están exentos de responsabilidad criminal: 2. El menor de nueve años; 3. El mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento», no se refiere a la voluntad, inteligencia o razón, sino al discernimiento y esa palabra ha sido empleada muy cuidadosamente, dado que «discernir no es sólo juzgar, ni discernimiento es cualquier juicio. Si fuera así, no cabría la menor duda en que habría de hallarse en los menores de quince años. De ocho y diez ya juzgan los niños: de trece y catorce, no hay ninguno que no racione, como no sean aquellos que en toda su vida no han de raciocinar. Si, pues, la ley supone que ordinariamente hasta los quince años no tenemos, o no tenemos completo el discernimiento, consiste en que bajo esa palabra se encierra algo más que la mera voluntad y que el mero ejercicio de la simple razón. Alguna otra cosa ha de haber en ella; algún mas conocimiento, no sólo de los hechos mismos que pueden emprenderse, sino de sus consecuencias, y de los resultados de estas consecuencias. No es discernir, juzgar únicamente, y en globo, de lo bueno y de lo malo; pues que así lo comprendemos y lo hacemos todos antes de llegar a la edad fijada»²²².

En torno a la responsabilidad por hecho ajeno, en este Código se recoge la responsabilidad directa del menor y subsidiaria de sus padres, puesto que sólo cuando el menor no tenga suficientes bienes, responderán subsidiariamente sus guardadores. El art. 16 señala que «en los casos de los números 2.º y 3.º responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley. Si no tuvieren bienes, responderán sus padres ó guardadores, á no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia». De aquí se infiere que los menores de quince años responden de forma directa, mientras que sus padres o guardadores responderán con carácter subsidiario, cuando los anteriores no tuvieran bienes, y además de forma subsidiaria puesto que no responderán si no hubo culpa de su parte, en cuyo caso parece que se debe entender que la víctima se quedará sin indemnización²²³.

El Código penal de 1850 sigue el mismo régimen que el Código de 1848, aunque añade que si los menores (art. 8.2.º y 3.º) no tuvieran bienes, «responderán sus

²²¹ PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1848, (ed. Madrid, 2000, con estudio preliminar y anotaciones de A. TÉLLEZ AGUILERA), pp. 164-5.

²²² *Ibid.*, p. 166.

²²³ En idéntico sentido, DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *ADC*, 1987, p. 813.

padres o guardadores en la forma expresada en la regla 1.³». En definitiva, el art. 16.2 se remite a su primer párrafo y en ese sentido unifica la regulación con la de los locos o dementes, respecto de los cuales señala que responderán «las personas que los tengan bajo su guarda legal, à no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo guardador legal, responderá con sus bienes el mismo loco ó demente, salvo el beneficio de la competencia, en la forma que establece el Código civil»²²⁴. Igual que en el Código anterior, el menor respondía de forma directa y sus padres o guardadores con carácter subsidiario y subjetivo.

En el Código penal de 1870 se continúa con el mismo criterio de las edades pero se produce un importante cambio al considerar que la responsabilidad de los guardadores es directa y la del menor subsidiaria. Dispone el art. 19.1 que son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco o el imbécil, y el menor de nueve años o el mayor de quince que no hubiera obrado con discernimiento «los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos locos, imbéciles o menores, salvo el beneficio de competencia, en la forma que establezca la ley»²²⁵.

El niño hasta los nueve años no percibe la moralidad de sus acciones ni calcula sus consecuencias. Los males que en esta edad ocasione el hijo no serán considerados delitos sino desgracias. Esta es una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario. De los nueve a los quince años, el principio general es que carece de suficiente juicio para conocer la criminalidad de sus acciones pero esta presunción es *iuris tantum*. El discernimiento con que la ley quiere que obre el niño para que pueda ser castigado supone el completo conocimiento del delito y sus consecuencias, no un desarrollo y despejo común porque de haber sido otra la intención del legislador tendría que haber situado la presunción en su contra y no en su favor. De los quince a los dieciocho años se entiende que el menor posee capacidad suficiente para apreciar la moralidad y consecuencias derivadas de la acción criminal. Es una presunción *iuris et de iure*, pero al mismo tiempo entiende que el discernimiento no es tan maduro como en edad posterior y por ello se reputa como circunstancia atenuante²²⁶.

²²⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *op. cit.*, pp. 329 a 334.

²²⁵ Señala DE CASTRO que este precepto es el antecedente directo del art. 1903 Cc, *op. cit.*, p. 190.

²²⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBÁN J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. I y III, Madrid, 1877, pp. 34-6.

En el Código penal de 1928 se sigue el mismo criterio que en el Código de 1870, aunque varían los límites de edad. Ahora se recoge la irresponsabilidad de los menores de dieciséis años (art. 56) y una atenuación de responsabilidad en relación con los menores de dieciocho años (art. 65.5). Los menores de dieciséis años estarán sometidos a la jurisdicción especial del Tribunal Tutelar para niños que sea competente, y en los lugares en que no hubiese Tribunales de esta clase se aplicaba lo dispuesto en el art. 855 del mismo Código. En ese sentido, se distinguía entre menores de nueve años que debían ser entregados a su familia con encargo de vigilarlos y educarlos y los mayores de nueve y menores de dieciséis que, a no ser que hubieran obrado con discernimiento, eran declarados irresponsables o debían cumplir las penas que en su caso les impusiera el Tribunal correspondiente²²⁷.

Con respecto a la responsabilidad civil, el art. 77 del Código penal de 1928 disponía en sus párrafos segundo y tercero que «en los casos de los artículos 55 y 56, son responsables civilmente, por los hechos que ejercitare el irresponsable, los que le tengan bajo su potestad o guarda legal, a no probar que no hubo por su parte culpa o negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos enfermos mentales o menores en la forma y con las limitaciones relativas a la congrua alimenticia establecida por las leyes civiles»²²⁸.

En el Código penal de 1932 se sigue el mismo criterio. Con respecto a la edad, sólo se incluye a los menores de dieciséis años (art. 8.2). «Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la ley, será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores» y en aquellos casos en los que aún no existiesen esos Tribunales de Menores, el Juez instructor debía aplicar la ley ajustándose en todo lo posible al procedimiento ordenado en la misma, teniendo en cuenta, para los casos en que se considerase necesario el internamiento del menor, las condiciones subjetivas del agente y no el alcance del acto cometido.

Igualmente, eran responsables por los hechos que ejecutare el enajenado (art. 20 regla primera), el menor de dieciséis años y el sordomudo, quienes los tuvieran bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia. No habiendo persona que los tuviera bajo su potestad o siendo

²²⁷ En el Código penal de 1928 se abandona el criterio del discernimiento inicialmente seguido y se adopta un método biológico puro que pervive en la actualidad, pero para un estudio detallado de la cuestión nos remitimos al capítulo tercero.

²²⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *op. cit.*, pp. 702, 706-7, 713-4.

aquella insolvente, debían responder con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalaba la Ley de enjuiciamiento civil²²⁹.

Por último, la regulación de este punto en el Código penal de 1944 es idéntica a la del Código penal de 1932. Siguió la misma formulación, salvo pequeñas alteraciones intrascendentes de tipo gramatical, como la sustitución de la expresión “a no hacer constar” por “a no constar”. Y finalmente, el texto refundido de 1973 (aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre y modificado parcialmente por leyes sucesivas, como la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal) continuó con el criterio de los dieciséis años, que actualmente tras la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, se ha elevado a los dieciocho años, sin olvidar la remisión a una Ley penal especial para menores, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que ha situado el límite inferior en los catorce años.

En este sentido, cabe señalar que la promulgación de esta Ley penal merece especial detenimiento. Sin perjuicio de su análisis posterior, se debe poner de manifiesto tanto el nuevo límite de edad penal, como la responsabilidad civil derivada del delito o falta cometido por un menor con una edad comprendida entre los catorce y dieciocho años. El art. 19 del Código penal de 1995, en su primer párrafo establece que los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a dicho Código. De ahí que en el párrafo siguiente disponga que cuando un menor de la edad señalada anteriormente cometa un hecho delictivo, podrá ser responsable con arreglo a la Ley que regule la responsabilidad penal del menor, y esa ley no es otra que la Ley 5/2000 antes mencionada.

El ámbito subjetivo de la Ley comprende a todos los que tengan una edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años (y en algunos supuestos se extiende hasta los veintiuno). La responsabilidad civil que se derive de la infracción penal cometida por el menor corresponde en régimen de solidaridad al propio menor y a sus padres, tutores, acogedores, guardadores legales o de hecho, por ese orden, teniendo en cuenta que además el Juez de Menores, cuando lo estime conveniente, podrá hacer uso de la facultad moderadora que le ha sido atribuida en esos casos. Sin duda, lo novedoso del tema ha motivado gran parte del presente estudio.

²²⁹ *Ibid.*, pp. 1009, 1011 y 1016.

CAPÍTULO II

LEGISLACIÓN COMPARADA

1. DERECHO FRANCÉS

1.1. Orígenes legislativos y perfil actual del sistema jurídico francés

1.1.1. Regulación legal

En materia de responsabilidad extracontractual, el Derecho francés constituye una referencia de obligada consulta en torno a la comprensión de nuestro Derecho civil. En la esfera de la responsabilidad extracontractual —o delictual, siguiendo la terminología francesa—, los delitos y cuasidelitos están recogidos en el capítulo II del título IV del Libro III del Código civil francés, concretamente en los arts. 1382 a 1386. Como hemos podido observar al estudiar la Codificación europea, en el *Code civil* no existe, al contrario de lo que acontece en el BGB y demás Códigos germánicos, un régimen específico que detalle la responsabilidad que en su caso podría corresponder a las personas menores de edad.

Tras la regulación general de la responsabilidad por el hecho propio (arts. 1382 y 1383) se suceden los artículos destinados a la responsabilidad por hecho ajeno o por las cosas de las que se tiene la guarda. Junto a esa regulación destaca el art. 1310 Cc que, ubicado en el título anterior del mismo libro entre los artículos consagrados al estudio de los contratos, reconoce implícitamente capacidad delictual al menor de edad y, como veremos, nos va a permitir construir el esquema de la responsabilidad del menor.

Originariamente el art. 1384 disponía que de los daños causados por un menor de edad respondían el padre —y en su defecto la madre—, los maestros, los artesanos, o los comitentes, según quien tuviera bajo su cuidado y dirección al menor en el momento en que éste causare el perjuicio. En concreto, el párrafo segundo señalaba que «el padre, y la madre tras el fallecimiento del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos». En esta norma no aparecía recogida una obligación conjunta o soli-

daria de los padres, sino alternativa, en el sentido de que sólo en el caso de que el padre no respondiera, recaía subsidiariamente en la madre dicha obligación. A pesar de que únicamente se hacía referencia expresa al supuesto del fallecimiento del marido, debemos señalar que en general quedaban comprendidos aquellos supuestos en los que aunque el padre aún vivía, la madre era quien ejercía la patria potestad¹.

Ese párrafo segundo se ha convertido en el actual párrafo cuarto del art. 1384 Cc, según el cual «el padre y la madre, en tanto que ejerzan el derecho de guarda, son solidariamente responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos». En la primera redacción de este artículo, la responsabilidad de la madre tenía carácter subsidiario pero, con ocasión de la Ley n.º 70-459 de 4 de junio de 1970, se introdujo una modificación y actualmente los padres responden solidariamente de los daños causados por un hijo menor de edad.

Si bien el art. 1384 Cc se caracteriza por abarcar en sucesivos párrafos la responsabilidad por hecho ajeno, enumerando a padres, maestros, artesanos y comitentes, en su último párrafo contiene una cláusula exoneratoria, que sin embargo no afecta a todos los sujetos anteriormente señalados. Ya en la redacción original, el párrafo quinto —actual párrafo séptimo— otorgaba al padre —o a la madre—, a los maestros y a los artesanos la posibilidad de que quedasen liberados de responsabilidad, pero no incluía a los comitentes dado que su responsabilidad siempre ha sido considerada objetiva. En la versión actual del párrafo séptimo ha desaparecido esta facultad exoneratoria en relación con los profesores; en este sentido, la Ley de 5 de abril de 1937 acabó con la inversión de la carga de la prueba respecto de éstos, al disponer que para pretender que fueran responsables se debía probar su culpa, aspecto que quedó plasmado en el actual párrafo octavo del artículo que estamos comentando.

En relación con lo anterior destaca el Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y de los Contratos de 1927. Distan más de cien años entre uno y otro cuerpo legal, razón suficiente para que el nuevo texto supusiera cierta revolución en este punto. Sin embargo, como el texto fue objeto de estudio en el capítulo anterior, nos limitaremos a señalar que aunque el fundamento de la responsabilidad es el mismo, es decir la culpa (art. 74 del Proyecto), en determinadas circunstancias el Proyecto admitía que una persona sin discernimiento respondiera del daño que había causado. Esta novedad enunciaba una responsabilidad por

¹ Por todos, DEMOLOMBE, C., *Cours de Droit civil*, Paris, t. XXV, 1882, n.º 566, p. 182; CHEVALIER, R., *op. cit.*, pp. 37-8.

equidad² que, aunque no trascendió en el ámbito legislativo francés, por el contrario, sí que fue acogida por el legislador del nuevo Código civil italiano de 1942, concretamente en su art. 2047.

1.1.2. Evolución de la jurisprudencia de la Cour de cassation

Constituyendo la responsabilidad extracontractual uno de los campos más dinámicos del Derecho civil, tanto las reformas acaecidas en el ámbito legislativo como las nuevas tendencias jurisprudenciales son indicativas de la continua evolución que caracteriza sus postulados básicos en Francia³. En virtud de ello, la situación actual sólo se comprende si es observada a través del prisma de la evolución jurisprudencial, dado que las últimas corrientes reflejadas en las sentencias de la Corte de casación han influido decisivamente en un cambio de orientación que tiende hacia la objetivación de la responsabilidad de los padres.

En este sentido, merecen especial consideración las cinco sentencias de la Asamblea Plenaria de la Corte de casación de 9 mayo de 1984, a saber, las sentencias *Fullenwarth*, *Gabillet*, *Djouab*, *Derguini* y *Lemaire*⁴, así como la sentencia *Blieck* de 29 de marzo de 1991, y las sentencias *Samda* y *Bertrand* de 19 de febrero de 1997. Las repercusiones que conllevan los razonamientos jurídicos efectuados en cada uno de estos pronunciamientos son de tal entidad que han supuesto una reconsideración de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos así como de la responsabilidad del menor de edad.

² El art. 76 del Proyecto concedía a los Jueces la posibilidad de condenar al agente incapaz a una indemnización equitativa teniendo en cuenta la situación concreta de las partes, NERSON, R., «De l'influence exercée sur le Droit français des Obligations par le Projet franco-italien de Code des Obligations et des Contrats, approuvé à Paris en octobre 1927», en M. ROTONDI: *Inchieste di Diritto comparato*, n.º 8, Padova, 1980, p. 42.

³ En el plano legislativo destacan la Ley n.º 64-1230 de 14 de diciembre de 1964, sobre la tutela y la emancipación de los menores; la Ley n.º 70-459 de 4 junio de 1970, relativa a la autoridad parental, que reformó el art. 1384 Cc y equiparó a los cónyuges. Esta Ley fue modificada por la Ley n.º 93-22 de 8 de enero de 1993 y por la Ley n.º 96-604 de 5 de julio de 1996. La Ley n.º 74-631 de 5 de julio de 1974 rebajó la mayoría de edad de veintinueve a dieciocho años. La Ley n.º 87-570 de 22 de julio de 1987 suprimió el término «guarda» y lo reemplazó por «patria potestad»; sin embargo, esta Ley no ha modificado el art. 1384.4º Cc.

En la jurisprudencia destacan fundamentalmente las cinco sentencias de la Asamblea Plenaria de la Corte de casación de 9 de mayo de 1984, así como, posteriormente, la sentencia de 29 de marzo de 1991 y las dos sentencias de 19 de febrero de 1997, que analizaremos detenidamente.

⁴ Mientras la sentencia *Fullenwarth* se enmarca en el ámbito de la responsabilidad de los padres, las otras cuatro sentencias se pronuncian acerca de la responsabilidad del niño, ya sea como autor del daño (*Gabillet*, *Djouab*) o como víctima (*Lemaire*, *Derguini*). Sobre las cinco sentencias, *vid. D.*, 1984, jurisp., p. 529, con conclusiones de J. CABANNES y nota de F. CHABAS; en particular, *arrêt Gabillet*, JCP, 1984, II, 20255, con observaciones de N. DEJEAN DE LA BÂTIE; *arrêt Djouab*, JCP, 1984, II, 20291, con una relación general de FÉDOU; *arrêt Fullenwarth*, JCP, 1984, II, 20255, con observaciones de N. DEJEAN DE LA BÂTIE; *Bull. civ.*, 1984, n.º 4, p. 3; *D.*, 1984, p. 529, con conclusiones de J. CABANNES y nota de F. CHABAS; *arrêt Derguini*, JCP, 1984, II, 20256, con observaciones de P. JOURDAIN; *arrêt Lemaire*, JCP, 1984, II, 20256, con observaciones de P. JOURDAIN.

En efecto, en las cinco sentencias de 9 de mayo de 1984 la desaparición del requisito de la culpa del menor guarda relación con la responsabilidad de los padres o de la suya propia. En concreto, tras la sentencia *Fullenwarth*, para poder presumir la responsabilidad de los padres «es suficiente con que el hijo menor que viva con ellos haya cometido un acto que sea la causa directa del daño invocado por la víctima». A partir de entonces ni siquiera es necesario recurrir a la noción de culpa objetiva del menor para comprometer su responsabilidad, puesto que basta con un simple hecho causal para que recaiga en ellos la obligación de responder. Posteriormente, con la sentencia *Bertrand* de 19 de febrero de 1997⁵ se ha establecido que la responsabilidad de los padres se ha transformado definitivamente en una responsabilidad de pleno derecho, una responsabilidad objetiva. Sin embargo, a este nuevo planteamiento se le puede objetar que si siempre van a ser condenados los padres, se podría obtener un efecto no deseado al no estimularles a emplear la diligencia necesaria para evitar que sus hijos causen daños⁶.

Si la responsabilidad objetiva es una responsabilidad sin culpa, la responsabilidad por culpa objetiva no es una responsabilidad objetiva, es decir, no prescinde de la culpa. Mientras la jurisprudencia ha evolucionado hacia la consideración de una responsabilidad objetiva de los padres, en puridad de términos la responsabilidad del incapaz no podría ser calificada de objetiva puesto que éste sólo debe responder cuando haya causado un hecho ilícito, pero no cuando el resultado dañoso resultara de un acto que objetiva e intrínsecamente no pudiera recibir tal calificación. Algunos autores señalaron que era inexacto deducir de las sentencias de 1984 un paso hacia la responsabilidad sin culpa⁷, pero lo cierto es que no se puede dudar que tras la sentencia *Bertrand* la responsabilidad objetiva es una realidad, en el sentido de que únicamente si hubo culpa de la víctima o en el caso de fuerza mayor, los padres van a quedar liberados de responsabilidad, dado que se produce la ruptura del nexo causal.

En la sentencia *Djouab* se consideró que un niño de nueve años de edad era responsable del incendio que había ocasionado y por lo tanto de los daños correspondientes, como desarrollaremos posteriormente. En la sentencia *Gabillet* se estimó que un menor de tres años era responsable del daño que había ocasionado y

⁵ *JCP*, 1997, II, 22848, p. 247, con nota de G. VINEY y conclusiones de R. KESSOUS; *D*, 1997, jurisp., p. 265, con nota de P. JOURDAIN; *D*, 1997, somm., p. 290, con nota de D. MAZEAUD; *Resp. civ. et assur.*, 1997, 5, n.º 124, p. 14; *Dr. fam.*, 1997, 6, n.º 83, p. 15; *Gaz. Pal.*, 1997-II, jurisp., p. 572, con nota de F. CHABAS; *Gaz. Pal.*, 1998-I, jurisp., p. 171, con nota de B. PULL.

⁶ Sobre este planteamiento, RADÉ, C., «Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt *Bertrand*, deuxième Chambre civile. 19 février 1997)», *D*, 1997, chr., p. 279.

⁷ Así lo explican, MAZEAUD, H., «La faute objective et la responsabilité sans faute», *D*, 1985, chr., pp. 13-4; FÉDOU, «Nota a Cass. Ass. Plén. 9-5-1984, arrêt *Djouab*», *JCP*, 1984, II, 20291.

su responsabilidad quedaba enmarcada en el art. 1384.1º Cc, en calidad de guardián, porque tenía «el uso, la dirección y el control» del palo con el que había dejado ciego a uno de sus amigos, sin que fuera necesario apreciar «si tenía capacidad de discernimiento». Las sentencias *Derguini* y *Lemaire* se referían a menores que habían sido víctimas de un daño y, en el sentido que venimos apuntando, señalaban que no era necesario verificar si el menor era capaz de discernir las consecuencias de su acto para decidir acerca de su responsabilidad.

Consideración aparte merece la sentencia *Blieck* de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación de 29 de marzo de 1991⁸, que también marcó un hito importante en materia de responsabilidad extracontractual, al posibilitar que la aplicación del art. 1384 Cc se extendiera a supuestos diferentes de los expresamente mencionados en el artículo, por la vía del reconocimiento de un principio general de responsabilidad por el hecho ajeno en el párrafo primero de dicho artículo. Al ser abandonada la interpretación limitativa de los supuestos de responsabilidad por el hecho de otra persona, esta sentencia supuso una aportación innegable⁹, aunque lo cierto es que esta extensión no fue tan amplia como inicialmente se pensó, debido a que se exigían en todo caso unos requisitos, tal y como veremos seguidamente.

En conexión con las sentencias anteriores, cabe señalar que tras la sentencia *Samda*¹⁰ se puso en evidencia el carácter artificial del requisito de la cohabitación en torno a la consideración de la responsabilidad de los padres. Y ello porque la condición de la cohabitación carece de sentido a no ser que acompañe a una responsabilidad fundada en la culpa. Si tras la sentencia *Bertrand* nos encontramos con que la responsabilidad de los padres es objetiva, resulta lógico que se cuestione la persistencia de esta condición en el art. 1384.4 Cc.

1.2. La responsabilidad por el hecho ajeno. Especial consideración a los padres

1.2.1. Fundamento

El fundamento originario de la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos que hubieran causado sus hijos menores, residía en la autoridad que ejercían sobre éstos, teniendo en cuenta que dicha autoridad incluía la obligación de vi-

⁸ D, 1991, jurisp., p. 324, con nota de C. LARROUMET; *JCP*, 1991, II, 21673, con conclusiones de D. H. DONTENWILLE, y observaciones de J. GHESTIN.

⁹ VINEY, G., «Vers un élargissement de la catégorie des “personnes dont on doit répondre”»: la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er} du code civil», *D*, 1991, p. 160; *id.*, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, Paris, 1998, pp. 837 ss.

¹⁰ *Gasç. Pal.*, 1997-1, pan., p. 107; *Resp. civ. et assur.*, 1997, 5, n.º 153, p. 1; *Dr. fam.*, 1997, 7-8, n.º 97, p. 10.

gilarles y educarles correctamente¹¹. Una presunción *iuris tantum* recaía sobre los padres, quienes a su vez podían probar que actuaron debidamente y así quedar exonerados de responsabilidad. Si bien este razonamiento constituyó el fundamento de la responsabilidad de los padres durante mucho tiempo, actualmente no puede erigirse con la misma intensidad. Diversos factores han contribuido a esta evolución, entre los que destacan la decreciente autoridad de los padres, la precoz independencia atribuida a los adolescentes, la proliferación de los seguros, el incremento de los juguetes peligrosos, o la multiplicación de familias con un solo progenitor¹².

En definitiva, principios nuevos pretenden sustituir los valores anteriores. Los cambios propiciados por la jurisprudencia en este ámbito han sido de suma importancia al haber consagrado las tendencias que objetivaban la responsabilidad de los padres. No es fácil comprender el alcance de esta dirección; mientras ciertos autores han justificado su carácter objetivo a partir de la idea de solidaridad familiar¹³, otros han apuntado que actualmente la dispersión de la familia es una realidad¹⁴. No faltan tampoco quienes consideran que el carácter objetivo de la responsabilidad de los padres se justifica por el mero hecho de haber dado la vida a sus hijos¹⁵.

¹¹ FLEURICHAND, E., *De la responsabilité du fait d'autrui et des choses dont on a la garde*, th., Dijon, 1865, p. 72; EYMARD, A., *op. cit.*, pp. 72-3; MOIZARD, C., *Responsabilité civile du fait d'autrui en droit français*, th., Paris, 1883, pp. 111-2; DHORNE, H., *De la responsabilité civile qui incombe à une personne à raison du dommage causé par un autre*, th., Paris, 1898, p. 15; BLOCH, L., *op. cit.*, p. 24; ESPINASSE, A., *De la responsabilité civile des pères et mères à raison de leurs enfants*, th., Toulouse, 1928, pp. 19-20; LEFEVRE, L., *Le civilement responsable du fait d'autrui et du fait des choses en matière d'accidents*, th., Lille, 1941, pp. 29 y 67-8; BLANC, E., *op. cit.*, p. 29; RODIÈRE, R., «La disparition de l'alinéa 4 de l'article 1384 du Code civil», *D*, chr., 1961, p. 207; STOICESCU, C. C., *op. cit.*, p. 29; LAMBERT-FAIVRE, Y., «L'éthique de la responsabilité», *RTDC*, 1998, p. 11.

¹² LEGEAS, R., «La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par les mineurs», en *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, p. 776; LAMBERT-FAIVRE, Y., «L'éthique...», *cit.*, p. 11.

Señala SAVATIER que «la flexibilidad y muchas veces el alojamiento de los lazos familiares es, junto con el ensanchamiento de responsabilidades, uno de los rasgos más característicos de la evolución moderna del Derecho», *vid.* «La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre?», *DH*, 1933, chr., p. 84; en semejante sentido, MARTIN, L. M., «La responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs (A propos d'un arrêt récent)», *JCP*, 1963, I, 1755.

¹³ BÉNAC-SCHMIDT, F./LARROUMET, C., voz «Responsabilité du fait d'autrui», *Rép. civ. Dalloz*, t. VII, Paris, 1999, p. 28.

¹⁴ Así lo exponen MALAURE, P./AYNÉS, L., *Cours de Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, Paris, 1994, pp. 74-5; PUIILL, B., «Vers une réforme de la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants?», *D*, 1988, chr., p. 188; BOSSE-PLATIÈRE, H., «La présence des grands-parents dans le contentieux familial», *JCP*, 1997, I, 4030, p. 273; POHE, D., voz «Droit à réparation. Responsabilité du fait d'autrui. Domaine. Responsabilité des père et mère», *Jur. Class. Resp. civ. ass.*, t. I, fasc. 141, Paris, 1999, p. 4.

¹⁵ POHE, D., *op. cit.*, pp. 4 y 14. En idéntico sentido apunta B. PUIILL que la responsabilidad de pleno derecho del padre y de la madre tiene por fundamento la maternidad o la paternidad, así: «Los padres han asumido la responsabilidad de tener hijos y en consecuencia deben asumir las consecuencias que se puedan derivar de los daños que éstos causen hasta que alcancen la mayoría de edad», *vid.* «Vers une réforme de la responsabilité...», *cit.*, p. 189. En términos semejantes, ALT-MAES, F., «Les nouveaux droits reconnus à la victime d'un mineur», *JCP*, 1992, I, 3627, p. 512. Anteriormente había señalado M. TEISSERIE que las obligaciones concernientes a los padres estaban inspiradas en consideraciones de utilidad social, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, th., Paris, 1901, pp. 239-40. En este último sentido se pronuncia también JACQUEMIN, B., *op. cit.*, p. 80.

En vista de lo anterior, queremos señalar que los redactores del Código civil francés ya insistieron en la importancia de la autoridad de los padres¹⁶ y en la garantía que debía proteger a la víctima en orden a que fuera indemnizada¹⁷. Ello supondría que dicha responsabilidad tiene su origen en el desempeño de las obligaciones que conlleva la autoridad que ejercen los padres sobre sus hijos, es decir, en la patria potestad, así como en el propósito de garantizar los derechos de la víctima frente a los daños que hubiera podido sufrir. Es por ello por lo que, aunque en el sistema jurídico francés un principio fundamental heredado de la tradición romana sea el de *point de peine sans faute*¹⁸, tras la evolución acaecida en la jurisprudencia francesa la responsabilidad de los padres ya no reside en el concepto tradicional de culpa, sino que ha derivado hacia la noción de garantía.

1.2.2. La enumeración contenida en el art. 1384 del Código civil francés

Se ha discutido mucho acerca de la delimitación de personas responsables por el hecho de otro que aparecen agrupadas en el art. 1384 Cc tras el párrafo introductorio. A pesar de que durante mucho tiempo esa relación fue calificada como limitativa¹⁹, la jurisprudencia ha evolucionado hacia una enunciación cada vez menos rigurosa. En un primer momento, quien tenía bajo su cuidado a un menor de edad y no se encontraba en ninguno de los supuestos recogidos en este artículo podía ser obligado a responder de los daños que dicho menor hubiera causado, pero no en consideración del hecho ajeno, sino como consecuencia de su propia actuación u omisión culposa²⁰.

¹⁶ El relajamiento culpable de la disciplina familiar que señalaba TERRIBLE, la ausencia de celo en la vigilancia de los niños que mencionaba BERTRAND-DE-GREUILLE, y la debilidad del padre que destacaba TREILHARD, parecen invocar la existencia de un deber de vigilar y educar al hijo. *Ver* FENET, P. A., *op. cit.*, t. XIII, pp. 488, 475 y 468, respectivamente.

¹⁷ BERTRAND-DE-GREUILLE señaló que «se autoriza a la víctima a recurrir a aquéllos de quien esta persona (el autor del daño) depende y contra los cuales se pronuncia la garantía civil», *Ibid. loc. cit.* Ya veíamos que TREILHARD en la Exposición de Motivos del *Code* indicó que la responsabilidad de los padres, maestros, o patronos, era una garantía de la reparación de los daños y debía ser interpretada en sentido estricto. *Ibid.*, pp. 467-8.

¹⁸ VON IHERING, R., *op. cit.*, p. 9.

¹⁹ Por todos, ESPINASSE, A., *op. cit.*, pp. 29 a 37; BICHOT, J., *L'autonomie de la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui devant la Jurisprudence Contemporaine*, th., Paris, 1933, p. 117; OLLIER, P. D., *La responsabilité civile des père et mère*, Paris, 1961, p. 29; LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, Paris, 1982, pp. 669-70; MANLIVAUD, P., *Droit des obligations*, Paris, 1992, p. 283; MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./MAZEAUD, J./CHABAS, F., *op. cit.*, pp. 492-3; TERRÉ, F./SIMLER P./LEQUETTE, Y., *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1993, p. 591; WEILL, A., *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1980, p. 725; BLANG, E., *op. cit.*, pp. 16 y 84; LABICHE, L., *op. cit.*, p. 82; RAYMOND, G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Paris, 1997, pp. 264-5.

²⁰ En el Derecho alemán se contiene una cláusula más genérica que, como no especifica las personas obligadas a responder por el hecho de un incapaz, se refiere a todo individuo que tenga bajo su guarda a un incapaz en el momento en que éste cause un daño (§ 832 BGB). No sólo se refiere a la vigilancia de los menores sino a la de todo aquel que la necesitase debido a su estado intelectual o corporal. La redacción dada por el legislador alemán en esta materia es superior a la francesa, así, PLANIOL, M., «Responsabilité du fait d'autrui», *Rev. crit. lég. jur.*, 1909, p. 285.

Sin ánimo exhaustivo y teniendo presente que la patria potestad no es transmisible, quien sin ser padre tenía encomendada o se ofrecía a cuidar a un menor de edad, podía ser responsabilizado de los daños que éste hubiera causado pero no en virtud del art. 1384.4.º, sino por la vía genérica de los arts. 1382 y 1383 Cc.

Así pues, por el mero hecho de confiar el cuidado de un hijo a una tercera persona, los padres, en tanto que tienen y ejercen la patria potestad, no quedan automáticamente exonerados. Por su parte los tutores, aunque no aparecen en la relación detallada en el art. 1384, como sabemos tienen la función de reemplazar a los padres. Ello nos podría llevar a pensar que si los padres fallecen o han sido privados de la patria potestad, serían ellos quienes deberían responder por los daños causados por menores que estaban bajo su tutela. Aunque esta fue la postura inicialmente mantenida por la mayor parte de la doctrina, actualmente ha sido rechazada aludiendo fundamentalmente a que el tutor no está investido de la misma autoridad que los padres²¹. Ello significa que frente al tutor no se alza ninguna presunción de culpa y la víctima deberá demostrar que con su actuar incurrió en culpa; sin embargo, la situación que acabamos de describir ha variado considerablemente. Si bien está totalmente admitido que el art. 1384.1.º Cc contiene un principio general de responsabilidad de las cosas de las que se tiene la guarda, hasta un momento reciente ese principio general no era aplicable a la responsabilidad por

²¹ La doctrina antigua estimaba que la responsabilidad del tutor coincidía con la de los padres y apoyaba su postura fundamentalmente en los arts. 450 y 468 Cc —donde se regulaban las potestades del tutor—, en los postulados de POTHIER —que había equiparado el tutor al padre—, y en el art. 79 del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927. Además, señalaban que aunque la responsabilidad del tutor no se recogía expresamente en el Código civil, sí que aparecía en otros textos normativos; así, en el art. 206 del Código forestal, en el art. 7 del título II de la Ley de 28 septiembre-6 octubre de 1791 sobre policía rural, en el art. 74 de la Ley sobre la pesca fluvial de 15 de abril de 1829 y en el art. 28 de la Ley de caza de 3 de mayo de 1844.

Entre la doctrina, AUBRY/RAU, *Cours de Droit civil français*, t. IV, París, 1897, § 447, nota 11; FLEURICHAND, E., *op. cit.*, p. 76; BOSCHET, P., *De la responsabilité à raison du fait d'autrui*, th., Caen, 1872, pp. 50-1; PAYEN, V. A., *op. cit.*, p. 172; LABICHE, L., *op. cit.*, p. 85; MONDET, L., *Le recours des personnes responsables du fait d'autrui*, th., Bordeaux, 1897, p. 47; DHORNE, H., *op. cit.*, pp. 22-6; STOICESCU, C. C., *op. cit.*, pp. 30 y 34; SAVATIER, R., «La responsabilité générale...», *cit.*, p. 84.

Esta postura ha sido duramente criticada. El hecho de que en algunas leyes se recoja la responsabilidad del tutor supone que en determinadas materias éste debe prestar una mayor vigilancia y como contrapartida se le puede exigir cierta responsabilidad. También se arguye que cuando un menor pasa a disposición de un tutor puede estar ya mal educado y no sería justo que el tutor cargase con ello. Razon suficiente debería ser que si los redactores del Código civil francés tuvieron siempre presente la doctrina de POTHIER, esta omisión no puede ser interpretada como un olvido. Señalan que el tutor está excluido del Código civil, entre otros, DEMOLOMBE, C., *op. cit.*, n.º 587-8, pp. 188-9; HUC, T., *Commentaire théorique et pratique de Code civil*, t.VIII, París, 1895, n.º 440; BARRIET-LAGARENNE, G., *op. cit.*, pp. 38-40; BLOCH, L., *op. cit.*, pp. 46-50; ESPINASSE, A., *op. cit.*, pp. 30-2; DALIBOT, L., *De la responsabilité civile délictuelle du fait des mineurs*, th., Rennes, 1929, pp. 46-9; BLANC, E., *op. cit.*, p. 84; MALIK, A. H., *De la responsabilité civile extra-contractuelle du fait d'autrui en droit français et en droit irakien comparé*, París, 1957, pp. 75-6.

A juicio de algunos autores, si bien la responsabilidad del tutor no podía ser equiparada a la de los padres por las razones anteriormente expuestas, podría ser asimilada a la de los maestros, *vid.* EYMARD, A., *op. cit.*, pp. 85-6; LOT, G., *op. cit.*, p. 176; LEFEVRE, L., *op. cit.*, p. 69; BICHOT, J., *op. cit.*, p. 122.

hecho ajeno²². Hasta entonces cada vez que se pretendía demandar a una persona que no figuraba en alguno de los párrafos del art. 1384 Cc y que sin embargo ejercería algún control sobre el autor del daño, la propia víctima debía probar su culpa. Partiendo pues de una enumeración de carácter exhaustivo, la solución no se extiende a los abuelos ni a cualquier otro familiar²³. Esta actitud tan intransigente ha sido criticada por la doctrina²⁴, aunque lo cierto es que esta crítica quedaba atemperada con la existencia del art. 1382 Cc. Además, esta discusión actualmente ha perdido importancia si tenemos en cuenta que en esos casos se podría aplicar el párrafo primero del art. 1384 Cc, una vez quedase constatado que se cumplen los requisitos establecidos.

Pues bien, a partir de la sentencia de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación de 29 de marzo de 1991 —más conocida como sentencia *Blieck*-²⁵, la aplicación del art. 1384 Cc se ha extendido a otros supuestos distintos de los legalmente tipificados, siempre que se tuviera «la obligación de organizar y controlar a título permanente el modo de vida de la persona». En este sentido, dicha sentencia resultó fundamental al abandonar la interpretación limitativa de los supuestos de responsabilidad por el hecho ajeno. Desde ese momento se podría extender el principio general de responsabilidad por el hecho ajeno que se deduce de la sentencia, por ejemplo a los abuelos o a los tíos, pero lo cierto es que la aplicación generalizada de esta interpretación no es posible. Es decir, con arreglo a esta nueva tendencia se puede deducir que el art. 1384.1º Cc comprende una responsabilidad extensible a personas distintas de las expresamente recogidas en sus restantes párrafos, pero sólo si se cumplen ciertos presupuestos²⁶.

²² Ciertos autores señalaron prematuramente la conveniencia de razonar del mismo modo respecto de la responsabilidad por el hecho de otro, así, SAVATIER, R., «La responsabilité générale...», *cit.*, p. 81.

²³ Tampoco se aplicaría el art. 1384.4º Cc al padre natural que hubiese reconocido a su hijo, por no estar investido de la autoridad parental, así FULCHIRON, H., «Nota a *Cass. Crim.* de 5 de noviembre de 1986», *JCP*, 1988, I, 21064.

²⁴ En este sentido, VINEY, G., «Vers un élargissement...», *cit.*, p. 158; *id.*, *Traité de Droit civil...*, *cit.*, pp. 830-1.

²⁵ *Vid. supra*, nota n.º 8.

²⁶ La interpretación de la sentencia *Blieck* —donde se estableció que los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno contenidos en el art. 1384 Cc no eran limitativos— ha suscitado polémica. Mientras algunos autores no dudaron en proclamar que la Corte de casación había promulgado un principio general de responsabilidad por hecho ajeno, otros autores fueron más cautos al manifestar que no había pretendido dictar un principio general, *vid.* VINEY, G., «Vers un élargissement...», *cit.*, pp. 160-1; *id.*, *Traité de Droit civil...*, *cit.*, pp. 840-1; LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité...*, *cit.*, pp. 158-60; *id.*, «Vers une interprétation restrictive de la jurisprudence *BLIECK?*», *Pet. aff.*, 1997, n.º 24, p. 7; GALLIOU-SCANVION, A. M., «Une responsabilité civile enfin trouvable ou les voix de l'indemnisation de victimes d'enfants de parents divorcés», *Garç. Pal.*, 1997-I, doctr., p. 659.

En sentido favorable a la interpretación extensiva se muestra MUOLY en su comentario a las sentencias *Cass. Civ. 1º* y *Cass. Civ. 2º*, de 22 de mayo de 1995, al señalar que no se entendía por qué un club deportivo debía ser responsable de sus jugadores y no lo era por ejemplo un tutor, *vid. JCP*, 1997, II, 22550, p. 509.

De ahí que si bien en torno a la extensión de este principio general se han apuntado diversas teorías²⁷, éstas deben quedar en segundo plano si se tiene en cuenta que la propia sentencia acota el ámbito de aplicación al señalar que una persona de las no enumeradas en el art. 1384 será responsable por un hecho ajeno, sólo si es «titular del poder de organizar y controlar el modo de vida» de quien le ha sido confiado²⁸.

A tenor de lo anterior, lo que se pretende evitar es imputar sistemáticamente a cualquier persona que ejerza una función de vigilancia el principio general de responsabilidad por hecho ajeno extraído del art. 1384.1º Cc²⁹. Es por ello por lo que convendría incluir en el ámbito de aplicación de este nuevo principio aquellas situaciones en las que los padres confían un hijo menor a un tercero durante un periodo de tiempo determinado, pero lo suficientemente largo como para permitirle organizar y controlar a título permanente su modo de vida, o cuando judicialmente así sea dispuesto en virtud de una limitación en el ejercicio de la patria potestad. En cambio, no sería aplicable este principio cuando el hijo estuviera en el colegio —ya existe una norma específica y *specialia generalibus derogant*—, cuando estuviera pasando una temporada con sus abuelos, o cuando se encontrara en casa de unos amigos, puesto que en esos ejemplos el modo de vida del hijo sigue siendo controlado por quienes ostentan su patria potestad³⁰; en este caso los padres únicamente podrían ejercer una acción contra estos terceros a través de los arts. 1382 y 1383 Cc, y por lo tanto deberán probar que hubo culpa de su parte.

²⁷ Se sugirió que únicamente se extendiera a las personas jurídicas —normalmente establecimientos médicos o educativos—, o a quienes tuvieran contratado un seguro, o incluso sólo a los profesionales. La diferencia entre personas profesionales o no profesionales la recoge entre otros, G. VINEY, quien señala que parece preferible que la ampliación afecte sólo a los profesionales, *vid.* «Vers un élargissement...», *cit.*, pp. 160-1.

Lo que en realidad se ha pretendido evitar es una extensión indiscriminada a las personas físicas; sobre ello, BÉNAC-SCHMIDT, F./LARROUMET, C., *op. cit.*, p. 7; LEBRETON, M. C., «Vers une interprétation restrictive...», *cit.*, p. 8.

El rol de los abuelos en la familia contemporánea no es ni educar ni sostener a sus nietos —esto sólo les compete como función subsidiaria—, sino establecer y mantener con ellos relaciones afectivas que normalmente se materializan en época de vacaciones, *vid.* PHILIPPE, C., «Responsabilité solidaire des parents divorcés du fait de leurs enfants en vacances chez les grands-parents. Note a CA Besançon 1^{re} ch. civ., 11 févr. 1998», *JCP*, 1998, II, 10150, pp. 1658 ss.

²⁸ PHILIPPE, C., *Ibid.*, p. 1659. En la jurisprudencia, *Cass. civ.* 2º, 10-10-1996, *Resp. civ. et. assur.*, 1997, I, n.º 2, p. 9; *JCP*, 1997, II, 22833, p. 205, con nota de F. CHABAS; *Cass. crim.*, 26-3-1997, *Resp. civ. et. assur.*, 1997, n.º 10, p. 14; *JCP*, 1998, II, 10015, p. 236, con nota de M. HUYETTE, pp. 236-8; *D*, 1997, jurisp., p. 496, con nota de P. JOURDAIN, pp. 496-8.

²⁹ VINEY, G., «Vers un élargissement...», *cit.*, pp. 160-1; BLANC, G., «A propos de la responsabilité des grands-parents... (brève contribution à la réflexion sur la responsabilité du fait d'autrui)», *D*, 1997, chr., p. 328; CHABAS, F., «Un blanc dans la jurisprudence “Blieck”: le majeur handicapé mental demi-pensionnaire», *RJPF*, 1999, n.º 1, pp. 24-5.

³⁰ FAURÉ, G. M., «Jeux d'ombre et de lumière sur la responsabilité des parents. Pour une relecture des alinéas 4 et 7 de l'article 1384 du Code civil», *Pet. aff.*, 1995, n.º 53, p. 131.

1.2.3. *Requisitos necesarios para la aplicación del art. 1384.4º del Code*

Ciertos condicionantes deben concurrir para una efectiva aplicación del art. 1384.4º Cc, a saber, que se haya producido un daño, que exista una relación de causalidad entre la acción –u omisión– y el daño, que se actúe culposamente, y que el autor del daño sea menor de edad, viva con sus padres y éstos lo tengan bajo su guarda. De estas condiciones, las tres primeras constituyen requisitos básicos para el reconocimiento de toda responsabilidad basada en la culpa. Nos centraremos únicamente en el estudio de la minoridad, la cohabitación y el requisito de la guarda.

Establece el artículo que para que los padres deban responder si un hijo sometido a su guarda –se debe entender patria potestad– causa algún daño, además de ser menor de edad, debe estar conviviendo con ellos. En caso de que faltase alguno de los requisitos señalados, la víctima podría accionar contra los padres pero amparándose en las reglas generales y por lo tanto sin el beneficio que conlleva la inversión de la carga de la prueba.

La determinación de la minoría de edad no plantea ningún problema. Según establece el art. 488 Cc una persona es menor de edad hasta que alcanza los dieciocho años. La responsabilidad de los progenitores cesa cuando el hijo alcanza la mayoría de edad, o incluso antes, mediante su emancipación³¹ y esto supone una diferencia respecto de la responsabilidad de los profesores y artesanos, quienes responderán aunque el alumno o el aprendiz sean mayores de edad.

La cohabitación ha sido considerada como una de las piezas maestras del art. 1384.4º Cc³² y en principio tampoco debería ser una condición conflictiva. La convivencia o cohabitación de padres e hijos ha de ser entendida en sentido amplio, lo que significa que no es necesario que sea constante. Siguiendo con esta idea, es suficiente con una cohabitación habitual, de modo que los padres pueden ausentarse justificadamente del hogar familiar³³. En este sentido, cualquier distanciamiento no será suficiente para que los padres queden exonerados de responsa-

³¹ El art. 482.2º Cc –introducido por la Ley n.º 64-1230 de 14 de diciembre de 1964 sobre la tutela y emancipación de los menores– dispone que «El padre y la madre no son responsables de pleno derecho, en su sola calidad de padre o madre, del daño que pueda causar el menor a otra persona tras su emancipación».

³² BLANC, E., *op. cit.*, p. 103.

³³ En vista de las últimas tendencias, M. C. LEBRETON se ha mostrado especialmente insistente y ha propuesto una redefinición del requisito de la cohabitación, al señalar que se debe excluir la referencia a la residencia habitual y buscar qué padre tenía el cuidado del niño en el momento de la comisión del daño, *L'enfant et la responsabilité...*, *cit.*, p. 67.

bilidad, sino que deben acreditar que la cesación de cohabitación se ha producido por una causa legítima³⁴.

En este artículo también se requiere que los padres tengan bajo su guarda al hijo, referencia introducida en el texto por la Ley n.º 70-459 de 4 de junio de 1970. Si bien la cohabitación está ligada a la guarda, conviene señalar que el título de atribución de responsabilidad no debe ser la guarda en sí misma sino la patria potestad. Y ello porque la Ley n.º 87-570 de 22 de julio de 1987 suprimió del Código civil francés el término «guarda» y lo reemplazó por el de «patria potestad», y pese a que esta Ley no ha modificado el art. 1384.4º Cc, se debe entender en el mismo sentido.

El art. 1384.4º Cc hace referencia a una responsabilidad solidaria, lo que significa que implícitamente se refiere al concepto de familia tradicional. La responsabilidad que en su caso corresponde a los progenitores puede suscitar ciertas dudas cuando éstos estén separados o divorciados. Si bien la Ley de 22 de julio de 1987 intentó generalizar la patria potestad conjunta en estos supuestos, el Juez, teniendo siempre presente el interés del menor, decidirá que la misma sea ejercida por uno o por los dos padres, y en este caso señalará con quién deberá tener el menor su residencia habitual³⁵.

La interpretación literal del art. 1384.4º Cc conduce a que en aquellos casos en los que se declare disuelto el vínculo matrimonial, el padre que tuviera encomendado el ejercicio de la patria potestad sería el único responsable, mientras que el otro progenitor no sería responsable ni siquiera en los periodos en que tuviera al hijo con él, salvo que se probase su culpa³⁶. De ahí se deriva que si el hijo menor causa el daño durante el ejercicio del derecho de visita del otro progenitor, al no tener éste asignada la guarda del menor no respondía en virtud del art. 1384.4º Cc,

³⁴ Se ha condenado a los padres cuando la convivencia había cesado por un motivo ilegítimo, por ejemplo porque el menor se había escapado de casa. En la doctrina, cfr. CHAZAL, J., «Considérations sur la responsabilité civile des mineurs délinquants et de leurs parents», *Gaz. Pal.*, 1947-I, doct., p. 1; NEIRINCK, C., «La fugue: aspects juridiques», *Pet. aff.*, 1996, n.º 11, p. 14.

³⁵ El art. 287 Cc (modificado también por la Ley n.º 93-22 de 8 de enero de 1993), en una sección destinada a las consecuencias que tiene el divorcio de los padres en relación con los hijos, dispone que «la patria potestad es ejercida en común por los dos padres. El Juez designa, a falta de acuerdo amistoso o si ese acuerdo le parece contrario al interés del menor, el padre con quien los menores tendrán su residencia habitual. Si el interés del menor así lo requiere, el Juez puede confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres (...). Este artículo se aplica también en el caso de separación, según remite el art. 304, teniendo en cuenta que, aunque el matrimonio no queda disuelto, sí que cesa la convivencia de los cónyuges.

³⁶ Algún autor advirtió la conveniencia de aplicar el art. 1384.4º Cc al padre que no tenía al menor bajo su guarda, puesto que aunque no ejerciera la vigilancia a título principal, en algún momento ha podido contribuir a la educación del hijo, FULCHIRON, H., *op. cit.*, 21064.

y como quien tenía concedido la guarda del hijo no cohabitaba con él en el momento de los hechos, tampoco respondía a tenor de dicho artículo³⁷.

Hasta ese momento nos encontrábamos ante lo que la doctrina denominó una *responsabilité civile introuvable*, puesto que según la jurisprudencia la responsabilidad del art. 1384.4° Cc no se aplicaba al padre divorciado cuando el menor estaba provisionalmente con él y, además, al otro progenitor no se le podía aplicar el art. 1384.4° Cc porque no se cumplía el requisito de la cohabitación. Pero tras la sentencia *Samda* dictada por la Corte de casación el 19 de febrero de 1997, se abandona el requisito de la cohabitación exigido para la aplicación del art. 1384.4° Cc. En la sentencia los hechos giraban en torno al resarcimiento de los daños causados por un joven de dieciséis años cuyos padres estaban divorciados. La guarda del menor había sido asignada a la madre, pero los daños ocasionados por éste, en concreto a un automóvil que previamente había robado, se produjeron durante el periodo en que el joven se encontraba con su padre. A tenor del art. 1384.4° Cc, la madre no podía quedar obligada porque faltaba el requisito de la cohabitación, y sólo cabía interponer una demanda contra el padre pero en virtud del art. 1382 Cc. Sin embargo, la *Cour de Cassation* señaló que «el ejercicio de un derecho de visita y alojamiento no hace cesar la condición de cohabitación del menor con el padre que ejerce la guarda» y en ese sentido la madre también era responsable³⁸.

No obstante lo anterior, lo cierto es que tras la sentencia *Bertrand* de 19 de febrero de 1997, gran parte de la doctrina ha señalado que el requisito de la cohabitación no tiene la misma razón de ser que anteriormente, sobre todo porque si se está dando entrada a la responsabilidad objetiva de los padres, no se justifica la existencia de este condicionante previo³⁹. Si bien el tenor literal del art. 1384.4° Cc sigue exigiendo el requisito de la cohabitación, la jurisprudencia ha prescindido del mismo.

³⁷ BOUMAL, G., «De la responsabilité des parents (II. Du fondement et des causes d'exonération de la responsabilité présumée des parents)», *RGAR*, 1952, n.º 5013 (6).

³⁸ *Gaz. Pal.*, 1997-I, pan., p. 107; *Resp. civ. et assur.*, 1997, 5, n.º 153, p. 1; *Dr. fam.*, 1997, 7-8, n.º 97, p. 10.

En esta sentencia la Corte de casación amplió la noción de cohabitación al admitirla en relación con el progenitor (la madre que tenía encomendada la guarda) que se hallaba ausente cuando se causaron los daños. A partir de entonces la doctrina señala que ya no tiene sentido que el requisito de la cohabitación siga figurando en el art. 1384.4° Cc, por todos, RICHARD, M., *La responsabilité civile du fait des mineurs*, Limoges, th., 1997/98, p. 19.

³⁹ Véanse a este respecto, REBOURG, M., «La responsabilité civile des faits commis par un enfant confié à ses grands-parents ou à un tiers. Note sous Cass. civ. 2°, 18 sept. 1996», *D, jurisp.*, 1998, p. 120 y 122; PULL, B., «Vers une réforme de la responsabilité ...», *cit.*, p. 189; *id.*, «Responsabilité des parents et causes d'exonération (note a Cass. 19-2-1997)», *Gaz. Pal.*, 1998-I, *jurisp.*, p. 173; JOURDAIN, P., «Responsabilité du fait des mineurs: le changement de cap de la Cour de cassation. Note sous Cass. civ. 2°, 19 févr. 1997», *D, 1997, jurisp.*, p. 267; RICHARD, M., *op. cit.*, pp. 15 y 18-9.

La sentencia indicada ha puesto de manifiesto el carácter superfluo de la condición de la cohabitación con relación a la responsabilidad de los padres. La doctrina se muestra partidaria de dicha supresión porque, hasta la fecha, los Jueces debían dilucidar en cada supuesto la duración de la convivencia y las respuestas fluctuaban en función de las circunstancias concretas, lo que conducía a una casuística cada vez más confusa. El mantenimiento de este requisito sólo se justificaría si la responsabilidad a la que se refiere el art. 1384.4º Cc estuviera fundada en una presunción de culpa en la vigilancia o en la educación.

Sería preferible modificar la redacción del artículo en lugar de transformar su contenido artificialmente. En este sentido, la responsabilidad estaría fundada sólo sobre la condición de ser padre y existiría independientemente del reconocimiento del ejercicio de la patria potestad y de la existencia de una comunidad de vida entre padres e hijos. El contenido de la norma que se propone debería ir acompañado de un seguro obligatorio y tendría vocación de aplicación extensiva, puesto que comprendería también las familias donde el vínculo matrimonial ha quedado disuelto⁴⁰.

El requisito que más polémica ha suscitado en torno a su significado y aplicación ha sido el de la *faute* del menor⁴¹. Se pretende averiguar si para poder responsabilizar a los padres por los hechos ilícitos cometidos por sus hijos menores es necesario que éstos hayan actuado culpablemente, o si basta con que hubieran realizado un hecho cualquiera, con independencia de su imputabilidad.

1.2.4. *La imputabilidad del hijo menor*

En relación con la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos menores resta dilucidar una última cuestión, a saber, si es necesario que el hijo menor esté dotado de discernimiento y, por ende, sea capaz de actuar culpablemente. Especial interés ha suscitado este aspecto en la jurisprudencia; tradicionalmente se ha considerado que los padres respondían si además de que un hijo menor producía un daño y existía una relación de causalidad entre el acto y el daño producido, había *faute* de ese menor, es decir, tenía capacidad de actuar con culpa. Si no existía culpa del menor, la víctima quedaba sin indemnización puesto que los padres no

⁴⁰ PHILIPPE, C., *op. cit.*, p. 1660.

⁴¹ Han sido muchas las definiciones en torno a la *faute*. Así, J. BOSCH la definió como «todo acto ilícito e imputable a su autor». Parecía que la *faute* resultaba de la combinación de dos elementos, ilicitud e imputabilidad, de manera que cuando uno de ellos faltaba, desaparecía. *Vid. Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, th., Paris, 1901, p. 11. Para un análisis detallado *vid.* ESMEIN, P., «La faute et sa place dans la responsabilité civile», *RTDC*, 1949, pp. 481-90.

tenían obligación de responder y con menor motivo se podía pretender una responsabilidad del niño⁴². Sin embargo, este planteamiento tradicional pronto fue objeto de críticas y quedó abandonado, porque resultaba inconcebible que quien sufría un perjuicio pudiera quedar sin indemnización simplemente por haber sido la víctima de una persona incapaz⁴³.

Como consecuencia de lo anterior, posteriormente se señaló que la irresponsabilidad del menor —justificada por un desarrollo insuficiente de sus facultades— no impedía la responsabilidad de sus padres, teniendo en cuenta que precisamente ésta debía suplir la falta de capacidad y responsabilidad de los hijos. En ese sentido y dado que la noción de culpa subjetiva evolucionó hacia un carácter objetivo⁴⁴, no era necesario tener en cuenta la imputabilidad del autor del daño en orden a reconocer la responsabilidad de sus padres. Era suficiente con que en la causación de un acto contrario a la ley se hubiera irrogado algún perjuicio a otra persona, con lo cual, todo hecho ilícito, consciente o no, desde el momento en que ocasionaba algún daño entrañaba la responsabilidad de su autor —si tenía suficiente capacidad—, o de la persona que debía responder por él —cuando el autor no tuviera discernimiento—⁴⁵.

A este progreso y al avance que supuso el paso de una consideración subjetiva a una consideración objetiva de la culpa, contribuyeron fundamentalmente la Ley de 3 de enero de 1968 de Reforma del Derecho de los Incapaces Mayores y las cinco sentencias de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación de 9 de mayo de 1984. Concretamente, a partir de la sentencia *Fullenwath* ni siquiera era necesario verificar que el menor de edad había cometido un acto ilícito, sino que la responsabilidad de sus padres podía ser exigida desde el momento en que se constatará que el acto fue la causa directa del daño.

1.2.4.1. La responsabilidad de los incapaces y la Ley de 1968

Hasta la promulgación de la nueva normativa en 1968, bajo la denominación común de «individuos desprovistos de razón» o «seres inconscientes» se hacía re-

⁴² MARTIN, L. M., *op. cit.*, 1755. En la jurisprudencia destaca la sentencia de 10-2-1966, *JCP*, 1968, II, jurisprud., 15506, con observaciones de A. PLANCQUEEL; *D*, 1966, jurisprud., p. 332, con conclusiones de SCHMELCK.

⁴³ JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, 1992, pp. 64-5 y 69.

⁴⁴ Precozmente algunos autores adelantaban que la culpa subjetiva estaba siendo sustituida por la culpa objetiva y que la imputabilidad resultaba superflua en una responsabilidad basada en la culpa en abstracto, así, ORSAT, V., *De l'imputabilité en matière de responsabilité civile*, th., Paris, 1912, p. 89; BICHOT, J., *op. cit.*, p. 43; OLLIER, P. D., *op. cit.*, p. 94.

⁴⁵ BÉNABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1987, p. 193; CHABAS, F. «Nota a Cass. civ (Ass. Plén.) 9 mayo 1984 (5 arrêts)», *D*, 1984, jurisprud., p. 531; ALT-MAES, F., *op. cit.*, p. 511; LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité...*, *cit.*, pp. 84 ss y pp. 135 ss; BOUMAL, G., «De la responsabilité des parents...», *cit.*, n.º 4979.

ferencia tanto a los enajenados como a los infantes. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley de 3 de enero de 1968 de Reforma del Derecho de los Incapaces Mayores se añadió un párrafo segundo al art. 489 Cc, en virtud del cual quien causara un daño a otra persona bajo el influjo de alguna enfermedad mental, no por ello dejaba de estar obligado a su reparación. En relación con este nuevo precepto surgió una controversia acerca de si estaba destinado únicamente a las personas con enfermedades mentales o si, por el contrario, su ámbito de aplicación se extendía también a los infantes.

En favor de la asimilación de los dementes y los menores de edad se apuntaron fundamentalmente dos razones, a saber, la tradición histórica y la existencia del art. 1310 Cc. En sentido contrario se aportaron otros argumentos; en primer lugar, que el art. 489.2º Cc no forma parte de los artículos destinados a la responsabilidad extracontractual, sino que está ubicado entre los artículos referidos a los dementes. Y, en segundo lugar, el propio título de la Ley es revelador de su contenido: «Reforma del Derecho de los Incapaces Mayores». Por último, como argumento que refuerza el sentir general de la doctrina, señalamos que si se analiza detalladamente el contenido del art. 489.2º Cc se observa que se refiere a individuos que hubiesen actuado «bajo el influjo de un problema mental». Si un menor no tiene discernimiento es porque todavía no ha cumplido la edad suficiente, pero si se refiere a un «problema» se está entendiendo una alteración o desarreglo de alguien que era normal pero como consecuencia de alguna enfermedad se ha visto perturbado. Se podría justificar esta postura diciendo que el insuficiente desarrollo intelectual del niño de escasa edad es natural y normal, mientras que la alteración mental a que se refiere el art. 489.2º Cc evoca la idea de anomalía y supone un perjuicio accidental de las facultades intelectuales⁴⁶. Hasta 1968 el enfermo mental no res-

⁴⁶ La doctrina mayoritaria considera que el art. 489.2º Cc debe interpretarse restrictivamente y sólo puede aplicarse a personas con problemas mentales. Entre otros cabe citar a GOMAA, N., «La réparation du préjudice causé par les malades mentaux», *RTDC*, 1971, pp. 54-6; BONJEAN, B., *Le fait personnel non fautif dans le droit de la responsabilité civile*, th., Grenoble, 1973, pp. 38 y 66-7; BRICE, M., *La responsabilité civile des incapables*, th., Paris, 1973, p. 276; LE TOURNEAU, P., «La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental», *JCP*, 1971, I, 2401; JOURDAIN, P., voz «Droit à réparation. Responsabilité fondée sur la faute. Imputabilité», *Jur. Class.*, arts 1382 a 1386, Paris, 1996, fasc. 121-1, p. 13; *id.*, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, th., Paris, 1982, pp. 495 ss; *id.*, *Les principes de la responsabilité...*, *cit.*, pp. 66-7; BARBIÉRI, J. F., «Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence de l'art. 489-2 Cc. après une décennie», *JCP*, 1982, I, 3057; GUIMBERGUES, C./VALETTE, D., «Pathologie mentale et responsabilité», *Pet. aff.*, 1992, n.º 77, p. 20; LAPOYADE-DESCHAMPS, C., *La responsabilité de la victime*, th., Bordeaux, 1975, pp. 402-3; RASSAT, M. L., *La responsabilité civile*, Paris, 1973, pp. 30-1.

En sentido contrario M. PUECH señala que el art. 489.2º Cc debería extender su aplicación a los infantes y a los menores dementes puesto que tampoco tienen razón ni voluntad. Se ha suprimido legislativamente el requisito de la imputabilidad respecto del demente pero no en relación con las otras personas señaladas, y ello supone una contradicción puesto que el infante y el menor demente son irresponsables por la misma razón que el loco es responsable, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, 1973, pp. 65-6.

pondría de sus actos porque no era capaz de actuar culposamente; a partir de entonces no es que se considerase que el incapaz podía actuar culposamente, sino que, como venimos indicando, se recogió la evolución hacia la consideración de la culpa de carácter objetivo fundada en la reparación del daño⁴⁷.

En virtud de lo anterior, si un menor sufre algún trastorno psíquico se encontrará doblemente privado de discernimiento, como consecuencia de su edad y de su estado mental. En este supuesto parece que debe primar la protección de los terceros y por lo tanto debería aplicarse el art. 489.2º Cc. Pero ello no es así puesto que, como sabemos, la Ley debe aplicarse únicamente a «mayores incapaces». Ciertamente el menor causó un daño mientras padecía una enfermedad mental pero, al no ser mayor de edad, carecía de uno de los dos requisitos exigidos para la aplicación del art. 489.2º Cc. En ese sentido, no podemos extenderlo automáticamente a situaciones no previstas en él y deberíamos acudir a los arts. 1310, 1382, 1383 y 1384.4º Cc⁴⁸.

1.2.4.2. La trascendencia de la sentencia *Fullenwarth* de la Asamblea Plenaria de la Corte de casación de 9 de mayo de 1984

Las dificultades que suscita la consideración de la imputabilidad de los menores de edad han llevado a diferentes interpretaciones doctrinales que incluso han propiciado soluciones jurisprudenciales contradictorias. Con el objeto de paliar la proliferación de esta confusión, el Primer Presidente de la Corte de casación decidió someter a la Asamblea Plenaria cinco recursos relacionados con este tema. En consecuencia, el 9 de mayo de 1984, la Asamblea Plenaria dictaba cinco sentencias de las cuales se podía inferir, bajo diferentes presupuestos fácticos, que los menores de escasa edad podían ser considerados responsables de sus propios actos.

El mismo día en que la Corte de casación renunciaba a exigir el requisito de la capacidad de culpa del menor como condición indispensable de la presunción de responsabilidad de sus padres, ampliaba las posibilidades de comprometer la responsabilidad civil del propio menor, favoreciendo considerablemente a sus posibles víctimas. Estas sentencias abonaron el terreno hacia la consideración de una responsabilidad de pleno derecho de los padres, que quedaría plenamente establecida con la sentencia *Bertrand* de 9 de febrero de 1997⁴⁹.

⁴⁷ BRICE, M., *op. cit.*, p. 95; LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité...*, *cit.*, p. 286.

⁴⁸ BONJEAN, B., *op. cit.*, pp. 67-8.

⁴⁹ POHE, D., *op. cit.*, fasc. 141, p. 3.

De las cinco sentencias que mencionábamos nos interesa destacar la sentencia *Fullenwarth*, cuyos hechos se pueden resumir como sigue. Un niño de siete años que jugaba con una flecha provocó la ceguera parcial de un compañero de juego y la Corte de casación señaló que, para presumir la responsabilidad de los padres, «es suficiente con que el hijo menor que viva con ellos haya cometido un acto que sea la causa directa del daño invocado por la víctima». A partir de entonces ni siquiera era necesario recurrir a la noción de culpa objetiva del menor para comprometer la responsabilidad de sus padres, puesto que es suficiente con que se produzca un simple hecho. La sentencia se refiere a la responsabilidad de los padres y por lo tanto al art. 1384.4º Cc, pero no hace referencia a una supuesta responsabilidad del menor de edad. Si bien la sentencia *Fullenwarth* señala que cuando un menor de edad realice un acto que constituya la causa directa del daño, dará lugar a la responsabilidad de sus padres, sin embargo no se ha pronunciado en torno a la propia responsabilidad del menor y por lo tanto las conclusiones no son extensibles⁵⁰.

Con todo, la Corte de casación ha abandonado su postura clásica al desprenderse de los términos “faute” y “acto ilícito” y adoptar el de “acto del menor”. Las últimas corrientes jurisprudenciales, sobre todo a partir de esta sentencia, incitan a cuestionar si tiene sentido el mantenimiento del carácter complementario de la responsabilidad de los padres, ya que a raíz de este pronunciamiento parece haberse otorgado el carácter de responsabilidad principal⁵¹.

1.2.5. *El menor guardián de un objeto o animal*

En el Código civil francés se regula la responsabilidad derivada de los daños causados con cosas que uno tenía bajo su guarda. Al igual que señalábamos que quienes tienen bajo su cuidado a otras personas deben responder de los daños que éstas puedan ocasionar, existe un principio general —ya consagrado jurisprudencialmente— en virtud del cual se debe responder del daño causado por las cosas que uno tiene bajo su custodia. En el art. 1384.1 Cc únicamente queda comprendido el daño que se cause a otra persona, tanto en sentido personal como material, pero no se recogen los supuestos en que el daño fuera sufrido por ese objeto.

Con la sentencia *Trichard* de 18 de diciembre de 1964 se admitió que un enajenado podía ser considerado guardián del objeto con el que había causado el da-

⁵⁰ LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité...*, cit., p. 298; esta misma solución ya fue sostenida por CABANNES en sus conclusiones a las sentencias de 9 de mayo de 1984, *D*, 1984, p. 528.

⁵¹ Así lo plantea PUILLE, B., «Vers une réforme de la responsabilité...», cit., pp. 185-6 y 191.

ño⁵². Esta misma solución fue consagrada posteriormente en el supuesto de un menor de edad, concretamente en la sentencia *Gabillet* de 9 de mayo de 1984, donde la Asamblea Plenaria de la Corte de casación estimó que un niño de tres años era responsable del daño que había ocasionado y su responsabilidad quedaba enmarcada en el art. 1384.1º Cc, en calidad de guardián, porque tenía «el uso, la dirección y el control» del palo con el que había dejado ciego al caer de un columpio a uno de sus amigos, sin que fuera necesario apreciar «si tenía capacidad de discernimiento»⁵³.

Cuando un menor causa un daño con el objeto que estaba utilizando, en primer lugar debemos averiguar quién deberá ser considerado guardián de dicho objeto. En este sentido, si los guardianes son los padres, responderán en virtud del art. 1384.1º (o según el art. 1385 Cc, referido a la guarda de un animal).

Además si la víctima consigue probar que hubo culpa del menor que utilizaba la cosa, también podrá actuar contra él, lo que significa que quien emplea algún objeto sin ser su guardián igualmente puede ser considerado responsable por aplicación de los arts. 1382 ó 1383 Cc. Pero lo cierto es que se debe apuntar que la guarda ha dejado de ser un poder reservado a los adultos y en ese sentido el niño también puede ser considerado guardián⁵⁴. Entonces corresponderá a la víctima probar que el menor a quien pretende demandar tiene el poder efectivo, autónomo y realmente independiente de dirección y control sobre el objeto de que se trate. En ese sentido, si bien deberá acreditar que el menor era el guardián, tendrá que probar que el objeto en cuestión realmente fue el instrumento determinante para la producción del daño.

Una vez más, el desarrollo social ha contribuido a fijar las pautas que definen la tendencia actual. Los niños disponen de una mayor libertad de movimiento a una edad más precoz, que se traduce en el dominio independiente tanto de los objetos más diversos –juguetes, bicicletas, herramientas–, como animales de compañía. Precisamente esta evolución ha sido refrendada jurisprudencialmente con el reconocimiento de la aptitud del menor de edad para ser guardián⁵⁵.

⁵² En concreto, se admitió que una persona que sufría una crisis de epilepsia era guardián del vehículo con el que había causado el accidente, *Cass. civ.*, 2º, 18-12-1964, *D.*, 1965, jurisp., p. 191, con nota de P. ESMEIN y conclusiones de SCHMELCK; *JCP*, 1965, II, 14304, con observaciones de N. DEJEAN DE LA BÂTIE.

⁵³ *Vid. supra*, nota n.º 4.

⁵⁴ BORE, J., «La responsabilité des parents pour le fait des choses ou des animaux dont leur enfant mineur à la garde», *JCP*, 1968, I, 2180.

⁵⁵ LAYRÉ, D., *op. cit.*, pp. 42-3. En la jurisprudencia, antes de la sentencia *Gabillet* se reconocía que el menor de edad podía ser guardián, pero sólo si tenía discernimiento, así, *Cass. civ.*, 2º, 14-3-1963, *D.*, 1963, jurisp., p. 500; *Gaz. Pal.*, 1963-II, jurisp., p. 117.

1.2.6. La responsabilidad objetiva de los padres

Una vez reunidos los requisitos anteriormente indicados, se presumía que los padres eran responsables y debían indemnizar a las víctimas de los daños que les hubieran causado sus hijos menores. Era una presunción relativa o *iusuris tantum* en el sentido de que permitía que los padres pudieran exonerarse si lograban probar que a pesar de haber actuado diligentemente, no pudieron impedir la realización del daño. En relación con esto, eran los Jueces quienes, a partir de las circunstancias particulares de cada caso, debían apreciar si la conducta de los padres podía o no ser considerada culpable. Aunque los Jueces valoraban su conducta «teniendo en cuenta la edad, la inexperiencia o las deficiencias del menor, o haciendo referencia al mal estado o al carácter peligroso de la cosa, o atendiendo a las circunstancias anormales de las cuales el menor se había servido (...)», lo cierto es que en la práctica cada vez han sido más rigurosos en la apreciación de la posibilidad de exoneración de responsabilidad⁵⁶.

A tenor de lo anterior, se consideraba que existía culpa de los padres por ejemplo cuando el daño había sido causado por un hijo con fuerte personalidad –puesto que en este supuesto tenían que haber desempeñado un deber de guarda más cuidadoso de lo normal–, o al permitir a sus hijos jugar con instrumentos peligrosos sin la vigilancia debida⁵⁷. Asimismo, la edad del hijo influye de manera decisiva en la apreciación de responsabilidad de los padres⁵⁸; la realización del daño por un menor de escasa edad normalmente revela una falta de vigilancia de su parte, mientras que si es un adolescente quien causa el daño⁵⁹, los padres no suelen ser responsables más que cuando se les pueda imputar una culpa concreta.

En relación con lo anterior, dispone el párrafo 7º del art. 1384 Cc que los padres y los artesanos responderán por los daños causados por los menores que es-

⁵⁶ Cass. civ. 2º, 8-6-1961, *Bull. civ.*, 1961, n.º 433, p. 310; *JCP*, 1962, II, 12499, con nota de P. ESMEIN.

⁵⁷ VINCENT, J./PREVAULT, J., «La responsabilité civile du fait des mineurs inadaptés», *D*, 1965, chr., p. 202; LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité...*, cit., p. 187. En la jurisprudencia, *Cass. req.*, 9-1-1935, *S*, 1935, p. 71; *Cass. civ.*, 2º, 28-4-1965, *D*, 1965, jurisp., p. 758, con nota de P. ESMEIN.

⁵⁸ Entre otros, DEJEAN DE LA BÂTIE, N., *Responsabilité délictuelle*, en *Droit civil français*, Paris, 1989, p. 236; LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité...*, cit., p. 186; LE TOURNEAU, P., *op. cit.*, p. 674; LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1962, p. 546; MARTIN, L. M., *op. cit.*, 1755; HUBBARD, H./LANDRY, R., «La responsabilité des parents et des éducateurs en droit comparé», en *Travaux du premier colloque international de Droit comparé*, Montréal, 1963, p. 8; BINET, D., *L'assurance de la responsabilité civile personnelle des enfants*, mém., Paris, 1994-1995, pp. 19-20; MALIK, A. H., *op. cit.*, pp. 121-2; HUBERT, D., *Responsabilité et minorité*, Bordeaux, 1989, p. 49.

⁵⁹ Algunos autores han sugerido la edad de dieciséis años como barrera o límite a partir del cual se consideraría que la persona actuaba con discernimiento, *vid.* RIVIÈRE, H. F., «Du principe de l'imputabilité civiles», *Rev. crit. lég. jur.*, 1846, p. 308; OLLIER, P. D., *op. cit.*, p. 226; LEGEAIS, R., *L'autorité parentale*, Paris, 1973, p. 221; DAYAN, A., *Le jouet, l'enfant et la responsabilité*, th., Paris 1982, pp. 219 y 226; RASSAT, M. L., *La responsabilité civile...*, cit., p. 43.

tuvieran bajo su cuidado, a menos que prueben que no pudieron impedir el hecho que dio lugar a esa responsabilidad. En torno a la consideración de tal diligencia, se debe partir de cómo habría actuado un buen padre de familia consciente de sus deberes.

A pesar de ello, conviene apuntar que en este contexto son de suma importancia los cambios introducidos con la sentencia *Bertrand* de 19 de febrero de 1997⁶⁰, donde la Corte de casación definitivamente sustituyó la presunción de culpa de los padres por una responsabilidad de pleno derecho, lo que significa que por el simple hecho de que un menor cause algún daño a otra persona, sus padres se verán obligados a responder de las consecuencias que se deriven del mismo⁶¹.

Tras la sentencia *Bertrand*, los padres no podrán quedar liberados de la responsabilidad que les corresponde por razón de los daños causados por sus hijos, ni siquiera probando que no ha habido culpa por su parte. Únicamente en los supuestos en que se constate que el daño fue causado ante una situación de fuerza mayor, o si la víctima contribuyó culposamente a la producción del daño, no existirá responsabilidad, pero lo cierto es que en estos casos lo que en realidad se ha producido es una ruptura del nexo causal⁶².

La característica más relevante de la sentencia *Bertrand* es haber instaurado seguridad jurídica donde reinaba el desorden. Con anterioridad a esta sentencia la jurisprudencia se detenía en destruir la presunción de culpa de los padres, deslizándose por unos parámetros que fluctuaban entre la indulgencia y la severidad. El tomar en consideración factores tales como la edad, el medio social o la naturaleza de la actividad que desarrollaban esos menores, daba lugar a que las soluciones jurisprudenciales fueran oscilantes. Uno de los logros primordiales de esta sentencia ha sido garantizar la indemnización de las víctimas de daños cometidos por menores, gracias a la objetivación de la responsabilidad de los padres⁶³.

Teniendo en cuenta que después de la sentencia *Bertrand* los padres van a responder siempre, se podría sugerir la solución del seguro familiar con el propósito de evitar que los padres puedan ver seriamente comprometido su patrimonio ante

⁶⁰ *Vid. supra*, nota n.º 5.

⁶¹ La terminología se adecúa al Código civil puesto que el art. 482 Cc viene a anunciar en su párrafo 2º, que los padres no son responsables de pleno derecho del daño que un hijo menor cause a otro después de su emancipación. Interpretado *a sensu contrario* supondría que los padres son responsables de pleno derecho por sus hijos menores no emancipados. Así, POHE, D., *op. cit.*, fasc. 141, p. 4.

⁶² Como ha sido corroborado en sentencias posteriores, cfr.: *Cass. civ.* 2º, 2-12-1998, D, 1999, IR, p. 29; *JCP*, 1999, II, 10165, p. 1729, con nota de M. JOSSELIN-GALL.

⁶³ Algunos autores han señalado que una interpretación extensiva de los casos de fuerza mayor podría acabar con la responsabilidad de pleno derecho, así, CARON, C., «La force majeure...», *cit.*, p. 1131.

la causación de un daño por alguno de sus hijos menores. En el seguro de responsabilidad familiar o *chef de famille* quedan cubiertos los daños causados por las personas de quien el asegurado es civilmente responsable en virtud del art. 1384 del *Code*, cualquiera que sea la naturaleza y la gravedad de la culpa⁶⁴. El asegurado se vería respaldado por la cobertura de un seguro y se encontraría protegido frente terceros de la supuesta reparación por los daños causados por alguno de sus hijos.

De ahí que precisamente el hecho de que los padres, independientemente de si han actuado diligente o culposamente, sean siempre responsables de los daños causados por sus hijos menores, sugiere la conveniencia de la instauración de un régimen de seguro incluso de carácter obligatorio⁶⁵.

1.3. La capacidad delictual del menor de edad y la consideración de su responsabilidad

1.3.1. El art. 1310 del *Code*

Especial atención nos merece la capacidad delictual del menor de edad, contemplada en el art. 1310 del *Code Napoléon*. Si bien el Código civil francés expresamente no consagra ninguno de los arts. 1382 y siguientes al estudio concreto de la responsabilidad extracontractual del menor, se infiere que en virtud de lo dispuesto en el art. 1310 Cc, el menor puede ser considerado responsable de sus propios actos. Partiendo de tal premisa habría sido conveniente que al determinar la capacidad delictual del menor de edad, se hubiese reparado en la necesidad de establecer algunas diferencias en función de cuál fuera la edad de quien causa el daño, pero lo cierto es que el legislador ha omitido cualquier referencia a este respecto.

Al estudiar la responsabilidad del menor no podemos prescindir de las distintas consideraciones por las que ha pasado. Tradicionalmente el menor, sobre todo si se

⁶⁴ Así dispone el art. L. 121.2° *C. assur.*

⁶⁵ A favor del seguro obligatorio se muestra la doctrina más actual, así NEIRINCK, C., voz «Enfance», *Rép. civ. Dalloz*, t. V, Paris, 1998, p. 13; POHE, D., *op. cit.*, fasc. 141, p. 19; ALT-MAES, F., *op. cit.*, p. 515; LAPOYADE-DESCHAMPS, C., «Les petits responsables», *D*, 1988, chr., p. 305; TUNC, A., «L'enfant et la balle. Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance», *JCP*, 1966, I, 1983; VINEY, G., «La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience: un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance», *JCP*, 1985, I, 3189; TCHEDRE, E., *La responsabilité civile extracontractuelle du mineur au Togo. (Un étude comparée du droit coutumier togolais et du droit écrit d'origine française)*, th., Lille, 1991, pp. 321-2; BINET, D., *op. cit.*, pp. 23 a 37 y pp. 62-6; LAMBERT-FAIVRE, Y., «L'éthique de la...», *cit.*, p. 12; HOLZ, F., *La responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs. Article 1384 alinéa 4 du Code civil*, mém., Université de Nancy II, 1995, pp. 41-2.

M. C. LEBRETON señala que no parece una propuesta realista. El seguro obligatorio entrañaría la desaparición de la función normativa de la responsabilidad civil; no es deseable reducir el derecho a una simple "seguridad social" y propone un Fondo de garantía para indemnizar a las víctimas de menores, con posibilidad de recurso contra esos menores o contra los padres que hubieran obrado culposamente, *vid. L'enfant et la responsabilité...*, *cit.*, pp. 223 ss; *id.*, «Vers une interprétation...», *cit.*, pp. 8-9.

nía pocos años, no respondía del daño que hubiera causado puesto que era considerado irresponsable. Desde ese punto de vista, como el daño debía haber sido ocasionado por una persona libre y consciente de sus actos, los incapaces y los menores sin discernimiento no estaban obligados a responder⁶⁶. El rechazo de la responsabilidad de los infantes se explica porque al faltarles una voluntad y una inteligencia suficientes para comprender la naturaleza y el alcance de los actos que realizan, no se les puede imputar ninguna culpa⁶⁷.

Superada esa etapa inicial se produce un giro importante al entender que el menor puede ser considerado civilmente responsable de las consecuencias que se deriven de sus actos dañosos⁶⁸.

En general, al art. 1310 Cc se le ha prestado poca atención, probablemente porque a pesar de tener aplicación en el dominio de la responsabilidad extracontractual, está ubicado en materia contractual, concretamente en la sección destinada a la acción de nulidad o de rescisión de los contratos⁶⁹. Señala este artículo que

⁶⁶ En una primera etapa, doctrina y jurisprudencia señalaban que el infante que causaba un daño no era responsable. Las sentencias más antiguas ya puntualizaban que un niño era responsable sólo si se constataba que había actuado con la inteligencia suficiente para comprender el alcance de sus actos; en este sentido, C. d'Aix 19-6-1877, *DP*, 1879, col. 365; C.A. Poitiers, 17-12-1934, *Gaz. Pal.*, 1935-I, jurisp., p. 333; C.A. Paris, 9-2-1942, *Gaz. Pal.*, 1942-I, jurisp., pp. 225-6; *Cass. civ. sect. Soc.*, 25-7-1952, *D*, 1954, jurisp., p. 310; C.A. Grenoble, 5-11-1952, *Gaz. Pal.*, 1952-II, jurisp., p. 405; *Cass. Civ.*, 9-5-1953, *Gaz. Pal.*, 1953-II, jurisp., p. 118.

Defienden la irresponsabilidad del infante WAREMBOURG-AUQUE, F., «Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'«infans»», *RTDC*, 1982, pp. 336-40 y p. 358; TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y., *op. cit.*, p. 532; BOSCH, J., *op. cit.*, pp. 29-30; BEUDANT, C., *Cours de Droit civil français*, t. IX bis, *Les contrats et les obligations*, Paris, 1952, p. 89; SAVATIER, R., *Les personnes*, en PLANIOL, M./RIPERT, G., *Droit civil français*, Paris, 1952, p. 357; ESMEIN, P., «La faute et sa place...», *cit.*, p. 484; GOLDMAN, B., *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, th., Lyon, 1946, pp. 214-5; LABBÉ, J., *op. cit.*, pp. 110 y 127.

Defendemos la postura de los autores que precisan que únicamente responderán de sus actos quienes tengan capacidad de discernimiento, así, STOICESCU, C. C., *op. cit.*, p. 38; ORSAT, V., *op. cit.*, pp. 39-43; STARCK, B., «Domaine et fondement de la responsabilité sans faute», *RTDC*, 1958, pp. 489-91; GABET-SABATIER, C., *La responsabilité civile du fait du mineur inadapté sous main de justice*, mém., Bordeaux, 1971, p. 83; LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité*, *cit.*, pp. 27 y 335.

Otros autores abogan por la consideración indiscriminada de su responsabilidad, DEMOGUE, R., *Traité des obligations en general*, t. V, Paris, 1925, p. 8; DEJEAN DE LA BÂTIE, N., *Responsabilité délictuelle...*, *cit.*, pp. 231-2.

Puede verse sobre el tema, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales, NEAGU, A., *La responsabilité civile extracontractuelle de l'aliéné*, th., Paris, 1927, sobre todo pp. 76-108.

⁶⁷ BICHOT, J., *op. cit.*, pp. 42-3; ESMEIN, P., *Obligations*, en PLANIOL, M./RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil français*, t. IV, 1ª partie, Paris, 1952, pp. 679-80 y 887. No obstante, este principio sufre importantes atenuaciones; en este sentido X. BLANC-JOUVAN recoge algunos intentos tendentes a atemperar o incluso destruir la presunción de irresponsabilidad del infante, bien mediante el recurso a la reparación por equidad, bien a través de una interpretación estricta de la noción de infancia, bien alegando que hubo culpa de la víctima o, por último, acudiendo a la teoría de la *faute social*. *Vid.* «La responsabilité de l'«infans»», *RTDC*, 1957, pp. 44, 44-7, 47-51, 52-5, respectivamente.

⁶⁸ GABET-SABATIER, C., *op. cit.*, p. 84. Antes incluso del estadio de la culpa objetiva, la doctrina reconocía que el menor con discernimiento respondía de sus actos, así, DALIBOT, L., *op. cit.*, pp. 66-7; LOT, G., *op. cit.*, p. 164; BOUMAL, G., «De la capacité aquilienne du mineur et de sa responsabilité civile personnelle», *RGAR*, 1952, n.º 4961.

⁶⁹ En la jurisprudencia, *Trib. civ. Pau*, 19-10-1945, *Gaz. Pal.*, 1946-I, pp. 111-2; *Trib. civ. Yvetot*, 25-7-1946, *JCP*, 1946, II, 3299, *in fine*.

no cabría restitución en el caso de que las obligaciones contraídas por el menor resultasen de su delito o cuasidelito; y esto parece significar que, al contrario de lo que acontece en el ámbito contractual, el menor no puede obtener la *restitutio in integrum*, es decir, el establecimiento de su situación al estado inmediatamente anterior. En estos casos el menor debe soportar las consecuencias que se deriven de su actuación, es responsable y puede ser obligado a reparar los daños ocasionados. Para explicar esta norma, algunos autores han hecho referencia a la máxima *malitia supplet aetatem*, pero ésta únicamente se podría aplicar en aquellos supuestos en los que el menor hubiera actuado dolosamente. BIGOT-DE-PRÉMENEAU en su Exposición de Motivos al *Code civil* subrayó que las obligaciones que nacían de un delito o cuasidelito no estaban comprendidas entre aquellas de las que el menor podía lamentarse, puesto que no eran contratos donde la persona que había negociado con él había obtenido un beneficio a su costa. Esa persona no se aprovechaba de la minoridad de la otra parte, sino que se limitaba a recibir una indemnización por el daño que se le había causado. Cualquiera que sea capaz de culpa debe sufrir la pena correspondiente⁷⁰.

Como es sabido, el legislador ha obviado cualquier conexión expresa entre capacidad delictual y edad específica del menor. Tampoco se observa referencia alguna en los trabajos preparatorios del Código civil –sólo se encuentran algunos datos en materia contractual–. Al no existir ninguna alusión a la edad que debe haber alcanzado un menor para que podamos entender que tiene capacidad delictual, podemos señalar que o bien se está refiriendo a cualquier menor, independientemente de cuál sea su edad, o bien se pretende abarcar únicamente al adolescente. Extender el artículo a todo menor de edad no parece lógico pues, si atendemos a la propia naturaleza de la norma, reconocer capacidad a todos los menores sin tener en cuenta la edad concreta de cada uno de ellos, supone descuidar algunos principios básicos⁷¹.

El razonamiento es coherente y además estaría refrendado porque el art. 1310 Cc se encuentra ubicado en una sección del Código destinada al estudio de los contratos,

⁷⁰ FENET, P. A., *op. cit.*, t. XIII, p. 289.

Como ha señalado G. BOUMAL, el inspirador del art. 1310 Cc fue POTHIER, así, «De la capacité acquilienne du mineur...», *cit.*, n.º 4961.

⁷¹ Mientras la doctrina dominante se pronuncia en este sentido, *vid.* RIVIÈRE, H. F., *op. cit.*, p. 308, una minoría se pronuncia en sentido contrario, así, JUGLART, M., «La protection des mineurs et leur responsabilité civile en droit français», en *Société de législation comparée*, 4^{ème} rencontre juridique franco-roumaine, Bucarest-Jassy, 15-20 octobre 1974, p. 3.

La jurisprudencia se muestra en el mismo sentido que la doctrina mayoritaria, con algunas excepciones; así por ejemplo, la sentencia del *Trib. civ.* Pau, 19-10-1945, señaló que el art. 1310 Cc hacía referencia a los menores «cualquiera que fuese su edad» y por ello reclamaba su extensión a los dementes, *Gaz. Pal.*, 1946-I, jurisprud., pp. 111-2; en idéntico sentido, *Trib. civ.* Yvetot, 25-7-1946, *JCP*, 1946, II, 3299.

en concreto entre otros artículos que implícitamente hacen referencia a los menores a partir de cierta edad. La responsabilidad de un menor podría justificarse atendiendo a que la facultad de diferenciar el bien del mal, e incluso la capacidad de querer y entender, precede a la plena madurez intelectual y esta facultad se adquiere antes de alcanzar la mayoría de edad. Un menor responde de sus actos si posee capacidad delictual, y tendrá capacidad delictual si está lo suficientemente desarrollado como para poder comprender el alcance de sus actos. A partir de una edad los menores tienen cierto poder de discernimiento, frágil pero existente, y su conducta ya no se inspira en el automatismo que determina e impulsa los actos de un niño de escasa edad⁷².

Ante la ausencia de mayor concreción, son los Jueces quienes deben establecer si el menor tiene uso de razón y por lo tanto si es responsable de sus actos. En el supuesto de que los menores no tuvieran discernimiento, no tendrían voluntad consciente y por ello, aunque hubiesen causado un daño, no habría culpa por su parte. Los menores tienen una porción de libertad que irá creciendo a medida que van cumpliendo años, hasta alcanzar su plenitud con la edad adulta. En cualquier caso, lo cierto es que después de las sentencias de mayo de 1984 en las que, como veíamos, se ha reconocido la culpa objetiva del menor, los pronunciamientos jurisprudenciales discurren por otros caminos.

1.3.2. *La apreciación en abstracto de la conducta del menor*

Si un menor que alcanza el uso de razón goza de inteligencia aunque sea limitadamente, se debe destacar que responderá de sus actos y su conducta habrá de ser valorada en abstracto, es decir, tomando como referencia el modelo general de comportamiento que representa un hombre razonable y diligente considerado en las mismas circunstancias externas⁷³.

La edad es una circunstancia interna y por tanto, al menos en principio, no puede tenerse en cuenta a estos efectos. Sin embargo, algunos autores señalan que para calificar la conducta de un menor, sería preferible compararla con la de otro menor de la misma edad desarrollado de un modo normal, convenientemente educado y situado en sus mismas circunstancias⁷⁴. Se podría soslayar esta dificul-

⁷² CHAZAL, J., *op. cit.*, p. 1.

⁷³ ORSAT, V., *op. cit.*, p. 83; DEJEAN DE LA BÂTIE, N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil français*, th., Paris, 1965, *passim*; MAZEAUD, H., «La faute objective...», *cit.*, p. 14; LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité civile...*, *cit.*, p. 302; SECRETO, N., *La responsabilité pénale du mineur*, th., Paris, 1970, pp. 60 y 130.

En contra, BOUMAL, G., «De la capacité aquilienne...», *cit.*, n.º 4961.

⁷⁴ HUBERT, D., *op. cit.*, p. 9; DAYAN, A., *op. cit.*, pp. 31-2 y 78; WAREMBOURG-AUQUE, F., *op. cit.*, pp. 338-9.

Así sucede en otros ordenamientos como por ejemplo en el Derecho alemán.

tad y llegar a una situación intermedia si en lugar de comparar su conducta con la de un menor de la misma edad se tomara como referencia la conducta de un niño de más edad dotado de discernimiento⁷⁵.

En cualquier caso, llegado este punto sería interesante traer a colación las observaciones que realiza LAMBERT-FAIVRE al señalar que aunque la valoración de la culpa del agente del daño se realice en abstracto, esa apreciación no se debe referir a un paradigma unívoco y totalmente abstracto, sino a un modelo de la misma naturaleza, de las mismas cualidades, de la misma competencia que el responsable y colocado en su misma situación. Sin embargo, hemos de señalar que tras las sentencias de la Asamblea Plenaria de la Corte de casación de 9 de mayo de 1984, la culpa del menor es apreciada con relación al modelo del *bonus pater familias* adulto⁷⁶, de manera que la abstracción ha derivado hacia lo absurdo y sus consecuencias hacia la iniquidad. A partir de entonces la conducta de un infante no se comparará con la de otro infante –esto nos llevaría a declararlo irresponsable–, sino a la de un individuo sensato. Esto fue plasmado por el legislador en la Ley de 1968, respecto de los dementes y, con relación a los infantes, sólo jurisprudencialmente tenemos su reconocimiento tras las cinco sentencias de 9 de mayo de 1984.

En virtud de lo anterior consideramos que aunque se haya optado por una apreciación en abstracto de la culpa, no por ello se debe obviar cualquier elemento concreto. Además de partir de la referencia de un modelo abstracto, lo conveniente es valorarlo en las mismas circunstancias en que se encontraba el autor en el momento en que causó el daño. Esta es la conclusión a la que llegamos, puesto que tanto la doctrina como la jurisprudencia, para determinar la culpabilidad de un menor, hacen referencia a su edad concreta⁷⁷. Con ello no pretendemos contradecir las conclusiones de las sentencias de la Asamblea Plenaria de 9 de mayo de 1984, ni tampoco cuestionar la valoración en abstracto de la culpa. La influencia

⁷⁵ Este planteamiento tampoco resulta plenamente satisfactorio, porque no parece lógico comparar por ejemplo la conducta de un niño de tres años con la de uno de quince años; en la sentencia *Cass. civ. 2^o*, 10-10-1973, referente a un niño víctima, se considera que actuó culposamente por haber penetrado en una obra donde no se permitía la entrada –la indicación aparecía en un cartel donde se indicaba expresamente que era una propiedad privada– y cuyo acceso estaba prohibido al público. *Bull. civ.*, 1973, n.º 253, p. 202. En relación con esta sentencia nos podemos preguntar si un niño que aún no ha aprendido a leer puede actuar con culpa.

⁷⁶ Sin embargo, la culpa apreciada en abstracto no tiene sentido más que si el modelo comparativo es elegido en función y a medida del responsable. El clásico paradigma del *bonus pater familias* es la referencia adecuada para un hombre adulto honesto pero, por el contrario, si esta medida adecuada desaparece, la comparación carece de sentido y la *faute* se convertiría en una simple petición de principio. *Vid.* LAMBERT-FAIVRE, Y., «L'éthique de ...», *cit.*, p. 6; *id.*, «L'évolution de la responsabilité...», *cit.*, pp. 2-3.

⁷⁷ La doctrina y la propia Corte de casación así lo han puesto de manifiesto, *vid.* *Cass. civ.*, 1^o, 7-3-1989, *JCP*, II, 1990, 21403; *JCP*, 1990, II, 21403, con nota de N. DEJEAN DE LA BÂTIE; *Cass. civ. 2^o*, 4-7-1990, *RTDC*, 1991, pp. 123-4, comentada por P. JOURDAIN. Especial interés merecen los comentarios de los autores señalados en torno a la consideración de la edad del menor y a la valoración de la culpa en abstracto.

de la edad en la determinación de la responsabilidad del menor tiene un carácter meramente indirecto, y por lo tanto parece compatible conjugar la apreciación en abstracto con la toma en consideración del comportamiento y psicología de un menor⁷⁸.

1.3.3. *La sentencia Djouab*

Si en la práctica la distinción entre menores e incapaces efectuada por la jurisprudencia ha obedecido a las pautas marcadas por la concepción subjetiva de la culpa, hemos de señalar que actualmente, teniendo en cuenta que el Derecho francés se ha orientado hacia la culpa objetiva, esta distinción no tendría tanta relevancia⁷⁹. Si acabamos de señalar que sólo los menores de cierta edad son responsables de sus actos, esta afirmación no estaría en conexión con la situación actual. Hemos resuelto la cuestión de un modo equitativo pero, sin embargo, seguir manteniendo esa posición resulta criticable. En las sentencias de 9 de mayo de 1984, la Asamblea Plenaria de la Corte de casación señaló que los Jueces no tenían por qué verificar si el menor de edad era capaz de discernir las consecuencias resultantes de su actuación. En la sentencia *Djouab*⁸⁰ se excluyó la responsabilidad de un menor de nueve años y medio que había provocado un incendio. Si la Corte de apelación se limitó a afirmar que el incendio se había producido voluntariamente por el menor, sin averiguar si tenía consciencia del delito que le había sido imputado, la Asamblea Plenaria estimó que la motivación dada en apelación había sido suficiente. La Corte de casación podría haber sido más audaz, sobre todo teniendo en cuenta las conclusiones obtenidas en las restantes cuatro sentencias, puesto que en este caso, para declararle culpable del delito únicamente observó que el menor había actuado voluntariamente pero no se pronunció sobre si sabía que había actuado incorrectamente, es decir sobre si tenía discernimiento⁸¹.

Como hemos podido extraer de la doctrina de la Corte de casación, si la responsabilidad de un menor, incluso de escasa edad, no requiere que se pruebe si tenía discernimiento, la evolución ha quedado constatada. La mera conciencia necesaria para la realización del acto culposo obliga al menor a la reparación del daño que hubiera causado, independientemente de cuál fuese su edad.

⁷⁸ Así, DEJEAN DE LA BÂTIE, N., «Observaciones a Cass. civ., 1^o, 7-3-1989», *JCP*, 1990, II, 21403.

⁷⁹ VINEY, G., «Réflexions sur l'article 489-2 du code civil», *RTDC*, 1970, p. 265.

⁸⁰ *Vid. supra*, nota n.º 4.

⁸¹ *Cass. Ass. plen. Arrêt Djouab*, 9-5-1984, *JCP*, 1984, II-20291.

1.3.4. *La responsabilidad del menor en concurrencia con la responsabilidad de sus padres*

Si en la práctica la responsabilidad del menor se reconduce a los arts. 1382 y 1383 Cc, lo usual es que como los menores son normalmente insolventes se demande también a sus padres para asegurar una indemnización, en virtud del art. 1384 párrafos 1º ó 4º Cc. Entendemos que si el hijo tiene capacidad de discernimiento su responsabilidad se añade a la de sus padres; el art. 1384 Cc se dictó en beneficio de terceros y no propiamente del menor, lo cual significa que al menor también se le puede hacer responder de sus hechos dañosos.

Es por ello que cuando los padres se vean obligados a suplir la carencia de bienes patrimoniales del hijo y por lo tanto a indemnizar a la víctima, si se constata que el menor tenía capacidad de discernimiento dispondrán de un derecho de repetición contra él⁸², fundado en los arts. 1382, 1383 y 1384. 1º Cc. Sin embargo, debemos señalar que tratándose de un niño incapaz que no puede ser responsable de sus actos, con mayor motivo no podrá verse involucrado en una acción de repetición.

De no admitir el derecho de regreso, la posibilidad de que respondiera el padre o el hijo sería decisión de la propia víctima. Lo que sucede es que en la práctica los padres no suelen ejercitar este derecho de regreso porque, además de la más que probable insolvencia del hijo, en la mayoría de supuestos los padres prefieren no accionar para conservar la armonía familiar. Los seguros de responsabilidad civil *chef de famille*, suelen contener una cláusula que excluye expresamente este recurso.

En todo caso, también debemos apuntar si es posible admitir que el hijo ejercite un derecho de regreso contra sus padres. En ese supuesto el menor debería probar tanto que ha habido culpa de sus padres como que existe una relación de causalidad, pero aun así ese derecho de regreso sólo podría ejercitarse parcialmente⁸³.

⁸² Así lo apuntan algunos autores como BOSCHET, P., *op. cit.*, p. 49; LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité...*, *cit.*, p. 258; HUBERT, D., *op. cit.*, p. 34; FAURÉ, G. M., *op. cit.*, p. 132.

En sentido contrario se pronuncia G. LOT, quien señala que a pesar de que dicho derecho de repetición esté reconocido a los padres respecto de sus hijos en el art. 206 del Código forestal y en el art. 28 de la Ley de 3 de mayo de 1844 de caza, al tratarse de leyes especiales su contenido no puede aplicarse con carácter general en otros supuestos, y además en el momento en que se condena al padre es porque no ha desarrollado bien sus deberes, *op. cit.*, pp. 165-6.

Algún autor aislado ha señalado que además de los padres, también los hermanos del agente pueden ejercitar ese derecho, puesto que si se pretende mantener la igualdad entre hermanos sería injusto que unos tuvieran que soportar las consecuencias pecuniarias de uno de ellos, *vid.* DALIBOT, L., *op. cit.*, p. 68.

⁸³ MALIK, A. H., *op. cit.*, pp. 128-9.

1.3.5. *El menor de edad víctima de un daño*

Tratándose de un menor víctima, algún autor ha señalado que la nueva extensión del dominio de la responsabilidad extracontractual que traen consigo las sentencias de mayo de 1984 no es satisfactoria, principalmente porque ante los daños sufridos por un menor privado de discernimiento, la nueva jurisprudencia puede llevarnos hacia un abandono de la reparación integral a favor de ese menor⁸⁴. Las sentencias *Derygini* y *Lemaire* tienen en común el recoger supuestos de daños sufridos por menores de edad. En ambos casos se intentó fundar el grado de culpa de esos menores en el art. 1382 Cc y se admitió el reparto de responsabilidad entre el autor del daño y la víctima menor de edad sin verificar previamente si el perjudicado tenía discernimiento. En las dos sentencias se ha destacado que «no es necesario verificar si el menor es capaz de discernir las consecuencias de su acto para decidir que ha actuado culposamente. La *faute* del infante ya no conlleva su imputabilidad sino que sólo es necesario que subsista el requisito de la ilicitud, apreciado objetivamente, es decir, un acto contrario a Derecho y socialmente peligroso para otro».

No resulta fácil conciliar la nueva tendencia jurisprudencial con el derecho del menor a no disminuir tal indemnización cuando él sea la víctima del daño. Se suele resolver esta situación señalando que el menor cuya culpa ha concurrido con la del demandado recibe al menos una parte de indemnización, lo cual señala una diferencia de trato. Además, ello tampoco nos satisface plenamente si tenemos en cuenta que el menor “inocente” cuyo hecho ha resultado imprevisible e irresistible nunca recibirá nada; es inocente pero a la vez es considerado la única causa de su propio daño. Volvemos a la idea de que una posible solución sería acudir al seguro obligatorio.

A modo de conclusión de lo dispuesto en los apartados anteriores, señalamos que el interés práctico del reconocimiento de la responsabilidad del menor de edad disminuye en comparación con el interés que suscita el reconocimiento de la responsabilidad del enfermo mental⁸⁵, puesto que si en este último supuesto la víctima del daño no es indemnizada por el propio autor material, no será indemnizada por nadie; sin embargo, en el supuesto del menor de edad también se puede acudir al art. 1384.4º Cc y hacer recaer la obligación sobre sus padres.

⁸⁴ TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y., *op. cit.*, p. 533.

⁸⁵ Algún autor se mostró partidario de extender el art. 1310 Cc al resto de incapaces con anterioridad a la entrada en vigor la Ley de 1968, así, AUBIN, J., *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, Bordeaux, th., 1897, p. 124; LEDOS, A., *De la responsabilité civile des incapables*, th., Paris, 1918, p. 57; MANLINAUD, P., *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat*, th., Paris, 1965, p. 110.

Una vez analizados los trazos que definen la responsabilidad de las personas con deficiencias mentales y la responsabilidad de los infantes, pretendemos poner de manifiesto que si bien se rechazó la extensión del art. 489.2º *Code* a los menores, la jurisprudencia ha obtenido iguales consecuencias al aplicar en ambos casos la misma solución; se ha llegado al mismo punto aunque por distintos derroteros.

1.4. El límite de la edad penal de los trece años

El reconocimiento de la responsabilidad penal ha estado claramente subordinado al discernimiento y a la voluntad del agente causante del delito o falta, de modo que, a diferencia del Derecho civil, ha subsistido la consideración de la imputabilidad moral del autor del daño. La consecuencia de ello es que, si un menor de edad comete un acto ilícito penal y se constata que sabía y quería el resultado al que llega, responde penalmente de las infracciones que hubiera cometido⁸⁶.

Sin embargo, no siempre se le ha concedido al Juez la misma facultad para valorar el discernimiento del menor de edad. Esta posibilidad fue introducida por el Código penal de 1791, se mantuvo en el Código penal de 1810, sobrevivió a la reforma de la Ley de 1912 y desapareció del texto –aunque no en la práctica– de la Ordenanza n.º 45-174 de 2 de febrero de 1945, relativa a la Delincuencia infantil. El Libro I del nuevo Código penal francés entró en vigor el 1 de marzo de 1994⁸⁷ y en materia de responsabilidad del menor de edad, se sigue remitiendo a la Ordenanza indicada.

En este sentido, el Código penal francés de 1810, como ya hiciera su predecesor, establece con relación a los menores delincuentes un sistema basado en el discernimiento. A tenor de este Código no se consagra ningún artículo a la irresponsabilidad penal absoluta del infante, sino que el Juez debía dilucidar si el menor había obrado con discernimiento.

La situación anterior aconsejaba una reforma legislativa⁸⁸. Fue en la Ley de 22 de julio de 1912 donde se implantó por vez primera un principio general de irresponsabilidad, que constituía una presunción absoluta respecto de los menores de trece años y una presunción relativa para los menores con edades comprendidas entre los trece y los dieciocho años.

La Ordenanza de 2 de febrero de 1945 –modificada por la Ley de 24 de mayo de 1951– consagró el principio de la irresponsabilidad penal que acababa de ser

⁸⁶ LEGEAIS, R., «Une délinquance très juvénile», *D*, 1969, chr., p. 89; CHAZAL, J., «Le petit enfant devant l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante», *Garç. Pal.*, 1955-I, doct., p. 26.

⁸⁷ Art. 373 de la Ley n.º 92-1336 de 16 diciembre 1992, modificada por la Ley n.º 93-913, de 19 de julio de 1993.

⁸⁸ SECRETO, N., *op. cit.*, p. 110.

promulgado. A esta Ordenanza se remite el actual Código penal en su art. 122-8⁸⁹. Si el menor de edad no ha cumplido aún los trece años existe una presunción de irresponsabilidad, pero ello no debe hacernos pensar que con anterioridad a dicha edad el menor es incapaz de cometer una infracción sino que, teniendo en cuenta su desarrollo intelectual, es decir su discernimiento —normalmente no se tiene por debajo de los siete u ocho años—, se le podrá imponer una medida pero sólo de carácter educativo. Hasta que cumpla los dieciocho años el menor todavía puede beneficiarse de su minoría con una atenuación de la pena correspondiente.

De la Ordenanza en principio se deduce la existencia de la presunción de irresponsabilidad del menor con independencia de la capacidad de comprender el resultado de sus actos, es decir, independientemente de su capacidad de discernimiento. No obstante, en su art. 2.2 señala que respecto de los menores de trece a dieciocho años se reserva la eventualidad de la condena penal cuando las circunstancias y personalidad del delincuente así lo exijan⁹⁰, de donde se deduce que no se suprimió enteramente la consideración del discernimiento.

Además, incluso con relación a los menores de trece años la Corte de casación en la sentencia *Laboube* de 13 de diciembre de 1956, exigió que únicamente en el caso de que el niño hubiera comprendido y querido el acto le fueran aplicadas las correspondientes medidas. Esta sentencia no introdujo la consideración de la imputabilidad del menor, sino que entendió la subjetividad de otra forma: el discernimiento no se exige como condición sino sólo para determinar la aptitud del menor en orden a aplicarle una determinada medida⁹¹.

⁸⁹ Este artículo está ubicado en el capítulo II (De las causas de irresponsabilidad o atenuación de la responsabilidad) del título II del Libro I del nuevo Código penal y dispone que «los menores reconocidos culpables de infracciones penales son objeto de medidas de protección, asistencia, vigilancia y educación en las condiciones fijadas por una ley particular. Esta ley determina igualmente las condiciones en las que las penas pueden ser pronunciadas respecto de menores de más de trece años».

Este artículo se remite a la Ordenanza n.º 45-174 de 2 de febrero de 1945 y a la Circular de 14 de mayo de 1993.

⁹⁰ El abandono legislativo de la cuestión del discernimiento no puede llevarnos a pensar que los Magistrados deben hacer abstracción de dicho elemento de apreciación, sea para decidir la oportunidad de la condena penal, sea para pronunciar medidas no penales. Desgraciadamente, al igual que la Ley de 1912, en lo que concierne a la aptitud jurídica del menor para cometer una infracción —y a pesar del principio de irresponsabilidad penal de todos los menores de dieciocho años—, la Ordenanza no se pronuncia claramente y serán los Jueces quienes se pronuncien en cada caso. *Vid.* SECRETO, N., *op. cit.*, pp. 113-4.

⁹¹ «Si los arts. 1 y 2 de la Ordenanza de 2 de febrero de 1945, modificados por la ley de 24 de mayo de 1951, han establecido el principio de la irresponsabilidad penal del menor, haciendo abstracción del discernimiento del interesado, y determinan las jurisdicciones competentes para juzgar cuando un caso calificado como crimen o delito es imputado a menores de dieciocho años y para adoptar la medidas educativas adecuadas, aún es necesario conforme a los principios generales de derecho, que el menor cuya participación en el acto material haya sido establecida, haya entendido y comprendido ese acto», *Cass. crim.*, 13-12-1956, *D*, 1957, *jurisp.*, p. 349, con nota de M. PATIN.

Para finalizar, convendría señalar que a partir de una misma constante —la ausencia de discernimiento—, un menor que ha sido considerado irresponsable por el legislador penal puede ser responsabilizado de sus actos por la jurisprudencia civil. En el Derecho civil y en el Derecho penal el mismo razonamiento lleva a resultados distintos, puesto que el menor de trece años es penalmente irresponsable pero puede ser civilmente responsable de sus actos.

2. EL DERECHO ITALIANO

2.1. La responsabilidad extracontractual en el Derecho civil italiano. Antecedentes legislativos

2.1.1. *El Código civil italiano de 1865. La responsabilidad del padre por los hechos de sus hijos*

Una aproximación a los presupuestos recogidos en el Código civil italiano actual, supone la realización de un análisis retrospectivo a través de los cuerpos legales que conforman el origen de la responsabilidad civil del menor y de la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos cometidos por sus hijos.

El *iter* legislativo del ordenamiento italiano comienza fundamentalmente con el Código civil de la unificación de los Estados italianos, el Código de 1865. El art. 1097 del primer Código civil italiano establecía que las obligaciones derivaban de la ley, de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos y de los cuasidelitos. La responsabilidad extracontractual se regulaba en los arts. 1151 y siguientes bajo el título «*Dei delitti e dei quasi-delitti*», caracterizándose porque toda la materia giraba en torno al principio de la culpabilidad, es decir, la conformación de la responsabilidad pasaba previamente por la consideración de la culpa del agente productor del daño.

A este respecto cabe señalar que el art. 1306 del Código de 1865 guardaba semejanza con el art. 1310 del Código civil francés. En dicho artículo se equiparaba el menor al mayor de edad en relación con aquellas obligaciones que nacieran del delito o del cuasidelito y, en ese sentido, el menor era responsable. Aunque no se establecía ninguna edad concreta, no cabe duda de que el legislador quería referirse al menor con uso de razón, puesto que la ley no puede atribuir una capacidad que no se posee por naturaleza⁹². De ahí se deriva que el menor con capacidad natural podía asumir una obligación extracontractual.

⁹² Es decir, quedaban excluidos los infantes. Así, CARAVELLI, C., «Per una nuova costruzione della responsabilità per fatto altrui», *RISG*, 1938, p. 164. En el mismo sentido, GRASSI, A., voz «Responsabilità civile», en *Dig. it.*, vol. XX, parte prima, Torino, 1911-1915, p. 1350; DEVOTO, L., *L'imputabilità e le sue forme nel Diritto civile*, Milano, 1964, pp. 112-3; PELLEGRINI, F., voz «Responsabilità», en *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1939, vol. XVIII, p. 441.

Al igual que sucedía en el *Code Napoléon*, el art. 1306 del Código italiano estaba ubicado en materia contractual y no en el título relativo a la responsabilidad extracontractual. Ello pudo influir en la falta de aplicación de este artículo, pero sobre todo fue el carácter omnicompreensivo de la noción de autoridad paterna, lo que contribuyó a que la aplicabilidad práctica de este precepto brillara por su ausencia. Ese artículo reconocía al menor capacidad delictual pero, en orden a la apreciación de una posible responsabilidad del incapaz, se debía acudir a los artículos genéricos donde se regulaba la responsabilidad extracontractual, los arts. 1151 y 1152 Cc. Si bien en teoría los menores no infantes tenían capacidad delictual, no encontramos sentencias donde se les haga responder de los daños causados por sus propios hechos, sino que se acudía al art. 1153 del Código italiano.

De acuerdo con el contenido del art. 1153 del Código civil italiano de 1865, cada uno debía responder no sólo por el daño que hubiera causado, sino también por el que produjese la persona que tenía bajo su guarda o las cosas que custodiaba. A modo de enumeración recogía los casos específicos de atribución de responsabilidad, estableciendo que debían responder el padre —o la madre en defecto de éste— por los daños causados por los hijos menores que viviesen con ellos; los tutores, por los daños ocasionados por los pupilos que habitasen con ellos; los maestros y artesanos por los daños causados por sus alumnos o aprendices en el tiempo en el que estuvieran bajo su vigilancia; y los amos y comitentes por los daños causados por sus domésticos y dependientes en el ejercicio del trabajo al cual habían sido destinados, entendiéndose comprendidas en esta categoría todas las personas a las que se les hubiese confiado un negocio, un trabajo, o un servicio.

Este artículo contenía una presunción de culpabilidad en virtud de la cual determinadas personas estaban obligadas a reparar el daño causado por un hecho ajeno. Al ser una presunción relativa, las personas taxativamente enumeradas podían quedar exoneradas de responsabilidad si conseguían probar que emplearon la diligencia requerida para evitar el daño y a pesar de ello éste se produjo. La responsabilidad por hecho ajeno sólo se producía en esos supuestos, sin que fuera posible proceder a una aplicación analógica a otros individuos distintos de los expresamente recogidos en el texto. Si alguna persona que no estuviera mencionada en el art. 1153 era responsable del acto realizado por el menor de edad, se debía acudir al art. 1152 Cc, donde se recogía el principio general de la responsabilidad por culpa. Mientras en el art. 1152 la víctima debía probar que respondía por culpa la persona encargada de la vigilancia de quien había causado el daño, en el art. 1153 la

culpa era presunta y era el responsable quien debía acreditar que había hecho lo posible para evitar el daño⁹³.

Pese al contenido del art. 1306 Cc, en el art. 1153 Cc se prescindía de la consideración de la capacidad natural del autor material del daño, puesto que el presupuesto básico en torno al reconocimiento de la responsabilidad de una persona en relación con el hecho de otra lo constituía el principio de autoridad⁹⁴; en dicho sentido, toda la culpa recaía en la persona que había omitido su deber de vigilancia.

A tenor de lo anterior, los padres respondían por los hechos contrarios a derecho mediante los cuales sus hijos menores causaban algún daño. Tras la promulgación del Código, la culpabilidad se erigió en presupuesto fundamental en torno a la determinación de la responsabilidad. En consecuencia, el padre no respondía en todo caso sino que era necesario que se dieran dos condiciones: en primer lugar, que el hijo fuese menor de edad y que estuviese bajo su potestad⁹⁵ y, como segunda condición, que viviera con él. La verificación de las dos condiciones nos situaba ante una culpa presunta *in vigilando* del padre.

En cambio, la responsabilidad de la madre sólo tenía lugar en defecto o ausencia del padre, bien porque éste hubiera fallecido, estuviera fuera del hogar por alguna causa legítima durante un largo periodo de tiempo, o porque fuera ella quien tuviera la patria potestad⁹⁶. En relación con la vigilancia y educación que el padre debía impartir, si el hijo se ausentaba del domicilio familiar por alguna causa legítima, el padre quedaba exonerado de los daños que pudiera ocasionar⁹⁷, al igual

⁹³ Así lo manifiesta G. CESAREO-CONSOLO, mientras equipara cada uno de estos artículos con los correlativos franceses del *Code Napoléon* (arts. 1382 y siguientes, fundamentalmente art. 1384), *Tratatto sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1914, p. 338.

⁹⁴ ROSSI CARLEO, L., «La responsabilità dei genitori ex art. 2048, C.C.», *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 125; D'ARONCO, A., *Responsabilità civile dei genitori, tutori, precettori e maestri d'arte* (Art. 2048 Cod. Civ.), Udine, 1989, p. 15.

⁹⁵ Bajo el término hijos se incluía tanto a los legítimos como a los naturales reconocidos. Sin embargo, no se postulaba lo mismo respecto de los hijos incestuosos y los adoptivos. *Vid.* CHIRONI, G. P., *La culpa en el Derecho civil moderno*, t. II, trad. De Quirós, B., Madrid, 1928, pp. 110-5; CESAREO-CONSOLO, G., *op. cit.*, p. 345.

⁹⁶ Algunas sentencias señalaron que cuando el padre se alejaba del hogar por motivos legítimos, como por ejemplo por obligaciones militares, quedaba exonerado de la responsabilidad por los daños causados por alguno de sus hijos, siendo la madre quien quedaba encargada de su cuidado. Así, *App.* Palermo, 10-2-1922, *Giur. it.*, 1922, I, 2, p. 259; *App.* Milano, 4-1-1924, *Foro it.*, I, 1924, p. 428. Sin embargo, tratándose de ausencias temporales —entre las que se incluyen las ausencias por motivos laborales—, el padre no quedaba exonerado de su obligación de vigilancia. Así, *Cass. civile*, Roma 30-5-1922, p. 568; *Cass. civile* del Regno, 17-1-1931, *Foro it.*, I, 1931, p. 441.

La primera redacción del Código civil francés de 1804 (art. 1384.2) disponía que la madre respondía únicamente cuando el padre hubiera fallecido aunque, como ya señalamos, la doctrina francesa interpretaba latamente este inciso.

En el Derecho italiano la expresión utilizada fue más amplia e incluía otros supuestos; *vid.* *App.* Milano 4-1-1924, *Foro it.*, I, 1924, p. 428; *Cass. civile* Roma 30-5-1922, *Giur. it.*, I, 1, p. 568

⁹⁷ En la sentencia de Casación de 30-6-1930 se pretendía hacer responder a un padre por los daños causados por su hijo menor de edad que se ausentaba del domicilio con la intención de formar parte de la lucha contra los partidos subversivos posteriores a la guerra europea. En este caso el padre consiguió exonerarse de responsabilidad, y aunque la Corte declaró que la amnistía de la responsabilidad penal no conllevaba la de la responsabilidad civil, no se pronuncia sobre este particular; el artículo aplicable sería el 1153 Cc. *Vid.* *Giur. it.*, I, 1, pp. 149-50.

que tampoco respondía del ilícito del hijo si en el momento en que éste causó el daño se encontraba bajo la supervisión y control de su maestro, artesano, o comitente.

Como es sabido, la patria potestad cesa con la emancipación. Sin embargo, la doctrina empezó a distinguir según si la emancipación se había producido por matrimonio o por concesión de los padres⁹⁸. En este sentido, mientras en el primer caso los padres no eran responsables del daño que potencialmente pudiera causar su hijo, en el segundo supuesto sí lo eran por el mero hecho de haber consentido y realizado una declaración cuando el hijo no estaba preparado para ser emancipado. Si bien esta solución fue acogida por parte de la doctrina, al ser una diferencia de tratamiento que no venía explícitamente establecida en una disposición legal, fue rechazada por otros autores⁹⁹.

Por último, según el inciso final del art. 1153 Cc, el padre podía exonerarse de su obligación siempre y cuando demostrase que empleó la diligencia debida con el fin de evitar el hecho y a pesar de ello no pudo impedirlo. Esta presunción de responsabilidad, que se basaba tanto en la omisión de vigilancia por parte del padre como en el hecho de no haber impartido al hijo una educación adecuada¹⁰⁰, podía ser destruida con la prueba en contrario y lo mismo en el caso de los tutores, maestros y artesanos; sin embargo, en lo que respecta a la responsabilidad de los comitentes la ley no admitía prueba en contrario¹⁰¹.

2.1.2. *Proyectos anteriores al Código civil italiano actual*

El Proyecto franco-italiano de un Código de las Obligaciones y Contratos dedicaba doce artículos a la responsabilidad extracontractual en una sección titulada «De los actos ilícitos». Esta responsabilidad se formulaba a partir del concepto de culpa. Como novedad con respecto al Código de 1865, los artículos 75 y 76 del citado Proyecto disponían que si un incapaz causaba algún daño a otro podía ser condenado a pagar una indemnización equitativa¹⁰².

⁹⁸ CESAREO-CONSOLO, G., *op. cit.*, pp. 345-6.

⁹⁹ CHIRONI, G. P., *op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁰ En este sentido, la sentencia de *Cass. civile*, 6-7-1931 señala que no exoneran al padre de su responsabilidad, ni el hecho de que demostrara que estaba ausente en el momento en que el hijo causó el perjuicio, ni tampoco el que hubiera acreditado que su hijo asistía a un buen colegio y que además le incentivó para que en sus horas libres trabajara, siempre y cuando esas medidas no fueran suficientes en relación con la personalidad y carácter del hijo. *Vir. Giur. it.*, I, 1, pp. 1057-8.

¹⁰¹ La diferencia se explica porque mientras los comitentes tienen libertad para elegir a sus empleados, los padres no han elegido a sus hijos y deben responder independientemente de su voluntad, CESAREO-CONSOLO, G., *op. cit.*, p. 360.

¹⁰² El art. 75 del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 contenía una disposición según la cual «todo incapaz respondía de sus propios actos ilícitos, con la condición de que hubiera actuado con discernimiento». Merece ser destacada la contradicción en que incurre la norma; de ahí que se deba puntualizar que se refiere por ejemplo a quien sin haber cumplido los dieciocho años tiene capacidad de discernimiento.

Por su parte, los arts. 79 y 80 del Proyecto franco-italiano reproducen el contenido del art. 1153 del primer Código civil italiano. Concretamente, en el art. 79 se preveía la responsabilidad del padre —y sólo en el supuesto de que éste faltase respondía la madre—, del tutor, del maestro, y la de los artesanos, teniendo todos ellos la facultad de poder liberarse de esa obligación si lograban probar que no pudieron impedir el hecho a pesar de haber realizado todo cuanto estaba a su alcance. El art. 79 *in fine* disponía que el responsable estaba obligado independientemente de cuál fuera el grado de diligencia del menor¹⁰³, puntualizando incluso que la responsabilidad subsistía aun cuando el autor del daño fuera irresponsable por falta de discernimiento. En este sentido se puntualizó que se trataba de una novedad relativa puesto que su contenido ya estaba recogido en el primer Código, si no en el art. 1153, sí en el art. 1306¹⁰⁴.

Si bien el Proyecto franco-italiano no llegó a convertirse en Código, lo cierto es que al ser adoptado como Proyecto Preliminar para la elaboración del Libro de las Obligaciones, gran parte de las normas que aparecían contenidas en su articulado pasaron inalteradas al Código civil de 1942.

Junto a ello, con anterioridad a la promulgación del Código civil italiano actualmente en vigor, debemos destacar la importancia de los comentarios contenidos en las respectivas Relaciones que recogían los principios inspiradores de cada institución y acompañaban a cada uno de los Libros con un cometido clarificador.

En este sentido, la *Relazione* al Proyecto del Libro de las Obligaciones de 1936 ensalzaba algunos de los postulados contenidos en este Proyecto pero rebatía otros. El principio general de la culpa seguía constituyendo el núcleo del sistema. En el número 646 de la Relación se dispuso que en el futuro Código debía recogerse una coordinación entre los criterios de imputación de responsabilidad del menor de edad establecidos en el Proyecto de Código civil y en el Código penal. Mientras en el texto civil se aludía al discernimiento, en el Código criminal se hacía referencia a la capacidad de entender y querer del menor que había cumplido ca-

El art. 76 de este Proyecto disponía que «en el caso de que el daño hubiera sido causado por una persona sin discernimiento, si el perjudicado no ha podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a su vigilancia, el Juez, en consideración a las condiciones de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa». Este artículo era novedoso tanto para el ordenamiento francés como para el italiano, y si bien no se reflejó en el *Code*, sí aparece recogido en el art. 2047 párrafo 2º del *Codice civile* de 1942.

¹⁰³ Según el art. 79 del Proyecto franco-italiano: «El padre, y en su defecto la madre, y el tutor, son responsables del daño que derive del hecho ilícito causado por los hijos menores que habitasen con ellos (...). La responsabilidad de estas personas cesa si prueban que no pudieron impedir el hecho. Ella subsiste aunque el autor del hecho ilícito sea irresponsable por falta de discernimiento».

¹⁰⁴ En palabras de IACUZIO, se trataba de una novedad pleonástica, «La responsabilità per il fatto illecito altrui nel progetto di riforma del codice civile», *Giur. it.*, 1937, pp. 97-8.

torce años. Como en materia de responsabilidad civil no se podía crear una presunción de inimputabilidad en relación con los menores de catorce años, se sustituyó el principio del discernimiento por el criterio de la capacidad de entender y querer, y en cierto modo se igualaron ambos preceptos¹⁰⁵.

En el caso de daño cometido por un incapaz –número 647 de la Relación– el perjudicado podía obtener el resarcimiento de la persona obligada a su vigilancia, aunque lo cierto es que esa responsabilidad desaparecía si lograba exonerarse probando que no pudo impedir el hecho. A pesar de la crítica a la que fue sometida, la Relación –en consonancia con el Proyecto de 1936– mantuvo la obligación del incapaz de indemnizar por motivos de equidad a la víctima cuando ésta no hubiera podido obtener el resarcimiento a cargo del vigilante o guardador del incapaz. Y en ese sentido, el Juez estaba vinculado en cada caso a la apreciación concreta de las condiciones económicas de las partes.

A través de los textos normativos observamos cómo el esquema de la responsabilidad de los padres es siempre muy semejante. En el número 648 de la Relación destacan, sin embargo, dos novedades respecto a los textos civiles anteriores. Por un lado se pretendía que la responsabilidad paterna recayera sobre el padre y la madre, es decir, que los dos progenitores respondieran de forma conjunta y solidaria como consecuencia de la igualdad reconocida a los cónyuges¹⁰⁶. Por otro, se precisaba que la aplicación de esa normativa acerca de la responsabilidad de los padres se extendiera al adoptante y en ciertos casos al acogedor, por ser sus obligaciones muy semejantes a las que derivaban de la patria potestad.

2.2. El Código civil italiano de 1942 y la responsabilidad extracontractual

2.2.1. *El sistema de culpas del Derecho italiano*

Entre las fuentes de las obligaciones, el art. 1173 del Código civil italiano de 1942 incluye la categoría del hecho ilícito. La denominada responsabilidad extracontractual aparece regulada en el Libro IV, «*Delle obbligazioni*», en el Título noveno bajo la rúbrica «*Dei fatti illeciti*»¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Vid. DEVOTO, L., *op. cit.*, pp. 115-7.

¹⁰⁶ Así aparece en el n.º 648 de la *Relazione*.

¹⁰⁷ La *Relazione* al Libro de las Obligaciones, en sus n.º 793 a 803 recogía las normas relativas a los hechos ilícitos; en concreto, en el n.º 793, se explica por qué el nuevo Código abandonó la categoría de delitos y cuasi-delitos, que constituía una de las reminiscencias del Código civil francés que a su vez había adoptado de POTHIER, y adoptó la de hechos ilícitos, partiendo básicamente de que estas categorías tenían un significado equivoco e inexacto.

Si en el Código civil de 1865 todos los supuestos posibles de responsabilidad por el hecho ajeno venían recogidos en el art. 1153, ahora se formulan separadamente y con mayor claridad; en concreto la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en los arts. 2043 a 2059 del Código de 1942¹⁰⁸. Si bien en el Derecho italiano el sistema de responsabilidad parte de la culpa, los supuestos particulares se contienen en los artículos sucesivos. Así, distinguimos entre una responsabilidad por hecho ajeno fundada en la culpa —donde incluimos la responsabilidad del vigilante del incapaz (art. 2047.1), la de los padres, tutores y profesores (art. 2048)— y una responsabilidad por hechos ajenos basada en el principio de garantía. A ello se añaden los daños causados por las cosas o por los animales y la responsabilidad dimanante del ejercicio de actividades peligrosas y de la producción industrial. Incluso algunas normas especiales completan la regulación en algunos aspectos. Aunque este Código, al igual que su antecesor se formula a partir de la idea de la culpa, actualmente se discute si existe una crisis de este concepto tradicional y se está procurando reconstruir un sistema más adecuado al contexto social. En ese intento de construir un nuevo sistema de responsabilidad civil se pretende conciliar el sistema basado en la culpa con la responsabilidad objetiva¹⁰⁹.

En concreto, la responsabilidad por el hecho ajeno aparece regulada en los arts. 2047 a 2049 Cc. Mientras el art. 2046 contiene algunas reflexiones sobre la imputabilidad del agente productor del daño, en el art. 2047 se especifica quién debe responder cuando un incapaz haya cometido un acto dañoso —sin prescindir de la propia responsabilidad del incapaz—; por otra parte, en el art. 2048 aparece regulada la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos cometidos por sus hijos menores, junto a la responsabilidad que en su caso correspondería a los tutores, profesores y artesanos en relación con las personas sometidas a su vigilancia.

A su vez, algunos autores han criticado el que se haya adoptado la categoría de *hecho ilícito* y no la de *acto ilícito*. Así, GAZZONI señala que según la doctrina tradicional se debe preferir la categoría de los actos, pues no se puede ser condenado al resarcimiento de un daño a no ser como consecuencia de un comportamiento propio y voluntario. *Vid. Obbligazioni e contratti*, Napoli, 1990, p. 674. No obstante, en el n.º 793 de la *Relazione* se aclara que se prefirió la denominación de *hechos*, porque éstos también se refieren a los negocios jurídicos. Entre otros, *vid. COLASSO, V., La responsabilità civile nel nuovo Codice*, parte prima, *I fatti illeciti*, Milano, 1942, pp. 6-7; ALPA, G./BESSONE, M., *La responsabilità...*, *cit.*, p. 213.

¹⁰⁸ El legislador italiano no ha vuelto a recoger la expresión del art. 1153 del anterior Código civil, referida a las personas o las cosas de las cuales se debe responder, pues no ha querido construir una categoría indiferenciada de responsabilidad por el hecho de otro, como sí ocurre en el Código civil francés.

¹⁰⁹ Aunque teóricamente el legislador de 1942 se ha mantenido fiel a sus principios, en los hechos ha sido mucho más misoneísta de lo que se había prometido ser, ya que el principio de responsabilidad objetiva que el legislador es reacio a admitir, ha sido aplicado por él, con escasa conciencia de ello. Al legislador lo que le falta es conciencia de haber sancionado, fuera de la *sedes materiae*, un importante número de casos de responsabilidad objetiva, *vid. MESSINEO, M., Manuale di Diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1958, p. 543.

Con arreglo al nuevo Código italiano, si una persona incapaz causa un daño –número 799 de la Relación y actual art. 2047 Cc–, no está obligada a responder frente a la víctima, sino que la persona encargada de su cuidado es quien debe responder de esos daños como consecuencia de una culpa en su vigilancia. Sin embargo, se ha previsto en el párrafo segundo del art. 2047 que en aquellos casos en los que no exista guardador o, sea como fuere, el daño no ha podido ser resarcido, el Juez, con arreglo a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al incapaz a indemnizar a la víctima.

2.2.2. *La imputabilidad del menor y el art. 2046 del Codice*

Como ya quedó constatado, en el Derecho antiguo para que una persona fuera considerada responsable de sus actos bastaba con la comisión material de los mismos. Todo sujeto era responsable simplemente cuando hubiese causado un daño a otro, sin que se exigiesen más requisitos que la propia existencia del autor del daño; desde esa perspectiva, tanto el niño como el incapaz debían responder de los daños que se derivasen de sus actos.

Ese sistema basado en la pura causalidad ha dado paso a un sistema centrado en la imputabilidad del autor del daño. La consideración de la imputabilidad del agente productor del daño ha introducido el elemento psicológico en materia de responsabilidad. Según el art. 2046 Cc, aquel que en el momento de la comisión de un hecho dañoso no tenga capacidad de entender y querer no responderá de las consecuencias que se pudieran derivar del mismo¹¹⁰.

Téngase en cuenta que la persona, antes de poder ser considerada plenamente capaz, puede disfrutar de una capacidad que se conoce como capacidad restringida o capacidad natural. Si en materia contractual todo menor de dieciocho años es considerado incapaz¹¹¹, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual se debe puntualizar que si la persona es capaz de distinguir entre lo lícito y lo ilícito, antes de cumplir los dieciocho años puede responder de sus propios actos¹¹². En ese sentido, la capacidad de entender y querer exige al menos un mínimo de aptitud física necesaria tanto para obrar como para valorar las consecuencias que se derivan del propio acto, a fin de que sea posible concluir que el hecho dañoso es consecuencia de una libre elección del agente.

¹¹⁰ Art. 2046 Cc: «No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenga capacidad de entender y querer en el momento en que lo ha cometido, a menos que el estado de incapacidad derive de su propia culpa».

¹¹¹ Según dispone el art. 1425 Cc, el contrato celebrado por un incapaz será anulable.

¹¹² SCIONTI, R., «Sulla responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.», *Dir. fam. per.*, 1978, II, p. 1410.

De acuerdo con lo anterior, no sería imputable un menor que en el momento de cometer el ilícito no comprendiera el alcance y el significado de sus actos. Sin embargo, esa capacidad dependerá del grado de madurez de cada individuo y deberá ser verificada caso por caso, dado que el legislador italiano no ha establecido a partir de qué edad se adquiere.

El que no se haya procedido a una división de la minoridad en periodos de edad se debe, entre otras razones, a la influencia ejercida por POTHIER quien, como veíamos, entendía que «no se puede precisar la edad en que los hombres tienen uso de razón y en consecuencia son capaces de maldad, y debe establecerse según las circunstancias»¹¹³.

A ello habría que añadir que no se puede extrapolar al ámbito civil la presunción *iuris et de iure* establecida en el art. 97 del Código penal italiano con relación a los menores de catorce años¹¹⁴. Si bien la base teórica del concepto de imputabilidad es la misma en el Derecho civil y en el Derecho penal, ambos ordenamientos difieren en su constatación¹¹⁵: mientras el Código penal enuncia de forma precisa las causas de exoneración de responsabilidad, el Código civil no contiene ninguna enumeración, sino que deja al arbitrio del Juez la decisión de si el sujeto es incapaz y por tanto inimputable¹¹⁶.

De ahí que en materia civil la incapacidad deba ser regulada con arreglo a las circunstancias concretas¹¹⁷. La propia jurisprudencia ha indicado en diversas sentencias que los factores a tener en cuenta serían fundamentalmente la edad del autor, la modalidad del hecho ilícito, el desarrollo físico e intelectual del menor, la personalidad, las características del ambiente en que vive, los estudios realizados y su aptitud para comprender la ilicitud de la acción dañosa¹¹⁸. El art. 2047 no enu-

¹¹³ *Op. cit.*, n.º 118.

¹¹⁴ Art. 97 Cp: «No es imputable quien en el momento en que se hubiera cometido el hecho, no hubiera cumplido los catorce años».

Según el art. 98 Cp: «Es imputable quien en el momento en que ha cometido el hecho hubiera cumplido los catorce años, pero no los dieciocho años, siempre que tuviera capacidad de entender y querer; pero la pena será disminuida (...)».

¹¹⁵ ANTINOZZI, M., «La responsabilità civile dei genitori», *Dir. prat. assic.*, 1985, p. 311; D'ARONCO, A., *op. cit.*, pp. 62-3. En la jurisprudencia destaca *Cass. civile*, 4-4-1959, n. 1006, donde se expresa que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, la Ley penal enuncia taxativamente las causas según las cuales, por presunción *iuris et de iure*, el sujeto deviene incapaz, ya sea por alguna enfermedad mental, por alcoholismo o por tener una edad inferior a los catorce años, *Resp. civ. prev.*, 1960, p. 61.

¹¹⁶ VENCHIARUTTI, A., *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995, pp. 521-2.

¹¹⁷ Lo manifiesta la doctrina mayoritaria, por todos, DE STROBEL, D., «Osservazioni in tema di diminuzioni del risarcimento all'incapace», *Dir. prat. assic.*, 1963, p. 514; DINACCI, G., «L'incapacità naturale», *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 294; VENCHIARUTTI, A., «L'imputabilità del fatto dannoso e la responsabilità del sorvegliante per il fatto dell'incapace», en *La responsabilità civile (aggiornamento 1988-1996)*, diretta da G. ALPA e M. BESSONE, t. I, Torino, 1997, p. 104.

¹¹⁸ *Cass. civile*, 7-7-1958, n. 2435, *Resp. civ. prev.*, 1959, p. 105; *Cass. civile*, 4-3-1977, n. 894, *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1663; *Trib. Verona*, 18-2-2000, anotada por FERRI, F., «La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.», *Giur. it.*, 2000, n.º 7, p. 1409.

mera estos criterios pero confía al Juez su constatación, ya que se encuentran implícitamente dispuestos en el ordenamiento.

De lo anterior se infiere que la presunción sancionada en el art. 97 Cp respecto de los menores de catorce años no es extrapolable *sic et simpliciter* al ámbito de la responsabilidad civil¹¹⁹. La razón de este diferente tratamiento reside en la necesidad de que en el Derecho penal, debido a la gravedad de la pena, es conveniente establecer una presunción absoluta de irresponsabilidad donde se contemple la edad a partir de la cual un sujeto no es responsable. Sólo en materia civil se concede al Juez la facultad de averiguar si el menor de edad tiene suficiente capacidad para comprender el alcance de sus actos.

A este respecto, se constata que el sistema de verificación de imputabilidad previsto en el Código civil es más elástico y permite al Juez realizar la investigación sobre la base de la común experiencia además de otras cuestiones científicas y periciales; en ese sentido permite reconducir la sanción tanto al tipo de ilícito, como a la gravedad del hecho y a la personalidad del autor, de forma que un mismo sujeto puede quedar exonerado de responsabilidad penal y sin embargo ser obligado a cumplir con la obligación civil¹²⁰.

2.2.3. *Los arts. 2047 y 2048 del Código civil italiano. La responsabilidad de los vigilantes del incapaz y la responsabilidad del menor de edad*

En materia de responsabilidad extracontractual, el Código civil italiano distingue entre menores incapaces y menores capaces de entender y querer el significado de sus actos. El régimen jurídico aplicable en cada caso se contiene respectivamente en los arts. 2047 y 2048 Cc¹²¹. Si bien estos artículos guardan entre sí algunas semejanzas, sus diferencias han llevado al legislador a no prescindir de su estudio separado.

¹¹⁹ PAGLIARA, B., «L'obbligazione dei genitori al risarcimento del danno per i danni cagionati dai figli minori», *Dir. prat. assic.*, 1979, p. 31.

Sin embargo, G. ALPA ha señalado que el cumplimiento de los catorce años constituye una presunción *iuris tantum* de que el menor tiene cierta capacidad de entender en materia civil, *vid. Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, pp. 301-2. En este sentido se pronuncian también otros autores tradicionales y extienden el límite de los catorce años al ámbito civil. Así, BONASI BENUCCI, E., «Limiti e contenuto della prova liberatoria prevista dall'art. 2048 CC», *Giur. compl. cass. civile*, 1952, p. 371; SANTUCCI, G., «I limiti presuntivi della imputabilità nei quasi delitti», *Foro it.*, IV, 1950, pp. 116-7; CORSARO, L., *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969, pp. 109-10.

¹²⁰ VISINTINI, G., «Imputabilità e danno cagionato dell'incapace», *NGCC*, 1986, pp. 116-7.

¹²¹ Así lo corrobora la doctrina, por todos, MONATERI, P. G., *La responsabilità civile*, en *Trattato di Diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, t. III, *Le fonti delle Obbligazioni*, Torino, 1998, p. 944.

Se manifiesta en ese mismo sentido la jurisprudencia incluso desde sus primeras sentencias: *Cass. civile*, 18-6-1953, n. 1812, *Giur. circ. strad.*, 1953, p. 1039; *Foro it.*, 1953, I, p. 1436; *Foro pad.*, 1954, I, p. 379; *Cass. civile sez. III*, 10-4-1970, n. 1008, *Riv. circ. e trasporti*, 1971, *giur. civ.*, pp. 51-55, con nota de A. TARQUINI; *Giust. civ.*, 1970, I, pp. 1379-81; *Cass. civile*, 5-4-1963, n. 880, *Resp. civ. prev.*, 1963, p. 593; *Cass. civile, sez. III*, 28-7-1967, n. 2012, *Resp. civ. prev.*, 1968, p. 467; *Cass. civile*, 28-4-1975, n. 1642, *Mass. Giur. it.*, 1975, c. 451.

En cuanto a sus semejanzas cabría destacar que al igual que en el art. 2047 Cc, en el artículo siguiente estamos ante un daño producido por dos causas: el hecho de un menor y la omisión de vigilancia de la persona que lo cuidaba, de forma que en los dos supuestos se responde por el hecho propio culposo¹²², aunque en el primero la responsabilidad recae en el guardador del incapaz y en el segundo en sus padres, por lo que ahora nos interesa. Si bien ambos artículos permiten a la persona obligada poder exonerarse de responsabilidad, sin embargo, siendo literalmente igual la fórmula empleada, se debe matizar que según se trate de un menor incapaz o de un menor capaz, la acreditación de la prueba sufrirá modificaciones. En el primer caso será suficiente con probar que se ha vigilado correctamente al menor, mientras que en el segundo se deberá acreditar además que se ha impartido una educación correcta¹²³.

Igualmente, los dos artículos se refieren únicamente al supuesto en que el menor de edad causa un daño a una tercera persona y no comprenden los daños que el menor se hubiera podido causar a sí mismo. Aunque las autolesiones del incapaz no han sido excluidas expresamente, tampoco han quedado incluidas y dado que en esta materia se debe abogar por una interpretación restrictiva, la solución a este respecto no debe suscitar dudas¹²⁴.

Por lo que se refiere a las disimilitudes, la diferencia fundamental entre estos dos artículos reside, como ya apuntábamos, en haber diferenciado entre menores incapaces y menores capaces, incluyendo los primeros en el art. 2047 y los segundos en el art. 2048 Cc¹²⁵. A mayor abundamiento, la propia expresión utilizada por el legislador italiano nos lleva a comprobar que mientras en el art. 2047 sólo se menciona el daño que derive de un *hecho*, en el art. 2048 se hace referencia al daño

¹²² DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. II, Milano, 1976, p. 134.

¹²³ VENDITI, A., «Il dovere dei genitori di educare e vigilare la prole in relazione alla prova liberatoria dalla responsabilità per i fatti illeciti commessi dai figli minori», *Giust. civ.*, 1955, pp. 1621-2; ROVELLI, R., «Danno cagionato dall'incapace», *Resp. civ. prev.*, 1957, pp. 5-6; CHIANALE, A., «In tema di responsabilità dei genitori per i danni causati dai figli minori», *Giur. it.*, 1986, I, 1, cc. 1531-2. En la jurisprudencia, *Cass. civ.* 5-3-1955, n. 646, *Resp. civ. prev.*, 1955, p. 208.

¹²⁴ BILETTA, L., «Note intorno agli art. 2047 e 2048 Cod. civ.», *Dir. prat. ass.*, 1982, p. 20; VENCHIARUTTI, A., «L'imputabilità del fatto...», *cit.*, pp. 116-7. En la jurisprudencia destaca la sentencia de *Cass. civile*, 15-3-1943, que a pesar de su fecha aún resuelve con arreglo a los postulados del Código anterior; *Foro it.*, I, p. 660; de mayor actualidad, *Cass. civile*, 13-5-1995, n. 5268, *NGCC*, 1996, I, p. 240.

¹²⁵ Esta observación no plantea ningún tipo de discusión. *Vid.* PALAZZI, A., «Osservazioni in tema di responsabilità dei genitori per il fatto illecito dei figli minori», *Dir. autom.*, 1958, p. 374; DE STROBEL, D., «Culpa in vigilando dei genitori, tutori, precettori e maestri d'arte», *Dir. prat. assic.*, 1969, pp. 16-7; TARQUINI, A., «La responsabilità civile per danni cagionati dall'incapace o dal minore», *Riv. giur. circ. trasp.*, 1971, p. 52; SCIONTI, R., *op. cit.*, pp. 1412-3; BUSNELLI, F. D., «Capacità e incapacità di agire del minore», *Dir. fam. per.*, 1982, p. 62, también publicado en *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, pp. 190-1; CHIANALE, A., *op. cit.*, p. 1528; D'ARONCO, A., *op. cit.*, pp. 17-9; FISCHETTI, M. R., «La responsabilità extracontrattuale dei genitori. Modalità fatto illecito», *Arch. civ.*, 1996, I, p. 773.

La jurisprudencia parte de este mismo postulado, *Cass. civile*, 10-8-1964, n. 2291, *Giust. civ.*, I, 1, 1964, p. 2192, también en *Resp. civ. prev.*, 1964, p. 676; *Cass. civile*, 10-4-1970, n. 1008, *Riv. giur. circ. trasp.*, 1971, pp. 52-3.

resultante de un *hecho ilícito*, notándose que en el primer caso al tratarse de una persona sin capacidad no se puede cometer un hecho de carácter ilícito¹²⁶.

Únicamente en el art. 2048 Cc se establece el requisito de la convivencia del menor con sus padres, en relación con la consideración de la responsabilidad de éstos por el daño causado por su hijo. En este sentido, los padres sólo responderán de los daños que su hijo hubiera causado con plena consciencia y entendimiento, si viven con él.

En el párrafo 1º del art. 2047 Cc se contiene una responsabilidad directa del vigilante y en el párrafo 2º una responsabilidad subsidiaria del incapaz. Sin embargo, en el art. 2048 Cc está prevista una responsabilidad concurrente y solidaria de los padres y del menor causante del daño.

El perjudicado no tiene que probar la culpa del obligado al resarcimiento, sino que es el responsable quien debe probar que en todo caso no pudo impedir el hecho ilícito. Como apuntan ZATTI y COLUSSI, en el caso del art. 2047 la responsabilidad se basa en una verdadera culpa *in vigilando* y la prueba de no haber podido impedir el hecho supone haber mantenido un constante control sobre la actividad del incapaz. Tratándose de un menor con capacidad, además de probar que se le ha vigilado adecuadamente, se debe acreditar que el menor ha recibido una correcta educación¹²⁷.

Excepción hecha a todo lo anterior, no existen contrastes notables entre ambos artículos. No es una diferencia apreciable que en el art. 2047 se utilice el término *sorveglianza* (vigilar) mientras que en el art. 2048 se emplee el de *vigilanza* (velar por). En puridad de términos se vigila a una persona peligrosa y se vela a una persona inexperta, pero para considerar que ambas expresiones acaban por ser coincidentes, basta con señalar que la ley se refiere a la vigilancia (o la sobreentiende) también en el caso de la persona sujeta a tutela¹²⁸. Tampoco constituye una diferencia importante el hecho de que en el art. 2047 Cc se emplee la expresión indemnización, mientras que en el art. 2048 se utilice la de resarcimiento. Como indica

¹²⁶ Ese es el sentir general, *vid.* entre otros, D'ARONCO, A., *op. cit.*, p. 20; MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Responsabilità civile e minore età*, Napoli, 1994, p. 57; CORSARO, I., voz «Responsabilità civile», *Enc. giur. Treccani*, t. XXVI, Roma, 1991, p. 17.

¹²⁷ Además concretan que en el supuesto del art. 2048 Cc, no se debería hablar de vigilancia sino más genéricamente de potestad, y ésta se basaría fundamentalmente en la educación, *vid. Lineamenti di Diritto privato*, Padova, 1993, pp. 642-3; en el mismo sentido, ANTINOZZI, M., «La responsabilità civile...», *cit.*, pp. 313-4; VISINTINI, G., *op. cit.*, p. 124.

Si bien la extensión a la culpa *in educando* ha sido la postura adoptada por la jurisprudencia italiana, la doctrina no se muestra unánime, *cf.* PALAZZI, A., *op. cit.*, p. 375.

¹²⁸ DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità*, Milano, 1958, p. 574; ROVELLI, R., *La responsabilità civile da fatto illecito*, Torino, 1964, p. 215.

ALAJMO¹²⁹, la diferencia se relativiza puesto que mientras algunos autores le han dado importancia, otros sin embargo no.

El art. 2047. 1º Cc se refiere a la responsabilidad del guardador de una persona incapaz de entender y querer, por el hecho ilícito que ésta hubiese podido cometer y por el daño derivado de su actuación¹³⁰. Ello supone que esa persona debe estar encargada de la vigilancia de un individuo menor de edad y responde tanto por su omisión de cuidado, como por su falta de diligencia. Si en virtud del art. 2046 Cc estamos ante una persona civilmente inimputable, lo lógico es que la persona que no vigiló la conducta de quien estaba bajo su control, resarza a la víctima. La norma está inspirada en un criterio de justicia y pretende evitar que la víctima de un inimputable quede sin resarcimiento como consecuencia de la incapacidad del autor del hecho¹³¹.

Tal como está formulada esta norma, el vigilante del menor puede probar que a pesar de haber hecho todo lo posible por evitar el daño, no pudo impedir su producción y, en ese supuesto, quedaría exonerado de responsabilidad. Se invierte la carga de la prueba ya que compete al vigilante probar que actuó sin culpa y que no pudo impedir el hecho si pretende librarse de la presunción de culpabilidad que le envuelve. Junto a esta presunción de culpabilidad, el artículo también recoge una presunción de causalidad, puesto que el vigilante deberá probar además que aunque hubiese cuidado diligentemente al menor, el daño se hubiera producido igualmente¹³². Y la víctima sólo tendrá que acreditar que se ha producido un daño por obra del incapaz.

La cuestión sería ahora averiguar qué sucede cuando quien sufre el daño no ha podido obtener la reparación por parte del vigilante del incapaz. Si revisamos el contenido del párrafo 2º del art. 2047 Cc, nos encontramos con que el Juez puede condenar al autor material del daño –en este caso al menor incapaz– a pagar una indemnización equitativa en consideración a las condiciones económicas de las partes, es decir, atendiendo tanto a su patrimonio como al de la persona a quien ha inferido el daño¹³³. La novedad introducida en el art. 2047.2º Cc encuentra su an-

¹²⁹ «In tema di responsabilità civile: osservazioni sul rapporto tra responsabilità civile per colpa e responsabilità per rischio. Il fatto dannoso dell'incapace», *Giust. civ.*, 1986, I, II, p. 190.

¹³⁰ Art. 2047.1º Cc: «Daño causado por el incapaz. En caso de daño causado por una persona incapaz de entender y de querer, el resarcimiento es debido por quien está obligado a la vigilancia del incapaz, salvo que pruebe que no pudo impedir el hecho».

¹³¹ *Vid.* BRASIELLO, T., *I limite della responsabilità per danni*, Milano, 1959, p. 10.

¹³² MAGLIONE, C., en *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza (art. 2047)*, a cura di P. Perlingeri, Libro IV, t. II, Napoli, 1991, p. 1827.

¹³³ Art. 2047.2º Cc: «En caso de que el perjudicado no haya podido obtener el resarcimiento de quien está obligado a la vigilancia, el Juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa».

tecedente legal más inmediato en el art. 76 del Proyecto franco-italiano de 1927 y supera por su importancia la contenida en el párrafo primero.

En este sentido, se debe apuntar que estamos ante una responsabilidad subsidiaria¹³⁴ porque sólo es apreciable cuando la persona encargada de la vigilancia del menor haya logrado exonerarse de su obligación. Como adelantábamos anteriormente, el vigilante que tiene a su cuidado a un menor puede liberarse de dicha responsabilidad si a pesar de su diligencia no pudo impedir el hecho. El menor de edad respondería en ese caso y también si su guardador fuera incapaz o incluso en la hipótesis, un tanto extraña, de que no existiera persona alguna que estuviera encargada de su vigilancia¹³⁵.

Con todo, debemos concluir señalando que a pesar de su trascendencia, el párrafo 2º del art. 2047 Cc ha encontrado escasa aplicación práctica. La razón de ser parece residir fundamentalmente en la precaria situación económica de los incapaces, en la existencia de un principio implícito que hace que el Juez vele por los intereses del incapaz, así como en la prioridad que ha ido adquiriendo la responsabilidad recogida en el art. 2048 frente a la que aparece regulada en el art. 2047 Cc¹³⁶.

En otro orden de cosas, el art. 2048 Cc está dirigido a aquellas personas que aun cuando no han alcanzado aún la mayoría de edad¹³⁷, poseen la suficiente capacidad para comprender el alcance y significado de sus actos, y son susceptibles de ser consideradas imputables. Se está haciendo referencia al supuesto de los menores que a pesar de tener cierta capacidad son legalmente incapaces por no haber cumplido la edad requerida.

Dado que el art. 2048 Cc¹³⁸ se corresponde con el art. 1153 del Código civil italiano de 1865, *nihil sub sole novum*¹³⁹. A su vez, el Código de 1865 copió casi literal-

¹³⁴ Así, SALVI, C., «La responsabilità civile dell'infermo di mente», en *Un altro diritto per il malato di mente*, a cura di P. Cendon, Napoli, 1988, pp. 817-8. Al tener carácter subsidiario no puede entenderse que la responsabilidad del incapaz sea concebible *in solido* con la persona encargada de su vigilancia, *vid.* BILETTA, L., *op. cit.*, p. 19.

¹³⁵ BONVICINI, E., *La responsabilità civile per fatto altrui*, Milano, 1976, p. 634.

¹³⁶ En este sentido, VISINTINI, G., «Imputabilità e danno...», *cit.*, p. 123; *id.*, *I fatti illeciti*, t. I, Padova, 1987, p. 491; *id.*, *Trattato breve delle responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 479.

¹³⁷ Según el art. 2 del Código civil italiano de 1942, la mayoría legal se alcanza con el cumplimiento de los dieciocho años.

¹³⁸ Art. 2048 Cc: «Responsabilidad de los padres, de los tutores, de los profesores y de los maestros de arte. El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño causado por el hecho ilícito de los hijos menores no emancipados o de las personas sujetas a tutela que habiten con ellos. La misma disposición se aplica al acogedor. Los profesores y aquellos que enseñan un oficio o arte son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus alumnos y aprendices durante el tiempo en que se encuentren bajo su vigilancia. Las personas indicadas en los párrafos anteriores quedarán liberadas de responsabilidad sólo si prueban que no han podido impedir el hecho».

mente el contenido del art. 1384 del Código francés de 1804, de modo que, si queremos hallar la *ratio* del artículo, no hemos de buscarla en el momento actual sino que debemos sumergirnos en el momento de su génesis, a saber, en el contexto histórico francés de principios del siglo XVIII. Acudiendo a los trabajos preparatorios del *Code Napoleon* se constata que los principios que subyacen en torno al fundamento de la responsabilidad de los padres son el de autoridad y el de garantía¹⁴⁰. Y si pretendemos adaptar el fundamento originario de la norma a su significado actual, debemos acomodarla tanto a las modificaciones operadas con ocasión de la reforma del Derecho de familia acaecida en 1975 como a los factores sociales predominantes. Expresamente el art. 2048 Cc no fue modificado por la reforma, pero no se puede obviar la importancia de aspectos tan novedosos como la relevancia y el interés concedido al menor, así como la amplia esfera de libertad que se le reconoce a partir de ese momento¹⁴¹.

Se establecen dos presupuestos en torno al reconocimiento de la responsabilidad de los padres: que el hijo sea menor de edad y no esté emancipado, y que cohabite con ellos¹⁴². De este modo, los padres que pretendan librarse de responsabilidad, deberán probar que el menor es mayor de edad o que está emancipado, o incluso que no convive con ellos. El art. 2048 Cc también contiene una presunción de culpabilidad, de manera que todo padre que pretenda exonerarse de responsabilidad deberá probar que por su parte no ha habido culpa *in vigilando*. No basta con acreditar la ausencia de un descuido en la vigilancia del menor, sino que

¹³⁹ Una novedad importante se produjo en 1975 tras la reforma del Derecho de familia. A diferencia de la regulación anterior, en la que sólo respondía la madre en defecto de padre, y tras las primeras incursiones realizadas en las Relaciones, es después de la promulgación de la Ley de 19 de mayo de 1975 n. 151, cuando se pasó de un régimen de responsabilidad exclusiva del padre a un régimen de responsabilidad solidaria de ambos progenitores. Sin embargo, un importante número de sentencias ya se pronunciaban en este sentido; *vid.* MANTOVANI, M., «La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte», en *La responsabilità civile*, diretta da G. Alpa e M. Bessone, Torino, 1997, p. 161.

¹⁴⁰ El hecho de haber regulado en un mismo artículo la responsabilidad de los padres y la de los maestros no es casual, sino que los redactores del Código consideraron que el maestro debía continuar la autoridad paterna y que su poder sobre los alumnos debía nacer de una obligación *ex lege*. En este sentido, la relación preceptor-alumno debía ser casi idéntica a la relación padre-hijo, y así trascendió a la legislación italiana, *vid.* D'ARONCO, A., *op. cit.*, p. 96; CORSARO, L., «Sulla natura giuridica della responsabilità del precettore», *Riv. dir. comm.*, 1967, pp. 38-9.

¹⁴¹ PINTO BOREA, M. C., «I doveri dei genitori verso i figli minori e la responsabilità *ex art.* 2048 c.c.». *Dir. fam. per.*, 1992, p. 397.

¹⁴² Únicamente la primera condición aparecía en el Código civil de 1865. La referencia a que el menor no esté emancipado rompe con el silencio existente hasta el momento de la promulgación del Código actual. Anteriormente se distinguía en función de que la emancipación se hubiese otorgado por matrimonio o por concesión de los padres. Sin embargo, hoy día está claro que como la emancipación, cualquiera que sea su forma, extingue la patria potestad, los padres no serán llamados a responder por los hechos ilícitos que cause un hijo emancipado.

además los padres deberán probar que tampoco hubo por su parte culpa *in educando*, aunque lo cierto es que este criterio cada vez cuenta con menos defensores.

Asimismo, se debe señalar que la responsabilidad del art. 2048 Cc es solidaria, lo que significa que el menor responde conjuntamente con sus padres. Al tratarse de un hecho imputable a varias personas, estamos ante una responsabilidad solidaria y según el art. 2055 Cc es posible ejercitar el derecho de regreso en relación con la porción de culpa que corresponda a la otra parte. El menor respondería de la comisión de sus actos en virtud del principio general de culpa contenido en el art. 2043 Cc, puesto que se trata de un hecho calificable como ilícito y además ese menor es capaz de comprender el alcance y significado del mismo. En cambio, los padres responderían por aplicación del art. 2048 Cc, donde aparece regulada una responsabilidad por culpa *in vigilando* y, como añade la jurisprudencia, *in educando* en relación con su hijo. Sería una especie de *corresponsabilidad*, donde son igualmente relevantes la conducta de los padres y el comportamiento del menor¹⁴³. El perjudicado podrá dirigirse indistintamente contra el hijo y sus padres, o sólo contra el hijo, o sólo contra los padres. Si los padres logran exonerarse de responsabilidad probando que no pudieron impedir el hecho a pesar de haber actuado diligentemente, el menor será el único responsable del daño causado¹⁴⁴.

Por último, en el reparto de responsabilidades la doctrina italiana ha puntualizado que la falta de vigilancia y educación no da lugar automáticamente a un concurso de culpa en el ilícito; igualmente, si el menor causa un daño deben cumplirse los requisitos exigidos en el art. 2043 Cc. En caso de que sean los padres quienes paguen la totalidad de la indemnización, tienen un derecho de regreso contra su hijo, que será total o parcial en función de cuál sea la gravedad de las respectivas culpas según lo dispuesto en el art. 2055 Cc¹⁴⁵.

2.3. El sistema penal italiano. La imputabilidad y los Códigos penales de 1899 y 1931

En materia de imputabilidad, el Código penal italiano de 1899, el llamado *Codice Zanardelli*, disponía en su articulado que los menores de nueve años de edad no eran responsables criminalmente, puesto que carecían de la capacidad necesaria para comprender el alcance de sus actos. Los menores comprendidos entre los nueve y los catorce años respondían penalmente sólo en el caso de que hubieran

¹⁴³ DE STROBEL, D., «Culpa in vigilando dei genitori...», *cit.*, p. 21; CORSARO, L., voz «Responsabilità civile...», *cit.*, pp. 17-8.

¹⁴⁴ DE ACUTIS, M., «La solidarietà nella responsabilità civile», *Riv. dir. civ.*, 1975, II, p. 621; MANTOVANI, M., *op. cit.*, p. 159.

¹⁴⁵ MAGLIONE, C., en *Codice civile annotato... (art. 2048)*, *cit.*, p. 1983.

actuado con discernimiento. Y de los catorce a los dieciocho años se establecía que el menor era considerado plenamente imputable, pero el hecho de tener menos de veintiún años actuaba como circunstancia atenuante.

Según el Código penal vigente en Italia, el *Codice Rocco* de 1931, una persona no puede ser castigada por la realización de una acción u omisión calificada como delito, si no ha actuado con consciencia y voluntad. Se es penalmente imputable cuando se tiene capacidad de entender y querer¹⁴⁶. Este artículo tiene un contenido preceptivo, que consiste en asumir la imputabilidad como presupuesto de la punibilidad, y un contenido definitorio, que identifica la imputabilidad con la capacidad de entender y querer¹⁴⁷.

En el Código penal se recoge una presunción absoluta de inimputabilidad al indicar que ningún menor de catorce años respondería penalmente. Quienes tuvieran una edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años responderán del ilícito penal siempre y cuando se constate que tienen capacidad suficiente para comprender el alcance de sus actos, con lo cual deberá comprobarse en cada caso la madurez del individuo. La determinación de la madurez y capacidad de un menor dependerá de las circunstancias concretas que se deriven del delito así como de la propia personalidad del autor del ilícito¹⁴⁸.

En virtud de lo anterior, se podría concluir señalando que la imputabilidad penal del menor ha quedado subordinada a un criterio cronológico que atraviesa tres fases distintas: la ausencia de imputabilidad por debajo de los catorce años, la imputabilidad sometida al discernimiento constatado en cada supuesto entre los catorce y los dieciocho años y la plena imputabilidad a partir de los dieciocho años¹⁴⁹. Con el reconocimiento legal de estas edades se ha cubierto una necesidad de orden práctico al permitir fijar un límite cronológico que conlleva una presunción de imputabilidad penal.

3. EL DERECHO ALEMÁN

3.1. Consideraciones generales. Génesis de la normativa vigente

En el marco del Derecho comparado el ordenamiento alemán representa una de las más profundas y minuciosas regulaciones de la responsabilidad que se gene-

¹⁴⁶ Así lo recoge el art. 85 Cp italiano.

También el ilícito penal administrativo requiere la capacidad de entender y querer, como bien dispone el art. 2 de la Ley de 24 noviembre de 1981, n. 689. Según indica L. FAZZO, se trata de una plausible novedad, *vid.*, «L'imputabilità del minore ultraquattordicenne», en *Giudicando un minore*, 1984, p. 79.

¹⁴⁷ FIORE, C., *Diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1993, p. 392.

¹⁴⁸ PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale, parte generale*, Milano, 1996, p. 651; FIORE, C., *op. cit.*, p. 398.

¹⁴⁹ FRANCHINI, A./INTRONA, F., *Delinquenza minorile*, Padova, 1982, p. 667.

ra a consecuencia de los daños ocasionados por menores de edad. Como ha quedado constatado con anterioridad, en esta materia el Código civil alemán se adhirió al principio tradicional de la culpa y parece haber alcanzado un óptimo equilibrio entre la protección del menor y la defensa de la víctima.

En virtud del § 828 BGB las personas menores de siete años no responden civilmente de sus actos ilícitos. Si hubieran alcanzado esa edad pero no hubiesen cumplido aún el decimoctavo año de vida, sólo responderán si se comprueba que actuaron con discernimiento. De no ser así, se prevé en el § 832 BGB una responsabilidad a cargo de las personas que tienen encomendada la vigilancia de los incapaces. Incluso en el supuesto de que estas personas quedasen exoneradas de responsabilidad, el § 829 BGB recoge una responsabilidad por motivos de equidad que recaería sobre el propio incapaz.

En este sentido, si pretendemos analizar cada uno de estos supuestos, deberíamos comenzar por una somera referencia a los antecedentes legislativos de las normas. Recogiendo las propuestas que para la redacción del Libro de las Obligaciones habían esbozado VON KÜBEL y la Comisión preparatoria –*Vorkommission*–, la Primera Comisión en su Proyecto de redacción del BGB determinó el contenido del actual § 828, entonces § 709 de este Primer Proyecto. Este párrafo, que apenas fue modificado en ulteriores deliberaciones, partía de dos presupuestos básicos, a saber, la edad de siete años y el discernimiento necesario para el reconocimiento de responsabilidad¹⁵⁰.

En cuanto al primer presupuesto señalado –la concreción de la edad–, se cuestionó la determinación de un límite fijo e invariable como referencia a partir de la cual se consideraría que una persona podía ser responsable de sus propios actos. En este sentido se alegaba que aunque no era posible trazar un límite de edad absolutamente seguro y antes de cuyo cumplimiento se pudiera excluir tajantemente la capacidad de culpa, las «necesidades prácticas» imponían el «establecimiento positivo de este límite» y justificar su conveniencia suponía acudir a «fenómenos regulares observados durante siglos, según los cuales los hombres no están en posesión de sus plenas facultades hasta una cierta edad»¹⁵¹.

¹⁵⁰ Sólo en la Segunda Comisión hubo enmiendas que pretendían introducir en este artículo una responsabilidad subsidiaria o por equidad. Las distintas Propuestas partían de estos dos presupuestos, con la particularidad de que VON CUNY en la Propuesta número 6, pretendía cambiar las palabras “de la responsabilidad” por del “peligro”. Vid. JAKOBS, H. H./SCHUBERT, W., *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 823 bis 853, Berlin-New York, 1983, p. 923.

La única excepción producida en el seno de la Segunda Comisión respecto a la consideración de estos dos requisitos la constituyó la Propuesta número 4, formulada por el redactor VON MANDRY, que pretendía que el alcance de la indemnización dependiese de “las circunstancias del caso”; esta solicitud fue retirada. *Ibid.loc. cit.*

¹⁵¹ VON KÜBEL, F. P., *op. cit.*, p. 690.

Se optó por fijar el límite de edad en los siete años como resultado de la experiencia adquirida en consonancia con la norma que establece que el menor a partir del séptimo año de vida es capaz de contratar. Este límite no era absoluto, es decir, no debía entenderse que una vez que el menor cumplía esa edad tenía la misma capacidad delictual que un adulto¹⁵², sino que se previó una exención de responsabilidad para aquellos menores con edades comprendidas entre los siete y los dieciocho años que no hubieran actuado con discernimiento. Esta regla no suponía novedad alguna porque ya la había recogido la tradición jurídica alemana y, en ese sentido, la Comisión se remitía al Derecho común y a los Códigos y Proyectos de los territorios alemanes.

El segundo presupuesto del que partía la Primera Comisión era el del discernimiento necesario para el reconocimiento de la responsabilidad. Mientras que VON KÜBEL en su Proyecto se refería a la «capacidad de reconocer la injusticia», esta Comisión prefirió la «capacidad de reconocer la responsabilidad», puesto que junto al conocimiento de la injusticia comprendía las consecuencias que derivaban de la misma, es decir la obligación de restituir el daño que se había causado¹⁵³. El legislador optó finalmente por la fórmula propuesta por la Comisión, probablemente en consonancia con el § 56 del Código penal Imperial –RStGB–, donde se hacía referencia al «discernimiento necesario para el reconocimiento de la punibilidad» y de ahí que durante la redacción del § 828.II,1 se hiciera continua alusión al texto penal.

En otro orden de cosas, en el § 832 BGB el legislador entendió que si un incapaz había causado algún daño se debía a que las personas encargadas de su vigilancia habían actuado negligentemente. En la redacción de este párrafo se incluyó una fórmula genérica que hacía referencia a la responsabilidad de quien estaba encargado del cuidado del incapaz, lo cual significa que se obvió cualquier enumeración de supuestos concretos¹⁵⁴.

La Primera Comisión incluyó en su Proyecto una amplia propuesta según la cual la infracción de cualquier obligación de vigilancia suponía la responsabilidad

¹⁵² Un tratamiento así no sólo supondría una gran desviación de los §§ 55 a 57 StGB, sino también un régimen injusto para los menores que no hubiesen alcanzado la plena madurez intelectual. Así se dispone en el Protocolo I, *vid.* JAKOBS, H. H./SCHUBERT, W., *op. cit.*, p. 915.

¹⁵³ Este presupuesto relativo al discernimiento necesario para el reconocimiento de la responsabilidad, se consideró malgrado e incluso se reprochó a los autores de sus Motivos que ni ellos mismos tuvieron claro cuál era su significado y alcance.

¹⁵⁴ No ocurre lo mismo en el Proyecto de VON KÜBEL, que en el § 9 del capítulo correspondiente incluyó la responsabilidad del padre –y si se producía su desaparición, la de la madre– por los hechos de sus hijos menores, junto a la responsabilidad de los acogedores y tutores por el cuidado de sus acogidos y pupilos, los maestros, los artesanos, los amos y los titulares de negocios. *Op. cit.*, pp. 654 y 896-7.

de quien omitía su deber de cuidado. En esos casos el demandante tenía que probar la falta de diligencia de la persona obligada a la vigilancia, así como la relación de causalidad entre el daño producido y la deficiente vigilancia. Sin embargo, la Segunda Comisión rechazó esta propuesta por considerarla excesiva; sólo sería responsable la omisión de vigilancia producida en relación con aquellos sujetos que por sus circunstancias personales pudieran resultar especialmente peligrosos para la colectividad¹⁵⁵ e incluso se admitió en esos casos la inversión de la carga de la prueba. En la actualidad esta obligación legal se hace extensible a todos los menores —la minoridad es un estado que justifica por sí mismo la obligación de vigilancia¹⁵⁶— y por ello no sólo se refiere a los que dadas sus características necesitan una especial vigilancia.

Haciendo gala de su prolijidad, el BGB no deja fisura alguna para posibles lagunas, al prever en su § 829 una responsabilidad del propio menor fundada en la equidad. Se trata de aquellos supuestos donde la víctima no hubiera podido ser indemnizada por la persona encargada de vigilar al incapaz. Si el actual § 828 fue redactado sin discusiones de gran entidad, la deliberación del párrafo siguiente fue controvertida sobre todo en torno a la cuestión de si los menores sin capacidad de discernimiento podían ser obligados a responder de sus propios actos. Dos son las tendencias que se fraguaron a este respecto. Una estaba constituida por quienes consideraban que el menor sin capacidad podía responder de sus actos¹⁵⁷, mientras que en la otra se encontraban quienes abogaban por su completa irresponsabilidad¹⁵⁸.

En este sentido, VON KÜBEL preveía en su Proyecto del Libro de las Obligaciones la responsabilidad de las personas sin capacidad delictual¹⁵⁹; su propuesta fue suprimida por la Primera Comisión, al aducir que contenía una desviación injustificable de los principios legales tradicionales, siendo además ajena al Derecho común. Incluso se le reprochó que si el Juez acudía a la equidad, no aplicaría siempre las mismas normas¹⁶⁰. Como esta propuesta no fue aceptada, quedaba irresoluto el problema que yacía en torno a la determinación de quién debía responder

¹⁵⁵ ALBIT, H. J., *Haften Eltern für ihre Kinder? Zur Haftung von Aufsichtspersonen Minderjähriger*, Pfaffenweiler, 1987, p. 9.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 10.

¹⁵⁷ HEINSHEIMER, K., *op. cit.*, p. 235.

¹⁵⁸ Partían de los postulados acogidos por el Derecho romano. Esta misma regla fue recogida en el BGB sajón de 1863 (§ 119), en el *Codex Bavaricus Maximilianus Civilis* de 1756 (parte cuarta, capítulo 16, § 8) y en el Proyecto austríaco del *Codex Theresianus* de 1766 (parte tercera, capítulo 21, §§ 35, 36).

¹⁵⁹ *Vid.* § 8 del Proyecto, Erster Abschnitt, zweiter Titel III, unerlaubte Handlungen, en VON KÜBEL, *op. cit.*, pp. 654 y 693 ss.

¹⁶⁰ Protocolo I, *vid.* JAKOBS, H. H./SCHUBERT, W., *op. cit.*, pp. 916-7.

cuando, siendo el menor incapaz, la persona encargada de su vigilancia había quedado exonerada.

Esta postura tan reacia a la admisión de la responsabilidad por equidad fue criticada, puesto que las posibles incongruencias se podían compensar alegando que el Juez debía valorar la entidad y el alcance del daño, para evitar que se privase al menor de los medios necesarios para su manutención¹⁶¹.

Partiendo de estos informes críticos, la Segunda Comisión volvió a introducir la responsabilidad por equidad e incluso extendió su ámbito de aplicación. No sólo se aplicaría a los menores sin discernimiento, sino también a cualquier persona que causara un daño a otro sin culpa alguna¹⁶². En torno a esta responsabilidad por equidad, los propios miembros de la Comisión se mostraban disconformes. Así, mientras una minoría observó una dejación del principio de culpa en favor del principio de causalidad y vacilaba acerca de la cesión de determinadas potestades del legislador al Juez, la mayoría de los miembros de la Comisión, siguiendo a VON KÜBEL y a legislaciones más recientes, abogó por el reconocimiento de la responsabilidad por motivos de equidad.

Como resultado del proceso anterior, finalmente se aceptó la inclusión de la responsabilidad por equidad pero con un carácter más limitado, abarcando únicamente los daños causados por personas sin capacidad delictual, tal y como había sido inicialmente previsto. En virtud de todo ello conviene recordar que mientras el § 828.II,1 BGB nació influenciado por el Derecho romano junto con algunos conceptos del Código penal de la época, el § 829 BGB encontró su precedente en las Codificaciones de finales del siglo XVIII y principios del XIX¹⁶³, claramente imbuidas de los principios iusnaturalistas.

3.2. La responsabilidad extracontractual en el BGB

3.2.1. *La capacidad negocial y el § 104 BGB*

En el ámbito de la capacidad negocial o contractual se distinguen tres grados de edad que determinan el régimen jurídico aplicable en cada supuesto¹⁶⁴. En este

¹⁶¹ Sobre este particular, cfr. la Compilación de los Informes sobre el Proyecto BGB elaborada por el Ministerio de Justicia Imperial, en JAKOBS, H. H./SCHUBERT, W., *op. cit.*, p. 919.

¹⁶² § 752 del Proyecto BGB de la Segunda Comisión, en JAKOBS, H. H./SCHUBERT, W., *op. cit.*, p. 926.

¹⁶³ GOECKE, K., *op. cit.*, pp. 44 y 46.

¹⁶⁴ LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1983, p. 95.

sentido, el § 104 BGB establece que todo menor de siete años carece de capacidad negocial¹⁶⁵ y ello nos permite advertir que el comienzo de la edad que determina la capacidad contractual coincide con la edad mínima establecida en materia de responsabilidad delictual. La capacidad negocial o *Geschäftsfähigkeit* implica cierta aptitud de juicio, de modo que una persona que no ha cumplido todavía el séptimo año es incapaz de realizar cualquier negocio. La determinación de este límite nos lleva a reafirmar que el legislador alemán ha sido fiel al Derecho romano donde, como recordaremos, los menores de siete años —*infanti*— no poseían inteligencia y por lo tanto eran considerados incapaces. En conexión con ello, el parágrafo siguiente señala que la declaración de voluntad que hubiera emitido un incapaz será nula, incluyendo también las declaraciones efectuadas durante el estado de inconsciencia o de perturbación mental transitoria¹⁶⁶, puesto que para intervenir en el tráfico jurídico necesitan un representante legal. En caso contrario, las declaraciones de voluntad que hubiesen emitido serían nulas aun en el supuesto de serles favorables. La finalidad primordial del § 105 BGB no es la de servir a los intereses prácticos de un incapaz, sino la de reservar la dinámica del Derecho privado al ser humano dotado de razón.

Conviene indicar que entre la incapacidad total y la plena capacidad de obrar existe un régimen intermedio constituido por la llamada capacidad de ejercicio limitada o *beschränkte Geschäftsfähigkeit*. El régimen de la capacidad restringida afecta a todos los menores que después de haber cumplido los siete años no han alcanzado aún la mayor edad¹⁶⁷. Señala el § 107 BGB que si éstos pretenden llevar a cabo una declaración de voluntad por la que no obtengan exclusivamente un provecho, necesitan el consentimiento de su representante legal. *A sensu contrario* resulta que los actos jurídicos que hubieran concluido serían válidos si sus autores resultasen beneficiados o si su representante les hubiera dado autorización¹⁶⁸.

A tenor de lo anterior destaca que mientras las declaraciones de voluntad emitidas por incapaces serían nulas aun en el supuesto de serles favorables, si

¹⁶⁵ El § 104 BGB enuncia que es incapaz de ejercer sus derechos quien todavía no hubiera cumplido los siete años de edad, así como quien sufriese un estado de perturbación mental que excluyera el libre ejercicio de la voluntad, a no ser que fuese transitorio. Un tercer párrafo incluía la interdicción por enfermedad mental, pero con ocasión de la reforma del régimen de la tutela y de la curatela, de 12 de septiembre de 1990 —con vigencia a partir del 1 de enero de 1992—, ha quedado suprimido.

¹⁶⁶ También sería nula la declaración emitida frente a un incapaz (§ 131 BGB).

¹⁶⁷ Según el § 2 BGB —modificado por la Ley de 31 julio 1974, por la cual se dio una nueva reglamentación a la edad de la mayoría—, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años (art. 1 n.º 1 de la Ley).

¹⁶⁸ En virtud del § 108 BGB, la autorización del representante puede efectuarse en un momento posterior.

poseen cierta capacidad se atenderá al provecho que suponga el acto realizado¹⁶⁹.

Volviendo a la idea inicial, teniendo en cuenta que si los menores que no han cumplido la edad de siete años no tienen capacidad negocial, y cuando su edad está comprendida entre los siete y los dieciocho años tienen una capacidad negocial limitada, nos queda señalar por último, que la plena capacidad negocial se adquiere con la mayoría de edad, siempre y cuando no se padezca alguna enfermedad mental ni se esté sometido a un régimen de incapacitación.

Una vez realizadas estas puntualizaciones generales en torno a la capacidad negocial del menor de edad, conviene abordar de lleno el estudio de la capacidad delictual –*Deliktsfähigkeit*– de los menores, regulada en los §§ 828 y 829 BGB.

3.2.2. *El § 828 BGB y los incapaces. La capacidad delictual de la persona menor de edad*

Según se extrae del § 828 BGB, el menor de siete años no responde en ningún caso de los daños que pudiera ocasionar. En contra, el menor con una edad superior a siete e inferior a dieciocho años podría responder si, en el momento de la comisión del ilícito, tiene la capacidad necesaria para comprender el alcance de sus actos. Mientras en el primer supuesto estamos frente a una presunción irrefutable, en el segundo apartado la ley establece una presunción *iuris tantum*, puesto que el menor de dieciocho años no responderá de sus actos si en el momento en que causó el daño no actuaba con la suficiente capacidad¹⁷⁰.

En relación con este artículo interesa puntualizar que la referida previsión normativa sólo extiende su ámbito de aplicación a los daños que el menor cause a terceras personas, quedando excluidas las autolesiones¹⁷¹. Además cabe destacar que si no se prueba la falta de discernimiento del menor comprendido entre los

¹⁶⁹ En este sentido, algún autor ha objetado que la nulidad que automáticamente sanciona los actos realizados por los menores incapaces es excesiva y que sería conveniente extender la solución que proporciona el § 107 BGB, respecto de los actos realizados por personas que poseen capacidad de obrar restringida; consideran que el § 105 BGB es inconstitucional por ser contrario al § 2, I GG, que establece que cada sujeto tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, señalando como límite los derechos ajenos, las leyes y la moral. Así, CANNARIS, C. W., «Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht», *JZ*, 1987, pp. 996-8; *id.*, «Zur problematik von Privatrecht und verfassungsrechtlichem Übermaßverbot», *JZ*, 1988, p. 496.

Sin embargo la doctrina más representativa rechaza esta aplicación analógica. *Vid.* LARENZ, K., *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, p. 101; RAMM, T., «Drittwirkung und Übermaßverbot», *JZ*, 1988, pp. 491-2.

¹⁷⁰ El inciso final de la segunda parte del § 828 BGB dispone que acontece lo mismo tratándose de personas sordomudas.

¹⁷¹ Por todos, GOECKE, K., *op. cit.*, p. 25.

siete y los dieciocho años, responderá de sus actos como si de una persona adulta se tratase, cuando además quede acreditada su culpa con arreglo al § 276.I BGB¹⁷². Es decir, sólo en el supuesto de que el menor tenga capacidad de discernimiento se constatará su culpabilidad. En este sentido, como la norma presupone que las personas con capacidad delictual limitada tienen discernimiento, no se produce una comprobación de oficio¹⁷³ y las posibles dudas se volverán contra el propio menor.

Si bien el § 828.I BGB contiene un dato tan objetivo como lo es el establecimiento de la edad de siete años para delimitar la frontera de la incapacidad, la determinación del discernimiento necesario resulta más conflictiva¹⁷⁴. No siempre resulta fácil averiguar en qué momento se posee la suficiente capacidad de discernimiento para poder reconocer la responsabilidad.

Un menor de edad es imputable en virtud del § 828.II BGB si comprende la injusticia o ilicitud del daño que ha causado así como la obligación de responder del mismo. El concepto de discernimiento puede definirse como la evolución intelectual que sitúa al individuo en condición de reconocer la injusticia de la acción en relación con otras personas, así como de aperebirse de la obligación de responder de las consecuencias que deriven de su acción¹⁷⁵. El concepto no es fácil de dilucidar. En puridad de términos, el discernimiento no coincide con el reconocimiento de la responsabilidad, sino que constituye la capacidad para ese reconocimiento. Doctrina y jurisprudencia utilizan la expresión “capacidad de discernimiento” en lugar de referirse al “discernimiento necesario para el reconocimiento” pero hay que entenderla según lo expuesto¹⁷⁶.

¹⁷² En el Derecho alemán o no se es responsable o, si se es, se debe reparar el daño causado en su totalidad. Así lo establece el denominado *Alles oder Nichts Prinzip*.

¹⁷³ Sobre este planteamiento, MERTENS, H. J., en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 828)*, Band III, Halbband II, München, 1986, p. 1788; THOMAS, H., en *Palandt Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 828)*, München, 1985, p. 917.

¹⁷⁴ HENNINGS, T., *Persönliche Haftung und Mitverschulden von Kindern im französischen Deliktsrecht*, Berlin, 1992, p. 6; BOSCHER, W., «Haftung Minderjähriger und ihrer aufsichtspflichtigen Eltern», *VersR*, 1964, pp. 888 y 892.

¹⁷⁵ Esto no es más que una reminiscencia de los antiguos §§ 56 y 57 StGB. Aún hoy sigue vigente la doctrina contenida en la sentencia del *Reichsgericht* (RG) de 8 de diciembre de 1902, donde se declaraba que la comprensión de la obligación de responder de los propios actos era indisoluble de la comprensión de la responsabilidad. Además no se agota ni en la comprensión de la peligrosidad de la actuación ni tampoco con la comprensión del ilícito inferido a los demás, sino que más bien abarca ambas. El *Bundesgerichtshof* (BGH) ha adoptado esta postura pero un tanto atenuada respecto del conocimiento de la obligación de responder, señalando que quien es capaz de reconocer el peligro de su comportamiento, normalmente sabrá que se le puede hacer responsable de ello. La desviación tiene su causa en la necesidad de establecer una estricta separación entre la “capacidad de discernimiento” y la “culpa”, tal y como veremos.

¹⁷⁶ Son palabras de GOECKE, K., *op. cit.*, p. 28.

A estos dos elementos podemos añadir un tercero, puesto que un menor de edad tendrá capacidad de discernimiento si es capaz de comprender que su comportamiento puede conllevar algún tipo de peligro¹⁷⁷. La noción de peligro debe ser valorada en un sentido amplio, incluyendo no sólo el reconocimiento genérico del daño causado, sino también la comprensión de que la conducta puede comportar algún tipo de responsabilidad. Es suficiente con que, a modo de ejemplo, el menor sea capaz de reconocer el peligro genérico de lanzar una honda, una jabalina, piedras, etc. En este punto se puede señalar que generalmente todo niño de siete años de edad tiene una idea de si una determinada acción es objetivamente peligrosa y de si puede tener consecuencias negativas.

En tanto que para admitir la capacidad delictual del menor sólo se le exige que tenga una comprensión abstracta de la peligrosidad de la acción que realiza, para aceptar su culpabilidad se debe atender al reconocimiento de ese peligro en relación con las circunstancias particulares que definen el caso concreto. La consideración del peligro concreto sólo se tiene en cuenta si en la valoración de los hechos se comprueba que hubo negligencia por parte de ese menor en el sentido del § 276 BGB¹⁷⁸. Si atendiéramos únicamente a una peligrosidad general sin descender a la consideración del peligro concreto, sin duda la norma perdería la finalidad pretendida¹⁷⁹. Si bien el § 276 BGB contiene un baremo objetivo de diligencia¹⁸⁰, no existirá culpa en los casos expresamente previstos en el § 276.I *in fine*; en este sentido, los menores de siete años no son capaces de culpa, como tampoco lo son aquellos menores con edades comprendidas entre los siete y los dieciocho años, si se demuestra que en el momento de la comisión del acto ilícito no tenían el discernimiento necesario para el reconocimiento de la responsabilidad.

¹⁷⁷ MERTENS, H. J., (§ 828), *op. cit.*, p. 1785; WAIBEL, E., *op. cit.*, pp. 87 y 103.

BOSCHER observa que no parece adecuado sustituir el *reconocimiento de la responsabilidad* por el *reconocimiento del peligro*. Si el legislador se hubiese conformado con el reconocimiento de la peligrosidad, hubiese podido emplear esta expresión. Una conducta es peligrosa cuando conduce a la producción de un daño; el reconocimiento de peligrosidad pertenece a los más primitivos estadios de la existencia humana, e incluso se llega a transmitir por impulsos instintivos, además de ser concreto y próximo a la experiencia vital. El discernimiento necesario para el reconocimiento de la responsabilidad exige un pensamiento abstracto, cualitativo y ético. La afirmación según la cual «si el menor conoce la peligrosidad de una acción también sabe que puede ser responsabilizado si la comete» no nos convence, sobre todo tratándose de edades cortas. *Op. cit.*, p. 894.

¹⁷⁸ Por todos WAIBEL, E., *op. cit.*, pp. 103 y 105-6.

¹⁷⁹ BOSCHER, W., *op. cit.*, p. 894; por su parte GÓMEZ CALLE pone en tela de juicio la utilidad práctica de la distinción entre peligrosidad en abstracto y peligrosidad concreta, *vid. La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, 1992, pp. 157-8.

¹⁸⁰ El § 276 I, 2 BGB dispone que el deudor responde de sus actos cuando actúa con dolo o culpa y que una persona actúa culpablemente cuando no es diligente; para su consideración se remite a los §§ 827 y 828 BGB. En la valoración de la diligencia no se atiende a la que tiene el menor por sus circunstancias particulares sino que se refiere a la diligencia objetivamente exigible en el tráfico jurídico.

Este baremo de diligencia ha sido relativizado por el *Bundesgerichtshof* en función de los diversos grupos de edad. El hecho de acudir a un baremo objetivo no debe conducir a que todos los menores sean evaluados del mismo modo sin prestar atención a su edad¹⁸¹. Un menor actúa negligentemente si otro menor perteneciente a su mismo grupo de edad debiera haber previsto, en función de la diligencia que le era exigible, que su conducta podía conducir a la lesión de otra persona.

En relación con lo anterior debemos establecer una distinción entre la madurez intelectual y la madurez volitiva. En el § 828 BGB sólo se hace referencia a la madurez intelectual. En cambio, en el § 276 BGB queda comprendida la madurez volitiva, lo que constituye una diferencia entre ambos párrafos. En el StGB se exige también la madurez volitiva, según la cual el menor ha de comportarse de forma adecuada al discernimiento que sí posee, es decir, que en el momento en el que comete la acción, ha de tener una capacidad de actuación acorde con su comprensión¹⁸².

Según se advierte en la doctrina, la previsión contenida en el § 828 BGB ya no resulta acorde con la actual realidad social¹⁸³. *De lege ferenda* son muchos los autores que proponen una modificación de la edad fijada en el § 828 a favor de una edad superior, señalando como límite más conveniente la edad de los diez años¹⁸⁴. Así ha sido puesto de manifiesto en el reciente Anteproyecto de Segunda Ley de modificación de las disposiciones sobre Derecho de daños en Alemania, de 19 de febrero de 2001 –cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de enero de 2002– donde igualmente, en relación con la responsabilidad de los menores por los accidentes causados en el tráfico rodado y ferroviario, se pretende elevar la edad mínima de los siete a los diez años.

En relación con lo anterior, conviene señalar¹⁸⁵ que el Proyecto de la Comisión de 1967 relativo a la elaboración de una ley para la modificación y ampliación

¹⁸¹ MERTENS, H. J., (§ 828), *op. cit.*, p. 1787; SCHRÄDER, en SOERGEL, H. T./SIEBERT, W., *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen (§ 828)*, Band II, Stuttgart, 1962, p. 1237; RAMBACH, P. H., *Die Deliktische Haftung Minderjähriger und ihrer Eltern im französischen belgischen und deutschen Deliktsrecht*, Freiburg, 1994, p. 83.

¹⁸² Aunque no se establezca explícitamente qué debe entenderse por madurez volitiva en el StGB, así lo entiende la doctrina. Por todos, WAIBEL, E., *op. cit.*, pp. 48 ss.

¹⁸³ Así, SCHEFFEN, E., «Zur reform der (zivilrechtlichen) Deliktsfähigkeit von Kindern ad dem 7 Lebensjahr (§ 828, I, II BGB)», *ZRP*, 1991, p. 458.

¹⁸⁴ En este sentido, KUHLEN, L., «Strafrechtliche Grenzen der zivilrechtlichen Deliktshaftung Minderjähriger? (Zugleich eine Anmerkung zum Vorlagebeschluß des OLG Celle vom 26-5-1989 (4 U 53/88))», *JZ*, 1990, p. 276; SCHEFFEN, E., «Zur reform der...», *cit.*, pp. 461 y 463.

En cambio, VON BAR, en el Informe sobre Derecho delictual que presentó en 1981 ante el Ministerio Federal de Justicia renunció a fijar un límite de edad por debajo del cual se debía entender que una persona era incapaz, a semejanza del § 828 I BGB, con lo cual se disminuía la protección del menor.

¹⁸⁵ RAMBACH, P. H., *op. cit.*, pp. 85-6; en el mismo sentido, MERTENS, H. J., (§ 828), *op. cit.*, p. 1788.

de la normativa referida a indemnizaciones –zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften– apuntó que el § 828.II BGB debía ser nuevamente redactado¹⁸⁶. Para ello se pretendía seguir el ejemplo del Derecho penal y además dulcificar el principio del “todo o nada” en la aplicación de una indemnización al menor de edad, es decir, en este Proyecto se procuraba alcanzar un estadio intermedio entre el resarcimiento íntegro y el no resarcimiento del daño. Con esta propuesta se posibilitaba una adaptación de la indemnización a las circunstancias concretas de cada supuesto¹⁸⁷.

Ahondando en lo anterior y teniendo en cuenta que el § 828.II BGB es una norma de carácter preconstitucional, resulta fundamental destacar que el *Bundesgerichtshof* ha señalado su adecuación y acomodo al texto constitucional. Y a pesar de los intentos, lo cierto es que ninguna de las iniciativas legislativas ha logrado convertirse en ley¹⁸⁸.

3.2.3. La responsabilidad de las personas encargadas de la vigilancia del menor y su regulación en el § 832 BGB. Especial consideración a los padres

Señala el § 832 BGB que toda persona que tenga encomendada la vigilancia de otra deberá hacerse cargo del daño que ésta hubiera podido causar a terceros¹⁸⁹.

¹⁸⁶ El Proyecto dispone que «Quien haya alcanzado el séptimo pero no el decimoctavo año de vida no es responsable del daño que cause a un tercero si al cometer la acción damnificante, y según su desarrollo intelectual y moral, no era capaz de reconocer la injusticia de la acción y la responsabilidad derivada de ella, o de actuar según ese reconocimiento. Si posee esa capacidad, pero en menor medida que un adulto, el Tribunal puede limitar la obligación de indemnizar, siempre y cuando esta limitación responda al criterio de equidad teniendo en cuenta las circunstancias particulares de los implicados, en especial las económicas». *Vid.* MERTENS H. J., (§ 828), *op. cit.*, p. 1788.

¹⁸⁷ Este planteamiento reformador ha sido defendido por la propia jurisprudencia, como lo muestra la cuestión de inconstitucionalidad que el *Oberlandesgericht* Celle planteó el 26 de mayo de 1989 ante el *Bundesgerichtshof*, donde cuestionaba si el § 828 II BGB se ajustaba a la Constitución alemana en los casos en que la leve negligencia de un menor conllevara una responsabilidad que supusiera su ruina (OLG Celle, *JZ*, 1990, pp. 295 ss); en la doctrina, GOECKE, K., «Unbegrenzte Haftung Minderjähriger», *NJW*, 1999, pp. 2305-10.

¹⁸⁸ Ni siquiera el § 828 BGB fue reformado aprovechando la ocasión dispensada a propósito de la reforma del Derecho de familia, *Familienrechtsänderungsgesetz* –FamRÄndG– el 11 de agosto de 1961. De este modo se pronuncia la sentencia del BVerfG de 13-8-1998, *NJW*, 1998, pp. 3557-8.

En otro orden de cosas, se debe apuntar que en 1994 se publicaba la *Insolvenzordnung* que aunque pretendía entrar en vigor a principios del año 1997, ha tenido que esperar hasta el 1 de enero de 1999 para tener una plena vigencia. Si bien su ámbito de aplicación se reconduce a los supuestos donde deudores plenamente capaces sufren un excesivo endeudamiento –posibilitándoles bajo determinados requisitos la liberación de sus deudas–, se discute su posible aplicación a los menores de edad cuando hubiesen contraído una deuda como consecuencia del daño causado a otra persona. La tendencia actual es la de no extenderla a dichos supuestos, *vid.* GOECKE, K., *op. cit.*, pp. 69 ss.

¹⁸⁹ § 832 BGB: «1) Quien por ley esté sujeto a la vigilancia de una persona que requiera estas atenciones a causa de su menor edad o por la limitación de sus capacidades mentales y físicas, estará obligado a la reparación de los daños que esta persona cause a terceros. La obligación de resarcir no tendrá lugar si ha desempeñado debidamente su obligación de vigilancia o si el daño se hubiese producido incluso en el caso de su correcto desempeño. 2) La misma responsabilidad incumbe a quien asuma contractualmente la vigilancia».

La *ratio* de la norma reside en la doble obligación que este guardador tiene, por un lado hacia el menor y por otro lado hacia terceras personas en orden a evitar que queden sin indemnización. Este parágrafo sólo se extiende a los daños que el menor cause a otras personas, pero no a los daños que se pueda ocasionar a sí mismo, ni tampoco a aquellos daños que le hubiera causado un tercero a él, en cuyo caso, quien omitió la vigilancia podría ser obligado a responder en virtud del § 823 BGB¹⁹⁰.

Se constata en el seno de la doctrina que la vigilancia que se ejerza sobre el menor no deberá coartar su libertad. En efecto, deberá lograrse un justo equilibrio entre dicha vigilancia y el libre desarrollo de la personalidad del menor¹⁹¹, puesto que este derecho se vería recortado de manera improcedente si los padres debieran estar constantemente supervisando las conductas de sus hijos. Incluso la propia jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido al reconocer a los padres una atenuación de su responsabilidad cuando el menor se encuentra próximo a la mayoría de edad legalmente establecida¹⁹².

Como señalábamos al comienzo, el § 832 BGB contiene una norma de formulación genérica donde no aparecen enumeradas las personas a las que debe prestar cobertura dicho precepto. Tan sólo se precisa que deberá responder quien tuviera alguna obligación de vigilar a una persona menor de edad o incapaz; y esta obligación puede tener carácter legal o contractual¹⁹³.

Con relación a los presupuestos necesarios para la aplicación de esta norma, debemos señalar que junto al daño causado por el menor, el acto llevado a cabo ha de poder ser calificado como ilícito, con independencia de que el menor pueda ser imputable de acuerdo con el § 828 BGB; por último, ha de existir una relación de causalidad entre la infracción del deber de cuidado del menor y los daños ocasionados por éste.

En torno al segundo requisito, si el menor observó la diligencia que objetivamente le era exigible, su comportamiento no podrá ser calificado como contrario a derecho y tampoco responderán de los daños que hubiera podido causar quienes desempeñaban la obligación de vigilarle. Sin embargo, si el menor actúa en consonancia con la diligencia correspondiente a su grupo de edad (§ 276 BGB) —ahora

¹⁹⁰ En relación con este parágrafo no cabe la inversión de la carga de la prueba.

¹⁹¹ BOSCHER, W., *op. cit.*, p. 889.

¹⁹² BGH, 27-11-1979, *NJW*, 1980, p. 1044.

¹⁹³ La obligación legal es la que corresponde por ejemplo a los padres. El § 832 BGB también prevé la posibilidad de que la obligación de vigilancia se asuma mediante un contrato celebrado expresa o tácitamente. No basta con asumir de hecho el cuidado del menor, puesto que se tiene que diferenciar la obligación contractual de una mera situación fáctica, SCHRÄDER, (§ 832), *op. cit.*, p. 1278.

no se valora la diligencia exigible objetivamente—, y ésta es inferior a la que se requiere para evitar el daño, se podrá exigir a los encargados de su vigilancia que suplan esa carencia y por lo tanto respondan del daño causado por el menor.

Si el tercer requisito de la norma se refería a la relación de causalidad entre la negligencia de los padres y los daños ocasionados por el menor, en el § 828 BGB no se recoge una excepción al principio de culpabilidad¹⁹⁴; esta responsabilidad se relaciona con una acción ajena pero su fundamento reside en una culpa propia de los padres.

No obstante lo anterior, el guardador puede exonerarse probando que su culpa no es la causa de los daños o acreditando que aun habiendo llevado a cabo una vigilancia adecuada, el daño se hubiere producido.

Por el mero hecho de que el menor tenga capacidad delictual en el sentido del § 828.II BGB los guardadores no quedan exonerados. Frente a la víctima existe una responsabilidad solidaria —según dispone el § 840.I BGB— y si los guardadores son los padres, entre ellos esta responsabilidad también es solidaria. En relación con la distribución interna de la obligación solidaria de responsabilidad, el segundo párrafo del § 840 BGB dispone que si el menor tiene capacidad delictual sólo él quedará obligado a la reparación integral del daño; en este supuesto, si quien estaba encargado de su vigilancia satisfizo la indemnización, podrá ejercer su derecho de regreso contra el menor. En cambio, si dicho menor es una persona incapaz y su responsabilidad ha sido fundada en la equidad (§ 829 BGB) pueden quedar obligados sus padres. En este caso, si el menor hubiera respondido por el daño podrá repetir contra ellos, teniendo en cuenta que la responsabilidad por equidad tiene carácter subsidiario.

Con la pretensión de mejorar esta situación ha sido instada una reforma del § 832 BGB, que proclama la supresión de la inversión de la carga de la prueba y la limitación de responsabilidad a los supuestos de dolo y negligencia grave¹⁹⁵.

3.2.4. *Menor sin discernimiento y responsabilidad por criterios de equidad. El § 829 BGB*

Como hemos señalado, un menor de edad puede responder de los daños que hubiera causado, aunque lo cierto es que en la práctica son los guardadores del in-

¹⁹⁴ SCHRÄDER, *ibid.*, p. 1277; ALBIT, J. H., *op. cit.*, p. 8; LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, *Besonderer Teil*, München, 1981, p. 647.

¹⁹⁵ Entre otros, GROßFELD, B./MUND, B., «Die Haftung der Eltern nach § 832», *FamRZ*, 1994, p. 1509; HIPPEL, E., «Zur Haftung Aufsichtspflichtiger für durch Kinder verursachte Schäden. Ein Ruf nach Reform», *FamRZ*, 1968, pp. 574-5.

capaz quienes suelen ser declarados responsables de los ilícitos cometidos por quien estaba bajo su cuidado. En este sentido cabe indicar que el § 829 BGB comprende una responsabilidad asentada en el principio de la equidad¹⁹⁶ y con ello se introduce una fisura en el sistema culpabilístico de la responsabilidad extracontractual, al disponer que los incapaces en determinadas circunstancias pueden ser obligados a responder de sus propios actos¹⁹⁷.

De no existir este parágrafo se podría llegar a situaciones en las que la víctima del daño no podría responsabilizar ni al autor material, por ser incapaz con arreglo al § 828 BGB, ni a la persona encargada de su vigilancia, por haber quedado exonerada según el § 832 BGB¹⁹⁸. En ese sentido, el § 829 BGB ha venido a colmar una laguna que, sin embargo, existe en otros países.

La calificación dogmática de la responsabilidad por equidad resulta controvertida¹⁹⁹. Algunos autores intentan reconducirla al principio tradicional de la culpa indicando que la responsabilidad por equidad nace de una culpabilidad muy atenuada procedente de una persona inimputable que, aun con todo, ha obrado con cierta comprensión²⁰⁰. Por el contrario, otros autores han defendido que si la incapacidad del autor del daño anula cualquier posibilidad de comprensión, la responsabilidad debe ser calificada como una responsabilidad objetiva²⁰¹. También se ha señalado que la razón de ser de esta responsabilidad reside en que cada persona debe responsabilizarse de sus propios actos²⁰². Por último, consideramos que resulta preferible alegar que su fundamento estaría constituido por la necesidad de indemnizar a la víctima sobre la base de una justicia distributiva; en este sentido, en lugar de que exclusivamente sea la víctima quien soporte el daño, se

¹⁹⁶ El § 829 BGB dispone que «Si alguien, en el marco de los casos previstos en los §§ 823 a 826 no es responsable del daño causado según los §§ 827 y 828, y siempre y cuando no sea posible obtener la reparación del daño de una tercera persona obligada a su vigilancia, debe no obstante reparar el daño en la medida en que lo exija la equidad, teniendo en cuenta las circunstancias de las partes, en especial las económicas, siempre que no se le prive de los medios necesarios para la adecuada manutención y para el cumplimiento de sus obligaciones de alimentos previstas por la ley».

El adjetivo «adecuado» (*angemessen*) en vez de «conforme a su rango o posición social» (*standesgemäß*) fue introducido a través del art. 1, n.º 41, del Libro de reforma del Derecho de familia, *Familienrechtsänderungsgesetz* –*FamRÄndG*– el 11 de agosto de 1961. *Vid.* SCHRÄDER, (§ 829), *op. cit.*, p. 1239.

¹⁹⁷ HEINSHEIMER, K., *op. cit.*, p. 237; KOEBEL, «Billigkeitshaftung von Kindern und Jugendlichen», *NJW*, 1956, p. 969; THOMAS, H., *op. cit.*, p. 918; RAMBACH, P. H., *op. cit.*, pp. 91-2; SCHRÄDER, (§ 829), *op. cit.*, p. 1239.

¹⁹⁸ En este sentido, IGNEY, G. H. A., *Die deliktsrechtliche Haftung Minderjähriger und der zu ihrer Berücksichtigung Verpflichteten Personen nach deutschem und schwedischem*, Freiburg, diss., 1981, p. 36; MERTENS, H. J., (§ 829), *op. cit.*, p. 1789.

¹⁹⁹ RAMBACH, P. H., *op. cit.*, pp. 91-2.

²⁰⁰ HEINSHEIMER, K., *op. cit.*, pp. 234 ss.

²⁰¹ DEUTSCH, E., «Zurechnungsfähigkeit und Verschulden. Ein Beitrag zum Anwendungsbereich des § 829 BGB», *JZ*, 1964, pp. 88-9.

²⁰² ESSER, J./WEYERS, H. L., *Schuldrecht*, Band II, *Besonderer Teil*, Heidelberg, 1984, p. 476.

debe intentar obtener la indemnización a cargo del autor material del daño, teniendo en cuenta las circunstancias económicas de ambas partes²⁰³. Las circunstancias concretas de cada caso son las que establecen si es aconsejable que una persona sin capacidad delictual responda de sus actos ilícitos en virtud del principio de equidad²⁰⁴.

Convendría puntualizar que la responsabilidad por equidad dispuesta en el § 829 no pretende erigirse en un tercer pilar, junto a los dos principios de responsabilidad que determinan el Derecho civil alemán (el principio de culpabilidad –*Verschuldensprinzip*– y el de la responsabilidad por riesgo u objetiva –*Gefährdungshaftung*–). Sólo pretende atenuar el rigor que se podría desprender de una aplicación estricta de los §§ 827 y 828 BGB²⁰⁵.

En relación con la responsabilidad del menor incapaz, se requieren ciertos presupuestos. Así, es necesario que el menor que comete la acción ilícita causando daños a un tercero no tenga el discernimiento suficiente y que la víctima no pueda obtener la indemnización de la persona encargada de su vigilancia; además, en todo caso será el Juez quien decida que procede una responsabilidad por equidad en consonancia con las circunstancias del caso.

Así pues en primer lugar es necesario que el menor de edad no tenga capacidad con arreglo al § 828 BGB y que haya causado un daño a otra persona mediante una de las acciones ilícitas recogidas en los §§ 823-826 BGB. Al valorar su conducta, en tanto que parte de la doctrina considera que bastaría con el daño objetivamente causado, otros autores sostienen la necesidad del requisito subjetivo de la culpa del menor, culpa que algunos llaman “natural”²⁰⁶. En realidad, ninguna de estas dos posiciones debe interpretarse literalmente porque lo cierto es que podemos deducir que son compatibles y guardan una estrecha relación entre sí. En definitiva se pretende que cada vez que un incapaz cause un daño que sea resultado de una actuación objetivamente ilícita, no sea automáticamente declarado responsable del mismo. Se desestimaría la aplicación del § 829 BGB si el menor hubiera actuado lícitamente. La consideración de la culpa natural no debe convertirse en

²⁰³ Por todos, SCHÄFER, K., (§ 829), *op. cit.*, pp. 690-1.

²⁰⁴ Así, LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, *cit.*, p. 597; HÜBNER, U., «Zur Reform von Deliktsrecht und Gefährdungshaftung», *NJW*, 1982, p. 2045; RAMBACH, P. H., *op. cit.*, p. 94.

²⁰⁵ LARENZ, K., *Ibid.*, p. 599.

²⁰⁶ A favor de la apreciación del daño objetivo se pronuncia SCHÄFER, (§ 829), *op. cit.*, p. 696; también se pronuncia favorablemente LARENZ, quien expresamente se manifiesta en oposición a la culpabilidad en sentido natural, *vid. Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, *cit.*, p. 598.

A favor de la culpa natural se pronuncia BRUNS, H. J., «Zur Problematik, rausch-, krankheits-, oder jugendbedingter Willensmängel des Schuldunfähigen Täters im Straf-, Sicherungs-, und Schadensersatzrecht (§§ 330 a, 42 b StGB, 829 BGB)», *JZ*, 1964, pp. 478-9.

un requisito demasiado estricto, sino que únicamente ha de apreciarse que en la conducta del incapaz concurren los indicios necesarios para que en el supuesto de que ese daño lo hubiese ocasionado una persona con plenas facultades, se estimase la culpabilidad de su acción. No se pretende cargar a una persona sin capacidad de culpa con una responsabilidad por equidad en aquellos casos en que ni siquiera un sujeto con discernimiento sería responsable²⁰⁷. Si el menor se ha comportado con la diligencia debida y aun así ha ocasionado un daño, no tendrá que responder con arreglo al § 829 BGB.

En segundo lugar, se requiere que el perjudicado no pueda obtener la indemnización con cargo a la persona que estaba encargada de la vigilancia del menor y si la responsabilidad de la persona obligada a la vigilancia sólo conduce a una indemnización parcial del damnificado, se aplicará el § 829 BGB por el importe restante. La responsabilidad por equidad tiene carácter subsidiario porque se concibe como última opción²⁰⁸, sin que ello signifique que para iniciar un proceso contra el menor sea preciso obtener previamente una sentencia desestimatoria de la responsabilidad de las personas encargadas de su vigilancia.

Como tercer requisito, el Juez deberá tener en cuenta las circunstancias concretas y señalar si considera aconsejable que el incapaz indemnice al damnificado, siempre y cuando no se le prive de los medios necesarios para su adecuada manutención y para el cumplimiento de sus obligaciones de alimentos. Ello significa que la responsabilidad por equidad tiene un límite legal, puesto que al menos se deberá respetar del patrimonio del menor agente lo pertinente para vivir conforme a sus necesidades.

En el momento de apreciar las circunstancias de cada una de las partes, entre los aspectos valorables se incluyen tanto las circunstancias personales –resaltando las de tipo económico– como las particularidades de la acción –la causa, la gravedad y las consecuencias del daño causado–²⁰⁹. Señala la doctrina alemana que el § 829 BGB no está concebido para ser aplicable únicamente a los incapaces que se

²⁰⁷ LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, *cit.*, p. 598.

²⁰⁸ El § 829 BGB se aplicaría cuando no se pudiera acudir al § 832 BGB por ejemplo porque no se sabe quién tiene la obligación de vigilancia, o cuando dicha persona esté en paradero desconocido, o porque sea insolvente; en definitiva, no importa que la materialización de la indemnización no se haya conseguido por motivos legales o de hecho. En este sentido, MERTENS, H. J., (*§ 829*), *op. cit.*, pp. 1790 y 1793.

Como apunta IGNEY, la subsidiariedad parece justificada si se tiene en cuenta que se está eliminando en cierta medida el principio de la culpabilidad con el objeto de amparar a un damnificado exento de toda culpabilidad, *vid. op. cit.*, p. 35; RAMBACH, P. H., *op. cit.*, p. 93; SCHRÄDER, (*§ 829*), *op. cit.*, p. 1240.

²⁰⁹ MERTENS, H. J., (*§ 829*), *op. cit.*, p. 1794; SCHÄFER, K., (*§ 829*), *op. cit.*, p. 702; RAMBACH, P. H., *op. cit.*, p. 94.

encuentren en unas circunstancias económicas extraordinariamente favorables, sino que lo realmente decisivo es que exista un importante desnivel económico entre ambas partes²¹⁰. Al valorar las circunstancias de las partes implicadas, aunque algunos autores se refieren sólo al menor y a la persona que ha sufrido el perjuicio²¹¹, la mayoría de la doctrina también tiene en cuenta la situación económica de quienes están al cargo de la manutención del menor²¹².

Junto a las circunstancias personales y a las singularidades de la acción que se deben valorar a la hora de proceder a una condena por razones de equidad, se discute si también debe ser objeto de consideración la existencia de algún seguro de responsabilidad civil²¹³. Cuando se redactó el § 829 BGB, el seguro de responsabilidad civil no era muy usual, pero los tiempos han cambiado y la situación actual es la que debe primar al interpretar este parágrafo. Según el tradicional principio de separación (*Trennungsprinzip*) el seguro es anterior a la responsabilidad (§149 VVG) e influye sobre ésta y no al contrario. Esto significa que el hecho de que el damnificado pueda tener un seguro de responsabilidad civil no debería tenerse en cuenta a la hora de aplicar el § 829 BGB, pero en la práctica no ocurre así, atendiendo a que en la jurisprudencia se tiende a garantizar siempre a la víctima del daño una indemnización²¹⁴.

En torno a esta responsabilidad por equidad, el demandante deberá demostrar que se dan los presupuestos necesarios para que el menor responda. De ahí que además de probar la existencia de una acción ilícita, deberá constatar que no ha podido obtener la indemnización de la persona que estaba obligada a la vigilancia del incapaz. Al propio menor le corresponderá probar, en su caso, que se le puede privar de lo indispensable para su mantenimiento.

El § 829 BGB limita su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que un menor de edad carezca de discernimiento. Teniendo en cuenta que la responsabilidad por equidad tiene carácter excepcional, no podrá extenderse analógicamente a

²¹⁰ Así se pronuncia el *Bundesgerichtshof*. Vid. GOECKE, K., *op. cit.*, p. 32; en semejante sentido, HENNINGS, T., *op. cit.*, p. 12.

²¹¹ Vid. IGNEY, G. H. A., *op. cit.*, p. 38; igualmente BOSCHER, *op. cit.*, p. 898.

Estos autores consideran que si también se diese entrada a los padres se produciría una ampliación de responsabilidades y, en este sentido, no se puede asumir que en última instancia sean éstos quienes tengan que asumir la responsabilidad, porque la misma ya se encuentra regulada en el § 832 BGB.

²¹² Entre otros, KOEBEL, *op. cit.*, p. 971; HENNINGS, T., *op. cit.*, p. 12; MERTENS, H. J., (*§ 829*), *op. cit.*, p. 1794; SCHÄFER, K., (*§ 829*), *op. cit.*, p. 703; RAMBACH, P. H., *op. cit.*, p. 94.

²¹³ A favor de la consideración de este seguro a la hora de limitar la responsabilidad del menor se muestran por ejemplo LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, *cit.*, p. 598.

²¹⁴ VON BAR, C., «Das "Trennungsprinzip" und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung», *AcP*, 1981, pp. 289 ss.

supuestos distintos de los expresamente recogidos en este párrafo²¹⁵ y los intentos tendentes a convertir esta norma en un principio general del Derecho han fracasado.

En este sentido, surge una cuestión acerca de qué regulación sería aplicable cuando un menor de edad tuviera capacidad delictual y sin embargo no fuera culpable a tenor del § 276 BGB. Aparentemente nos encontramos frente a una laguna legal, puesto que resultaría inicuo que un joven que tuviera capacidad de discernimiento pero no fuera capaz de culpa, recibiese un trato privilegiado respecto de aquellos menores de edad que no poseen dicha capacidad de discernir. Esto carecería de sentido y por ello, si ese menor tiene capacidad a pesar de no ser culpable con arreglo al § 276 BGB, podrá ser condenado por motivos de equidad. El razonamiento es lógico, pues aunque en relación con este supuesto el § 829 BGB omite cualquier referencia, sería injusto establecer un trato desigual entre estos menores. Pese a lo que acabamos de señalar, nos decantamos por una extensión analógica del § 829 BGB a estos supuestos en los que un menor tiene el discernimiento suficiente para reconocer su responsabilidad, pero en el caso concreto no se aprecia culpa de su parte por no poder ese menor reconocer el peligro del acto realizado, atendiendo al grado de desarrollo característico de su grupo de edad²¹⁶.

Como consecuencia de todo ello, se ha propuesto la reforma de este párrafo. Entre los años 1938 y 1942 la Comisión de la *Akademie für Deutsches Recht* propuso una reforma en la que pretendía introducir una norma general para la responsabilidad por consideraciones de equidad, de forma que los Jueces tuvieran posibilidad de fijar una indemnización cuando se causara un daño objetivamente ilícito sin culpa, teniendo en cuenta si esa responsabilidad era coherente con el principio de equidad, según las circunstancias concretas²¹⁷.

El Proyecto que propuso la Comisión en 1967 relativo a la elaboración de una Ley para la modificación y ampliación de la normativa referida a indemnizaciones, recogía la equidad en la nueva redacción que daba al § 828.II BGB, donde señalaba que

²¹⁵ Así lo indica MERTENS quien señala además que la aplicación del § 829 BGB no queda excluida cuando al menor autor del daño se le pueda imputar también una responsabilidad por el riesgo causado, *vid.* (§ 829), *op. cit.*, pp. 1790 y 1793; LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, *cit.*, p. 599; HÖCHSTER, E., «Grenze der Haftung Unzurechnungsfähiger (§ 829 BGB)», *AcP*, 1909, t. 104, pp. 431-2; GOECKE, K., *op. cit.*, p. 32; IGNEY, G. H. A., *op. cit.*, p. 37.

²¹⁶ LARENZ, K., *ibid. loc. cit.*; DEUTSCH, E., *op. cit.*, p. 86; RAMBACH, P. H., *op. cit.*, p. 96; también MEZGER, a propósito del comentario a la sentencia del OLG Braunschweig de 23 de diciembre de 1953 que se pronunciaba a favor de la aplicación analógica, «Haftet ein zurechnungsfähiger Jugendlicher, wenn ihm wegen der typischen Eigenarten seiner Altersgruppe kein Verschulden trifft?», *vid. MDR*, 1954, pp. 597-8.

En sentido negativo, *vid.* BÖHMER, E., «Kann § 829 BGB auch bei einem einsichtsfähigen aber schuldlosen Jugendlichen angewendet werden?», *MDR*, 1964, p. 280.

Recoge algunas soluciones WILTS, W., «Analogue Anwendung des § 829 BGB?», *VersR*, 1963, pp. 1098 ss.

²¹⁷ § 7 del Proyecto, RAMBACH, P. H., *op. cit.*, pp. 97-8.

«si el menor comprendido entre los siete y los dieciocho años poseía la capacidad de reconocer la ilicitud de la acción y la responsabilidad derivada de ella, o de actuar según ese reconocimiento, pero en menor medida que un adulto, el Juez podía limitar la obligación de indemnizar, siempre y cuando esta limitación respondiera al criterio de equidad, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de los implicados, especialmente las de carácter económico»²¹⁸. Este Proyecto no contenía modificaciones sustanciales respecto del actual § 829 BGB; únicamente cabría destacar que con arreglo a la nueva versión del § 828.II BGB no era necesaria la aplicación analógica del § 829 BGB en los casos en que el menor tenía capacidad delictual pero no culpabilidad, puesto que la nueva redacción introducía la capacidad volitiva en este ámbito.

En 1981 VON BAR preparó para el Ministerio Federal de Justicia un Informe sobre el Derecho de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, partiendo del desarrollo jurisprudencial y doctrinal, y de los avances acaecidos en los sistemas jurídicos internacionales²¹⁹, presentó una propuesta donde proponía refundir los §§ 827 a 829 BGB en una sola norma, bajo el título de «disminución y exclusión de la responsabilidad». Como novedad destaca el hecho de que para valorar la equidad incluyera expresamente algunos datos como la edad, el desarrollo, el tipo de actuación y, en general, las demás circunstancias particulares que podían concurrir en cada supuesto.

3.2.5. *El menor de edad víctima y coautor de su propio daño*

La intervención de la víctima en la producción del daño puede suponer que la obligación de indemnizar que recae sobre el autor del perjuicio quede minorada, o incluso llegue a desaparecer. Dispone el § 254 BGB que la compensación de culpas –*Mitverschulden*– entre las partes que han intervenido, surge tanto si la víctima contribuye a la producción del daño como –según puntualiza su párrafo 2º– si omite evitarlo, es decir, si no actúa con la diligencia necesaria para protegerse del mismo.

Como apunta la jurisprudencia²²⁰ y la mayoría de la doctrina, cuando la víctima del daño es un menor de edad se aplican las normas que regulan la responsabi-

²¹⁸ *Id.* MERTENS, H. J., (§ 828), *op. cit.*, p. 1788; RAMBACH, P. H., *op. cit.*, p. 86.

²¹⁹ HÜBNER, U., *op. cit.*, p. 2042.

²²⁰ En este sentido, BGH 10-4-1962. Mientras una joven iba con su bicicleta por una carretera, unos menores se encontraban jugando a la pelota en una acera. Al caer la pelota a la calle, uno de esos menores, que tenía tres años, corrió tras ella y colisionó con la bicicleta. La joven no pudo ni ver ni esquivar al menor y ambos sufrieron graves daños. Los representantes del menor demandaron a la joven, alegando que conducía a una velocidad excesiva y que ni siquiera había reparado en que había niños jugando. Por su parte, la demandada alegó que la única causa del accidente residía en el hecho de que el menor corrió hacia la carretera de forma imprevisible, y por ello propuso que se procediera a una compensación de daños. Como el I.G estimó la reclamación del demandante y el recurso de apelación tampoco tuvo éxito, la parte demandada interpuso recurso de casación y el BGH estimó la pretensión al limitar su obligación de indemnización e indicar que en la valoración de los daños debía tenerse en cuenta el § 829 BGB, que –y esto es importante– declaraba que podía ser aplicado en el ámbito del § 254 BGB. *Id.* BGHZ, n.º 37, p. 102.

lidad dimanante de los ilícitos cometidos por personas menores. En este sentido, si se constata que el menor que ha sufrido el daño en cuya producción ha intervenido tenía discernimiento, podrá atribuírsele parte de responsabilidad con arreglo al § 828.II BGB. Incluso cuando no tuviera discernimiento se le podrá imponer una cuota de participación en el daño producido si, a tenor del § 829 BGB, así lo exige la equidad²²¹.

Como indicábamos, para valorar la responsabilidad de un joven acudimos al § 828.II BGB, aunque en lugar del «discernimiento necesario para el reconocimiento de una responsabilidad frente a terceros» debería considerarse si el menor posee la madurez intelectual suficiente para darse cuenta de que no debe ponerse en peligro a sí mismo²²², es decir, ha de poseer el discernimiento que le posibilite el reconocimiento del peligro que implica su propia conducta. En orden a valorar la coresponsabilidad en el marco del § 254 BGB también se deben tomar en consideración las circunstancias que derivan del hecho de pertenecer el menor a un determinado grupo de edad, por lo que habría que verificar si el menor víctima ha omitido la diligencia que un niño de su misma edad suele emplear para evitar el daño.

La obligación y la cuantía de la indemnización dependerán de las circunstancias de cada caso, destacando fundamentalmente la culpa de cada una de las partes. Al amparo del § 254 BGB al Juez se le facilita lo que normalmente le está vedado, a saber, la posibilidad de determinar el grado de responsabilidad de una persona en relación con su culpabilidad. Así, el BGH en su sentencia de 14 de marzo de 1961 se pronunció en contra de otra sentencia que había privado a un joven de dieciséis años y medio de todo derecho a recibir una indemnización como consecuencia de su grave coexistencia de culpa en el daño sufrido, señalando que las particularidades de la conducta de los jóvenes merecen ser tomadas en consideración y por ello mismo la culpabilidad de este menor no podía tener carácter grave²²³.

²²¹ La cuestión ha sido muy discutida pero la tendencia actual se pronuncia a favor de la aplicabilidad del § 829 BGB en el ámbito del § 254 BGB. Desde esta perspectiva destacan LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, München, 1981, pp. 495-6; WAIBEL, E., *op. cit.*, pp. 137 ss; BOSCHER, W., *op. cit.*, p. 898; MERTENS, H. J., (§ 829), *op. cit.*, pp. 1793 y 1795; BÖHMER, E., «Kann § 829 BGB auch im Fall des § 254 BGB analog angewendet werden?», *MDR*, 1962, p. 778; HERETH, H., «Nochmals zur analogen Anwendung des 829 BGB im Fall des § 254 BGB», *MDR*, 1963, pp. 273-4; KOEBEL, «Billigkeitshaftung von...», *cit.*, p. 972; LANGE, H., *Schadensersatz*, Tübingen, 1990, § 10, VI 3, pp. 554 ss; HÖCHSTER, E., *op. cit.*, p. 431; SCHÄDER, (§ 829), *op. cit.*, p. 1240; GOECKE, K., *op. cit.*, p. 35.

²²² SCHRÄDER, (§ 828), *op. cit.*, p. 1238; BOSCHER, *op. cit.*, p. 894.

²²³ BGHZ, n.º 34, p. 355; NJW, 1962, p. 1199.

Asimismo, si entre las circunstancias a tener en cuenta destaca el grado de culpabilidad, ello no significa que se deba obviar el conocimiento de cualquier otro dato. Por ejemplo, como hemos señalado con anterioridad, en muchas ocasiones se acude al argumento de la existencia de un seguro de responsabilidad civil para determinar la indemnización, pero se debe señalar que ésta no constituye una circunstancia de las que por sí sola derive la responsabilidad; en todo caso, podrá ser tomada en cuenta pero sólo sobre la base de otras circunstancias, es decir, el seguro puede actuar como corrector de la suma debida pero no puede ser observado como un criterio único en la determinación de cuotas²²⁴.

Si se examina la jurisprudencia se observa que en los casos de concurrencia de culpas donde la víctima es un menor, los Jueces suelen valorar su grado de culpabilidad de forma más permisiva en comparación con los adultos. Por ello en la práctica la cuota del daño que se asigna al menor normalmente es inferior a la que se impondría a un adulto en el mismo caso. Sin embargo el BGH, sobre todo en materia de circulación vial, ha dictado numerosas sentencias en las que se considera corresponsable del daño sufrido a menores muy jóvenes. En estos casos se ha justificado la corresponsabilidad del menor señalando que los niños, como consecuencia de la educación que reciben tanto de sus padres como en la escuela, saben que deben respetar las normas de tráfico²²⁵. El BGH en dichos supuestos ha reconocido al menor una cuota del daño que ha oscilado en función de la culpabilidad de cada una de las partes²²⁶.

Para finalizar destacamos que con relación a la concurrencia de culpas en la producción de un daño, el Proyecto de la Comisión de 1967 pretendía añadir al § 254 BGB un nuevo párrafo que permitiera explícitamente la aplicación del contenido del § 829 BGB en este ámbito de la concurrencia de culpas²²⁷. De este modo hubiera quedado plasmado legislativamente lo que en la práctica, mediante el recurso de la analogía, se ha venido aplicando.

²²⁴ Véanse las sentencias BGH 13-6-1958, *NJW*, 1958, p. 1630; BGH 26-6-1962, *NJW*, 1962, p. 2201; BGH 21-5-1963, *NJW*, 1963, p. 1609; BGH 24-6-1969, *NJW*, 1969, p. 1762; BGH 26-6-1973, *NJW*, 1973, p. 1795 y BGH 24-4-1979, *NJW*, 1979, p. 2096.

²²⁵ SCHEFFEN, E., «Zur reform der...», *cit.*, p. 460.

²²⁶ Por ejemplo, en la sentencia BGH 16-1-1979, un niño de siete años que no había respetado la preferencia de un coche fue condenado a un tercio de la indemnización que le había correspondido en razón de los daños que había sufrido, *vid.* *NJW*, 1979, p. 873. En la sentencia BGH 23-9-1986, el alto Tribunal alemán condenó a un estudiante de ocho años que corría por la carretera para coger el autobús del colegio sin precaución alguna, a una cuota del 70%, *NJW*, 1987, p. 322.

²²⁷ MERTENS, H. J., (§ 829), *op. cit.*, p. 1796.

3.3. El Derecho penal alemán. La imputabilidad y su regulación en el Código penal y en la Ley penal juvenil

En la redacción del § 828 BGB, el legislador civil se inspiró en los §§ 56 y 57 del Código penal de la época imperial (RStGB), en los cuales se establecía que una persona poseía capacidad en el ámbito penal cuando tenía el discernimiento necesario para poder darse cuenta de la punibilidad de sus actos. La influencia fue relevante, destacando como única diferencia que mientras en el RStGB se mencionaba la *punibilidad*, en el BGB se sustituyó el término por el de *responsabilidad*.

Sin embargo, esos párrafos fueron derogados por la Ley penal juvenil, la denominada *Jugendgerichtsgesetz* (JGG). Actualmente, según dispone el § 3.1 JGG²²⁸ un menor de edad es penalmente responsable de sus actos cuando en el momento de la comisión del delito tenía la suficiente madurez como para comprender la injusticia de la acción y actuar en consonancia con su discernimiento, en función de su desarrollo moral e intelectual. El § 3 JGG supuso una importante novedad respecto de la normativa anterior, al establecer que junto a la capacidad intelectual era necesaria la capacidad volitiva²²⁹.

Esta madurez volitiva o capacidad de actuar «según el discernimiento» se denomina «capacidad de control» (*Steuerungsfähigkeit*). Se pretende resaltar el hecho de que los menores suelen ser capaces de reconocer la ilicitud de su comportamiento pero no siempre poseen el suficiente control sobre sí mismos para no cometer ese ilícito. La falta de madurez volitiva ante un estímulo no conlleva necesariamente la ausencia de discernimiento.

En este aspecto el Derecho penal no ha sido seguido por el BGB, donde además al menor se le puede imputar la comisión de actos ilícitos en un momento muy anterior, a partir de los siete años²³⁰. Los intentos llevados a cabo para intro-

²²⁸ La JGG fue promulgada en 1923 y conllevó una elevación del límite de edad penal, que hasta entonces estaba situado en los doce años. Su ámbito de aplicación se extiende a los menores o jóvenes que cometan un hecho ilícito legalmente tipificado; considera menor (*Jugendliche*) a quien tenga una edad comprendida entre los catorce y dieciocho años, y menor adulto a quien tenga una edad entre los dieciocho y veintiuno (*Heranwachsende*). El término *Jugendliche* utilizado en sentido amplio comprendería las dos categorías.

²²⁹ SCHEFFEN, E., «Zur reform der...», *cit.*, p. 459; *id.*, «Zivilrechtliche Haftung im Sport», *NJW*, 1990, p. 2664.

²³⁰ En el StGB se establece a la edad de catorce años. El § 19 StGB dispone que los niños son incapaces de culpa, considerando niños a quienes todavía no han cumplido los catorce años. Si bien el legislador penal alemán ha establecido una presunción de irresponsabilidad al fijar una edad predeterminada, lo cierto es que en el Derecho penal alemán no basta con que el menor tenga una determinada edad, sino que además ha de constatar su grado de madurez. Una vez cumplidos los catorce años un menor responderá si además de tener discernimiento posee la suficiente madurez como para comprender el alcance de sus actos. Son tres las franjas de edad para las que se disponen normas especiales: los menores de catorce años son penalmente irresponsables, los mayores de catorce y menores de dieciocho años responderán únicamente cuando se constate su madurez, y los mayores de dieciocho y menores de veintiún años están sujetos a una sanción atenuada. *Vid.* JESCHECK, H. H.,

ducir en el BGB el requisito de la capacidad volitiva no han tenido éxito, destacando entre ellos el Proyecto de la Comisión sobre la elaboración de una Ley para la modificación y ampliación de la normativa referida a indemnizaciones, en 1967, en virtud del cual el § 828.II BGB debía ser nuevamente redactado, para así acercarlo a las últimas tendencias de la psicología del menor siguiendo el ejemplo del Derecho penal. La madurez volitiva ha sido conscientemente excluida del § 828.II BGB, a pesar de que cuando se promulgó el BGB la doctrina penal consideraba que este elemento constituía un factor importante para determinar la plenitud de facultades mentales²³¹. Mientras en el Derecho penal el control volitivo es considerado como un principio determinante del pleno goce de las facultades mentales, en el BGB no aparece este requisito recogido en el § 828 y por ello debemos remitirnos al § 276 BGB²³².

Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlin, 1996, p. 434; ELBERT, C., «La determinación de la responsabilidad y las consecuencias jurídicas en el Derecho penal alemán de menores», *CPC*, 1983, p. 216; MERIGEAU, M., *La justice pénale des mineurs en République Fédéral d'Allemagne*, th., Bordeaux, 1988, pp. 95-6.

²³¹ WAIBEL, E., *op. cit.*, p. 50; MEZGER, *op. cit.*, p. 5978; KOEBEL, *op. cit.*, p. 969, nota 8.

²³² MERTENS, H. J., (§ 828), *op. cit.*, pp. 1792-3.

SEGUNDA PARTE

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL MENOR

CAPÍTULO III

MINORÍA DE EDAD, CAPACIDAD E IMPUTABILIDAD

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Procedería a continuación considerar que si bien en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido una diferencia entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, no ha ocurrido lo mismo con la denominada capacidad restringida o natural, que al no estar regulada en el Código civil no goza de un reconocimiento general. A pesar de ello defendemos su existencia como categoría independiente, dado que no se puede pretender que un sujeto incapaz adquiera la plena capacidad obviando cualquier situación intermedia. Entendemos y reconocemos que el menor de edad tiene una capacidad limitada y a partir de ahí debemos tomar en consideración sus aptitudes naturales y construir jurídicamente esta categoría¹.

En relación con la situación jurídica del menor de edad, en nuestro Derecho no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en las que se le autorizase para obrar por sí mismo. No cabe derivar esa incapacidad ni del art. 322 Cc, en el que se establece que a partir de la mayoría de edad se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni

¹ En el mismo sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, p. 189; JORDANO FRAGA, F., «La capacidad general del menor», *RDJ*, 1984, pp. 891-2. En contra, MORALES MORENO, A., en *Comentarios del Código civil (art. 1263)*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 456; LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. DE A./LUNA SERRANO, A./DELAGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, I, vol. II, Madrid, 1999, p. 118.

En la jurisprudencia destaca la sentencia de 10-6-1991 en la que el Tribunal Supremo señala que «resulta incontestable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (art. 3.1 del Cc)”, y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria», *JC*, 1991, n.º 450.

del art. 162 Cc, en donde se dispone que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados², puesto que no es la extensión de la representación legal –como instrumento supletorio de la falta de capacidad– la que delimita el ámbito de ésta, sino que en todo caso actuaría a la inversa³.

Por lo que se refiere a la definición de la minoría de edad, precisamos que aunque el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989) entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años, consideramos que en orden a fijar la capacidad de los menores sería conveniente distinguir tres franjas de edad; así diferenciaríamos⁴ entre el periodo de la infancia –hasta los siete años aproximadamente, siendo estos menores totalmente incapaces–, los menores de edad mayores de siete años –cuya capacidad o incapacidad será determinada por el Juez, valorando cada caso, según la edad y el desarrollo intelectual– y, en tercer lugar, la franja que comprende a los menores próximos al cumplimiento de la mayor edad, respecto de los cuales se ha señalado que en numerosas ocasiones poseen una madurez psicofísica equiparable a la de una persona adulta.

En relación con esto mismo, indicamos que no siempre se pueden establecer edades concretas que determinen la pertenencia a cada uno de estos grupos, sino que, una vez superada la etapa de la infancia, será tarea del Juez verificar en cada supuesto si el menor actuó con discernimiento. Sin embargo, a tenor de lo anterior consideramos que, en su caso, debería ser valorado el hecho de que el menor estuviera próximo a la mayoría de edad.

² El párrafo segundo del apartado primero del art. 162 Cc fue introducido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo y dispone: «Los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

³ Como ha señalado la Dirección General de Registros y del Notariado en su Resolución de 3 de marzo de 1989, «el artículo 322 del Código civil deber ser valorado en conexión con la técnica del Código civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión, (...) lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa, por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3, y 4 del Código civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad», *CCJC*, 1989, n.º 19, pp. 407 ss, comentada por N. PÉREZ DE CASTRO.

⁴ Igualmente, F. RIVERO HERNÁNDEZ, señala que «no hay minoría de edad sino minorías», *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp. 120 y 220-3.

2. LOS MENORES SIN CAPACIDAD. EL PERIODO DE LA INFANCIA Y LA AUSENCIA DE DISCERNIMIENTO

Como hemos tenido ocasión de manifestar, la minoría de edad se divide en varios periodos y, entre ellos, la etapa de la infancia comprende a los menores incapaces. Al respecto, lo propio sería señalar que a estos menores que no poseen discernimiento no se les puede considerar imputables, puesto que no saben qué consecuencias pueden derivar de su actuación u omisión, y siendo la imputabilidad un elemento de la culpabilidad, deben ser calificados como sujetos irresponsables.

Según el sentir doctrinal general, la infancia alcanza hasta la edad de los seis o siete años. Durante ese periodo, la actitud del niño se caracteriza por unas reglas egoístas e individuales que no dan lugar a ningún sentimiento de obligación propiamente dicho, de modo que los menores con edades inferiores a éstas suelen ser considerados ineptos con relación a una mínima prudencia o diligencia.

Es sabido que ya en el Derecho romano se estableció el límite de los siete años, que además ha sido recogido por algunos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, el Código civil español⁵ ha prescindido de establecer en su articulado un límite general, lo cual significa que en cada caso habrá de demostrarse la falta de discernimiento, en función de la edad del menor y de la naturaleza del acto realizado.

Debe reconocerse que es posteriormente, entre los siete y diez años, cuando paulatinamente el menor deviene capaz de apreciar el alcance y significado de sus actos, así como de modelar su comportamiento. En este contexto, especial interés requiere el análisis de la capacidad de comprensión que puede tener un niño de corta edad en relación con el carácter justo o injusto del hecho. Si bien los estudios de psicología muestran que la percepción de la distinción entre el bien y el mal, así como la idea de culpa comienzan a aparecer tempranamente, sin embargo, el concepto de justicia va evolucionando en el menor hasta alcanzar los perfiles que lo caracterizan en la edad adulta⁶.

Así pues, si la actuación de un niño lesiona o causa algún daño a otro, ese acto puede ser calificado como antijurídico pero no como culpable, porque aunque dicho menor actúe con la voluntariedad del dolo o con la defectuosa actuación de la

⁵ Ha señalado F. DE CASTRO Y BRAVO que el legislador civil en este punto ha actuado con más acierto que el alemán (§ 104 BGB). Por ejemplo, mientras que a una edad inferior a los siete años un niño tiene conocimiento para aceptar un regalo, mucho después de cumplir esa edad carecerá de la capacidad suficiente para realizar un negocio complicado, *op. cit.*, p. 177.

⁶ PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, 1973, p. 33.

culpa, no podrá serle reprochado al faltarle el requisito de la imputabilidad; esto significa que para que se pueda considerar que una persona ha actuado dolosamente, es necesario que se dé en ella la conciencia de la antijuridicidad de su acto, y esa conciencia presupone la imputabilidad o capacidad de conocer la injusticia de su acción⁷. En este sentido, señala el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de noviembre de 1995 que a los niños de cuatro años nunca se les puede declarar culpables de sus propios daños, indicando que, por el contrario, sí que se han tenido en cuenta, en ocasiones, las conductas de menores que eran capaces de discernir⁸.

En sede extracontractual suele ocurrir que un sujeto que no haya cumplido aún el séptimo año de vida no responde de los daños que hubiera podido ocasionar. Sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos (§ 829 BGB, § 1310 ABGB, art. 488 Cc portugués, art. 2319 Cc Chile)⁹ han reconocido que bajo determinadas circunstancias, los menores de siete años pueden ser responsables, atendiendo a que el fundamento de esta responsabilidad está basado en motivos de equidad.

2.1. La irresponsabilidad de estos menores

Muchas han sido las teorías que han ido gestándose a lo largo de los siglos en torno a la consideración de la responsabilidad o irresponsabilidad de los sujetos comprendidos en el periodo de la infancia. Si bien la doctrina se muestra unánime en el reconocimiento de su incapacidad, a partir de ahí los autores se han escindi-

⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, t. II, Pamplona 1969, pp. 78-9.

⁸ AC, 1996, n.º 84.

⁹ En otros sistemas jurídicos se han fijado diferentes edades. Así, el § 21 ABGB distingue entre la incapacidad, la capacidad limitada y la plena capacidad. Es incapaz todo menor de siete años. La capacidad limitada va de los siete a los dieciocho años y, a su vez, en esta categoría quedan comprendidos los que tienen entre siete y catorce años y los que tienen de quince a dieciocho.

Sin embargo en el Derecho holandés se ha fijado como edad los catorce años. Señala el art. 164 BW que «la conducta de un niño que todavía no tiene la edad de catorce años no puede serle imputada como acto ilícito».

El art. 156 del nuevo Código civil de Quebec dispone que «El menor de catorce años o más es considerado mayor para los actos relativos a su empleo, o al ejercicio de su arte o profesión».

Según el art. 43 Cc Perú, sobre la incapacidad absoluta, «Son absolutamente incapaces: 1) Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley (...)».

El derogado art. 273 Cc de Argentina de 1869, señalaba que los padres debían responder de los daños que causasen sus hijos menores de diez años que habitasen con ellos. Y el art. 1114 del Cc argentino actual dispone que «El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor».

Dispone el art. 916 Cc griego que «toda persona por debajo de diez años no puede ser sujeta a responsabilidad». El artículo siguiente prevé, hasta los catorce años, una responsabilidad subordinada a la existencia de discernimiento. En el Proyecto de Cc argentino esta obligación de los padres se recoge en el art. 1658, señalando ahora que deben responder «sin perjuicio de la responsabilidad personal de los hijos que tienen discernimiento».

do. Un primer sector doctrinal considera que a pesar de que el infante es un ser incapaz, se debe buscar un patrimonio y por tanto una persona que responda en aras de que la víctima quede indemne. A su vez, dentro de esta corriente se puede distinguir entre quienes opinan que deben responder los padres o guardadores del menor, y quienes, por el contrario, señalan que la responsabilidad del menor es de carácter objetivo, y por lo tanto debe ser el propio menor quien responda.

Otra corriente doctrinal es la que equipara la incapacidad del menor a su irresponsabilidad. Entre estos autores, a su vez distinguimos entre los que señalan que en esos supuestos la víctima se quedaría sin indemnización —puesto que los hechos del menor deben equipararse a los de la naturaleza y por lo tanto nadie se vería obligado a responder—, y los que consideran que al ser el menor una persona incapaz, es irresponsable y serán sus guardadores quienes respondan en su lugar. En definitiva, estos últimos coinciden con los autores que en orden a resarcir a la víctima, estiman igualmente conveniente acudir al patrimonio de sus guardadores, lo cual supone que desde distintos planteamientos se ha llegado a la misma conclusión.

Resultado de lo anterior es que partiendo de esas dos grandes corrientes se obtiene una intermedia que es la que tradicionalmente ha venido imperando. En efecto, en el Código civil español no se recoge una regulación expresa de la responsabilidad extracontractual que pudiera corresponder al propio menor, sino que se debe acudir a la regulación del art. 1902 y al art. 1903 Cc.

En este contexto, procedería a continuación detener el estudio en la consideración de las corrientes doctrinales más significativas. En primer lugar, entre los autores que abogan por la irresponsabilidad del menor de edad, destaca la postura de quienes han considerado que los daños que pudiera ocasionar ese menor incapaz deben ser equiparados al caso fortuito. En concreto, ALBALADEJO GARCÍA entiende que los seres que carecen de discernimiento no responden del daño que hubieran causado. Si en los casos en los que el daño se produce como consecuencia de un acontecimiento natural o de un caso fortuito, éste debe ser soportado por el propio perjudicado, no debe resultar inadmisibles que cuando el daño sea causado por un incapaz deba soportarlo también¹⁰.

De igual forma, CONDE-PUMPIDO FERREIRO considera que como los menores incapaces carecen del elemento volitivo que caracteriza al actuar humano, en realidad estamos frente a una “no acción” o “un hecho equiparable a los he-

¹⁰ Según considera ALBALADEJO GARCÍA, la actuación del incapaz, en esencia, no se diferencia del caso fortuito, M., *Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, Barcelona, 1997, p. 517.

chos de la naturaleza”. Si el art. 1902 Cc exige un acto o una omisión, es preciso que exista un elemento volitivo, que al estar ausente en los menores de corta edad, supone que no van a ser considerados responsables¹¹.

Asimismo, DE ÁNGEL señala que el daño producido por un menor que por su reducida edad carece de las más elementales aptitudes para entender y querer, es casi atribuible a las consecuencias de un hecho de la naturaleza. Si no hay voluntad libre, el resultado dañoso se considera producto de la fuerza mayor, como si de un acontecimiento de la naturaleza se tratara, pues en rigor no hay acto humano¹².

En cualquier caso, si bien algunos autores han pretendido justificar la irresponsabilidad del niño de corta edad mediante la equiparación de su acción con el caso fortuito, no creemos que, con carácter general, sea ésta la solución que se deba adoptar. Entre el acto realizado por un menor de escasa edad y el caso fortuito existe una diferencia fundamental, en el sentido de que en el primer supuesto el daño surge de un ser humano sin que intervenga ningún elemento de extraneidad¹³. El obrar de un enfermo mental o de un niño no puede equipararse a un hecho de la naturaleza o al de un animal sin dueño ni guardador, pues los primeros, a pesar de no tener conocimiento, son personas, seres humanos provistos de un patrimonio y gravados con unas obligaciones sociales.

Si según la teoría anterior los hechos del incapaz debían ser asimilados al caso fortuito, procedería a continuación detenernos en aquellos autores que igualmente niegan la responsabilidad del menor, pero basándose en el simple hecho de que en el Código civil el art. 1903 constituye una norma especial en virtud de la cual ciertas personas están llamadas a responder por hechos ajenos y, en este sentido, si la responsabilidad se desplaza por ejemplo hacia los padres o hacia el tutor, la responsabilidad que podría corresponder al menor queda extinguida. Sin embargo, objetamos a este razonamiento que se estaría corriendo el riesgo de que al aplicar el último párrafo del art. 1903 Cc, las personas potencialmente obligadas podrían quedar exoneradas de responsabilidad. Así las cosas, lo cierto es que la

¹¹ *Op. cit.*, p. 83.

¹² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pp. 66 y 307.

¹³ BLANC-JOUVAN, X., *op. cit.*, pp. 35-6.

En el mismo sentido, señala E. ONDEI que parificar la conducta del incapaz a los hechos naturales, animales o telúricos sería contrario a la dignidad humana, «Nota sulla responsabilità dei non imputabili», *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 463.

También STARCK señala que la actuación de los dementes no es equiparable al caso fortuito, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th., Paris, 1947, pp 96-7; asimismo, BONASI-BENUCCI, E., *La responsabilidad civil*, trad. Fuentes Lojo, J. V./Peré Raluy, J., Barcelona, 1958, p. 116.

jurisprudencia ha objetivado hasta tal punto la responsabilidad, sobre todo la de los padres, que rara vez van a poder liberarse de tal obligación.

Por ello, y enlazando con la siguiente postura, con el fin de evitar que el daño pueda quedar sin resarcir, otros autores han señalado que el menor debe responder subsidiariamente, en el sentido de que cuando no sea posible acudir a la norma especial se debe atender a la norma general contenida en el art. 1902 Cc. Según su parecer, el enunciado del art. 1902 Cc no discrimina entre personas capaces e incapaces –cuestión sumamente discutible desde nuestro punto de vista– y sitúa a todo aquel que causa un daño ante la obligación de repararlo, entendiendo que la responsabilidad del menor inimputable tendría carácter subsidiario, porque el art. 1903 Cc constituye una norma especial y como tal deroga a la general¹⁴.

En contra de la caracterización de especialidad y generalidad de estas normas, cabe apuntar que el art. 1903 Cc no parece ser una excepción a la regla contenida en el art. 1902, sino en todo caso una precisión, es decir, una prolongación del mismo. La responsabilidad no nace porque las personas de las que se debe responder hayan cometido un ilícito, sino porque ellos mismos, debido a una negligencia que se presume, no han podido evitar que se produjera¹⁵.

Una vez expuestos los criterios que abogan por la irresponsabilidad del menor, en segundo lugar, en una posición intermedia estarían quienes consideran que, como el menor es incapaz, deben responder sus guardadores cuando los primeros causaren algún daño. En este sentido, se pretende establecer una responsabilidad basada sólo en el daño producido, prescindiendo de la culpabilidad del causante. Debe observarse que el sistema subjetivista de nuestro Código civil ha ido evolucionando en la jurisprudencia, unas veces a través de la inversión de la carga de la prueba y otras exigiendo tal grado de diligencia que se ha llegado incluso a declarar que cuando las garantías adoptadas no fueron eficaces y por lo tanto no se pudo impedir el daño, se revela la insuficiencia de las mismas. Con independencia de que posteriormente se proceda a un estudio detallado de esta cuestión, el Tribunal Supremo, mediante una interpretación acorde con la realidad social, ha pasado de una concepción culpabilística a otra con rasgos objetivos, donde la demostración de haber utilizado los medios adecuados para evitar el daño resulta sumamente difícil de llevar a cabo.

Una tercera postura doctrinal es aquella que defiende la responsabilidad del menor de escasa edad, y para ello se utilizan distintos argumentos. Así pues, se ha

¹⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, pp. 82-3.

¹⁵ ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, p. 126.

defendido este planteamiento acudiendo a la responsabilidad por equidad, a la aplicación analógica del art. 20 del antiguo Código penal, a la teoría de la culpa social, al derogado art. 32.2 Cc, y al hecho de que si por un lado el art. 1902 Cc no establece ninguna diferencia por edades, por otro lado, el art. 1903 Cc no impide su aplicación a estos menores.

En lo referente al argumento de la equidad, si bien esta responsabilidad tuvo su origen en los pueblos germánicos, se ha incorporado en algunos sistemas jurídicos de corte romano¹⁶, aunque no ha quedado introducida en el ordenamiento español¹⁷. La responsabilidad por motivos de equidad supone que las personas que no son imputables pueden quedar sujetas a la reparación de los daños que hubieran causado cuando, atendiendo a las circunstancias del hecho, fuese aconsejable que la víctima no tuviera que soportar el perjuicio. La atribución de la indemnización dependerá por tanto de una valoración comparativa, que ha de ser efectuada por el Juez y para ello tendrá en cuenta las circunstancias económicas de cada una de las partes, en particular, del menor y de la víctima que sufre el daño.

A tenor de lo anterior, se ha matizado que a pesar de que el Juez pueda condenar al menor en función de las características del supuesto concreto, en puridad de términos no parece correcto ni siquiera señalar que se trata de una hipótesis excepcional de responsabilidad del incapaz; en todo caso, a la regla de la irresponsabilidad del incapaz se le añadiría —a modo de dictado de exigencia equitativa— una obligación que tendría por objeto el pago de una indemnización¹⁸. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica se suele señalar que la responsabilidad por equidad es una responsabilidad subsidiaria, objetiva y discrecional, dado que es el Juez quien deberá pronunciarse sobre el reparto de responsabilidades en atención a las condiciones económicas de los sujetos concretos.

De aquí resulta que el menor incapaz será condenado al pago de una indemnización equitativa, cuando las condiciones económicas de las partes permitan que su patrimonio se vea sacrificado en beneficio de la víctima¹⁹. En cualquier ca-

¹⁶ Entre los preceptos de los diferentes ordenamientos que recogen la responsabilidad por equidad del menor, destacan el § 829 BGB, el § 1310 ABGB, el art. 2047 párrafo segundo Cc italiano, el art. 54 CO suizo, el art. 489 Cc portugués, el art. 1386 bis Cc belga, el art. 1977 Cc Perú, el art. 907 Cc argentino de 1869 (y el art. 1641 del Proyecto), el art. 918 Cc griego, el art. 406 del Cc ruso y el art. 143 Código de las Obligaciones de Polonia.

¹⁷ El Código civil español no destierra la utilización de la equidad al servicio de la ley: es más, exige que se tenga en cuenta. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, p. 230.

¹⁸ Sobre este particular, *vid.* BIGLIAZZI GERI, L./BUSNELLI, F. D./BRECCIA, U./NATOLI, U., *Diritto civile*, III, Torino, 1989, p. 699.

¹⁹ En este sentido, MAIORCA puntualiza que se trataría de una “responsabilidad del patrimonio”, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, p. 174.

so, teniendo en cuenta que normalmente los niños de corta edad son insolventes, nos encontramos ante un obstáculo de orden práctico en cuanto a la aplicación de la norma.

Cabe señalar que en nuestro ordenamiento civil no encontramos ningún artículo semejante por ejemplo al § 829 BGB. Únicamente el art. 20 del derogado Código penal de 1973, al reconocer que el menor de dieciséis años respondía de los daños derivados de la infracción penal que hubiera cometido, de forma subsidiaria, es decir, cuando no tuviera padres ni representantes legales, fueran insolventes o, como añadió la doctrina, hubieran conseguido probar que actuaron con toda la diligencia que les era exigible, se inspiraba en la equidad. Si bien éste podría constituir un argumento a favor de la responsabilidad del menor incapaz, debe advertirse que no todos los autores se mostraron favorables a la aplicación analógica de dicha norma en sede civil. En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA ha puesto de manifiesto la supuesta excepcionalidad del art. 20 Cp con relación al principio de la responsabilidad por culpa y ha afirmado que dicho artículo sólo es aplicable al caso al que expresamente se refiere, esto es, a la responsabilidad derivada del ilícito penal²⁰. Quizá por ello se haya señalado que entre los argumentos que cabía apuntar en favor de la responsabilidad civil subsidiaria de los inimputables, éste era el más endeble de todos²¹.

En otro orden de cosas, la teoría de la culpa objetiva o culpa social (*faute objective* o *faute sociale*) sustentada por MAZEAUD y TUNC, también fundamenta la responsabilidad de los inimputables²². Según estos autores, la culpa es un error de conducta que ha de apreciarse en abstracto, en relación con lo que una persona diligente y prudente hubiera realizado en iguales circunstancias. De esta manera, se debe valorar si ese error habría sido cometido por una persona cuidadosa partiendo de las mismas circunstancias externas en las que se encontraba el autor. En este sentido, como se entiende que la edad es una circunstancia de carácter interno, no puede ser tomada en consideración a la hora de estimar la responsabilidad del agente material; es decir, no se trata de apreciar la culpa *in concreto*, sino de establecer si el autor del daño se ha comportado como lo hubiera hecho el ciudadano medio (culpa *in abstracto*)²³.

²⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, Barcelona, 1997, p. 516.

²¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, cit., p. 230.

²² Según LEÓN GONZÁLEZ, ésta constituye la mejor forma de justificar la responsabilidad de los inimputables, *op. cit.*, pp. 331-2.

Sin embargo, en opinión de PANTALEÓN PRIETO esa solución es radicalmente incompatible con lo dispuesto en el art. 20.1 del derogado Código penal, que imponía al menor únicamente una responsabilidad de carácter subsidiario, «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 10 de marzo de 1983», *CCJC*, 1983, n.º 2, 40, p. 456.

²³ MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./MAZEAUD, J./CHABAS, F., *Leçons de Droit civil...*, cit., pp. 445-50.

Según la teoría de la culpa social, un menor inimputable podría incurrir en culpa objetiva y ser responsable. Sin embargo, como hemos matizado a propósito del estudio del Derecho francés, no creemos que la infancia deba dejar de ser valorada ya que los hechos realizados por un menor de escasa edad no son comparables a los de un adulto. Aunque la valoración de la culpa del agente del daño se efectúe en abstracto, esa apreciación no se debe referir a un paradigma unívoco y totalmente abstracto, sino a un modelo de la misma naturaleza, de la misma cualidad, de la misma competencia que el responsable y colocado en su misma situación²⁴.

Hasta ahora se han examinado los principales argumentos que han llevado a considerar que un menor, incluso de escasa edad, puede ser responsable de los daños que hubiera causado. Queda por señalar, finalmente, cuáles han sido los argumentos adoptados por la doctrina española en orden a reconocer que el menor de edad puede ser civilmente imputable y por lo tanto culpable con arreglo a nuestro Código civil.

En el marco de la consideración de la responsabilidad del menor, la doctrina tradicional se ha venido remitiendo al tenor literal del párrafo segundo del art. 32 Cc, derogado por la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela²⁵, hasta tal punto que ha constituido el argumento más sólido en torno al reconocimiento de la imputabilidad civil del menor. Es por ello por lo que aunque se haya suprimido la letra del precepto, YZQUIERDO TOLSADA señala que el espíritu del principio que sentaba sigue vigente en nuestro Derecho y, en ese sentido, los menores e incapaces son susceptibles de derechos y obligaciones. Si la minoría de edad o la incapacitación no afectan a la capacidad jurídica, si ser persona para el Derecho consiste en tener atribuida la susceptibilidad de derechos y obligaciones, es suficiente con que el art. 32 Cc disponga que la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas²⁶, puesto que porque una persona tenga restringida la capacidad de obrar (no la jurídica, como incorrectamente apuntaba

²⁴ La culpa apreciada en abstracto sólo tiene razón de ser cuando el modelo de referencia es elegido en función del responsable. El clásico paradigma del *bonus pater familias* es la referencia adecuada para un hombre adulto pero en otras circunstancias esta comparación carecería de sentido. Vid. LAMBERT-FAIVRE, Y., «L'éthique de de...», *cit.*, p. 6; *id.*, «L'évolution de la responsabilité...», *cit.*, pp. 2-3.

²⁵ Según disponía este artículo: «La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica.

Los que se hallaren en alguno de estos estados son susceptibles de derechos, y aún de obligaciones, cuando éstas nacen de los hechos o de las relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero».

²⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., «Responsabilidad civil y guarda legal», *DJ*, t. XI, n.º 41, 1984, pp. 81-2; *id.*, *Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal*, Madrid, 1997, p. 241; *id.*, «La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Madrid, 1984, p. 166; *id.*, *Sistema de responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 232.

el texto del art. 32) no deja de tener derechos y obligaciones. Y precisamente ahí reside la obviedad de la norma, que permite seguir entendiendo lo mismo a pesar de que se haya suprimido el párrafo segundo del artículo que comentamos²⁷.

En todo caso, si bien del art. 32.2 Cc se extrae que los sujetos que enumera —entre ellos los menores de edad— pueden quedar obligados frente a terceros, habría que puntualizar que así sucederá pero sólo cuando se dé respecto de ellos el supuesto de hecho generador de la obligación de que se trate²⁸. De ahí que ALBALADEJO GARCÍA se muestre reacio a admitir que el precepto deba ser aplicado con carácter general en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del menor: si este artículo determina que un incapaz puede ser obligado a responder cuando la obligación nace de los “hechos” (y el acto dañoso de un incapaz lo es), lo único que significa es que la ley puede establecer ciertos hechos que obliguen al incapaz, pero esto no prueba de ninguna manera que uno de esos casos sea el daño extracontractual²⁹.

En segundo lugar, otro de los argumentos que se pueden traer a colación en orden a defender la responsabilidad civil del menor en nuestro Derecho, lo constituye el art. 1902 Cc. En relación con este planteamiento, la doctrina mayoritaria se ha mostrado partidaria de reconocer que este artículo es aplicable también a los menores de edad³⁰. Sin embargo, llegado este punto, estimamos necesario realizar alguna puntualización porque mientras ciertos autores han señalado que el enunciado del art. 1902 Cc no distingue entre personas capaces e incapaces —y de ahí infieren que todo el que causa un daño tiene la obligación de repararlo³¹, creemos que lo que sucede en realidad es que en dicho artículo no se distingue entre personas menores y mayores de edad. Es decir, se debería partir de la hipótesis de que si el artículo está presidido por el criterio de la culpa, no podría entenderse que hace

²⁷ El párrafo segundo del art. 32 Cc desapareció del Código civil porque con la reforma operada con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, se eliminaba la lista cerrada de causas de incapacitación, de manera que las mismas fueron sustituidas por una fórmula flexible y abierta (actual art. 200 Cc). En este sentido, al quedar suprimidas estas causas restrictivas, por coherencia debían desaparecer aquellos artículos en los que figurase cualquier referencia, entre ellos el inciso primero del párrafo segundo del art. 32, y como no parecía lógico mantener el segundo inciso de dicha norma, el legislador optó por suprimir toda la oración.

²⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 10 de marzo de 1983», *cit.*, p. 456.

²⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, *cit.*, p. 516.

³⁰ Por todos, DÍAZ ALABART, S., «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. II, Salamanca, 2000, pp. 188, 191 y 195; MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (Al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas)», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J. A. Moreno Martínez, Madrid, 2000, p. 416; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, *cit.*, pp. 187 y 219; LEÓN GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 309.

³¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, pp. 82-3.

referencia tanto a los sujetos incapaces como a los capaces, sino que comprende a quienes a pesar de ser menores de edad, tienen suficiente capacidad y por lo tanto son imputables civilmente.

2.2. Personas responsables por hechos ajenos. El art. 1903 Cc

Una vez efectuada la distinción entre las etapas comprendidas en la minoridad, si entendemos ahora que el menor de escasa edad no es civilmente imputable, llegaríamos a la conclusión de que no se le va a poder exigir responsabilidad y han de ser las personas enumeradas en el art. 1903 Cc quienes deban responder en su lugar. Este planteamiento está admitido por la generalidad de la doctrina, pero el problema surge si, como apuntábamos, esas personas logran exonerarse, cuestión que abordaremos a continuación, pese a que resulta bastante improbable que así suceda en la práctica jurisprudencial de nuestro país.

El art. 1903 Cc contempla dos tipos de relaciones que determinan la responsabilidad por hecho ajeno: la familiar o cuasi familiar (padres o tutores) y la laboral o docente (empresarios o titulares de Centros de enseñanza)³². Esta norma ha sufrido algunas modificaciones, entre las que destaca la introducida con ocasión de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que modificó el contenido del párrafo segundo, que inicialmente declaraba que «El padre, y por muerte o incapacidad de éste la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que vivan en su compañía». La nueva redacción del art. 1903.2 Cc se acomoda a la reforma del régimen de la patria potestad que, si a partir de entonces sería ejercida conjuntamente, el artículo debía recoger la corresponsabilidad de ambos progenitores.

Con esta reforma, además de la mención conjunta de los dos padres, si anteriormente quedaban incluidos en el supuesto de hecho de la norma los hijos menores que vivieran en su compañía, ahora el artículo se refiere a los «hijos que se en-

³² Asimismo, YZQUIERDO TOLSADA a propósito de la responsabilidad en el ámbito del ejercicio del derecho de reunión señalaba que resultaba irrelevante el dato de la identidad del causante material del daño, y que la culpa civil, a diferencia de la penal, no se especificaba en función de la capacidad intelectual del agente, sino atendiendo a la previsibilidad media, es decir, al dato de que los promotores u organizadores de la manifestación o reunión hubieran actuado con la diligencia que les era exigible. No se trata de una prolongación de los supuestos de responsabilidad del art. 1903 Cc, ya que no existe una relación de carácter familiar, profesional, laboral o educativa, *vid.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil por los daños producidos en el ejercicio del derecho de reunión», *RGLJ*, 1983, pp. 123-5.

No olvidar que la responsabilidad directa de los promotores u organizadores ha sido sustituida por una responsabilidad subsidiaria, a través de la modificación introducida en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión, por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.

cuentren bajo su guarda»³³. Debe observarse que la expresión «bajo su guarda» es más amplia que la anterior³⁴, puesto que la guarda, además de incluir los supuestos de vivir en compañía, se refiere a aquellos casos en los que no se produce una convivencia en sentido estricto. Por otro lado, se debe señalar que la nueva redacción no hace referencia a que los hijos sean menores de edad; en relación con esto último, lo cierto es que se sobreentiende, ya que por regla general las personas mayores de edad no se encuentran bajo la guarda de sus padres³⁵. Y en caso de estarlo, sería precisamente como consecuencia de alguna incapacidad y, en ese sentido, nos parece acertado que el legislador haya optado por esa fórmula.

Junto a la reforma operada en 1983 destaca la Ley 1/1991 de 7 de enero, que también modificó el contenido del art. 1903 Cc, aunque ahora en relación con la responsabilidad que hasta ese momento incumbía a los profesores, al dar entrada a la responsabilidad del titular del Centro docente. Con esta Ley también se añadió un segundo párrafo al art. 1904 Cc con el propósito de incluir el derecho de repetición que debía ser puesto en conexión con la responsabilidad del titular del Centro de enseñanza y, por último, se aprovechó la ocasión para suprimir del ámbito del Código civil la regulación de la responsabilidad de la Administración pública.

Interesa destacar que en lo que concierne a la enumeración de personas que efectúa el art. 1903 Cc, se discute en la doctrina su carácter abierto o cerrado, siendo la tendencia mayoritaria la que considera que dicha relación es taxativa y no admite ninguna ampliación³⁶. De ahí que las menciones del artículo lo sean en serie

³³ En 1978 fue publicado un Proyecto de modificación del Código civil (BOCG, n.º 148, de 15 septiembre de 1978, pp. 3192 y ss), en donde el art. 1903.2 disponía que «Los padres son solidariamente responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su potestad». Este Proyecto no se convirtió en Ley y la redacción actual del art. 1903.2 Cc procede de la Ley 11/1981, de 7 de julio, donde no se incluyó la referencia a la potestad, sino a la guarda, y se eliminó la referencia expresa a la solidaridad.

³⁴ El defecto de cohabitación era exonerativo tanto cuando la falta de convivencia se producía por un motivo legítimo, como cuando la falta de convivencia convertía en imposible la vigilancia, GARCÍA VICENTE, F., «El requisito de convivencia, como condición para la aplicación de la responsabilidad extracontractual de los padres por actos del hijo menor», en *Libro Homenaje al profesor Luis Martín-Ballester*, Zaragoza, 1983, p. 224.

³⁵ SANTOS BRIZ, J./GULLÓN BALLESTEROS, A., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, (art. 1903), dir. M. Albaladejo, t. XXIV, Madrid, 1984, p. 571.

³⁶ Entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones...*, cit., p. 61; *id.*, en *Comentario del Código civil (art. 1902)*, coord. I. Sierra Gil de la Cuesta, t. IX, Barcelona, 2000, p. 9; DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *ADC*, 1987, p. 824; LEÓN GONZÁLEZ, J. M., «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, t. IV, Pamplona, 1969, p. 289; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, 1988, p. 59; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, 1984, p. 437; ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual...*, cit., p. 127; LACRUZ BERDEJO, J. L./SANTO REBULLIDA, F. A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil...*, cit., p. 523; YZQUIERDO TOLSADA, M., «Responsabilidad civil y guarda...», cit., p. 79; SOTO NIETO, F., «Solidaridad entre el causante material del ilícito culposo y el responsable por hecho de otro», *RDP*, 1981, p. 440; ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, Madrid, 1986, pp. 131-5.

cerrada y en ese sentido, con independencia de los sujetos que la Ley señala *nominatim*, en principio no cabe realizar ampliaciones por analogía. Esto no significa que no puedan existir otras personas responsables distintas de las relacionadas, sino que en el caso de que concurriera de su parte alguna culpa, se las podrá demandar por la vía del art. 1902 Cc o en virtud de otras normas especiales. Si el legislador ha optado por establecer unos casos, en principio cabe entender que quedan excluidos los no mencionados y, en consecuencia, el art. 1903 Cc no podrá invocarse más que contra los sujetos que aparecen explícitamente recogidos en la previsión normativa.

A pesar de que la doctrina mayoritaria se pronuncia en dicho sentido, consideramos que no se puede partir de una exclusión tan radical y creemos que debe reflexionarse acerca de si en determinadas circunstancias, algún pariente o cualquier otra persona que tuviera al menor bajo su cuidado, puede quedar comprendido en el art. 1903, párrafos segundo o tercero. Ciertamente, la relación de dependencia que pueda existir entre esas personas y el menor no es comparable a la patria potestad o a la tutela y por lo tanto no se justificaría la aplicación analógica del artículo 1903 Cc³⁷. De ahí que por ejemplo los abuelos no hayan sido considerados responsables en virtud del art. 1903 Cc, al estimar que la relación de dependencia con respecto al menor no es la misma que la de sus padres o tutores. Se podrá demandar al abuelo pero acudiendo al art. 1902 Cc. El propio Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de abril de 1969 se pronunció a favor del carácter restrictivo del art. 1903 Cc con relación a una pretendida extensión de la responsabilidad por hecho ajeno al abuelo del menor autor material de los hechos³⁸.

A ello habría que añadir que esta sentencia no es la única que se pronuncia en relación con la enumeración del art. 1903 Cc, ni tampoco contiene una doctrina consolidada sino que, antes al contrario, en algunos de sus pronunciamientos el Alto Tribunal ha señalado que los preceptos referentes a la responsabilidad por el hecho de otro no son sino enunciativos o *ad exemplum*. Así, entre otras destacan las

³⁷ En el mismo sentido, NAVARRO MÍCHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Barcelona, 1998, p. 33

³⁸ Un menor sufrió heridas en el ojo como consecuencia de una pedrada que le dio otro menor. Se demandó a su madre y, además, como el menor siempre había vivido con su abuelo, también se demandó a éste. En Primera instancia fue condenada la madre y subsidiariamente al abuelo. En apelación se absolvió al abuelo y se rebajó la cuantía que debía abonar la madre, estimando una compensación de culpas. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

En este caso no hubo responsabilidad del abuelo ni siquiera a través del art. 1902 Cc porque, «como bien señaló la sentencia recurrida, para que se le pueda aplicar el art. 1902 Cc, como primer elemento se necesita un acto u omisión y en este caso falta ese elemento». *JC*, 1969, n.º 2411.

sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1976³⁹, de 10 de junio de 1983, de 4 de mayo de 1984⁴⁰, de 23 de septiembre de 1988⁴¹, y de 8 de mayo de 1990⁴².

Es por ello por lo que frente a un considerable sector doctrinal que se muestra proclive a defender el carácter taxativo del art. 1903 Cc, creemos que se pueden admitir algunas excepciones⁴³. Como han señalado DÍEZ PICAZO y GULLÓN, «si se analizan los supuestos del artículo, en todos existe unas relaciones jurídicas determinantes de un nexo de jerarquía o subordinación que permite dar a otro órdenes e instrucciones. De ahí que si se pretende ampliar haya que verificar previamente si se da alguna de estas relaciones»⁴⁴.

³⁹ «Que el afán progresivo del T.S., adaptando viejas normas a las necesidades del vivir actual, ha dado lugar a una interpretación extensiva de los casos en que se debe responder por hecho ajeno, superando los estrechos moldes de la rigurosa exigencia del subjetivismo, (...) para matizarla con referencias objetivas a una relación que empezó siendo de dependencia familiar o laboral, pasó a ser de beneficio económico o espiritual, y ahora basta con que simplemente exista, sin que sea necesariamente de naturaleza jurídica, ni típica, gratuita o remunerada, permanente o transitoria, en el solo condicionamiento de que la actividad de la persona esté al menos, potencialmente sometida a la posible intervención de quien ha de ser —responsabilizado— (...) sin necesidad tampoco de previa relación laboral y aunque se trate de relaciones esporádicas, transitorias y gratuitas, porque lo que vincula no es la naturaleza de la relación, sino la existencia de ella». En este sentido, se entendió incluido en el art. 1903 Cc la relación surgía como consecuencia de un comodato, *RJA*, 1976, n.º 880, Cdo. tercero.

⁴⁰ En estas dos sentencias se hace referencia a que el «padre o cuidador de un menor responde de los daños que éste causa a terceros», *RJA*, 1983, n.º 3517 y *RJA*, 1984, n.º 2396, respectivamente.

⁴¹ «El centro de la cuestión, se encuentra (...), en si la propiedad de un vehículo de motor puede dar o no lugar a que su titular haya de responder civilmente de los resultados dañosos o lesivos originados durante su conducción, por no haber cumplido su propietario con la diligencia de un buen padre de familia al autorizar su uso habitual a cualquiera de los hijos mayores de edad, aunque no se encuentren bajo su guarda. Y se hace esta expresa delimitación de edad y sujeción familiar, dado que tanto respecto de los menores de edad como de aquellos hijos que se encuentren bajo dicha guarda la solución aparece claramente resuelta en el párrafo segundo del citado artículo 1903 del Código civil», *RJA*, 1988, n.º 6854, F. D. cuarto.

⁴² «(...) La complejidad de la vida moderna enseña que se viene creando manifestaciones nuevas en el ámbito social, a las que la doctrina civilista denomina “compromisos sociales”, que se caracterizan porque de ellos pueden derivar relaciones contractuales y extracontractuales más o menos típicas, dando lugar a la formalización de una relación de carácter cuasinegocial, entre las que cabe incluir la existente entre la persona titular de un vehículo y la que está autorizada habitualmente para utilizarlo y conducirlo. Lo expuesto, unido a la tendencia que viene manteniendo la jurisprudencia acerca de conceder mayor amplitud al contenido del susodicho art. 1903 (...),» *RJA*, 1990, n.º 3690, F. D. sexto.

⁴³ SANTOS BRIZ señala que la enumeración del art. 1903 Cc no puede considerarse exhaustiva, sino simplemente enunciativa, y podría ampliarse por analogía, *vid. Comentarios al Código civil (art. 1903)..., cit.*, p. 481; *id.*, «Responsabilidad civil de los menores de edad. Distintas esferas jurídicas», en *La Responsabilidad Civil. Temas actuales*, Madrid, 2001, pp. 269-70.

Igualmente, y aun reconociendo que a pesar de que la opinión mayoritaria entiende que el art. 1903 Cc tiene carácter limitativo, C. LASARTE ÁLVAREZ puntualiza que ello resulta insostenible por razones de justicia material: «el artículo 1903 no tiene por qué ser excluido de la interpretación analógica, ya que no es una norma penal, ni de carácter excepcional, ni de ámbito temporal. La interpretación literal del precepto no debe arrojar la conclusión defendida por la mayoría, pues el Código no se preocupa ni siquiera de enumerar ordinalmente los distintos párrafos de que se compone el artículo», sino que para aplicar el art. 1903 sólo se exige que entre el responsable y el agente exista una relación de subordinación o de particular custodia o vigilancia, *vid. Principios de Derecho civil*, t. II, Derecho de Obligaciones, Madrid, 2000, pp. 386-7.

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho civil*, vol. I/2, Madrid, 1998, p. 466.

Volviendo a lo anterior, si se entendiera que el art. 1903 Cc debe ser interpretado restrictivamente, la obligación de responder no podría hacerse extensiva a quien cuida al menor sin corresponderle esa función. Sin embargo, consideramos que si bien la obligación establecida en el párrafo segundo del art. 1903 se basa en la vigilancia que incumbe a quien ostenta la patria potestad, cuestión distinta es que entendamos que las personas encargadas del menor en todo caso responden como guardadores de hecho por la vía del tercer párrafo del art. 1903 Cc. Y en ese supuesto se tendrían que cumplir los requisitos legalmente establecidos, es decir, que se trate de menores que estén bajo la autoridad de las personas a las que estamos haciendo referencia y que además habiten en su compañía⁴⁵.

Junto a la posible inclusión del guardador de hecho siempre que se dieran los presupuestos del art. 1903.3 Cc, estimamos necesario evidenciar que si se interpretara tan rígidamente este artículo, en realidad no podrían quedar comprendidos ni siquiera los acogedores. Sin embargo, por el mero hecho de no aparecer mencionados en el art. 1903, no se debe concluir que siempre van a quedar exentos de responsabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que si bien la figura del acogimiento no existía cuando se promulgó el Código civil, fue introducida por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre⁴⁶ y reforzada tras la promulgación de la Ley 1/1996, de 15 de enero. En este sentido, con el fin de averiguar si deben responder los acogedores, en primer lugar se deberá diferenciar entre los tipos de acogimiento; en segundo lugar se tendrá que tomar partido acerca del carácter limitativo o no de la enumeración del art. 1903 Cc y, por último, se deberá concluir que se trata de un supuesto semejante a alguno de los que aparecen relacionados en el artículo⁴⁷.

⁴⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., «Responsabilidad civil y guarda...», *cit.*, p. 79; CARBAJO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», *AC*, 1992-IV, p. 746. En ese sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE también considera que están incluidos tanto el tutor pleno, como el tutor personal y el guardador de hecho, «En torno al nuevo artículo 220 del Código civil», *RGLJ*, 1984, t. 257, p. 507.

⁴⁶ Se ha puesto de manifiesto que sobre todo tras la reforma operada con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, podría entenderse que el art. 1903.3 Cc «ha venido a convertirse en el cajón de sastre susceptible de incluir en su seno a todas las figuras de protección y guarda de menores e incapaces, introducidas por las nuevas leyes, que supongan relaciones de compañía y vigilancia más o menos estables entre aquellos sujetos y sus protectores o defensores, y entre los que sin ninguna duda, estará el acogimiento», RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela “ex lege”, la guarda y el acogimiento de menores (y II)», *AC*, 1998-1, p. 160.

En sentido parecido, también entienden que la responsabilidad de los acogedores resulta predicable de los arts. 1903 Cc y del derogado art. 20 Cp, MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, Barcelona, 1991, p. 191; LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990, p. 214.

⁴⁷ Como bien apunta DÍAZ ALABART, el acogimiento preadoptivo es la situación que más se asemeja a la patria potestad o tutela y, en ese caso, aunque estemos ante una situación no definitiva, parece que este tipo de acogedores pueden ser los únicos responsables civiles, *vid.* «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, pp. 202-7. Igualmente, MUÑIZ ESPADA, E., *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Barcelona, 1994, p. 343.

Resultado de lo anterior es que incluso algunos de los autores que defienden el carácter restrictivo de este artículo han señalado que existen ciertas salvedades y lo aplican a los guardadores legales. En este sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA llega a esta conclusión al relacionar la norma civil con el antiguo art. 20 Cp que sí hace referencia a la guarda legal, no sin antes puntualizar que el simple guardador de hecho no cabría dentro del supuesto del art. 1903 Cc, sino que en ese caso se debería interponer la demanda a partir del art. 1902 Cc, siempre y cuando se constatare que hubo culpa de su parte⁴⁸.

Si éste es el estado actual de la cuestión en el Derecho español, veamos cómo se resuelve en otros países. Por lo que se refiere al Derecho italiano, la doctrina mayoritaria también se ha pronunciado a favor de la interpretación restrictiva del art. 2048 Cc⁴⁹, al señalar que la *ratio* de este artículo reside en la cualidad que poseen los sujetos recogidos en él⁵⁰. No obstante, no se puede desconocer la existencia de otro sector doctrinal que, aunque minoritario, cada vez irrumpe con más fuerza y se pronuncia en sentido contrario⁵¹.

Consideración aparte merece el Derecho francés donde la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación en la sentencia *Blieck* de 29 de marzo de 1991, señaló que era posible que el art. 1384 del *Code* se extendiera a supuestos diferentes de los que expresamente mencionaba, por la vía del reconocimiento de un principio general de responsabilidad por el hecho ajeno en su párrafo primero. En este sentido, al haber sido abandonada la interpretación limitativa de los supuestos de responsabilidad por el hecho de otra persona, esta sentencia ha supuesto una aportación innegable en el Derecho francés, aunque se debe puntualizar que la extensión sólo se producirá en relación con aquellos supuestos en los que se tuviera «la obligación de organizar y controlar a título permanente el modo de vida de la persona»⁵².

⁴⁸ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres...*, cit., pp. 59-60 y 139.

⁴⁹ En esta línea, ROVELLI, R., *La responsabilità civile...*, cit., p. 236; MESSINEO, F., *Manuale di Diritto civile...*, cit., p. 571; MANTOVANI, M., «La responsabilità dei genitori, dei tutori...», cit., p. 161; MOROZZO DELLA ROCA, P., «La responsabilità civile dei genitori, tutori, maestri», en *La Responsabilità civile*, t. IX, Responsabilità extracontrattuale, Torino, 1998, pp. 47-8.

⁵⁰ Por todos, RODOTÁ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1954, p. 153. Se trata de lo que SCOGNAMIGLIO denominó “teoría de la relación cualificada”, en el sentido de que la ley obliga a determinadas personas como consecuencia de ciertos ligámenes (afectivos, económicos, de control, etc.), *vid. voz* «Responsabilità per fatto altrui», en *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1980, p. 694.

⁵¹ No faltan quienes han señalado que el elenco de personas responsables contenido en el art. 2048 Cc italiano no es taxativo, ANTINOZZI, M., «La responsabilità per fatti compiuti da minori», *Dir. prat. assic.*, 1988, p. 699.

⁵² D, 1991, jurisp., p. 324, con nota de C. LARROUMET; *JCP*, 1991, II, 21673, con conclusiones de D. H. DONTENWILLE, y observaciones de J. GHESTIN.

2.3. Especial consideración a la responsabilidad de los padres

La responsabilidad de los padres a que se refiere el párrafo segundo del art. 1903 Cc precisa de unos presupuestos básicos, en concreto, que el hijo que cause algún daño se encuentre bajo su guarda⁵³. La relación paterno-filial da contenido a la patria potestad y ésta comprende una serie de derechos y deberes que van desde la obligación de velar por los menores, prestarles alimentos, representarles y administrar sus bienes, hasta el deber de procurarles una formación integral. Todo ello lleva implícito un deber de vigilancia y custodia por parte de los padres, de forma que su quiebra constituye el fundamento de esta responsabilidad.

Esta obligación de responder corresponde a los dos padres conjunta y solidariamente, con independencia de que se trate de padres biológicos o adoptivos y de que estén o no unidos en matrimonio, siempre que el hijo se encuentre bajo su guarda. En este sentido, una cuestión problemática es determinar si los padres son responsables de los actos de los hijos que no conviven con ellos o que en un momento determinado se encuentran separados físicamente, pero abordaremos el estudio de este punto en el capítulo siguiente⁵⁴.

Si bien los padres responden de los actos ilícitos cometidos por los hijos que se encuentren bajo su guarda, nos preguntamos ahora por el fundamento de dicha norma. En ese sentido, tradicionalmente se ha considerado que la *ratio legis* del precepto está relacionada con la *culpa in vigilando*, que en la mayoría de casos viene unida a la *culpa in educando*⁵⁵. No cabe desconocer que aunque éste ha sido considerado

⁵³ Si bien lo normal es que ese hijo sea menor de edad, en el art. 1903.2 Cc no se especifica. En este sentido, nos parece acertado que sólo se haga referencia a los “hijos que se encuentren bajo su guarda”, porque así no quedan incluidos dentro del precepto sólo los daños que hubieran sido causados por hijos menores no emancipados, sino también los causados por quienes estén sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada, así, PUIG I FERRIOL, L./GETE-ALONSO Y CALERA, M. C./HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Civil*, II, Madrid, 1996, p. 479.

⁵⁴ El problema que subyace en torno a la responsabilidad del padre que en el momento de la comisión del ilícito no estaba presente no es original de nuestro tiempo, sino que es una cuestión que viene siendo abordada desde hace varias décadas. Como apunta CHIRONI, mientras algunos autores consideraban que en ausencia del padre debía responder la madre, otros opinaban que la responsabilidad del padre dependería de la distancia física, posturas que en modo alguno nos parecen aceptables. Tampoco faltaron quienes establecían que la presunción de culpa dependía de la edad del hijo menor, a partir de la consideración de dos periodos; en el primero, referido a los primeros años de la infancia, como la autoridad del padre no existía más que de nombre y de hecho la ejercitaba la madre, debía responder ésta; y el segundo, en donde como el poder del padre asumía su plenitud, sólo entonces debía obrar la presunción legal. Sin embargo, esta teoría resultaba también rechazable, ya que la ley no establece ninguna diferencia a este respecto. Según el Código civil era el padre quien debía responder independientemente de cuál fuera la edad de su hijo. *Vid.* CHIRONI, G. P., *op. cit.*, 1928, p. 109.

⁵⁵ En este sentido, estaríamos ante un verdadero círculo vicioso, puesto que cuando el hecho no pudo ser materialmente impedido se alude a una mala educación y cuando se prueba que la educación fue buena, se podría argüir que la índole particularmente desenfrenada del menor debería haber llevado a los padres a que asumieran una vigilancia más rigurosa. Igualmente, PATTI, S., *Famiglia e responsabilità...*, *cit.*, p. 271.

el fundamento de la responsabilidad de los padres, hoy día no puede ser afirmado con igual rotundidad, debido a que el Tribunal Supremo ha dado lugar a que cada vez sea más difícil la exoneración de los padres.

En relación con lo anterior, nos parece conveniente determinar el sentido actual de la institución de la patria potestad. Y ello porque en la actualidad la patria potestad se ha desprendido del carácter autoritario que anteriormente la caracterizaba y se ha convertido en una función, un conjunto de deberes que la ley impone a quien los ejerce, en beneficio de los que están sometidos a ella. A partir de ahí, entendemos que si bien con relación a los niños de escasa edad puede –y debe– seguir manteniéndose el criterio de la culpa *in vigilando* de los padres, no sucede lo mismo con respecto a los adolescentes.

Hasta aquí el razonamiento queda claro, pero si seguimos defendiendo el criterio tradicional, sería ahora cuando se nos podría objetar que precisamente es en relación con los jóvenes que no han cumplido los dieciocho años cuando, como no es posible llevar a cabo una constante vigilancia de los mismos, se debería acudir al criterio de la culpa *in educando*. Este planteamiento partiría de la idea de que a medida que va creciendo el menor, por un lado disminuye la necesidad de una vigilancia minuciosa por parte de sus padres, aunque por otro lado aumenta la obligación de impartir una correcta educación. Si bien esta postura ha sido defendida durante mucho tiempo, consideramos que en realidad la culpa *in educando* no puede constituir un criterio válido de imputación de la responsabilidad paterna, por la dificultad de precisar su contenido y porque además si se admitiese rigurosamente ese criterio, nada nos impediría poder demandar a los padres que no educaron correctamente a su hijo, incluso después de que éste hubiera alcanzado la mayoría de edad⁵⁶.

De lo anteriormente expuesto se infiere que si respecto a los niños de escasa edad la culpa *in vigilando* es un criterio válido de imputación de la responsabilidad de los padres, con relación a los menores próximos a la mayoría de edad el planteamiento ha de ser distinto, puesto que estamos ante menores dotados de discernimiento. Y en estos casos, partiendo de que no es posible ejercer una vigilancia constante de esos menores a quienes además debe reconocérseles cierta libertad de actuación⁵⁷ y tampoco parece ajustado a la realidad rescatar el criterio de la culpa *in educando*, lo único que podría fundamentar, en su caso, la responsabilidad de

⁵⁶ En el mismo sentido, NAVARRO MÍCHEL, M., *op. cit.*, pp. 39-40.

⁵⁷ Así lo proclama la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tanto en su Exposición de Motivos (apartado segundo), como en su articulado (art. 2.2).

los padres obedecería a razones de garantía⁵⁸ para el perjudicado, que podrá sujeción al patrimonio de los padres al pago de una indemnización⁵⁹.

En otro orden de cosas, la responsabilidad de los padres se caracteriza por ser una responsabilidad directa⁶⁰ y subjetiva —o al menos eso se deduce de la norma—, pero esto último ha de ser matizado puesto que las sentencias del Tribunal Supremo la han hecho derivar hacia una responsabilidad cuasi-objetiva. Si bien la culpa de los padres existe por no haber impedido el hecho dañoso del menor, esto es, por omisión o insuficiente vigilancia, y se trata de una presunción *iuris tantum* de culpa susceptible de ser destruida con la demostración de no haber podido impedir el hecho, en realidad esta responsabilidad ha adquirido un marcado matiz objetivo⁶¹. La objetivación ha llevado a algún autor a afirmar que a pesar de la existencia de la cláusula exoneratoria del art. 1903 *in fine*, únicamente cuando el daño no haya sido causado por el menor, no tendrán que responder los padres⁶². En este sentido, se podría decir que los padres se han convertido en garantes de las consecuencias que derivan de los hechos ilícitos de sus hijos y deben responder tanto si hubo culpa de su parte, como cuando fue el hijo quien actuó culposamente, e incluso —y esto es lo que pretendemos resaltar— cuando no hubiera ninguna culpa⁶³.

El Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad del art. 1903 Cc, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa, no menciona tal dato de la culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva⁶⁴, como se ha constatado en repetidas ocasiones. Así, en la sentencia de 17 de junio de 1980, el Alto Tribunal declara que «la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos constituidos “in potestate” a tenor del artículo 1903 del Cc, se justifica tradicional y doctrinal-

⁵⁸ Naturalmente, no se utiliza el factor garantía en sentido técnico. En relación con los factores de atribución, *vid.* YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *cit.*, pp. 217 ss.

⁵⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres...*, *cit.*, p. 92.

⁶⁰ El Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que la responsabilidad derivada del art. 1903 Cc en sus diversos apartados, en cuanto que se debe responder por otras personas que de algún modo están sometidas, no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de otra determinada y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos, STS 15-2-1975, *JC*, 1975, n.º 65.

⁶¹ La responsabilidad por hecho ajeno viene siendo considerada por la doctrina como una responsabilidad objetivada, así, SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil (Derecho sustantivo y Derecho procesal)*, Madrid, 1993, p. 484.

⁶² ROGEL VIDE, C., «La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela» (En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975), *ADC*, 1976, pp. 1245-6.

⁶³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de diciembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete) y 7 de enero de 1992 (Ponente: Excmo. Sr. Don Eduardo Fernández-Cid de Temes)», *RGD*, 1992, p. 2712.

⁶⁴ STS 30-6-1995, *JC*, 1995, n.º 658, F. D. segundo.

mente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, omisión de la obligada diligencia “in custodiando” o “in vigilando” que el legislador contempla partiendo de la presunción de culpa concurrente en quien desempeña los poderes y deberes de la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga de la prueba de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso según lo establecido en el último párrafo del artículo 1903 del Cc, ha sido entendido por la doctrina jurisprudencial en concepto de marcada severidad, exigiendo una rigurosa prueba de la diligencia empleada atemperándose a las circunstancias de lugar, tiempo del caso concreto, lo que significa la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad que prácticamente pasa a responder a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad»⁶⁵.

Debe observarse que a pesar de la objetivación tendencial que caracteriza a la responsabilidad extracontractual de los padres⁶⁶, en el ámbito de la responsabilidad de los titulares de Centros docentes no ocurre lo mismo, resultando paradójico que suceda así cuando es precisamente en el sector de la enseñanza privada donde el posible titular del Centro puede lucrarse con la realización de dicha actividad, lo cual en modo alguno sucede con los padres⁶⁷. En esta parcela resulta más fácil encontrar sentencias donde se ha conseguido la exoneración. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1990 se absolvió a la profesora tras probar que había obrado como debía después de que un niño de seis años clavase el tenedor en el ojo a otro niño durante su estancia en el comedor de la guardería. En este sentido, señala el Alto Tribunal que la responsabilidad por culpa extracontractual, aunque está originariamente basada en un elemento subjetivo, ha ido evolucionando hacia un sistema que sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del sujeto, acepta

⁶⁵ En el curso de una pelea, el hijo del demandado –de siete años– hirió con una navaja al hijo del demandante –de nueve años–, produciéndole lesiones que derivaron en la pérdida de visión de un ojo. El Juez de Primera instancia no estimó la demanda interpuesta por el padre de la víctima, pero en apelación fue revocada la sentencia y resultó condenado el demandado. El TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada. *JC*, 1980, n.º 232, Cdo. primero.

En esta misma línea destacan la STS de 2-9-1984, *JC*, 1984, n.º 505, Cdo. segundo; entre las sentencias de Tribunales inferiores, *vid.* la SAP Guipúzcoa de 9-11-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\7622, F. D. décimoquinto.

⁶⁶ Únicamente se puede citar como sentencia exoneratoria de la responsabilidad de los padres la STS 5-3-1997, aunque en este caso se trataba de un hijo mayor de edad que sufría una esquizofrenia paranoide y no había sido incapacitado, que con la ayuda de una pistola mató a tres niños. El Alto Tribunal exoneró a sus padres aduciendo que desconocían la enfermedad de su hijo, ya que el médico no sólo no se lo había comunicado sino que incluso en su informe había señalado que el paciente evolucionaba favorablemente. De haber alguna responsabilidad, debería corresponder al médico, *AC*, 1997, n.º 602. *Vid.* el comentario de PARRA LUCÁN, Mª A., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 5 de marzo de 1997», *CCJC*, 1997, n.º 44, pp. 775 ss.

⁶⁷ Igualmente YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *cit.*, pp. 256-7.

soluciones cuasi-objetivas. Pero ello no lleva a objetivar la responsabilidad extracontractual con carácter absoluto, y en modo alguno permite la exclusión del más básico principio de la responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo⁶⁸.

2.4. Ordenación de supuestos

Como señalábamos, en nuestro ordenamiento no se ha establecido una edad por debajo de la cual un menor siempre deba ser considerado inimputable. Sin embargo, lo cierto es que consultando la jurisprudencia española nunca se ha planteado la posible imputabilidad de un menor que no hubiera cumplido al menos siete años. Únicamente esa edad ha sido tomada en consideración, y no siempre, con el fin de compensar responsabilidades. En este sentido, por ejemplo en la sentencia de 8 de abril de 1996 el Tribunal Supremo dispuso que como la víctima tenía siete años, su conducta sólo podía ser calificada como imprevisible⁶⁹.

2.4.1. *El menor agente material de un daño a tercero*

2.4.1.1. Daños causados con un objeto

En los casos donde un menor de pocos años haya causado un daño a otra persona, es conveniente diferenciar aquellos supuestos en los que dicho menor ha ocasionado el perjuicio a pesar de no haber actuado de forma incorrecta, de aquellos otros en los que, bien por su forma de actuar o bien por los instrumentos empleados, se trataba de una conducta que podría ser calificada como peligrosa.

En este sentido, en numerosas sentencias los Tribunales se pronuncian en torno a la calificación de la conducta realizada. Así, el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de noviembre de 1990 anteriormente señalada, dispone que la activi-

⁶⁸ JC, 1990, n.º 702. También en la STS de 10-3-1997, AC, 1997, n.º 616.

Entre las sentencias de las Audiencias destaca la SAP Almería de 19-9-2000. Los padres de una menor (siete años) solicitan a la aseguradora de la guardería una indemnización por los daños sufridos por su hija al caer desde un neumático colocado a modo de columpio, cuando se encontraba jugando en el recreo. En Primera instancia se aprecia la responsabilidad de la aseguradora y ésta interpone recurso de apelación por indebida aplicación del art. 1902 Cc. La Audiencia estimó que hubo caso fortuito y por lo tanto quedan exonerados los profesores, AC, 2001, @ 251.

Igualmente, la AP Almería en su sentencia de 22-11-1999 exoneró de responsabilidad a la guardería por los daños sufridos por un menor de dos años y medio que mientras estaba jugando al “tren de Holanda” se salió de la fila y se golpeó con el marco de una puerta. En Primera instancia se estimó parcialmente la demanda y se condenó a la guardería, pero la Audiencia absolvió a los demandados calificando la conducta de hecho fortuito y señalando que a pesar de la objetivación, la responsabilidad aun está basada en el principio de la culpabilidad. B. D. Ar. Jurisprudencia, AC 1999\8291, F. D. tercero.

⁶⁹ Un menor fallece mientras estaba jugando con una bicicleta en la nave donde se encontraba con su padre, al encaramarse y quedar atrapado en una puerta corredera automática de acceso de vehículos, AC, 1996, n.º 513.

dad consistente en “comer” es de lo más normal, porque nadie puede pensar que pueda suponer algún riesgo. Sin embargo, dado que uno de los menores que se hallaba en el comedor escolar actuó con gran rapidez y le clavó el tenedor a un compañero, no por ello se puede deducir que los guardadores actuaron negligentemente⁷⁰.

Igual de usual resulta que un niño de seis años juegue en el patio de recreo mientras espera la entrada al comedor. Lo que no puede considerarse tan normal es que durante ese tiempo el juego de los menores revista ciertas características que le confieran el carácter de peligroso, puesto que jugar a la “lima”, que consiste en clavar en la tierra una vara con punta en sus extremos, es un entretenimiento peligroso. En este caso el menor resultó herido y sus padres demandaron al Centro de enseñanza, a la Consejería de Educación correspondiente y a la Compañía de seguros. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de noviembre de 1990 declaró que el deber de vigilancia de los profesores sobre los alumnos no cesaba por el hecho de haber concluido las horas de clase, ya que los alumnos estaban en una dependencia del Colegio esperando acceder a los comedores del mismo⁷¹.

En este contexto de la calificación de conductas y objetos merecen ser destacadas las resoluciones de algunas Audiencias. Así, la Audiencia Provincial de Sevilla en su sentencia de 21 de junio de 1994, señaló que «el elemento material causante del daño (el banco situado en el jardín) no es en esencia elemento peligroso; la sujeción al suelo en que está situado no es medida precautoria de los posibles y eventuales daños que pueda ocasionar, sino elemental medida aseguratoria del propio banco. Y es que, además, ni siquiera puede afirmarse que sea un elemento previsiblemente peligroso para que, en previsión de posibles riesgos, hayan de poner sobre él los responsables especiales medidas de seguridad en evitación de los daños ocasionables»⁷².

⁷⁰ *Supra*, nota n.º 64, cap. III.

⁷¹ El caso es anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 7/1991, de 7 de enero, por lo que no se hace referencia al titular del Centro docente sino a los profesores. En Primera instancia se absolvió a las partes por falta de litisconsorcio pasivo necesario y en apelación se condenó a los demandados solidariamente. Es importante destacar que los profesores fueron condenados en virtud del art. 1903.4 Cc, relativo a los empresarios, dado que se trataba de un supuesto de autolesiones. Interpuestos dos recursos de casación, por la Consejería y por la Compañía aseguradora, ambos fueron desestimados, *JC*, 1990, n.º 660.

⁷² Un menor resultó herido con un banco del Jardín de infancia, mientras estaba jugando con otros niños. En Primera instancia se desestimó la demanda interpuesta contra los guardadores y la Audiencia Provincial también los absuelve. «La mala utilización del material de juego por los niños, en sus infantiles juegos, puede generar responsabilidad en los guardadores: mas no es menos cierto que un banco no es elemento de juego en un jardín, y resulta racionalmente imprevisible intuir el uso que de tal elemento vayan a hacer los niños, pues aun estrechando y multiplicando hasta extremos de severa minuciosidad la vigilancia, tal conducta infantil no podría ser ni prevista ni evitada», *Ar. C.*, 1994, n.º 998, F. D. segundo.

También en la sentencia de 8 de septiembre de 2000, la Audiencia Provincial de Alicante declaró que las profesoras de la guardería donde se produjeron los hechos habían actuado correctamente y por lo tanto el Centro logró quedar exonerado de responsabilidad. Los padres de un menor de tres años demandaron a dicha guardería por los daños que había sufrido su hijo cuando al ir corriendo y pisar un plato de juguete, resbaló y cayó al suelo en una mala postura; sin embargo, la Audiencia señaló que no puede extrañar que los niños, sobre todo cuando son muy pequeños, vayan correteando por todas partes, dado que el correr es una de las actividades u ocupaciones preferidas de un niño de tres años y medio⁷³.

Por último, cabe mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 28 de octubre de 1999. Teniendo en cuenta que la utilización de un tirachinas comporta cierto riesgo, la Audiencia condenó a los padres de un menor por los daños que éste había causado a otro menor, al lanzar una piedra. La acción de disparar un tirachinas obedece a la conducta del autor y «el que desde el plano culpabilístico no pueda ser anudada moralmente en éste por su menor edad o su incapacidad no significa que el sujeto activo es inimputable y no podrá ser condenado penalmente pero las consecuencias civiles las establece precisamente la ley, trasladando la obligación de indemnizar a los padres»⁷⁴.

De lo anterior se desprende que la calificación que merezca la conducta del menor influye decisivamente en la consideración de la responsabilidad de la persona encargada de su guarda. Si la conducta realizada por el menor no suponía riesgo alguno es más fácil que los guardadores queden exonerados; sin embargo, cuando el menor causó el daño utilizando instrumentos peligrosos o mediante una conducta reprochable, los guardadores difícilmente van a quedar exonerados porque se entiende que no han empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

2.4.1.2. Daños causados sin ningún objeto

Si hasta ahora hemos visto cómo suelen proceder los Tribunales en torno a la consideración de los daños causados con la ayuda de algún instrumento, en otras ocasiones esos daños no tienen lugar con ocasión de la utilización de elementos,

Muy parecida, en cuanto a los hechos se refiere, es la sentencia de la jurisprudencia francesa *Cass. civ.* 12-12-1984, donde no se admitió el recurso de casación interpuesto y por lo tanto se confirmó la sentencia de apelación, que había considerado responsable a un menor de siete años, por aplicación del art. 1382 *Code civil*, como consecuencia del daño causado a otro menor, tras empujarle contra un banco de la pista de recreo del colegio. Pese a que los hechos se parezcan, las soluciones son totalmente opuestas dado que en Francia, a partir del giro jurisprudencial acaecido el 9 de mayo de 1984, se reconoce que un menor, incluso de escasa edad, puede ser considerado responsable de sus propios actos. *Bull. civ.*, 1984, n.º 193.

⁷³ F. D. tercero. Sentencia consultada a través de una copia del texto original.

⁷⁴ *Ar. C.*, 2000, n.º 2041.

pero igualmente son susceptibles de ser clasificados atendiendo a la mayor o menor peligrosidad de la conducta realizada por el menor. De este modo, la Audiencia Provincial de Vizcaya señaló en su sentencia de 15 de marzo de 1996, que de las lesiones que sufrió una menor cuando se desplomó la fila de niños (de aproximadamente seis años) que jugaban al tren “chu-chu” mientras esperaban para acceder al comedor, no responde el Centro docente porque no hubo responsabilidad de las guardadoras (los menores estaban bajo la supervisión de dos personas no docentes), y los hechos fueron calificados como constitutivos de un caso fortuito. Señala la sentencia que «la práctica del juego del “tren chu-chu” no era una actividad peligrosa ni ilícita; por el contrario, como se recoge en la sentencia apelada, puede ser considerado como uno de los juegos infantiles más inocuos y por ello más practicado entre los niños de corta edad, por no necesitar la utilización de elementos por sí mismos peligrosos ni el realizar actividades bruscas ni tan siquiera correr. Siendo un juego cotidiano y normal, practicado en presencia de dos cuidadoras, debe considerarse si el evento dañoso era previsible y valorar si fue posible evitarlo. La inocuidad del juego del tren chu-chu en sí mismo considerado y las circunstancias normales en que el día de autos se desarrollaba el mismo —no consta en los autos que hubiera violencia en la conducta de los niños que lo practicaban— y la improbabilidad de que tal resultado lesivo se produjera aun con una mayor vigilancia por parte de las dos cuidadoras que allí se encontraban o con la existencia de un mayor número de cuidadores, lleva a considerar a esta Sala que no se puede imputar una conducta negligente a las referidas cuidadoras ni tampoco al colegio, ya que sólo la prohibición de su práctica hubiera evitado el lamentable accidente, el cual no hubiera sido vetado ni por el más diligente de los cuidadores al tratarse de un juego inofensivo y no implicar riesgo. Por tanto, debe concluirse, como lo hizo la sentencia de instancia, calificando el hecho como caso fortuito»⁷⁵.

En el mismo sentido que la anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 22 de noviembre de 1999, señaló que este tipo de juego (el tren) es un juego de escaso o nulo riesgo, habitual entre niños y, desde luego, absolutamente normal dentro de las actividades de una guardería⁷⁶.

2.4.2. *El menor víctima que interviene en la producción del daño*

Una vez analizadas las diferentes situaciones en las que el autor material del daño resultaba ser un menor de edad, pretendemos destacar que muchas veces ese

⁷⁵ En Primera instancia se desestimó la demanda interpuesta por el padre de la menor contra el Centro docente y la compañía aseguradora y la AP declaró no haber lugar al recurso interpuesto, *Ar. C.*, 1996, n.º 437.

⁷⁶ *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\8291, F. D. tercero.

mismo menor puede ser la víctima del daño, bien causado por otro menor, bien por un adulto, o bien como consecuencia de su sola actuación. Llegado este punto, nos preguntamos si es posible acudir a la aplicación de la responsabilidad de los guardadores, y por lo tanto al art. 1903 Cc, no sólo cuando el menor haya causado algún daño, sino también cuando sea él quien sufre el perjuicio.

En este sentido, interesa señalar que la responsabilidad dispuesta en los párrafos segundo y tercero del art. 1903 Cc en relación con el menor que ha causado daños a terceros, no sería aplicable en aquellas hipótesis en que en lugar de haber causado él los daños, fuera quien los sufriese, alegando para ello la negligente vigilancia que han ejercido sus padres o tutores. En tales casos podrá aplicarse el art. 1902 Cc cuando el actor demuestre que existe una relación de causalidad entre la culpable omisión de vigilancia y el daño sufrido, aunque lo cierto es que será bastante improbable que esto suceda en la práctica con respecto a los padres⁷⁷. En relación con los Centros docentes así es como opera el art. 1903.5 Cc, puesto que la norma no incluye los daños que el alumno haya podido causarse a sí mismo⁷⁸.

Por lo que se refiere a las conductas que concurren en la causación del daño, ciertamente, en función de su intensidad, el Juez o Tribunal correspondiente apreciarán la existencia de culpa exclusiva de la víctima o procederán a una moderación de responsabilidades. Pero previamente debemos señalar que dada la escasa edad de los menores, en realidad no nos deberíamos preguntar acerca de la existencia de culpa de su parte —puesto que al no tener discernimiento no son capaces de culpa—, sino si concurrió culpa de parte de sus guardadores. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 29 de diciembre de 1998, que pretender llevar a la compensación de culpas la de una niña de cinco años «es impensable, pero esto no lo hace la sentencia de instancia; ésta, pese a que emplee la expresión “conurrencia de culpas” basa su ponderación de la indemnización de dos hechos: las del colegio y las de los padres de la víctima, demandantes, cuya concurrencia de causas hace que se minore la indemnización pues ambos hechos, de una y de otros, han concurrido como concausas a la producción del hecho dañoso»⁷⁹. Incluso respecto a edades superiores se ha pronunciado el Alto Tribunal,

⁷⁷ En Italia la doctrina se ha pronunciado en este mismo sentido, PATTI, S., *Famiglia e responsabilità...*, cit., pp. 258-9; MOROZZO DELLA ROCA, P., «La responsabilità civile dei genitori, tutori...», cit., p. 85.

⁷⁸ MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Madrid, 1996, pp. 240-1.

⁷⁹ Durante una fiesta de colegio organizada por la Asociación de padres, una niña de cinco años sufrió quemaduras al ser manipulado el encendido con alcohol de unos globos que debían elevarse. En Primera instancia se condenó parcialmente al colegio y a la compañía aseguradora y la AP confirmó la sentencia. Interpuesto recurso de casación tanto por la parte actora como por la parte codemandada, el Tribunal Supremo se pronunció a favor de una compensación de responsabilidades, AC, 1999, n.º 369.

por ejemplo al estimar que los niños de ocho años no tienen suficiente discernimiento y ni siquiera su conducta, en el caso concreto, atenúa la responsabilidad de los demandados⁸⁰.

En torno a la compensación de responsabilidades, como bien señaló la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 20 de enero de 1999, la conducta del perjudicado cobra una importancia destacada cuando incide en el nexo causal, toda vez que no se trata de compensar culpa con culpa —lo que conduciría a criterios subjetivos—, sino que lo que en realidad se pretende es compensar conductas mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos, y valorada su incidencia en el nexo causal deducir, por vía de compensación, la disminución en el *quantum* de la indemnización. De ahí que al compensar conductas puedan tenerse en cuenta los movimientos reflejos, incontrolados o irreflexivos que incidan en la relación causal⁸¹.

Por todo lo anterior, ha señalado la doctrina que aunque suele utilizarse la expresión “compensación de culpas”, técnicamente es más exacto hablar de “conurrencia de causas”, porque se evita el error terminológico que supone referirse a la culpa de un menor que no es capaz de actuar culposamente. No se trata de que se compensen las culpas, pues éstas no siempre se dan —por ejemplo cuando se trate de un menor incapaz—, sino que lo que se produce es una concurrencia de causas, en donde el nexo causal se debe determinar tanto por la conducta de uno (que es demandado como causante del daño) como de otro (que aparece como víctima y es el demandante), lo cual provoca como consecuencia que la indemnización por el daño causado no se pueda imputar exclusivamente a uno de los causantes, sino que se deba repartir⁸².

También la SAP Granada de 20-1-1999 estimó concurrencia de responsabilidades de los padres que habían dejado solo a su hijo de cuatro años para irse a trabajar en faenas agrícolas, y del propietario de la alberca donde cayó el menor, situada en un cortijo donde se podía entrar puesto que no existía ninguna valla. «Así pues, resulta patente la conducta culposa de los padres del menor, al omitir sus deberes de guarda y cuidado del mismo, acentuada por la corta edad de éste, que excluye así cualquier atisbo de raciocinio o de noción consciente de una potencial situación de peligro», *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\158.

⁸⁰ STS de 31-10-1985: Un niño de ocho años fallece cuando estaba jugando en un solar donde se produce un derrumbamiento de tierras. El demandante —su padre— alega que el solar no estaba cerrado y solicita la correspondiente indemnización a los demandados (el arquitecto, el aparejador, el encargado y la empresa). En casación se confirma la sentencia de la Audiencia resultando condenados la empresa, el aparejador y el arquitecto, *JC*, 1985, n.º 630.

⁸¹ La interferencia en el nexo causal de la actuación negligente de la víctima, concomitante con la del dañador pero sin llegar a la ruptura de la causalidad, ocasiona una concurrencia culposa que determina la moderación de la responsabilidad exigible y la consiguiente reducción de la suma a satisfacer como indemnización, no sólo por el juego del art. 1103 del Código civil, sino por palmarias razones de equidad y lógica, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\158, F. D. tercero.

⁸² STS 5-11-1997, *AC*, 1998, n.º 143.

Si se entendiera que se debe apreciar que ha habido concurrencia de culpas, esto supondría que sólo la contribución causal y culposa daría lugar a la aminoración de responsabilidad y, en ese sentido, la intervención de un menor de escasa edad no podría moderar la responsabilidad, dado que la culpa presupone la capacidad de entender y querer que falta en el inimputable, que, por ello mismo, es inculpable. Lo decisivo sería detectar si en la conducta del agente se puede apreciar algún grado de culpa. Si ello fuera así procede declarar su responsabilidad y después, si además se constata que la víctima contribuyó al daño y tenía suficiente discernimiento, aminorar la indemnización mediante la equitativa distribución de las consecuencias del daño⁸³.

No obstante, si se atiende a la concurrencia de conductas, el análisis se detendría en el plano de la causalidad, de modo que en el caso de que se comprobase que la víctima ha contribuido en el proceso causal, debería sufrir el resultado que fuera referible a su aportación. Así pues, sólo en este caso la operatividad de la disminución de la indemnización sería también referible al inimputable en cuanto que sólo se examina la causalidad física o material.

En relación con la compensación de responsabilidades del demandado y de los padres del menor, entre los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo destaca la sentencia de 30 de junio de 1998⁸⁴. También se pone de manifiesto la conducta reprochable de un padre en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000, en la que se estima una concurrencia de conductas culposas entre el padre de un niño de ocho años que resultó lesionado al sentarse en el carro de la compra y quedar atrapado en un aparato de elevación mecánica, y la empresa que explotaba el supermercado, por no cumplir las medidas de seguridad. El Tribunal se pronunció a favor de una compensación de las consecuencias pecuniarias⁸⁵.

⁸³ SAP Ciudad Real de 21-12-1998, *AC*, 1999, n.º 475, F. D. quinto y sexto.

⁸⁴ Concurrencia de culpas de la madre del menor de cinco años que cayó a la piscina y de la empresa propietaria de las instalaciones. *AC*, 1998, n.º 1079.

Entre las sentencias de los Tribunales inferiores destaca la sentencia de la AP Jaén de 23-10-1996. Peligrosa es la conducta de la menor que jugaba con la barra de enganche de un remolque aparcado en la calle, la cual falleció tras recibir un golpe en la cabeza. Señala la Audiencia que los demandados (conductor y propietaria del remolque) debieron prever que «los niños carentes, por propia naturaleza de facultades de previsión o de apreciación del peligro, pudieran jugar con ella (la barra)». Al resultado coadyuva la propia conducta de la menor, que es valorada por la sentencia en orden a moderar la responsabilidad y la consecuente indemnización, *AC*, 1997, n.º 263.

⁸⁵ Tras desestimar el recurso de casación interpuesto por el padre del menor herido, al mismo tiempo se confirmó la sentencia de la AP en virtud de la cual se condenaba a los codemandados (empresa y compañía aseguradora) a pagar solidariamente el 40% del total. La actuación del padre consintió «el desplazamiento de su hijo (...) en un carro de la compra, lo que era impropio a las características del medio utilizado, y sigue con su inhibición ante la postura mantenida por el niño, (...) todo lo cual constituye sin duda una manifestación de descuido al consentir el traslado indicado y no impedir la irregular posición del menor, con lo que, habida cuenta de la inconsciencia propia de éste, participó, en nexo causal, a la efectividad del accidente», *Ar. C.*, 2000, n.º 3930.

Para que la culpa de la víctima exonere al demandado de responsabilidad ha de ser el fundamento exclusivo del resultado o tener intensidad suficiente para absorber la otra culpa concurrente. En muchas ocasiones ha habido pronunciamientos a favor de la mal llamada culpa exclusiva de la víctima. En el mismo sentido que anteriormente señalamos, más que culpa por parte de una persona que puede que no tenga capacidad, únicamente se debería hacer referencia a la intervención de la víctima en el proceso causal. Por ejemplo, el Alto Tribunal estimó que el daño se debió a la sola actuación de la víctima en su sentencia de 16 de junio de 1905. Un menor de siete falleció a causa de las lesiones que sufrió al caer de un árbol y aunque el padre pretendía obtener una indemnización, el Tribunal entendió que el daño fue debido tanto al abandono del niño por parte de sus padres, como a la propia imprudencia de la víctima⁸⁶.

Consideración especial merecen los daños sufridos por menores como consecuencia de accidentes de circulación. Entre los niños de corta edad son muy frecuentes los atropellos donde además resulta que muchas veces ellos mismos deben soportar parte del daño, porque con su conducta han interferido en el nexo de causalidad. Se trata de conductas peligrosas producidas en la mayoría de los casos por la irrupción inopinada de menores en la trayectoria de algún vehículo.

En el sentido que venimos indicando, el Tribunal Supremo procedió a una compensación de culpas en la sentencia de 15 de diciembre de 1982. Se tuvo en cuenta la conducta del niño que cruzó la calzada y la obligación de vigilancia del padre, para concluir que la conducta infantil y la falta de diligencia del padre no constituyeron la causa única y eficiente del resultado, sino simples concausas que, unidas al actuar culposo del conductor, dieron lugar al luctuoso resultado⁸⁷.

Igualmente se procedió a una compensación de responsabilidades en la sentencia de 1 de febrero de 1989, en la que el Tribunal Supremo declaró que dada la edad del menor (ocho años) no se podía apreciar culpa de su parte, pero en cam-

⁸⁶ El padre del menor demandó a la Compañía Madrileña de Alumbrado (el menor utilizó una escalera de las que dejaban atadas a los troncos los mozos que limpiaban y encendían los faroles) para que se le declarara responsable de la muerte de su hijo. La demanda fue desestimada en las instancias inferiores, y el recurso de casación interpuesto por el actor y padre de la víctima fue también desestimado, *JC*, 1905, n.º 103.

⁸⁷ Tras el atropello de un menor, sus padres demandan al conductor y a la propietaria del vehículo, que resultan condenados. Una vez interpuesto recurso de casación por los demandados, el TS declaró no haber lugar al mismo, *JC*, 1982, n.º 532, Cdo. tercero.

Sin embargo en condiciones muy parecidas (menor atropellada), en otras ocasiones se ha apreciado culpa exclusiva de la víctima, como así ocurrió en la STS de 25-5-1985. El actor y padre de la menor alegó que el conductor obró negligentemente, pero se estimó que fue la menor la que se avalanzó sobre el coche y en ese sentido se declaró que hubo culpa exclusiva de la víctima: fue su conducta, asociada a la carencia de extremado control que sobre ella había de prestarse, la determinante del desgraciado accidente, *JC*, 1985, n.º 339.

bio sí que se podía tener en cuenta que su conducta había interferido en la relación causal⁸⁸.

También se apreció concurrencia de conductas por las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz de 12 de julio de 1995⁸⁹, de 4 de febrero de 1999 –en este caso con una distribución de responsabilidad del 50%⁹⁰– y de 16 de mayo de 1996 –aunque aquí la proporción de la concurrencia de conductas en la causación del resultado no fue estimada en igual proporción, sino que se atribuyó al conductor el 80% de responsabilidad y el 20% al menor–⁹¹.

En algunos casos en los que la víctima interfiere en la cadena causal puede llegar a producirse la exoneración de responsabilidad de la otra parte, por tratarse de un suceso imprevisible e inevitable. En la sentencia de 21 de noviembre de 1985 señala el Tribunal Supremo que fue la propia conducta de la menor, que pese a no tener siquiera dos años solía cruzar un sendero para pasar de una población a otra, asociada a la carencia de extremado control que sobre ella había de prestarse, la determinante del atropello de la misma por un tren⁹².

Recientemente, el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de octubre de 2000 ha apreciado también culpa exclusiva de la víctima, aunque ha puntualizado que dada la edad del menor –ocho años– no se puede decir que éste fuera responsable del accidente –ya que su actuación fue esencialmente irreflexiva–, sino que han de

⁸⁸ Un niño de ocho años sufrió graves lesiones como consecuencia de un atropello, tras cruzarse en la trayectoria de un tractor. El padre del menor solicitó una indemnización que fue desestimada en Primera instancia; en apelación se estimó parcialmente y en casación el TS declaró que no había lugar al recurso al entender que hubo una concurrencia de responsabilidades, *JC*, 1989, n.º 62. *Vid.* DÍAZ ALABART, S., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 1 de febrero de 1989», *CCJC*, n.º 19, 1989, 499, pp. 151-8.

⁸⁹ Atropello de un niño de tres años que se hallaba desplazándose constantemente desde el parque a la terraza del bar y viceversa. Se apreció concurrencia de conductas en la causación del evento dañoso como consecuencia de una falta de vigilancia por parte de los encargados de la guarda del menor, sus abuelos, y del conductor del vehículo, por una carente previsibilidad, *AC*, 1996, n.º 325.

En sentido parecido, SAP Málaga 18-6-1997, donde también se procedió a una moderación de la indemnización al irrumpir un menor de tres años en la trayectoria del vehículo que lo atropelló, *AC*, 1998, @ 14.

⁹⁰ Una menor de cuatro años es atropellada al cruzar inopinadamente la calzada por un lugar no habilitado y sin acompañamiento de persona mayor. «No cabe atribuir al conductor la totalidad de la responsabilidad en la producción del resultado. Este Tribunal entiende que resulta razonable establecer en un 50% el tanto de culpa del conductor, pues en ese porcentaje debe estimarse que con su forma de proceder la menor generó una situación de alta peligrosidad ante la que es difícil reaccionar de modo tal que se pudiese evitar el atropello de la misma. El conductor del automóvil no puede, no obstante ser exonerado de responsabilidad, a la vista de que pudo en cierta medida eludir a la menor (...)», *Ar. C.*, 1999, n.º 310.

⁹¹ Atropello de un menor de cuatro años que mientras estaba jugando a la pelota cruza repentinamente la calzada. El conductor pudo y debió haber visto al menor atravesando la calzada y por ello se le atribuye el 80% en la causación del resultado lesivo, ya que no puede desconocerse totalmente la forma de proceder del menor. «Al tratarse de un menor de sólo 4 años de edad resulta difícil poder hablar de “culpa” en el sentido propio de la palabra. Pero ello no puede implicar el que la forma de proceder del menor influya de hecho, en mayor o menor medida, en el origen del accidente y debe sin duda alguna valorarse este evento», *AC*, 1996, n.º 1508.

⁹² *JC*, 1985, n.º 686.

ser sus padres o guardadores quienes, en tales condiciones, respondan de sus actos⁹³.

Entre las sentencias de las Audiencias, también en la sentencia de 2 de marzo de 2000 la Audiencia Provincial de Alicante consideró que hubo culpa exclusiva de la víctima, en este caso un menor de siete años, que había sido atropellado al irrumpir de forma imprevista en la calzada. En concreto señala acertadamente la Audiencia que (...) «no puede hacerse derivar hacia la conductora del turismo la irresponsabilidad del menor y argumentar que, al carecer éste del raciocinio necesario para discernir las consecuencias de su conducta, nunca podría apreciarse la excepción de culpa exclusiva de la víctima, cuando lo que se trata es indagar si el agente desencadenante del evento dañoso ha contribuido a su producción de forma exclusiva y excluyente, sin intervención culposa alguna, ni siquiera levísima, por parte del contrario, y esto es lo que ha sucedido en el caso de autos (...)»⁹⁴.

Por último, cabría concluir con otra sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 19 de noviembre de 1999, cuyos hechos también podrían incardinarse en el apartado referido a menores con cierta capacidad de discernimiento, pues la actividad desarrollada denota que el menor tenía un desarrollo superior al de un niño normal de su misma edad. Se trata de un caso en el que un menor de siete años conducía una motocicleta con la que ocasiona un accidente al cruzar una vía cuando por su derecha y con preferencia de paso se acercó un turismo, cuyo conductor se vio sorprendido por la aparición repentina del menor y no pudo evitar la colisión. El Juez de Primera instancia no consideró que hubo culpa exclusiva de la víctima, pero la sentencia fue revocada por la Audiencia al estimar que resultaba notoriamente imprudente que un menor de esa edad circulase, con una motocicleta y con la aquiescencia de sus padres, por una vía pública destinada al tráfico rodado⁹⁵.

3. LA CAPACIDAD RESTRINGIDA DE LOS MENORES DE EDAD MAYORES DE SIETE AÑOS

Una vez rebasada la etapa de la infancia, el menor de edad deja de ser considerado un ser absolutamente incapaz y comienza a reconocérsele capacidad limitada

⁹³ El menor falleció al ser atropellado por un tren cuando cruzaba con su bicicleta un paso a nivel. En Primera instancia se estimó parcialmente la demanda y resultó condenada RENFE. En apelación la AP revocó la sentencia, al entender que RENFE había cumplido todas las normas reglamentarias y el TS desestimó el recurso interpuesto por los padres del menor, AC, 2000, n.º 99.

⁹⁴ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 2000\754, F. D. primero.

⁹⁵ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1999\7987, F. D. primero.

para la realización de determinados actos⁹⁶. Como hemos tenido ocasión de manifestar anteriormente, debe quedar claro que el que hayamos adoptado en esta clasificación el límite de los siete años obedece fundamentalmente a razones históricas, si bien es cierto que éstas se consagraron a partir de la propia experiencia de los hechos consumados. Sin embargo, en el ordenamiento civil español ninguna norma —al menos en el momento actual— establece que la persona es totalmente incapaz antes de cumplir el séptimo año de vida.

En relación con esto mismo cabe señalar que por el hecho de que una persona no haya alcanzado la mayoría de edad, no se debe afirmar sistemáticamente que será incapaz, puesto que a pesar de su minoría puede estar dotado de cierta capacidad de discernimiento que irá adquiriendo gradualmente. De no ser así, es decir, si nos aferrásemos a la idea de que sólo el individuo mayor de edad tiene discernimiento, desde una mirada retrospectiva habría que interpretar que el legislador de 1889 consideraba incapaces, y por lo tanto excluidos del régimen de la responsabilidad extracontractual dimanante de los actos ilícitos, a quienes no hubieran cumplido los veintitrés años, lo cual no nos parece razonable.

En este sentido y pese a que hace algún tiempo se difundió la idea de que los menores se hallaban totalmente privados de la facultad de obrar por sí solos y que se caracterizaban por una incapacidad general y total de obrar, los antecedentes

⁹⁶ Sin ánimo de ser exhaustivos, a partir de los doce años los menores pueden consentir en su adopción (art. 177.1 Cc); pueden ser oídos en el juicio de separación, nulidad o divorcio de sus padres, siempre que tuvieren suficiente juicio (art. 92 Cc); pueden intervenir en su tutela también en el caso de que tuvieran suficiente juicio (art. 231 Cc).

A partir de los catorce años pueden realizar testamento excepto el ológrafo (arts. 663 y 688 Cc); pueden ser testigos porque se sobreentiende que tienen capacidad natural (arts. 1245 y 1246 Cc, aunque estos artículos han sido derogados por la Disposición derogatoria única, 2, 1.º, de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, cuyo art. 361 dispone ahora que los menores de catorce años pueden declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente). Los menores que hayan cumplido catorce años también pueden contraer matrimonio con dispensa del Juez de Primera instancia (arts. 46 y 48 Cc).

A partir de los dieciséis años, los menores pueden administrar los bienes que hubiesen adquirido con su trabajo o industria, en lo que se refiere a la administración ordinaria (art. 164.3 Cc); deben consentir su emancipación cuando la soliciten sus padres (art. 317 Cc) e incluso pueden solicitarla ante el Juez (art. 320 Cc); también pueden solicitar el beneficio de la mayor edad (art. 321 Cc); y en determinadas circunstancias pueden ser testigos en el otorgamiento de un testamento (art. 701 Cc).

Asimismo, en otras ramas del Derecho encontramos algunas referencias. Según la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores son responsables los sujetos que al menos tengan catorce años. El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en su art. 6.1 prohíbe la admisión al trabajo de menores de dieciséis años, y cuando se trate de intervenir en espectáculos públicos deberá ser expresamente autorizado. La Ley 1/1970, de Caza, señala que el derecho a cazar corresponde a toda persona mayor de catorce años que cumpla los demás requisitos legalmente establecidos. El Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, señala que la edad mínima requerida para obtener licencia de conducción será, en relación con los ciclomotores, catorce años, aunque para otro tipo de permisos se exige haber cumplido dieciséis o dieciocho años, según los casos (Código de la Circulación, art. 264, modificado por RD 74/1990, de 19 de enero).

demuestran que a lo largo de la historia al menor se le han atribuido ciertas facultades. La consideración doctrinal favorable al reconocimiento de una capacidad general del menor tiene su punto de partida en DE CASTRO, que en lugar de sostener la teoría que abogaba por su incapacidad absoluta, señaló que el menor era una persona limitadamente capaz⁹⁷. De ahí que entendamos que el menor de edad tiene capacidad de obrar y que la incapacidad constituye la excepción⁹⁸.

Partiendo de las premisas anteriores, el reconocimiento de esta capacidad restringida se debe a que si bien se tiene que potenciar su personalidad, no se puede olvidar que es necesario ejercitar cierto control, vigilancia y defensa que suplan las carencias inherentes al propio menor⁹⁹. Además, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ha venido a corroborar este planteamiento al señalar en su art. 2.2 que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se deben interpretar de forma restrictiva¹⁰⁰.

Interesa destacar que durante la minoría de edad la capacidad no siempre es la misma sino que la dosis de voluntad va progresivamente aumentando, de suerte que la capacidad de un niño no puede parangonarse con la de un adolescente. Desde el momento en que se atribuye relevancia jurídica a los diversos grados de incapacidad natural, se está insinuando que entre la incapacidad y la capacidad de obrar existe un tercer concepto que podríamos denominar capacidad limitada¹⁰¹.

⁹⁷ Así, DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, p. 189.

Esta postura también ha sido mantenida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, p. 24.

⁹⁸ Se ha abandonado la tesis que partía de que el menor era un ser incapaz excepcionalmente habilitado. Lo que está claro es que a partir de F. DE CASTRO, unánimemente se ha reconocido al menor un amplio ámbito de actuación que sigue siendo incómodo explicar desde la excepción, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pp. 885-6, nota 5.

Actualmente ésta es la interpretación mayoritaria, así, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1998, p. 235; GETE-ALONSO, M. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar*, Madrid, 1985, pp. 55 ss.

⁹⁹ Es lo que JORDANO FRAGA ha denominado proteger la personalidad del menor desde él mismo, desde dentro, y también desde fuera, *op. cit.*, p. 884.

¹⁰⁰ Lo cierto es que, como ha señalado ALONSO PÉREZ, se trata un principio nada novedoso puesto que desde la promulgación del Código civil la mejor doctrina lo defendió sin ambages, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil: luces y sombras», *AC*, 1997-I, p. 24.

En el mismo sentido, GARCÍA MÁZ, F. J., «Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor», *AC*, 1997-III, p. 808; LINACERO DE LA FUENTE, M., «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *AC*, 1999, n.º 48, p. 1587; NUÑEZ MUÑOZ, C., «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, 1996-V, D-298, pp. 1483-4.

Igualmente GULLÓN BALLESTEROS señala que habría sido más importante regular la capacidad de obrar del menor con carácter general, acabando con la consideración fragmentaria e incompleta del Código civil, «Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, 1996-I, D-40, p. 1691.

¹⁰¹ En palabras de CARNELUTTI, “semicapacidad” o “hipocapacidad”, *vid.* «Notas sobre capacidad e incapacidad», trad. J. Navas, *RDP*, 1953, p. 951.

Si bien la regla general es que la plena capacidad de obrar se adquiere con el cumplimiento de los dieciocho años, no se debe olvidar que el propio Código civil reconoce capacidad al menor para la realización de determinados actos que enumera en distintas partes de su articulado y, en ese sentido, una persona podrá ser considerada responsable en tanto en cuanto tenga una mínima capacidad natural que le permita entender el alcance de sus actos¹⁰².

Esta capacidad limitada o natural es un concepto psicológico que ha dado lugar a una noción jurídica al erigirse en requisito de la validez de los diferentes actos y negocios. En este sentido, se perfilan tres fases temporales en la aptitud de autogobierno, a saber, la ausencia de capacidad, el autogobierno mínimo o incipiente y el pleno, que a su vez determinan tres categorías, la incapacidad, la capacidad natural y la capacidad legal, que vienen a constituir los grados de la capacidad de obrar¹⁰³.

En virtud de lo anterior, la capacidad natural se refiere al grado intermedio que adquiere la persona entre la total incapacidad y la capacidad de obrar plena. Designa una capacidad limitada, en el sentido de que sólo se exceptúa el requisito de la mayoría de edad pero no el presupuesto psicológico de la capacidad, que se reconoce en el individuo desde el momento en que posee uso de razón y va aumentando con la pubertad.

El Derecho civil español no ha seguido el ejemplo de otros ordenamientos jurídicos. De este modo nuestro Código, descendiente del Código civil francés y haciendo gala de la familia jurídica a la que pertenece, omite cualquier referencia a edades concretas. Sin embargo el § 828 BGB, como veíamos en el apartado correspondiente al Derecho alemán, dispone que en principio el menor de siete años no es responsable de las consecuencias dañosas que se deriven de sus actos, mientras que si ese menor tiene entre siete y dieciocho años sólo será responsable si en el momento de cometer el daño estaba en condición de comprender el significado de sus actos. Por su parte, el Código civil italiano de 1942 contiene una fórmula intermedia que, aun cuando no especifica edades concretas, recoge un sistema de verificación más elástico que permite valorar si el sujeto en cuestión tenía suficiente capacidad y, en ese sentido, el Juez podrá relacionar la responsabilidad con el tipo de ilícito, la gravedad del hecho y la personalidad del autor.

¹⁰² LATOUR BROTONS, «Responsabilidad civil de los incapaces», en *Libro-Homenaje a R. M.ª Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976, p. 149.

¹⁰³ En este sentido, RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, pp. 282 y 285.

3.1. Consideraciones acerca de su posible responsabilidad

En relación con el periodo temporal que podríamos considerar como “límite” superior en la franja acotada en este apartado, parece que la edad de doce años constituye la edad inferior a partir de la cual nuestro ordenamiento civil otorga cierta relevancia a los actos realizados por menores. En sentido parecido señala DÍAZ ALABART que si bien la edad de diez años es una edad límite —puesto que por debajo de ella se puede hablar de personas inimputables— si pasamos a una edad superior, por ejemplo la de los doce años, está claro que el sujeto es imputable¹⁰⁴.

En esta línea, lo cierto es que en la jurisprudencia no se suele considerar que un menor de diez años tiene discernimiento. El Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de marzo de 1979 señalaba, respecto de los hijos de diez años, que el contexto social no constituye un impedimento para que al padre se le exija una adecuada vigilancia y educación. Así pues, si el padre tiene bajo su cuidado a hijos que carecen de la capacidad necesaria para regirse por sí mismos, ha de ejercer sobre ellos una vigilancia y atención especial en orden a evitar que por ignorancia, impremeditación o falta del necesario discernimiento, produzcan algún daño. En este caso el Alto Tribunal señaló que como consecuencia de la infracción civil cometida por el hijo menor, debía ser condenado el padre¹⁰⁵.

Por el contrario, la Audiencia Territorial de Albacete, en su sentencia de 20 de mayo de 1987, reconoció que un menor de diez años era responsable junto con sus padres, por haber enviado una carta al periódico vertiendo algunas acusaciones contra el Alcalde de su pueblo¹⁰⁶. En Primera instancia se condenó a los demandados a indemnizar conjunta y solidariamente al Alcalde, y se le concedió al actor el derecho a difundir el fallo en un medio del mismo ámbito. Tanto el demandante (que ahora solicitaba que los gastos de la difusión corrieran a cargo de los demandados) como los demandados interpusieron sendos recursos de apela-

¹⁰⁴ Así, DÍAZ ALABART, S., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 15 de diciembre de 1994», *CCJC*, 1995, n.º 38, 1026, p. 639.

NAVARRO MICHÉL propone la edad de catorce años como límite en torno al cual la responsabilidad de los padres tendría que ser subjetiva, porque considera que a partir de esa edad el ordenamiento permite al menor realizar una serie de actividades que implican el reconocimiento de cierta madurez, *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁵ El padre no logró probar que había empleado la diligencia que le era exigible. Los hechos fueron probados ante el Tribunal Tutelar de Menores, pero el art. 14 de la Ley de 1948 remitía a los Tribunales ordinarios el conocimiento de las acciones civiles. En Primera instancia se estimó parcialmente la demanda, que fue confirmada por la Audiencia Provincial aunque aumentando la indemnización. El demandado interpuso recurso de casación que fue desestimado, *RJA*, 1979, n.º 919.

¹⁰⁶ Se plantea un supuesto de responsabilidad donde la víctima pretende el resarcimiento de un daño moral causado materialmente por un menor de edad. DÍAZ ALABART, S., «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, (Sala de lo Civil) de 20 de mayo de 1987, sobre responsabilidad civil de un menor de edad por actuación ilegítima contra el honor de las personas», *RJCM*, 1987, pp. 225-241.

ción que fueron desestimados por la Audiencia Territorial. La Audiencia señaló que en torno a la responsabilidad civil derivada de los actos ejecutados por menores, la doctrina actual se inclina por una marcada tendencia a independizar la indemnización por daños y perjuicios del elemento subjetivo culposo, de forma que «las personas sobre las que recae la obligación de velar y custodiar a los menores, son responsables de las acciones de éstos que afecten a la esfera jurídica de cualquiera juntamente con los menores que aunque carecen de capacidad de obrar ostentan una personalidad jurídica que les hace ser sujetos de derechos y obligaciones».

La imputabilidad civil no se puede asociar a una edad legalmente prefijada, sino que son los Jueces quienes deben verificarla en cada caso y en este supuesto la Audiencia debió considerar que el menor era imputable y que por lo tanto tenía suficiente capacidad de entender y querer. De lo contrario, es decir si se hubiera estimado que era inimputable, la condena debería haber sido subsidiaria, por aplicación analógica del art. 20 Cp de 1973, todavía vigente en el momento de los hechos¹⁰⁷.

Menos dudas suscita la edad de los doce años, aunque tampoco permite un predicamento general acerca de la capacidad delictual del menor. Pese a ese reconocimiento de capacidad, cuando el menor causa un daño a terceros la jurisprudencia mayoritaria tiende a condenar a sus guardadores. La cuestión no es que el Tribunal se aferre a la condena exclusiva de los padres, tutores o titulares del Centro docente, sino que las víctimas que han sufrido el daño dirigen la demanda contra el patrimonio más solvente. El Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de febrero de 1983, a propósito de unos niños con edades comprendidas entre los doce años que se encontraban tirándose grapas con un tiragomas, condenó a sus padres repercutiendo en ellos «la indudable culpabilidad de los menores»¹⁰⁸, lo que significa reconocer que esos menores eran capaces de culpa, aunque esa conclusión no quedase plasmada en una condena efectiva hacia ellos.

A pesar de lo anterior, en sentido favorable al reconocimiento de cierta capacidad de discernimiento a partir de los doce años se pronunció la Audiencia Provincial de Córdoba en su sentencia de 10 de marzo de 1994, al establecer que el hecho de que el lesionado tuviera doce años, suponía que debía ir empezando a ser

¹⁰⁷ DÍAZ ALABART pone de manifiesto la conveniencia de que en la sentencia se hubiese justificado las razones que llevaron a la condena solidaria, puesto que tras el pronunciamiento nos queda la duda de si se trata de un error y en realidad tendría que decir subsidiaria o si, en cambio, por primera vez un Tribunal ha apreciado la imputabilidad civil de un menor de edad, «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete...», *cit.*, pp. 239-40.

¹⁰⁸ *JC*, 1983, n.º 67.

consciente de los peligros en una etapa en la que ya comienza a tener una ligera autonomía respecto de la esfera protectora de sus padres¹⁰⁹.

Corroborar y reafirma esto mismo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de octubre de 1999, cuyos hechos versaron en el daño que un menor de dieciséis años causó a otro menor, de doce años, mientras se hallaban jugando con sus monopatines. La Audiencia no desconoció que el grado de discernimiento de ambos menores no era idéntico, puesto que uno era cuatro años mayor que el otro, pero señaló que no debía establecerse diferencias abismales, teniendo en cuenta que por ejemplo la Ley Catalana de Protección de los Niños y Adolescentes de 27 de julio de 1995, engloba dentro de la categoría común de adolescentes a todas aquellas personas que tuvieran una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad, para diferenciarlos de los *infants* (niños), concepto que sería aplicable a todos los que fueran menores de doce años¹¹⁰.

La falta de concreción de un límite fijo en nuestro ordenamiento ha dado lugar, cuanto menos, a cierta confusión. Si a la edad de doce años el menor puede realizar algunos actos, en las sentencias no se suele descender a explicar si en el caso concreto el menor tenía capacidad de discernimiento. No faltan resoluciones en sentido contrario que niegan cualquier relevancia a la edad que venimos apuntando. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de marzo de 1995, resultó irrelevante tanto el dato de la edad como la posible capacidad de la menor atropellada, que tenía doce años, puesto que mientras la parte demandada pretendía que las menores fuesen consideradas “adultas” a los efectos de poder ir solas por la carretera, la Audiencia señaló que ese argumento no era aceptable, debido a que, aún cuando una persona a los doce años pudiera conocer las reglas de comportamiento y las normas de la circulación, a esa edad no le es exigible una conducta reflexiva sino que, al contrario, lo normal es que sea impulsiva y espontánea¹¹¹.

¹⁰⁹ La Audiencia confirmó la sentencia de instancia en la que se había absuelto a los padres del menor que cerró la puerta con la que se produjeron los daños, así como a la entidad deportiva donde ocurrieron los hechos y a su compañía aseguradora, AC, 1994, @ 967.

¹¹⁰ «Ambas conductas mostraron una irreflexión superior al respectivo grado de discernimiento de cada uno de los intervinientes, por lo que deben considerar las dos como causantes por igual del daño corporal padecido por el hijo de los demandantes. (...) No cabe utilizar los parámetros, propios del análisis de conductas llevadas a cabo por personas mayores de edad, dotadas de plena conciencia y voluntad y por tanto plenamente responsables de sus actos», Ar. C., 2000, n.º 2119, F. D. tercero.

¹¹¹ Unas niñas iban caminando cuando se dispusieron a cruzar de forma inmediata sin advertir que venía un coche; tras el atropello, falleció una de las menores. Responsabilidad tanto de la cuidadora del Colegio y del Instituto religioso al que pertenecía el Colegio —por permitir la marcha de las niñas por el arcén—, como del conductor del vehículo, por su falta de atención. A pesar de la edad de las víctimas, la responsabilidad recae íntegramente en los demandados, AC, 1995, @ 1112, F. D. cuarto.

3.2. Responsabilidad por hecho ajeno. Sistematización de la jurisprudencia

En torno a la responsabilidad que deriva de los daños causados por un menor de edad, si analizamos las sentencias que se han ido sucediendo desde la entrada en vigor del Código civil, hemos de concluir que éstas han ido aumentando cuantitativamente en el sentido de que cuanto más avanza la sociedad más derechos se otorgan a sus ciudadanos y, en consecuencia, más se reclama su cumplimiento. En los últimos años han sido resueltas numerosas demandas sobre responsabilidad extracontractual y ello ha supuesto que, con la misma progresión, cada vez fueran más los recursos de casación planteados ante el Tribunal Supremo. Como resultado de lo anterior, la doctrina que constantemente emana del Alto Tribunal nos permite interpretar y acomodar las normas al momento de su aplicación. Esto tiene mayor importancia de lo que pudiera parecer, puesto que a partir de estos pronunciamientos se ha ido consolidando un importante cuerpo de doctrina jurisprudencial.

Con relación a la clasificación de la casuística, podemos comenzar el estudio con una distinción básica a partir de las características inherentes a los objetos empleados, en su caso, en el momento de causar el daño, diferenciando entre aquellos objetos que no son peligrosos –pero que en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias pueden constituir una fuente de riesgo–, de aquellos otros en los que la característica de peligrosidad es intrínseca a su propia naturaleza y por lo tanto, su simple utilización denota que los guardadores del menor no han sido todo lo diligentes que cabría esperar.

Los Tribunales, más que descender a la calificación de la peligrosidad de instrumentos concretos, se centran en el análisis de los juegos, conductas o actividades llevadas a cabo y en dicho sentido se ha declarado expresamente –la mayor parte de las veces en el ámbito de los Centros docentes–, que se debe atender a los juegos que desarrollan los menores y prohibir aquellos que resulten peligrosos. Por ejemplo, han sido calificados de peligrosos el juego de la lima –que consiste en clavar en la tierra una vara con punta en sus extremos¹¹²–, la utilización del tirachinas¹¹³, el lanzamiento de piedras¹¹⁴, el uso de un palo de hockey¹¹⁵ y el empleo de petardos¹¹⁶.

¹¹² STS 10-11-1990, *JC*, 1990, n.º 660.

¹¹³ El TS en la sentencia de 17-9-1998 calificaba el tirachinas de «juguete susceptible de una situación de riesgo», *AC*, 1999, n.º 1205.

¹¹⁴ Según la SAP Granada de 11-3-1997, en la actividad de apedrearse recíprocamente no puede hablarse de límites normales, pues lo previsible en tan peligroso e imprudente comportamiento es que alguno, algunos o todos los partícipes terminen descalabrados, *AC*, 1997, @ 1137.

Convendría puntualizar que en otros pronunciamientos no se han considerado peligrosas algunas conductas, debido a que se parte de su normal utilización entre personas de la misma edad. De este modo, se ha señalado que no es peligroso el uso de balones o pelotas¹¹⁷, puertas¹¹⁸, canastas¹¹⁹, el juego del tren¹²⁰ o incluso una “riña entre alumnos”¹²¹.

En torno a la consideración de la responsabilidad del sujeto, interesa evidenciar que en muchas ocasiones se tiene muy presente la naturaleza de la actividad realizada, que podría ser calificada como útil, necesaria, inocua, o peligrosa. En este sentido, creemos que si un menor de edad realiza una actividad que de entrada comporta cierto riesgo, el propio autor en función de su edad quizá haya podido asumir dicho

¹¹⁵ En la SAP Guipúzcoa de 8-1-1998, los daños enjuiciados acontecieron en el Colegio, cuando un menor de doce años golpeó con un palo de hockey (*stick*) a otro menor de su misma edad. En la sentencia se deja entrever la peligrosidad de ese deporte al señalar que no es descabellado exigir que dicho juego se lleve a cabo con las protecciones necesarias para evitar que sus practicantes puedan resultar lesionados en la cabeza o, en concreto, en la cara, como consecuencia de un golpe fallido por parte de otro de los jugadores, *AC*, 1998, @ 1038.

¹¹⁶ SAP Valencia 23-12-1997, *Ar. C.*, 1997, n.º 2412, F. D. tercero.

¹¹⁷ Ha declarado expresamente el Tribunal Supremo que el juego de balón en circunstancias ordinarias no es una actividad ilícita ni peligrosa, STS 20-5-1993, *JC*, 1993, n.º 487, F. D. sexto.

En la sentencia de 4-12-1995, el TSJ de Navarra también calificó el juego del balón (en este caso de gimnasia) como una conducta normal, *Ar. C.*, 1995, n.º 9667, F. D. cuarto.

Asimismo, en sede contencioso-administrativa la jurisprudencia se pronuncia en este mismo sentido. En la sentencia de 22-6-1999, a propósito de los daños sufridos por un menor cuando le impactó en la cara el balón con el que otros menores se hallaban en el patio de la escuela jugando al fútbol, el TSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo) señaló que «los hechos se produjeron en el transcurso de una actividad que, en sí misma, no puede calificarse de peligrosa y que, en la práctica, era incontrolable pues para hacerlo sería necesario adoptar medidas que significarían, de “facto”, la prohibición de esa clase de juegos cuya práctica tan necesaria es para el normal desarrollo de la personalidad de esos jóvenes; decisión que no sería razonable y que, obviamente, resultaría desproporcionada y atentaría a derechos básicos de los jóvenes», *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1999\1644, F. D. segundo.

No ocurre lo mismo en la SAP Valladolid de 18-11-1997, donde se atiende a la zona de utilización del balón para calificar su peligrosidad. Como consecuencia de la irrupción en la calle de una pelota impulsada por un niño de diez años (le dio una patada desde el parque en el que se encontraba), se produjo una colisión de vehículos. Resultaron responsables los padres del menor, dado que «un parque público enclavado en zona urbana no es lugar apropiado para jugar con tal objeto de juego (balón) que no puede considerarse inocuo en sí mismo», *Ar. C.*, 1997, n.º 2209, F. D. cuarto.

¹¹⁸ Un menor cerró una puerta metálica de acceso a los vestuarios y le cogió la mano a otro que la tenía apoyada en el quicio de la misma. La SAP Córdoba de 10-3-1994 señaló que «una puerta es un instrumento de uso corriente y doméstico, sea de madera o metálica, que no entraña más riesgo que cualquier otro instrumento o aparato de los que a diario se usan en un hogar si es utilizado de forma normal», *AC*, 1994, @ 967, F. D. tercero.

¹¹⁹ Si bien una canasta no suele ser un instrumento peligroso, apunta la STS de 10-10-1995 que no ocurre lo mismo cuando lo instalado en el patio era un armazón inútil para tal juego, *AC*, 1996, n.º 1, F. D. segundo.

¹²⁰ SAP Vizcaya de 15-3-1996, *Ar. C.*, 1996, n.º 437, F. D. segundo.

¹²¹ En la SAP Navarra de 24-10-1997, tampoco se calificó de conducta peligrosa la “riña entre alumnos”, por cuanto que por el hecho de que dos alumnos que se hallan en el patio con otros compañeros estén “riñendo” entre sí, sin que conste que en el desarrollo de esa “pelea” se empleara una especial violencia, o se utilizaran medios peligrosos, y como consecuencia “arrollasen” a un niño de once años ajeno a la pelea, no se puede concluir que los profesores hubieran omitido las pautas de cuidado y vigilancia exigibles, *Ar. C.*, 1997, n.º 1993, F. D. segundo.

riesgo y por tanto deberá responder de las consecuencias dañosas que se deriven del mismo; o en todo caso deberán responder sus padres tanto si hubieran autorizado o tolerado esa conducta como en el supuesto de no haber sabido evitarla.

3.2.1. *Daños causados sin objetos*

Entre las sentencias que hemos analizado son más frecuentes aquellas en las que el daño ocasionado se ha producido con la ayuda de algún objeto que dadas sus características, su configuración o, en definitiva, el uso que se le da, deviene peligroso, que aquellas otras en las que el menor no utilizaba ningún instrumento. Esto es fácil de entender si se observa que en realidad un menor no suele tener ni la fuerza ni el instinto necesarios para dañar a alguien con su propio cuerpo.

No obstante lo anterior, de los hechos enjuiciados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28 de junio de 2000, se extrae que el propio menor por sí solo ocasionó graves daños, en concreto a una señora que se estaba bañando en una piscina municipal, al caer sobre ella empujado por otro menor. En el accidente concurren dos causas fundamentales, por un lado la actuación del menor y por otro la falta de vigilancia por parte de los socorristas. La señora solicita una indemnización a cargo de la entidad aseguradora del Ayuntamiento y de los padres del menor que realiza el empujón.

En esas circunstancias los dos menores realizaban algo totalmente previsible, por ser habitual entre jóvenes de su edad forcejear en los alrededores de la piscina para tirarse, lo que sin duda genera un riesgo de accidente. La caída del menor al agua, con el consiguiente perjuicio para la actora, no se produjo de forma súbita e inopinada, sino tras un previo proceso de juego al borde de la piscina que debieron haber evitado los socorristas. Y junto a la negligencia de los socorristas, es indudable y manifiesto que el evento dañoso se produce por una primera conducta imprudente, que es la del hijo de los apelantes que empujó a su amigo al agua, sin reparar en las posibles consecuencias ante la presencia de otros bañistas, y precisamente «esta actuación del menor plenamente incardinable en el artículo 1902 del Código civil es una de las causas directamente productoras del mal acaecido, lo que genera la responsabilidad civil directa de los padres».

Resulta destacable el que se reconozca que la actuación del menor reviste las características de una acción imprudente con resultado dañoso y la relación de causalidad pertinente entre la actuación llevada a cabo y el perjuicio. Sin embargo, la Audiencia, después de efectuar una afirmación de tales características, no establece la propia responsabilidad del menor y hace recaer la parte que le correspondería en sus padres, quienes, por otro lado, al no estar presentes, difícilmente po-

dían desempeñar una vigilancia del menor, puesto que desde el momento en que su hijo entra en el recinto público debiera entenderse que se ha producido un traspaso de la obligación de vigilancia, cuestión que no fue atendida en la sentencia¹²².

3.2.2. Daños causados con objetos

A menudo los juegos de los niños acaban con la producción de algún accidente. Pero ello, obviamente, no puede llevarnos a concluir que todos los objetos que puedan emplear los menores son instrumentos peligrosos y consecuentemente tener que entender que hubo negligencia de parte de los guardadores por permitir su uso. En realidad, muchos de esos objetos en apariencia no son susceptibles de generar daño alguno y, sorprendentemente, un niño, haciendo uso de su imaginación, llega a convertirlos en instrumentos peligrosos.

3.2.2.1. Objetos potencialmente no peligrosos

El entretenimiento y diversión de los menores suele estar condicionado por la utilización de algún instrumento que emplean como “juguete”. De ahí que hayamos creído oportuno interpretar ampliamente qué se entiende por juguetes, entendiendo como tales no sólo los tradicionales, sino también todo objeto que en algún momento haya formado parte de los juegos de los más jóvenes. El sentido literal de juguete obedecería a lo que hemos denominado juguetes por naturaleza, caracterizados además por ser fabricados en una empresa dedicada a su elaboración. Junto a éstos hemos realizado otras clasificaciones y, en ese sentido, hemos deducido las categorías constituidas por los juguetes por destino, los juguetes confeccionados y los juguetes transformados por el menor¹²³.

Pues bien, hemos denominado juguetes por destino a todos aquellos objetos que a pesar de no reflejar las características de un juguete en sentido propio, han sido utilizados por los menores en sus diversiones. La capacidad de invención que caracteriza a los niños les permite convertir los objetos más simples en elementos estructurales de sus juegos, de manera que cualquier cosa entre sus manos puede constituir un juguete: una vagoneta¹²⁴, un palo, una piedra, una cerilla, un paraguas¹²⁵, o una simple cuerda¹²⁶.

¹²² En Primera instancia se estimó parcialmente la demanda y los condenados interpusieron recurso de apelación pero fue desestimado, *Ar. C.*, 2001, n.º 1965, F. D. tercero y cuarto.

¹²³ En el Derecho francés *vid.* DAYAN, A., *op. cit.*, pp. 10 ss.

¹²⁴ En la ejecución de unas obras se utilizaban unas vagonetas para transportar arena, que tras la finalización de la jornada eran utilizadas por los niños. El día de los hechos, mientras un menor de diez años jugaba con unos amigos se cayó de una de ellas y fue arrollado por la misma. La madre de este menor demandó a la empresa, que en Primera instancia fue condenada pero en apelación resultó absuelta; el recurso de casación interpuesto por la actora fue desestimado. *J.C.*, 1931, n.º 45.

Consideración especial merecen aquellos juegos en los que se emplean palos o piedras, dado lo atractivo que resultan para los niños y su frecuente uso, teniendo en cuenta que suelen constituir una clara fuente de riesgo por las características propias de dichos elementos. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1999, un menor dañó con un palo a otro menor mientras jugaban a los marcianos en un Centro de colonias de verano y se señaló la falta de diligencia de los profesores y cuidadores, puesto que los niños practicaban un juego peligroso, y en tal situación el daño era previsible¹²⁷.

En aquellos casos en los que los niños utilizan piedras para divertirse, lo que empieza siendo un juego normalmente acaba con algún percance. En la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1979 se responsabilizó al padre de un menor de diez años por el daño que éste había causado a otro menor que paseaba en barca por el río, al tirar una piedra de dimensiones considerables desde un puente¹²⁸.

En otras ocasiones, los menores fabrican sus propios juguetes con materiales que tienen a su alcance; en estos supuestos estamos ante lo que hemos denominado juguetes confeccionados por el menor, los cuales se caracterizan porque nacen de la imaginación de los menores. Así, en determinadas ocasiones los menores elaboran su propio tirachinas¹²⁹, como se constata en algunas resoluciones. En la

¹²⁵ Un menor fallece tras un accidente producido en el vestuario de un Polideportivo, mientras un compañero bromeaba con un paraguas; la madre del menor causante del daño fue absuelta. «La responsabilidad del padre, madre o tutor, que es directa, dimana de omisión propia de dichos deberes de vigilancia y si bien dicha responsabilidad presenta un matiz objetivo, partiéndose de la presunción de la culpa concurrente en quien desempeña los poderes y deberes integrantes de la patria potestad no puede prescindirse del elemento culpabilístico al permitirse su exención con la prueba del actuar diligente». SAP La Coruña 2-2-1998, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1998\3967, F. D. cuarto.

¹²⁶ Durante el transcurso de la jornada escolar, una niña resultó lesionada, tras ser atada y empujada al suelo junto con unas amigas por tres menores. Los padres de los infractores fueron declarados responsables, SAP Málaga 31-12-1994, *Ar. C.*, 1994, n.º 2267.

¹²⁷ En torno a la protección de los menores, especialmente por razón del menor discernimiento, se acentúa la exigencia de la diligencia, *AC*, 2000, n.º 78.

También destaca la STS 17-3-1994 cuyos hechos igualmente ocurrieron en una Colonia de verano en la que un menor sufrió heridas en un ojo cuando otro menor le introdujo una caña o rama. Sin embargo, el Tribunal Supremo no entró en el fondo del asunto y confirmó la sentencia de la Audiencia al señalar que la acción había prescrito, *AC*, 1994, n.º 773.

¹²⁸ En Primera instancia se estimó parcialmente la demanda y la AP confirmó dicha sentencia aunque aumentó la indemnización. Si bien el demandado interpuso recurso de casación, fue desestimado por faltar la prueba de la completa diligencia del buen padre de familia que se requiere para enervar la responsabilidad del padre por los actos de los hijos menores de edad que viven en su compañía. La realidad del tiempo en que vivimos no es impedimento para que al padre se le exija una adecuada vigilancia y educación no orientada a la realización de hechos como los que son objeto de enjuiciamiento, *RJ/A*, 1979, n.º 919.

En la sentencia de 10-6-1983 el Tribunal Supremo se pronuncia en el mismo sentido, al no dar lugar al recurso interpuesto por el demandado y padre de un menor de once años que mientras se hallaba lanzando piedras alcanzó al hijo del actor, *JC*, 1983, n.º 334.

¹²⁹ Si bien el Tribunal Supremo lo califica como juguete en su sentencia de 17-9-1998 (*AC*, 1998, n.º 1205), las hondas y los tirachinas están expresamente excluidos del RD 880/1990, de 29 junio, sobre Normas de seguridad de los juguetes. En torno a su definición, la STS, Sala 2ª, 27-11-1991 señala que: «La Real Academia Española, en su Diccionario de la Lengua Española, dice que tirachinas es un “tirador de horquilla con gomas para tirar pedruzuela”», *RJ/A*, 1991, n.º 8572.

sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1983 fueron condenados en régimen de solidaridad los padres de los cinco menores —de aproximadamente doce años— que mientras jugaban a lanzarse objetos metálicos con un tiragomas alcanzaron a otro menor que no participaba en el juego, puesto que no se pudo saber qué menor efectuó el lanzamiento concreto¹³⁰.

En la sentencia de 17 de septiembre de 1998, el Tribunal Supremo se pronunció a favor de la compensación de culpas de los padres de dos menores que jugaban con un tirachinas fuera del bar donde se encontraban aquéllos. Uno de los niños alcanzó en el ojo al otro, pero su escasa edad —ocho años— no permitió considerar que hubo responsabilidad por su parte¹³¹. De igual forma, en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2000, al ser valoradas las lesiones sufridas por un menor después de que otro menor le hubiera disparado con un tiragomas que había fabricado con la boquilla de una botella a la que había sujetado un globo, se responsabiliza a los padres del menor agente, tanto por ser quienes tienen la patria potestad, como por ser el causante del daño menor de edad y vivir con ellos, siendo calificada esta obligación por el Tribunal Supremo como «responsabilidad por semi-riesgo, con proyección de cuasi-objetiva»¹³².

En otro orden de cosas, con carácter general denominamos juguetes por naturaleza a los objetos fabricados por una empresa con la finalidad de servir de diversión y entretenimiento de los niños¹³³. Si bien los fabricantes rivalizan en imagi-

¹³⁰ *JC*, 1983, n.º 67.

¹³¹ *AC*, 1999, n.º 1205.

Semejante pronunciamiento se aprecia en la SAP Badajoz de 28-10-1999, al condenar a los padres por los daños que su hijo causó a otro menor al lanzar una piedra con un tirachinas. La acción de disparar un tirachinas obedece a la conducta del autor y «el que desde el plano culpabilístico no pueda ser anudada moralmente en éste por su menor edad o su incapacidad no significa que el sujeto activo es inimputable y no podrá ser condenado penalmente pero las consecuencias civiles las establece precisamente la ley, trasladando la obligación de indemnizar a los padres», *Ar. C.*, 2000, n.º 2041.

En la STS de 1-3-1984 se condenó solidariamente a los padres de un menor por las lesiones que éste había causado a otro menor, también con un tirachinas. Posteriormente la madre interpuso recurso de casación, pretendiendo quedar exonerada, pero no prosperó por haber sido introducida una cuestión nueva, *RJA*, 1984, n.º 1193.

¹³² *Ar. C.*, 2000, n.º 1520.

¹³³ El Instituto Tecnológico del Juguete (AIJU) en la *Guía de juegos y juguetes 2000-2001*, clasifica los juguetes reconduciéndolos a cuatro grupos de juegos: *de ejercicio, de ensamblaje, simbólicos, y de reglas*. Los primeros son aquellos que consisten básicamente en repetir una y otra vez una acción por el placer de los resultados inmediatos (morder, lanzar, golpear, manipular, etc.) y se realizan tanto con juguetes (en edades muy cortas o también en edades superiores, como ir en bicicleta, en monopatín o jugar a la pelota) como sin ellos. Los juegos de ensamblaje están formados por piezas específicas para encajar, superponer, apilar, coser o juntar, y se dan cuando el niño se fija una meta —la de construir— y con un conjunto de movimientos, de manipulaciones o acciones suficientemente coordinadas, lo consigue (puzzles, rompecabezas, meccanos, maquetas, etc.). Los juegos simbólicos implican la representación de un elemento por otro, puesto que el niño atribuye toda clase de significaciones, más o menos evidentes, a los objetos, simulando acontecimientos imaginarios e interpretando escenas verosímiles por medio de roles y de personajes ficticios o reales. Y, por último, los juegos de reglas son aquellos en los que hay una serie de reglas o normas que los jugadores deben conocer y respetar para conseguir el objetivo

nación y originalidad, en torno a la seguridad del producto y a la protección del consumidor deben cumplir las disposiciones comunitarias. Destacan la Ley 22/1994 de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, fruto de la Directiva 85/374/CEE¹³⁴, así como el Real Decreto 880/1990, de 29 de junio¹³⁵, adoptado como consecuencia de la Directiva 88/378 del Consejo, de 3 de mayo de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la seguridad de los juguetes¹³⁶. En este Real Decreto se recoge toda la normativa concerniente a la seguridad de los juguetes, entendiéndose por tales, como dispone en su art. 1, los productos concebidos o manifiestamente destinados a ser utilizados con fines de juego por niños de edad inferior a catorce años.

En este contexto, la Ley 22/1994 establece una responsabilidad objetiva del fabricante o del importador por los daños causados por un producto defectuoso, aunque se han admitido algunas causas de exoneración o atenuación de la responsabilidad civil. Una de estas causas de exoneración se produce cuando hubiera culpa de un tercero en la producción del daño. Si el daño ha sido causado conjuntamente por el defecto del producto y la intervención de un tercero, la responsabilidad del fabricante no se reducirá, pero éste podrá reclamar al tercero la parte correspondiente, es decir, se le reconoce un derecho de repetición. En este sentido se debe puntualizar que no puede ser considerado como “tercero” aquella persona de la que el perjudicado tiene el deber de responder civilmente por los daños que a su vez hubiera ocasionado; en ese caso se debería acudir al supuesto de hecho recogido en el art. 9 de la Ley 22/1994, que contiene otra causa de exoneración, que permite reducir o suprimir la responsabilidad del fabricante o importador cuando,

previsto. Aunque son considerados familiarmente como juegos de mesa, no se reducen a éstos, ya que también son juegos de reglas los deportivos u otros que conlleven un cierto nivel de dificultad, como los de estrategia o reflexión.

¹³⁴ Tras la primera revisión de la Directiva en 1995, la Comisión presentó el Libro Verde con el propósito de recoger opiniones y con base en las observaciones recibidas presentar al Parlamento y al Consejo el correspondiente informe a finales del año 2000. El Comité Económico y Social emitió su Dictamen sobre el Libro Verde el 1 de marzo de 2000. Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 1999/34/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999.

¹³⁵ Este Real Decreto derogó —en lo referente a normas sobre seguridad de juguetes— el Real Decreto 2230/1985 de 6 de noviembre, de Normas de seguridad de juguetes, útiles de uso infantil y artículos de broma, aunque sigue vigente en los demás aspectos.

¹³⁶ Por su parte, en el ordenamiento jurídico italiano, el art. 1 de la Ley n. 46, de 18 de febrero de 1983, señala que los juguetes deben ser fabricados siguiendo las reglas de seguridad y sólo pueden ser introducidos en el comercio si no comprometen la seguridad de las personas, con especial referencia a la población infantil.

En Francia se debe indicar que el párrafo primero del art. 1384 Cc da cobertura a este supuesto y solventa la cuestión atendiendo a quién tenía la guarda del objeto. La lista de objetos que se pueden incluir es inagotable, comprendiendo desde los juguetes más peligrosos como el arco o la pistola, hasta la más sencilla pelota, la cual, por una sucesión de circunstancias puede llegar a constituir una fuente de daños. Sin embargo, reconocer al niño la cualidad de guardián de sus juguetes, supone situar a la víctima frente a un insolvente, *vid.* BORE, J., *op. cit.*, 2180, n.º 4.

junto con el defecto del producto¹³⁷, hubiera culpa por parte del propio perjudicado o de una persona de la que éste debe responder civilmente. En relación con esto, el fabricante no puede pretender liberarse de responsabilidad oponiendo que ha habido culpa por parte de quien debía responder de los hechos realizados por la víctima, aunque en la práctica, el Tribunal Supremo viene siguiendo una pauta reductora o incluso excluyente de la responsabilidad en relación con los daños sufridos por menores en parte imputables a sus padres¹³⁸.

Este caso equivaldría a decir que se trata de un supuesto de “conurrencia de culpas”¹³⁹, de manera que el alcance de la norma dependerá de la discrecionalidad del juzgador, teniendo en cuenta, además, que cuando concorra dolo por parte de la víctima, no habrá lugar a responsabilidad del productor¹⁴⁰.

¹³⁷ No hay que confundir producto defectuoso con producto peligroso, como señala la SAP Zaragoza de 27-9-1999. Un niño iba en un auto de choque y tras una colisión frontal con otro auto resultó lesionado. Hubo concurrencia de culpas: por un lado se consideró insuficiente la instalación de carteles admonitores de la prohibición de choque frontal, y por otro lado hubo culpa de la madre que no sujetó bien al hijo. «Es ya tradicional la distinción entre los productos defectuosos y los peligrosos. La definición de los primeros se encuentra ya adelantada en el art. 3.1 LGDCU, y definitivamente cerrada en el art. 3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, cuando en su párrafo primero dice que “Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas sus circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación”. La legislación no ofrece por el contrario concepto alguno de producto peligroso, pero, como bien señala la sentencia de instancia, conforme a la doctrina científica más autorizada, puede ser definido como “aquel que de forma inminente sea potencialmente susceptible de producir un daño, por sí mismo, bien por su naturaleza, bien por su relación a otras determinadas circunstancias (cantidad, personas a quienes va dirigido, embalaje, etc.)”, caracterizándose también, (...), por el hecho de llevar consigo, a ser posible incorporada al producto mismo, una llamada de atención sobre su innata peligrosidad a modo de advertencia, de forma tal que quien lo adquiera o se sirva de él, pueda conocer de manera rápida los peligros que del mismo se derivan, y en su caso los medios apropiados para evitarlos», *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\1661, F. D. primero.

¹³⁸ CAVANILLAS MÚGICA, S., «Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», *INIURLA*, n.º 5, 1995, p. 56.

¹³⁹ En este ámbito y siguiendo a la doctrina mayoritaria, matiza RODRÍGUEZ LLAMAS que lo que se contempla en el art. 9 de la Ley 22/1994 es una compensación derivada de la contraposición responsabilidad culposa-creación de riesgo, y que cabe hablar de compensación de responsabilidades pero no de culpas, *vid. Régimen de Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Pamplona, 1997, p. 154; en el mismo sentido, GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Madrid, 1996, p. 110.

¹⁴⁰ Como ha señalado la doctrina, ello es así en virtud del principio general de la buena fe recogido en el art. 7.1. Cc. Así, URBISTONDO TAMAYO, S., «La Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y su armonización al Derecho comunitario», *EC*, 1994, n.º 30, p. 56; ACOSTA ESTEVEZ, J. B., «La responsabilidad civil del fabricante: introducción al estudio de la Directiva 85/374/CE de 25 de julio de 1985», *RES*, n.º 60, 1989, p. 64; LOIS CABALLÉ, A. I., *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Madrid, 1996, p. 273.

Señala R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que no ocurre lo mismo cuando se trate de la conducta dolosa de una persona por quien debe responder la víctima, ya que el argumento de la buena fe no sería extrapolable a este supuesto. Puede ocurrir que mediando dolo de la persona de la que se debe responder, esa responsabilidad no se produzca por concurrir alguna circunstancia que le exima, por ejemplo la prueba de que se ha actuado con la máxima diligencia en la vigilancia del causante (parcial) del daño, *vid.* «La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985», *EC*, 1986, n.º 7, p. 126.

En el mencionado art. 9 se equipara a la culpa de la víctima la negligencia de las personas de quien ésta debe responder, lo que conduce a realizar una remisión al art. 1903 Cc y a los correspondientes artículos del Código penal y de la Ley 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, con el fin de completar esta regulación¹⁴¹.

Como juguetes por naturaleza podemos señalar, entre otros, los dardos¹⁴², las canicas¹⁴³, o los monopatines. La Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 29 de octubre de 1999, no estimó la responsabilidad exclusiva de los padres del menor (de dieciséis años) que mientras montaba su monopatín causó daños a otro menor (de doce años) que se hallaba jugando con la pelota en la misma plaza y que también iba montado en su monopatín, sino que procedió a una compensación de responsabilidades. Aun sin desconocer que el grado de discernimiento no debía ser idéntico, «ambas conductas mostraron una irreflexión superior al respectivo grado de discernimiento de cada uno de los intervinientes, por lo que deben considerar las dos como causantes por igual del daño»¹⁴⁴.

En la práctica son muy comunes los accidentes producidos con ocasión del empleo de algún balón¹⁴⁵. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 18 de noviembre de 1997, se responsabilizó a los padres de un menor de diez años cuyo balón irrumpió en la calle y produjo la colisión de unos vehículos, en el momento en el que el conductor de un ciclomotor pretendió esquivarlo y perdió el control, chocando contra un turismo estacionado¹⁴⁶. También en la sentencia de

¹⁴¹ La remisión no es expresa. El artículo tiene como antecedente el art. 8.2 de la Directiva 85/374 CEE, donde no se podían concretar artículos puesto que la misma iba referida a todos los Estados miembros. El legislador español, en la Ley 22/1994 no fue más explícito en la formulación del art. 9, lo cual resulta positivo atendiendo a que con arreglo a las últimas reformas acacidas en el ámbito penal (Código penal de 1995 y Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores), su contenido habría quedado desfasado.

¹⁴² STS 18-5-1981, *JC*, 1981, n.º 217. Los dardos con puntas metálicas están excluidos del RD 880/1990 (Anexo I).

¹⁴³ La SAP Guadalajara de 2-12-1996 condenó a los padres de un menor por los daños que había ocasionado a un vehículo al lanzar canicas o bolas desde el piso donde vivía. En Primera instancia se fundó la demanda en el art. 1902 Cc, respecto del menor, y en el art. 1903 Cc, respecto de sus padres; la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. «Se presentaba como evidente la culpa del menor demandado, puesto que éste había arrojado determinados objetos, de manera deliberada, que habían ido a caer sobre el cristal parabrisas del vehículo», *AC*, 1996, n.º 2156.

A nuestro entender, hubiera sido preferible basar la demanda en el art. 1910 Cc que recoge la responsabilidad objetiva del cabeza de familia por las cosas que se arrojan o caen de la casa que habita.

¹⁴⁴ *Ar. C.*, 2000, n.º 2119.

Aun cuando el monopatín puede ser considerado como un objeto con una falta de seguridad “fisiológica”, ello no puede conllevar siempre la responsabilidad del fabricante, CENDON, P./ZIVIZ, P., «I prodotti difettosi e i bambini», en *Il Diritto Privato oggi: La Responsabilità extracontrattuale*, a cura di P. Cendon, Milano, 1994, pp. 189-90.

¹⁴⁵ Sin embargo cuando el balón constituya material deportivo, está excluido de la regulación del Real Decreto 880/1990, de 29 de junio (Anexo I).

¹⁴⁶ *Ar. C.*, 1997, n.º 2209.

la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana de 26 de enero de 1999 fueron demandados los padres del menor que dio un balonazo a la demandante¹⁴⁷.

En torno a la responsabilidad del fabricante —y al contrario de lo que ocurre en otros países— apenas encontramos sentencias que resuelvan acerca de la responsabilidad civil derivada de los daños causados por un juguete defectuoso¹⁴⁸. No siempre debería excluirse la responsabilidad de los vigilantes del menor, ni siquiera la del propio menor en aquéllas hipótesis en que tuviera suficiente capacidad de discernimiento. Si, como decíamos, cuando nos referimos a los menores no pensamos en un modelo único de persona, sino que diferenciamos etapas de crecimiento, el fabricante deberá acomodar cada juguete a la edad y demás características del sujeto al que vaya dirigido el objeto. En este sentido y a grandes rasgos, podemos diferenciar los recién nacidos y los niños muy pequeños de aquellos menores que tienen una edad superior, de manera que el binomio seguridad-insidia aparece invertido en estos dos grupos¹⁴⁹.

Dentro de este contexto, podemos destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 25 de septiembre de 1997, en la que el artículo defectuoso lo constituía un producto plastificador escolar que causó daños al menor que mientras lo estaba utilizando, se salpicó el líquido en el ojo. La Audiencia condenó al fabricante al señalar que si se precisaba la agitación del envase antes de su uso, debería hacerse patente en el etiquetado; además, en el caso de que se hubiese cumplido la normativa, no cabe duda de que el envase adquirido por el menor habría de pertenecer a una serie defectuosa, lo cual no sólo no exoneraría de respon-

¹⁴⁷ En este caso el padre consiguió exonerarse porque, al estar divorciado de la madre, no tenía asignada la guarda y custodia del menor, *Ar. C.*, 1999, n.º 187.

¹⁴⁸ Aunque podría argüirse el escaso periodo de vigencia de la Ley 22/1994, no hay que olvidar que antes de su promulgación se aplicaba el derogado art. 28 LGDCU, que recogía una responsabilidad objetiva del fabricante.

En el Derecho italiano destacan las sentencias: *Cass. civile*, sez. III, 21-10-1957, n. 4004, *Foro it.* 1958, I, c. 46, con nota de TABET, «Fatto illecito e danno di minore incapace e concorso di responsabilità del danneggiato e dei genitori» (pistola de juguete); *Cass. civile*, sez. III, 31-3-1967, n. 734, *Resp. civ. prev.*, 1967, pp. 562-5 (fusil de juguete); *Cass. civile* sez. III, 15-12-1972, n. 3617, *Foro it.*, 1973, I, 1, cc. 1471-4 (coche a pedales); *Cass. civile*, sez. III, 13-5-1995, n. 5269, *NGCC*, 1996, I, pp. 239 a 243 con nota de ZACCARIA, «Sulla responsabilità civile del personale scolastico per i danni sofferti dal minore» (columpio).

En el Derecho francés, *vid. C.A. Amiens*, 2-1-1935, *J*, 1935, pp. 150-1, *Cass. crim.* 22-12-1958, *Bull. crim.*, 1958, n.º 767 y *Cass. civ.* 7-3-1963, *Bull. civ.*, 1963, n.º 234 (pistola de juguete con proyectiles de corcho); *C.A. Lyon*, 21-7-1949, *D*, 1949, pp. 451-2 (juguete metálico); *Cass. civ.* 7-12-1961, *Bull. civ.*, 1961, n.º 847, *Cass. civ.* 8-2-1962, *Bull. civ.*, 1962, n.º 180 y *Cass. civ.* 23-11-1978, *Bull. civ.*, 1978, n.º 251 (arco y flechas); *Cass. civ.* 1-12-1965, *Gaz. Pal.*, 1966-I, pp. 217-8, *Cass. civ.* 7-7-1967, *Bull. civ.*, 1967, n.º 252 y *C.A. Paris*, 8-11-1969, *Gaz. Pal.*, 1970-I, pp. 158-9 (balón); *Cass. civ.* 8-7-1970, *Bull. civ.*, 1970, n.º 242 (pistola que dispara flechas).

¹⁴⁹ En este sentido, señalan CENDON y ZIVIZ que resulta fundamental tener presente la edad de los “mini-consumidores” a quienes se destina un producto, *op. cit.*, *passim*, sobre todo pp. 178 y 185.

sabilidad al productor, sino que tal vez sería éste el más rotundo de los argumentos para confirmarla¹⁵⁰.

Llegados a este punto, en una última categoría hemos situado los juguetes transformados por los niños. Si un usuario menor de edad modifica alguno de los elementos que conforman la estructura de un juguete, pueden resultar seriamente alteradas sus características y su seguridad. Partimos ahora de la existencia de un juguete que ha sido fabricado por una industria, pero posteriormente ha sido manipulado por un menor. En este supuesto habría que averiguar de nuevo si el fabricante ha cumplido las preceptivas normas de seguridad, puesto que en función de la edad y capacidad de los destinatarios de los juguetes, los productores deben prever cualquier posible modificación por parte del menor y evitar que lo conviertan en peligroso.

En este sentido, un producto dirigido a los niños deberá garantizar una mayor seguridad que si fuera a ser utilizado por un usuario adulto. No es lo mismo fabricar un objeto para una persona plenamente capaz que para un sujeto de escasa edad. Cuando el objeto vaya a ser destinado a menores deberá preverse un uso heterodoxo del mismo y, por ello, se deberá adelantar el estudio de las posibilidades de transformación de ese instrumento a la fantasía e imaginación de los niños¹⁵¹. La Audiencia Provincial de Vizcaya en su sentencia de 8 de octubre de 1997, después de que un menor hubiese herido en el ojo a otro niño con la «varita de un juguete terminada en forma de puntas de estrella», condenó solidariamente a los padres del menor agente y a la Compañía aseguradora con quien los padres habían estipulado la correspondiente póliza¹⁵².

3.2.2.2. Objetos peligrosos en sí mismos. Especial consideración al fuego y material pirotécnico

En el ámbito de las actividades desarrolladas por los menores, mientras algunas de ellas resultan peligrosas en sí mismas, otras en cambio lo son sólo en función de la escasa edad del agente o de las circunstancias en que se practiquen. De ahí que para poder calificar una actividad como peligrosa sea preciso conocer las características concretas que rodean al caso, ya que toda actividad, por inofensiva que parezca, puede comportar cierto riesgo. Pensemos en algo tan habitual como

¹⁵⁰ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1997\1897.

¹⁵¹ CARINGELLA, F., «La ragionevolezza dell'uso della "res" quale condizione della responsabilità del produttore: il caso di prodotti destinati a minori», *Foro it.*, 1996, III, 1, c. 957.

¹⁵² Ar. C., 1997, n.º 2208.

montar en bicicleta¹⁵³. En principio no podemos calificar el hecho de que conducir una bicicleta constituya una conducta peligrosa, pero lo cierto es que la calificación final dependerá de factores tan dispares como la edad del ciclista, la intensidad del tráfico donde se produjo el accidente, si la bicicleta estaba perfectamente equipada o si no tenía frenos, si era de noche o había suficiente luz. Por lo tanto, aunque podríamos realizar un listado de actividades peligrosas en sí mismas (cazar, conducir una motocicleta, utilizar material explosivo) la mayoría de esos actos serán peligrosos o no en función de la edad del agente y de las circunstancias en que se realicen. Dejaremos para un capítulo posterior el estudio de las consecuencias derivadas del ejercicio de la caza y de la conducción de vehículos a motor y nos centraremos ahora en la responsabilidad que deriva de aquellos casos en los que el menor de edad juega con elementos que pueden explotar o prender fuego.

El fuego es uno de los elementos que más reclama la atención de los menores. La curiosidad despierta en numerosas ocasiones su espíritu aventurero y les invita a acometer infracciones que escapan del alcance de sus manos. En la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1983, el actor solicitó que el padre de dos menores que jugaban con un avión de aeromodelismo, indemnizase a su hijo por las quemaduras sufridas cuando uno de los hijos del demandado se acercó al avión con un mechero de gasolina, y al prender fuego se propagó por la ropa del hijo del actor. El Alto Tribunal no admitió el recurso de casación interpuesto por el padre demandado y señaló que la responsabilidad de los padres ha evolucionado hacia una cuasi-objetivación, sin tener en cuenta, a pesar de la insistencia de la parte demandada, que como el hijo del actor tenía quince años —los otros dos tenían cuatro y nueve años—, tendría que haber sido más diligente y haber impedido que se llevara a cabo dicho acto¹⁵⁴.

¹⁵³ En la SAP La Coruña de 12-7-1993, resultaron responsables los padres por los daños provocados por su hijo de catorce años que iba montado en bicicleta. «Cuando un niño de 14 años de edad es autorizado por sus padres a circular por vía pública en bicicleta, en cuanto tal situación afecte a terceros, no se puede aplicar tal restricción (de la culpa *in custodiendo* o *in vigilando*) y los padres deben ser conscientes del peligro que esa circulación representa, asumiendo la responsabilidad que de tal riesgo se puede desprender, pues de lo contrario se podría llegar a la total irresponsabilidad civil por los hechos realizados por menores, quebrantándose el criterio de equidad que justifica el precepto de referencia, al dejar sin resarcir a quien ha sufrido un daño por culpa de aquéllos». AC, 1993, @ 1482.

¹⁵⁴ En las instancias inferiores el padre de los dos menores fue condenado parcialmente y en casación el Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por el demandado, señalando que «la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos realizados por los hijos constituidos en potestate (...) se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, omisión de la obligada diligencia *in custodiendo* o *in vigilando* que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión consiguientemente de la carga probatoria (...), lo que comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad (...) y es claro que tampoco puede construirse una hipótesis de concurrencia culposa por la circunstancia de que el otro menor permitiese al hijo del recurrente encender el mechero (...), pues además de que se está ante un caso que cae en la órbita del artículo 1903 y no en la del 1902, no hay dato alguno en la sentencia combatida que permita deducir que el hijo del recurrente autorizase con sus palabras o actitud a su compañero de juegos y menos le estimulase, para accionar el encendedor (...).», JC, 1983, n.º 140.

En dicho sentido, también resultan responsables los padres en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1984. No es considerado caso fortuito el hecho de que un menor de trece años causara daños a una niña de ocho que estaba sentada en el banco de una plaza, como consecuencia del lanzamiento de un petardo¹⁵⁵.

Si bien la tendencia general es que se condene a los padres, en algunas ocasiones, aunque el Alto Tribunal se haya pronunciado a favor de la responsabilidad de los padres, al menos ha valorado las edades de los intervinientes en el daño. La sentencia de 28 de mayo de 1993 partía de los siguientes antecedentes. Unos menores se encontraban jugando en una vía pública junto a una carpintería y uno de ellos resultó lesionado al explotar un bidón de cola después de que otro menor arrojara en su interior una cerilla. El Tribunal Supremo tuvo en cuenta la edad de los menores a la hora de estimar una compensación de responsabilidades, por cuanto que el hijo del demandante era mayor —tenía catorce años— que el hijo del demandado —de diez años—, y ello le tenía que haber hecho desistir del juego, dado que se presupone su mayor capacidad de discernimiento¹⁵⁶.

El hecho de que el Tribunal Supremo descienda a verificar si el menor tenía suficiente capacidad no suele ser frecuente. Lo que sí es más usual es que se valore el dato de la minoría de edad de la víctima pero sólo a la hora de compensar responsabilidades. Así, en la sentencia de 11 de diciembre de 1996, el Tribunal Supremo absolvió a los demandados —fabricante, vendedor y Ayuntamiento—¹⁵⁷ después

¹⁵⁵ En Primera instancia se desestimó la demanda interpuesta contra el padre del menor que ocasionó los daños, en concreto la pérdida de visión en un ojo, y la Audiencia estimó parcialmente el recurso. *JC*, 1984, n.º 278, Cdo. tercero.

¹⁵⁶ *JC*, 1993, n.º 524.

¹⁵⁷ Se absolvió a los demandados por inexistencia de nexo causal entre sus conductas y el daño. La empresa fabricante «no ha incurrido en culpa, negligencia o imprudencia, puesto que se ha limitado a fabricar y distribuir entre los comerciantes minoristas un producto cuya fabricación y venta constituye el objeto lícito de su actividad; y aparece totalmente desligada de la correcta o incorrecta utilización posterior que se pueda hacer del artículo pirotécnico». En cuanto a la no responsabilidad de la dueña de la tienda, se señala que «estaba autorizada para almacenar y vender al público los objetos de pirotecnia comprendidos en la Clase I (esos objetos pirotécnicos estaban clasificados como Clase I con arreglo al RD 2114/1978 de 2 de marzo, Reglamento de Explosivos); estos objetos o artificios tienen la naturaleza legal de venta libre, pues inclusive los menores podrán utilizarlos en sus juegos; no existía ninguna prescripción que le obligara o indicara la necesidad de efectuar la enajenación en presencia de una persona mayor, y no se le puede hacer responsable del uso o utilización que los compradores hagan del producto adquirido, pues si en todo caso se extendiera de esta forma la relación o nexo causal, los comerciantes podrían ser declarados responsables del uso que los adquirentes hicieran de todos los objetos de la compra. Por ese camino de la ampliación de responsabilidad, cualquier objeto, vehículo, juguete, etc., incorrectamente utilizado por el adquirente daría lugar a una indemnización del fabricante y del comerciante, con lo que se llegaría a la solución final de suprimir el comercio. El fabricante y el comerciante tienen perfectamente delimitada su responsabilidad, dependiente siempre de una conducta personal negligente, imprudente y, en definitiva, culposa, pero esta responsabilidad no puede abarcar o cubrir la negligencia, la falta de vigilancia o la imprudencia de los usuarios compradores de los objetos y de los productos lícitamente vendidos» (F. D. segundo).

de que un niño de trece años se causase daños a sí mismo mientras se hallaba en el patio del colegio, con unos materiales pirotécnicos que había comprado junto a otros amigos, por considerar que el accidente se había producido como consecuencia de la culpa exclusiva de la propia víctima.

Consecuentemente con lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997 también tuvo en cuenta la edad del menor que resultó herido cuando se aproximó a un remolcador con unos amigos, mediante el empleo de una barca y una vez allí manejaron (conociendo su peligrosidad) sustancias explosivas. Como se tuvo en cuenta la edad y el discernimiento de la víctima, se procedió a una compensación del 50% entre la culpa del menor y la de los demandados. El Alto Tribunal no consideró que la conducta del menor, a pesar de su edad, fuese la única culposa: «en modo alguno puede considerarse anulada a tales efectos por la negligencia de un menor que, movido por la curiosidad y el afán de aventuras propio de la edad, llega a acceder a un lugar que debió estarle vedado de hecho y alcanza a poder manipular con materias que, nunca debieron de estar a su alcance»¹⁵⁸.

Al respecto, entre los pronunciamientos de los Tribunales inferiores cabe destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de diciembre de 1997, que condenó a los padres de un menor de nueve años, por los daños que éste había ocasionado al impactar en el ojo de otro menor un trozo de ladrillo en cuyo interior había colocado un petardo, que a su vez le había suministrado su padre. En este caso, dada la escasa edad del agente se señaló que las argumentaciones tendentes a valorar la culpabilidad del menor debían ser rechazadas¹⁵⁹.

3.3. El menor víctima de su propia actuación

En función de cuál sea la intensidad de la conducta de la víctima, mientras en algunas sentencias se ha declarado la existencia de culpa exclusiva de su parte, en

«Por otro lado, la responsabilidad del fabricante o comerciante queda eliminada cuando aquellos daños o perjuicios estén causados por la culpa exclusiva de la víctima, o por la falta de vigilancia o cuidado de las personas de las que responda civilmente, situación que se corresponde con el caso que aquí se analiza» (F. D. tercero).

La referencia al Ayuntamiento se hace por cuanto que debía vigilar si el establecimiento comercial estaba debidamente autorizado y tenía la oportuna licencia. Sin embargo, resulta curioso que no se demandase al titular del Centro docente en cuyo interior transcurrieron los hechos, AC, 1997, n.º 313.

¹⁵⁸ En Primera instancia se estima prescripción de la acción; la Audiencia Provincial declara que no había prescrito, pero absuelve a los demandados al señalar que la actividad desplegada por los menores estaba alejada de lo que debía entenderse una conducta normal, que era propia creadora de riesgo y, atendiendo además a la edad y el discernimiento de la propia víctima, que debía conocer qué peligro había, por lo que considera que sólo hubo culpa del menor. Sin embargo, el Tribunal Supremo casa la sentencia, AC, 1997, n.º 914, F. D. segundo.

¹⁵⁹ Ar. C., 1997, n.º 2412, F. D. segundo.

otras, al ser la intervención de la víctima de poca entidad, sólo ha respondido el agente material; y ello sin olvidar el supuesto más frecuente en donde se procede a una compensación de responsabilidades, al tomar en cuenta las conductas de ambas partes.

Como consecuencia de lo anterior, la culpa exclusiva de la víctima supone que su intervención es de tal entidad que produce la ruptura del nexo causal. En la sentencia de 22 de diciembre de 1928 el Tribunal Supremo apreció culpa exclusiva de la víctima, al desestimar el recurso interpuesto por el padre de un menor de diez años que falleció por atropello de un testero móvil¹⁶⁰. En sentido parecido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 1986 absolvió a las partes demandadas alegando que hubo culpa exclusiva del perjudicado, que tenía doce años, cuando apareció aprisionado por el ascensor de la casa de un amigo¹⁶¹. Asimismo, el Tribunal Supremo apreció culpa exclusiva de las víctimas en la sentencia de 13 de febrero de 1975, al considerar que el accidente se había producido por la sola imprudencia de las mismas y de sus guardadores¹⁶².

En la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1988 destaca el hecho de que se tomara en consideración la capacidad del menor, que fue calificada de capacidad natural. Un niño de once años falleció por electrocución al caer de un poste de tendido eléctrico al que se había subido para coger un nido. Como bien señala el Alto Tribunal, el resultado se produjo exclusivamente por la activi-

¹⁶⁰ El menor atravesó un paso a nivel sin cadenas, guardabarrera, ni cartel de prohibición, quedándose aprisionado el zapato en el momento en que salía un testero móvil cargado de carbón arrastrado por un buey. En Primera instancia se condenó a la Sociedad de carbones; en segunda instancia la Audiencia Territorial revocó dicha sentencia y absolvió a la Sociedad. El padre del menor interpuso recurso de casación pero fue desestimado. *JC*, 1928, n.º 145.

¹⁶¹ Las diligencias penales fueron sobreseídas. El padre en vía civil dirigió la demanda contra la Comunidad de propietarios, la empresa que reparaba el ascensor y la Compañía de seguros y los demandados alegaron que el menor corrió peligro al intentar coger una caja de cigarrillos situada arriba del camerín. En Primera instancia se estimó la demanda; en apelación se desestimó y se absolvió a los demandados y en casación fue confirmada la sentencia de la Audiencia, ya que el Tribunal Supremo reconoció que hubo culpa exclusiva del menor, *JC*, 1986, n.º 323.

¹⁶² Unas niñas fallecen ahogadas al ir a bañarse a una charca que existía en la finca del demandado. La demanda interpuesta por el padre de una de ellas, de trece años, contra el propietario de la finca, es estimada parcialmente; en apelación se revoca y se absuelve al demandado, y en casación el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto, *JC*, 1975, n.º 62.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP Valencia de 28-10-1995, aunque en este caso la víctima tenía doce años. Un menor se introdujo en un tubo de hormigón de una obra y otros menores que le acompañaban se subieron encima para moverlo en vaivén y entrechocarlos con otros tubos que había alrededor, momento en el cual dicho tubo se rompió y el menor murió por aplastamiento. En la instancia se decreta culpa exclusiva de la víctima que es confirmada en apelación, *AC*, 1996, n.º 159.

dad de la víctima, aunque en este caso no debe ser calificada de negligente y sí de natural, dada su edad¹⁶³.

Como ya puntualizamos en el apartado referente al menor incapaz, aunque no sea correcto utilizar la expresión culpa de la víctima o compensación de culpas, dado que no siempre la víctima tiene capacidad para ser culpable, lo cierto es que su uso está tan extendido que resulta difícil prescindir de ellas. Sin embargo, más que proceder a una compensación de culpas, en realidad lo que se pondera es el dato de concurrir la víctima a la originación del resultado dañoso y, a partir de ahí, se compensa lo que únicamente es compensable, a saber, las consecuencias reparadoras como resultado de la intervención causal de la víctima¹⁶⁴. No obstante, también es cierto que en determinados casos se podrá tomar en cuenta junto a la conducta de las dos partes, otras circunstancias tales como la edad y consiguiente capacidad de discernimiento de la propia víctima.

Por lo que se refiere a la compensación de responsabilidades, en la sentencia de 10 de octubre de 1988 el Tribunal Supremo estimó una concurrencia de conductas culposas, por un lado del conductor del vehículo que atropelló a la menor y, por otro lado, de los padres por culpa *in vigilando*, con ponderación también de la actitud de la propia menor, que no se había cerciorado de la proximidad del vehículo que finalmente la atropelló¹⁶⁵. Cuando estemos frente a un niño de nueve

¹⁶³ «Es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que, cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta (...) que no existiendo en nuestro derecho positivo la figura de la denominada responsabilidad objetiva (verdadera obligación legal de indemnizar) en su estricto y exacto significado de responsabilidad civil talional, y menos aún en el Código Civil cuando, como aquí ha acontecido y quedó probado, no sólo la entidad demandada (...) ha cumplido hasta la saciedad las exigencias reglamentarias, sino que además el resultado se ha producido exclusivamente por la actividad de la víctima, aunque la conducta de la víctima en este caso no debe ser calificada de negligente y sí de natural, dada su edad (once años), ello, a la vez que refuerza la ausencia de culpa por parte de la entidad, acredita la concurrencia (...) de unas circunstancias excepcionales (...) representadas por esas siempre impensadas y, por ello fuera de los límites de la “debidamente adecuada conducta del buen padre de familia” e incluso del sentido denominado “sentido común”, inherentes y características de la conducta y reacciones de los menores (...), razones éstas que impiden acceder a lo solicitado por el recurrente, ya que ello equivaldría a la aplicación rígida y estricta de la “responsabilidad objetiva” en una medida que ni siquiera en la normativa de los accidentes derivados de vehículos de motor e incluso nucleares es admitida», *JC*, 1988, n.º 980.

¹⁶⁴ STS 10-12-1985. El demandado fue a quemar unas hierbas acompañado de un menor y estando éstas ardiendo se produjo una extensión tan rápida del fuego que alcanzó a dicho menor. Se condenó al demandado como autor de una falta por imprudencia simple con reserva de acciones civiles. En Primera instancia se estimó parcialmente la demanda y en apelación se rebajó la cuantía de la indemnización. Interpuesto recurso de casación con el propósito de que se reconociera concurrencia de responsabilidad por parte del menor y proceder así a una moderación de responsabilidad, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo, y señaló que el niño «es incapaz, habida cuenta de su edad» y que más que realizar una compensación de culpas, como éste no es capaz, se trata de una moderación de la responsabilidad según los casos, *JC*, 1985, n.º 755.

¹⁶⁵ La menor, de nueve años, fue atropellada por un turismo que se metió por dirección prohibida sin darse cuenta. Mientras en Primera instancia se rechazó la excepción de prescripción y se condenó al conductor y su aseguradora, en apelación se absolvió a los demandados. Interpuesto recurso de casación, el TS casó la sentencia y apreció concurrencia de conductas culpables.

años, no debe olvidarse que sobre todo en materia de conducción de vehículos, han de extremarse las precauciones puesto que, dada su capacidad, no puede regir sus actos con la amplitud de criterio de una persona adulta normal¹⁶⁶.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1993 los hechos fueron los siguientes. Un menor de once años sufrió graves lesiones al caer del tercer piso de una obra y su madre demandó a la empresa constructora y al Ayuntamiento, que en Primera instancia fueron condenados solidariamente al pago de una cantidad inferior a la solicitada; ambas partes interpusieron recurso de apelación que fue estimado parcialmente. El Tribunal Supremo apreció el recurso interpuesto por el Ayuntamiento y atendió a la influencia de las actividades culposas de ambas partes en la producción de los daños. «La moderna doctrina jurisprudencial tanto procesal como civil ha venido desplazando la institución de la compensación de culpas al campo de lo causal, valorando los comportamientos confluentes en la producción del resultado, tanto desde el lado activo de la infracción (autor) como desde el lado pasivo de su consecuencia (víctima), y limitando su aplicación a los supuestos en que se produzca una interferencia en el nexo causal como consecuencia de la propia víctima o de un tercero que no llegan a ocasionar la ruptura del nexo de causalidad»¹⁶⁷.

Igualmente, la Audiencia Provincial de Palencia en su sentencia de 7 de octubre de 1999, estimó concurso de culpas entre la conducta de una niña de once años, que falleció después de ser atropellada por un tren (con una culpabilidad del 30%), y la conducta de RENFE (70%)¹⁶⁸.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 25 de enero de 1999, revocó la sentencia de instancia al considerar que no había habido culpa exclusiva de la víctima. El padre del menor (de diez años) que resultó atropellado demandó al conductor, a su aseguradora y a la empresa propietaria del

«Resulta patente la concurrencia de actitudes o conductas negligentes o culpables de ambas partes al apreciarse que cuando el conductor demandado se dio cuenta que había una placa de circulación prohibida por la calle donde intentaba meterse, circuló unos 15 ó 20 metros marcha atrás y recién arrancado atropelló a la niña; circulaba a 30 ó 40 kilómetros hora, en un sitio de evidente concurrencia como es la salida de una piscina de verano con abundantes niños y coches a ambos lados, incumpliendo con claridad el artículo 17 del Código de la Circulación. Culpa que acertadamente el Juez compensó con la *in vigilando* de los padres de la menor “al no acompañar a la misma en el cruce de la calle”, con ponderación también de la actitud de la niña en dicho cruce, siguiendo a otros niños y no cerciorándose de la proximidad del vehículo que la atropelló», *JC*, 1988, n.º 738.

¹⁶⁶ Señala la SAP Badajoz de 10-12-1998 que «(...) no debe olvidarse que el ciclista era un menor de edad, concretamente, un niño de nueve años, lo que exigía al conductor del turismo haber extremado la precaución por la existencia del conocido principio de la conducción defensiva, que exige extremar la cautela ante la proximidad de menores, ancianos y desvalidos, que por sus propias circunstancias no pueden regir sus actos con la amplitud de criterio que una persona adulta normal», *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1998\8222, F. D. tercero.

¹⁶⁷ *JC*, 1993, n.º 846.

¹⁶⁸ *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\7086.

vehículo, pero fueron absueltos al considerar el Juez que hubo culpa exclusiva de la víctima. El actor incidió en que se debía interpretar restrictivamente el criterio de la culpa exclusiva de la víctima, en el sentido de que se debía tener en cuenta que si se trataba de un menor de edad, su grado de inteligencia y voluntad no siempre permitían afirmar su imputabilidad y por tanto su culpabilidad; de ahí que la Audiencia estimase parcialmente el recurso y condenase solidariamente al conductor y a su aseguradora por una cantidad inferior a la solicitada, lo cual supone un reconocimiento implícito de una concurrencia de causas en la producción del daño¹⁶⁹.

Como hemos señalado, lo relevante no es que la víctima actúe culposamente –puesto que su edad y capacidad no siempre le van a permitir que sea imputable– sino que concurra causalmente en la producción del daño. Sin embargo, lo cierto es que la edad de doce años, como indicábamos, en muchas ocasiones ha permitido valorar que el menor era capaz de culpa y así proceder a una compensación de responsabilidades¹⁷⁰. En la sentencia de 14 de febrero de 2000, el Tribunal Supremo condena solidariamente a la entidad que explotaba el Centro docente desde cuya ventana se cayó, por intento de suicidio, una alumna de doce años, así como a la Compañía aseguradora. A pesar de los hechos no medió culpa exclusiva de la niña que determinara la ruptura del nexo causal, sino una conjunción de causas, puesto que las ventanas de las zonas altas no estaban debidamente protegidas. Y todas esas causas fueron relevantes para la efectividad del hecho, sin que ninguna de ellas tuviera eficacia suficiente para anular a la otra. El Alto Tribunal aceptó el razonamiento efectuado por el Juzgado de Primera instancia, en virtud del cual no puede exigirse a los menores el mismo grado de madurez en su actuar que a las personas adultas y apreció concurrencia de culpas, en igual grado y con igual virtualidad, para moderar la responsabilidad civil de los demandados¹⁷¹.

Asimismo, en la sentencia de 27 de enero de 1992 la Audiencia Provincial de Teruel se pronunció a favor de una compensación de responsabilidades al apreciar que además de que la estructura del andamio no estaba correctamente montada, el menor (doce años) actuó de forma imprudente al subirse en él a una altura considerable para jugar. La sentencia declara la responsabilidad solidaria de los demandados con mode-

¹⁶⁹ Señala la Audiencia que «(...) no obstante lo considerado por la sentencia de instancia, la culpa consciente es aquella donde el perjudicado es consciente del acto que realiza y lo lleva a cabo por confianza o descuido (...). No puede predicarse, que su actuación, dada la edad en relación a las circunstancias concurrentes, estuviese presidida por la consciencia exigida debiendo no apreciarse la culpa exclusiva y acoger la pretensión actora (...)», B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1999\2922, F. D. tercero.

¹⁷⁰ No se tomó en cuenta la edad de la menor atropellada que de forma espontánea había cruzado la carretera en la SAP Huesca de 20-3-1995, AC, 1995, @ 1112.

¹⁷¹ AC, 2000, n.º 526.

ración de la misma por imprudencia del propio menor, dado que la actuación negligente o imprudente del mismo no permitía una compensación total de la culpa de los demandados pero sí una moderación de las consecuencias que se derivasen y, en suma, de su responsabilidad civil, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1103 Cc, precepto que aunque se refiera a la culpa contractual, tiene también virtualidad en la extracontractual como reiteradamente ha establecido el Tribunal Supremo¹⁷².

En sentido parecido y como consecuencia de un accidente ferroviario, el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de noviembre de 1997 procedió del mismo modo y se pronunció a favor de una compensación de culpas. La joven atropellada tenía edad suficiente —trece años— para prever el peligro que corría al cruzar la vía, cuando además había sido advertida por sus profesores del uso del paso subterráneo¹⁷³.

Téngase en cuenta que, sin embargo, en relación con esta misma edad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de noviembre de 1995 entendió que «no se puede desconocer la destacada intervención que tuvo la víctima, pues su edad de trece años ya le permitía no sólo percatarse de la señal que en forma visible figuraba en el poste (...) sino conocer por su formación, el riesgo y peligro que asumía con el juego al que se estaba dedicando, lo que impide calificar su conducta como natural de un niño y tacharla de extremadamente negligente»¹⁷⁴. De ahí que se procediera al reconocimiento de una culpa exclusiva de la víctima, lo cual a nuestro juicio resulta lógico puesto que entendemos que un menor de dicha edad tiene suficiente capacidad de discernimiento.

Por último, también merece ser destacada la sentencia de 4 de noviembre de 1991, en la que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta que hubo culpa de parte de la víctima menor de edad. Los padres del menor atropellado por un autobús mientras conducía su bicicleta solicitaron una indemnización; si bien en las instancias inferiores se estimó la demanda, el Tribunal Supremo señaló que la culpa de la víctima también contribuyó a la producción de daño y de ese modo procedió a una compensación de la responsabilidad¹⁷⁵.

4. MENORES DE EDAD DISCERNIENTES. LA CAPACIDAD INTELECTIVA Y LA CAPACIDAD VOLITIVA

En el apartado anterior señalábamos que en determinados supuestos el ordenamiento jurídico reconoce cierta capacidad de obrar a los menores. A medida que van

¹⁷² *Ar. C.*, 1992, n.º 155.

¹⁷³ *AC*, 1998, n.º 221.

¹⁷⁴ Fallecimiento de un menor al encaramarse contra un poste de alta tensión, *AC*, 1996, n.º 384.

¹⁷⁵ *JC*, 1991, n.º 768.

aproximándose a la mayoría de edad, su reconocimiento es menos discutible, puesto que poco a poco se van ampliando considerablemente sus posibilidades de intervención en el tráfico jurídico. Una vez afirmado que el menor posee capacidad, entraremos en la consideración de su imputabilidad civil en orden a poder responsabilizarle de sus actuaciones. Cuestión distinta es que en la mayoría de los casos estemos ante sujetos insolventes y la víctima opte por demandar a sus guardadores.

Una aproximación al estudio de esta categoría conduce inexorablemente a la distinción entre la capacidad de entender y la capacidad de querer. La primera, la denominada capacidad de entender —o capacidad intelectual— supone la representación anticipada del acto u omisión de que se trate. Una persona tiene capacidad de entender cuando posee el suficiente discernimiento para comprender tanto la entidad del acto que ejecuta como sus posibles consecuencias, así como para valorar adecuadamente su repercusión social. En definitiva, un sujeto es capaz de entender cuando puede representarse el evento —consecuencia directa e inmediata de su propia actividad— y puede reconocer y valorar los efectos de su propia conducta.

La segunda, la capacidad de querer —o capacidad volitiva— opera en función y en dependencia de la anterior y significa que el sujeto es apto para determinarse de forma autónoma, resistiéndose a los impulsos. Es la capacidad de dirigir la voluntad conforme a la propia comprensión de las cosas¹⁷⁶. La capacidad de querer se suele identificar con el libre arbitrio: el hombre que actúa es libre porque su acto es voluntario y se manifiesta en dos tiempos: por un lado, puede actuar o no actuar —ésta es la libertad de ejercer— y, por otro lado, puede elegir un acto u otro —y esa es la libertad de especificación¹⁷⁷. El sujeto ha de tener consciencia del acto que ejecuta y ha de poder realizarlo y quererlo libremente, lo que supone una actuación con voluntad libre¹⁷⁸.

En efecto, mientras el elemento intelectual supone que se posee capacidad suficiente para valorar el hecho en orden a su licitud o ilicitud, el elemento volitivo se refiere a la presencia en el sujeto de un poder de la voluntad necesario para adecuar su conducta al mandato normativo.

¹⁷⁶ Sobre la definición de la capacidad de entender y querer, COLASSO, V., *op. cit.*, p. 36; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 24.

En la jurisprudencia italiana destaca la sentencia, *Cass. civile*, sez. III, 4-4-1959, n. 1006, *Resp. cin. prev.*, 1960, pp. 58-61; *Foro it.*, I, 1959, c. 533-6.

¹⁷⁷ LAPEROU, B., *Responsabilité civile et imputabilité*, th., Université de Nancy II, 1999, p. 76.

¹⁷⁸ De lo contrario, según apunta DE ÁNGEL YÁGÜEZ el resultado dañoso será considerado como una consecuencia de la fuerza mayor, ya que en sentido estricto no se habrá producido un acto humano, *Lecciones...*, *cit.*, p. 307.

Esta conclusión sería predicable sólo en aquellos casos en que los menores que causan el daño son muy jóvenes. Pero aunque esos agentes no tengan la capacidad necesaria y sean considerados irresponsables, creemos que sus guardadores deberán responder en su lugar para que la víctima no se quede sin resarcir. En este sentido, nos remitimos al estudio que hicimos respecto de las diferentes teorías que se han ido formulando en torno a la responsabilidad o irresponsabilidad del infante.

En virtud de lo anterior, aunque el Código civil establezca en su art. 315 que la mayoría de edad comienza a partir de los dieciocho años, no se puede desconocer que el sujeto va adquiriendo inteligencia y voluntad gradualmente, de manera que una persona que no haya alcanzado esa edad podrá tener suficiente capacidad de entender y querer actuar como lo hizo¹⁷⁹ y por lo tanto será imputable a los efectos de la responsabilidad extracontractual.

4.1. La imputabilidad como elemento de la responsabilidad extracontractual basada en la culpa

Tradicionalmente la *sedes materiae* del estudio de la imputabilidad ha sido el Derecho penal. En el Derecho privado no se ha elaborado una teoría sobre la imputabilidad, sino que éste es un concepto que los civilistas han adoptado mediatamente de la Psicología y de la Filosofía del Derecho, e inmediatamente del Derecho penal¹⁸⁰.

Como es sabido, para que una acción u omisión pueda ser imputable a su agente, se precisa tanto que el sujeto tenga discernimiento suficiente para distinguir lo que es lícito de lo que es contrario a la ley, como que actúe voluntariamente. Ello equivale a decir que el sujeto debe tener capacidad de entender y querer, de forma que si la imputabilidad es uno de los elementos de la culpabilidad, no será responsable quien no tenga capacidad intelectual (porque no entiende) y volitiva (porque no actúa libremente).

¹⁷⁹ Merece especial consideración el Derecho foral aragonés, donde se confiere a los menores que tienen catorce años unas peculiaridades que los diferencian de la regulación general del Código civil. El art. 5 de la Compilación de Aragón en su párrafo primero dispone que «El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de su padre, madre o tutor o Junta de Parientes. Los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia serán anulables», y en su párrafo tercero señala que el mayor de catorce años que, «con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes».

Esta especialidad procede del Derecho histórico, puesto que fue el Fuero 1 *De contractibus minorum*, de la Compilación de Huesca de 1247, el que fijó la mayoría de edad de los aragoneses en los catorce años. Sin embargo, a partir del Apéndice de 1925 quedó claro que en la legislación foral aragonesa el mayor de catorce años no es una persona mayor de edad, a pesar de que tenga esas posibilidades de actuación negocial, sino un «menor en preparación». La doctrina suele referirse a esta categoría como la «mayoría restringida» o, en atención a los sujetos, «mayores de imperfecta capacidad», así, TOBAJAS GÁLVEZ, O., «El menor mayor de catorce años», *AC*, 1999, p. 346; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (art. 5 de la Compilación de Aragón)*, dir. M. Albaladejo García, t. XXXIII, vol. 1.º, p. 71; PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Madrid, 1988, p. 70.

Por su parte, la Ley 50 de la Compilación de Navarra, tras ser redactada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril señala que «la capacidad plena se adquiere con la mayoría de edad al cumplirse los dieciocho años».

Los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en esta Compilación. Se considerarán púberes los mayores de catorce años de uno y otro sexo (...).

¹⁸⁰ Sobre este planteamiento, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., «Imputabilidad y responsabilidad objetiva», *ADC*, 1968, p. 579.

Dado que en el Derecho positivo español¹⁸¹ no se ha establecido ningún concepto acerca de la imputabilidad, debemos acudir a las definiciones que ha ido formulando la doctrina. Con carácter general, se entiende que la imputabilidad es la «capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente»¹⁸², de manera que una persona será imputable cuando tenga una voluntad regida por una inteligencia consciente.

Desde un punto de vista etimológico, imputabilidad proviene del latín *imputare* y, a pesar de sus diversos significados, aquí se circunscribiría al sentido de “atribuir algo a alguien”. La imputabilidad es una condición necesaria de la culpa, no de la responsabilidad, puesto que en el Código se regulan formas de responsabilidad que prescinden de la imputabilidad del sujeto. En este sentido, la imputabilidad no tiene razón de ser en un sistema de responsabilidad objetiva, sino que constituye un requisito de la responsabilidad subjetiva, un requisito de la culpabilidad, que mide la aptitud del responsable para sufrir una sanción y que ante las nuevas tendencias objetivadoras sufre la amenaza de desaparecer.

Debe advertirse que si tradicionalmente la inimputabilidad de los incapaces ha sido defendida a partir de la noción subjetiva de la culpa —no podía ser culpable quien no era capaz de entender y querer—, últimamente, sobre todo en la jurisprudencia francesa, se ha reconducido la culpa a una noción objetiva, en el sentido de no conformidad con un modelo objetivo de comportamiento diligente, y desde esa perspectiva se admite que también el comportamiento del incapaz puede ser calificado como culposo.

En el Derecho francés la acepción clásica de la imputabilidad es doble, es decir, a la vez tiene un sentido material y moral. La imputabilidad material hace referencia al lazo físico existente entre la actividad de la persona demandada como responsable y el hecho dañoso, mientras que la imputabilidad moral se refiere al vínculo puramente psicológico que existe entre el acto o la omisión que ha provocado el daño y la conciencia de la persona declarada responsable¹⁸³.

¹⁸¹ Sin embargo, en el Derecho alemán y en concreto en los §§ 20 StGB y 3 JGG se define la imputabilidad como «madurez o capacidad para comprender lo injusto del hecho y actuar conforme a este entendimiento».

¹⁸² OLIVA GARCÍA, H., «Introducción a las bases doctrinales de la imputabilidad», *La Ley*, 1982-IV, p. 1141.

¹⁸³ La imputabilidad podía desaparecer ante la presencia de causas extrañas, bien fueran materiales o morales. Entre las primeras destacan la fuerza mayor y el hecho de la víctima o de un tercero. Entre las segundas se incluía la inconsciencia, es decir la falta de discernimiento, destacando el supuesto de los infantes. LAPEROU, B., *op. cit.*, pp. 52-3, 73, 103-4, 134, 137.

En este sentido, si en el Derecho francés –país de tradición romanista por excelencia– la culpa constituía el elemento básico del sistema, se debe tener en cuenta que últimamente, y sobre todo a partir de los pronunciamientos de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación de 9 mayo de 1984, ha dejado de exigirse el elemento moral de la imputabilidad. Asistimos pues a la creación de un nuevo tipo de responsabilidad donde la indemnización de la víctima deviene el centro de las preocupaciones. Ahora sólo es necesario verificar si existe un nexo material entre el hecho generador del daño y el responsable; un elemento tan tradicional como ha sido la imputabilidad en su aspecto moral, ha pasado a un segundo plano. Para que un menor de edad sea responsable de sus actos ya no se exige que actúe con conciencia y capacidad, sino que desde el mismo instante en que haya causado el daño será considerado responsable¹⁸⁴.

No obstante lo anterior, el sistema general de responsabilidad civil extracontractual recogido en nuestro ordenamiento está basado en el criterio tradicional de la culpa. Como hemos señalado con anterioridad, si uno de los elementos de la culpabilidad es la imputabilidad, una conducta será negligente cuando el agente sea subjetivamente imputable o, en otras palabras, tenga capacidad de entender y querer¹⁸⁵. En términos generales, el concepto de imputabilidad puede definirse como la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho y de actuación de acuerdo con esta comprensión; en este sentido, la imputabilidad constaría de dos tiempos, el primero, de naturaleza valorativa, referido a la comprensión del carácter prohibido de la conducta, y el segundo, de carácter voluntativo, referido a la autodeterminación de la persona conforme al Derecho.

Partiendo de las premisas que acabamos de señalar, cabe destacar que durante el periodo de la infancia, es decir hasta los seis o siete años, no se posee capacidad suficiente para comprender la importancia y el alcance derivados de la propia actuación, ni para sentirse vinculado por ciertas obligaciones hacia los demás, sino

¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 280-282.

¹⁸⁵ El hecho de que la doctrina hable de imputación subjetiva y objetiva no quiere decir que se refiera a la responsabilidad con culpa o sin ella. Mientras la imputación objetiva conlleva la selección de consecuencias que pueden ser puestas a cargo del autor, la imputación subjetiva se centra en averiguar si existe una razón suficiente para atribuir la responsabilidad.

Y dentro de la imputación subjetiva se puede atribuir la responsabilidad atendiendo a criterios subjetivos (dolo o culpa) o a criterios objetivos (riesgo, equidad, garantía, seguro, etc.). *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990, p. 1562; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *op. cit.*, pp. 587-8.

Para evitar confusiones, consideramos acertada la terminología propuesta por M. YZQUIERDO TOLSADA. En este sentido, siguiendo a la doctrina argentina prefiere sustituir la expresión “criterios de imputación subjetiva” por “factores de atribución” y, a partir de ahí, considerar que unos serán los propios de la responsabilidad subjetiva y otros los de la responsabilidad objetiva, *Sistema de responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 218.

que más bien se actúa conforme a unas reglas puramente egocéntricas e individuales. La imputabilidad precisa de una cierta madurez en las facultades intelectivas y volitivas que no existe en los más tempranos años de la vida humana. Es de los siete a los diez años cuando, al ir desarrollándose la persona, comienza a gestarse en ella la capacidad de culpa.

Como consecuencia, debemos advertir que si tradicionalmente se ha defendido que los menores de edad son considerados inimputables, esta afirmación sólo sería válida cuando nos refiriésemos a niños muy jóvenes. Es por ello por lo que nos parece necesario distinguir entre menores inimputables, que son los que no tienen discernimiento, y menores imputables, cuando se constate que poseen discernimiento. En relación con los inimputables, resulta interesante acudir a la clasificación penal que distingue entre causas de justificación —excluyen la antijuridicidad del acto— y causas de inculpabilidad —excluyen la culpabilidad de su autor— y, en ese sentido, teniendo en cuenta que la inimputabilidad pertenece al segundo grupo, como no privaría al acto de su ilicitud sería necesario reparar el daño que se hubiera causado¹⁸⁶, normalmente haciendo recaer dicha obligación en los guardadores. Por contra, si el menor que ha causado el daño es imputable, va a ser “potencialmente” responsable del mismo, en el sentido de que aunque tiene capacidad suficiente para asumir esa obligación, lo cierto es que en la práctica no se suele reclamar su responsabilidad, y en los escasos supuestos en los que se le ha demandado no siempre ha resultado condenado —y en todo caso lo ha sido en régimen de solidaridad—, seguramente por cuestiones de solvencia económica.

4.2. Los criterios biológico y psicológico en relación con la imputabilidad del menor

Bajo esta rúbrica pretendemos detenernos en la consideración del momento a partir del cual se entiende que una persona es imputable. En este sentido, debe advertirse que si bien la imputabilidad penal aparece asociada automáticamente a una edad determinada, por el contrario, en el ámbito del Derecho privado es el Juez quien debe constatar, caso por caso, si el menor tenía suficiente capacidad.

En el Derecho civil no se ha establecido un límite de edad distinto al que constituye la mayoría legal, a partir del cual podamos entender que un menor puede ser considerado imputable pese a que todavía no ha alcanzado su plena madurez. Únicamente se establecen supuestos particulares, en los que se ha reconocido que los menores a partir de cierta edad tienen capacidad para realizar determina-

¹⁸⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de menores e incapacitados...», *cit.*, p. 156.

dos actos. En los demás supuestos, entre ellos el referido a la imputabilidad y por tanto a la responsabilidad que deriva de la comisión de una infracción civil, entendemos que el Juez deberá constatar si el menor causante del daño tenía suficiente capacidad cuando ocasionó el perjuicio.

Al contrario de lo que sucede en el Código civil, en el Derecho penal se ha fijado un límite en virtud del cual quedan excluidas de su ámbito de aplicación aquellas personas que no hubiesen alcanzado la edad establecida. Debe señalarse que si acudimos a los diferentes textos penales que se han sido sucediendo, la edad no ha constituido siempre una constante invariable y además casi nunca ha coincidido con la mayoría de edad civil.

A tenor de lo anterior, la determinación del momento a partir del cual se considera que una persona es imputable puede realizarse de dos formas, es decir, el legislador puede adoptar un criterio de orden cuantitativo y abstracto que delimite la capacidad del sujeto en función de una edad previamente definida, o un criterio cualitativo en virtud del cual se deba constatar si efectivamente el sujeto individualmente considerado ha alcanzado la madurez requerida.

La primera fórmula es conocida como sistema biológico puro o sistema cronológico, puesto que reconoce que un sujeto es imputable si ha alcanzado la edad legal determinada. Y la segunda fórmula se refiere al criterio psicológico o del discernimiento, que sólo considera que una persona es imputable si después de que sea examinada individualmente se constata que tenía la capacidad suficiente para entender y querer el alcance de sus actos.

De lo anterior se infiere que si bien el primer sistema resulta más seguro, puesto que adopta un límite fijo que permite saber cuál será el Derecho aplicable incluso antes de la comisión de la infracción, el segundo, al detenerse en comprobar si el agente tenía capacidad, resulta más acorde con la realidad. De ahí que junto a estos dos sistemas, la doctrina haya señalado la conveniencia de un tercero, de carácter mixto, que adopta elementos de los dos anteriores¹⁸⁷.

Debe observarse que la mayor parte de países han optado por la fórmula biológica o por el sistema mixto. Así ha ocurrido en el Derecho penal español, pero no en el Derecho civil donde, como hemos puesto de manifiesto en sucesivas ocasiones, no se ha determinado una edad inferior a los dieciocho años que suponga el reconocimiento de capacidad e imputabilidad con carácter general. Sin embargo, consideramos interesante señalar que parece asomar un criterio mixto, dado

¹⁸⁷ Vid. por todos DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, 1965, pp. 169-170.

que pese a la inexistencia de un criterio cronológico algunos autores han señalado que por debajo de los doce años no se puede hablar de responsabilidad¹⁸⁸. Y con relación a la capacidad de obrar que se le reconoce a los menores, se debe matizar que aunque en el Código civil no exista una norma general, algunos artículos señalan qué edad se requiere en relación con algunos supuestos particulares y, en este sentido, la edad reconocida nunca se ha situado por debajo de los doce años.

En concreto, el criterio biológico está basado en la asociación de un determinado grado de desarrollo y madurez con la edad tipificada¹⁸⁹. En el Derecho penal la determinación de edades, tanto mínimas como máximas, y su sometimiento a un tratamiento jurídico específico, parece responder a un modelo de política criminal que prima los valores de seguridad jurídica y certeza ante la imposibilidad científica —y práctica— de conocer en cada caso la madurez intelectual y moral del sujeto, lo que no deja de ser una solución insatisfactoria y arbitraria, al someter al mismo tratamiento legal a personas que aunque tengan la misma edad pueden hallarse en distintos estados de desarrollo¹⁹⁰. El no haber cumplido la edad legalmente establecida supondrá la exclusión inmediata de la esfera de los responsables, incluso en el caso de que el desarrollo de la capacidad intelectual y volitiva del sujeto hagan pensar que puede comprender la significación ilícita de sus actos y obrar conforme a esa comprensión. Se trata de presunción *iuris et de iure* en virtud de la cual todo sujeto menor de la edad predeterminada sería considerado inimputable.

Atendiendo a este criterio, lo más discutible resulta la determinación de una u otra edad. Si por una parte destacamos la seguridad que nos ofrece este sistema, por otra valoramos negativamente la circunstancia de que no se tome en cuenta la concreta aptitud psíquica del agente, puesto que además de que no todos los menores siguen el mismo ritmo de crecimiento, se puede llegar a situaciones un tanto absurdas, por ejemplo en el caso en que a un menor le faltase un día para cumplir la edad legal preestablecida pero tuviera suficiente juicio.

Una vez vistas las características y deficiencias del sistema biológico, conviene señalar que en relación con el criterio del discernimiento es preciso probar, con independencia de la edad del autor de la infracción, si se encontraba capacitado para comprender que estaba infringiendo una norma y para autodeterminarse según ese conocimiento. En este caso se atiende a las circunstancias del caso concre-

¹⁸⁸ DÍAZ ALABART, S., «Comentario a la STS 15-12-1994», *cit.*, p. 639.

¹⁸⁹ En este sentido, GRACÍA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, M. C., *op. cit.*, p. 347; WATINE-DROUIN, C., voz «Minorité. Audition du mineur en justice. Défense de ses intérêts», *Jur. Class.*, n.º 311 a 514 (en concreto art. 388 Cc), Paris, 1996, fasc. 20, p. 6.

¹⁹⁰ En esta línea, APARICIO BLANCO, P., «Política criminal y delincuencia juvenil. (Reflexiones sobre el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los Menores)», *CDJ*, 1999-IV, p. 164.

to y se resuelve conforme a las mismas, prescindiendo de toda presunción. Sin duda, estamos ante un sistema más justo pero a la vez más inseguro que el anterior, caracterizado además por las dificultades que presenta en torno a su aplicación práctica.

Por último, las fórmulas mixtas se caracterizan por la combinación de los dos criterios anteriormente expuestos. En estos casos la determinación de una edad concreta constituye una condición necesaria, pero no suficiente, para que nazca la imputabilidad, puesto que resulta imprescindible constatar que el autor tenía capacidad para comprender la significación antijurídica de su conducta y de orientarse consecuentemente¹⁹¹.

Pues bien, aunque el sistema biológico sea el más extendido en la actualidad, se debe señalar que el criterio del discernimiento ha tenido vigencia en nuestro ordenamiento durante algunas épocas. Fue introducido en el Código penal francés de 1791 pero, sin embargo, fue a través del texto francés de 1810 cuando influyó en la Codificación penal española. Así, el criterio del discernimiento penetró en España con el Código penal de 1822, cuyos arts. 23 y 24 señalaban que para que un mayor de siete y menor de diecisiete años pudiera ser condenado, era necesario examinar y declarar previamente en el juicio «si había obrado o no con discernimiento o malicia»; en el caso contrario no se le imponía pena alguna, sino que era entregado a sus padres, abuelos, tutores o curadores para que le corrigieran y cuidasen de él.

En cualquier caso, pronto se produciría el abandono de este criterio, con la consiguiente instauración del criterio biológico. Concretamente el Código penal de 1928 desterró definitivamente el criterio del discernimiento en favor de la fijación de un único periodo de irresponsabilidad total, hasta los dieciséis años¹⁹². El Código penal de 1973 recibió la influencia del Código penal de 1928 y estableció el mismo límite de edad en torno a la imputabilidad criminal. Si con el Código penal de 1973 se superó totalmente la tesis de la imputabilidad condicionada por el discernimiento, el último resquicio del criterio del discernimiento lo constituyó el Código de Justicia Militar, cuyo art. 185.2 disponía la exención de responsabilidad criminal del «menor de dieciséis años que no hubiere obrado con discernimiento».

¹⁹¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y el derecho penal juvenil*, Granada, 1998, p. 31.

¹⁹² Los menores de dicha edad eran sometidos a la jurisdicción de los Tribunales Tutelares para Niños. El art. 56 Cp 1928 proclamaba la irresponsabilidad del menor de dieciséis años, pero en los lugares donde no existieran esos Tribunales se remitía al art. 855, en virtud del cual estaban exentos de responsabilidad tanto los menores de nueve años (y en el caso de que ejecutaren algún hecho tipificado como delito o falta eran entregados a su familia con el propósito de vigilarlos y educarlos), como los comprendidos entre los nueve y los dieciséis a no ser que hubiesen obrado con discernimiento.

Finalmente la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, salvó la desarmonía existente con la legislación penal común y acogió el referido criterio biológico puro¹⁹³.

De este modo, tanto en el Código penal de 1995 como en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se ha adoptado el criterio biológico que responde a un modelo político-criminal donde priman los valores de certeza y seguridad jurídica, ante las dificultades que entraña conocer en cada caso la madurez alcanzada por el sujeto. De ahí que se haya adoptado el límite de los catorce años en relación con la aplicación de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y se haya fijado en dieciocho años la edad en torno a la cual se aplican las disposiciones del Código penal. Así pues, si el límite mínimo para reconocer que un sujeto es penalmente imputable se ha fijado en los catorce años, todo menor de dicha edad estará exento de responsabilidad criminal.

En este sentido, la fijación de los catorce años constituye un punto de partida que cuenta con tantos defensores como detractores. Se debe señalar que en las modernas sociedades, la propia complejidad del sistema retrasa el momento de incorporación de los jóvenes al mundo de los adultos. Por ello no es de extrañar que se hayan defendido otras opciones, invocando en ocasiones los quince o los dieciséis años, por entender que los menores de dicha edad deben ser sometidos a otras formas de responsabilidad¹⁹⁴.

En otro orden de cosas, debemos resaltar que si en los textos penales la cuestión ha quedado resuelta, sin embargo en el Código civil no se ha adoptado criterio alguno en relación con la imputabilidad. Como decíamos, sólo para la realización de algunos actos se han fijado edades concretas a partir de los doce años, pero incluso muchas veces se refuerza ese dato objetivo con el requisito de que se constate la suficiente capacidad del menor para realizarlos.

Por lo que se refiere a otros ordenamientos, el Derecho italiano se caracteriza porque mientras en el Código penal se ha adoptado un criterio mixto¹⁹⁵, el Código civil se ha decantado por el establecimiento de la fórmula psicológica o del discernimiento (art. 2046)¹⁹⁶.

¹⁹³ Sobre este planteamiento, VAELO ESQUERDO, E., «La edad en la parte general del Proyecto de Código penal de 1980», *CPC*, 1981, p. 1138, nota n.º 3.

¹⁹⁴ Así, LANDROVE DÍAZ, G., «Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *La Ley*, 2000-IV, D-147, p. 1669.

¹⁹⁵ El art. 97 del Código penal italiano dispone que «no es imputable quien en el momento en que cometa el acto no tenga catorce años»; y el art. 98 del mismo Código completa lo anterior al señalar que «es imputable quien tenga catorce años pero aún no haya cumplido los dieciocho siempre que tuviera capacidad de entender y querer, pero la pena estará disminuida».

Por otra parte, en el Derecho francés el reconocimiento de la responsabilidad criminal ha estado tradicionalmente subordinado al criterio del discernimiento del agente causante de la infracción penal. De ahí que ni el Código penal francés de 1789 ni tampoco el Código penal de 1810, se refieran a la irresponsabilidad penal absoluta del menor incapaz; fue con la Ley de 22 de julio de 1912 cuando por vez primera se adoptó un principio general de irresponsabilidad, que con la Ordenanza de 2 de febrero de 1945 quedó definitivamente consagrado en la edad de trece años¹⁹⁷.

En lo que respecta al Derecho alemán, en materia civil el BGB ha acogido un criterio mixto en virtud del cual se ha establecido una edad concreta, los siete años, y al mismo tiempo se ha precisado que todo sujeto que sea mayor de siete años pero menor de dieciocho no será responsable cuando en el momento de cometer el daño no tuviese suficiente discernimiento para darse cuenta de su responsabilidad. Si esto es lo que sucede en sede civil, en el ámbito de la responsabilidad penal se recoge el criterio del discernimiento. El § 3 JGG prescribe que un joven, es decir una persona que tiene catorce años pero aún no ha cumplido los dieciocho años (§ 1.II JGG) sólo será responsable penalmente si «según su desarrollo moral y mental posee suficiente madurez para captar lo injusto del hecho y actuar de acuerdo con esa comprensión», lo que significa que debe ser tanto capaz de entender como de adecuar su voluntad a dicho entendimiento. Ahora bien, la doctrina alemana ha puesto de manifiesto que al exigirse una prueba de madurez en cada caso individual, la mayoría de las veces los tribunales prescinden del examen individual de la capacidad del menor y parten de la presunción generalizada de la misma¹⁹⁸.

4.3. El menor emancipado y el menor de vida independiente

La emancipación se produce cuando un menor se independiza de la patria potestad o tutela a la que estaba sometido, aunque todavía no hubiera alcanzado la

¹⁹⁶ Entre otros, cabe citar a MONATERI, P. G., *La responsabilità civile...*, cit., p. 265.

Lo manifiesta también la propia jurisprudencia, *Cass. civile* sez. III, 8-4-1965, n. 597, *Resp. civ. prev.*, 1965, p. 382; *Cass. pen.* sez. III, 7-2-1978, *Giur. it.*, 1979, II, c. 15 a 24, con nota S. NOSENGO; *Trib. Roma*, 11-10-1977, *Giur. mer.*, 1979, II, pp. 1009 a 1015, con nota de L. D. CERQUA; *App. Roma*, sez. min., 20-8-1984, *Giur. mer.*, 1986, II, pp. 1185 a 1193, con nota de G. MANERA.

¹⁹⁷ La valoración del discernimiento se introdujo con el Código penal de 1791 y se mantuvo en el Código penal de 1810. Después de sobrevivir a la reforma operada con ocasión de la Ley de 1912, desapareció del texto —aunque no en la práctica— de la Ordenanza n.º 45-174 de 2 de febrero de 1945, relativa a la infancia delincuente. El Libro I del nuevo Código penal francés, que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, en su art. 122-8 dispone que: «Los menores reconocidos culpables de infracciones penales son objeto de medidas de protección, asistencia, vigilancia y educación en las condiciones fijadas por una ley particular. Esta ley determina igualmente las condiciones en las que las penas pueden ser pronunciadas respecto de menores de más de trece años». En concreto se remite a la Ordenanza de 2 de febrero de 1945 y a la Circular de 14 de mayo de 1993.

¹⁹⁸ ALBRECH, P. A., *El Derecho penal de menores*, trad. J. Bustos Ramírez, Barcelona, 1990, p. 131.

mayoría de edad. La operatividad de esta figura no es la misma que la que tenía cuando se promulgó el Código civil, porque entonces la mayoría de edad estaba situada a los veintitrés años¹⁹⁹ y sólo podía emanciparse quien hubiese cumplido los dieciocho años. Si el margen que confería la emancipación adelantaba cinco años la capacidad de obrar del menor, en la actualidad, teniendo en cuenta que la mayoría de edad está situada en los dieciocho años y que lo normal es que se conceda la emancipación a partir de los dieciséis años, se comprende la escasa relevancia práctica. De ahí que en algunos países haya desaparecido esta figura, como así ha sucedido en Alemania²⁰⁰ y Portugal²⁰¹. En nuestro sistema jurídico, aunque algún autor haya instado su supresión²⁰², la figura también cuenta con defensores²⁰³, y en ese sentido la emancipación aparece regulada en los arts. 314 a 324 del Código civil.

A partir de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo²⁰⁴, la emancipación se puede producir a través de tres vías²⁰⁵. Una de ellas es automática y se consigue con el matrimonio (art. 316 Cc), de modo que a la edad de catorce años un sujeto puede quedar emancipado siempre que obtenga la preceptiva dispensa del Juez de Primera instancia (art. 48.2 Cc). Otra modalidad de emancipación tiene lugar cuando la solicitan los padres, siempre que el menor —que debe tener al menos dieciséis años— esté de acuerdo; en tercer lugar, se produce la emancipación

¹⁹⁹ La adopción de esta edad probablemente se debió a la transacción entre la edad de veinticinco años que regía en aquel momento y los veinte y veintiún años, que aparecían respectivamente en el Proyecto de García Goyena de 1851 (art. 276) y en el Anteproyecto de Código civil de 1882 (art. 286).

²⁰⁰ La emancipación desapareció del BGB por Ley de 31 de julio de 1974, en vigor a partir del 1 de enero de 1975, que suprimió los §§ 3 a 5 del BGB donde hasta el momento venía regulándose. En el Cc portugués los arts. 134 a 137 han sido derogados; el art. 132 sigue vigente pero únicamente se refiere a la emancipación por matrimonio.

²⁰¹ La tendencia del Derecho comparado hacia una extensión de la capacidad del emancipado y consiguientemente hacia la pérdida de sustantividad del estado de menor emancipado, estaba ya latente en el Proyecto de Código civil español de 1851, según la interpretación realizada por García Goyena en relación con el art. 275. Así, CUEVAS CASTAÑO, J. J., «La capacidad de los emancipados en general», *RGLJ*, 1973, t. 235, p. 115.

²⁰² Apuntando su supresión, ALONSO PÉREZ, M., «Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de familia», en *La tutela de los derechos del menor*, dir. J. M. González Porrás, Córdoba, 1984, pp. 19-20.

²⁰³ Sin embargo, algunos autores se han pronunciado a favor de su mantenimiento, PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, cit., p. 15.

²⁰⁴ Anteriormente, la doctrina había solicitado la reforma del régimen de la emancipación, sobre todo en materia de capacidad, MÉNDEZ APENELA, E., «Evolución histórica de la emancipación en el Derecho español», *RDN*, 1971, t. 72, pp. 465-6.

²⁰⁵ Interesa realizar dos precisiones. La primera, que ha desaparecido la emancipación por concesión de la Patria, instaurada por el Real Decreto-ley de 7 de marzo de 1937, en virtud de la cual los jóvenes que no hubieran alcanzado la mayoría de edad podían emanciparse para poder alistarse en el ejército. Y la segunda, que la emancipación por mayoría de edad debería haber sido suprimida en dicha reforma, puesto que se trata de una emancipación impropia en el sentido de que, si bien libera de la patria potestad, no constituye *status* familiar de emancipado, sino de mayor de edad, *vid.* por todos ALONSO PÉREZ, M., «Estatuto jurídico del menor emancipado...», cit., p. 14.

por concesión del Juez, previa solicitud del menor, siempre que hubiera cumplido los dieciséis años y concurren determinadas circunstancias que la hagan aconsejable.

Si el menor en lugar de estar sometido a la patria potestad está sujeto a un régimen de tutela, también podrá solicitar del Juez la emancipación a partir de los dieciséis años. En este caso, aunque los efectos sean los mismos que en el supuesto de la emancipación por concesión del Juez, esta figura se denomina concesión del beneficio de la mayor edad²⁰⁶.

Igualmente, se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que, con el consentimiento de sus padres, viviera de forma independiente. Esto no significa que habite en un domicilio diferente al de sus progenitores, sino que tenga una verdadera independencia patrimonial. Si en la emancipación se presume que el menor tiene capacidad, en este caso no es que se presuma dicha capacidad, sino que ha quedado constatada en el plano de los hechos al vivir de forma independiente²⁰⁷.

Esta situación conlleva los mismos efectos que la emancipación pero, a diferencia de ésta, los padres pueden revocar su consentimiento si lo creen oportuno, lo cual no resulta en absoluto irrelevante. La vida independiente del menor emancipado constituye una situación intermedia entre la emancipación y la sumisión normal del menor a la patria potestad²⁰⁸; ésta se caracteriza por un contenido disminuido o atípico, que consiste en «una subsistencia virtual de su contenido normal», para el supuesto en que se ejerza efectivamente la revocación del consentimiento que ha dado lugar a la vida independiente y consiste también en una «subsistencia actual de un contenido reducido de la misma, sometido al control de la adecuación de su ejercicio en cada caso»²⁰⁹. Si bien el menor de vida independiente queda equiparado al menor emancipado, lo cierto es que no constituye un estado civil y por ello, en puridad de términos, no se trata de dos categorías idénticas.

²⁰⁶ Mientras en el caso del menor sujeto a patria potestad se debe constatar que se produce alguno de los supuestos de hecho contemplados en el art. 320 Cc (nuevo matrimonio del progenitor que ejerce la patria potestad, separación de los padres, etc.), esto no ocurre con el menor tutelado (art. 321, redactado por Ley 21/1987, de 11 de noviembre), en cuyo caso únicamente se exige que la petición sea fundada.

²⁰⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, p. 1456.

²⁰⁸ Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La vida independiente del menor no emancipado», *ADC*, 1972, p. 1128; *id.*, *Derecho de la...*, *cit.*, p. 51.

En este mismo sentido se pronuncia J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «Consideraciones generales sobre el art. 44 de la nueva Ley de Propiedad intelectual», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 674.

²⁰⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La vida independiente del menor...», *cit.*, pp. 1128 ss; *id.*, *Derecho de la...*, *cit.*, pp. 50-1.

Especial atención merece la capacidad del menor emancipado. Lo primero que debemos destacar es que el estado de emancipado, aunque se aproxima al de la mayoría de edad, sufre algunas limitaciones que, en todo caso, han de ser interpretadas restrictivamente²¹⁰. Así lo dispone el art. 323 Cc al señalar que «la emancipación habilita al menor para regir su persona como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador»²¹¹. Entre las limitaciones comprendidas en este artículo no se hace referencia a la capacidad delictual y dado que, como apuntábamos, este artículo es susceptible de una interpretación restringida, el menor de edad emancipado deberá responder de los daños que hubiera causado.

Así pues, una vez que el menor ha sido emancipado deja de estar sometido a la patria potestad y guarda de sus padres. Como su capacidad de obrar se aproxima a la del mayor de edad, se entiende que tiene suficiente capacidad de discernimiento y que responde de los actos ilícitos que hubiera ocasionado. No debe ofrecer ninguna duda la afirmación de que quien está habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor, ha de responder de sus propios actos.

Sin embargo, merece una consideración especial el supuesto del menor de vida independiente, en relación con el cual, como acabamos de indicar, la patria potestad se ejercita de un modo atípico, dado que subsiste en un doble sentido, por un lado, de una forma implícita, previendo que se revoque el consentimiento de los padres y, por otro lado, con un contenido reducido. Como señalábamos, cuando nos referimos al menor emancipado y al menor de vida independiente no estamos frente a dos figuras idénticas y por ello, puede decirse que según el art. 1903.2 Cc el menor de vida independiente continúa bajo la guarda de sus padres, y por tanto no creemos que éstos vayan a quedar liberados siempre de la responsabilidad extracontractual derivada del ilícito cometido por dicho menor.

²¹⁰ *Vid.* por todos, CUEVAS CASTAÑO, J. J., «La capacidad de los emancipados en general», *RGLJ*, 1973, t. 235, p. 120.

²¹¹ Resultan sumamente interesantes las reflexiones efectuadas por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, respecto del contenido del art. 44 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual y su coordinación con el contenido del art. 323 Cc. En este sentido, dispone el art. 44 de la mencionada Ley —que aparece con la misma regulación en la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril—, que «los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que las tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación». Es por ello por lo que parece que no tiene demasiado sentido que exista una norma especial, como lo es el art. 44 mencionado, que además no encaja bien con el contenido del art. 323 Cc, cuando hubiera sido suficiente con la regulación del art. 319 Cc, *vid. op. cit.*, *passim*, sobre todo, pp. 672-3, 679-682.

En este sentido, junto a la responsabilidad del menor emancipado se debe tener en cuenta que no se podrá pretender que respondan en régimen de solidaridad, alguna o algunas de las personas enumeradas en el art. 1903 Cc, dado que ya no existe ni patria potestad ni tutela. Si la obligación jurídica que tienen los padres de vigilar y cuidar a sus hijos deriva del art. 154 Cc del Cc, y la de los tutores de los arts. 267 y 269 del mismo cuerpo legal, no hay ninguna norma para el curador del menor emancipado, y ello refleja que para resarcir los daños causados por el hecho ilícito cometido por un menor emancipado, no se ha previsto ningún tipo de responsabilidad supletoria.

En lo que respecta al Derecho francés, la determinación de la minoría de edad no plantea ningún problema. Según establece el art. 488 del *Code*, es menor de edad quien no ha cumplido dieciocho años²¹² y, en este sentido, la responsabilidad de los progenitores (art. 1384.4 Cc) cesa con la llegada del hijo a la mayoría de edad²¹³ o incluso antes, mediante su emancipación.

De acuerdo con lo anterior, el segundo párrafo del art. 482 Cc, introducido por la Ley número 64-1230 de 14 de diciembre de 1964, sobre la tutela y emancipación de los menores, al disponer que «El padre y la madre no son responsables de pleno derecho, en su sola calidad de padre o madre, del daño que podrá causar el menor a otra persona tras su emancipación», ha establecido lo que hasta ese momento venía interpretando la doctrina, en el sentido de que una vez producida la emancipación, los padres no resultan obligados a responder de los daños ocasionados por sus hijos.

La formulación del art. 482.2 se acomoda al Código civil francés puesto que si los padres no son responsables de pleno derecho del daño que un hijo emancipado hubiera podido causar a otro, interpretando esto mismo *a sensu contrario*, se deduce que los padres son responsables de pleno derecho por sus hijos menores no emancipados²¹⁴.

²¹² La Ley francesa de 5 de julio de 1974 rebajó la mayoría civil de veintiuno a dieciocho años.

²¹³ Según el tenor literal de la norma, hasta que un niño se convierta en mayor de edad, sus padres deben responder siempre. Sin embargo, algunos autores se mostraron partidarios de entender que los padres responderían sólo hasta que el menor se convirtiera en adolescente, puesto que a partir de entonces debería constatare la existencia de culpa del menor. Así, OLLIER fijó esa edad a los dieciséis años, *op cit.*, p. 226.

No obstante, como el art. 1384.4 Cc francés no establece ninguna distinción, lo cierto es que los padres responderán por sus hijos menores independientemente de que tuvieran o no discernimiento. Esta distinción propuesta obedecía a razones históricas, puesto que, como ya vimos, algunas Costumbres —entre ellas la Costumbre de Breñaña— señalaban que el padre era responsable en todo caso, sin otorgarle posibilidad alguna de exoneración, y con esta distinción al menos se atenúa ese rigor. *Vid.* LOT, G., *op. cit.*, pp. 157-8.

²¹⁴ POHE, D., *op. cit.*, fasc. 141, p. 4.

Debe destacarse asimismo, que en Italia la doctrina tradicional puso de manifiesto, como apunta CESAREO CONSOLO²¹⁵, que se debía distinguir según cómo se hubiera producido la emancipación. Si había tenido lugar por matrimonio del menor, los padres no eran considerados responsables de los daños causados por sus hijos; y si la emancipación se había producido por declaración expresa de los padres, sí que eran responsables porque se consideraba que habían consentido y realizado una declaración favorable a la emancipación, cuando en realidad el hijo no estaba preparado para ser emancipado. Aunque esta teoría fue acogida por gran parte de la doctrina, pronto se puso de manifiesto que se trataba de una división contraria a la ley y quedó abandonada²¹⁶.

En relación con la responsabilidad del art. 2048 del Código civil italiano, entre los presupuestos necesarios para que se produzca la responsabilidad de los padres o tutores, la norma se refiere expresamente al menor no emancipado. En segundo lugar, ese menor ha de poseer capacidad natural. También se requiere que el hecho que hubiera cometido pueda ser calificado como ilícito; es necesario además que se pueda imputar cierta culpa a los padres, consistente en la omisión de vigilancia y educación y, por último, que éstos convivan con el menor. Todas estas condiciones no aparecen en el artículo mencionado; únicamente se recogen explícitamente la condición de la cohabitación y la de que el menor no se halle emancipado. La condición de la cohabitación ya aparecía recogida en el Código civil italiano de 1865, y por lo que respecta al presupuesto de la no emancipación del menor, interesa destacar que al introducirla en el art. 2048 del Código de 1942 se ha acabado con el silencio existente hasta el momento de la promulgación del Código actual, aunque entendemos que no ha colmado ninguna laguna por cuanto que en este punto la doctrina se mostraba unánime en torno a la consideración de que el artículo se refería a los menores no emancipados.

En cualquier caso, no ofrece ninguna duda que todo ordenamiento que reconozca la existencia de la figura de la emancipación está admitiendo que dicho menor tiene capacidad de obrar en casi todos los ámbitos de la vida, sin excluir el de la responsabilidad civil extracontractual. La emancipación convierte al emancipado en un sujeto directamente responsable frente al perjudicado.

²¹⁵ *Op. cit.*, pp. 345-6.

²¹⁶ CHIRONI, G. P., *op. cit.*, p. 117.

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR CON CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO

1. EL DEBILITAMIENTO DEL CONCEPTO DE AUTORIDAD EN LA SOCIEDAD MODERNA

La autoridad paterna ha sufrido un declive importante en los últimos años, sin que ello haya supuesto una desaparición de los deberes y derechos que corresponden a los padres —o a los tutores o maestros, en su caso— en relación con los menores. Lo que sucede es que la autoridad que ahora ejercen los progenitores ha adquirido unos matices diferentes a los que imperaban en el momento en que se redactó el Código civil, matices más acordes con el tiempo en que vivimos¹. Se ha pasado de una relación basada en el máximo respeto hacia la figura de los padres a otra en donde su potestad está siendo cuestionada y donde, además, la práctica diaria demuestra con claridad que el deber de vigilancia se diluye en la adolescencia y a medida que los hijos van cumpliendo años. La relación entre la vigilancia y la madurez es inversamente proporcional, en el sentido de que cuanto mayores son los hijos sometidos a patria potestad, menor es la vigilancia que los padres ejercitan sobre ellos.

Sin duda, el art. 1903 Cc encuentra su antecedente en una realidad histórica muy distinta de la actual, en la que las relaciones paterno filiales se fundaban en la idea de potestad-sujeción, y en ese contexto cobraba verdadero sentido la presunción de culpa de los padres. El menor de edad normalmente se hallaba bajo la vigilancia de alguno de sus progenitores —la mayor parte de las veces de la madre, que no trabajaba— y los hijos no disfrutaban de ninguna autonomía. Ahora bien, si paulatinamente se ha ido reivindicando una parcela de independencia a favor de la libertad de movimiento de cualquier menor que se encuentre próximo a la mayoría de edad, todo ello ha supuesto un cambio en los postulados iniciales que inspiraron la responsabilidad por hecho ajeno.

¹ Con carácter general, *vid.* por todos DÍEZ PICAZO, L., «La responsabilidad civil hoy», *ADC*, 1979, pp. 727 ss.

De ahí se deriva que si las reformas del Derecho de familia acaecidas en numerosos países durante los últimos años se han caracterizado por la reducción de los aspectos autoritarios de la potestad en relación con los hijos, deberían haber estado acompañadas de la modificación de las respectivas normas sobre la responsabilidad de los padres por los ilícitos cometidos por sus hijos menores². Si a la circunstancia de que en la actualidad los padres no poseen suficiente poder de control sobre sus hijos se le une la transformación del concepto tradicional de la familia, el legislador debería hacerse cargo de todo ello y haber reflejado estas nuevas tendencias, como ya lo han hecho la doctrina y, aunque aisladamente, la jurisprudencia.

Resulta interesante destacar que la evolución de las costumbres, la menor compactibilidad de la familia, el rápido desarrollo de la personalidad del menor y las propias exigencias laborales, han hecho parecer casi anacrónico el ejercicio de un poder de vigilancia y educación sobre los jóvenes que cada vez irrumpen con más fuerza en los diferentes ámbitos sociales. No se puede pretender una vigilancia permanente de los mismos, pues semejante control podría llevar a que los padres tuvieran que abandonar sus actividades y deberes para dedicarse en exclusiva al cuidado de los mismos, o que se prohibiera al menor la realización de toda actividad que pudiera comportar algún riesgo.

Ante una sociedad dinámica que evoluciona constantemente, los padres tienen la obligación de asumir ciertos cuidados para prevenir peligros que a principios de siglo no existían. En este sentido, para saber cuándo los padres han desempeñado correctamente su deber de vigilancia, se deberán tener en cuenta factores como la edad, personalidad y estado mental del hijo, el medio social y familiar, así como la naturaleza de la actividad realizada por el menor. Las profundas transformaciones sociales operadas han llevado a algunos autores a presagiar la conveniencia de una responsabilidad objetiva de los padres³. La propia jurisprudencia ha defendido esta tendencia, hasta el punto de que hemos asistido a un cambio de los principios culpabilísticos que tradicionalmente han informado la

² PATTI, S., *Famiglia e responsabilità...*, cit., p. 283.

³ De ahí que algunos autores consideren que la responsabilidad no debería ser una sanción al mal ejercicio de la patria potestad sino una consecuencia ineludible de la condición de padre «verdadero hilo conductor del deber de reparar». En una sociedad como la nuestra, la afirmación relativa a que una vigilancia estrecha permite impedir los daños del menor a terceros, se nos presenta como una falacia. Por ello ciertos autores postulan de *lege ferenda* una responsabilidad inexcusable de los padres por los daños que causen sus hijos menores. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A./PARELLADA, C., *Responsabilidad civil...*, cit., p. 359; LLOBERAS, N., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores», en *Responsabilidad por daños, Homenaje a J. Bustamante Alsina*, Buenos Aires, 1990, p. 132.

responsabilidad civil, y actualmente la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores se define como cuasi-objetiva.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista esta afirmación sólo puede tener sentido si se efectúa diferenciando periodos dentro de la minoridad. Si todas esas circunstancias aconsejan que los padres respondan por los daños derivados de actividades realizadas por sus hijos menores, que ni siquiera eran previsibles cuando se redactó la norma, seamos más coherentes con el planteamiento y extendamos este cambio sustancial de las condiciones que motivaron la redacción de la norma a todos sus parámetros.

Por último conviene destacar que, frente al ilícito y a la responsabilidad por hecho ajeno, los menores cada vez tienen reconocidas mayores esferas de libertad para conseguir un pleno desarrollo de su personalidad. Y esto precisamente no se logra concediéndole autonomía y restándole responsabilidad, sino que a medida que el menor de edad va adquiriendo madurez, está preparándose para ser consecuente con su actuar, y una responsabilidad de carácter objetivo a cargo de sus padres sería incluso desaconsejable una vez que el propio menor hubiese llegado a una etapa de desarrollo avanzada. Nos parece incoherente que, por un lado, se pretenda fomentar la participación del menor en diversos actos y, por otro, se le exima de la posible responsabilidad que se podría derivar en esos supuestos.

2. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR

Dado que en la Constitución española de 1978 no aparece ninguna regulación especial en relación con los menores, se infiere que el menor de edad es un ciudadano que tiene los mismos derechos que cualquier otro. Señala el art. 14 CE que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La minoría de edad no puede suponer una exclusión de los derechos contenidos en la Constitución, especialmente los que aparecen enumerados en el título I «De los derechos y deberes fundamentales», comprendidos en los arts. 10 a 29 CE⁴.

Es en relación con la adquisición de la mayoría de edad donde se pueden realizar algunas puntualizaciones. El art. 12 CE declara que los españoles son mayores de edad a partir de los dieciocho años. La mayoría de edad civil y la llamada

⁴ GÓNZÁLEZ PORRAS, J. M., «La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil», en *Estudio de Derecho civil en Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, p. 254.

mayoría de edad política para el ejercicio de determinados derechos políticos, como por ejemplo el derecho al voto, se ha fijado en los dieciocho años⁵. Las demás parcelas jurídicas también adoptan sus propios límites, destacando entre ellas el ámbito penal, dada la gravedad de las penas y medidas aplicables, porque hasta hace poco se venía produciendo una discordancia en relación con el límite de edad reflejado en el texto constitucional. En el Código penal de 1973, la mayoría de edad se alcanzaba a los dieciséis años, mientras que en el mencionado art. 12 CE y según el art. 315 Cc se adquiriría a los dieciocho años. Ello supuso algunos desarreglos en torno a la aplicación de ciertos preceptos, por ejemplo en materia de responsabilidad civil derivada de la infracción penal cometida por un menor de edad civil pero mayor de edad penal (dieciséis años), donde destacaba el hecho de que según la jurisdicción a la que se acudiera y según las normas que se aplicasen, el agente material iba a responder civilmente o, por el contrario, iban a responder de los daños que hubiera causado sus guardadores. A pesar de esta diferenciación, se debe tener en cuenta que, en definitiva, el Código penal incluía entre las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal (art. 9.3) la de ser el culpable menor de dieciocho años.

En el Derecho penal actual se han producido algunos cambios, puesto que la entrada en vigor del Código penal de 1995 ha supuesto la elevación de la edad penal en dos años, quedando situado el límite en los dieciocho años. Otro factor novedoso a tener en cuenta ha sido la reciente promulgación de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, LO 5/2000 de 12 de enero, aplicable a todo aquel que teniendo al menos catorce años hubiera cometido un delito o falta.

Como decíamos al comienzo de este apartado, en el texto constitucional no encontramos una regulación formal de un Derecho de los menores. Únicamente el art. 39 se refiere a ellos en el marco de los principios rectores de la política social y económica, señalando en su párrafo tercero que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda y, en su párrafo cuarto, que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

⁵ Por Ley de 13 de diciembre de 1943 se fijó la mayoría de edad civil a los veintiún años (art. 1) pero dicha Ley no se integró formalmente en el Código civil hasta la Ley 31/1972, de 22 de julio. El Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre se adelantó al art. 12 CE y al art. 315 Cc, en la redacción dada a éste por la Ley 11/1981 de 13 de mayo.

En este sentido, el art. 39.4 CE es el único en todo el texto constitucional que se refiere expresamente al niño, y aunque dicho artículo no se encuentre comprendido entre el elenco de derechos fundamentales, no por ello se debe interpretar que efectivamente los ciudadanos menores no gozan de los mismos derechos que el resto de ciudadanos españoles. En todo caso será de aplicación el art. 14 CE⁶.

En relación con lo anterior, el art. 48 CE se refiere a los jóvenes al establecer que «los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural». Desde nuestro punto de vista el término “menor” es sin duda alguna el que mejor define a todo individuo que tenga menos de dieciocho años, dado que su formulación genérica permite una aplicación más heterogénea, teniendo en cuenta que cuando nos referimos a los niños o a los jóvenes estamos acotando categorías de personas. De ahí que la Ley 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor lo adoptase en su articulado para referirse indistintamente a unos y a otros.

Interesa ahora repasar rápidamente el fundamento de la responsabilidad civil de los menores y, en su caso, la que pudiera corresponder a sus guardadores, en orden a determinar si la regulación casa bien con los principios constitucionales. Hemos señalado que la Constitución española no establece ninguna regulación especial en relación con la categoría de los menores de edad, pero no cabe duda de que son sujetos pasivos de todos los derechos reconocidos. Cuestión distinta es la que compete a sus deberes. Si consideramos que el menor de edad con capacidad de discernimiento va a responder de las consecuencias derivadas de las infracciones civiles que cometa, no estamos contraviniendo ninguna norma constitucional puesto que en ningún artículo se prohíbe que el menor sea sujeto de obligaciones.

Algunas dudas se plantearon hace ya algún tiempo, al partir de una comparación entre la regulación de la responsabilidad civil extracontractual contenida en el Código civil y la que aparecía en el derogado Código penal de 1973. En este sentido, señalaba FORCADA JORDI que el art. 1903 Cc presentaba algunas dudas acerca de su legalidad, puesto que la interpretación dada a este artículo hacía caso omiso del art. 3.1 Cc en relación con el cual, al señalar que las normas deben ser interpretadas según el contexto, se debería tener en cuenta el ordenamiento jurídico en su globalidad y, en concreto, los arts. 19 a 22 Cp, donde la responsabilidad no era directa sino subsidiaria. Además, si se considera que la responsabilidad penal es más grave, no tiene sentido que allí la responsabilidad sea subsidiaria y en el Código civil directa⁷. Sin

⁶ JIMÉNEZ QUINTANA, E., «El menor delincuente ante la Constitución», *CPC*, 1983, p. 577.

⁷ FORCADA JORDI, M., «La responsabilidad civil dimanante del art. 1903 del Código civil y su posible inconstitucionalidad», *La Ley*, 1986-IV, p. 1023.

embargo, con relación a esta segunda razón objetamos que aunque la responsabilidad criminal sea más grave que la civil, no lo es la responsabilidad civil derivada del delito o falta que, como veremos, tiene la misma naturaleza e idéntico fundamento que la responsabilidad extracontractual regulada en el Código civil⁸. No consideramos que sea posible establecer diferencias entre la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil derivada del delito o falta, puesto que aunque aparecen reguladas en dos Códigos diferentes, su finalidad es la misma, la reparación del daño. Mientras la responsabilidad criminal se caracteriza porque se pretende sancionar al culpable, la responsabilidad civil únicamente pretende que la víctima del daño quede indemnizada.

El referido autor incluso señala que no resulta descabellado entender que esa disparidad de regulación contrariaba el contenido de los arts. 24 y 14 CE, que no parecen ser respetados cuando se castiga más a quien ha cometido una infracción de menor entidad⁹, lo cual no nos parece defendible por el motivo que acabamos de exponer.

Según esta interpretación, como el art. 1903 Cc es anterior a la Constitución de 1978 la supremacía jerárquica de la segunda es indiscutible y determinaría la invalidez de todas las normas inferiores que la contradijeran. Ello obligaría al Juez a no interpretar el art. 1903 Cc en el sentido de considerar que la responsabilidad civil es directa, sino subsidiaria¹⁰. Lo único que podemos señalar es que con el Código penal actual la situación no ha variado demasiado porque tanto en el art. 118 Cp como en los arts. 120 y 121 Cp la responsabilidad tiene carácter subsidiario. Si el legislador ha hecho caso omiso de la interpretación apuntada, no podemos afirmar que ese desajuste normativo pueda ser calificado de inconstitucional. Más que una inconstitucionalidad, podríamos entender que se trata de una disparidad de criterios.

En el Código penal de 1995, el art. 118.1.1^a regula la responsabilidad directa del incapaz (a causa de alguna anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, o porque sufra

⁸ Esto último ya había sido advertido por GARCÍA GOYENA, al señalar que en el art. 18 (art. 22 del Código penal de 1973) la responsabilidad era subsidiaria, y en ese sentido señalaba que también debía ser subsidiaria en el Código civil, «porque no debe ni ser más fuerte e intensa la responsabilidad por simple culpa o negligencia que la procedente de la falta o delito», lo que en definitiva supone una equiparación de ambas responsabilidades, sin que en ningún momento –según entendemos– haya pretendido conferir mayor gravedad a una de ellas, *vid. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, pp. 252-3.

⁹ FORCADA JORDI, M., *op. cit.*, p. 1024.

¹⁰ En este sentido se debería imputar una responsabilidad civil subsidiaria o de segundo grado en torno al art. 1903 Cc, aunque parece que sería más aconsejable reformar el art. 22 Cp y caracterizar la responsabilidad civil derivada de la infracción penal como directa en lugar de como subsidiaria, *Ibid.*, p. 1025.

alteraciones desde el nacimiento o desde la infancia de manera que tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad) y subsidiaria de quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho. En el mismo sentido, el art. 120.1 Cp se refiere a la responsabilidad directa que corresponde a los mayores de dieciocho años sujetos a patria potestad o tutela por los daños que hubieran ocasionado, y subsidiaria de sus padres o tutores. E igualmente, en el art. 121 Cp se recoge una responsabilidad subsidiaria de la Administración por los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo y sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad indemnizatoria.

Sólo es destacable que el art. 61.3 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores contiene una norma de carácter sustantivo civil donde señala que los menores de dieciocho años responden de los daños que se deriven de los hechos que ellos mismos hubieran cometido, en solidaridad con sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por ese orden, lo que significa que estamos ante una responsabilidad directa, tanto del menor infractor como de sus guardadores, y además en régimen de solidaridad.

La Ley 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en atención a lo dispuesto en el art. 81 CE tiene carácter de Ley Orgánica¹¹. Sin embargo, expresamente quedan excluidos de la naturaleza orgánica de la citada Ley, entre otros, los arts. 61 a 64 –referidos a la responsabilidad civil derivada de una infracción penal– que, como señala la disposición final sexta de la LORPM, tienen naturaleza de ley ordinaria. Consideramos ésta otra razón a favor de la consideración de que las normas que regulan la responsabilidad civil en textos penales son normas de naturaleza civil.

Si en virtud de la disposición derogatoria tercera de la Constitución española quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella, se ha ido produciendo un continuo reajuste normativo con el fin de no contradecir ninguno de los principios constitucionales. En este sentido, merece especial consideración que el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores promulgado en

¹¹ Art. 81 CE: «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral y las demás previstas en la Constitución».

1948 fuera declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero. En ese artículo se regulaba el procedimiento que debía seguirse ante los Tribunales Tutelares de Menores, pero como prescindía de las garantías legales se instó su inconstitucionalidad¹².

Un texto normativo que guarda una estrecha relación con la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, lo constituye la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, que modifica tanto la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, como la referida Ley penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo. El artículo segundo de esta nueva Ley incorpora una nueva disposición adicional a la LO 5/2000, que tiene la finalidad de reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada Ley penal a los menores implicados en delitos de terrorismo, así como conciliar tales principios con otros bienes constitucionalmente protegidos.

El objetivo de la LO 7/2000 no es excluir a ciertos menores del ámbito de aplicación de la Ley 5/2000, sino establecer unas especialidades con el fin de que el enjuiciamiento de estos menores por delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de estos supuestos y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad, manteniendo sin excepción todas las garantías procesales establecidas en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. De ahí que, entre otras medidas, no se aplicará esta Ley a los que teniendo entre dieciocho y veintiún años hubiesen cometido un acto de naturaleza terrorista¹³.

Durante la tramitación de la Ley 7/2000 se fueron aduciendo motivos en contra de su contenido, destacando especialmente las razones esgrimidas por muchos Grupos Parlamentarios en torno a su dudosa constitucionalidad. Consideran que se trata de una Ley contraria al principio de igualdad, en el sentido de que no se puede establecer un tratamiento distinto entre los menores de dieciocho años, sea cual sea el delito que hubiesen cometido. Si bien la exclusión de la aplicación de la Ley 5/2000 a los terroristas con edades comprendidas entre los dieciocho y los veintiún años generó un controvertido debate acerca de la inconstitucionalidad de la medida adoptada, el Gobierno, condecorador de la repercusión de la medida¹⁴, decidió llevar adelante la aprobación de la norma.

¹² Este vacío motivó la conveniencia de que se reformase la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, y esta pretensión se vio plasmada con la nueva Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores.

¹³ Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, parte V.

¹⁴ Un debate semejante se suscitó en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997, al pretender que la mayoría de edad del art. 19 Cp no se aplicara a los menores que habían cometido un acto terrorista.

Y por último, en torno a la jurisdicción aplicable, el art. 117 CE señala en su párrafo tercero que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales atendiendo a las normas de competencia y procedimiento que establezcan las leyes, y en su párrafo quinto puntualiza que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. Esto último ha quedado plenamente zanjado con las últimas reformas acaecidas en materia administrativa y procesal¹⁵, al reconducir a la jurisdicción contencioso-administrativa el enjuiciamiento de aquellos supuestos que si bien hasta dicha reforma eran susceptibles de ir por la jurisdicción civil, laboral o contencioso-administrativa, ahora sólo podrán ser enjuiciados en esta última jurisdicción. Además, en este contexto se podría alegar a favor de la unidad jurisdiccional que la bipartición entre la jurisdicción civil y la jurisdicción contencioso-administrativa conculcaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de nuestra Constitución.

3. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DEL ILÍCITO CIVIL CAUSADO POR UN MENOR

3.1. El menor sometido a la guarda de un sujeto privado

Toda situación en la que se constate la comisión de un hecho ilícito de carácter civil y la producción de un daño cuyo agente material haya sido una persona menor de edad, comporta la averiguación previa en torno a si ese menor estaba dotado de la suficiente capacidad de discernimiento, así como bajo la guarda de quién se encontraba cuando ocasionó el perjuicio. Y ello porque según si tenía capacidad para comprender el alcance y significado de sus actos y según quién fuera la persona encargada de su cuidado, las consecuencias en torno a la posible indemnización, así como las normas y jurisdicción aplicables, variarán considerablemente.

Hemos dividido el estudio en dos apartados en función del tipo de relación personal que en cada caso se genera, atendiendo a si el menor estaba sometido a un régimen de patria potestad o tutela ordinaria, incluyendo también aquellos supuestos en los que la guarda ha sido transferida al Centro docente, o si el menor estaba bajo la tutela *ex lege* o la guarda administrativa que ejerce la Administración

¹⁵ Nos estamos refiriendo a la Ley Orgánica 6/1998 de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que introduce un nuevo párrafo a su art. 9.4 relativo al ámbito competencial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo), a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (concretamente a su art. 2.e) y a Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común.

pública a través del acogimiento. Además esas relaciones pueden ser bipolares, cuando son los padres –en su defecto, los tutores– quienes se hacen cargo del menor, o triangulares, cuando la persona encargada de la vigilancia del menor a su vez actuaba en nombre de otra. En el primer caso, únicamente podremos dirigir la demanda contra el propio autor del daño o contra sus padres o tutor, mientras que en el segundo la relación es más compleja, puesto que, junto con los dos elementos señalados, confluye la propia persona bajo cuyas órdenes o servicio se encontraba el guardador. Son varios los sujetos implicados en cada una de estas relaciones, sin olvidar la presencia de las Compañías aseguradoras, en su caso.

Todo ello sin que sirva como pretexto para encubrir la propia responsabilidad del menor de edad allí donde la hubiera. Estamos de acuerdo en que a pesar de que el Código civil expresamente no hace referencia expresa a la imputabilidad o inimputabilidad del menor de edad en materia extracontractual, al menos la doctrina ha señalado que ha de entenderse que esa diferencia se desprende del distinto tratamiento que el ordenamiento civil otorga a los menores pertenecientes a una u otra categoría. Como ya hemos puesto de manifiesto en otras ocasiones, partimos de la consideración de que toda persona imputable, incluido el menor de edad, es responsable del daño que pudiera ocasionar a otra persona con su actuar. No tiene sentido entender que la minoría comprende una sola clasificación de menores, sino que, por el contrario, adoptamos la diferencia que ha sido puesta de manifiesto por parte de la doctrina, en torno a la distinción entre menores inimputables y menores imputables¹⁶; dentro de éstos nos referiremos a los que se encuentran próximos a la mayoría de edad.

3.1.1. *La responsabilidad del menor*

Tradicionalmente se ha venido reconociendo que el menor de edad podía ser civilmente responsable, aunque para ello se han utilizado argumentos diferentes a los que ahora pretendemos traer a colación. Si la estructura social actual y las nuevas normas –sobre todo la Constitución Española de 1978 y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor– otorgan al menor de edad mayor libertad de actuación, no tiene sentido que, por otro lado, se pretenda que otras personas resulten extracontractualmente obligadas a responder en su lugar,

¹⁶ A favor de la distinción entre menores con o sin discernimiento, por todos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Lecciones...*, *cit.*, pp. 54-5; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 10 de marzo de 1983», *CCJC*, 1983, n.º 2, 40, pp. 452-3; DÍAZ ALABART, S., «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, pp. 190-1.

tan sólo por la inercia de un principio que deriva de una etapa sociológicamente diferente.

La capacidad que se tiene en relación con la responsabilidad que deriva de la infracción de un ilícito civil constituye una presunción *iuris tantum* que puede desvirtuarse mediante la prueba en contrario de que el agente no poseía al tiempo de ocasionar el daño el discernimiento necesario, por ejemplo debido a su escasa edad. Ya hemos puesto de manifiesto que en la actualidad resulta inadecuado seguir defendiendo la irresponsabilidad civil de los menores, puesto que una vez deslindadas diferentes franjas de edad, sabemos que los adolescentes son capaces de comprender y conocer el alcance de sus actos y por lo tanto es lógico que se les haga responder de las consecuencias resultantes de la comisión de los mismos. Reconocemos que los menores, si son imputables, deben responder del daño que causen a otros –aunque en régimen de solidaridad, en aras de la protección a la víctima– y reservamos la responsabilidad directa y exclusiva de los guardadores para aquellos supuestos en donde los autores del perjuicio no tienen discernimiento.

Ello supone que cuando nos dispongamos a delimitar la responsabilidad por el hecho ajeno, deberíamos tomar en consideración algunos parámetros concretos, como por ejemplo la edad del menor y su propio grado de discernimiento, puesto que no tienen el mismo nivel intelectual ni la misma capacidad volitiva un niño de corta edad que un joven próximo a la mayoría. A menor edad, mayor exigencia de vigilancia. No sólo porque los menores inimputables pueden crear peligro en cualquier momento, sino porque cuando la edad se va elevando, es necesario suavizar la vigilancia para no transgredir sus derechos y permitirle desarrollar libremente su personalidad¹⁷.

La vigilancia que incumbe a los padres en relación con sus hijos no supone un seguimiento directo y continuo de sus movimientos ni les obliga a personarse en los lugares frecuentados por los mismos, porque la permisividad que los padres y guardadores muestran en relación con los hijos adolescentes y preadolescentes, por ejemplo para asistir a lugares públicos en horas de madrugada, constituye un hábito social cada día más extendido¹⁸. Si la responsabilidad de los padres se basa en la culpa *in vigilando* no se debe olvidar que el art. 1903 Cc procede de una época en la que los hijos *in potestate* estaban sometidos, tanto legal como social y cultural-

¹⁷ Por todos, DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos...», *cit.*, p. 122.

¹⁸ En este sentido, la SAP Sevilla de 22-3-1999 señaló esto mismo en relación con los daños causados por un menor a su primo cuando, después de un enfrentamiento verbal en una discoteca, le propinó un golpe en el rostro con una gruesa estaca, mientras éste iba conduciendo su moto, AC, 1999, @ 837.

mente, a una severa dependencia de sus padres, lo cual hoy día no acontece del mismo modo, puesto que los cambios sociales y legislativos acaecidos han venido a determinar una dosis de autonomía e independencia cada vez mayor en relación con los hijos menores de edad¹⁹.

Sin embargo, esta evolución no se ha traducido en la correspondiente suavización de la responsabilidad de los padres, sino que, más bien al contrario, el Tribunal Supremo ha afirmado que en el ámbito de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, se produce una progresiva tendencia a la objetivación, reveladora de que en la base de tal responsabilidad se encuentra hoy en día, además de la citada presunción de culpa, el intento de ampliar la cobertura del daño, en virtud del principio *pro damnato* que impera en materia de responsabilidad civil, y ante la consideración de que habitualmente los menores de edad son insolventes²⁰.

En cualquier caso, nuestra opinión es que después de una oscilante doctrina que a lo largo de los siglos siempre había encontrado defensores y detractores en torno a la consideración de la existencia de responsabilidad del menor, actualmente ya no se puede sostener que un menor dotado de discernimiento no responde de sus actos ilícitos a causa de su edad, y menos aún se puede mantener la irresponsabilidad de un menor que se encuentra cercano a la mayoría de edad. Desde esta perspectiva, el fundamento de la responsabilidad de los menores reside en su imputabilidad civil, es decir, en que posean suficiente capacidad para entender y querer el resultado de sus actos.

3.1.1.1. El art. 1902 Cc y la responsabilidad por culpa

Decíamos en el capítulo anterior que el menor, pese a no haber alcanzado la mayoría de edad, es responsable de sus actos si ofrece las condiciones de discernimiento precisas, es decir, si posee capacidad intelectual y volitiva. El art. 1902 Cc no exige que quien cause un daño tenga plena capacidad de obrar para que nazca la obligación de repararlo, sino sólo que su conducta sea negligente. Si bien en el ámbito contractual el art. 1263 Cc señala que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, en el ámbito extracontractual entendemos que es imputable todo aquel que tenga capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y poder actuar de acuerdo con dicho entendimiento.

¹⁹ MASCHIO, E., «Responsabilità ex art. 2048 c.c. e “grandi minori”», *Dir. fam. per.*, 1988, pp. 876 y 882-3; D'ARONCO, A., *Responsabilità civile dei genitori, dei tutori...*, cit., p. 72; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 25 de enero de 1991», *CCJC*, n.º 25, 1991, 668, pp. 231-3.

²⁰ SAP Murcia de 5-2-1993, *Ar. C.*, 1993, n.º 689.

En este sentido cabe apuntar que el que no sea necesario demandar al causante del daño no significa que no se le pueda demandar. En materia de responsabilidad extracontractual, el menor imputable respondería según la regla general contenida en el art. 1902 Cc²¹, que si bien no hace expresa mención a este supuesto, tampoco lo excluye. El art. 1902 Cc es claro en su formulación: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño ocasionado»²², y aunque no limita su aplicación en función de la edad de los sujetos, sí que requiere que de forma activa —mediante una acción— o pasiva —mediante una omisión— se cause daño a otro, a su persona, o a sus bienes, y en esa forma de proceder intervenga culpa o negligencia. De este último requisito se extrae la necesidad de que el sujeto sea capaz de culpa, lo que supone que el agente sea imputable, esto es, que tenga capacidad para comprender la significación anti-jurídica de su conducta y de orientarse consecuentemente.

Acudimos a la norma general de la responsabilidad civil, porque en el Código civil español no hay ninguna disposición específica aplicable a los efectos de determinar la responsabilidad por culpa del menor cuando ha realizado un hecho ilícito civil. Si una persona tiene capacidad de discernimiento cuando ha adquirido madurez intelectual y volitiva, a partir de ese momento será considerada responsable en virtud del art. 1902 Cc²³. Al ser ésta una responsabilidad subjetiva, el menor sólo deberá responder cuando hubiera culpa de su parte. De ahí que dado que los menores de corta edad no tienen capacidad de entendimiento, se les excluye con carácter general de esta consideración.

²¹ Así se pronuncia gran parte de la doctrina, GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 187 y 219; *id.*, «La responsabilidad del menor», *DP y Constitución*, año 3, n.º 7, 1995, p. 95; DÍAZ ALABART, S., «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», cit., pp. 188, 191 y 195; MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior...», cit., p. 416; LEÓN GONZÁLEZ, J. M., *op. cit.*, p. 309; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. IV. *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, decimoquinta edición (revisión y actualización del capítulo de las obligaciones derivadas del acto ilícito, a cargo de Yzquierdo Tolsada), p. 989; PUIG I FERRIOL, L./GETE-ALONSO Y CALERA, M. C./HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *op. cit.*, pp. 479 y 482; ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Granada, 2000, pp. 521 ss; SOTO NIETO, F., *op. cit.*, p. 445.

²² En el Derecho foral, la ley 488 de la Compilación de Navarra, en su párrafo segundo señala que: «Quien por su negligencia cause daño en patrimonio ajeno deberá indemnizarlo según las circunstancias de cada caso. La acción para exigir la indemnización prescribe al año», lo que en palabras de ALBALADEJO GARCÍA, supone que, junto al art. 1902 Cc, se entiende que si el vigilado tiene suficiente discernimiento, el acto dañoso será imputable a él, *Derecho civil*, *op. cit.*, p. 516.

²³ La diligencia exigible se verifica a través del art. 1104, aplicable tanto en materia contractual como extracontractual, que permite graduar los niveles de diligencia atendiendo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Ello significa permitir traer a colación la edad del menor causante del daño en relación con la madurez del grupo de edad al que pertenece, con el fin de moderar la responsabilidad, GÓMEZ CALLE, E., «La responsabilidad del menor...», cit., pp. 95-6.

Junto al art. 1902 Cc, se debe tener en cuenta que también pueden responder los guardadores en virtud del art. 1903 Cc, y estaríamos frente a una responsabilidad de carácter solidario. Lo habitual es que la víctima en su demanda se dirija, por razones de mayor solvencia económica, contra los padres o guardadores en lugar de contra el autor directo del perjuicio. El art. 1903 Cc no sustituye al art. 1902 Cc; las acciones que se derivan de estos preceptos pueden ser ejercitadas simultáneamente. El art. 1903 Cc es una garantía suplementaria que la ley confiere al perjudicado para que tenga otro patrimonio contra el que dirigirse, porque se presume una menor garantía de solvencia del autor material, dada la relación de dependencia existente²⁴.

3.1.1.2. Los “grandes menores”

En relación con el menor que se encuentra cerca de la mayoría de edad, los padres conservan una potestad que en cierto modo podríamos calificar como debilitada, ya que gradualmente van perdiendo poder de control sobre sus hijos. La cuestión es obvia si se contempla desde la óptica de la capacidad que se le confiere, puesto que, lógicamente, un menor que está próximo a la mayor edad, tiene mayor capacidad de actuación.

Señala PANTALEÓN PRIETO que el Código civil de 1889 contemplaba a unos menores que no tenían derecho al libre desarrollo de su personalidad, que estaban sometidos a una patria potestad “tiránica”, que no salían de noche, que no conducían motocicletas; con todo eso, el legislador se limitó a establecer una responsabilidad del padre que, aunque con inversión de la carga de la prueba, era una inequívoca responsabilidad por culpa. Pero nos encontramos con que hoy el panorama es radicalmente opuesto. No hay ninguna razón por la que padres inocentes tengan que responder por los hechos dañosos de sus hijos menores cuando además están cerca de la mayoría de edad: la “solidaridad familiar” es ya un mito o, peor, un perjuicio²⁵.

Vamos a detenernos en esta categoría de los llamados “grandes menores” o menores *majoritatis proximi*; si bien puede parecer que esta última denominación no concuerda con la modernidad de la categoría, lo cierto es que permite enlazar con los postulados del Derecho romano y unificar su denominación. No es lógico pensar que el menor deja de ser incapaz el mismo día en que alcanza la mayoría de edad, sino que se debería atender a factores objetivos (el tipo de actividad o el am-

²⁴ En igual sentido se pronuncia la doctrina; por todos, NAVARRO MÍCHEL, M., *op. cit.*, p. 25.

²⁵ Así, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 22 de septiembre de 1984», *CCJC*, 1984, n.º 6, 164, p. 1990.

biente en el que vive) e incluso subjetivos (personalidad, edad, desarrollo psíquico y formación)²⁶. No resulta sencillo delimitar una edad que permita deslindar etapas en virtud de las cuales se considere que cuando el menor cumple una determinada edad adquiere capacidad delictual; pero no se debe cuestionar el hecho de que en circunstancias normales, un adolescente de dieciséis años tiene suficiente capacidad. Los casos más dudosos giran en torno a la edad de catorce años²⁷, que en la práctica únicamente son tomados en consideración para compensar o atenuar responsabilidades; sin embargo, como veremos, la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores los ha incluido dentro de su ámbito de aplicación.

La dificultad principal que subyace en torno al reconocimiento expreso de la responsabilidad de los “grandes menores” reside en la consideración de dos intereses contrapuestos: la protección de la víctima y la conquista progresiva de espacios de libertad por parte de los adolescentes con la correlativa disminución de la exigencia de un control constante a cargo de sus padres. La cuestión fundamental no reside en primar uno de esos dos intereses, la víctima o los padres, sino en lograr una coherencia interna. Es decir, o se continua hablando de culpa —y entonces los padres no tendrían que responder siempre de los daños causados por sus hijos capaces—, o se prescinde del concepto tradicional de culpa.

Con la expresión “grandes menores” nos referimos a aquellas personas que aunque no han alcanzado aún la mayoría de edad civil están muy próximos a ella y son capaces de actuar culposamente. No existe ningún límite cronológico que disponga la pertenencia o exclusión a este grupo, aunque en realidad el ámbito se acota por sí mismo al haber señalado que han de ser sujetos próximos a la mayoría legal. Además, dada la evolución social y el debilitamiento del ejercicio de la patria

²⁶ Si en el individuo subyace un fondo de agresividad o de incontinencia, es fácil que tales factores se exacerbén en determinados ambientes. Así se recoge en la SAP Sevilla de 22-3-1999: «Y ha de presumirse que en la personalidad del autor habría de latir un sentimiento de tan negativos factores, ya que no de otra suerte se explica la atrocidad del acometimiento llevado a cabo la madrugada de autos, pues a ninguna persona más o menos equilibrada escapa, incluso en un hipotético estado de embriaguez o de sometimiento al funesto estado que propicia el consumo de sustancias estupefacientes, la previsión de las gravísimas consecuencias que ha de acarrear un feroz estacazo en el rostro de una persona que circula en una motocicleta, en sentido contrario a la trayectoria del impacto. Los padres del agresor habrían de conocer necesariamente la personalidad del mismo, la violencia de su carácter y la incontinencia de su conducta, y por ello debieron extremar su deber de vigilancia, prodigándole las admoniciones y advertencias pertinentes, cosa que no consta llegaron a hacer», AC, 1999, @ 837.

²⁷ En la STS 14-4-1977, de los hechos se extrae que una niña de catorce años arroja una cerilla a unos matorrales y provoca un incendio que afecta a un chalet que había en las inmediaciones. El propietario del chalet interpone una demanda contra el padre de la menor que es estimada y confirmada en apelación. Interpuesto recurso de casación, entre otros motivos por infracción del art. 1902 Cc y no aplicación del art. 1903 Cc, el TS declara no haber lugar a dicho recurso, pese a que en uno de sus Considerandos se refiere a «la responsabilidad subjetiva por parte del autor material del hecho, en este caso la hija del recurrente». JC, 1977, n.º 152.

potestad, sobre todo teniendo en cuenta la permisividad y libertad que se les concede a estos menores en determinadas parcelas, se debe concluir diciendo que todas esas circunstancias deberían ser tenidas en cuenta para facilitar la exoneración de responsabilidad de los padres²⁸.

La menor edad comprende varios estadios donde la madurez no es la misma y por lo tanto la comprensión de los hechos varía; la vigilancia que recaiga sobre cada uno de estos menores no es necesario que sea ejercida con la misma intensidad, sino que se deberá atender al grado de discernimiento. En el Derecho español, si bien la doctrina se ha mostrado partidaria de reconocer la importancia que merece a la edad en torno a la determinación de la responsabilidad, para la jurisprudencia no suele constituir un dato relevante. Sin embargo, en la sentencia de 5 de octubre de 1995 el Tribunal Supremo se pronunció en ese sentido al disponer que el joven que falleció ahogado, de quince años, tenía «suficiente raciocinio para, si no estaba avezado en la actividad de la natación, no realizar un acto que escapaba de sus posibilidades (...). Todo lo cual revela una cierta falta de diligencia en una persona que, si bien no es mayor de edad civil, sí tenía el suficiente juicio (...)»²⁹.

Aunque sería conveniente que el Tribunal Supremo adoptara este criterio con carácter general, lo cierto es que únicamente suele utilizar este dato para compensar responsabilidades. La jurisprudencia española se muestra reticente a hacer distinciones de edad y sigue condenando a los padres cuando el hijo que comete el delito está a punto de alcanzar la edad adulta.

En lo que concierne a la doctrina española, aunque algunos autores han trasladado el término a nuestro sistema, su uso no se ha expandido como en otros países³⁰. El origen de esta categoría se encuentra en la doctrina francesa –*grands mineurs*– pasando por la italiana –*grandi minori*– y, en ese sentido, la doctrina extranjera ha recogido la diferencia entre los “grandes menores” y los menores en sentido estricto.

Y por lo que respecta a la jurisprudencia, hemos señalado que nuestros Tribunales no se han hecho eco de esta categoría y no sólo no la reconocen, sino que en muchos de los pronunciamientos del Tribunal Supremo ni siquiera figura la edad del agente material del daño. Si bien en Francia los tribunales han reconocido

²⁸ En igual sentido, CARBAJO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 751.

²⁹ AC, 1995, n. 1204, F. D. primero.

³⁰ En España lo reconocen o al menos lo utilizan, entre otros, DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos...», *cit.*, pp. 805 y 845-6; CARBAJO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 751; CABELLERO LOZANO, J.M., «Daños causados por los alumnos y responsabilidad civil», RDP, 1991, pp. 919 y 923.

la categoría de los “grandes menores”³¹, en Italia no se encuentran demasiados pronunciamientos en este sentido y con carácter general se continúan aplicando los arts. 2047 y 2048 Cc sin diferenciar a los menores por edades³². No obstante, en ciertas ocasiones los tribunales italianos han atendido esta necesidad y en algunas de sus sentencias han tomado conciencia del relevante papel que puede llegar a desempeñar en la esfera de la responsabilidad de los padres la edad de los hijos menores³³. En el Derecho italiano sería conveniente que esa situación de hecho dejara de serlo y se convirtiera en una situación de derecho³⁴, pero como el criterio de la jurisprudencia italiana no ha sido uniforme, no se puede establecer el reconocimiento general de la categoría de los “grandes menores” (*quasi maggiorenne* o *grandi minori*). Parece que estamos ante una falta de coordinación entre las normas de Derecho de familia y las normas sobre responsabilidad civil. En cualquier caso, las soluciones de un país no son siempre extrapolables a otro sistema jurídico, sobre todo teniendo en cuenta que el Derecho italiano se distingue del francés porque éste no establece diferencia alguna entre menores incapaces y capaces, y sin embargo esta diferencia sí que aparece recogida en el Código civil italiano en sus arts. 2047 y 2048, respectivamente.

Por su parte, en el Derecho civil alemán resulta paradójico que pese a la diferente regulación del BGB en relación con el Código civil francés, a semejanza de lo que ocurre en Francia, tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana han reconocido la existencia de esta categoría. Es destacable que en alguna de sus sentencias el BGH, en virtud del § 832 BGB, haya excluido la responsabilidad de los padres por los daños causados por un hijo que se encontraba próximo a la mayor edad³⁵.

³¹ Así, el *Trib. gr. inst.* Saint-Etienne (1º ch.) en su sentencia de 15-5-1974 se refiere a “un menor próximo a la *grande adolescence* que se sitúa a los dieciséis años”, *Gaz. Pal.*, 1976-I, *somm.* p. 109.

³² Esta materia parece estar todavía dominada por el binomio vigilancia-responsabilidad. Por ello la doctrina se pregunta acerca del valor del art. 2048 del *Codice civile*, puesto que si se considera que la responsabilidad de los padres se funda en una culpa *in vigilando* y/o *in educando*, se pone de manifiesto la escasa utilidad que tiene esta norma respecto de los grandes menores, a los cuales en consecuencia no debería aplicarse; por todos, MANTOVANI, M., *op. cit.*, 1997, pp. 171-2.

³³ *Trib. Udine*, 28-2-1963, *Giur. it.*, 1964, I, 2, c. 126; *Cass.* 6-5-1986, n. 3031, *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1540; *Trib. Verona*, 18-2-2000, anotada por FERRI, F., «La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.», *Giur. it.*, 2000, n.º 7, p. 1409 ss.

³⁴ MASCHIO, E., *op. cit.*, p. 885. En el mismo sentido PINTO BOREA, M. C., *op. cit.*, p. 400.

No obstante, más escéptico se muestra SALVI al señalar que mientras en otros sistemas la proximidad del hijo al cumplimiento de la mayor edad ha supuesto que la responsabilidad de los padres sea menos rigurosa y que se abandone la consideración de que la culpa constituye el fundamento de la responsabilidad para dar prevalencia a la garantía, esto no ha ocurrido en Italia, donde se acude al criterio de la culpa *in educando* para neutralizar la graduación del contenido de la obligación de vigilancia; *vid. voz.* «Responsabilità extracontrattuale. Diritto vigente», *Enc. Dir.*, t. XXXIV, Varese, 1988, pp. 1237-8.

³⁵ BGH 27-11-1979, *NJW*, 1980, p. 1044; PATTI, S., «L'illecito del “quasi maggiorenne” e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del Bundesgerichtshof», *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 28.

Consecuentemente con todo lo anterior, con la individualización de la categoría de los “grandes menores” se pretende atenuar, o incluso eliminar, la responsabilidad que en otro caso correspondería a los padres. Si bien la doctrina española más moderna ha señalado que es importante valorar el dato de la edad del menor, en la jurisprudencia todavía no se ha logrado una expresa formulación a favor de la no responsabilidad de los padres cuando el hijo, estando próximo al cumplimiento de la mayoría de edad, apareciera dotado de un grado de madurez suficiente como para excluir un defecto de educación por parte de los padres³⁶. La tendencia doctrinal actual aboga porque los menores que estando próximos a la mayoría de edad cometan un hecho ilícito puedan responder por sí mismos y, en todo caso, la responsabilidad que pudiera corresponder a sus progenitores quedase atenuada³⁷. Ello obedece a razones lógicas, puesto que resulta obvio que el deber de vigilancia disminuye de forma gradual a medida que se aproxima uno a la mayoría de edad.

Como adelantábamos, el Tribunal Supremo sólo suele tomar en consideración la edad a la hora de estimar una posible compensación de responsabilidades; por ejemplo, en la sentencia de 28 de mayo de 1993 tuvo en cuenta la edad de dos menores antes de pronunciarse a favor de una compensación de responsabilidades, ya que el hijo del demandante era de más edad (catorce años) que el hijo del demandado (diez años), de forma que le tenía que haber hecho desistir del juego dada su mayor capacidad de discernimiento³⁸.

En Tribunales inferiores son más frecuentes las consideraciones acerca de la capacidad que lleva implícita una determinada edad. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 22 de junio de 1993, de las dos conductas concurrentes en la producción del accidente, se revelaba como especialmente trascendente la del peatón que es ponderada por el Tribunal con una incidencia porcentual en la causación del mismo de un 80%, quedando por tanto reducida al 20% restante la del ciclista, que tenía catorce años de edad «habida cuenta la actuación de ambos y sus respectivas edades, no pudiendo exigirse a un menor el mismo grado o nivel de prudencia o diligencia en su actuar que a una persona adulta, ponderación que

³⁶ DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos...», *cit.*, pp. 845-8.

³⁷ *Ibid.*, p. 803; GARCÍA VICENTE, F., «La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración», *ADC*, 1984, p. 1042; DURANY PICH, S., «Padres y maestros», *InDret*, 1/2000, p. 5; FERRER RIBA, J./RUISÁNCHEZ CAPALASTEGUI, C., «Niños y adolescentes», *InDret*, 2/2000, p. 10; VISINTINI, G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 599; TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto civile*, Padova, 1992, p. 194; ROMERO COLOMA, A. M., «Valoración jurídica del apartado 2 del artículo 1903 del Código civil (la responsabilidad civil de los padres por hechos de sus hijos)», *Rev. resp. civ. circ. y seguro*, 1997, p. 530.

³⁸ *JC*, 1993, n.º 524, F. D. segundo.

determina la moderación de la responsabilidad que procedente de negligencia y conforme a lo normado en los arts. 1902 y 1903 del Código civil alcanza a los hoy demandados, y ello de conformidad con lo establecido en el art. 1103 de dicho texto legal, que resulta de aplicación también a los supuestos de culpa extracontractual (...)»³⁹.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 25 de febrero de 1997, hacía referencia a que la edad de quince años supone cierto grado de raciocinio y por lo tanto capacidad para ser consciente del riesgo que entrañaba la actividad que se realizaba⁴⁰. Y en este mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 3 de marzo de 1999 apuntaba que, dada la edad del agente del daño, casi diecisiete años, debía haberse representado el riesgo que para otros niños de menor edad suponía la entrada en el patio de un colegio montado en bicicleta, precisamente en el momento en que los menores abandonaban las aulas⁴¹.

3.1.2. *La responsabilidad civil por hecho ajeno desde una perspectiva jurisprudencial*

3.1.2.1. Corresponsabilidad en régimen de solidaridad con el menor discerniente

La responsabilidad del menor imputable opera en régimen de solidaridad con sus guardadores, con el fin de proteger a la víctima de la habitual insolvencia del primero. Ello nos lleva a conjugar el art. 1902 Cc con el art. 1903 Cc, en orden a señalar con qué personas puede el menor ser declarado civilmente responsable.

La solidaridad que se genera en estos casos es muy peculiar porque funciona como tal en la relación externa, donde el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los dos patrimonios, pero en la relación interna se caracteriza por la especial configuración de la posibilidad de recuperar lo otorgado. El art. 1145 Cc establece que el pago realizado por uno de los deudores solidarios extingue la obligación y así ocurre en los casos de responsabilidad solidaria de padres con hijos. Pero el art. 1145 Cc sigue indicando que quien realizó el pago sólo podrá reclamar a los demás deudores la parte que les corresponda, mientras que debemos señalar que en la responsabilidad solidaria existente entre padres-hijo como consecuencia del ilícito civil realizado por éste, si el propio menor efectuó el pago no se admite que repita contra sus padres, y si fueron éstos los que pagaron la indemnización, podrán dirigirse contra el menor pero no sólo por una parte sino, en

³⁹ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1993\816.

⁴⁰ AC, 1997, @ 1327.

⁴¹ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1999\4247.

su caso, también por la totalidad de la deuda. De aquí se extrae que, en cierto modo, estas dos notas desnaturalizan el concepto estricto de obligación solidaria; sólo podremos concluir diciendo que esta obligación constituye un *tertium genus* que no encaja en el esquema de la solidaridad ni en el de la mancomunidad. Sin embargo, la particular forma en que está dividida la deuda no impide que sea, efectivamente, una obligación solidaria, aunque impropia⁴².

La doctrina discute si los padres están incluidos en el art. 1904 Cc, pero si estamos hablando de responsabilidad solidaria no tiene demasiado sentido plantear la admisión de un derecho de repetición cuando el resultado va a ser el mismo. Si se entienden comprendidos en el art. 1904 Cc todas las relaciones que supongan la dependencia de unos sujetos respecto de otros, nada impediría a los padres ejercitar la acción de repetición⁴³. Cuestión distinta es que en la práctica no sea muy frecuente, no sólo porque normalmente los menores son insolventes, sino porque las relaciones personales existentes entre los padres –responsables civiles– y el hijo menor –agente material del daño– suelen impedir su ejercicio.

La responsabilidad de los padres y tutores no sustituye ni suprime la responsabilidad del menor, sino que se añade a la de éste y, además, por una nueva causa, como es la de haber sido negligentes en su guarda. En este punto no consideramos que la mejor opción sea siempre un pronunciamiento a favor de la responsabilidad exclusiva de los guardadores cuando el menor estaba próximo a la mayoría de edad. No obstante, sabemos que la gran mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo se orientan en este sentido, es decir, reconociendo la responsabilidad exclusiva de los padres probablemente porque ante la casi segura insolvencia de los menores, las demandas no se dirigen contra ellos sino que buscan otros patrimonios. Si nos atuviésemos a una interpretación literal del art. 1903.2 Cc y entendiésemos comprendidos en el supuesto de hecho de la norma a todo aquel que fuera menor de dieciocho años, cualquier menor, incluso aquel al que le faltasen unos minutos para alcanzar la mayoría de edad, podría realizar todos los daños que quisiese sin poner en peligro su propio patrimonio, bien a costa del patrimonio de su guardador (si éste no logra probar su diligencia, que será lo más normal, dado el

⁴² Sobre este particular *vid.* NAVARRO MÍCHEL, M., *op. cit.*, pp. 26-7; M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO señala que la mayoría de la doctrina rechaza la categoría de las obligaciones *in solidum*, *op. cit.*, pp. 229-30. Un estudio detallado en ALBALADEJO GARCÍA, M., «Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común», *ADC*, 1963, pp. 345 ss.

⁴³ A favor de la aplicación analógica ya se mostraba GARCÍA GOYENA cuando al comentar el art. 1905 del Proyecto de 1851, análogo al art. 1904 del Código civil actual, después de reconocer que se refería sólo a los domésticos y dependientes, agregaba que «la acción que aquí se concede expresamente no puede negarse a todos los demás responsables (...) porque todos lo son subsidiariamente», *op. cit.*, p. 258.

En contra, *vid.* RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores*, Madrid, 1980, p. 106.

estado actual de la jurisprudencia), o bien a costa de su víctima (en el extraño supuesto de que el guardador consiguiera probar que no ha habido culpa de su parte)⁴⁴.

El Tribunal Supremo en contadas ocasiones se ha pronunciado a favor de la responsabilidad de un joven próximo a la mayoría de edad solidariamente con las personas encargadas de su vigilancia⁴⁵. En la sentencia de 10 de abril de 1988, el Alto Tribunal resolvió acerca de la responsabilidad que derivaba del accidente producido en una piscina municipal y que acabó con la vida de un niño de once años. Por primera vez se pone en juego la posible responsabilidad de un menor —el socorrista tenía diecisiete años—, en concurrencia con otros demandados mayores de edad y una persona jurídica. Es significativo que sólo entre paréntesis se haga referencia a la posible responsabilidad de su padre. El actor demandó junto al arrendatario y al arrendador, al vigilante —a pesar de ser menor de edad— y al padre de éste último. El Tribunal, en relación con el socorrista de diecisiete años, señala que «al único que no se le puede inculpar responsabilidad alguna es al vigilante de la piscina (ni por tanto a su padre)⁴⁶ pues, pese a carecer del título de socorrista y ser su variada misión la de socorrer a los bañistas, limpiar las piscinas, cuidar los motores etcétera, por un parco sueldo, hizo cuanto pudo por intentar salvar la vida del niño ahogado, al producirse el trágico accidente. La sentencia recurrida tan solo se limita a examinar como cuestión fundamental si el citado vigilante incurrió en cualquier clase de culpa o negligencia, llegando a la acertada conclusión negativa»⁴⁷. Esta es una de las pocas sentencias donde el Tribunal Supremo ha

⁴⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pp. 189-190.

⁴⁵ En la sentencia de 27 de octubre de 1866, el Alto Tribunal desestimó el recurso de casación interpuesto por un matrimonio cuya vivienda era contigua a la casa donde se había originado un incendio. La demanda se dirigió contra el polvorista y propietario de la casa donde estaba almacenada la pólvora y donde se inició el incidente cuando un aprendiz de dieciocho años (que en aquella época era menor de edad) estaba trabajando en ella. Éste resultó penalmente condenado, puesto que atendiendo al Código penal vigente (Código penal de 1850) la mayoría de edad penal se alcanzaba a los quince años. Interpuesta demanda civil, el Tribunal de instancia y la Real Audiencia de Pamplona absolvieron al polvorista demandado, quien había alegado en su defensa que no hubo culpa de su parte y que había adoptado todas las precauciones necesarias, hasta tal punto que ni siquiera se le había incluido en la causa criminal, donde el procesado (aprendiz) fue condenado a abonarle a él mismo los daños sufridos en el inmueble. *JC*, 1866, n.º 389.

La demanda se interpuso contra el empresario pero no prosperó, lo cual nos hace pensar que se podría haber dirigido también contra el aprendiz, aunque lo cierto es que lo más probable es que no hubiera sido apreciada responsabilidad civil de su parte, dado el estado de la jurisprudencia en la fecha de los hechos.

⁴⁶ Además, al decir «ni por tanto a su padre» la conjunción “ni” niega a “y”, por lo que hay que entender que en caso de que existiera responsabilidad del menor, sería directa y solidaria con la de su padre.

⁴⁷ En Primera instancia se absolvió a los demandados (Ayuntamiento como arrendador, al arrendatario, al vigilante y al padre de éste). En apelación se revocó la sentencia anterior al rechazar las excepciones de prescripción y falta de legitimación pasiva que habían sido expuestas por las partes, entrando esta vez en el fondo del asunto. El TS casó la sentencia al declarar que había de absolverse al socorrista y condenar al arrendador y al arrendatario por no haber cumplido los requisitos establecidos para el funcionamiento y seguridad de la piscina pública, *JC*, 1988, n.º 288.

aplicado el art. 1902 Cc en relación con un menor de edad, aunque finalmente resultase absuelto.

Merece especial atención la sentencia de 22 de enero de 1991 dado que, después de haber sido consultados más de cien años de jurisprudencia, constituye uno de los pocos pronunciamientos en los que el Alto Tribunal confirma las resoluciones de instancias inferiores y resuelve condenando a un menor de edad⁴⁸. Un joven de quince años iba montado en su motocicleta cuando, al ir a incorporarse a la vía principal, colisionó con otra motocicleta conducida por un joven de diecisiete años que resultó herido y, en consecuencia, demandó al conductor contrario y a su madre. En Primera instancia fueron condenados parcialmente y en régimen de solidaridad; en apelación se desestimaron los dos recursos interpuestos pero se modificó la sentencia de instancia al señalar que la condena de los demandados no era solidaria sino que el menor respondía de forma directa y la madre de forma subsidiaria; el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre⁴⁹. Nos parece destacable que no se respetase el criterio de instancia, puesto que resulta más ajustado proceder a una condena solidaria que decantarse por una condena principal del menor y subsidiaria de la madre. Únicamente podemos entender este pronunciamiento si tenemos en cuenta que la madre había alegado que el menor estaba emancipado y, como no logró probarlo, el Tribunal se decantó por una solución intermedia y procedió a su condena subsidiaria. Ante la insolvencia del responsable principal se acude al responsable subsidiario, de modo que aunque el resultado final pueda ser el mismo que en la solidaridad, ésta protege más a la víctima del daño que se podrá dirigir desde el primer momento contra uno u otro demandado.

Igualmente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1994 fue condenado un joven de quince años, pero aquí en régimen de solidaridad con sus padres. En este caso, dicho joven se encontraba acompañado por unos amigos

⁴⁸ Nos atreveríamos a decir que constituye la segunda sentencia del Tribunal Supremo donde resulta condenado un menor de edad, de forma directa y solidaria o subsidiaria, según los casos, con otras personas. La primera es la STS 15-2-1975 (JC, 1975, n.º 65) y, la tercera, la STS 12-4-1994 (JC, 1994, n.º 334), que se verán, respectivamente, en el apartado correspondiente al uso de las armas (apartado 3.1.3.1), y en el relativo a la conducción de vehículos a motor (3.1.3.2).

⁴⁹ Tanto el Juzgado de Primera instancia como la Audiencia Territorial de Barcelona se pronuncian a favor de la responsabilidad del joven de quince años (en un caso la condena es solidaria y en el otro principal). En casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso ya que la madre no puede exonerarse de dicha responsabilidad porque aunque alega que el menor ya estaba emancipado, en realidad sólo se reconoce la emancipación por los supuestos legalmente establecidos en el art. 314 Cc, de forma que se mantiene el pronunciamiento de la Audiencia. JC, 1991, n.º 29.

Con respecto a esta sentencia, *vid.* DÍAZ ALABART, S., «Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad. (Comentario a la STS, Sala primera, de 22 de enero de 1991)», *PJ*, 1991, n.º 23, pp. 135-140.

cuando conducía sin el correspondiente permiso un vehículo con el cual tuvo un accidente y resultó lesionado el ahora actor. Nos volvemos a encontrar con que se demanda al menor agente del daño junto con sus padres, y como el Tribunal Supremo no revoca la sentencia de la Audiencia, resulta un pronunciamiento en sentido favorable a una condena solidaria⁵⁰, criterio más acertado —a nuestro parecer— que el de la sentencia anterior.

En sentido parecido se pronuncia la Audiencia Provincial de Zaragoza en su sentencia de 8 de abril de 1995, en relación con un accidente provocado por un menor de diecisiete años que conducía un motocultor también sin licencia. En Primera instancia se demandó al menor, a su abuelo (propietario del motocultor), a su madre (tenía la guarda y custodia), al cónyuge de ésta y al Consorcio de Compensación de Seguros, pero la demanda fue desestimada. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso interpuesto por la parte demandante y condenó solidariamente a los demandados, aunque absolvió al cónyuge de la madre⁵¹.

También se procede a la condena solidaria de un menor en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de noviembre de 1995, cuyos hechos transcurrieron en el tiempo de recreo pero fuera del Centro escolar, al lanzar dicho menor un trozo de barro endurecido en el ojo de un compañero. Se proclama la culpabilidad del joven porque se estima que tenía discernimiento. «La culpabilidad debe apreciarse en consideración a las circunstancias de cada caso y, por su propia naturaleza, presupone siempre la imputabilidad del autor del daño. El agente ha de haber actuado con voluntad libre y ha de tener, al menos, capacidad para entender y querer, esto es, hallarse en condiciones de distinguir el bien del mal. Por tanto la culpa puede existir cuando se trata de menores imputables, es decir, cuando tienen madurez de juicio suficiente para entender lo que significa socialmente dañar a otro. El autor del hecho enjuiciado, estudiante de 2º BUP, tendría 15 ó 16 años de edad, suficiente para entender lo que estaba haciendo, para

⁵⁰ En Primera instancia no se entró al fondo y se estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción. En apelación se estimó en parte el recurso y se condenó solidariamente a los tres codemandados. El padre y el hijo formulan recurso de casación que es desestimado, *JC*, 1994, n.º 334.

⁵¹ «La minoría de edad del conductor determina la responsabilidad solidaria de su madre, única titular de la patria potestad, bajo cuya guarda y custodia se halla y que no ignoraba la conducción del motocultor por su hijo, careciendo de responsabilidad el cónyuge de la madre, que no ostentaba sobre el menor autoridad familiar alguna, al no darse la circunstancia prevista en el art. 9.3 de la Compilación Aragonesa y conforme a lo dispuesto en el mismo precepto y en el artículo 1903 del Código civil», *Ar. C.*, 1995, n.º 638.

Dispone el art. 9.3 de la Compilación foral aragonesa (redactado de acuerdo con la Ley 3/1985, de 21 de mayo) que «Cuando el hijo de uno solo de los cónyuges conviva en la casa, el cónyuge del progenitor participará en el ejercicio de la autoridad familiar, si así se lo pide. No obstante el hijo podrá pedir a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia que se le exonere de la autoridad del cónyuge de su progenitor concurriendo justa causa».

querer o no querer hacerlo y para saber qué es dañar a otra persona, todo lo cual implica la existencia de discernimiento bastante para poder imputarle las consecuencias de su actuación. Ésta, por tanto, debe atribuirse a su negligencia, de ahí que al concurrir culpa y los demás requisitos indicados antes, es decir, todos los que según el art. 1902 CC determinan la responsabilidad civil por el daño causado, ha de estimarse la pretensión del actor respecto del demandado de referencia»⁵².

Siguiendo con la línea tradicional del Tribunal Supremo y debido también a la objetivación a que se ha visto sometida la responsabilidad de los padres, son muchas las sentencias en las que, a pesar de la avanzada edad de un menor, no se tiene en cuenta su capacidad y toda la responsabilidad recae en sus guardadores. Ello es consecuencia de esta tendencia jurisprudencial que se viene gestando desde hace algunos años y que ha convertido la responsabilidad de los padres en una responsabilidad cuasi-objetiva.

3.1.2.2. La responsabilidad de los padres

Hasta el momento en que se equiparó a los cónyuges en la titularidad de la patria potestad —mediante la aprobación de la Ley 11/1983, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio— estaba atribuida al padre y sólo en defecto de éste intervenía la madre. En consecuencia, la redacción original del art. 1903.2 Cc hacía responder de los daños ocasionados por un hijo menor al padre y únicamente en el caso de que éste no existiera o hubiera sido privado de la patria potestad, tenía lugar la responsabilidad de la madre⁵³.

a) La objetivación de la responsabilidad en el proceder jurisprudencial

En relación con la responsabilidad de las personas enumeradas en el art. 1903 Cc, con mayor o menor intensidad el criterio tradicional de la culpa última-

⁵² AC, 1996, @ 385, F. D. segundo.

⁵³ En este sentido cabe traer a colación la STS 1-3-1984, que destaca por cuanto que después de que se condenase solidariamente a los padres como consecuencia de los daños que su hijo menor había ocasionado a otro menor, se pretende que el Tribunal exonere a la madre, debido a que la demanda fue interpuesta antes de la reforma de 1981 y, en consecuencia, sólo debía haber respondido el padre, en virtud de la redacción que anteriormente tenía el art. 1903.2 Cc. En Primera instancia se estimó parcialmente la demanda y se condenó a los padres del menor autor. Los demandados interpusieron recurso de apelación donde alegaron, por primera vez, que no procedía la condena solidaria de ambos cónyuges, sino la del marido, y tan sólo a falta de él, la de la esposa, pero la Audiencia confirmó la sentencia anterior. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación que fue desestimado por el TS por tratarse de una cuestión nueva. Alegaban que en la redacción vigente en el momento en que se interpuso la demanda únicamente se admitía la responsabilidad del padre y sólo en caso de muerte o incapacidad de éste, la de la madre, por los daños causados por los hijos menores de edad que vivieran en su compañía, y que si bien podía admitirse que respondieran de tales daños los bienes gananciales, en ningún caso estaban afectos los parafernales de la esposa, *RJ/A*, 1984, n.º 1193.

mente ha sido desplazado por un criterio de responsabilidad cuasi-objetiva⁵⁴. En esta concepción tan rigurosa late el deseo de que los perjudicados por actos dañosos cometidos por menores, sean siempre resarcidos.

Así pues, el actual fundamento culpabilístico es más aparente que real. Las sentencias del Tribunal Supremo demuestran la gran dificultad que los padres encuentran a la hora de probar que emplearon la diligencia que les era exigible. Sin duda, se puede afirmar que la presunción del párrafo final del art. 1903 Cc, aunque en teoría y según el tenor literal del precepto admite prueba en contrario, en la práctica se ha convertido en una auténtica presunción irrefragable⁵⁵. Pero pese a que el Tribunal Supremo está introduciendo ciertos matices que están objetivando la responsabilidad, sobre todo la de los padres, en el seno de la doctrina se advierte que del tenor literal de la norma se extrae un carácter subjetivo⁵⁶. De ahí que si bien el Tribunal Supremo no ha señalado que se trata de una responsabilidad objetiva —puesto que una afirmación de esas características sería contraria a nuestro ordenamiento—, en cualquier caso se infiere de sus pronunciamientos.

En este sector normativo se debe indicar que la jurisprudencia y la doctrina no han evolucionado al mismo tiempo. Mientras que el Tribunal Supremo sigue con su postura de excesivo rigor en relación con la responsabilidad de las personas obligadas en virtud del art. 1903 Cc, y especialmente con respecto a los padres, la doctrina se ha preocupado por intentar corregir esa tradicional postura jurisprudencial, ofreciendo una interpretación evolutiva más acorde con el contexto social, al apuntar que en el caso de los “grandes menores”, la responsabilidad de los padres debía quedar atenuada. Creemos que la tendencia del Tribunal Supremo frente a la evolución de la responsabilidad de los padres hacia una cuasi-objetivación, en todo caso puede tener sentido respecto de los menores de corta edad, pero en modo alguno resulta justificable en relación con los grandes menores.

Con ello, de la jurisprudencia se extrae que en la actualidad la culpa del sujeto no constituye el criterio de imputación de la responsabilidad por hecho ajeno, puesto que se impone la obligación de indemnizar al margen o con indepen-

⁵⁴ STS 22-1-1991, AC, 1991, n.º 24; STS 30-6-95, JC, 1995, n.º 658; SAP Cantabria 30-11-1998, AC, 1999, @ 212.

⁵⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, cit., p. 254.

⁵⁶ En este sentido apunta DÍAZ ALABART que nos encontramos «ante una línea jurisprudencial errónea que desnaturaliza totalmente la figura y que sería aconsejable modificar cuanto antes», *vid.* «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos...», cit., p. 805; *Id.*, «Responsabilidad de los Centros docentes públicos y de su profesorado por los daños causados por sus alumnos», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, dir. D. Bello Janeiro, Santiago de Compostela, 1999, pp. 145-6.

dencia de dicha culpa. Así lo refleja YZQUIERDO TOLSADA quien, pese a que considere que el criterio de atribución más sensato sea el de la culpa, subraya el giro espectacular que ha sufrido la jurisprudencia y señala que a raíz de ello «la indemnización cobra el aspecto de un imperativo social ineludible. Si el aforismo del sistema codificado era “no hay responsabilidad sin culpa”, la nueva realidad, con sus exigencias de defensa vigorosa de la persona, reclama una respuesta que tienda, no ya a castigar los comportamientos negligentes o reprobables, sino a que las víctimas encuentren a toda costa un patrimonio responsable: que todo daño quede reparado»⁵⁷.

Las sentencias donde el sujeto pasivo lo constituyen los padres de un menor son de excesiva rigurosidad en torno a la facilitación de la exoneración de responsabilidad, de forma que a pesar de la redacción del artículo, en la práctica rara vez han podido liberarse de esta obligación. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1983 señaló que «la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos realizados por los hijos constituidos “in potestate”, a tenor del citado precepto, se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, omisión de la obligada diligencia *in custodiando* o *in vigilando* que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga probatoria, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, según lo dispuesto en el último párrafo del precepto, ha sido entendida en tonos de una marcada severidad, exigiendo una rigurosa prueba de la diligencia empleada, atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso concreto (STS. 24-3-53, 25-3-54, 3-10-1961, 11-3-71, 10-5-72, 14-4-77) lo que comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que las subjetivas de culpabilidad, y es claro que no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o tutor por omisión de aquel deber de vigilancia, sin relación con la culpabilidad psicológica del constituido en potestate y por lo tanto de su grado de discernimiento»⁵⁸.

La responsabilidad de los padres se ha convertido por obra de nuestro Tribunal Supremo en la más objetiva de las responsabilidades por hecho ajeno⁵⁹. Como

⁵⁷ *Sistema de responsabilidad civil...*, cit., p. 219.

⁵⁸ *RJA*, 1983, n.º 140, Cdo. tercero; también en la STS 4-5-1983, *RJA*, 1983, n.º 2622; STS 7-2-1991, *RJA*, 1991, n.º 1151; SAP Sevilla de 22-3-1999, *AC*, 1999, n.º 837.

⁵⁹ En el mismo sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres...*, cit., p. 105.

apuntábamos con anterioridad, se podría defender esta solución cuanto más en relación con niños de corta edad, pero no respecto de aquellos que ya tienen cierta edad y por lo tanto poseen la suficiente madurez intelectual y volitiva. Es decir, responsabilidad objetiva sí, pero sólo cuando el menor tenga escasa edad⁶⁰.

En relación con todo ello cabe indicar que también encontramos pronunciamientos en esta línea entre los Tribunales inferiores. La Audiencia Provincial de Huesca en la sentencia de 20 de noviembre de 1997, condenó a los padres de un joven de diecisiete años que mientras patinaba en una pista de hielo empujó a la actora, que cayó de forma violenta. En este pronunciamiento se apreció que respondían los padres porque su responsabilidad es cuasi-objetiva, siendo indiferente que los mismos no se encontraran presentes en el lugar de los hechos⁶¹.

Muy significativa es la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 2 de febrero de 1998, en la que se exoneró de responsabilidad a la madre del menor que provocó el fallecimiento de un amigo, al finalizar un entrenamiento, mientras se encontraba bromeando con un paraguas en el vestuario del Polideportivo. La madre del menor agente fue absuelta en las dos instancias. «La responsabilidad del padre, madre o tutor, que es directa, dimana de omisión propia de dichos deberes de vigilancia y si bien dicha responsabilidad presenta un matiz objetivo, partiéndose de la presunción de la culpa concurrente en quien desempeña los poderes y deberes integrantes de la patria potestad no puede prescindirse del elemento culpabilístico al permitirse su exención con la prueba del actuar diligente»⁶². De todos modos no puede perderse de vista que los hechos tuvieron lugar en una instalación deportiva, donde en cierto modo puede entenderse que se ha producido un traspaso de los deberes de guarda que corresponden a los padres.

Uno de los factores que ha podido contribuir en cierta medida a la cuasi-objetivación operada en materia de responsabilidad de los padres podría ser el que en los últimos años haya proliferado la figura del seguro de Riesgos del Hogar⁶³, que incluye los daños causados por los hijos menores a terceros⁶⁴. Desde nuestro

⁶⁰ Asimismo, NAVARRO MÍCHEL, M., *op. cit.*, pp. 31 y 86.

⁶¹ *Ar. C.*, 1997, n.º 2216.

⁶² Como sólo fue demandada la madre del menor autor, la Audiencia no pudo pronunciarse acerca de una posible responsabilidad del menor, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1998\3967, F. D. cuarto.

⁶³ La técnica del seguro todavía no está muy extendida en España y, sin embargo, se difundió rápidamente en los países nórdicos, BENGTTSSON, B., «La responsabilité des mineurs dans les droits scandinaves», *Rev. int. dr. comp.*, 1962, pp. 34, 38-9; HELLNER, J., «Développement et rôle de la responsabilité civile délictuelle dans les pays scandinaves», *Rev. int. dr. comp.*, 1967, pp. 785-6, 793-4.

⁶⁴ *Vid.* SAP Toledo 3-3-1999, donde se enjuician los hechos cuyo resultado dañoso surgió cuando un menor (dieciséis años) que circulaba por el patio de un colegio en bicicleta sin ser alumno del mismo, atropelló a un alumno de seis años, cuando ya habían terminado las clases y los niños salían para dirigirse a sus casas. Los pa-

punto de vista, en modo alguno nos parece que deba ser un argumento a tener en cuenta por el Juez, pero en la práctica puede suceder que ante unos mismos hechos, en función de si el daño estaba cubierto o no por una póliza, las consecuencias varíen. En este tipo de seguros se suele incluir una cláusula donde el asegurador toma a su cargo la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivarse para el asegurado, de acuerdo con los arts. 1902 y siguientes del Código civil, como consecuencia de los daños y perjuicios causados involuntaria y accidentalmente a terceros por hechos que deriven del riesgo especificado en el contrato que se suscriba.

Si el criterio de la culpa ha sido desplazado, el fundamento de la responsabilidad de los padres parece residir en la patria potestad. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1969 se demandó a la madre del menor que lanzando piedras hirió a otro menor, así como a su abuelo, debido a que el menor siempre había vivido con él. Aunque en Primera instancia se condenó a la madre y subsidiariamente al abuelo, en apelación éste fue absuelto y el Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por la madre⁶⁵. Si pese a que el abuelo era quien cuidaba al menor resultó condenada la madre, de ahí se infiere que el criterio que se aplica para asignar responsabilidad obedece a la titularidad de la patria potestad. Sin embargo, el criterio asumido por el Tribunal Supremo en la sentencia que acabamos de exponer no es representativo de la tendencia actual y merece alguna puntualización dado que actualmente se atiende a quien tenía la guarda del menor en el momento concreto.

b) La patria potestad y el ejercicio de la guarda

En la actualidad, los dos progenitores están en régimen de igualdad en torno a la titularidad de la patria potestad, correspondiendo asimismo, de común, el ejercicio a ambos cónyuges. En este sentido, tal y como dispone el art. 154 Cc, deben velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Interesa tener presente que entre los efectos comunes a la nulidad matrimonial, separación legal o divorcio, el art. 90 Cc establece que el convenio regula-

dres del menor herido interponen una demanda contra los padres del autor y la entidad de seguros, que fue desestimada, al señalar que como el hecho se produjo en el patio del colegio no eran responsables los padres. La Audiencia Provincial declara haber lugar al recurso y condena a los padres y a la Compañía de Seguros imputada en virtud del contrato de seguro firmado con los padres del menor por riesgos del hogar en la que se incluye la responsabilidad civil, cláusula 41.1.2.e de la misma, por aplicación del art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 octubre de 1980, debiendo imponerse a la Compañía de Seguros los intereses que establece el art. 20 reformado por la Ley de Seguros Privados de 1995, B. D. *Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\4247.

⁶⁵ *JC*, 1969, n.º 2411.

dor debe contener, entre otros extremos, la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos. En la sentencia se acordará, en su caso, la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello⁶⁶ y también podrá acordarse que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

Frecuentemente, tras una sentencia donde se declare disuelto el vínculo matrimonial de los cónyuges se acuerda que los dos sigan siendo titulares de la patria potestad, y su ejercicio, dada la imposibilidad física de ser realizado por los dos al mismo tiempo, corresponderá a uno de ellos, que será a quien se le asigne la guarda y custodia de los hijos menores, mientras que el otro progenitor obtendrá un derecho de visita (art. 94 Cc). En ese caso, los dos padres conservarían la patria potestad pero sólo uno de ellos tendría atribuida la guarda jurídica y el otro tendría un derecho de visita.

Por lo que ahora nos interesa, la atribución de la guarda tiene su importancia en lo concerniente a la responsabilidad extracontractual que pueda derivar como consecuencia del daño que alguno de los hijos menores hubiera causado. La Ley 11/1981 de 13 mayo, vino a matizar la responsabilidad de los padres al condicionarla al hecho de que los menores “se encontrasen bajo su guarda”. La solución que adoptemos dependerá de cómo interpretemos el ejercicio de la guarda, concepto que no resulta fácil de definir⁶⁷. En este sentido, podríamos decir que la guarda es una facultad de la patria potestad, con un contenido más amplio que la mera convivencia y más limitado que la obligación de velar por los hijos impuesta en el art. 154 Cc⁶⁸.

La noción de guarda no aparece delimitada frente a la patria potestad cuando ésta corresponde a los dos cónyuges, pero ello no debe impedirnos decir que los padres tienen la guarda de sus hijos. Se podría puntualizar que la guarda existe, pero en estado virtual solamente; es decir, se confunde en el seno de la patria potestad. Sin embargo, no ocurre lo mismo en los casos en los que la patria

⁶⁶ Los padres pueden ser privados de la patria potestad total o parcialmente por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial (art. 170 Cc).

⁶⁷ Con relación al párrafo segundo del art. 1903 Cc, «la vigente expresión gramatical (“se encuentren bajo su guarda”) es más amplia que la redacción anterior (“hijos menores de edad que vivan en su compañía”) en cuanto al referirse a la guarda, se incluye sin duda no sólo vivir en su compañía sino también los supuestos de convivencia en sentido estricto, patria potestad compartida en caso de separación de los padres, etc.», SAP Córdoba de 27-1-1993, *Ar. C.*, 1993, n.º 37, F. D. quinto.

⁶⁸ En sentido parecido, NAVARRO MÍCHEL, M., *op. cit.*, p. 64.

potestad no es compartida, y es en esa situación cuando es necesario intentar definir qué se entiende por la guarda, puesto que es el único supuesto en el que tiene una existencia autónoma y un contenido específico⁶⁹.

En orden a dilucidar quién debe responder de los daños causados por el hijo menor, atendiendo a situaciones en las que se ha producido la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, se podría optar por varias soluciones.

En primer lugar se puede considerar que pese a que uno de los cónyuges no convive normalmente con los hijos, sino que ejerce sólo un derecho de visita y comunicación con los menores, los dos serán responsables en virtud del art. 1903.2 Cc. A esta conclusión se llega atendiendo al fundamento tradicional de la responsabilidad de los padres basado en la culpa *in vigilando e in educando*. Los defensores de esta teoría señalan que el art. 1903 Cc exige que los hijos se encuentren bajo la guarda de quien vaya a responder y que esa obligación comprende a ambos progenitores. Dado que el propio artículo no menciona que sea necesaria la convivencia en el caso de la responsabilidad de los progenitores, el hecho de que uno de los padres habite separadamente no le dispensa de responsabilidad. El concepto de guarda deberá interpretarse con amplitud, pues de lo contrario, el padre que más se sacrifica y más cuidados presta al menor resultaría el más responsable⁷⁰.

A lo anterior podríamos oponer que adentrarse en argumentos sobre la supuesta injusticia que puede conllevar el que únicamente tenga que soportar la obligación resarcitoria quien tiene la guarda del hijo, llevaría a entrar en un terreno especulativo, ya que no existe la menor constancia de que la guarda y custodia de un hijo, por cuya titularidad muchas veces litigan los padres, deba ser entendida como una carga. Con esta forma de ver las cosas, también se podría argumentar que la injusticia reside en condenar al padre que careciendo de la oportunidad de velar por su hijo y de reprenderle, tiene que cargar con las consecuencias de las

⁶⁹ SIMLER, P., «La notion de garde de l'enfant (Sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)», *RTDC*, 1972, p. 727.

CARBAJO GONZÁLEZ señala que la guarda no supone nada nuevo respecto de la patria potestad, es la misma relación jurídica, con los mismos derechos y obligaciones, es decir, supone la misma función pero con otro nombre. Pero la propia esencia de la guarda radica en excluir de esa relación a uno de los progenitores que puede seguir conservando la patria potestad sobre sus hijos pero que desde luego no va a poder desempeñar salvo de forma esporádica las labores inherentes a la paternidad que han sido atribuidas exclusivamente al otro, *op. cit.*, p. 746.

⁷⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHEZ REBULLIDA, F. A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 526.

DIEZ PICAZO Y GULLÓN opinan que aunque la separación, la nulidad o el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones, lo cierto es que el padre que no vive con su hijo no puede guardarlo, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1992, p. 625.

omisiones en las que hubiera podido incurrir el otro progenitor, además de abonarle la oportuna pensión todos los meses⁷¹.

En segundo lugar, aunque en relación con la anterior postura, se aboga por la exoneración del padre que no tiene la custodia del menor, que no quedaría comprendido en el art. 1903.2 Cc pero, como ha matizado alguna sentencia, podrá ser demandado con arreglo al art. 1902 Cc. En este sentido destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 5 de febrero de 1993, donde tras la pretensión de los demandados favorable a que se condenase al padre que estaba separado y no vivía con el menor, la Audiencia señaló que no se podía sostener que la patria potestad no acompañada de guarda y custodia de los hijos fuera un simple rótulo sin contenido, y aunque se excluía de la obligación de responsabilidad al progenitor que, una vez disuelto el vínculo conyugal no tenía encomendada la guarda de los hijos, se debía matizar esa afirmación porque si no, resultaría paradójico y contradictorio que fuese precisamente el progenitor que se ocupa de los hijos —asumiendo así una mayor carga de preocupaciones, trabajo y responsabilidad hacia ellos— el que resultase el único responsable de los daños que éstos pudieran causar. En este sentido hay que señalar que aunque sea uno el que ejerza la guarda y custodia, como los dos padres ostentan la patria potestad, el progenitor que únicamente tiene un derecho de visita también sería responsable si en el momento en que el hijo causó el daño se encontraba con él, responsabilidad que se justifica tanto por ser titular de la patria potestad como por tener la guarda material del menor. Del hecho de que uno de los progenitores no ostente la guarda y custodia de los hijos no se deduce, sin más, una exoneración de responsabilidad por los daños que éstos puedan ocasionar, sino que seguirá siendo responsable por tales daños, si bien su responsabilidad, al no caber en la letra del art. 1903 Cc, deberá encauzarse a través del art. 1902 del mismo cuerpo legal y por tanto, para exigirles responsabilidad se deberá probar su culpa en la vigilancia o educación del menor, dado que no opera la inversión de la carga de la prueba⁷².

En tercer lugar, si entendemos la guarda no sólo en sentido jurídico sino también en sentido material, siempre y cuando previamente se constate la existencia de la titularidad compartida de la patria potestad, cabe señalar que la responsa-

⁷¹ SAP Castellón de la Plana de 26-1-1999, *Ar. C.*, 1999, n.º 187, F. D. segundo.

⁷² Un menor de edad conducía sin licencia un ciclomotor propiedad de su hermano, que carecía de seguro, y atropella a una peatón causándole la muerte. En Primera instancia se estimó parcialmente la demanda y se absolvió al padre del menor por quedar probada su separación judicial y que la guarda y custodia de los hijos menores había sido encomendada a la madre, quien fue condenada junto con sus dos hijos (el menor conductor y el propietario de la motocicleta), reconociendo la responsabilidad solidaria del Consorcio de Compensación de seguros, *Ar. C.*, 1993, n.º 689.

bilidad descrita en el art. 1903.2 Cc debe corresponder al progenitor que en el momento de los hechos tenía al menor bajo su cuidado. El art. 1903.2 Cc no anuda la responsabilidad, de forma objetiva, a la verificación de la condición de padre —puesto que de ser así no se hubiera añadido un *prinus*, cual es el que el menor se encontrare bajo la guarda del padre demandado—, sino que el precepto es sumamente claro, de modo que ni siquiera por la vía de la culpa *in educando* cabría hacer responsable al padre que no ejerce la guarda ni tiene la custodia, porque ésta, y no otra, es la *condicio legis* que ha de verificarse.

En conexión con ello, la responsabilidad de uno u otro progenitor dependerá de con quién estuviera el hijo menor cuando sucedieron los hechos. Cuando la custodia del menor haya sido encomendada a uno de los progenitores en virtud de lo dispuesto en el convenio regulador, si el daño se hubiere producido cuando el hijo estaba bajo la ordinaria guarda y custodia de aquel que la tiene concedida, la responsabilidad no alcanzará al otro progenitor. Sin embargo, sí responderá, creemos que también en virtud del art. 1903.2 Cc, cuando los hechos tuvieran lugar durante el ejercicio del derecho de visita⁷³.

No parece justo que siempre tenga que cargar con la responsabilidad el progenitor que tiene encomendada la guarda del menor, sobre todo si el menor causa el daño durante el derecho de visita cuando estaba con el otro padre, por lo que creemos que esta solución es la más ajustada a la realidad.

La primera propuesta parte del fundamento tradicional de la responsabilidad de los padres, de modo que junto a la culpa *in vigilando*, al tener en cuenta el criterio de la culpa *in educando*, la responsabilidad podría extenderse al otro progenitor si hubiera participado en la educación del hijo⁷⁴. De la jurisprudencia tampoco se extrae una solución segura puesto que unas veces se aplica el criterio de la

⁷³ En la doctrina, GETE-ALONSO, M. C., *op. cit.*, pp. 59-60.

Y en la jurisprudencia destaca la SAP Castellón de la Plana de 26-1-1999. En Primera instancia son condenados los padres de un menor por las lesiones causadas por éste a la demandante como consecuencia de un balonazo en la cara. El padre del menor interpone recurso de apelación y consigue quedar exonerado tras probar que estaba divorciado y no tenía la guarda ni la custodia como se recogía en el convenio, *Ar. C.*, 1999, n.º 187, F. D. segundo.

En sentido parecido se pronuncia la misma Audiencia en la sentencia de 22-7-1999, en relación con los daños causados por un menor de edad que provoca el incendio de un vehículo, al señalar que como la responsabilidad de los padres es una responsabilidad *in vigilando*, en los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, responderá el progenitor con el que de hecho se encontraba el menor en el momento en que ocasionó el daño, aunque la guarda y custodia la tuviera atribuida el otro progenitor, *AC*, 2000, @ 550.

⁷⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ considera que cónyuge responsable es aquel que tenga encomendada la guarda del menor (arts. 90.a y 91 Cc) pero señala que si se tiene en cuenta la culpa *in educando* como fundamento de esta responsabilidad, entonces podría hacerse extensiva la obligación de responder sobre el otro progenitor, en *Comentario del Código civil (1902 Cc)*..., *cit.*, p. 15.

culpa *in vigilando* y otras el de la culpa *in educando* y, en estos supuestos, aunque uno de los padres vigile al menor, muchas veces los dos contribuyen a su educación.

Parece que la solución es más clara si atendemos al criterio de la guarda, porque siempre tendrá que responder quien tuviera al menor en su compañía. De ahí que el criterio de atribución de responsabilidad deba ser el del doble requisito de la patria potestad y el ejercicio efectivo de la guarda del menor, de forma que deberá ser responsabilizado quien siendo titular de la patria potestad se halle con el menor cuando éste ocasionó el daño⁷⁵.

Consideramos pues que la responsabilidad corresponderá al progenitor que en cada caso ejerza la guarda, sobre todo teniendo en cuenta que muchas veces se prevé un ejercicio alternativo de las potestades, en el sentido de que el cónyuge que no tiene asignada la custodia de los hijos menores asume su guarda durante un periodo de tiempo determinado (fines de semana, mitad del periodo vacacional) y cuando así suceda se produce un desplazamiento en el ejercicio de la guarda y en todo lo que ella conlleva, en concreto también se traspasa la obligación de responder por los actos ilícitos que pueda realizar el menor⁷⁶. De este modo, la guarda real o material prevalece sobre la guarda legal en torno a la determinación de responsabilidades⁷⁷. Esta es la solución que nos parece más coherente, a pesar de que no desconocemos que se le podría objetar que puede constituir una vía para reintroducir el requisito de la convivencia⁷⁸.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1990 ofrece esta misma solución, cuando tras la separación judicial de los padres, el hijo menor, a pesar de haber quedado bajo la guarda de la madre, en el momento en que ocasionó los daños estaba con el padre, y fue declarada la responsabilidad de este último. Si los padres responden de los daños causados por sus hijos menores cuando se encuentren bajo su guarda, y tras la separación judicial, nulidad o divorcio, el menor queda bajo la guarda de uno de ellos aunque ambos siguen compartiendo la titularidad de la patria potestad, no se puede ignorar el carácter flexible del concepto “bajo su guarda”, que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio, pues en el presente caso, dada la edad del menor —diecisiete años—, tenía autorización para acudir y permanecer, según su voluntad, en las esferas de relación paterna y materna, y por tanto si el accidente se produjo cuan-

⁷⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, cit., p. 257.

⁷⁶ En este sentido, CARBAJO GONZÁLEZ, J. *op. cit.*, p. 746; *vid.* también DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos...», *cit.*, p. 823; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 309; NAVARRO MÍCHEL, M., *op. cit.*, p. 71-2; ROMERO COLOMA, A. M., *op. cit.*, p. 529.

⁷⁷ Igualmente, DURANY PICH, S., «Padres y maestros», *cit.*, p. 2.

⁷⁸ Así lo apunta también NAVARRO MÍCHEL, M., *op. cit.*, pp. 71-2.

do el hijo estaba bajo la custodia de quien ejercía el derecho de visita, éste no puede quedar exonerado⁷⁹.

Al no recoger expresamente el Código civil este criterio, ha sido fundamentalmente la doctrina la encargada de interpretar así la norma. Sin embargo, sí que ha sido resuelta la cuestión en el Código de la Familia de Cataluña de 1998, que en relación con los padres que no viven juntos (art. 139.3) señala que «en todo caso, las obligaciones de guarda deben ser ejercidas por aquél de los dos, padre o madre, que en cada momento tenga al menor con él, bien porque tenga asignada de hecho o de derecho la residencia habitual, o bien porque el menor se encuentre en su compañía como consecuencia del régimen de comunicación y de relación que se haya establecido».

En el Derecho italiano el art. 317 Cc señala que la patria potestad común de los padres no finaliza cuando, como consecuencia de la anulación o cesación de los efectos civiles del matrimonio los hijos son confiados a uno de ellos. En tales casos, señala el art. 155 Cc italiano que el Juez deberá indicar a qué cónyuge se confían los hijos y establecer la modalidad de ejercicio de los derechos y deberes del cónyuge que no tiene consigo a los menores⁸⁰.

Cuando el cónyuge a quien ha sido confiada la guarda del menor debe responder de algún daño que éste hubiera ocasionado, la doctrina tradicional italiana ha señalado que a pesar de la falta de cohabitación, también el otro progenitor quedará obligado en virtud del art. 2048 Cc por una culpa *in educando*. De no ser así, entienden que sería peor considerado el cónyuge que se ha dedicado más a cuidar a los hijos; sin embargo, no es éste el criterio unánimemente defendido por la doctrina italiana.

Aunque según el art. 317 Cc italiano ambos cónyuges son titulares de la patria potestad (*potestà*), su ejercicio se distribuye entre ellos. Al cónyuge que no convive con los menores sólo le corresponden las decisiones particularmente relevantes en los intereses del hijo, pero está excluido de la práctica educativa diaria. Según parece, mientras no se modifique la norma, no queda, pues, justificada la responsabilidad del cónyuge que no convive con el menor por la vía del art. 2048 Cc, dada la extrema relatividad de su poder de control hacia el hijo⁸¹.

⁷⁹ JC, 1990, n.º 563, F. D. cuarto, *in fine*.

⁸⁰ Mientras el cónyuge a quien ha sido confiada su guarda tiene el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre ellos, salvo que el Juez establezca otra cosa, el otro cónyuge sólo tiene el derecho de vigilar su instrucción y educación y puede acudir al Juez cuando crea que se han tomado decisiones perjudiciales en relación con los menores.

⁸¹ MOROZZO DELLA ROCA, P., *Responsabilità civile e minore età...*, cit., pp. 230-4.

En el Derecho francés, el art. 287 del Cc señala que entre las consecuencias que se derivan de la separación o divorcio de los padres, la patria potestad (*autorité parentale*) es ejercida en común. A falta de acuerdo amistoso, o si el acuerdo adoptado es contrario al interés del menor, el Juez decidirá con qué progenitor los menores tendrán su residencia habitual y es en relación con este aspecto donde se plantea el problema de la cohabitación exigida en el art. 1384.4º Cc. La jurisprudencia francesa ha redefinido qué se entiende por cohabitación⁸² y, en este sentido, si bien el art. 1384.4º Cc francés continúa exigiendo el requisito de la cohabitación en torno a la consideración de la responsabilidad de los padres, la jurisprudencia ha prescindido del mismo, tal y como ha quedado definitivamente plasmado en la sentencia *Bertrand* de 19 de febrero de 1997, al entender que la responsabilidad de los padres tiene carácter objetivo⁸³.

En el Derecho alemán no hay dudas acerca de que los dos padres divorciados conservan la responsabilidad por los ilícitos de sus hijos, ya que la patria potestad (*Sorgerecht*) es atribuida a ambos. La sentencia del BverfG de 3 de noviembre de 1982 declaró la inconstitucionalidad del § 1671 BGB en la parte en que excluye en todo caso la posibilidad de atribuir la patria potestad a los padres divorciados, por considerar que violaba el art. 6.II, frase 1 GG, que garantiza el derecho de los padres al cuidado y a la educación de los hijos⁸⁴.

Un supuesto especial lo constituye el de la separación de hecho, puesto que si bien la guarda jurídica aún no ha sido concedida a uno de los cónyuges, en la práctica uno de ellos asume esas funciones. Aquí quebraría la solución que proponíamos en torno a la adopción del doble criterio de la patria potestad-guarda, puesto que la separación de hecho, sobre todo si responde a una crisis matrimonial, no puede ni debe ser un recurso tan cómodo para eludir responsabilidades, ya que de lo contrario estaríamos admitiendo la renuncia de deberes irrenunciables. Debe permanecer íntegra la responsabilidad *ex art.* 1903.2 Cc en estos casos, dado que los cónyuges no pueden autoexonerarse de sus deberes legales mediante un acuerdo privado⁸⁵.

⁸² En la sentencia *Samda* de 19-2-1997 la Corte de Casación francesa señaló que «el ejercicio de un derecho de visita y alojamiento no hace cesar la condición de cohabitación del menor con el padre que ejerce la guarda», *Gasz. Pal.*, 1997-I, pan., p. 107; *Resp. civ. et assur.*, 1997, 5, n.º 153, p. 1; *Dr. fam.* 1997, n.º 7-8, n.º 97, p. 10.

La Corte de casación ha ampliado la noción de cohabitación al admitirla en relación con el progenitor que estaba ausente cuando se causaron los daños. Y desde el momento en que no es necesario el requisito de la cohabitación se está admitiendo la posibilidad de que responda el padre que no convive con su hijo, *vid.* RICHARD, M., *op. cit.*, p. 19.

⁸³ *JCP*, 1997, II, 22848, p. 247. *Vid. supra*, cap. II, nota n.º 5.

⁸⁴ *NJW*, 1983, p. 101.

⁸⁵ Además, la separación de hecho puede venir impuesta por uno de los cónyuges y no sería lógico premiar el abandono con la exoneración de responsabilidad. En este sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 129; NAVARRO MICHEL, M., *op. cit.*, pp. 73-4.

3.1.2.3. Otros supuestos comprendidos en el art. 1903 Cc

Dispone el párrafo tercero del art. 1903 Cc, que el tutor será responsable de los daños ocasionados por un menor o incapaz cuando estén bajo su autoridad y habiten en su compañía. Se requiere convivencia con el menor, a diferencia del supuesto contenido en el párrafo anterior referido a la responsabilidad de los padres.

En el caso de que haya varios tutores y no tengan delimitado su campo de actuación, responderán solidariamente con la excepción de que no lo hará el tutor encargado solamente de los bienes del pupilo y no de su persona. Y si la tutela no hubiese sido constituida, responderán quienes estaban obligados a promoverla. Pero en este caso nos preguntamos si dicha responsabilidad se extenderá al Ministerio Fiscal o incluso a la autoridad judicial que al amparo del art. 228 Cc hubieran tenido conocimiento de la existencia en el territorio de su jurisdicción de alguna persona que debía ser sometida a tutela y no hayan pedido o dispuesto, respectivamente, la constitución del instituto tutelar, aunque lo cierto es que dicha solución constituiría una interpretación excesivamente rigorista⁸⁶. La responsabilidad aludida en el art. 229 Cc es solidaria, independientemente de que las personas mencionadas sean preferidas para su nombramiento como tutor por un determinado orden. Tal forma de responder refuerza considerablemente la obligación de promover la declaración, al tiempo que constituye una novedad de importancia en nuestro Código civil, que por primera vez reconoce, aunque sea para un caso concreto de responsabilidad, la solidaridad de los obligados en el ámbito extracontractual⁸⁷.

El tutor asume su responsabilidad por los daños que causen sus pupilos de igual forma que la asumen los padres que ostentan la patria potestad de sus hijos menores; y si éstos lo hacen como consecuencia de su deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154.1 Cc) el fundamento histórico paralelo de tal asunción de responsabilidad por parte de los tutores se encuentra en su idéntica y correlativa obligación, contenida en el art. 269 Cc. No se puede olvidar que el defensor judicial también quedaría comprendido en este supuesto siempre que, como indica el párrafo segundo del art. 299 Cc, fuera nombrado para representar y amparar los intereses del pupilo cuyo tutor, por cualquier causa, no desempeñare sus funciones⁸⁸.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de febrero de 1975 rechazó el recurso interpuesto por el tutor (y abuelo) de un menor que se había ido de caza sin

⁸⁶ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Barcelona, 1997, pp. 125-6.

⁸⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de menores e incapacitados...», *cit.*, p. 182.

⁸⁸ *Vid.* MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial*, Madrid, 1989, pp. 303-4.

su permiso, con un mayor de edad (el actor) y otros dos menores. Al finalizar la ca- cería, al menor demandado se le disparó el arma y le destrozó el pie a su acompa- ñante, que solicitó una indemnización al propio menor y a su tutor, de quien seña- ló que, al ser su tutelado un menor de edad, había de responder de forma directa y solidaria. El Juzgado de Primera instancia estimó la demanda y condenó como responsable al autor material —el menor— y al tutor como responsable subsidiario; la Audiencia Territorial confirmó la sentencia. Los demandados interpusieron re- curso de casación, pero el Alto Tribunal no estimó el recurso debido a que el tutor no consiguió probar su comportamiento diligente⁸⁹.

En este caso, al ser demandado y condenado en la instancia el menor junto a su abuelo, ser confirmada la sentencia en apelación y no admitirse el recurso de ca- sación, estamos ante una de las escasas sentencias en las que se ha condenado a un menor de edad. Lo único que puntualiza el Tribunal Supremo, sin estimar el re- curso, es que la responsabilidad derivada del art. 1903 Cc en sus diversos aparta- dos no es subsidiaria sino directa.

En otro orden de cosas, debemos señalar cómo ha ido evolucionado la res- ponsabilidad del titular del Centro docente. Si la Ley 11/1981 de 13 mayo, refor- mó el art. 1903.2 Cc exigiendo como requisito de la responsabilidad de los padres que los menores «se encontrasen bajo su guarda», la jurisprudencia ha admitido la exoneración de los padres en aquellos casos en los que la actividad lesiva del me- nor se hubiera producido en un ámbito donde la obligación de velar por los hijos debe entenderse como delegada en el Centro escolar en cuyo recinto se produz- can, en su caso, los daños. Según el párrafo 5º del art. 1903 Cc, reformado por la Ley 1/1991 de 7 de enero, «las personas o entidades que sean titulares de un Cen- tro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarro- llando actividades escolares o extraescolares y complementarias».

Conforme al criterio general, los padres no responden de los hechos dañosos de sus hijos menores mientras se encuentran bajo la guarda del Centro escolar. Cuestión distinta es que se observe alguna actuación negligente de su parte y se

⁸⁹ «La responsabilidad derivada de este precepto, en sus diversos apartados, en cuanto aquéllos que de- ben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas, no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de otra determinada y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos.

El tutor está considerado como un titular defectivo de un haz de deberes y derechos igual a los integrantes de la patria potestad, entre los que se halla el deber de educar, deber éste que se extiende a la vigilancia preventi- va del daño específico, luego producido», *JC*, 1975, n.º 65.

conviertan en corresponsables. La responsabilidad de los padres y profesores será alternativa cuando la guarda del menor pase de uno a otro y, sin embargo, será concurrente cuando al defecto de vigilancia de los profesores se le una alguna falta en la educación por parte de los padres⁹⁰.

La responsabilidad del titular del Centro docente tiene unos límites subjetivos, temporales y espaciales. Sólo se responde por los daños que el menor alumno causare en el transcurso de la jornada escolar (independientemente de que se trate de una actividad escolar, extraescolar o complementaria), quedando excluidas las autolesiones⁹¹, y siempre que se produzcan en el propio Centro o, en su caso, donde se estaba desarrollando la actividad extraescolar.

Los problemas pueden surgir en torno a la precisión de en qué momento concluye la responsabilidad de los padres y cuándo comienza la del titular del Centro docente. En la práctica los problemas precisamente surgen en las franjas temporales fronterizas: antes del comienzo y una vez acabadas las clases. Los Tribunales señalan que el titular del Centro de enseñanza responde mientras los menores se encuentren en sus dependencias, de modo que amplían la responsabilidad mas allá de la jornada escolar. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991 señaló que como los hechos habían ocurrido en el colegio el padre no ejercía su labor de guarda, que se entendía delegada en el Centro. La obligación de guarda de los padres renace desde el momento en que el Centro escolar acaba la suya, que no puede interpretarse de manera rígida —pues impondría a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente acabadas las clases— sino con cierta flexibilidad. Si lo habitual es que los alumnos permanezcan en el patio de recreo durante un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva y antes de ser recogidos, se deduce que los padres

⁹⁰ PAGLIARA, B., *op. cit.*, p. 41.

⁹¹ Así, MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Responsabilidad de centros docentes...*, *cit.*, p. 240. Por otro lado, DÍAZ ALABART rebate los argumentos propuestos por MORENO MARTÍNEZ, y concluye con una exposición favorable al reconocimiento de las autolesiones en el art. 1903.5 Cc, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos ...», *cit.*, pp. 100, 146-7; *id.*, «Responsabilidad de los Centros docentes públicos y de su profesorado...», *cit.*, pp. 151-2. En concreto, con respecto al argumento que alude a que como la responsabilidad del titular del Centro docente se encuentra regulada en normas civiles, penales y administrativas, para salvar la coherencia del ordenamiento deben entenderse incluidas las autolesiones —que sí que están comprendidos en el ámbito de los Centros de enseñanza pública—, señalamos que hay otras normas que regulan de distinto modo esta responsabilidad. Por ejemplo en lo que se refiere al ejercicio del derecho de repetición; así, en virtud del art. 1904.2 Cc los titulares de Centros docentes podrán exigir a los profesores las cantidades satisfechas, siempre que hubieran incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones. Y en relación con esto, según la reforma operada por la Ley 4/1999 de modificación de la LRJ-PAC el ejercicio del derecho de regreso en sede administrativa ha dejado de tener carácter facultativo ya que ahora aparece regulado con carácter obligatorio, sin que la alusión al elemento valorativo en torno a la comprobación del dolo, culpa o negligencia grave de parte del funcionario, pueda desvirtuar esta afirmación.

cuentan con que hasta ese momento están en el Centro y vigilados por su personal. Otra cosa sucedería si el Centro hubiese establecido como norma el cierre inmediato de todas sus instalaciones una vez acabada la jornada, porque entonces los padres sí que estarían obligados a prever este hecho y a ocuparse de la guarda inmediata de sus hijos menores⁹².

También se pronuncia el Tribunal Supremo a favor del traspaso de la función de vigilancia en favor del Colegio desde la entrada de los menores al recinto hasta su salida en la sentencia de 10 de diciembre de 1996, donde se enjuician los hechos que dieron lugar a las heridas ocasionadas en el ojo por un menor a otro, con una chapa con alfiler (o broche)⁹³.

Entre los pronunciamientos de Tribunales inferiores destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 10 de noviembre de 1999, donde se desestimó el recurso interpuesto por los padres de una menor que había sido agredida al finalizar la clase de gimnasia por otra menor, mientras la primera se estaba duchando. En Primera instancia se desestimó la demanda formulada por el padre de la víctima contra los padres de la autora de los daños, dado que las menores se encontraban bajo la vigilancia de los profesores y no de sus padres. El recurso fue desestimado porque «no es posible ejercer por parte de los padres las funciones de vigilancia sobre los hijos desde el momento de la entrada en el centro de los menores hasta su salida al finalizar la jornada escolar, ya que durante ese tiempo dichas funciones de vigilancia se traspasan a los cuidadores y profesores del colegio»⁹⁴.

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 23 de abril de 1999 señaló que «la responsabilidad que el art. 1903 CC establece para los padres y titulares de centros docentes de enseñanza no superior se basa en un deber de vigilancia enraizado, respectivamente, en la patria potestad y en las funciones que desempeñan estos centros sobre sus alumnos menores de edad, vigilancia y control que no cabe entender concurrentes, por lo que la una excluye a la otra de tal manera que la declaración de responsabilidad en los supuestos que recoge el párrafo quinto del citado art. 1903 impide que recaiga la misma declaración sobre padres o tutores (...)»⁹⁵.

⁹² AC, 1992, n.º 363. En torno al problema relativo a la determinación del período durante el que se responde de los daños causados por los alumnos, señala DÍAZ ALABART que lo más probable es que los Centros docentes no estén de acuerdo con la solución propuesta por el TS en esta sentencia, *vid.* «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 3 de diciembre de 1991», CCJC, n.º 28, 1992, 737.

⁹³ AC, 1997, n.º 358. En relación con esta sentencia apunta GÓMEZ CALLE que, en contra de la línea jurisprudencial predominante, no cabe afirmar que cuando un menor cause algún daño mientras se encontraba en el Centro de enseñanza sus padres van a quedar siempre exonerados, «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 10 de diciembre de 1996», CCJC, n.º 43, 1997, 1174, p. 398.

⁹⁴ Ar. C., 2000, n.º 2508, F. D. segundo.

⁹⁵ AC, 2000, @ 287.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de marzo de 2000 se discutió acerca de si la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por un menor de diecisiete años a otro menor —el primero propinó al segundo un puñetazo en el rostro, mientras jugaban al baloncesto fuera de la programación de actividades deportivas del Instituto y a pesar de que debían hallarse en clase— debe ser abonada por los padres del autor, o en litisconsorcio por ellos y por la Administración de la que depende el Centro, o por ésta en exclusiva, como entiende el Juzgado. En Primera instancia se condenó a los padres del menor agresor y éstos alegaron la falta de litisconsorcio pasivo necesario por cuanto que consideraban que la demanda debió dirigirse contra la Administración de la que dependía el Centro donde se habían producido los hechos; en apelación los padres fueron absueltos⁹⁶.

Aunque la práctica judicial tiende a transformar la responsabilidad de los titulares de Centros docentes en una responsabilidad cuasi-objetiva, no se trata del mismo grado de objetivación que se infiere de las sentencias donde son responsables los padres de un menor. Mientras que la objetivación de la responsabilidad de los padres es evidente, respecto a los titulares de los Centros docentes la objetivación es tendencial, porque tienen más posibilidades prácticas de demostrar que no hubo culpa por su parte⁹⁷.

En relación con la edad de los alumnos, el art. 1903.5 Cc sólo se refiere a la responsabilidad del Centro docente de enseñanza no superior por los daños que

⁹⁶ Ar. C., 2000, n.º 1828.

⁹⁷ Al igual que en el caso de los padres, se ha intentado objetivar la responsabilidad del titular del Centro docente exigiendo mayores niveles de diligencia aunque en este caso no se ha llegado a conseguir.

Es importante resaltar que por ejemplo en la STS 21-11-1990 se prueba que los hechos constituyen un caso fortuito y que la profesora encargada de vigilar a los menores obró como debía: «Es verdad que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en un elemento subjetivo de la culpabilidad según lo impone el art. 1902 Cc, ha ido evolucionando, hacia un sistema que sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del sujeto, acepta soluciones cuasi-objetivas, al transformar la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, ora exigiendo una diligencia específica más alta; pero, en cualquier caso la solución de objetivar la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión sin más del más básico principio del (*in*) responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo (sentencia de 16-10-1989)», JC, 1990, n.º 702.

En sentido parecido *vid.* STS 10-3-97, AC, 1997, n.º 616 y STS 20-5-1993, JC, 1993, n.º 487.

Entre las sentencias de los Tribunales inferiores, en la reciente SAP Cantabria de 23-4-1999, como consecuencia de los daños que un menor causó a otro en el interior de un Colegio a la salida de las clases, en Primera instancia se condenó solidariamente a los padres del menor y al Centro escolar. Ambos interpusieron recurso de apelación: el Colegio por considerar que se trata de un hecho imprevisible y los padres por defectos formales. Finalmente resulta que «habiendo tenido lugar dentro del recinto y antes de haber salido al exterior por haber concluido las clases y actividades complementarias, al modo de ver de la Sala, los alumnos siguen sujetos a la vigilancia del Colegio que, en virtud de la “cuasi objetivación” de la responsabilidad que les impone el precepto comentado según prescripción de la L 1/1992, debe responder de sus actos», AC, 2000, @ 287.

causen sus alumnos menores de edad. No es infrecuente que un alumno mayor de edad se halle cursando los últimos cursos comprendidos en esta delimitación, pero en ese caso, si causa algún daño no responderá el titular del Centro sino él mismo por la vía del art. 1902 Cc⁹⁸. Así acontece en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 29 de marzo de 2000, donde se comparte la exoneración de la responsabilidad de la *Ikastola* demandada en Primera instancia. Después de la clase de gimnasia, en el vestuario, un alumno de 3º de BUP (que tenía dieciocho años) agrede a otro alumno del mismo curso (de dieciséis años). El Centro quedó exonerado debido a la edad del agresor y en este caso tampoco respondió éste último porque cuando se le demandó, la acción había prescrito: «considera la Sala al igual que el Juzgador que el Centro no responde en estos casos; y ello porque la lesión se causó por persona con capacidad plena a quien corresponde responder de su propio actuar; y porque no era necesario la vigilancia del personal del centro dentro del vestuario en cuanto que con relación a estos alumnos no se exige una vigilancia persistente y constante; por cuanto de su actuar se estima que tienen una cierta capacidad de discernimiento y comprensión de los actos y conductas que desarrollan»⁹⁹.

3.1.3. Particular consideración de algunas regulaciones especiales. Estudio de la jurisprudencia

3.1.3.1. El uso de las armas. La Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza

La Ley 1/1970 de 4 de abril, de Caza, en el primer apartado de su art. 3 otorga el derecho a cazar a toda persona mayor de catorce años que se encuentre en posesión de la licencia de caza y cumpla los demás requisitos establecidos legalmente¹⁰⁰. En relación con la responsabilidad civil, su art. 33 dispone en el apartado 5º que «todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo

⁹⁸ En el mismo sentido, MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Responsabilidad de centros docentes...*, cit., pp. 206-7.

⁹⁹ AC, 2001, @ 222.

¹⁰⁰ Igualmente en el Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, art. 3 apartado primero.

En el art. 3.3 de la Ley de Caza se puntualiza que «Para cazar con armas de fuego o accionadas por aire u otros gases comprimidos será necesario haber alcanzado la mayoría de edad penal o ir acompañado por otro u otros cazadores mayores de edad». Dada la fecha de redacción de la Ley se debe acomodar al nuevo Código penal y se debe interpretar que se hace referencia a la edad de dieciocho, sobre todo si se tiene en cuenta que el Reglamento (también en el apartado 3º del art. 3) fue más explícito al señalar que «Para cazar con armas de fuego o accionadas por aire u otros gases comprimidos será necesario haber cumplido dieciocho años o ir acompañado por otro cazador mayor de edad cuando este último esté en posesión de un licencia de caza de clase A o D y la distancia que lo separe del primero le permita vigilar eficazmente sus actividades cinegéticas (...)».

También el Reglamento señala en su art. 36 apartado cuarto que «No se concederá licencia de caza: a) a los menores de catorce años.

del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza»¹⁰¹.

Este artículo consta de dos partes. En la primera se establece una obligación que tiene como destinatario cualquier cazador, y acabamos de decir que a partir de los catorce años se puede ser sujeto activo del derecho de caza, lo que supone que si el agente es un menor de edad que cumple los requisitos legalmente establecidos en la legislación de caza, en principio nada se opone a que sea él quien indemnice por los daños que hubiera ocasionado. Se trata además de una responsabilidad objetiva que se producirá en todo caso salvo en los dos supuestos expresamente mencionados, por lo que de nada sirve probar que se ha empleado la diligencia que precisaba el supuesto concreto.

La segunda parte del artículo es destacable porque se refiere a la responsabilidad que corresponde a un grupo de personas cuando una de ellas ha causado un perjuicio pero es imposible individualizar cuál de todas ha sido el agente material concreto, estableciendo una responsabilidad solidaria, como veremos posteriormente.

En la jurisprudencia no suele ser habitual encontrar sentencias donde se condene al menor cazador, sobre todo teniendo en cuenta que en muchos casos, pese a tener la edad requerida, no se poseía la licencia. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1985 responsabiliza al padre de un menor de catorce años que dispara contra un grupo de chicos con edades comprendidas entre los quince y los diecisiete años y alcanza en el ojo a uno de ellos. Dada la edad del menor se podría haber descendido a averiguar su culpabilidad, pero no sucede así. En todo caso, el que la condena sea parcial puede hacernos pensar que, de alguna forma, el Tribunal ha reconocido que los otros menores tenían cierta capacidad¹⁰².

¹⁰¹ Desarrollando lo anterior, el art. 35.6.a) del Reglamento de Armas de 24 de julio de 1971 añade que no se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o de las municiones y, en caso de daños a las personas, se estará a lo dispuesto en el art. 52 de ese Reglamento.

Igualmente, en su art. 35.6.b) el Reglamento dispone que «en la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza. A estos efectos, se considerarán únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieren utilizado armas de la clase que originó el daño».

¹⁰² En Primera instancia se estimó parcialmente la demanda y ambas partes interpusieron recurso de apelación que fue desestimado. El demandado interpuso recurso de casación basándose en la prescripción y en la infracción de la doctrina del art. 1903 párrafos 2º y 7º Cc, pero también fue desestimado, *JC*, 1985, n.º 466.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983 los hechos discurren en el patio de la casa donde vivían el actor y el demandado, cuando el hijo del segundo, de dieciséis años, disparó varias veces con una carabina de aire comprimido y alcanzó al hijo del actor (de once años). En casación uno de los motivos alegados fue la infracción del párrafo séptimo —actual párrafo sexto— del art. 1903 Cc, por cuanto que el demandado consideró que la diligencia empleada fue la adecuada. Pero la Sala Primera del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones ha declarado que constituye una grave imprudencia dejar al alcance de personas menores irresponsables una escopeta de aire comprimido, apta para funcionar, y el hecho de que se alegue que los menores se quedaron solos porque quien tenía su cuidado debía ir a trabajar no puede servir de disculpa, por lo que no puede entenderse que al estimar que no concurrió en el demandado la diligencia exigible para prevenir el daño, se haya interpretado erróneamente el art. 1903 *in fine*.

En esta sentencia, a pesar de que el autor del daño tenía dieciséis años, únicamente fue demandado el padre. Es interesante observar cómo el demandante tenía claro que pretendía recibir una indemnización acudiendo al responsable más solvente. De ahí que se reservase el ejercicio de las acciones civiles pues por aplicación del Código penal vigente hubiera recaído en el propio menor, ya que como señalaba el art. 8.2. Cp un sujeto era criminalmente imputable a partir de los dieciséis años¹⁰³.

Por otra parte, en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1982 se enjuician los hechos que acabaron con la muerte de un joven de dieciséis años que cogió el arma de su tío y se le disparó. Fueron demandados el tío, la compañía de seguros y el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de Circulación y, tras ser absueltos en apelación, el Alto Tribunal resolvió a favor de su condena. Ello supone que no se tomó en consideración la edad del agente, lo cual nos parece criticable teniendo en cuenta que, en circunstancias normales, un joven de dieciséis años tiene capacidad de discernimiento¹⁰⁴.

¹⁰³ Aunque el Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones, por aplicación de un indulto el procesado fue absuelto. Se reservaron acciones civiles y en Primera instancia el Juzgado estimó parcialmente la demanda; interpuesto recurso de apelación por el padre demandado, fue desestimado, y el TS no casó la sentencia, *JC*, 1983, n.º 210.

¹⁰⁴ En Primera instancia se condenó al tío y a la compañía, pero a ésta por menos cantidad; en apelación se absolvió a los demandados y en casación se anuló la sentencia, *JC*, 1982, n.º 132.

Resulta llamativo que la parte demandante adujera como argumento a su favor el que, dada la edad de la víctima, dieciséis años, el demandado tenía que haber guardado toda precaución y haber descargado el arma, puesto que ya hemos señalado en anteriores ocasiones que la edad señalada confiere suficiente discernimiento a un menor pese a no haber llegado aún a la mayoría de edad.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2000 los hechos fueron los siguientes. Un joven de quince años cogió la escopeta de su hermano y, a pesar de no tener licencia de caza, disparó contra el marido y padre, respectivamente, de los actores, causándole la muerte. En Primera instancia se apreció la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario pero la Audiencia condenó solidariamente a los padres (culpa *in vigilando*, por la vía del art. 1903 Cc), al hermano del menor (por su negligencia al dejar el arma a un menor de edad, en virtud del art. 1902 Cc) y al Consorcio de Compensación de Seguros. Sin embargo, el Tribunal Supremo absolvió al Fondo de Compensación porque el supuesto de hecho pretendido es distinto al contemplado en la norma y por lo tanto no queda comprendido entre los que obligan al Fondo a indemnizar a la víctima¹⁰⁵.

En este contexto, sólo la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975, —que mencionábamos anteriormente a propósito de la responsabilidad de los tutores— condenó al tutor y a la vez abuelo del menor que se había ido de caza sin su permiso, y al finalizar la cacería causó lesiones al ahora actor como consecuencia de habersele disparado el arma, junto con el propio menor autor de los hechos. El menor y su tutor fueron condenados (el segundo con carácter subsidiario) tanto en la instancia como en apelación y el Tribunal Supremo no admitió el recurso de casación interpuesto por el tutor-abuelo, limitándose a señalar que la responsabilidad contenida en el art. 1903 Cc no es subsidiaria sino directa¹⁰⁶.

3.1.3.2. La conducción de vehículos a motor. La nueva regulación de la responsabilidad civil introducida en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial

En los accidentes de circulación producidos como consecuencia de la conducción de algún vehículo por menores, destaca el dato objetivo de que en la mayoría de casos tienen capacidad de discernimiento. El razonamiento es lógico partiendo de que para conducir un ciclomotor se necesita haber cumplido al menos catorce años¹⁰⁷ o si se trata de una motocicleta se requiere tener dieciséis años, y

¹⁰⁵ *AJA*, 22-6-2000, n.º 444.

¹⁰⁶ *Vid. supra*, en este mismo capítulo, nota n.º 88.

¹⁰⁷ El art. 272 del Decreto de 25 de septiembre de 1934, por el que se aprueba el Código de la Circulación y sus anexos, ubicado en el capítulo XVI (Permisos y licencias de conducción) señala que para obtener la licencia de conducción es necesario, entre otros requisitos: «a) haber cumplido 16 años de edad y no rebasar los 65, salvo si se hubiera sido titular de otro permiso o licencia. Por excepción, también podrán obtener licencia de conducción los menores de 16 años que, una vez cumplidos los 14 hayan finalizado los estudios de Educación General Básica (esto debe interpretarse de acuerdo con las reformas acaecidas en materia de educación) y superen las pruebas que determine el Ministerio del Interior, a propuesta de la Dirección General de Tráfico».

para obtener el permiso de circulación de vehículos, la edad mínima es la de dieciocho años. A pesar de que se incumplan muchas veces estos requisitos, la destreza pero a su vez impericia de alguien que precozmente ha aprendido a manejar un ciclomotor, una motocicleta o un automóvil¹⁰⁸, se adquiere como muy pronto poco antes de obtener la edad reglamentaria.

Por el contrario, cuando se trata de víctimas de accidentes de circulación se invierte la escala puesto que son mucho más comunes los casos en los que la víctima es un menor de corta edad.

De sumo interés resulta la norma concerniente a la responsabilidad civil que aparece en el Proyecto de Ley de Reforma del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial de 1990, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo¹⁰⁹, que recientemente ha comenzado a debatirse en el Congreso de los Diputados. En el texto del Proyecto se pretende que el art. 72 de la actual Ley quede redactado como sigue:

Artículo 72. Personas responsables

Se añade un párrafo segundo al número 1 que quedará redactado en los siguientes términos:

«Cuando sea declarada la responsabilidad de los hechos cometidos por un menor de 18 años, responderán solidariamente con él, sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a los mismos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores».

Como bien señala la Exposición de Motivos del Proyecto, en el capítulo III, y en conexión con lo dispuesto en la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se establece la responsabilidad solidaria, por las infracciones cometidas por los menores, de aquellas personas, que por tener su custodia legal, tienen también el deber de prevenir la infracción. El legislador ha reproducido el contenido del art. 61.3 LORPM que, como veremos, no está exento de problemas interpretativos. Con la inclusión de la norma en otra Ley se refuerza el hecho de que la tendencia actual es que los menores a partir de cierta

¹⁰⁸ Según el Anexo del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, un ciclomotor es un vehículo de dos ruedas y una sola plaza con motor térmico de cilindrada no superior a 50 centímetros cúbicos, o con motor eléctrico de potencia no superior a 1.000 vatios y cuya velocidad no excede de los límites que reglamentariamente se determinen; una motocicleta es un automóvil de dos ruedas, con o sin sidecar, entendiéndose como tal el habitáculo adosado lateralmente a la motocicleta, y el de tres ruedas; y por automóvil entiende todo vehículo de motor que sirve, normalmente, para el transporte de personas o de cosas, o de ambas a la vez, o para la tracción de otros vehículos con aquel fin.

¹⁰⁹ *Iniciativa*, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 36-1, de 16 de marzo de 2001, p. 1.

edad no deben quedar exentos de responsabilidad, sino que han de responder en régimen de solidaridad con sus guardadores.

Ahora únicamente nos limitaremos a destacar tres aspectos. En primer lugar, sería conveniente que durante los debates parlamentarios de este Proyecto se pusiera de manifiesto las dudas que actualmente viene suscitando el art. 61.3 LORPM y al menos en esta nueva Ley se aclarase su contenido, lo cual nos permitiría interpretar mejor el precepto. En segundo lugar, en el artículo proyectado actualmente no se establece ningún límite inferior de edad sino que únicamente se hace referencia a «cuando sea declarada la responsabilidad de los hechos cometidos por un menor de 18 años». No obstante, sabemos que sólo a partir de los catorce años se puede acceder a un permiso de circulación, en este caso en relación con los ciclomotores, de modo que esa es la edad que actuaría como límite inferior, que además coincide con la edad fijada en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Por último, el Proyecto ha suprimido la fórmula que aparece en la Ley del menor y que permite al Juez moderar la responsabilidad de las personas enumeradas, y en su lugar ha establecido que la responsabilidad de los padres, tutores, acogedores y guardadores tendrá lugar «en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a los mismos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores».

En todo caso, para un estudio detallado de la tramitación parlamentaria de este Proyecto nos remitimos al capítulo siguiente donde, cuando analicemos la Ley 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, dedicaremos un apartado al análisis del texto que ahora comentamos, dadas las similitudes que presentan ambos preceptos.

En otro orden de cosas, el art. 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor¹¹⁰, señala que el conductor es responsable por el riesgo creado por la conducción del vehículo, de los daños que cause a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. Si los daños han sido causados a personas, el conductor sólo quedará liberado de responsabilidad cuando pruebe que se debieron únicamente a la conducta de la víctima o a una fuerza mayor, es decir, se trata de una responsabilidad objetiva. Y si los daños fueron

¹¹⁰ La Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados señala que la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 1968 pasa a denominarse Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y, además de indicar las modificaciones que se introducen en la misma, incorpora un Anexo donde se contiene el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

ocasionados a los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos correspondientes del Código civil, del Código penal y lo dispuesto en esta Ley.

Además, este mismo artículo en su párrafo cuarto señala que si en el accidente concurrieren la negligencia del conductor y la del perjudicado, la responsabilidad y el consiguiente reparto en la cuantía de la indemnización serán moderados equitativamente, atendiendo a la entidad respectiva de ambas culpas.

Lo que mayor interés ha suscitado es el párrafo quinto del artículo señalado, que también aparece en el Reglamento sobre la Responsabilidad Civil y el Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto de 12 de enero de 2001, con una redacción más completa. En virtud de este apartado, el propietario no conductor de un vehículo asegurado responderá de los daños —a personas y bienes— que hubiera causado el conductor cuando se encuentre vinculado con éste por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1903 del Código civil y 120.5 del Código Penal, señalando además que el propietario puede quedar exonerado de dicha responsabilidad si consigue probar que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en el Anexo donde recoge el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, señala que en relación con los criterios para la determinación de la responsabilidad o la indemnización «2. Se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción del mismo».

En este sentido, si el art. 1.1 párrafo 2 LRCSCVM señala que «en el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor», a ello se debe añadir que se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que siendo ésta inimputable el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción del mismo. Parece que las compañías aseguradoras, que han influido mucho en la redacción de la ley, han querido quitarse de encima los supuestos de menores que se cruzan de forma inesperada en la trayectoria del vehículo. Pero, como ha señalado YZQUIERDO TOLSADA, «semejante indecencia no debería producir un cambio muy sensible en la aplicación cotidiana del Derecho, pues los Jueces continuarán entendiendo (...) que entra en los cálculos de un conductor mínimamente diligente que, en determinadas

circunstancias, y dada la natural inconsciencia de los niños, puedan éstos invadir la calzada inopinadamente». Pese a que los redactores han pretendido escapar incluso del mecanismo de la compensación buscando la exoneración absoluta, en sentido inverso consideramos que se debe acudir a la compensación de responsabilidades tanto en los casos en que la víctima es consciente del daño que puede ocasionar con su conducta, como cuando su inimputabilidad se lo impida¹¹¹.

A pesar de la edad, es decir aunque el joven que causa el accidente esté a punto de cumplir los dieciocho años, el Tribunal Supremo se sigue pronunciando a favor de la responsabilidad de los padres, como por ejemplo sucedió en la sentencia de 7 de febrero de 1991, después de que un joven de diecisiete años en compañía de unos amigos cogiera el coche de su padre sin su permiso y tuvieran un accidente cuando lo conducía un amigo¹¹².

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1990 constituye uno de los escasos pronunciamientos donde la parte actora es una joven de dieciséis años y no sus padres. Esta menor iba en una motocicleta conducida por un joven de la misma edad, que no tenía permiso y la había tomado a prueba de un taller, y al derrapar en una curva chocaron contra una valla resultando lesionada la ahora constituida en parte actora. En el juicio de faltas se condenó al menor a una multa y a indemnizar a la víctima, pero como el menor era insolvente y no se declaró la responsabilidad civil subsidiaria de sus padres, la actora pretendía que, posteriormente, la indemnización le fuera satisfecha por la vía civil. En Primera instancia se estimó la demanda y en apelación se desestimó el recurso del demandado, quien también interpuso recurso de casación, que resultó igualmente rechazado, puesto que el Alto Tribunal entendió que «la infracción del principio general que contiene el deber de no dañar a nadie (“neminem laedere”), proporciona a los perjudicados diversas vías de actuación para resarcirse de los daños sufridos. Cuando la acción causante está tipificada y reúne los requisitos para ser calificada de infracción penal, la obligación de ella nacida se rige, como dice el artículo 1902 (*sic*) del Código civil, por las normas del Código penal, y ello comporta, normalmente, el ejercicio conjunto de la acción civil y la penal, y en todo caso, la subordinación de la vía civil, sólo ejercitable separadamente cuando se produce la terminación o archivo de las actuaciones penales. Cuando la sentencia penal es condenatoria como la que origina el presente pleito, se condena al resarcimiento de los daños y perjuicios de todo tipo sufridos por el perjudicado, se establece en su caso la responsabilidad civil subsidiaria y se agota la vía civil, pero cuando las circunstancias personales del

¹¹¹ Vid. *Sistema de responsabilidad civil...*, cit., p. 207.

¹¹² RJ-A, 1991, n.º 1151.

autor no permiten encontrar un responsable civil subsidiario por no existir personas de las comprendidas en el artículo 22 del Código penal, y el autor está en alguna de las relaciones intersubjetivas contempladas en el 1903 del Cc, es posible que el perjudicado, que no ha sido resarcido de los daños sufridos, ejercite la acción civil directa, no subsidiaria, derivada de la responsabilidad extracontractual por hechos ajenos que contempla dicho artículo. Su contenido podría haber sido satisfecho por el juez penal si hubieran concurrido los requisitos del artículo 22 del Cp, pero si éstos no concurren y sí los del artículo 1903 Cc, queda expedito este cauce de restauración del orden patrimonial alterado por violación del deber “neminem laedere” y que tiene su fundamento en la culpa “in vigilando” o “in eligendo”¹¹³.

No vamos a entrar en el fondo de esta sentencia porque los hechos se enjuician con arreglo al Código penal derogado, pero llama la atención el que se traiga a colación el art. 22 Cp 1973 y no se diga nada del art. 20 regla primera, que es donde se comprende la responsabilidad civil de quienes tengan la patria potestad o guarda legal del menor infractor. La respuesta es clara por cuanto que a la víctima no le interesa su aplicación ya que, teniendo en cuenta que la mayoría de edad penal se obtenía a los dieciséis años, el responsable criminal también lo era civil y no se podría pretender que sus padres respondieran. De ahí que, en un afán de excesivo proteccionismo a la víctima, se haya acudido a una aplicación analógica del art. 22 Cp.

Es destacable que en el ámbito de la circulación es donde hemos encontrado más sentencias en las que, al menos por vía indirecta —es decir, aunque el Tribunal Supremo no se haya pronunciado expresamente, no ha anulado los pronunciamientos de instancias inferiores—, se admite la responsabilidad solidaria del menor autor del daño. Si en Primera instancia la demanda también se dirige contra un menor de edad que resulta ser condenado con sus padres y esta sentencia es confirmada por la Audiencia y se desestima el recurso de casación que pudiera interponer la parte demandada, al no ser casada la sentencia, implícitamente el Tribunal Supremo acaba por reconocer la responsabilidad civil del menor¹¹⁴.

Por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1992 la demanda no se dirigió sólo contra los padres del menor sino también contra él mismo. En este caso el hijo había cogido las llaves del coche de sus padres y

¹¹³ *JC*, 1990, n.º 563.

En la doctrina, GÓMEZ CALLE señala que le parece insostenible la interpretación laxa o extensiva que los Tribunales penales han realizado en ocasiones en torno a los presupuestos del art. 22 Cp de 1973, «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 27 de septiembre de 1990», *CCJC*, n.º 24, 1990, 636, p. 1027; en realidad la sentencia y el contenido del comentario realizado se refieren a la STS de 11-10-1990.

¹¹⁴ En este contexto destaca la STS 22-1-1991 que ya hemos expuesto anteriormente, *JC*, 1991, n.º 29.

cuando lo estaba conduciendo chocó contra unos árboles resultando muerta su compañera. En Primera instancia se condenó a los padres y al hijo solidariamente y la Audiencia confirmó el pronunciamiento. Los padres del menor interpusieron recurso de casación con el fin de que se reconociera que obraron con toda la diligencia debida, pero fue desestimado¹¹⁵.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1994, nos encontramos con otro pronunciamiento en el que después de que se condenase al hijo causante del daño junto con sus padres, la Audiencia Provincial también lo condena y el Alto Tribunal, al no anular la sentencia, confirma ese dato¹¹⁶.

Asimismo, merecen ser destacadas otras resoluciones que aunque no han sido objeto de recurso de casación, la doctrina que emana de ellas al menos nos sirve para corroborar lo que venimos expresando. Se trata de sentencias de instancias inferiores donde resulta condenado un menor próximo a la mayoría de edad en régimen de solidaridad con sus padres. En este sentido, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Mula condenó a un menor —que a pesar de estar desprovisto de la preceptiva licencia conducía un ciclomotor y atropelló a una peatón causándole la muerte— solidariamente con su madre —ya que el padre fue absuelto por quedar probada su separación judicial y que la guarda y custodia de los hijos menores había sido encomendada a la madre—, con su hermano —que era el propietario de la motocicleta que además carecía de seguro— y con el Consorcio de Compensación de Seguros. Los demandados interpusieron recurso de apelación pretendiendo que se reconociera que había habido culpa exclusiva de la víctima, así como que el menor conductor fue diligente, dado que las licencias para conducir este tipo de vehículos se obtienen mediante una simple petición al Ayuntamiento, que las otorga sin necesidad de comprobar la pericia del conductor y sin realización de ningún tipo de examen. Pero a ello se puede objetar que llevaba un pasajero y en este tipo de transporte no se permite porque implica una importante pérdida de maniobrabilidad y capacidad de frenado. Es un supuesto de responsabilidad civil objetiva que no está basada en la culpa sino en el riesgo que se genera para terceros, y en el que el causante del daño sólo puede eximirse probando la falta de relación de causalidad, que se dará cuando el daño se haya causado por la imprudencia

¹¹⁵ «Hablar de que los padres han empleado toda (toda, explícitamente exige el artículo citado como infringido) la diligencia para prevenir el daño, es inadmisibile como lo revela que el coche pudo ser utilizado por el menor aun sin la voluntad de los padres, lo que conlleva a la conclusión de la insuficiencia de las medidas tomadas consistentes en la simple ocultación de las llaves y tapa del delco, como admite la sentencia recurrida, que no quedaron fuera del alcance del menor», *JC*, 1992, n.º 827.

¹¹⁶ Un menor de quince años conducía un vehículo sin permiso y en compañía de otros menores, cuando tuvieron un accidente y uno de ellos, que ahora resulta ser la parte actora, resultó lesionado, *JC*, 1994, n.º 334.

de la víctima o por fuerza mayor extraña a la conducción. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 5 de febrero de 1993 declaró haber lugar en parte al recurso: no hubo culpa exclusiva de la víctima sino en todo caso concurrencia de culpas, y por ello el Juez de instancia procedió a compensar las responsabilidades rebajando la indemnización¹¹⁷.

También destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de julio de 1999, donde la colisión de vehículos tuvo lugar cuando una motocicleta –que había sido sustraída por personas desconocidas– era conducida a velocidad inadecuada y sin alumbrado por una menor de edad, que además carecía de carnet y no cedió el paso a un turismo. En Primera instancia no se estimó la demanda pero la Audiencia la revocó y condenó solidariamente a la menor que conducía la motocicleta, a sus padres y al Consorcio de Compensación de Seguros, por haber sido robada la motocicleta¹¹⁸.

En este sentido cabe señalar que el propietario de cualquier vehículo a motor está obligado a suscribir un contrato de seguro, que deberá cubrir la responsabilidad civil hasta la cuantía de los límites del seguro obligatorio. Del ámbito del seguro obligatorio quedan excluidos (art. 5.3.º LRCSVM) los daños sufridos con motivo de la circulación del vehículo causante, si hubiera sido robado, y en este caso se realiza una remisión al art. 8.1.c de la Ley, que versa sobre las “Funciones del Consorcio de Compensación de Seguros” y dispone que, entre las mismas le corresponde, hasta el límite del aseguramiento obligatorio, indemnizar los daños a las personas y en los bienes producidos por un vehículo con estacionamiento habitual en España que, estando asegurado, haya sido robado. El apartado 4.º del art. 5 de la Ley LRCSVM señala que salvo la anterior excepción, el asegurador no podrá oponer frente al perjudicado ninguna otra exclusión, pactada o no, de la cobertura. En concreto enumera a título de ejemplo, que no podrá oponer aquellas cláusulas contractuales que excluyan de la cobertura la conducción del vehículo designado en la póliza por quienes carezcan de permiso de conducir, incumplan las obligaciones legales de orden técnico relativas al estado de seguridad del vehículo o utilicen ilegítimamente vehículos de motor ajenos o que no estén autorizados expresa o tácitamente por su propietario.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 1993, el recurrente –la compañía aseguradora– fue condenado en la instancia junto con otros codemandados como consecuencia del accidente producido cuando un menor cogió el coche de su padre. La aseguradora, que había sido condenada hasta

¹¹⁷ Ar. C., 1993, n.º 689.

¹¹⁸ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1999\1203.

el importe de la cobertura del seguro obligatorio, basaba su recurso en que el vehículo había sido robado y por tanto quedaba excluido de la cobertura, incluso con cargo al seguro obligatorio; también solicitaba una reducción de la indemnización, aspecto al que se unieron los otros dos demandados. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, señalando que la compañía aseguradora tenía razón dado que el vehículo había sido robado. Además, si a ello añadimos que el propio lesionado contribuyó con su esfuerzo físico a sacar el vehículo del garaje donde estaba aparcado y aun sabiendo que no tenían autorización del propietario voluntariamente subió al mismo, es claro que concurre la causa de exclusión que alega la entidad aseguradora con base en los arts. 3.3 del Real Decreto Legislativo 1301/1986 de 28 de junio y 12.1.c) del Real Decreto 2641/1986 de 30 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio, cuando ambos textualmente indican que «quedan excluidos del seguro quienes, con ocasión de ocupar voluntariamente un vehículo no asegurado, o que estándolo haya sido robado o hurtado, sufrieran daños corporales o materiales con motivo de la circulación de dicho vehículo, y el asegurador probase que aquéllos conocían tales circunstancias»¹¹⁹.

Por lo que se refiere a la regulación de otros Derechos, en concreto en el Código civil italiano el art. 2054 se refiere a este tipo de daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos. Cuando el accidente hubiera sido causado por un menor la víctima podrá dirigir su demanda contra el propio menor, contra los sujetos enumerados en el art. 2048 Cc, contra quienes sean responsables en virtud del art. 2054 del mismo Código y, además, contra todos a la vez. Señala el párrafo primero del art. 2054 Cc italiano que el conductor de un vehículo que no tuviera permiso de conducir estará obligado a resarcir el daño causado a personas o cosas como consecuencia de la circulación del mismo, a no ser que probase que hizo todo lo posible para evitar el daño. Y en su párrafo tercero dispone que el propietario del vehículo es responsable solidario con el conductor, salvo que pruebe que su utilización se produjo en contra de su voluntad.

¹¹⁹ Un menor cogió las llaves del coche de su padre sin su autorización y con la ayuda de unos amigos lo sacó de la cochera empujándolo para que su padre no pudiera oír el ruido del motor. Inmediatamente lo pusieron en marcha y se fueron con él, cuando el menor perdió el control al salirse de una curva y resultó herido uno de los ocupantes.

El padre del menor herido demandó al menor que conducía, a su padre y a la compañía aseguradora que fueron condenados en Primera instancia. Señala la Audiencia que «si bien los demandados incurrieron en responsabilidad civil por la vía de los artículos 1902 y 1903 citados, no lo es menos que el lesionado demandante igualmente incurrió en culpa cuando conoedor, (...), de que el menor (...) carecía del correspondiente permiso de conducir, aceptó el riesgo que comportaba ocupar una plaza en el vehículo conducido por tan imperito piloto, y por ende, asumió las previsibles consecuencias perjudiciales que podían producirse, lo cual conlleva que se haga uso del instituto de la compensación de culpas en tal grado que justifica, (...), reducir, en un principio, las indemnizaciones concedidas en la instancia en un 90%», AC, 1994, @ 398.

La carga probatoria varía en cada caso porque si el padre era el propietario del vehículo y resulta demandado por la vía del art. 2054 Cc, sólo podrá quedar liberado si la utilización del vehículo se produjo contra su voluntad; y en lo que se refiere a la prueba exoneratoria del art. 2048 Cc, si se utilizan los criterios de la culpa *in educando* e *in vigilando*, difícilmente van a quedar exonerados. Sin embargo, en la práctica la jurisprudencia ha hecho coincidir la prueba requerida en el art. 2048 Cc con la del art. 2054 Cc.

A pesar de la edad de los hijos, frecuentemente los Tribunales italianos han señalado que la obtención del carnet de conducir no supone que el menor adquiera una condición asimilable a la del emancipado, en presencia de la cual el padre deba quedar exonerado del deber de vigilancia del art. 2048 Cc¹²⁰; una vez más se pone de manifiesto que la jurisprudencia italiana, a semejanza de la española, pocas veces ha reconocido la existencia de la categoría de los “grandes menores”.

Por otra parte, en el Derecho francés serían aplicables los arts. 1382 y 1383 Cc en relación con el menor y si la demanda se dirige contra los padres aplicaríamos el art. 1384.4 Cc; por último, se podría atender a quién era el guardián del vehículo con el cual se ocasionó el accidente, y en ese sentido dispone el párrafo primero del art. 1384 Cc que no sólo se es responsable del daño que se causase por hecho propio sino también del que se produzca por las personas de las que se tiene la obligación de responder o por las cosas que se tengan bajo guarda. Hoy está superada la postura doctrinal que negaba toda virtualidad a la posibilidad de que un menor pudiera ser considerado guardián de algún objeto. Es sobre todo a partir de la sentencia *Trichard* de 18 de diciembre de 1964¹²¹ y, particularmente con la sentencia de la Asamblea Plenaria de la Corte de casación sobre el caso *Gabillet*, de 9 de mayo de 1984¹²², cuando la cuestión ha quedado resuelta.

3.1.3.3. El menor poseedor o propietario de un animal. Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos

La regulación de la responsabilidad que dimana de los daños causados por animales se contiene fundamentalmente en el Código civil. A esta regulación cabe

¹²⁰ *Cass. civile* 12-6-1971, n. 1814, *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 349, en concreto c. 352; *Cass. civile* 27-5-1975, n. 2141, *Giur. it. Mass.*, 1975, c. 600; *Cass. civile* 21-10-1976, n. 3725, *Giust. civ. Mass.*, 1976, c. 888.

¹²¹ En concreto se admitió que una persona que sufría una crisis de epilepsia fuera considerada guardián del vehículo con el que causó el accidente, *Cass. civ.*, 2^o, 18-12-1964, *D*, 1965, *jurisp.*, p. 191, con nota de P. ESMEIN y conclusiones de SCHMELCK; *JCP*, 1965, II, 14304, con observaciones de N. DEJEAN DE LA BÂTE.

¹²² En esta sentencia se responsabilizó a un niño de tres años por el daño que había ocasionado, al considerar que por aplicación del art. 1384.1^o Cc era el guardián porque tenía «el uso, la dirección y el control» del palo con el que había dejado ciego al caer de un columpio a uno de sus amigos, sin que fuera necesario apreciar «si tenía capacidad de discernimiento», *vid. supra*, capítulo II, nota n.º 4.

añadir que, con carácter administrativo, algunas Comunidades Autónomas han promulgado sus propias leyes, primero con un carácter proteccionista y, últimamente, como consecuencia de la repercusión social que han tenido determinados incidentes protagonizados por animales pertenecientes a la especie canina, con relación al régimen jurídico que controla y regula la tenencia de animales peligrosos. En la actualidad los ataques a las personas por parte de diferentes animales, sobre todo de perros sujetos al dominio del hombre, se repiten con demasiada frecuencia, hasta el punto de que han adquirido un alarmante protagonismo. Como ha señalado la propia jurisprudencia, aunque este tipo de actos no suponen una novedad, puesto que se han ido sucediendo a lo largo del tiempo, resultan injustificables cuando los avances científicos permiten la utilización de medios técnicos adecuados para el control de estos animales, máxime si por manipulaciones genéticas, alimentarias o de otro tipo, se propicia su fiereza, y de este modo se les hace pasar de la condición de domésticos a la de animales dañinos¹²³. Ello conlleva un aumento necesario en la intensidad de su vigilancia y control, de manera que la sola tenencia de los mismos ya significa la instauración de un riesgo por razón del peligro que representan para los demás, sobre todo si se trata de niños o ancianos¹²⁴. Estas situaciones han sido las que han alertado a los órganos de la Administración competentes, para que dictasen las medidas preventivas necesarias, resultando adelantadas las legislaciones de algunas Comunidades Autónomas, como por ejemplo Cataluña, donde se ha promulgado la Ley 10/1999, de 30 de julio sobre la Tenencia de Perros considerados Potencialmente Peligrosos. En el panorama nacional destaca la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos.

En el Código civil el art. 1905 preceptúa que el poseedor de un animal –sin establecer ninguna clasificación– o el que se sirve de él responde de los daños que cause, incluso en aquellos casos que se le hubiera escapado¹²⁵ o extraviado. Sólo cesará su responsabilidad cuando el daño provenga de fuerza mayor o de culpa de

¹²³ Vid. STS de 22-2-1947, *RJA*, 1947, n.º 278, Cdo. primero; SAP Sevilla 25-11-1998, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, ARP 1998\5315; Juzgado de lo penal de Mallorca, 19-1-2000, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, ARP. 2000\2.

Según las referidas resoluciones, se entiende por animal dañino, “el que acomete sin ser excitado para ello”.

¹²⁴ STS de 12-4-2000, *AJA*, 4-5-2000, n.º 437, F. D. primero.

¹²⁵ Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 18-7-1991 desestimó el recurso interpuesto por el poseedor del animal y declaró su responsabilidad dado que el supuesto de hecho encajaba perfectamente en el art. 1905 Cc. Un joven de quince años muere al recibir una coz de un caballo que al ser sacado del cobertizo comenzó a retozar y se escapó del ronzal. En Primera instancia se desestimó la demanda, pero en apelación fue revocada. El condenado interpuso recurso de casación por infracción del art. 1905 Cc al desestimar la Audiencia la concurrencia de culpa exclusiva de la víctima. *JC*, 1991, n.º 577.

quien hubiera sufrido el daño. Este precepto constituye uno de los supuestos de responsabilidad objetiva admitidos en nuestro ordenamiento jurídico.

En torno al criterio de atribución de responsabilidad, se podría atender a la persona que se aprovecha de la utilización del animal, a quien ejercía su guarda y custodia o, por último, a la persona que tenía el señorío de hecho. Dado que aisladamente no nos convence ninguno de los criterios apuntados, puesto que individualmente considerados no resuelven todas las situaciones planteables, consideramos que deben ser combinados atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso¹²⁶.

El Código civil español optó por incluir como responsable al poseedor del animal en lugar de introducir al propietario (que sin embargo sí aparece en los ordenamientos francés –art. 1385 *Code civil*–, italiano –art. 2052 *Codice civile*–, en el Código civil de Perú –art. 1979– y en el de Chile –art. 2326-¹²⁷) y aunque en muchas ocasiones ambos conceptos confluyan en una misma persona, en otros casos resulta que una persona es la dueña del animal mientras que otra es la poseedora. En este último supuesto surgen algunos problemas en torno al deslinde de responsabilidades, porque si bien en principio entendemos que debe responder el poseedor con independencia de si es o no el propietario, debemos puntualizar que ello es lógico siempre que el dueño del animal no reciba utilidad alguna, puesto que si la posesión inmediata recae sobre alguien que no se sirve del mismo no sería justo que, además de no recibir nada a cambio, tuviera que cargar con la responsabilidad que se pudiera derivar¹²⁸. De ahí que sea necesario puntualizar que la posesión no puede referirse a una mera tenencia del animal sino que debe comprender un vínculo jurídico más intenso; la posesión no ha de ser transitoria ni fugaz, al menos habrá de tratarse de un poseedor en concepto de dueño¹²⁹.

¹²⁶ En el mismo sentido, RAMOS MAESTRE, A., «Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables», *RDP*, 1997, pp. 725-7.

¹²⁷ Sin embargo el § 833 BGB y el art. 56 CO suizo se refieren a quien tenga la guarda del animal; en sentido parecido, el art. 493 del Cc portugués se refiere a quien tenga su vigilancia. Y el art. 179 del Libro VI del BW se refiere al poseedor del animal.

¹²⁸ Si el poseedor lo utiliza en interés propio (comodatario, arrendatario, usufructuario) deberá responder, pero si no lo utiliza en interés propio (por ejemplo, depositario), la atribución de responsabilidad no atendería en este caso al criterio de la utilización en su beneficio particular, sino a un criterio basado en el deber de custodia o vigilancia del animal y, a su vez, habría que distinguir según que el poseedor se encargase de su custodia a título oneroso –en ese caso el propietario deberá quedar exento–, o cuando el poseedor se ocupa del animal a título gratuito –entonces sería el dueño quien debería responder–. *Vid.* LINACERO DE LA FUENTE, M., «Responsabilidad civil por daños causados por animales. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 13 de febrero de 1996», *RDP*, 1997, pp. 647-8.

¹²⁹ CAVANILLAS MÚGICA, S., «Determinación del sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva o cuasiobjectiva (obras, filtraciones, animales...», en *Responsabilidad civil*, CGPJ, Madrid, 1993, p. 159.

Cuando el animal que custodiaba un menor causa un daño a otro, en primer lugar debemos averiguar quién deberá ser considerado poseedor y, en concreto, si el propio menor puede ser poseedor. En este sentido, la capacidad de poseer¹³⁰ del menor aparece regulada en el art. 443 Cc, al declarar que «los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor». Como sabemos, la posesión se compone de un elemento fáctico, la tenencia material de la cosa, y un elemento espiritual o intencional que se concreta en la voluntad precisa para desarrollar la actuación posesoria conscientemente. De ahí que se dé entrada a la posibilidad de que los menores e incapacitados sean poseedores, pero no quedaría comprendido cualquier menor de edad ni cualquier persona que hubiera sido incapacitada, sino que, pese a que en el artículo no se concreta, el elemento intencional o de voluntad siempre es necesario y acompaña a cualquier actuación posesoria, es decir, aunque sea mínimamente, se exige cierto grado de capacidad. Ello conlleva que ser poseedor supone tener una voluntad lo suficientemente madura como para dar origen a un poder de hecho sobre la cosa. Por tanto, no todo menor puede adquirir la posesión, y aunque no es necesaria la capacidad de obrar plena, quedarán excluidos de la adquisición posesoria quienes carezcan de capacidad natural¹³¹.

Además, la Ley catalana 10/1999, de 30 de julio, sobre Tenencia de Perros considerados Potencialmente Peligrosos, entre las medidas de seguridad mencionadas en el art. 2 apartado primero, *in fine*, señala que en las vías públicas, en las partes comunes de los inmuebles colectivos, en los transportes públicos y en los lugares y espacios de uso público en general, los perros referidos¹³² «en ningún caso pueden ser conducidos por menores de dieciséis años», lo cual permite interpretar que un menor que haya cumplido dieciséis años puede ser considerado poseedor, y esto anudado a la interpretación del art. 443 Cc, no deja lugar a dudas.

¹³⁰ Descartamos la posibilidad de que el menor se sirva del animal, por cuanto que, como sabemos, la eficacia contractual de los contratos celebrados por menores es claudicante.

¹³¹ Igualmente, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L./RUBIO TORRANO, E., en *Código civil. Doctrina y jurisprudencia (art. 443)*, t. II., coord. J. L. Albácar López, Madrid, 1995, p. 886; DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., *op. cit.*, p. 412; MARTÍN PÉREZ, A., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales (art. 443)*, dir. Albaladejo García, M./Díaz Alabart, S., t. VI, Madrid, 1993, p. 244; COCA PAYERAS, M., en *Comentario del Código civil (art. 443)*, dir. Paz-Ares, C./Díez-Picazo Ponce de León, L./Bercovitz, R./Salvador Coderch, P., t. I, Madrid, 1991, p. 1194.

¹³² El art. 1 de la Ley catalana considera que son perros potencialmente peligrosos aquellos que hubieran agredido a otros perros o a personas, y los que hubieran sido adiestrados para el ataque y defensa. Enumera exhaustivamente unas razas o cruces, que también quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley: Bullmastiff, dobermann, dogo argentino, dogo de Burdeos, fila brasileiro, mastín napolitano, pit bull, de presa canario, rottweiler, staffordshire y tosa japonés.

En cuanto a la posesión o tenencia de animales por personas de cuyos actos deban responder otras, algún autor, sin plantearse la posible responsabilidad que podría recaer en la persona que tenía al animal, señala que no se aplicará el art. 1905 Cc sino el art. 1903 Cc¹³³. Sin embargo, esta postura no nos parece aceptable.

El menor de edad puede ser poseedor de un animal (art. 443, inciso 1.º Cc) y el art. 1905 Cc contiene una responsabilidad sin culpa. Tampoco estamos de acuerdo con quienes han señalado que la responsabilidad contenida en el art. 1905 Cc, al ser objetiva es aplicable a todo menor, incluso al de escasa edad –y por lo tanto civilmente inimputable–, entendiendo que importa poco que tenga o no capacidad de culpabilidad¹³⁴.

En relación con lo anterior, no discutimos la naturaleza objetiva de esta responsabilidad sino el que se haya obviado la comprobación de un requisito de aplicación del artículo en cuestión. Una persona, por el hecho de serlo responde cuando mediante una acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia (art. 1902 Cc). Pero el supuesto que comentamos se diferencia de la norma general tanto en la naturaleza de la responsabilidad como en la delimitación de personas responsables, puesto que requiere la cualidad de ser poseedor o ser la persona que se sirve del animal y un menor de corta edad no puede ser considerado poseedor por no tener capacidad natural.

En lo que respecta a otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo en el Derecho francés el ámbito de aplicación de la responsabilidad derivada de los daños que causen los animales es más amplio. El art. 1385 Cc francés declara que el propietario de un animal, o aquel que se sirva de él es responsable del daño que dicho animal hubiera causado, bien porque estaba bajo su guarda, bien porque se había escapado. Y la “guarda” ha sido interpretada ampliamente por la doctrina francesa, en el sentido de reconocer que los menores, incluso los niños de corta edad, pueden ser guardianes de cosas o animales. Según la jurisprudencia francesa incluso un menor inimputable podría ser considerado el guardián de un animal¹³⁵. La

¹³³ LINACERO DE LA FUENTE, M., «Responsabilidad civil por daños causados por animales...», *cit.*, p. 648.

En la jurisprudencia, en la STS 10-5-1985, como consecuencia de un accidente de circulación provocado por animales mal conducidos por menores se declara la responsabilidad de sus padres en virtud del 1903.2 Cc, *JC*, 1985, n.º 294.

¹³⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres...*, *cit.*, p. 154; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil...*, p. 193; GÓMEZ CALLE, E., «La responsabilidad del menor», *cit.*, p. 108.

¹³⁵ La Corte de Casación francesa ha reconocido que un niño de tres años era el guardián del palo con el que hirió a un amigo. Nos remitimos a la sentencia de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación de 9 de mayo de 1984, caso *Gabillet*, estudiada en el capítulo II (apartado 1.2.5) y *supra*, a propósito de los accidentes de circulación.

guarda ha dejado de ser un poder reservado a los adultos y el niño también puede ser considerado guardián del objeto¹³⁶, pero corresponde a la víctima probar que el menor a quien pretende demandar tiene un poder efectivo y autónomo de dirección y control sobre la cosa o el animal y además deberá demostrar que el objeto o animal en cuestión realmente fueron determinantes en la producción del daño. Ello significa que en virtud del art. 1384.1 Cc el menor puede ser considerado guardián y por lo tanto también puede ser demandado por la vía del art. 1385 del *Code*.

En relación con nuestro ordenamiento, como ya apuntábamos, un menor con cierta capacidad podrá ser responsable en virtud del art. 1905 Cc. Esa responsabilidad directa del menor no excluye la que pueda corresponder a los padres por el art. 1903.2 Cc, que permitiría al perjudicado asegurarse el cobro de la indemnización.

Habría que distinguir aquellos casos en los que el menor, si tiene capacidad de discernimiento, o sus padres, si no la tiene, deben responder cuando un animal ha causado un daño, de aquellos otros en los que el menor resulta ser la víctima del ataque del animal.

En el primer caso, para dar una solución a cada supuesto debemos averiguar quién es el poseedor de animal puesto que como hemos visto, no existe ningún obstáculo legal para que pueda ser poseedor un menor de edad dotado de suficiente capacidad. De ser así, es decir si el menor fuera el poseedor, deberá aplicársele el art. 1905 Cc; sin embargo, y a pesar de lo anterior, la jurisprudencia se muestra reacia a reconocer la cualidad de guardador o custodio en un menor.

De ahí que aunque en la cartilla del perro figure como propietario un menor, se entiende que son sus padres los poseedores del animal. En este sentido, la Audiencia Provincial de Almería en su sentencia de 10 de noviembre de 1998 declaró que aunque un menor de diez años aparezca formalmente como propietario en la cartilla de vacunación del animal, es más correcto derivar la posible responsabilidad hacia quien asume la custodia del can, a la vez que se sirve de él como instrumento de seguridad en el inmueble que lo aloja¹³⁷.

¹³⁶ BORE, J., *op. cit.*, 2180.

¹³⁷ Un perro amarrado en una caseta sita en zona privada muerde al actor. Éste demanda a su propietario, un niño de diez años, pero la Audiencia entiende que (art. 2 LEC antigua, art. 7 de la actual) como sólo pueden comparecer en juicio quienes estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, si no lo estuvieran comparecerán en su lugar sus representantes legítimos quienes deben suplir su capacidad con arreglo a Derecho. Ello en realidad no planteó mayor problema porque aun habiendo sido demandado el menor, se personó su padre. De todas formas no prosperó el recurso interpuesto por el demandante dado que él fue quien entró en una propiedad privada, B. D. *Ar. Jurisprudencia*, AC 1998\2074.

Lo normal es que los padres respondan objetivamente en virtud del art. 1905 Cc, e incluso también se les podría aplicar el art. 1903.2 Cc, si al producirse el daño por el animal que el hijo menor llevaba consigo, no hubieran desplegado la diligencia exigible. No nos atrevemos a decir que se prefiere la aplicación del art. 1905 a la del art. 1903.2 Cc por el hecho de que la responsabilidad regulada en el primero sea objetiva, puesto que éste ya no constituye un criterio de diferenciación, como ya hemos puesto de manifiesto al analizar la última tendencia jurisprudencial.

A tenor de lo anterior, resulta difícil imaginar que el menor deba ser llamado en calidad de custodio del animal, porque normalmente serán sus padres quienes desempeñen este cometido. Más probable es que el menor utilice al animal como un juego o diversión y que en esas circunstancias cause un daño a otro. En este caso, cuando en la producción del daño causado por el animal concorra el comportamiento del propio menor, podrá haber un concurso de responsabilidad del menor, *ex* art. 1902 Cc –si además de ser imputable civilmente la víctima consigue probar que hubo culpa de su parte, por ejemplo porque lo soltó o lo azuzó–, de los padres *ex* art. 1903.2 Cc y del custodio en virtud del art. 1905 Cc –cuando se trate de una persona distinta a los padres–¹³⁸.

En otro orden de cosas, en relación con la segunda posibilidad que apuntábamos, es decir, aquella en que el menor resultaba ser la víctima de la embestida del animal, igualmente diferenciaremos si el animal pertenecía a sus padres o a un tercero. Si en el caso de que siendo dueño del animal el padre, la madre, o ambos conjuntamente, el perro muerde a un hijo de escasa edad, nos volvemos a preguntar, como veíamos en el apartado correspondiente, si los padres deben responder de los daños que hubieran sufrido los menores por una supuesta falta de control de su parte, pero de nuevo contestamos que no, porque el supuesto regulado en el art. 1903.2 Cc, como ya expusimos, no comprende la responsabilidad que pudiera corresponder a los padres por los daños que hubieran sufrido sus propios hijos. De ahí que sólo sería de aplicación el art. 1905 Cc, aunque no suele ocurrir que los progenitores, en nombre de algún hijo menor, interpongan una demanda contra ellos mismos, a no ser que el riesgo estuviera asegurado, en cuyo caso sí que será probable que dirijan la correspondiente demanda contra la compañía aseguradora.

Si el menor tuviera suficiente discernimiento, no cabría plantear la responsabilidad exclusiva de sus padres por el art. 1903 Cc, sino que sólo sería aplicable el

¹³⁸ Igualmente, en el Derecho italiano MOROZZO DELLA ROCA, «La responsabilità civile dei genitori, tutori...», *cit.*, p. 79.

art. 1905 Cc, pero el resultado final sería el mismo del supuesto anterior, es decir, a no ser que el cabeza de familia hubiera estipulado un seguro, en la práctica lo lógico es que ni siquiera valore esa posibilidad.

También podríamos diferenciar el supuesto en que un menor es agredido por un animal que pertenece a un tercero. En este caso, el art. 1905 Cc sería de aplicación al poseedor o persona que se estaba sirviendo del semoviente, en definitiva al tercero, y si se constata que hubo concurrencia de responsabilidades, también se podrá acudir al art. 1902 Cc, si el menor tenía suficiente discernimiento, o al art. 1903.2 Cc, por una falta de vigilancia de sus padres.

De la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 24 de noviembre de 1995 se extrae que resulta irrelevante que la señora no fuera la propietaria del perro que arañó a una menor porque, a efectos del art. 1905 Cc, lo que interesa es saber quién es el poseedor y aunque su hijo fuera el propietario, era ella quien lo sacaba a pasear y lo cuidaba. Además, junto a la culpa de la poseedora también concurrió culpa de los padres de la menor, a la sazón de siete años, quien con la lógica irreflexión de un niño de esa edad, se acercó a acariciar al animal cuando éste se encontraba en el portal de la casa¹³⁹.

Igualmente, la Audiencia Provincial de Toledo en su sentencia de 21 de septiembre de 1992, expresa que en relación con los daños sufridos por un niño de siete años al ser atacado por un perro que rompió por impulso la cadena que llevaba, se debe tener muy presente que el menor se había introducido en el jardín donde se encontraba el animal sin permiso del propietario y sin conocimiento de sus padres. La Audiencia estimó concurrencia de culpas entre el propietario del perro y los padres del menor y fijó en un tercio la culpa imputable a los progenitores¹⁴⁰.

Pero la edad de los menores no siempre ha de llevar a una compensación sino que en estos casos es más usual que se atienda tanto a que la responsabilidad del art. 1905 Cc es de tipo objetivo, como al hecho de que tener y disfrutar de animales en interés propio entraña riesgos que el propietario debe asumir. En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2000 se plantea quién debe responder

¹³⁹ «Y siendo esto así, es evidente que por razones de equidad, esta última participación culposa ha de tener su reflejo en la moderación del quantum indemnizatorio en el porcentaje fijado acertadamente por la sentencia de instancia de un 20 por cien, compensación que además viene ya expresamente establecida, para el caso de menores o inimputables en el anexo que con la rúbrica “Sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, establece la Disposición adicional 8ª L 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los seguros privados, que modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, expresándose que “se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurre con ella a la producción del mismo”», *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1996, 180.

¹⁴⁰ AC, 1993, @ 207.

de los daños causados a unos menores que se hallaban jugando próximos a la finca donde estaban albergados, por el ataque de unos perros mastines que fueron soltados por el hijo del recurrente. El Tribunal desestimó el recurso interpuesto por los poseedores de los animales y consideró que no había la menor duda de que, como los perros estaban destinados a la custodia de la finca propiedad de los recurrentes, dichos titulares dominicales eran los que se beneficiaban de los animales y, en ese sentido, basta con la utilización en provecho propio para que surja la obligación de resarcir¹⁴¹. En este caso bien se podría haber señalado que el hecho de dejar jugar solos a los menores denota imprudencia por parte de quienes los tienen bajo su guarda, pero toda la responsabilidad recayó en quienes usaban y obtenían un provecho de dichos animales.

Los mismos criterios son utilizados cuando nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil *ex delicto*. La repercusión social y, sobre todo, la gravedad del siniestro que costó la vida de un niño de cuatro años como consecuencia de la mordedura de un perro, llevaron al Juzgado de lo penal de Mallorca (sentencia de 19 de enero de 2000) a condenar al padre del menor —y propietario del animal— que había sacado a los perros a pasear sin su consentimiento, y al escapárseles y no encontrarlos se había marchado confiado en que regresarían a casa. En torno a la edad del tenedor del animal, la sentencia señala que la edad del hijo del acusado, quince años, supone tener una capacidad de entender y querer con un grado de desarrollo al que el Derecho, en términos generales, otorga cierta relevancia¹⁴².

En esa sentencia sólo es condenado penalmente el padre y no hay pronunciamiento civil acerca de la responsabilidad civil porque las partes llegaron a un acuerdo. Si se hubiera reservado la acción civil se habría acudido al art. 1905 Cc, e incluso como fue el hijo quien sacó a pasear a los animales y se le escaparon, marchándose a su casa sin avisar del extravío de dos perros peligrosos, se podría haber dirigido la demanda también contra él por la vía del art. 1902 Cc, dado su actuar negligente y atendiendo a la capacidad de discernimiento que se suele poseer a la edad de quince años.

¹⁴¹ *AJA*, 2000, n.º 437.

¹⁴² Se condena por delito de homicidio imprudente (comisión por omisión por infracción del deber de cuidado de estricto y permanente control del animal peligroso) a un año de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo mientras dure la condena, así como al pago de las costas procesales. No obstante la previsión contenida en el art. 116 del Código Penal, en relación con la responsabilidad civil derivada del delito, no procede establecer pronunciamiento alguno en orden a la determinación de la misma, toda vez que con anterioridad al acto del juicio, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular retiraron la reclamación inicialmente formulada con aquel objeto, al haber satisfecho la entidad aseguradora la cantidad de veinte millones de pesetas a los padres del niño fallecido, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, ARP 2000\2.

Penalmente no se condena al menor porque aunque los hechos tuvieron lugar cuando estaba en vigor el nuevo Código penal, la vigencia de su art. 19 quedaba suspendida hasta tanto en cuanto se promulgase la Ley del menor (disposición final 7.ª Cp), donde se recoge la responsabilidad penal de los menores con edades comprendidas entre los catorce y los dieciocho años –excepcionalmente puede ampliarse hasta los veintiún años–, y por lo tanto si el hijo tenía quince años quedaba fuera del Código penal.

En relación con lo anterior se debe señalar que el art. 631 del nuevo Código penal ha tipificado como falta la conducta de los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar algún daño. Y, en este sentido, la responsabilidad civil que en su caso se derivaría quedaría regulada en los arts. 116 y siguientes del texto penal. Lo mismo respecto de los menores que hubieran cumplido catorce años, aunque en este caso tanto la condena penal como la civil deberían ser determinadas con arreglo a la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

En otro orden de cosas cabe señalar que las condiciones generales de un contrato de responsabilidad civil general, en lo que se refiere al objeto y extensión del seguro se suele indicar que el asegurador toma a su cargo la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivarse para el asegurado, de acuerdo con los arts. 1902 y siguientes del Código civil, como consecuencia de los daños y perjuicios causados involuntaria y accidentalmente a terceros por hechos que derivan del riesgo especificado en las condiciones particulares que se concreten en la póliza correspondiente. La póliza de seguro dedica un apartado a la “responsabilidad civil familiar”, resultando cubiertos los siniestros ocurridos por los «actos u omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder como cabeza de familia según el Código civil: esposa, hijos u otros menores o incapacitados a su cuidado, familiares y sirvientes en tanto vivan en su compañía» y por la «propiedad del disfrute de animales domésticos o de corral». El art. 1910 Cc es el que, con una terminología anacrónica, contempla la responsabilidad del cabeza de familia, figura que toma como criterio la póliza de seguros¹⁴³.

3.1.4. *Daño causado por un grupo de menores. Aspectos teóricos y prácticos*

En algunas ocasiones un grupo de personas puede causar un daño a un tercero, y en esos casos habría que distinguir aquellos en los que a pesar de tratarse de

¹⁴³ La SAP Lérida de 4 de diciembre de 1998 declaró la responsabilidad del poseedor del perro (el abuelo) que había mordido a una persona, a pesar de que el animal pertenecía al nieto menor de edad. El riesgo estaba cubierto por el seguro de vivienda del que era tomador el demandado, *Ar. C.*, 1999, n.º 2372.

un grupo se puede individualizar perfectamente a la persona concreta que ocasionó el daño, de aquellos otros en donde resulta imposible determinar cuál de todos los sujetos fue el agente material del daño. El primer caso no suscita ningún problema, puesto que será responsable quien haya ocasionado el perjuicio. Sin embargo, el segundo supuesto plantea mayores dificultades porque aunque sean varias las personas que hubieran intervenido en su producción, sólo la conducta de una de ellas es la causante del daño, pero resulta imposible individualizarla.

La cuestión es distinta a la que se plantea cuando una vez originado un daño por varias personas, todas ellas han contribuido causalmente a su producción, puesto que en ese supuesto la única duda sería si se debe acudir a la mancomunidad o a la solidaridad, solución esta última propugnada por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria.

Como sabemos, para que surja la obligación de indemnizar debe probarse que existe un nexo de causalidad entre el daño causado y la conducta desplegada por el demandado. Si no se puede probar esa relación de causalidad, como ocurre en este caso, parece que los potenciales causantes del daño deberán ser absueltos, salvo que se trate de un supuesto de coautoría. La coautoría existe cuando los intervinientes se hubieran puesto de acuerdo en el resultado —cooperación física o psíquica—, y en ese caso el daño resultante ha de ser imputado en toda su extensión a cada uno de los autores¹⁴⁴. La coautoría es el acuerdo de voluntades que justifica la imputación recíproca del resultado entre todos los coautores. El mutuo acuerdo funciona como título común de imputación objetiva y, consecuentemente, dicha imputación a las conductas de cada coautor resulta sin que sea necesario la existencia de una específica relación de causalidad entre el mismo y la particular aportación causal de cada uno de ellos¹⁴⁵.

Sin embargo, no siempre existe un acuerdo previo entre los sujetos que causan el daño. Es frecuente que mientras unos niños están jugando uno de ellos resulte herido. Aunque en algunos supuestos resulte fácil individualizar cuál fue el menor agente material del daño, en otros puede ocurrir que no sea tan sencillo averiguar qué niño ha sido el autor efectivo del perjuicio. Aquí no estamos ante un supuesto de coautoría, sino de acción peligrosa común o de culpa conjunta¹⁴⁶: partimos de la existencia de un daño consecuencia de una acción realizada conjunta-

¹⁴⁴ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, cit., p. 506.

¹⁴⁵ Y todos ellos responderán solidariamente siempre que concurra en cada uno el necesario criterio de imputación, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 8 de febrero de 1983», *CCJC*, 1983, n.º 2, 36, pp. 411-2.

¹⁴⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Indeterminación del causante de un daño extracontractual», *RGLJ*, 1983, p. 75; *id.*, *Tratado de Responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pp. 877-8.

mente, donde no hay ningún acuerdo de los intervinientes, y las circunstancias que envuelven el caso no permiten establecer la relación de causalidad entre ese daño y el agente concreto, sino que únicamente permiten deducir que una de las personas que conforman el grupo ha causado el perjuicio.

Cuando nos encontramos ante un supuesto de estas características, todos los que formaban el grupo responderán solidariamente¹⁴⁷ salvo que alguno consiga probar que no fue el causante del resultado dañoso. En el caso de que varios sujetos sin cooperación consciente hubieran causado conjuntamente un daño ha de ser imputado a cada uno de ellos en su totalidad, pues cada uno es condición imprescindible del resultado, siempre que no pueda distinguirse la participación causal de cada coautor. No es pues necesario que la actuación peligrosa de varios se base en un acuerdo entre ellos, sino que la igualdad de inculpación justifica la responsabilidad solidaria de todos los partícipes aunque sólo uno de ellos haya podido producir el resultado dañoso¹⁴⁸.

En este sentido revisten fundamental interés dos sentencias pronunciadas hace más de veinte años, que a pesar de su proximidad en el tiempo llegan a conclusiones opuestas. Nos estamos refiriendo a las sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980 y de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981, de las cuales el profesor DE ÁNGEL YÁGÜEZ realiza un exhaustivo estudio¹⁴⁹.

La sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos absolvió a los dos menores que mientras estaban disparando con escopetas de aire comprimido alcanzaron con un proyectil a un tercer niño, porque no se pudo determinar cuál de los dos fue el que efectuó el disparo concreto. La demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por el padre de la víctima fue desestimada en Primera instancia; asimismo, la Audiencia Territorial desestimó el recurso y señaló que «ni en el curso de estas actuaciones, ni anteriormente por el Tribunal Tutelar de Menores, se pudo determinar quién fue el autor del único disparo que produjo la referida lesión, por lo que aun teniendo presente que con su actitud los dos menores, hi-

¹⁴⁷ Señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ que «cuando un grupo de personas desarrolla, bien concertadamente, bien de manera espontánea, una actividad como consecuencia de la cual se causa daño a un tercero, todos los componentes del colectivo quedan solidariamente obligados a reparar el mal causado si no puede acreditarse quién fue su autor directo», «Indeterminación del causante...», *cit.*, p. 74; *id.*, *Tratado de Responsabilidad civil...*, *cit.*, pp. 876-7.

En el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS (Sala 1ª) de 8 de febrero de 1983...», *cit.*, p. 413; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, Madrid, 1993, p. 506.

¹⁴⁸ En palabras de LARENZ sería el supuesto denominado «autoría secundaria», *vid. Lehrbuch des Schuldrechts...*, *cit.*, cap. VII, § 2, III.

¹⁴⁹ *Id.* «Indeterminación del causante...», *cit.*, pp. 23 ss; *id.*, *Tratado de Responsabilidad...*, *cit.*, pp. 864-6.

jos de ambos demandados, creaban una situación de peligro, generadora en potencia de posibles daños, no puede olvidarse que el ilícito civil que sancionan los artículos 1902 y 1903 del Código civil con la responsabilidad de indemnizar los daños causados, han de referirse siempre y en todo caso a conductas u omisiones culposas cualificadas por el resultado dañoso, y nunca por una situación de mero peligro, en base a la cual únicamente habría de ser producida la condena de ambos demandados en este caso, y por tanto, absolutamente improcedente. Y descartada, naturalmente, toda forma de intencionalidad, acuerdo o concierto previo para producir el resultado lesivo, en la medida que no se pudo determinar el autor del único disparo de la lesión, es obvio y evidente que faltando por carencia total y absoluta de prueba la necesaria relación de causalidad, no existen ya términos hábiles para que entre en juego la doctrina de la culpa, ni aun por mecanismos de presunción en aplicación de la teoría del riesgo u otra equivalente».

Los hechos de la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca fueron los siguientes. Dos niños de doce años se entretenían tirando piedras a un tercero mientras esperaban para entrar a la escuela. Una de esas piedras, sin que pudiera determinarse qué niño fue el que la lanzó, alcanzó a otro menor, que resultó herido en el ojo. El Juzgado de Primera instancia desestimó la demanda por no haberse acreditado cuántos menores intervenían en el “juego” y qué menor había sido el autor del lanzamiento de la piedra. Sin embargo, esa sentencia fue revocada por la Audiencia al estimar como hecho acreditado que de todos los menores que se encontraban en las proximidades sólo los dos hijos de los demandados se hallaban lanzando piedras, a pesar de que no se pudiera probar cuál de los dos efectuó el lanzamiento preciso.

En las dos sentencias que acabamos de señalar no hay coautoría sino que existe la certeza de que el daño sólo pudo ser producido por la acción de un único sujeto, no identificado, dentro de la pluralidad de posibles agentes. DE ÁNGEL YÁGÜEZ pone de manifiesto lo antagónico de ambos pronunciamientos y señala que la sentencia de la Audiencia Territorial de Mallorca es loablemente avanzada, al introducir los términos de “culpa conjunta” y “acción común”¹⁵⁰. Por otra parte, PANTALEÓN PRIETO considera que la que más se acomoda a nuestro Derecho es la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos¹⁵¹.

¹⁵⁰ *Ibid.* pp. 75-6; *Ibid.* p. 876.

¹⁵¹ No se debe olvidar que cuando se dice que una persona pudo causar el daño, también pudo no causarlo, y la función de la responsabilidad civil es indemnizar el daño causado, no castigar conductas más o menos peligrosas, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS (Sala 1ª) de 8 de febrero de 1983»..., *cit.*, p. 417.

Esta solución que atiende a la solidaridad ha sido apoyada tanto por la mayoría de la doctrina española como por la jurisprudencia más reciente. También se pronuncia en este sentido el Código civil italiano (art. 2055), el alemán (§ 830.I¹⁵²), el CO suizo (art. 50.1), el portugués (art. 497), el peruano (art. 1983), o el de Chile (art. 2317). Sin embargo, en el Código civil español ninguna norma recoge este supuesto como tampoco la hay en el *Code civil* francés, donde la solidaridad ha sido admitida a través de la jurisprudencia¹⁵³.

En la jurisprudencia francesa primeramente hubo contradicciones, puesto que mientras la sentencia de 11 de junio de 1969 señaló que no había responsabilidad colectiva de los padres de los menores que al tender una cuerda a través de un camino habían causado daños a un tercero, ya que los participantes en ese “juego” no habían quedado determinados con certeza¹⁵⁴, otras sentencias se decantaron por la condena *in solidum*¹⁵⁵ de los posibles autores del daño. En este sentido destaca la sentencia de la Corte de casación de 6 de marzo de 1968, donde unos niños habían concertado entre ellos el ataque a un campo de *scouts* y lo ejecutaron conjuntamente mediante una serie de actos conexos e inseparables. Dado que todos los menores habían participado en dicha acción con un objetivo común, aquí sí que se consideró que eran solidariamente responsables del daño causado a uno de los *scouts* por una piedra lanzada por un menor no identificado¹⁵⁶.

¹⁵² «Si varias personas, por un acto ilícito cometido en común, han causado un daño, cada uno es responsable del daño. Lo mismo se aplica si no puede descubrirse quién, entre varios partícipes, ha causado el daño mediante su acción». La doctrina alemana puntualiza —como recoge F. PANTALEÓN PRIETO— que, en primer lugar, es necesario que cada uno de los posibles causantes del daño, de haberlo sido efectivamente, hubiese sido responsable del mismo; si cualquiera de ellos no hubiera tenido que responder de él por cualquier razón, deberá absolverse a todos. En segundo lugar, aunque no es preciso que exista un acuerdo de voluntades, sí es necesario que cada una de las acciones de los posibles dañantes hayan formado parte de una actuación unitaria, desde el punto de vista espacial-temporal. Y, por último, que no exista concurrencia de culpas o asunción voluntaria del riesgo por parte de la víctima, es decir, que la víctima fuera uno de los miembros del grupo. En este último sentido puntualiza DE ÁNGEL que si la víctima desarrolla la misma actividad que aquella de la que el daño se derivó, habrá de jugar la causa de justificación que conocemos como consentimiento de la víctima, consistente en este caso en la recíproca aceptación de riesgos. *Ibid.* pp. 413-4.

¹⁵³ En la doctrina destaca G. VINEY que señala que en estos casos se produce la «responsabilidad *in solidum* de los miembros de un grupo cuya acción dañosa no es individualmente imputada», VINEY, G, *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 210.

¹⁵⁴ Un ciclista cae al suelo como consecuencia del juego de unos menores consistente en colocar una cuerda a través de la calzada, pero como fue imposible determinar quién fue el responsable directo de este accidente; los jueces desestimaron la demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por la víctima contra los padres de algunos de los menores, *Bull. civ.*, 1969, n.º 200, p. 144.

¹⁵⁵ La obligación solidaria impropia nace porque en todos los supuestos de obligación solidaria no hay igualdad de grado entre los deudores (uno puede estar obligado por el ilícito civil directamente, otro en virtud de un contrato y sólo indirectamente por ese ilícito...) y ello lleva a distinguirlos de aquellos casos en los que sí que hay identidad de grado. En la obligación *in solidum* cada deudor no debe “la misma” prestación que su coobligado, como ocurre en la obligación solidaria, sino una prestación “idéntica”. *Vid.* SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, cit., Madrid, 1993, p. 506.

¹⁵⁶ Siete niños decidieron atacar por la noche a unos *scouts*, que eran más jóvenes que ellos, y les tiraron piedras con la intención de destruir la plataforma donde habían montado sus tiendas. Aunque el juego degenera

En la sentencia de la *Cour d'Appel* de Poitiers (ch. civile) de 16 de mayo de 1973 se condenó a los padres de varios menores que practicaban un juego peligroso —lanzar piedras— y teniendo en cuenta que la propia víctima participaba en dicho juego, se procedió a un reparto de responsabilidades. Los menores estaban divididos en dos campos y todos ellos lanzaban piedras, unos con una honda y otros con la mano. Se condenó *in solidum* a los padres de los tres menores del campo desde donde fue lanzado el proyectil causante del daño, ya que había una culpa colectiva de sus hijos por haber participado voluntariamente en semejante juego, teniendo en cuenta además que su edad les permitía prever las consecuencias. Los padres no podían exonerarse de la presunción de responsabilidad sino que, por el contrario, su falta de vigilancia era manifiesta. Pero la participación voluntaria de la víctima en el juego, en virtud del principio de la aceptación de riesgos, hizo que recayera en ella la mitad de la responsabilidad derivada del accidente¹⁵⁷.

En los Códigos en los que se dedica algún artículo a la responsabilidad solidaria, no se desciende al problema de la indeterminación del autor sino que sólo se hace referencia a los daños causados por varias personas conjuntamente. Únicamente el § 830.I frase segunda BGB y el art. 166 del Libro VI del BW se refieren al daño causado por una persona perteneciente a un grupo¹⁵⁸.

En España, aunque esta solución no aparezca en el Código civil, sí que está recogida en la Ley de Caza de 1970, cuyo art. 33 en su número 5 *in fine* se asemeja a lo dispuesto en el § 830 BGB y en el art. 166 BW al señalar que «en la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza»¹⁵⁹.

se en una batalla alineada donde todos los menores lanzaban piedras, no puede reprocharse culpa a los *scouts*, porque éstos estaban defendiéndose. Resultaron condenados solidariamente los siete menores agresores, *Bull. civ.*, 1968, n.º 76.

En sentido parecido, también en la sentencia *Cass. civ.* 29-11-1978, después de que un menor resultase herido por el impacto de un lápiz y la Corte de Apelación declarase responsables *in solidum* a los padres de todos los menores, la Corte de Casación rechazó el recurso interpuesto por los codemandados, *Bull. civ.*, 1978, n.º 257.

¹⁵⁷ *Gaz. Pal.*, 1973-II, p. 941.

¹⁵⁸ En concreto, el art. 166 señala que si una persona que forma parte de un grupo causa un daño de forma ilícita y el riesgo de causar así un daño había debido reprimir a los miembros del grupo de adoptar tal conducta colectiva, todos son solidariamente responsables si esa conducta les es imputable y, sigue en el siguiente párrafo, todos responderán por partes iguales a no ser que la equidad exija una reparación diferente.

¹⁵⁹ En el ámbito de la responsabilidad por daños el art. 35.6.b) del Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza se pronuncia en este mismo sentido. También destaca el art. 35.1.b del Reglamento, donde más que una responsabilidad por el daño causado por un cazador que forma parte de una partida de caza se refiere a la responsabilidad por hecho ajeno al establecer que «en los casos en que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno determinado de los varios acotados que colinden con la finca, la responsabilidad por los daños originados en la misma por las piezas de caza será exigible solidariamente de todos los titulares de acotados que fueren colindantes y subsidiariamente de los dueños de los terrenos».

La primera sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que trata una cuestión semejante es la de 8 de febrero de 1983. Un grupo de menores con edades comprendidas entre los doce años, jugaba entre ellos a lanzarse grapas (pequeños trozos metálicos punzantes) con un tiragomas; se dividen en dos grupos y mientras están lazando esas grapas alcanzan en el ojo a un niño de diez años que no participaba en el juego. Se demanda solidariamente a los padres de los cinco niños que intervenían, pues de los hechos no se podía extraer cuál de los menores efectuó el lanzamiento. «La circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores fue el causante material de la lesión padecida (...) no obsta a la responsabilidad de los demandados (o sea los padres de aquéllos) ya que el Código civil, (artículos mil novecientos diez, mil quinientos sesenta y cuatro, mil setecientos ochenta y tres, y mil setecientos ochenta y cuatro) y la Ley de Caza de 4 de abril de mil novecientos setenta (artículo treinta y tres, cinco) contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas, pero pertenecientes a grupos determinados (la familia que convive con el responsable, los miembros de la partida de caza, etc.), consecuencia como pone de relieve la doctrina científica del matiz objetivista que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejarían sin indemnización a las víctimas, con lo que, además, se orillan las dificultades de prueba atribuyendo las responsabilidades al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa, y a su vez se fundamenta la solidaridad de los responsables personalizando la responsabilidad en todos y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, en el caso contemplado, los padres de los menores causantes de los daños; solidaridad que ha declarado esta Sala en casos en que participando varias personas en la causación del daño a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una de aquéllas en el evento nocivo». El Juzgado de Primera instancia y la Audiencia condenaron a los demandados y no hubo lugar al recurso de casación interpuesto¹⁶⁰.

En relación con esta resolución, PANTALEÓN PRIETO trae a colación la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca que antes comentábamos, dado que bajo su punto de vista, cuando en uno de sus Considerandos razona sobre «la culpa conjunta en una acción común y un resultado que es su consecuencia, por lo que de no conculcar los presupuestos lógicos de la culpa extracontractual, a los varios agentes que hayan participado en el hecho es atribuible su consecuencia», eso equivale a estimar la demanda porque existió *coautoría* entre los posibles dañantes. Y, ahondando en este planteamiento particular, sigue indicando que no

¹⁶⁰ JC, 1983, n.º 67, Cdo. cuarto.

se debe olvidar que los demandados no son los propios menores sino sus padres en virtud del art. 1903.2 Cc. Un padre no responde por el hecho de que su hijo sea responsable de un daño –porque si fuera así, entonces ante menores de escasa edad, como no son imputables, sus padres no responderían nunca, lo cual resulta absurdo–, sino por su culpa *in vigilando*. Es una responsabilidad por hecho propio no por hecho ajeno. Al hablar de coautoría debemos pensar en que los agentes se han puesto de acuerdo, y no se puede afirmar que los padres de los lanzadores de piedras se pusieron de acuerdo en no vigilar a sus hijos, por lo que el argumento de la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma no parece convincente¹⁶¹.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1983 se llega al mismo resultado, es decir, a la condena solidaria de los padres de los menores que lanzaban esas grapas; el Alto Tribunal justifica su decisión en el hecho de que se debía evitar la injusticia que supondría dejar a la víctima sin indemnización («...desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños...») así como en los siguientes preceptos legales: arts. 1910, 1564, 1783 y 1784 Cc y art. 33.5 de la Ley de Caza de 1970. En relación con los artículos del Código civil, no pueden aplicarse analógicamente puesto que sólo sería posible la analogía cuando los menores fueran todos hijos del mismo padre. Y por lo que se refiere al art. 33.5 de la Ley de Caza, la responsabilidad solidaria que se establece está íntimamente relacionada con el seguro obligatorio, de manera que no es posible su extensión analógica a otros supuestos, salvo cuando exista un seguro obligatorio¹⁶².

En relación con lo anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 11 de marzo de 1997 también se refiere a un supuesto de indeterminación del autor del daño, cuando tres niños se encontraban lanzándose piedras y uno de ellos recibe una pedrada en el ojo. La Audiencia reiteró la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 1983, y se pronunció a favor de la responsabilidad solidaria de los padres de los menores que causaron el daño a pesar de que no fue posible probar cuál de ellos resultó ser el causante material de las lesiones: «(...) se fundamenta la solidaridad de los responsables personalizando la responsabilidad en todos y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, en el caso contemplado, los padres de los menores

¹⁶¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 8 de febrero de 1983»..., *cit.*, p. 415.

¹⁶² También puede aplicarse la misma solución, aunque de forma más dudosa, en los casos de actividades cubiertas por seguros voluntarios, *Ibid.*, pp. 416-7.

En relación con esto, YZQUIERDO TOLSADA señala que si no hay relación causal no entiende cómo puede ser artificialmente inventada para el caso en el que exista un seguro. Tal vez ello podría ser así en el terreno del seguro obligatorio, pero si se parte de que el seguro voluntario es un seguro de responsabilidad civil habrá de haber relación causal, *vid. Sistema de responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 417, nota n.º 129.

causantes de los daños; solidaridad que se ha declarado en casos en que participando varias personas en la causación de los daños a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una de aquéllas en el evento nocivo»¹⁶³.

Sin embargo, este último supuesto tiene la peculiaridad de que la propia víctima intervenía en el juego. Por eso la Audiencia señaló que «la moderna doctrina jurisprudencial tanto penal como civil viene desplazando la institución de la compensación de culpas al campo de lo causal, valorando los comportamientos en la producción del resultado, tanto desde el lado activo de la infracción (autor), como desde el lado pasivo de su consecuencia (víctima), y limitando su aplicación a los supuestos en que se produce una interferencia en el nexo causal como consecuencia de la actuación negligente de la propia víctima o de un tercero que no llega a ocasionar la ruptura del nexo causal».

Muy parecida a la anterior es la sentencia de la jurisprudencia francesa dictada por la Corte de Casación el 22 de junio de 1977. Mientras tres menores jugaban a lanzarse piedras, uno de ellos resultó herido sin que fuera posible precisar cuál había sido el menor que lesionó a la víctima. El padre del menor herido demandó a los padres de los otros dos menores y la Corte señaló que esos menores que participaban efectivamente en una actividad común con tendencia a degenerar y provocar algún daño y que ejecutaban “actos conexos inseparables” incurrían en una responsabilidad soberanamente determinada por los Jueces¹⁶⁴.

Igualmente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1985 se llegó a la misma solución. Dos menores que disparaban con una escopeta de aire comprimido alcanzaron a un niño de siete años, y su padre interpuso la correspondiente demanda contra los padres de los dos autores. No quedó acreditado cuál de ellos lanzó el balín causante del daño, sino que ambos tuvieron una participación directa ya que, alternativamente, uno cargaba y el otro disparaba. En Primera instancia se declaró que la acción había prescrito, pero la Audiencia revocó dicho pronunciamiento y condenó solidariamente a los padres de los dos menores. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por los padres demandados. En torno a la consideración de la responsabilidad solidaria en estos casos, señala la sentencia que existe una «insistente jurisprudencia en orden a que se produce solidaridad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concu-

¹⁶³ AC, 1997, @ 1137, Cdo. segundo.

¹⁶⁴ Los dos primeros lanzaban las piedras con la ayuda de una honda y el otro, que fue el que sufrió las consecuencias, las lanzaba con la mano. El juego fue calificado como “juego colectivo peligroso”. *Bull. civ.*, 1977, n.º 164.

rrerencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades»¹⁶⁵.

Señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ, que el fundamento de la solución que la jurisprudencia ha proporcionado en los casos de responsabilidad de todos los miembros pertenecientes a un grupo —la responsabilidad solidaria— se puede hallar en una doctrina que denomina “de la actividad colectiva peligrosa” o del “peligro originado por una colectividad”. La idea podría formularse así: «cuando un grupo de personas desarrolla, bien concertadamente, bien de manera espontánea, una actividad como consecuencia de la cual se causa daño a un tercero, todos los componentes del colectivo quedan solidariamente obligados a reparar el mal causado si no puede acreditarse quién fue su autor directo»¹⁶⁶.

Esta solución parte de que un grupo de personas ha creado un riesgo para terceros y el único cabo que deja sin atar es el del problema de la relación de causalidad, pues es evidente que de la actuación peligrosa de todos ellos no se deriva de forma directa el daño que con seguridad sólo produjo uno de los componentes del grupo. De ahí que el requisito del nexo causal deba ser objeto de una laxa interpretación. A favor de este artificio dogmático se podría alegar la injusticia que supondría pretender que la víctima del daño fuera la que corriera con la prueba diabólica acerca de quién fue el autor efectivo del daño. Entonces nos encontraríamos ante el siguiente absurdo: si el autor directo del daño es conocido, habrá lugar a la indemnización y, en cambio, no la habrá en los casos en los que cualquiera de los que hubieran intervenido hubiera podido ser el agente del daño¹⁶⁷.

Con todo, el problema no tendría fácil solución si pretendemos buscar la culpa del autor indeterminado, sino que el fundamento de esta responsabilidad reside en el carácter peligroso o culpable de la actividad del grupo, y esta culpa es anterior a la realización del daño¹⁶⁸.

¹⁶⁵ *JC*, 1985, n.º 514, Cdo. cuarto.

¹⁶⁶ Analiza el problema desde el punto de vista de la relación de causalidad así como desde la posible aplicación analógica de las normas de caza, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Indeterminación del causante...», *cit.*, p. 74; *id.*, *Tratado de Responsabilidad civil...*, *cit.*, pp. 876-7.

¹⁶⁷ De todos modos, este razonamiento podría quebrar. Si —como decíamos— aquel miembro que acreditarse no haber sido el causante del daño quedaba excluido de responsabilidad, y según señalábamos la razón de ser de la responsabilidad de los miembros del grupo radicaba en su actuación peligrosa común, parece que siempre tendrían que responder todos, pues todos han participado por igual en la creación del riesgo. Pero esa exclusión podría justificarse atendiendo al principio de personalidad de la pena (trasladada al campo del Derecho civil) y a consideraciones de justicia. *Ibid. loc. cit.*

¹⁶⁸ Por ello, no se puede hacer responsables a todos los viajeros de un tren porque uno de ellos haya tirado una botella por la ventana, puesto que no hay la más mínima constancia de que todos hayan actuado culpablemente; pero sí cuando varios niños están jugando a lanzarse piedras, así, PUYBUSQUE, «Note a Cour d'Appel de Poitiers (ch. Civile) 16 mai 1973», *Gaz. Pal.*, 1973-II, p. 942.

En este contexto se podrían realizar algunas reflexiones con arreglo a ciertos supuestos en los que se deriva responsabilidad por los daños ocasionados por el miembro indeterminado de un grupo que se manifestaba o ejercía su derecho de reunión. Nos estamos refiriendo a la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión –que ha sido modificada por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos–. En relación con el ejercicio del derecho de reunión se debe tener presente que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su art. 7 hace referencia al derecho de participación, asociación y reunión, donde no sólo se le permite que participe en ellas sino incluso que las promueva o convoque con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o guardadores¹⁶⁹.

En torno a la responsabilidad que corresponde a los organizadores o promotores de reuniones o manifestaciones cabe indicar que en un primer momento tenían una responsabilidad de carácter directo caracterizada porque la víctima que sufría el daño debía probar dicha culpa, lo que suponía que respondían sólo en aquellos casos en los que se hubiera probado la omisión de la diligencia que razonablemente les era exigible para prevenir el daño¹⁷⁰. Sin embargo, con arreglo a la reforma operada por la LO 4/1997, al ser modificado el art. 4.3 de la Ley Reguladora del Derecho de Reunión se establece que los participantes en reuniones o manifestaciones responderán directamente del daño que hubieran podido causar a terceros, y se recoge una responsabilidad subsidiaria de las personas naturales o jurídicas organizadoras o promotoras de esas reuniones o manifestaciones, a menos que hubieran puesto todos los medios razonables a su alcance para evitarlos, sin perjuicio de que puedan repetir contra los propios participantes¹⁷¹.

Asimismo cabe apuntar aquellos supuestos en los que el daño ha sido causado por un joven no identificado entre los que llevan a cabo acciones vandálicas en el País Vasco en relación con delitos *kale borroka*. En este sentido nos estamos refiriendo a las especialidades recogidas en la Ley 7/2000, de 22 de diciembre que modifica el Código penal y la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, en relación

¹⁶⁹ Lo mismo sería extrapolable al ejercicio del derecho de asociación regulado en el párrafo segundo del art. 7 de la Ley 1/1996.

¹⁷⁰ *Vid.* la crítica y trámites parlamentarios recogidos en YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil por los daños producidos...», *cit.*, pp. 125-9.

¹⁷¹ En torno a la responsabilidad subsidiaria de los promotores y organizadores regulada en el nuevo art. 4.3 de la Ley Reguladora del Derecho de Reunión, el mismo autor señala que ello resulta obvio ante la posible insolvencia del agente material del daño, salvo que le dé a la subsidiariedad un alcance distinto, en el sentido de que responda el promotor o el organizador cuando no haya sido posible identificar al autor material del daño, *id.*, *Sistema de responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 420, nota n.º 137.

con los delitos de terrorismo. Si bien es cierto que con esta Ley se pretende regular de forma más dura la violencia callejera, el legislador podría haber previsto aquellas situaciones en las que los daños hubieran sido ocasionados por un miembro indeterminado de esos grupos¹⁷².

3.1.5. *El menor de edad responsable civilmente por hechos de otro menor*

Señala el art. 157 Cc que el menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, contará con la asistencia del Juez. Es difícil imaginar que un padre menor de edad se vea obligado a responder de los hechos ilícitos dañosos que haya podido cometer su hijo. Y ello es así por una sencilla razón de carácter biológico, por cuanto que si partimos de la edad en que se presupone que una persona es capaz de procrear y le añadimos algún año con el fin de permitir que el hijo tenga cierta libertad de movimientos para causar algún daño, es probable que el padre para entonces sea mayor de edad. Además, en estos casos habría que traer a colación la figura de la emancipación, ya que a partir de los catorce años un menor puede emanciparse si contrae matrimonio tras obtener la dispensa requerida, y a partir de los dieciséis puede quedar emancipado por concesión de sus padres —siempre que no se oponga— o por concesión judicial previa solicitud del propio menor y concurrendo una serie de circunstancias. Y todo menor emancipado deja de estar sometido a la patria potestad de sus padres de modo que será responsable tanto de sus propios actos como de los que sus hijos pudieran causar.

Hemos analizado la jurisprudencia española y no hemos encontrado un supuesto de semejantes características. Más frecuente es que un menor de edad tenga a su cargo a otros menores y sean éstos los que causen algún daño. Imaginemos los casos en los que un menor actúa como monitor encargado de algún grupo de niños durante un campamento de verano o incluso en alguna excursión. El supuesto es posible desde el mismo momento en que un menor de edad, a partir de los dieciséis años puede ser contratado. Tampoco hemos encontrado ninguna sentencia de estas características pero cuando el menor estuviera sometido a un régimen de contratación laboral, la responsabilidad que en su caso correspondería deberá quedar enmarcada en el art. 1903.4 Cc de manera que responderían aquéllos para quienes el menor desempeñaba la actividad, con la posibilidad de que el empresario pudiera ejercitar un derecho de repetición contra el menor (art. 1904.1 Cc).

¹⁷² Como así proponía YZQUIERDO TOLSADA con relación al Proyecto de LO 7/2000, *Sistema de responsabilidad civil...*, cit. pp. 419-20.

3.1.6. *La contribución de la víctima en el daño*

Según una opinión ya superada, si la víctima intervenía con su propio actuar en la causación del daño se entendía que rompía la relación de causalidad y por tanto ya no podía dirigir la demanda contra el autor principal del daño. Hoy el planteamiento es bien distinto porque la conducta de la víctima sólo va a romper el nexo de causalidad cuando el daño haya sido consecuencia de su sola intervención, de forma que cuando concorra con la conducta del agente se establecerá una moderación de la indemnización.

En el caso de que la víctima intervenga en la producción del daño, se debe distinguir según cuál haya sido su grado de colaboración puesto que en función de la intensidad, su conducta podrá absorber la responsabilidad que pudiera derivar, será apreciada en orden a moderar el *quantum* o, por último, si es de escasa relevancia, toda la responsabilidad recaerá en el demandado.

La minoría de edad de la víctima no supone que no pueda valorarse su conducta a los efectos de determinar y, en su caso, graduar la responsabilidad del causante del daño. En este sentido se ha pronunciado una constante línea jurisprudencial, unas veces acudiendo al argumento de la culpa, si la conducta del menor es merecedora de reproche en relación con su grado de raciocinio, y otras, la mayoría de las veces, atendiendo a la incidencia de esa conducta en la relación de causalidad, con la consecuencia, en ambos casos, de producir la exoneración o la moderación de la indemnización debida¹⁷³.

Cuando la intervención del perjudicado en el daño sea prácticamente nula, la responsabilidad va a recaer en la otra parte. No toda actuación de la víctima puede ser tomada en consideración para que el demandado consiga la liberación de responsabilidad o una atenuación de la indemnización que debe abonar al perjudicado, sino que deberá ponderarse el grado de intervención.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1974, el Tribunal no estimó el recurso de casación interpuesto por los demandados después de que un menor de dieciséis años fuera atropellado por una locomotora mientras conducía su bicicleta, al señalar que el menor fue prudente en su modo de actuar y por lo tanto no se reconoció la existencia de una concurrencia de culpas¹⁷⁴.

¹⁷³ SAP Asturias de 25-2-1997, AC, 1997, @ 1327, F. D. cuarto.

¹⁷⁴ El joven fue atropellado por una locomotora y como consecuencia hubo que amputársele las dos piernas. Su padre demandó a RENFE y a HUNOSA (propietaria de la locomotora) y se condenó a los demandados. En apelación se confirmó la sentencia y el TS declaró no haber lugar al recurso. «No puede alegarse compensación de culpas si por parte del lesionado no la hubo por no poderle exigir una mayor previsión dada su edad, ya que marchaba correctamente en bicicleta, por su derecha, y fue alcanzado por el parachoques de la máquina, que sobresalía 70 centímetros», JC, 1974, n.º 205, Cdo. primero.

Tampoco se estimó concurrencia de responsabilidades en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1996, cuyos hechos giraron en torno a la consideración de la responsabilidad que deriva después de que un menor resultase herido durante la celebración de un festejo, por el impacto de un cohete. La parte demandada pretendía que se apreciase la existencia de un caso fortuito o, en todo caso, de una concurrencia de culpas, calificando de culposa la conducta del menor y sus familiares, por el hecho de presenciar el espectáculo de la quema de fuegos de artificio. Sin embargo, el Tribunal señaló que no se trataba de un caso fortuito y que por el mero hecho de presenciar el espectáculo de la quema de estos fuegos no se podía considerar que debía haber concurrencia de culpas. «Esta original argumentación va dirigida, más que a combatir responsabilidades a la prohibición absoluta de los espectáculos de fuegos artificiales, así como a vedar cualquier conducta humana que pueda coincidir con un riesgo, obligando a las víctimas a vivir en un fanal, para no cooperar con su sola presencia a la falta de precaución de los demás. Los fuegos artificiales, la conducción de vehículos, y el hecho mismo de la vida cotidiana, son fuentes creadoras de riesgos, pero estos riesgos son previsibles y evitables, y sólo merece el reproche indemnizatorio la conducta imprudente que no ha previsto, o que no ha procurado evitar el daño, sin que en ningún caso se pueda trasladar esta culpabilidad a la víctima, que sólo intervino pasivamente en el evento»¹⁷⁵.

También encontramos pronunciamientos en este mismo sentido si analizamos las sentencias de los Tribunales inferiores. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 8 de febrero de 1999 tampoco consideró que los padres de un menor, de trece años, que había resultado lesionado al caer por un desnivel existente en la finca donde una empresa realizaba modificaciones morfológicas del terreno sin adoptar medidas de precaución, habían actuado negligentemente¹⁷⁶.

Hasta aquí, las sentencias expuestas se han decantado por la no apreciación de culpa de la víctima. Pero puede suceder todo lo contrario, es decir, que la conducta de la víctima sea tan intensa que el daño ocasionado sea consecuencia de su exclusiva conducta. En muchas ocasiones se utiliza la expresión “culpa exclusiva de la víctima”, expresión que, a pesar de su reiterado uso, resulta incorrecta¹⁷⁷. En

¹⁷⁵ AC, 1997, n.º 63, F. D. tercero.

¹⁷⁶ En Primera instancia se estimó la demanda que interpuso la madre del menor y la AP desestimó el recurso interpuesto por la empresa demandada. «No se advierte infracción del deber de cuidado por los padres que permiten que un muchacho de tal edad transite por ese lugar y a esa hora, ni tampoco de la víctima, que actuaba confiado en su conocimiento previo del terreno», B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1999\3505, F. D. segundo.

¹⁷⁷ «La expresión que se utiliza para referirse a la concurrencia de la conducta de la víctima es enteramente inadecuada: se habla de concurrencia de culpas o de compensación de culpas, y si realmente lo que tal vez menos interés es conocer el estado anímico del perjudicado, menos todavía se va a poder decir que un determinado estado anímico por su parte va a moderar o compensar el estado psicológico de otra persona. Técnicamente se debería hablar de concurrencia de concausas y no de concurrencia de culpas. Si se utiliza indistintamente una u otra

relación con las sentencias en las que se aprecia la existencia de “culpa” exclusiva de la víctima queremos destacar que normalmente se tiene en cuenta la edad de la víctima. Si el menor tenía cierta capacidad de discernimiento y podía haber valorado el peligro de su actuación, en algunas resoluciones se le ha hecho responder con carácter exclusivo.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1999 se ejercita una acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual para la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el actor (trece años) como consecuencia de la explosión de una bengala de señales marítimas que había sustraído de unas dependencias del Ayuntamiento, en compañía de otros compañeros, todos menores de edad. Los menores forzaron la puerta de entrada de las dependencias municipales y sustrajeron la bengala de señalización para usos náuticos, que explotó al manipularla –golpeándola con una piedra el ahora demandante–, a fin de extraer la pólvora que contenía. Si bien en Primera instancia se estimó parcialmente la demanda, la Audiencia Provincial estimó los recursos de apelación de los codemandados, absolviéndolos. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por el demandante al considerar que sólo el proceder negligente de los menores ocasionó el daño. Señaló el Alto Tribunal que la conducta de los menores, concretamente la del recurrente, era la causa necesaria del daño producido, y que por su entidad y relevancia era la única que tenía virtualidad suficiente para ello, eliminando así del curso causal de los hechos la incidencia que en la producción del mismo hubiera podido tener cualquier otro antecedente coincidente en el tiempo, como por ejemplo la guarda de las bengalas en la dependencia municipal¹⁷⁸.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1998 también se apreció culpa exclusiva de la víctima, de diecisiete años –con lo cual tenía capacidad de discernimiento– al fallecer ahogado cuando se bañó en una charca al regresar del trabajo¹⁷⁹.

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de enero de 1999 estimó que de los hechos (caída de un menor de quince años de un árbol al romperse la rama en que se había quedado el balón con el que estaba jugando al fútbol, en una pista colindante polideportiva cerrada con valla metálica) se deducía la existencia de culpa exclusiva de la víctima y se desestimó el recurso de casación interpuesto contra la entidad propietaria de la finca, contra el Ayuntamiento y contra las respectivas aseguradoras¹⁸⁰.

expresión es por razones de comodidad, dado lo acuñado que están en la doctrina», YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, cit., pp. 206-7.

¹⁷⁸ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1999\2829, F. D. segundo.

¹⁷⁹ Ar. C., 1998, n.º 1286.

¹⁸⁰ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1999\2829.

En esos dos supuestos, es decir ante la condena exclusiva del demandado o ante el reconocimiento de la sola intervención de la víctima en la producción del daño, no se plantean mayores problemas. La dificultad surge cuando concurren de forma parecida las dos conductas y el Juez debe establecer, atendiendo a todas las circunstancias y sobre todo a la entidad de las actuaciones, una compensación o una moderación de la indemnización. La doctrina y la jurisprudencia se refieren a la “conurrencia o compensación de culpas”, pero se trata de una expresión incorrecta por cuanto que no se quiere significar que se compensen o neutralicen las culpas (en cuyo caso se borrarían ambas) sino que se debe distribuir la reparación entre los culpables¹⁸¹.

Veamos ahora qué sucede en estos casos en los que ambas conductas, la de la víctima y la del agente principal, concurren en la producción del daño. Aunque se suela indicar que el Juez tiene el cometido de compensar las conductas, en realidad no está compensando nada sino que se limita a condenar al demandado por los daños que él hubiera causado, eximiéndole de pagar los que el perjudicado hubiera causado en su propia persona o bienes¹⁸². Sin entrar en el fondo de la cuestión y a pesar de la objeción de algunos autores, consideramos que el art. 1103 Cc se aplica tanto en materia contractual como extracontractual¹⁸³, con el fin de moderar el *quantum*—que no la existencia— de responsabilidad. Este artículo permite a los tribunales moderar la responsabilidad cuando provenga de negligencia.

La mayoría de las veces este precepto es aplicado a supuestos de concurrencia de conductas, es decir cuando la propia víctima participa en el resultado dañoso. A la hora de distribuir la cuantía de los daños ocasionados por varios autores se tiene en cuenta el nexo causal y la mayor o menor gravedad de cada una de las conductas que colaboran. Igualmente, el art. 1103 Cc es aplicado para moderar la responsabilidad que resulte cuando la víctima del daño ocasionado era un menor inimputable—en este caso la moderación se relacionará con la responsabilidad de

¹⁸¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil...*, cit., pp. 495-6.

¹⁸² YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, cit., p. 208.

¹⁸³ «Dispone el art. 1103 del Cc. que la responsabilidad procedente de negligencia es exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y que podrá moderarse por los Tribunales según los casos, señalando la jurisprudencia de esta Sala que el precepto es aplicable a los supuestos de culpa extracontractual. Establecida en el art. 1903 la responsabilidad del padre por los perjuicios causados por el hijo menor que vivía en su compañía, sin que quepa duda alguna sobre la culpa del mismo (el menor) al conducir un vehículo sin estar habilitado para ello, originando su impericia en el accidente, tampoco puede ponerse en entredicho la afirmación de que igualmente realiza un acto culposo el menor, después lesionado, que, coincidiendo las circunstancias de quien conduce y la imposibilidad de que hubiese obtenido el carnet habilitante, arrastra las consecuencias perjudiciales que previsiblemente podían producirse y que se convirtieron en realidad, lo que aconseja el uso de la facultad discrecional de que se viene haciendo mérito», STS 7-2-1991, R/J-A, 1992, n.º 1151.

sus padres—, o un menor imputable¹⁸⁴. En los casos de responsabilidad extracontractual bastaría con la aplicación del art. 1902 Cc para alcanzar el resultado perseguido. Si el daño fue causado por varios, cada participante tendrá que reparar de acuerdo con el art. 1902 Cc; la jurisprudencia, en lugar de acudir al art. 1902 Cc, aplica el art. 1103 Cc pero lo que hace simplemente es distribuir las consecuencias indemnizatorias del daño entre las conductas que lo causaron¹⁸⁵.

Sin embargo, debe quedar claro que no se puede confundir moderación con cuantificación. Cuantificar significa averiguar la cuantía de los daños que se causaron. Esta tarea la debe realizar la sala de instancia a partir de la petición del perjudicado y en consonancia con la valoración de la prueba. Si después de efectuar esa cuantificación es posible valorar si procede rebajar la cuantía previamente fijada, entonces estaremos ante la moderación¹⁸⁶. No es correcto señalar que la reducción de la indemnización en los casos de concurrencia de culpas (art. 1103 Cc) queda al arbitrio de los Jueces de instancia y por lo tanto no puede ser objeto de recurso de casación¹⁸⁷, puesto que debería ser al contrario y no tendría que haber in-

¹⁸⁴ En la SAP Asturias 25-2-97 se señaló que «La minoría de edad de la víctima no supone que no pueda valorarse su conducta a los efectos de determinar y, en su caso, graduar la responsabilidad del causante del daño. En este sentido se ha pronunciado una constante línea jurisprudencial, bien acudiendo a veces al ámbito de la culpa, si la conducta del menor es merecedora de reproche en relación a su grado de raciocinio, bien, las más de las veces, atendiendo a la incidencia de esa conducta en la relación de causalidad, con la consecuencia, en ambos casos, de producir la exoneración de la responsabilidad o la moderación de la indemnización que deba satisfacerse». Los hechos se reducen al fallecimiento de un joven de quince años en una discoteca mientras practicaba la actividad conocida como “mods”. Se aplica la doctrina de la moderación de responsabilidad (art. 1103 Cc), dado que el menor participó activa y voluntariamente en el desarrollo de la actividad y que, por su edad y consiguiente grado de raciocinio, debía ser consciente del riesgo que entrañaba. AC, 1997, @ 1327.

Además de la moderación que se produciría cuando un menor imputable contribuye a la causación de su propio daño, señala DÍAZ ALABART que entre los supuestos en que se puede aplicar el art. 1103 Cc en materia extracontractual destaca el de la responsabilidad de los padres o tutores por los actos ilícitos cometidos por menores. A tenor del art. 1903 Cc, los padres o tutores responden de los daños causados por sus hijos menores de edad. Sin embargo, algunos de estos menores, los que podrían incluirse en la categoría de grandes menores por estar próximos a la mayoría de edad y por su capacidad natural, son imputables. Resulta injusto que cuando esos grandes menores cometen un acto ilícito respondan sus padres o tutores. Mientras el art. 1103 Cc mantenga su redacción actual puede servir para alcanzar una mayor equidad en las soluciones judiciales moderando la indemnización que los padres o tutores deban pagar por los ilícitos dañosos de esos menores, *vid.* «La facultad de moderación del art. 1103 del CC», ADC, 1988, pp. 1065-6.

¹⁸⁵ *Ibid.*, pp. 1167-9.

¹⁸⁶ La moderación tiene lugar si después de haber sido fijada la cantidad se tiene que hacer algún tipo de reducción en atención a las circunstancias del caso, *Ibid.*, p. 1222.

Por otro lado, de nuevo el legislador ha vuelto a referirse a la «equitativa moderación de la responsabilidad y al repartimiento en la cuantía de la indemnización» en los casos de daños a las personas o a los bienes, siempre que concurría la negligencia del conductor y del perjudicado. Así se recoge en el art. 4.3.º del Reglamento sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto de 12 de enero de 2001.

¹⁸⁷ Así, la STS 23-2-1996 señala que «(...) la moderación de responsabilidad prevenida en el art. 1103 Cc es una facultad discrecional del juzgador, no revisable en casación, dependiente de las circunstancias del caso (STS 7-10-1988), extremos de moderación en concurrencia de conductas culposas y aplicación del art. 1103 que constituyen facultad exclusiva del Juzgador de instancia (...), AC, 1996, n.º 385.

conveniente en que el Tribunal Supremo revisase la sentencia. El art. 1103 Cc es uno de los pocos artículos en los que aparece la equidad como auténtica fuente de la decisión judicial, pero sólo sirve para que una vez que se haya determinado cuál es el daño, se tengan en cuenta las circunstancias del caso y el Juez pueda moderar equitativamente la indemnización, y no para averiguar cuál es el perjuicio efectivamente causado una vez descontado el “porcentaje de daño” producido por la víctima¹⁸⁸.

La jurisprudencia también ha considerado que el art. 1103 Cc es uno de los casos en que, de acuerdo con el art. 3.2 Cc es posible que las resoluciones de los Tribunales descansen en la equidad¹⁸⁹. La posibilidad de moderar establecida en el precepto está basada en la aplicación de la equidad, y aunque el artículo no lo mencione en su letra, dicho concepto se encuentra en su espíritu. La regla del precepto es que la responsabilidad se exige en todo tipo de obligaciones pero si procede de negligencia y si se atiende a las circunstancias del caso, esa exigencia puede ser injusta y habrá que moderar su cuantía¹⁹⁰.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1998, se estimó una compensación de responsabilidades entre un menor de trece años y un pirotécnico. Durante la celebración de un festejo autorizado por el Ayuntamiento se lanzaron bombas de tercera clase de una sola detonación, y ese mismo día un menor recogió una de ellas (el pirotécnico no se cercioró de que todas habían estallado en el aire) que guardó hasta que días más tarde, tras extraerla del bolsillo con la finalidad de mostrársela a un amigo, le explotó en las manos. El Alto Tribunal declaró que no había responsabilidad del Ayuntamiento pero sí del pirotécnico (en este

La STS 21-4-1998 se remite a la doctrina de la sentencia de 19-7-1996 y señala que «si bien es doctrina reiterada y notoria de esta Sala, que aquí se mantiene, la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el art. 1103 del Código civil es facultad propia de los Juzgadores de la instancia, no susceptible de casación, ello se refiere al supuesto en que los mismos hagan uso de tal facultad con criterio ponderado racional lógico, pero no cuando extravasen irracional o desmesuradamente dichos parámetros, ni tampoco en aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzada y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto que se enjuicia», *Ar. C.*, 1998, n.º 2512.

¹⁸⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 234.

¹⁸⁹ La SAP Murcia de 5-2-1993, como consecuencia del atropello de una peatón por un menor de edad que sin licencia conducía un ciclomotor, señaló que «La compensación de culpas procede cuando quede probado (...) que en el origen del daño han intervenido tanto la acción u omisión de aquél de quien se reclama reparación, como la culpa de la víctima, y sin que quepa apreciar que la culpa de uno de ellos sea suficiente para que se le pueda imputar la totalidad del daño. Caso este en el que, valorando el daño, es preciso determinar qué parte del daño corresponde a cada una de las causas jurídicamente relevantes; (...) debiéndose aquí el juzgador atener a un criterio de equidad, que debe estar presente en la aplicación de toda norma jurídica, por mandato del párrafo segundo del art. 3 del Código civil, pero especialmente en aquellos casos en los que la solución concreta se deja al arbitrio —no a la arbitrariedad— del juzgador, el cual deberá tener en cuenta todas las circunstancias del supuesto enjuiciado, incluidas las personales y patrimoniales de actores y demandados», *Ar. C.*, 1993, n.º 689.

¹⁹⁰ DÍAZ ALABART, S., «La facultad de moderación ...», *cit.*, p. 1188.

caso, de su Compañía de seguros) y valoró la conducta del propio menor en orden a concretar la indemnización, aunque acabó por remitirse al criterio establecido en la instancia¹⁹¹.

En la sentencia de 30 de diciembre de 1999, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el *Institut Català de Serveis de la Joventut*, dependiente de la *Generalitat* de Cataluña. Una menor de trece años permanecía internada en un albergue donde asistía a un curso de perfeccionamiento de francés y cuando uno de los días fue llamada para la cena, como se encontraba en la habitación de una compañera, probablemente para no ser reprendida decidió pasar a su alcoba saltando desde el balcón externo de la habitación, y al caer al vacío falleció. Este Tribunal señaló que si bien el acto inicial desencadenante del accidente mortal ha de ser atribuido a la víctima, aun tratándose de una joven de trece años de edad —y por tanto con capacidad suficiente para discernir el peligro que suponía saltar de un balcón a otro (lo que pone de manifiesto una actuación no sólo temeraria sino evidentemente peligrosa, cuando lo correcto era utilizar la vía normal de comunicación entre las habitaciones que facilitaba el pasillo interior)—, la parte recurrente no resulta totalmente ajena al suceso, puesto que no se habían adoptado las medidas de seguridad suficientes y necesarias, dada la disponibilidad estructural que tenían los voladizos, para evitar el paso de un balcón a otro por los usuarios del albergue, tratándose de personas jóvenes, proclives a afrontar peligros de forma irreflexiva. Concorre una clara y decidida falta de previsión de la entidad que recurre, que al tomar bajo su custodia, tutela y protección a los jóvenes que se alojaban en el edificio, debió disponer todas las medidas de seguridad posibles a su alcance para evitar accidentes. Se trata de una omisión dotada de la suficiente intensidad causal en relación con el accidente, que determinó la responsabilidad concurrente del *Institut* con la de la víctima¹⁹².

La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 21 de septiembre de 1999 también se pronunció a favor de una compensación de responsabilidades, tras las lesiones sufridas por un menor de trece años que se había golpeado con un hierro preparado para sostener una papelera en la acera de una urbanización, al salir corriendo con sus amigos por una zona oscura. En Primera instancia la demanda fue desestimada pero en apelación se condenó a la promotora en un 75%, por no haber extremado las medidas de precaución, y al menor en un 25%, porque debió llevar más cuidado¹⁹³.

¹⁹¹ Ar. C., 1998, n.º 2512.

¹⁹² AC, 2000, n.º 308, F. D. primero.

¹⁹³ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1999\6365, F. D. cuarto.

En la sentencia de 29 de enero de 1999, la Audiencia Provincial de Valencia apreció concurrencia de responsabilidades por las lesiones sufridas por el menor accidentado —en este caso también tenía trece años— cuando durante la festividad de las Fallas de Valencia sustrajo una carcasa que no había explotado. Se constata que las medidas de seguridad fueron insuficientes dado que los artificios sin explotar fueron amontonados en una caja por los miembros de la Comisión fallera, de la pirotecnia y de Protección civil, que los dejaron en la plaza y se marcharon al bar más próximo, descuidando sus deberes de vigilancia. La madre del menor lesionado interpuso una demanda y en Primera instancia fueron condenados los demandados (empresa de pirotecnia, aseguradora, comisión de la Falla donde se producen los hechos y Ayuntamiento). Éstos interpusieron el correspondiente recurso de apelación y la Audiencia se pronunció a favor de un concurso de culpas y procedió a la compensación de responsabilidades: «...como dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1989 y 7 de octubre de 1988, la conducta del perjudicado cobra una importancia destacada cuando incide en el nexo causal, pues cuando el daño de cuya indemnización se trate sea resultado de conductas concausales, todas ellas reprochables culpabilísticamente, se hace necesario discernir el grado y naturaleza del respectivo aporte de culpabilidad y deducir, por vía de compensación, la disminución en el “quantum” de la indemnización. Es decir, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1990, la concurrencia de conductas, permite atribuir proporciones en la causación del daño y, como consecuencia, en la obligación de resarcirlo mediante la indemnización. En el caso de autos, no cabe la menor duda de que el menor —ya con 13 años, cuando el accidente— era plenamente consciente del peligro asumido con su actuación, desplegando una conducta negligente en concurso con la asumida de igual naturaleza por los encargados de retirar los fuegos de artefacto no explotados. Concurrencia de conductas que exige la disminución en un 50% del “quantum” indemnizatorio atribuible al perjudicado»¹⁹⁴.

También se procedió a una condena por la mitad de la indemnización derivada del daño, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 25 de octubre de 1999, tras las lesiones sufridas por un menor de catorce años al trepar por un poste de tendido eléctrico para coger un nido de pájaros. Debido a que la indicación de peligro de muerte estaba desgastada y hubo culpa del propio menor, se estableció la concurrencia de culpas y se moderó la responsabilidad en un 50%. La propia sentencia señaló que el menor, dada su edad, debía ser consciente del peligro existente¹⁹⁵.

¹⁹⁴ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1999\3991, F. D. tercero.

¹⁹⁵ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, AC 1999\6829.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 11 de marzo de 1997, condenó al menor que mientras jugaba con otros dos amigos a lanzarse piedras resultó lesionado a que cargase con una tercera parte de la indemnización correspondiente. «La moderna jurisprudencia tanto penal como civil viene desplazando la institución de la compensación de culpas al campo de lo causal, valorando los comportamientos confluyentes en la producción del resultado, tanto desde el lado activo de la infracción (autor), como desde el lado pasivo de su consecuencia (víctima), y limitando su aplicación a los supuestos en que se produce una interferencia en el nexo causal como consecuencia de la actuación negligente de la propia víctima o de un tercero que no llega a ocasionar la ruptura del nexo de causalidad. (...) De ahí que al compensar conductas puedan tenerse en cuenta los movimientos reflejos, incontrolados o irreflexivos que inciden en la relación causal». Siendo tres los participantes, la Audiencia estimó que el perjudicado debía soportar una tercera parte de su daño, de manera que cada demandado fue condenado al 33% y la víctima debía soportar esa misma proporción¹⁹⁶.

En la sentencia de 13 de abril de 1998, el Tribunal Supremo también se pronunció a favor de la concurrencia de culpas cuando un menor de quince años resultó herido al caer por el terraplén de una cantera. En el accidente contribuyó la propia imprudente actuación de la víctima, al adentrarse en un pasaje agreste y sin luz. Dado que la víctima contribuyó con su actuación, ello determinaba su contribución causal a los daños y el consiguiente reajuste en el *quantum*, correspondiendo el 50% a cada parte¹⁹⁷.

Y con relación a menores de dieciséis años también encontramos pronunciamientos en este sentido. Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de octubre de 1996, y después de que los padres de la víctima demandaran al vigilante nocturno de un hipermercado por los daños sufridos por su hijo menor de edad —que había penetrado con su pandilla en los terrenos de un centro comercial y, una vez allí, se habían puesto a jugar con los carros de la compra—, se pronunció a favor de la concurrencia de culpas. En este caso se atribuyó al lesionado una participación en la causación del accidente del 80% y el resto recayó en el demandado¹⁹⁸. Se tuvo en cuenta la edad del joven en la valoración del daño, y pese a que en pronuncia-

¹⁹⁶ AC, 1997, n.º 1137, Cdo. tercero.

¹⁹⁷ AC, 1998, n.º 71, F. D. segundo.

¹⁹⁸ «(...) Los carritos metálicos de la compra no están allí situados para servir de diversión a ciertos jóvenes en sus juegos nocturnos. La conciencia de culpabilidad de los menores, es lo que razonablemente justifica su huida precipitada, pues en otro caso no habría porqué correr ante la presencia del vigilante; la equivocada elección del camino de salida, y la mala suerte de resbalar cuando corona el pequeño muro, son las causas principales, aunque no únicas, del accidente y de las secuelas del mismo». AC, 1997, n.º 46, F. D. segundo.

mientos similares se le ha atribuido a la víctima el 50% de culpa (STS de 31-12-1997; STS de 13-4-1998), o un 33% (STS de 26-9-1997), en este caso la cuota fue mucho mayor dado el supuesto fáctico y las circunstancias en que transcurrieron los hechos¹⁹⁹.

No obstante y pese a ello, si atendemos a la edad del menor —dieciséis años—, entendemos que bien podría haberse apreciado culpa exclusiva de la víctima, destacando que incluso la propia sentencia señala que los menores tenían conciencia de culpabilidad en relación con su actuación.

Los Tribunales no siempre señalan cuotas en las que se reflejan los diferentes niveles de participación. Unas veces así proceden, pero otras simplemente rebajan la cantidad solicitada. Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de octubre de 1999 se estableció una compensación de responsabilidades sin determinar la proporción. En el presente caso el menor tenía catorce años y fue lesionado por la explosión de un artefacto pirotécnico (volador) que él mismo había encontrado en una finca y lo había manipulado junto con otra persona para provocar su explosión. En Primera instancia los padres del menor demandaron al Ayuntamiento, a la compañía aseguradora y a quien encendió el mechero, pero la demanda fue desestimada. Interpuesto recurso de apelación se estimó una concurrencia culposa entre las conductas del menor y de la persona que le prendió fuego al artefacto. Con relación al menor, la sentencia expresa que se trataba de una persona perfectamente capacitada para comprender el alcance de sus actos²⁰⁰.

3.2. El menor sometido a la tutela o guarda de la Administración pública

Una vez que desde la óptica del Derecho civil hemos analizado tanto la responsabilidad extracontractual del menor como la de las personas que en su caso resultaban responsables por hechos ajenos —prestando especial consideración a

¹⁹⁹ También se procedió a una compensación de responsabilidades en la sentencia de la AP Palencia de 16-4-1999, donde se atribuyó a la menor de diecisiete años que falleció tras ser arrollada por un tren un porcentaje equivalente al 20% de responsabilidad. En este caso la Audiencia señaló que la menor contribuyó en una quinta parte a la causación del luctuoso resultado. «Concurren a la causación del siniestro varias conductas negligentes. En primer lugar la de la propia víctima, que contando ya con el suficiente juicio para discernir el riesgo que comportaba el cruce a nivel de las vías, en lugar cercano a la estación y de frecuente tránsito ferroviario, decide hacerlo pese a contar a pocos metros con un paso elevado destinado precisamente para ello, y una vez resuelta a cruzar lo hace sin cerciorarse debidamente de que ningún convoy se aproxime, no percatándose de la presencia del tren pese a que en tramo recto y de buena visibilidad circulaba con la luz encendida y haciendo uso de la señal acústica». *Ar. C.*, 1999, n.º 8, F. D. segundo.

²⁰⁰ No hay responsabilidad del Ayuntamiento porque no se consigue probar la vinculación del cohete con alguno de los que se habían utilizado un mes antes en las fiestas de la localidad, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\7836.

las relaciones paterno filiales—, procede a continuación detener nuestro estudio en aquellos supuestos en los que el menor que causa un daño se encuentra sometido a alguno de los mecanismos de protección de la Administración pública.

Debe advertirse que en estos supuestos en que el menor que causa el ilícito se encuentra bajo la guarda o tutela de la Administración pública, nos encontramos ante relaciones triangulares donde convergen tres vértices. Por un lado, el propio menor causante material del daño; por otro, la persona física que tenía encomendado el cuidado y vigilancia directa de ese menor y, por último, la Administración pública bajo cuyas instrucciones actuaba el vigilante, al ser quien tiene encomendada la titularidad de la guarda del menor.

En orden a señalar qué personas van a resultar responsables por el daño que se pudiera derivar de la comisión de una infracción civil a cargo del menor, también debemos diferenciar entre menores con suficiente discernimiento —y por tanto imputables— y menores incapaces. Y desde esta perspectiva, sólo los menores imputables civilmente podrán ser condenados, aunque lo cierto es que somos conscientes de su escasa operatividad práctica dado que siempre se va a demandar a la persona más solvente, en este caso la Administración.

En este sentido, y sin perjuicio de su desarrollo posterior, cuando un menor que se halle en las circunstancias que venimos describiendo cause algún daño, la jurisdicción aplicable para enjuiciar estos hechos será la jurisdicción contencioso-administrativa. Y ello porque en virtud de las últimas reformas administrativas y procesales, siempre que se dirima algún asunto concerniente a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, deberá conocer dicha jurisdicción, incluso en los casos de codemandas con sujetos particulares.

3.2.1. Delimitación de supuestos

Para delimitar la responsabilidad que en su caso pudiera corresponder a la Administración que tiene encomendada la guarda de un menor, en primer lugar hemos considerado oportuno y de suma utilidad señalar cuáles son las Instituciones, Entidades u Organismos públicos que pueden tutelar o tener la guarda de los menores de edad. La delimitación realizada se debe más a razones de sistemática que de otra índole, puesto que en definitiva la responsabilidad que en cada supuesto deba asumir la Entidad pública no va a depender tanto del tipo de organismo, como del ejercicio efectivo de la función de guarda. Siendo ello así, esta delimitación nos va a permitir sin embargo diferenciar entre los posibles responsables del daño causado por el menor.

De ahí que en torno al régimen y regulación de los organismos públicos y, en general, en relación con todo lo concerniente a la protección de menores, deba-

mos destacar la Ley 21/1987, de 11 de noviembre y, más recientemente, la Ley 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que reforma algunos preceptos del Código civil, sobre todo en materia de guarda, tutela, acogimiento de menores y adopción. Interesa resaltar que como este campo está muy relacionado con los servicios sociales de la Administración, podemos afirmar que en esta materia existe una evidente interacción entre los sectores privado y público. En la misma dirección cabe añadir que en los últimos años se ha producido un traslado de competencias hacia el campo de los servicios sociales²⁰¹, de manera que la protección de menores ha dejado de ser una cuestión exclusivamente privada para compartir evidentes perfiles públicos²⁰².

A tenor de lo anterior, los Poderes Públicos intervienen directamente a través de dos instituciones, la tutela automática o *ex lege*—que se concede por ministerio de la ley a la Entidad pública— y la guarda administrativa, teniendo en cuenta además que estas dos figuras se materializan a través del acogimiento de menores. En concreto, las Entidades públicas competentes serán los Organismos que según la normativa dictada por la Comunidad Autónoma tengan asignada la protección de menores²⁰³. Así, la disposición final vigésimo segunda de la Ley 1/1996, de 15 de enero otorga competencia a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades de Ceuta y Melilla, a diferencia de la indeterminación que a este respecto se producía en la Ley 21/1987, en virtud de la cual se podía entender que quedaban incluidos tanto los Organismos del Estado, como los de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales²⁰⁴.

3.2.1.1. El desamparo y la tutela automática

De acuerdo con el apartado cuarto del art. 222 Cc, quedarán sujetos a tutela

²⁰¹ Señala J.M. RUIZ-RICO RUIZ, que «la Ley de Adopción de 1987 parece contradecir el espíritu de la Ley de tutela de 1983, en donde era constante la intervención y control de los órganos judiciales en la constitución y desenvolvimiento de las instituciones tutelares, introduciendo un tipo especial de tutela de corte —aparentemente, al menos— *no judicialista*, e instaurando un sistema en donde retrocede sustancialmente la presencia garante de la autoridad judicial (...)», «La tutela “*ex lege*”, la guarda y el acogimiento de menores», *AC*, 1998-1, pp. 59-60.

²⁰² ROCA I TRÍAS, E, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid, 1999, pp. 221 y 223.

²⁰³ Así, la Dirección General de Bienestar social, la Dirección General de Servicios Sociales, el Departamento de Bienestar social, etc. En concreto, la Ley Valenciana 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia, atribuye a la *Generalitat Valenciana* la función de tutela de los menores en situación de desamparo (arts. 22.2 y 4).

²⁰⁴ Corroborando esto mismo, si se atiende al deslinde competencial realizado en la Constitución Española entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se observa que en el art. 148.1.20 CE la competencia exclusiva en materia de asistencia social les ha sido atribuida a estas últimas, que además ya han promulgado las respectivas leyes en esta materia. Los Estatutos de Autonomía han asumido las competencias relativas a la asistencia social con carácter exclusivo, e incluso algunos, entre ellos el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, LO 5/1982, de 1 de julio también han asumido competencias en materia de instituciones públicas de protección de menores. En virtud del art. 31.27 del Estatuto Valenciano, nuestra Comunidad ha asumido la competencia exclusiva en relación con «las instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, minusválidos y demás grupos o sectores sociales requeridos de especial protección, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación».

aquellos menores que se hallaren en situación de desamparo²⁰⁵; en relación con la tutela, si tradicionalmente el desempeño de las funciones tutelares ha estado adscrito a las personas físicas, después de la reforma operada en 1983, el art. 242 Cc señala que también las personas jurídicas pueden asumir estas funciones. De ahí surgió la denominada tutela estatal (art. 239 Cc), que atribuye la tutela de los menores desamparados a la Entidad pública, aunque lo cierto es que en todo caso, como las personas jurídicas actúan mediante órganos o representantes, el ejercicio efectivo de las funciones tutelares se realizará por medio de las personas físicas a las que se haya encomendado esa función y serán éstas quienes deban reunir los requisitos de capacidad e idoneidad que la ley exige para desempeñar el cargo²⁰⁶.

En este sentido, dispone el art. 172.1 Cc que la Entidad pública que tenga encomendada la protección de menores, cuando se constate que un menor está desamparado, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas que sean necesarias para su guarda, así como ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificarlo en la forma legal a los padres, tutores o guardadores, durante las siguientes cuarenta y ocho horas.

Siguiendo con el art. 172 Cc, en su segundo párrafo se establece que el desamparo «se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». El desamparo constituye el presupuesto inexcusable que legitima a la Entidad pública para intervenir en estas situaciones irreversibles en las que no se prevé que vayan a desaparecer las circunstancias que lo motivaron²⁰⁷.

²⁰⁵ Este apartado fue introducido por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. El artículo también señala que estarán sujetos a tutela los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad, los incapacitados —cuando así lo hubiera establecido la sentencia— y quienes estuvieran sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.

²⁰⁶ Según advierte SERRANO ALONSO, E., en *Comentario del Código civil (art. 242)*, coord. I. Sierra Gil de la Cuesta, t. II, Barcelona, 2000, p. 606.

²⁰⁷ El desamparo ha sustituido a la figura anterior del abandono de menores. De la comparación de las dos figuras se observa cómo se diferencian porque el desamparo, además de ser más amplio —no sólo se refiere a los menores de catorce años sino a todos los menores de edad—, comprende mayor número de posibilidades de apreciación y no necesita una declaración judicial previa. En este sentido, señala el auto de la AP de Badajoz 15-4-1996 que «el concepto actual de desamparo es más amplio que el precedente de abandono que figuraba en el anterior art. 174 del mismo Código. Una de las diferencias existentes entre ambos estriba en que en el desamparo no es precisa la carencia de personas que se hagan cargo del menor, sino que basta con que, aún existiendo dichas personas, como en el caso ahora examinado, las mismas estén imposibilitadas para el ejercicio de los derechos de protección, o se revele el mismo como inadecuado, colocando al menor en una situación de falta de la necesaria asistencia material y espiritual. Y en cualquier caso ha de decirse una vez más que lo que ha de prevalecer en esta materia es exclusivamente el interés del menor, por encima de cualquier otra consideración, aunque con frecuencia el primar este interés pueda generar graves consecuencias en orden a los vínculos biológicos de origen», AC, 1996, @ 1506, F. D. segundo.

La Ley 1/1996 distingue entre situaciones de riesgo y desamparo y en cada caso confiere un grado distinto de intervención por parte de la Entidad pública. Existe una situación de riesgo cuando el perjuicio personal o social del menor no es lo suficientemente grave como para justificar su separación del núcleo familiar, en cuyo caso la intervención de los Poderes públicos estará encaminada a intentar eliminar, dentro del ámbito familiar, los factores de riesgo. Por otra parte, el desamparo conlleva una mayor gravedad de la situación en la que se encuentra el menor, que incluso hace aconsejable separarle de su familia –temporal o definitivamente–, a través de la tutela o la guarda administrativa, ejercidas mediante el acogimiento familiar o residencial.

La asunción de esta tutela, denominada *ex lege* o automática, lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, pero sólo en el ámbito personal del menor, puesto que excepcionalmente se admite la validez de aquellos actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él. En relación con lo anterior debemos señalar que el término “suspensión” no es todo lo preciso que cabría esperar, dado que desde un punto de vista propiamente jurídico afecta al ejercicio de la patria potestad y no a la titularidad. Por ello PÉREZ DE CASTRO puntualiza que si el legislador ha optado por introducir este término, está admitiendo que sólo cabe la privación mediante la oportuna declaración judicial²⁰⁸.

En torno a esta figura surge el debate acerca de su naturaleza jurídica, dado que si bien entendemos que se trata de una tutela de Derecho privado, aquí se distinguen dos corrientes doctrinales. Por un lado se puede considerar que se trata de una tutela *stricto sensu*²⁰⁹ y, por otro, puede ser calificada como una verdadera tutela pero de naturaleza especial, lo que significa que sólo determinadas normas del régimen general de la tutela ordinaria le serán aplicables²¹⁰. Desde nuestro punto de vista, entendemos que estamos ante una verdadera tutela de Derecho privado aunque especial, *sui generis*, caracterizada por su ámbito subjetivo (se aplica a los menores desamparados), por el órgano al que corresponde (la Entidad pública de protección de menores) y, sobre todo, por su carácter automático (que altera el ré-

²⁰⁸ Corroborar también el que de entrada no se produzca la privación de la patria potestad, el hecho de que en relación con el acogimiento, se sigue requiriendo el consentimiento de quienes están investidos de potestades legales, e incluso, a mayor abundamiento, son válidos los actos patrimoniales que realicen los padres o tutores en representación del menor siempre y cuando fuesen válidos para él. Así, PÉREZ DE CASTRO, N., «La situación legal de desamparo», *RJCM*, 1998, n.º 23, pp. 165-6.

²⁰⁹ En tal sentido, VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994, p. 92.

²¹⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El nuevo régimen de la familia, IV, Acogimiento y adopción*, Madrid, 1989, pp. 52-4.

gimen de constitución judicial propio de la tutela ordinaria, al constituirse sin intervención judicial)²¹¹. En este sentido, se trata de una verdadera tutela cuya especialidad reside más en su nombramiento que en su régimen general²¹².

3.2.1.2. La guarda administrativa

Como acabamos de ver, si bien la Entidad pública que tenga encomendada la protección de menores asume su tutela cuando se encuentren en situación de desamparo, lo cierto es que también pueden darse casos en los que sólo asuma la simple guarda. En el Código civil se configuran dos formas de constitución de la guarda administrativa; la voluntaria –también denominada convencional o extrajudicial– y la judicial. En el art. 172.2 Cc se hace referencia a estos dos tipos, pero sólo nos referiremos a la primera, que resulta a petición de los titulares de la patria potestad o de la tutela ordinaria, que en aquellos casos en los que por circunstancias graves no pueden cuidar del menor, solicitan a la Entidad pública que asuma su guarda durante el periodo de tiempo que sea necesario.

En estos supuestos, la Entidad pública asumirá aquellas funciones que en el negocio jurídico de constitución se le hubieran encomendado. Aquí no tiene lugar la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, sino que los poderes y facultades que desempeñaban los padres o, en su caso, los tutores, no tienen por qué desaparecer; son compatibles y se conservan en un plano secundario hasta que desaparezca la causa que provocó dicha situación. De aquí se infiere que la extinción de esta guarda se va a producir por el cese de las circunstancias que la motivaron, es decir, cuando los padres o tutores puedan cuidar de nuevo al menor y dirijan una solicitud a la Entidad competente. Sin embargo, no siempre concluye así la guarda porque si las circunstancias que la motivaron pierden su carácter reversible y temporal, se podría pasar a una tutela *ex lege* o a la adopción.

Debe quedar claro que en este caso no estamos ante una situación de desamparo imputable a los padres o tutores, sino ante una imposibilidad de cumplir con los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad o tutela, siendo indiferente que las circunstancias que lleven a la desatención del menor provengan de los propios padres o tutores (encarcelación, indigencia, enfermedad, accidente, internamiento hospitalario), de los menores (por ejemplo, toxicómanos) o de circunstan-

²¹¹ En el mismo sentido, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997, p. 238; LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, Madrid, 2001, pp. 231-2.

²¹² Como acertadamente concluye VIVANCOS SÁNCHEZ, M., «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo», *AC*, 2000, n.º 48, p. 1760.

cias ajenas al círculo familiar. No se trata de una sanción al cuidador descuidado sino que lo que se pretende es solucionar un problema impidiendo que desemboque en una situación de desamparo²¹³.

3.2.1.3. El acogimiento de menores

El ejercicio de la guarda como función de la tutela por ministerio de la Ley o asumida a solicitud de los padres o tutores, se realizará a través del acogimiento. En este sentido, debemos señalar que la guarda del menor es delegable en su ejercicio pero no en cuanto a su titularidad, que siempre corresponde a la Administración pública.

La asunción de la tutela *ex lege* o de la guarda administrativa por parte de la Entidad pública constituye el presupuesto inicial del acogimiento. Éste puede ser administrativo (o convencional), cuando sea constituido por la Entidad pública, o judicial (cuando se constituya como consecuencia de una resolución judicial, en el caso de que se opongan los padres o tutores del menor al acogimiento pretendido por el organismo público). Dentro de la modalidad del acogimiento convencional –al que ahora nos referiremos–, se diferencia entre el acogimiento familiar y el residencial.

En el acogimiento familiar el ejercicio de la guarda del menor va a corresponder a los acogedores²¹⁴. Cuando estemos ante este tipo de acogimiento, mientras la titularidad de la guarda será reservada a la Entidad pública, al acogedor le corresponderá ejercitarla, aunque sólo en relación con las funciones estrictamente personales, en el sentido de que tanto la representación legal como la administración corresponderán a la Entidad pública. No obstante, si el marco de relaciones entre los acogedores y el menor acogido varía en función de la estabilidad de la acogida, debemos puntualizar que las facultades de la familia acogedora cambiarán atendiendo al tipo de acogimiento por el que se opte.

²¹³ MORENO TRUJILLO, E., «Actuaciones de protección del menor», en *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997, pp. 73 y 76.

²¹⁴ Según el auto de la AP Ávila de 29-6-1996 «el acogimiento es definido por la doctrina científica como aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privados –aunque sea circunstancialmente– de una adecuada atención familiar, y consiste en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle sustento, habitación, vestido y especialmente, una vida familiar conforme con los usos sociales. El acogimiento produce la plena participación en la vida de la familia e impone a quien le recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». «En materia de acogimiento de un menor, los Tribunales han de velar prioritariamente por los intereses de aquél, que son, sin duda, los más dignos de protección, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto», AC, 1996, @ 1658, F. D. tercero y cuarto.

Por otra parte, en el acogimiento residencial el ejercicio de la guarda recae en el director del Centro y en ese supuesto hay que distinguir según se trate de una Entidad pública o de una Institución colaboradora privada. Cuando el menor esté internado en un establecimiento integrado en los servicios sociales de la propia Administración, si bien la titularidad de la tutela la ostenta la Entidad, su ejercicio corresponde al Director de aquél. La guarda ejercida por el Director del Centro no agota todas las posibilidades porque de lo que no cabe duda es de que junto a ésta la propia Entidad pública ejerce la guarda a través del equipo material y humano que la integra, que constituye una guarda distinta a la que puede ejercer el director *ad hoc*²¹⁵.

Siguiendo con el acogimiento residencial, conviene puntualizar que todos los servicios, hogares funcionales o centros dirigidos a menores, deberán estar acreditados por la Administración²¹⁶. Asimismo, para asegurar la protección de los derechos de los menores, la Entidad pública competente deberá realizar una inspección y supervisión semestral de los centros y servicios y, en todo caso, cuando así lo exijan las circunstancias.

Ahora bien, se debe señalar que en algunos de los casos en que se procede a un acogimiento residencial, el organismo público puede optar por acudir a la colaboración de Entidades jurídico-privadas en el ejercicio de la guarda²¹⁷. La atribución de competencias a las Entidades públicas no conlleva la exclusión de una eventual intervención de Instituciones privadas en el ejercicio de estas funciones protectoras, aunque lo cierto es que desarrollan una función muy limitada. En este sentido, de la lectura de los párrafos segundo y tercero del apartado primero de la disposición adicional primera de la Ley de 1987, se extrae que se admite la participación de las asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, constituidas conforme a las leyes que les sean aplicables, siempre que en sus estatutos o reglas figure como fin la protección de menores y siempre que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas. Son las denominadas Instituciones colaboradoras de integración fa-

²¹⁵ LLEBARÍA SAMPER, S., *op. cit.*, p. 95.

²¹⁶ Aunque en el Código civil no se establezca, según el sentir doctrinal general el acogimiento residencial debería tener lugar cuando no fuese posible un acogimiento familiar. Por todos, ALONSO SÁNCHEZ, B., «La legislación autonómica en materia de instituciones de protección de menores: tutela “ex lege”, guarda asistencial y acogimiento», *RJCM*, 1998, n.º 23, p. 65; RODRÍGUEZ MORATA, F., «El acogimiento de menores», *RJCM*, 1998, n.º 23, pp. 131-2.

²¹⁷ Una de las razones que indujo al legislador a introducir esta posibilidad en la Ley fue la constatada labor que, con vocación filantrópica y desinteresada han venido prestando desde siempre las instituciones eclesásticas y privadas de beneficencia en el ámbito de protección de menores, cfr. MÉNDEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 120.

miliar, que requieren la previa habilitación de la Entidad pública y por ello están sometidas a sus directrices, inspección y control.

Las funciones que desarrollan las Instituciones privadas no son equiparables a las funciones que realizan las Entidades públicas, ya que las primeras únicamente podrán intervenir en funciones de guarda y mediación, no pudiendo apreciar una situación de desamparo, ni tener asignada la tutela de un menor. De esta forma, considera SANCHO REBULLIDA que «en cierto modo, en este caso se aplica el principio de subsidiariedad pero al revés: la iniciativa privada actúa sólo donde la Administración no llega»²¹⁸. En efecto, la Entidad pública constituye la tutela por ministerio de la ley o la guarda asistencial y establece cuál es la situación más conveniente para el menor; ahora bien, si no tiene un establecimiento donde cuidar y formar al menor, entonces habilitará como institución colaboradora a un ente privado que cuente con los medios necesarios²¹⁹.

3.2.1.4. Consideración de algunos Centros

En términos generales, junto con los Centros que la Administración dedica al acogimiento de menores podemos destacar la existencia de otros Centros que, siendo igualmente de titularidad pública, cumplen una finalidad distinta a la protección propiamente dicha de los menores. Desde esta perspectiva contamos con los Centros docentes que, con carácter general, han de ser entendidos como aquellas organizaciones consagradas tanto a la educación de niños y adolescentes, como a la difusión de conocimientos y enseñanzas. En este concepto deben quedar comprendidos tanto los Centros que se orientan a la enseñanza reglada o libre²²⁰, como aquellos que aunque no imparten propiamente enseñanza, cuidan de los menores. Así pues, entendemos que la interpretación del concepto de Centro docente no ha de efectuarse de forma estricta, sino que debería comprender también las guarderías infantiles, campamentos o granjas-escuelas que realizan actividades educativas que contribuyen a la formación integral de los menores²²¹.

Junto a los Centros de enseñanza, la Administración pública es titular de otros establecimientos públicos en los que, igualmente, desde el momento en que un menor penetra en sus instalaciones se entiende que los padres delegan su guar-

²¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El nuevo régimen de la familia...*, cit., p. 44.

²¹⁹ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *op. cit.*, p. 174.

²²⁰ En este sentido se entienden incluidas las academias, así, CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 917.

²²¹ Como así puntualiza DÍAZ ALABART, S., «Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva ley de siete de enero de mil novecientos noventa y uno», *RJCM*, 1991, p. 448; *id.*, «Responsabilidad de los Centros docentes públicos y de su profesorado...», *cit.*, p. 153.

da en los titulares de dicho Centro, como por ejemplo sería el caso de los Polideportivos. Asimismo, con relación al internamiento por trastorno psíquico referido a menores, dispone el art. 211 Cc que se deberá realizar en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios del menor.

En otro orden de cosas, dentro de esta consideración de los Centros públicos no podemos concluir sin referirnos a los Centros de internamiento de menores infractores, con atención a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, aplicable a los sujetos con edades comprendidas entre los catorce y dieciocho años (y excepcionalmente hasta los veintidós años), que hubieran cometido un hecho tipificado en la ley como constitutivo de un delito o falta.

En este sentido, lo primero que debemos resaltar es que en relación con los menores que por no haber cumplido aún catorce años se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley especial, señala el art. 3 LORPM que les serán aplicables las normas de protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes. Así pues, la comisión de una infracción penal por un niño menor de la edad fijada, puede derivar en cualquiera de las instituciones protectoras del menor previstas en el Código civil (tutela *ex lege*, guarda asistencial), si bien es cierto que las instituciones de protección del menor previstas en el Código civil no están pensadas y articuladas para el supuesto de infracciones penales cometidas por menores²²².

Al abordar el tema de estas infracciones cometidas por menores sometidos a la regulación de la LO 5/2000, debemos indicar que la competencia administrativa para la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores corresponde, según se deduce del art. 45 LORPM, a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla, con arreglo a la disposición final vigésimo segunda de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Esto supone que, igual que veíamos anteriormente, cada Comunidad Autónoma designará la Entidad pública²²³ que debe ocuparse de la ejecución de las medidas acordadas por el Juez; es lo que la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores ha denominado en su articulado Entidad pública “de reforma”,

²²² Al respecto, LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor...*, cit., p. 240.

²²³ La competencia territorial será de la Entidad pública del territorio del Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia, que según el art. 2.3 LORPM será el Juez del lugar donde se cometió el hecho delictivo (excepto en el caso del art. 20.3 LORPM en que el menor hubiese cometido varias infracciones penales en varios territorios porque entonces será competente el Juez del domicilio del menor).

para diferenciarla de la Entidad pública de protección, a la que ya nos hemos referido²²⁴.

Con todo, debemos destacar que, de entrada, en muchos casos las Entidades de protección y de reforma, dependen del mismo organismo (normalmente la Consejería que corresponda) y por lo tanto van a compartir tanto técnicos, centros y medios materiales, como una estructura de funcionamiento común. Sin embargo, en relación con esto último es importante destacar que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación penal y penitenciaria, por lo que las normas que elaboren las Comunidades Autónomas a estos efectos deberán respetar esa competencia exclusiva (art. 149.1. apartados 1 y 6 CE).

En el articulado de esta Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores se recoge un supuesto semejante al de las Instituciones colaboradoras de integración familiar. Así, puntualiza el art. 45.3 LORPM que las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras Entidades, bien sean públicas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución. Es decir, aunque esas Entidades públicas puedan establecer convenios, siguen siendo responsables de la ejecución de las medidas y en ese sentido, a todos los efectos, van a seguir respondiendo ante el Juez de la ejecución que les ha sido confiada²²⁵.

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 5/2000, el Defensor de Menores de la Comunidad Autónoma de Madrid, URRÁ PORTILLO, en relación con el funcionamiento de estas Entidades colaboradoras de tipo privado, señaló que lo que ocurría a veces era que existía un riesgo manifiesto de que las mismas sobrevivieran sólo cuando existieran casos que las requiriesen. Es decir, si existen casos van a tener apoyo económico y en este sentido, podría derivarse de ese razonamiento precisamente el riesgo de crear la necesidad. Sin embargo, concluyó su intervención señalando que en general, el trato que existe entre estas organizaciones

²²⁴ Sin embargo, esa terminología no resulta acertada puesto que procede de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores y por tanto debía haberse realizado un esfuerzo en orden a modificar la denominación por otra más actual y acorde con la auténtica función que desempeña y que podría haber sido la de "Entidad pública de ejecución de medidas penales", ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho Penal de Menores. (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, Barcelona, 2001, p. 384.

²²⁵ En dicho sentido existen distintos niveles de intervención, que dan lugar a tres modelos de gestión. En el modelo público todos los recursos dependen de la Entidad pública; en el privado, ésta concierne la ejecución de medidas con instituciones privadas y, por último, en el modelo mixto existe una centralización en cuanto a la organización, creación, dirección, organización y gestión de los servicios, pero una descentralización en la ejecución material de las medidas con utilización de recursos públicos y privados, *Ibid.*, p. 387.

no gubernamentales —que son las que hasta el momento conocen—, la Administración de la Comunidad y las personas que actúan como puente entre la justicia, funciona bien²²⁶.

Finalmente la Ley del menor, en concreto su art. 7.1, al enumerar las medidas que pueden ser impuestas a los menores infractores se refiere a la medida de internamiento. Lo que sorprende es que en la propia Exposición de Motivos se hiciera una descripción de dichas medidas, que desde nuestro punto de vista resulta excesivamente detallada y además supone una innecesaria duplicidad atendiendo a la existencia del artículo referido. Se trata de una reiteración que no se justifica, donde además llama la atención el hecho de que incluso algunas de las medidas se desarrollan más extensamente en la Exposición de Motivos²²⁷ que en el propio articulado.

La terminología empleada en el art. 7 LORPM no es muy correcta, ya que utiliza expresiones como internamiento en “régimen” cerrado, semiabierto o abierto que evocan un tratamiento penitenciario, que se supone alejado de la intención del legislador y que hubiese sido preferible sustituir por “centro”.

Señala el art. 7.1 LORPM que las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen cerrado residirán en el Centro y desarrollarán en él las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. En el internamiento en régimen semiabierto, los menores residirán en el Centro, pero las actividades antes reseñadas serán realizadas fuera del mismo. Quienes estén sometidos a la medida de internamiento en régimen abierto llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el Centro como domicilio habitual, con sujeción al programa de régimen interno del mismo.

En relación con la medida de internamiento terapéutico, se requiere que existan unos Centros desde donde se lleve a cabo un tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. El tratamiento ambulatorio es otra medida que puede aplicar el Juez pero en este caso los menores no residen en un Centro sino que deberán asistir al mismo con la periodicidad requerida por los facultativos que les atiendan y seguir las

²²⁶ DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, 17 de marzo de 1999, p. 18765.

²²⁷ Fundamentalmente en los apartados III, 16; III, 17; III, 20 y III, 21.

Para un análisis detallado de las medidas recogidas en la LORPM, cfr. GÓMEZ RIVERO, C., «Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Act. P.*, 2001, pp. 172 a 187.

pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración que padezcan.

La adecuada aplicación de los tratamientos terapéuticos y ambulatorios requiere que las Comunidades Autónomas cuenten con Centros especializados en orden a evitar que, como sucede en la actualidad, se recurra a los Centros de salud públicos, que por sus características y masificación no pueden tratar como corresponde a estos menores a los que nos estamos refiriendo y que por sus características especiales necesitan un seguimiento especial.

Otra de las medidas referidas en el art. 7 LORPM es la asistencia a un Centro de día, en cuyo caso los menores afectados residirán en su domicilio habitual y acudirán al Centro para realizar actividades de apoyo, bien sean educativas, formativas, laborales o de ocio. Y por último, en la medida de permanencia de fin de semana los menores han de permanecer en un Centro (o en su domicilio) hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez.

Finalmente, para concluir este apartado resta apuntar que en relación con los Centros destinados a la ejecución de medidas privativas de libertad, señala el art. 54 LORPM que deben ser Centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria general, si bien las medidas de internamiento también podrán ejecutarse en centros socio-sanitarios, cuando así se requiera, aunque en todo caso será necesaria la previa autorización del Juez de Menores²²⁸.

3.2.2. *Responsabilidad civil del menor*

Sin perjuicio de que en un momento posterior nos detengamos en la consideración de la responsabilidad civil que puede recaer en el menor en los supuestos de codemanda con la Administración, nos corresponde ahora volver a poner de manifiesto que una persona, a pesar de ser menor de edad, si tiene capacidad volitiva y capacidad de discernimiento puede responder de los daños que cause a terceros.

Como ya quedó constatado con anterioridad, la minoría de edad no aparece siempre ligada al principio de irresponsabilidad. Si bien en el capítulo anterior

²²⁸ Los Centros deben estar divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados y han de regirse por una normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de una convivencia ordenada, que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados (art. 54.3 LORPM).

veíamos los distintos argumentos que se han aportado en torno a la justificación del reconocimiento de la responsabilidad de los menores causantes de un daño, la conclusión que extraíamos era que pese a que en algunos ordenamientos se ha defendido la responsabilidad civil incluso de niños pequeños, sólo aquellos menores que tengan capacidad de entender y querer pueden ser considerados responsables con arreglo a nuestro Derecho. En esos casos sería de aplicación el principio general contenido en el art. 1902 Cc que, al no determinar límite de edad alguno, permite su aplicación a quienes aun siendo menores tuvieran suficiente capacidad y por lo tanto fueran imputables, al resultar que uno de los elementos de la culpa es la imputabilidad.

De este modo, en relación con el reconocimiento de cierto valor al dato de la edad, ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo contencioso-administrativo), en la sentencia de 12 de junio de 1997 que «el alumno contaba once años de edad, en cuya edad, y sin perjuicio de la natural vitalidad propia de tal período, es presumible ya, y hasta exigible (por lo menos, a los efectos que ahora interesa), una cierta madurez de juicio»²²⁹.

Sin embargo, lo que ocurre en estos casos es que se demanda también a la Administración, dado que la víctima se dirige siempre al patrimonio más solvente. Esto mismo ocurría en sede civil, y si ahora añadimos que el menor no está sometido a una relación de patria potestad o tutela ordinaria, sino que debe responder la Administración pública, lo más seguro es que prescinda de dirigir la demanda también contra el menor. Pese a lo anterior, el perjudicado puede optar por demandar exclusivamente al agente material y en ese caso, como la Entidad pública no resulta demandada, se interpondrá la reclamación vía civil y se deberá resolver el asunto con arreglo al art. 1902 Cc.

3.2.3. *Responsabilidad patrimonial de la Administración pública*

3.2.3.1. Caracteres generales

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas constituye una pieza fundamental del Estado de Derecho, que aparece consagrada en el art. 106.2 CE al disponer que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

²²⁹ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, RJCA 1997\1174, F. D. segundo.

Partiendo de lo anterior se debe constatar que la responsabilidad de la Administración se ha caracterizado por dos notas que le confieren cierta peculiaridad. Desde un punto de vista sociológico, estamos asistiendo a un incremento acelerado de las reclamaciones efectuadas por los usuarios de los servicios públicos frente a los daños derivados de su utilización, exigiendo una indemnización de la Entidad pública correspondiente. Y desde una óptica jurídica, este fenómeno se ha caracterizado también por la atribución de su conocimiento a varios órdenes jurisdiccionales que, a partir de diferentes criterios justificativos de su competencia, han requerido para sí el conocimiento de dichas reclamaciones, provocando no sólo el denominado “peregrinaje de jurisdicciones”, sino incluso que el enjuiciamiento de una misma realidad se produjera desde criterios sustantivos y procesales absolutamente diferentes²³⁰.

Una aproximación al estudio de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública cuando actúa en relaciones de Derecho privado, nos obliga a partir de sus notas definitorias. En primer lugar, se trata de una responsabilidad directa de forma que los perjudicados no podrán demandar al personal que se encuentre al servicio de la propia Administración; y en segundo lugar, la responsabilidad de la Administración es objetiva²³¹, en el sentido de que se produce independientemente de que exista una conducta culposa o negligente generadora del daño. Sin embargo, la Administración no responderá cuando el daño se haya producido en una situación de fuerza mayor o cuando hubiera concurrido culpa de la víctima o de un tercero²³².

²³⁰ En el ámbito sanitario y haciendo especial hincapié en la denominada “medicina defensiva”, TOLOSA TRIBINO, C., «La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tras la reforma de la Ley 4/1999», *J-A*, 2001, n.º 10, pp. 25-6.

²³¹ A este respecto, por todos, MIR PUIGPELAT, O., «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la LRJ-PAC», *RJC*, 1999, n.º 4, pp. 51-2; MARTÍN REBOLLO, L., «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *RAP*, 1999, n.º 150, pp. 345-6; TOLOSA TRIBINO, C., *op. cit.*, p. 33; GARCÍA DE ENTERRÍA E./FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1998, p. 369.

En la jurisprudencia es calificada como una responsabilidad directa y objetiva, entre otras por la STSJ Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo) de 17-2-1998, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1998\250; STSJ Extremadura (Sala de lo contencioso-administrativo) de 16-3-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1999\673; STSJ Andalucía (Granada), (Sala de lo contencioso-administrativo) de 10-5-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA, 1999\1409; STSJ Galicia (Sala de lo contencioso-administrativo) de 23-6-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1999\2000, F. D. tercero; STSJ Canarias (Sala de lo contencioso-administrativo) de 21-1-2000, *AA*, 2000, @ 246, F. D. segundo; STSJ Andalucía (Granada), (Sala de lo contencioso-administrativo) de 8-2-2000, *AA*, 2000, @ 254, F. D. tercero; STSJ Andalucía (Granada), (Sala de lo contencioso-administrativo) de 6-4-1998, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1998\1145.

²³² Esta segunda causa no aparece expresada en el art. 139.1 LRJ-PAC pero su aceptación es admitida por la generalidad de la doctrina.

La Administración responde por toda lesión que sufran los particulares, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y la previsión del agente. En síntesis, basta con la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo para que surja la obligación de indemnizar, sin más requisitos que el de la relación de causalidad entre el acto y el daño, siempre que no incidan en el resultado alguna de las dos causas que acabamos de indicar²³³.

Debe advertirse que si bien la responsabilidad de la Administración ha sido calificada como objetiva, esta característica ha merecido alguna puntualización por parte de aquellos autores que han comenzado a cuestionarse si la institución se ha desbordado, al abarcar cualquier daño causado con el único fin de conseguir una indemnización por parte del Estado. En este punto PANTALEÓN PRIETO manifiesta abiertamente su desacuerdo ante la calificación de la responsabilidad patrimonial de la Administración como una responsabilidad objetiva y ha señalado la necesidad de una revisión del sistema. Así, señala que la objetivación de esta responsabilidad se ha apoyado en el argumento *ubi emolumentum, ibi onus*, es decir, el principio de que quien se beneficia de una actividad debe soportar los daños por ella causados, y ello nunca se ha pensado que fuera aplicable a actividades guiadas por finalidades no lucrativas, como es el caso de las Administraciones públicas. Además, si este sistema resulta de momento soportable en términos financieros, ofrece razones suficientes para dudar de sus posibilidades “explosivas”²³⁴.

Sin embargo, otros autores han señalado que aun con todo, la institución de la responsabilidad de la Administración está lejos de desbordarse y a pesar de que

²³³ Entre otras, *vid.* STSJ Andalucía (Granada), (Sala de lo contencioso-administrativo) de 8-2-2000, *AA*, 2000, @ 254, F. D. tercero; STSJ Andalucía (Granada), (Sala de lo contencioso-administrativo) de 6-4-1998, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1998\1145, F. D. segundo.

²³⁴ Señala PANTALEÓN PRIETO que opera como «un mecanismo de redistribución perversa de renta: puesto que indemnizar es restituir al “rico su riqueza y al pobre su pobreza”, resulta obvio que los perjudicados que ganaban más o que tenían bienes más valiosos serán quienes obtengan una mayor parte del dinero público (producto de la redistribución justa de la renta por vía de impuestos progresivos) que nutre el verdadero seguro que representa el sistema de responsabilidad de la Administración en la concepción de la opinión dominante», *vid.* «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *DA*, 1994, n.º 237-238, pp. 247 y 251-2; *id.*, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J. A. Moreno Martínez, Madrid, 2000, p. 457.

Esta propuesta de reconfiguración fue ya compartida por GARRIDO FALLA, F., «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», *REDA*, 1997, n.º 94, pp. 185-6. En el mismo sentido, CASINO RUBIO, M., «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», *DA*, 1999, n.º 254-255, pp. 347-9.

se haga referencia tanto al funcionamiento normal²³⁵ como anormal de los servicios públicos, en realidad, un análisis de la casuística permite comprobar que el Tribunal Supremo no es proclive a conceder una indemnización cuando el funcionamiento del servicio se ha desarrollado de un modo normal. En ese sentido, algún autor ha rechazado expresamente realizar cualquier matización en el actual sistema, considerando que no debe darse ni un solo paso atrás en el régimen de la responsabilidad objetiva de la Administración²³⁶.

Estos autores han puesto de manifiesto que la nota negativa de la reforma introducida con la Ley 4/1999 ha sido la nueva redacción conferida al art. 141.1 (no serán indemnizables los daños derivados de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar «según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos»), que supone una clara reducción del ámbito de aplicación de la responsabilidad por funcionamiento normal y una primera quiebra de la tan defendida responsabilidad objetiva de la Administración²³⁷. Esta fórmula no parece ser la más acertada puesto que el texto utilizado para apartar de la cobertura indemnizatoria ciertos riesgos, podría reorientar el sistema de la responsabilidad de la Administración hacia criterios de culpabilidad, en una dirección regresiva²³⁸.

En relación con estas hipótesis, la excesiva amplitud que podría suponer la consideración de una responsabilidad de la Administración plenamente objetiva, podría moderarse a través de ciertas vías y en ese sentido habríamos pasado de un criterio objetivo a otro objetivado²³⁹. En primer lugar, porque a través de la aplicación de la teoría de la compensación de responsabilidades se reduce la obligación

²³⁵ Si todos los ciudadanos se benefician de la prestación de los servicios públicos, todos tendrán que soportar las consecuencias dañosas que de ellos se deriven. Es por esto que en los últimos tiempos se ha empezado a señalar que la cobertura de los supuestos de funcionamiento normal acerca el régimen de la responsabilidad pública al ámbito de la asistencia social, *vid. MARTÍN REBOLLO, L.*, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *DA*, 1994, n.º 237-238, p. 31.

Sin embargo, ambos institutos jurídicos no deben ser confundidos. La responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios da derecho a indemnización siempre que se hayan cumplido los demás requisitos legales, mientras que las indemnizaciones encuadrables en las medidas de asistencia social que adopte el legislador se basan simplemente en la solidaridad social, así, CUETO PÉREZ, M., «Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la reforma de la Ley 30/92», *RAP*, 2000, n.º 152, p. 276.

²³⁶ Así lo entiende MUÑOZ MACHADO, S., «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria», *DA*, 1994, n.º 237-238, pp. 261-2 y 277; asimismo, LEGUINA VILLA, J., «La reforma de la Ley de Procedimiento», *JA*, 2000, n.º 7, p. 13.

²³⁷ Por todos, CUETO PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 287.

Sin embargo, F. PANTALEÓN PRIETO considera que se trata de un paso dado en una buena dirección, cfr. «Cómo repensar la responsabilidad civil...», *cit.*, p. 462.

²³⁸ Sobre este planteamiento, LEGUINA VILLA, J., *op. cit.*, p. 13.

²³⁹ En sentido parecido, DESDENTADO DAROCA, E., «Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho», *REDA*, 2000, n.º 108, p. 535.

de indemnizar cuando a la producción del daño hubiera concurrido la conducta culpable de la víctima o de un tercero. En segundo lugar, mediante la depuración técnica de la noción de lesión que se distingue del concepto vulgar de perjuicio: la lesión que genera la obligación de indemnizar no es cualquier daño sino sólo aquel que pueda ser calificado de antijurídico en el sentido de que el sujeto lesionado no tenga el deber jurídico de soportarlo. Y en tercer lugar, la propia Ley al regular el ejercicio del derecho de repetición exige que el personal al servicio de la Administración hubiera actuado con dolo o culpa grave.

De un análisis de la casuística se extrae que los tribunales resuelven como si la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos no existiera realmente, buscando casi siempre un signo de mal funcionamiento en el servicio como criterio con el que justificar la condena civil de la Administración²⁴⁰. Resultado de todo lo anterior es que no parece conveniente seguir aferrándose a la tesis de la naturaleza plenamente objetiva de la responsabilidad de la Administración. Ni en el ámbito civil ni en el administrativo existe un único régimen de responsabilidad, sino un sistema mixto que combina la responsabilidad por culpa, la responsabilidad objetivada y la responsabilidad objetiva, y de ahí que se reconozcan distintos criterios de imputación. En este sentido resulta interesante clasificar los distintos tipos de actividades u omisiones de la Administración que pueden generar daños y determinar si deben regirse por un sistema de responsabilidad obje-

²⁴⁰ PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995, pp. 80-3; CASINO RUBIO, M., *op. cit.*, pp. 348-9.

Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, DESDENTADO DAROCA explica por qué nos encontramos ante la paradoja de que las soluciones prácticas a las que llegan las sentencias más acordes con la construcción teórica mayoritaria no nos parecen aceptables, mientras que las que introducen criterios ajenos al carácter objetivo de la responsabilidad son las que consideramos acertadas. La regulación de la responsabilidad extracontractual por daños es la creación de reglas que incentivan conductas en las que se debe maximizar la utilidad de la actividad generadora del daño y minimizar los costes que pueden derivarse del riesgo de que se produzcan accidentes. Debe tenerse en cuenta que los costes totales que generan los accidentes no comprenden únicamente el coste propio del accidente, es decir, los daños, sino también los costes correspondientes a los gastos de prevención e incluso los costes de liquidación y distribución de los daños. Según el análisis económico del Derecho sólo se actúa negligentemente si el gasto de prevención que no se realizó es menor que el daño que podría producirse multiplicado por la probabilidad de que éste ocurra. Evidentemente cuando los Jueces resuelven casos de responsabilidad no suelen aplicar conscientemente esta fórmula, pero aunque sea de forma intuitiva se tiene en cuenta esos tres factores para fijar el nivel de diligencia debida. Desde este punto de vista, el régimen de la responsabilidad por culpa no persigue que los sujetos actúen con la máxima precaución posible sino únicamente con el nivel de precaución que permita minimizar costes totales. El análisis económico de la responsabilidad por culpa evidencia que el fundamento de esta institución no es exclusivamente la reparación de los daños, es decir, que la obligación de indemnizar no responde tanto a una preocupación por la compensación de los perjuicios producidos, como a la necesidad de crear un estímulo para actuar diligentemente. Tras este análisis, la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva a todos los accidentes producidos por el funcionamiento de los servicios públicos carece de sentido tanto desde la perspectiva de los que siempre han sido y siguen siendo la función propia de la institución de la responsabilidad, como incluso, desde el punto de vista de la solidaridad social. *Op. cit.*, pp. 546-8.

tiva o de responsabilidad por culpa: si se acude a un criterio de imputación objetiva en sentido estricto se estaría prescindiendo de la culpa, mientras que si se opta por un criterio de imputación objetivado, no siempre va a surgir un deber de reparación frente a la generación de un daño²⁴¹.

3.2.3.2. Codemanda y jurisdicción

3.2.3.2.1. Estado de la cuestión con anterioridad a las últimas reformas administrativas y procesales

Partiendo de la constatación de que con la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, se han colmado algunas de las lagunas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resulta conveniente realizar un análisis retrospectivo a través de los distintos textos legales en los que se ha venido regulando la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas.

Entre los precedentes legales más inmediatos, el avance más importante en esta materia se produjo con la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, cuyo art. 121 disponía que toda lesión que los particulares sufrieran en los bienes o derechos a los que se refería la Ley daba lugar a una indemnización con arreglo al procedimiento de expropiación forzosa, siempre que dicha lesión fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pudiera exigir de sus funcionarios con tal motivo. En esta Ley se instauró un novedoso sistema de responsabilidad extracontractual directa y objetiva de la Administración, acompañado de la correspondiente atribución de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto mismo fue confirmado por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 —derogada por la Ley 29/1998—, cuyo art. 3.b) extendió su competencia al conocimiento de todas las cuestiones que se suscitasen sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Debe advertirse que la unidad jurisdiccional proclamada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 duró sólo un año, puesto que la Ley

²⁴¹ Como acertadamente señala E. GAMERO CASADO, el sistema jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual contiene una estratificación de los niveles de objetivación que abarca a todos los criterios de imputación. *Vid.* «El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual», *AJA*, 2000, n.º 426, pp. 4-5.

de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 acabó con este principio, al establecer en el art. 41 la dualidad de jurisdicciones²⁴². A partir de ese momento las pretensiones sobre responsabilidad extracontractual de la Administración que tuvieran como objeto daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, eran competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; y cuando los daños se hubieran causado por actuaciones del Estado en relaciones de Derecho privado, la jurisdicción competente era la ordinaria²⁴³.

Interesa destacar que los perfiles delimitadores de la competencia de ambas jurisdicciones han sido interpretados de distinto modo por cada una de las Salas del Tribunal Supremo. El alcance de la polémica en torno al orden jurisdiccional competente data de lo que la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1983 denominó “largo peregrinaje jurisdiccional”, en relación con los diversos criterios que se habían mantenido tanto por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, como por las Salas Primera, Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo, circunstancia que había producido una situación de inseguridad jurídica ante la disparidad de resultados ofrecidos en torno a un mismo hecho²⁴⁴.

Ahora bien, no debemos olvidar que junto a la legislación administrativa, el derogado párrafo quinto del art. 1903 Cc en su redacción originaria precisaba que el Estado era responsable por hecho ajeno cuando obrase por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente correspondiera la gestión practicada, en cuyo caso se aplicaba lo dispuesto en el art. 1902 Cc. Esta previsión que concebía la responsabilidad del Estado como una modalidad de responsabilidad por hecho ajeno desapareció del Código civil con la reforma operada con la Ley 1/1991, de 7 de enero, momento en que la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración pasaría totalmente al ámbito administrativo.

Volviendo al encabezamiento, todo este proceso legislativo ha culminado con la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley

²⁴² El art. 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido de 26 de julio de 1957, señalaba que los particulares tendrían derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufrieran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.

²⁴³ Por el contrario, para las Administraciones locales debía entenderse subsistente el principio de unidad jurisdiccional instaurado en su día por la Ley de 27 diciembre de 1956, aunque con la Ley 7/1985 de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local se introdujo también para este tipo de Administración el principio de dualidad de órdenes jurisdiccionales.

²⁴⁴ R/J-A, 1983, n.º 4068.

4/1999, de 13 de enero, así como con el Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. La regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por estas Leyes no ha supuesto una ruptura con la regulación anterior, aunque lo cierto es que se han introducido algunas novedades que merece la pena destacar.

En este punto se aprecia que si la Ley 30/1992 supuso un retorno al sistema de unidad jurisdiccional a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁴⁵, la poca claridad de la redacción de la normativa impidió que se llevara a sus últimas consecuencias²⁴⁶. Y en este sentido, ha sido con ocasión de la Ley 4/1999 –y las posteriores Leyes 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 6/1998 de reforma de la ley Orgánica del Poder Judicial– cuando la cuestión ha quedado definitivamente zanjada, al señalar en su art. 144 que «cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley».

3.2.3.2.2. Las Leyes 4/1999 de modificación de la LRJ-PAC; 29/1998 RJCA; y 6/1998 de reforma de la LOPJ

a) Consideraciones preliminares

Como acabamos de precisar, la desaparición de la dualidad jurisdiccional y el establecimiento (*rectius*, restablecimiento) de la unidad se produjo con la Ley 30/1992, pero ha sido con la Ley 4/1999, así como con las nuevas Leyes de la Jurisdicción Contencioso-administrativa²⁴⁷ y de reforma de la Ley Orgánica del Po-

²⁴⁵ Así, en la jurisprudencia, STS (Sala Primera) de 16-3-2000, AC, 2000, n.º 638; STS (Sala Tercera) de 18-11-1999, La Ley, 23-3-2000, n.º 5019.

²⁴⁶ Como señala J. ROCA GUILLAMÓN, debe reconocerse que la unidad jurisdiccional que parece haber querido introducir el art. 144 LRJ-PAC en su redacción de 1992 es consecuencia, según parece, de un imparable proceso de “administrativización” del sistema, «La responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas por delitos de sus funcionarios», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J. A. Moreno Martínez, Madrid, 2000, p. 500.

²⁴⁷ La Ley 29/1998 en su Exposición de Motivos (II) justifica la competencia exclusiva de los Tribunales contencioso-administrativos: «Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la jurisdicción contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

der Judicial²⁴⁸, cuando se ha cerrado definitivamente una cuestión que llevaba abierta varios años.

Sin embargo, la doctrina apunta que no sólo existe una posible interpretación de los nuevos presupuestos, sino dos. En primer lugar, la opinión más generalizada es la que entiende que se deben acumular las acciones ante el orden contencioso-administrativo –en cuyo caso la sentencia, aunque resuelva el asunto en su integridad, podrá condenar tanto a la Administración como al particular, cada uno en la medida en que hubiera contribuido en el daño–. La segunda posibilidad atiende al hecho de que para contrarrestar la regla de la única jurisdicción aplicable no basta con atender a la interpretación literal del art. 9.4 LOPJ, sino que habría sido preciso prohibir expresamente la reclamación de la indemnización debida por los particulares ante los Tribunales civiles²⁴⁹. Consecuencia de lo anterior es que el perjudicado puede ejercer dos acciones simultáneas, una en vía administrativa y contencioso-administrativa –exclusivamente contra la Administración– y otra ante el orden civil –exclusivamente contra el particular–, de manera que cada orden jurisdiccional condenará a los respectivos demandados en proporción a su participación en la generación del daño²⁵⁰. Con todo, creemos que tal posibilidad no resulta recomendable por cuanto que teniendo en cuenta que el pleito se divide en dos y que además cada parte se va a sustanciar en un orden jurisdiccional diferente, el éxito procesal del recurrente puede quedar enturbiado²⁵¹.

A este respecto, dada la complejidad del problema y pese a que cualquier opción legislativa resulta deficiente, la primera solución conjuga mejor el derecho a un proceso con todas las garantías que asiste tanto a la Administración como al sujeto particular cocausante del daño, con el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas²⁵².

En la jurisprudencia, la STS (Sala civil) de 29-6-2000, a propósito de las lesiones sufridas por una menor que cae en un pozo en una salida del centro escolar público para realizar una actividad complementaria, señala que «la publicación de las Leyes 30/1992 y 29/1998 evidencia un cambio del panorama competencial, con la tendencia en la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas (...), de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, conviene respetar los criterios competenciales precedentes para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo aludido, pues su quiebra ante un proceso iniciado previamente a la puesta en vigor de la comentada normativa, perjudicaría el principio de la tutela judicial efectiva y produciría indefensión, con clara vulneración del artículo 24.1 de la CE», AC, 2000, n.º 1048, F. D. tercero.

²⁴⁸ La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial era necesaria porque el nuevo contenido del art. 2.e LJCA chocaba frontalmente con la redacción anterior del art. 9.4 LOPJ.

²⁴⁹ DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos...», *cit.*, pp. 65-6.

²⁵⁰ En este sentido, GAMERO CASADO, E., «El nuevo escenario de la responsabilidad...», *cit.*, p. 2.

²⁵¹ *Ibid. loc. cit.*

²⁵² *Ibid. loc. cit.*

a.1. Derecho sustantivo aplicable

El art. 9.4. LOPJ al referirse a la jurisdicción competente para resolver aquellos casos en los que se demande a la Administración y a sujetos particulares, no prejuzga el Derecho sustantivo que habrán de aplicar los Jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este punto, a la pretensión indemnizatoria dirigida contra la Administración le será aplicable el Derecho administrativo; sin embargo, no podemos llegar a la misma conclusión respecto del particular code mandado, cuya responsabilidad deberá analizarse desde la perspectiva del Derecho civil, entre otros motivos porque en sede administrativa no existen normas que le sean aplicables. De aquí se deriva que en una misma sentencia se van a aplicar ramas del Derecho distintas a cada demandado, que además de ser diferentes entre sí regulan de forma distinta el régimen de la responsabilidad²⁵³.

En virtud de lo anterior, si bien para garantizar el fuero de la Administración en materia de responsabilidad se somete a un particular a una jurisdicción que le es ajena, debemos manifestar que el nuevo contenido de los arts. 2.e) LJCA y 9.4 LOPJ ha dado lugar a que en los procesos en los que se demande a un sujeto particular, los Jueces de lo contencioso-administrativo deban aplicar el Derecho privado de daños²⁵⁴, en concreto los arts. 1902 y siguientes del Código civil. Y ello porque con arreglo al principio de aplicación integral del Derecho, a pesar de que en la

No obstante, una minoría ha defendido que la segunda solución es la única admisible. En este sentido, XIOL RÍOS y BAJARDÍ PASCUAL al preguntarse por el procedimiento que se debe seguir en los supuestos de coresponsabilidad de la Administración y de un particular, señalan que resulta absurdo pretender que no se puede demandar independientemente a uno y otro responsable ante la jurisdicción civil y contencioso-administrativa, respectivamente, sin perjuicio de que una y otra jurisdicción puedan moderar la responsabilidad si estiman que existe concurrencia de causas. El particular podrá comparecer en el pleito administrativo como interesado code mandado, pero no ser directamente condenado. Las demás soluciones posibles deben desecharse por absurdas. Resulta inconcebible que la jurisdicción civil pueda declararse incompetente por estimar que existe concurrencia de causas con la Administración, máxime cuando dicha circunstancia es discutible y a veces sólo podrá apreciarse en la sentencia. Tampoco puede admitirse que sea la propia Administración la que deba decidir previamente en vía administrativa sobre la responsabilidad de los particulares concurrentes –cosa que roza la inconstitucionalidad– ni que el recurso contencioso administrativo contra la resolución administrativa denegatoria deba dirigirse *ex novo* también contra los particulares concurrentes a la producción del daño en calidad de code mandados, lo que supondría aplicar el proceso contencioso administrativo para algo para lo que no está previsto: la condena de un particular en una relación de Derecho privado, *vid.* «Cincuenta notas de urgencia para la aplicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *AJA*, 1999, n.º 373, p. 2.

²⁵³ En general, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estudio sistemático*, coord. B. Pendás García, Barcelona, 1999, pp. 120-1.

²⁵⁴ Asimismo, REBOLLO PUIG, M., «Vía administrativa y jurisdicción competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Rev. Jur. Andalucía*, 1998, n.º 26, p. 1066.

práctica no haya sido muy frecuente hasta ahora, un Tribunal contencioso-administrativo debería aplicar en su caso normas civiles²⁵⁵.

a.2. Distribución de responsabilidad

Los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial entablados contra la Administración pública y un sujeto particular (que no constituya personal administrativo) pueden concluir con una condena del ente público o del particular pero no tiene por qué ser una condena solidaria. Además, según la regla general del Derecho de Obligaciones sólo se procederá a una condena solidaria cuando no se pueda determinar la parte de responsabilidad que corresponde a cada uno de los implicados en la generación del daño²⁵⁶. Esto significa que la responsabilidad será mancomunada salvo que no se pudiera concretar la proporción o contribución en el daño. La responsabilidad solidaria otorga más protección a la víctima y si el sujeto particular codemandado es un menor de edad, en el terreno práctico no va a resultar más perjudicado; parece poco probable que alguien pretenda que sea el menor quien satisfaga la totalidad de la deuda.

Entre los artículos que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración, sólo en el art. 140 LRJ-PAC se hace referencia a la responsabilidad mancomunada y, en su caso, solidaria, pero en relación con la responsabilidad concurrente de varias Administraciones públicas. La doctrina ha señalado que este criterio, junto con el del principio general que rige en sede civil, se debe extender a otros supuestos y, en ese sentido, la regla de la solidaridad no se puede aplicar con carácter general²⁵⁷.

a.3. Conflicto jurisdiccional

En materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el reparto de jurisdicción ha suscitado tradicionalmente problemas de interpretación que incluso han dado lugar a que en algún momento estuvieran en disposición de

²⁵⁵ El cambio de jurisdicción puede suponer un cambio del Derecho sustantivo aplicable. Las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código civil, Código penal y Ley de Régimen Jurídico de la Administración y del Procedimiento Administrativo Común, tienen importantes diferencias entre sí; así, mientras las normas penales contemplan una responsabilidad subsidiaria, en las civiles es directa. Las penales no mencionan la acción de regreso en tanto que sí lo hacen las civiles y administrativas, pero su ejercicio es facultativo en las primeras y obligado en las segundas. En las normas civiles se recoge una presunción de culpa que no aparece en las penales. Igualmente, el Código civil permite la posibilidad de exoneración probando que se puso la diligencia debida, lo que no se encuentra ni en las normas penales ni en las administrativas, en este sentido, *vid.* DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos...», *cit.*, p. 56.

²⁵⁶ Sobre este planteamiento, GAMERO CASADO, E., «El nuevo escenario de la responsabilidad...», *cit.*, p. 2; MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior...», *cit.*, p. 432.

²⁵⁷ Asimismo, DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos...», *cit.*, pp. 64-5.

conocer unos mismos hechos cuatro órdenes jurisdiccionales diferentes: civil, penal, contencioso-administrativo y social. La Ley Orgánica 6/1998 de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, han contribuido junto a la Ley 4/1999 a zanjar esta cuestión, al establecer claramente que la jurisdicción contencioso-administrativa será la que en adelante conozca de la responsabilidad patrimonial de la Administración, incluyendo los casos de codemanda con un sujeto particular.

No es preciso insistir en los aspectos positivos de la unificación, sobre todo teniendo en cuenta que muchas veces se ha abusado de la utilización de estos órdenes jurisdiccionales con el fin de residenciar el asunto ante la jurisdicción que resultase más conveniente en cada momento²⁵⁸. Cuestión distinta es la de considerar si entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil, el haber dispuesto que todos los asuntos sean resueltos en el orden contencioso constituye la solución más aconsejable²⁵⁹. En este sentido, algunos autores se han mostrado proclives a la defensa de la unidad jurisdiccional en sede civil. Estos autores²⁶⁰ son partidarios de la unificación jurisdiccional pero no encuentran una razón científica o práctica por la que la misma deba producirse precisamente en la

²⁵⁸ Según advierte GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *op. cit.*, p. 116.

²⁵⁹ Tradicionalmente, entre las razones aportadas por los defensores de la prevalencia de la jurisdicción civil señalamos que se ha aducido el juego de la cláusula residual de competencia a favor de la jurisdicción civil en caso de laguna (art. 9.2 LOPJ de 1985) que dotaba de fuerza atractiva o supletoria a este orden jurisdiccional. Además, se atendía a la indivisibilidad de la contienda de la causa, dado que cuando se demandaba conjuntamente a la Administración con un particular, como éste no podía ser demandado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, era suficiente con demandar a un sujeto privado más o menos relacionado con el daño para posibilitar la intervención de la jurisdicción civil. Junto a ello se defendía la unificación jurisdiccional civil en orden a evitar el denominado peregrinaje de jurisdicción, ya que en muchos casos y debido a la larga duración de los pleitos, producían dilaciones injustificadas e insostenibles para las víctimas. Y, por último, también se hacía referencia a la diferente concepción atribuida a la expresión “funcionamiento de los servicios públicos”, ya que los Tribunales civiles entendían que todo lo que no fuera “actividad regular y continua formalizada” de la Administración era actividad privada, cubierta por el art. 41 LRJAE que los hacía competentes en esta materia.

²⁶⁰ *Vid.* YAÑEZ DE ANDRÉS, A., «Responsabilidad de la Administración por daños a las personas y competencia de la Jurisdicción civil», *RGD*, 1999, *passim*, sobre todo pp. 3583-4; MAURANDI GUILLÉN, N., «La concurrencia de jurisdicciones en los procesos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *CDJ*, 1999, II, pp. 481-3.

Señala J. ROCA GUILLAMÓN que la atribución de competencia que realiza el art. 9.4 de la nueva LOPJ, incluso en aquellos casos de concurrencia de sujetos privados a la producción del daño, que parece haber sido tomada del campo de la contratación administrativa de obras y servicios, aquí resulta poco afortunada, por cuanto que al margen de la pérdida de garantías que pudiera representar para el perjudicado, si la Administración resulta absuelta en el orden contencioso-administrativo no queda más camino que replantear la pretensión indemnizatoria ante la jurisdicción civil—esta vez sólo contra el particular— pues de lo contrario sería incoherente asignar a un órgano jurisdiccional especializado, como lo son los Tribunales de lo contencioso, la competencia para sustanciar una cuestión de naturaleza estrictamente civil. De manera que con tanto afán de unificar —en la jurisdicción contencioso-administrativa— lo que se ha conseguido es volver a reinventar el peregrinaje de jurisdicciones, *op. cit.*, p. 501, nota 17.

jurisdicción contenciosa y no en la civil. En todo caso se podría justificar este fenómeno atendiendo a la pretensión expansionista de lo público y la tendencia a invadir ámbitos que tradicionalmente han sido considerados como privados. Esa expansión puede resultar justificada cuando lo que se contrapone es el interés común frente al particular, pero es que ese no es el caso, puesto que no resulta fácil justificar qué clase de intereses comunitarios deben resultar protegidos en el presunto conflicto entre lo público y lo privado²⁶¹.

No obstante lo anterior, es evidente que la tendencia a la consolidación de la unidad jurisdiccional en sede contenciosa hoy día no admite ningún género de discusión, al menos en lo que a lo preceptuado legalmente se refiere²⁶². A nuestro entender, no carece de fundamento la postura doctrinal que defiende que hubiera sido deseable la unidad de jurisdicción competente en el orden civil, en primer lugar porque gran parte de las cuestiones debatidas no son propiamente de Derecho administrativo sino de Derecho civil, como por ejemplo la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor²⁶³. En relación con ello, sería conveniente partir de una doctrina jurisprudencial única sobre esos problemas comunes. Además, la jurisdicción civil permite con mayor facilidad las situaciones litisconsorciales cuando sea conveniente e incluso necesario demandar conjuntamente a la Administración y a un particular, y también supondría una vía de descongestión de la jurisdicción contencioso-administrativa. Los Tribunales del orden civil no suelen

²⁶¹ ROCA GUILLAMÓN, J., *op. cit.*, p. 500.

²⁶² Si bien la Ley 30/1992 todavía dejó cierto margen de duda, el Tribunal Constitucional tras la promulgación de esta Ley tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión, lo que hizo mediante el auto 292/1997, de 22 de julio. En ese sentido, declaró que el art. 142.6 LRJ-PAC no vulneraba el contenido del art. 122.1 CE ni variaba el criterio de delimitación jurisdiccional efectuado en el art. 9.4 LOPJ. Asimismo, como el TC señaló que el art. 142.6 LRJ-PAC no realizaba en su redacción de entonces una atribución jurisdiccional concreta, algunos autores dedujeron que se podía acudir tanto a la vía civil como a la vía contencioso-administrativa, atendiendo además al propio contenido del art. 146 que entonces hacía referencia a «la responsabilidad civil y penal». Sin embargo, esto fue discutido desde la doctrina administrativa, destacando entre otros E. GAMERO CASADO, que consideraba que dicho auto dejaba claro que el único orden jurisdiccional competente en materia de responsabilidad administrativa era el contencioso-administrativo, *vid.* «Constitucionalidad de la unificación jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa (Comentario al ATC de 22 de julio de 1997)», *AJ/A*, 1998, n.º 332, p. 3.

²⁶³ En la STSJ de Extremadura (Sala contencioso-administrativo) de 16-3-1999 no se aprecia la existencia de fuerza mayor en relación con los daños sufridos por un menor de dos años que fue agredido por dos niñas en la guardería cuando la profesora se había ausentado de la dependencia para ir a coger pañuelos. Son casos de fuerza mayor «aquellos sucesos imprevistos o inevitables que sean ajenos o extrínsecos al mismo funcionamiento del servicio público y que, precisamente por tratarse de un supuesto de exoneración de la responsabilidad, su prueba ha de correr de cuenta de la Administración que quiere ampararse en ella. Pues bien, si ello es así, no puede negarse que el hecho de que unos niños de tan corta edad como los del Centro donde asistía el hijo de los actores se enzarcan en peleas (...) es un riesgo propio de la misma actividad. Y por ello, no sólo previsible —la prueba es el número de vigilantes programados para su cuidado— y evitable —no habiéndose ausentado una de las vigilantes—; por lo que no cabe apreciar la causa de fuerza mayor invocada», *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1999\673, F. D. quinto.

tener demasiados problemas a la hora de estimar estas pretensiones indemnizatorias, y por tanto según el principio de protección a las víctimas sería indiferente acudir a una u otra jurisdicción.

En relación con este planteamiento se ha aducido que resulta lógico que conozca la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto porque al decidir sobre la responsabilidad administrativa se aplica todo el Derecho administrativo, como porque la responsabilidad administrativa extracontractual se rige por sus propias reglas y los criterios de imputación de dicha responsabilidad tienen una estructuración específica, cuya necesaria homogeneidad sólo estaría garantizada mediante la atribución exclusiva de esta materia a un mismo orden jurisdiccional. En este sentido, si la situación anterior en donde diversos órdenes podían conocer de una misma cuestión²⁶⁴ obstaculizó el empeño de edificar un sistema propio y coherente de responsabilidad administrativa, actualmente, al haber quedado patente la exclusividad competencial del orden contencioso-administrativo, ha desaparecido este problema²⁶⁵.

a.4. Ejercicio del derecho de regreso

Queda por resolver finalmente cómo ejercita la Administración el derecho de regreso, atendiendo a las novedades introducidas por la Ley 4/1999. Si bien en la actualidad no se puede demandar directamente al personal dependiente de la Administración, sino que únicamente se puede dirigir la reclamación contra la Administración pública, este cambio finalmente ha conducido a la modificación del ejercicio del derecho de regreso, que ha dejado de tener carácter facultativo²⁶⁶ y ahora aparece configurado en la Ley con carácter obligatorio.

El ejercicio de la acción de regreso comporta como primera condición que el particular haya sido efectivamente indemnizado por la Administración, la

²⁶⁴ Si bien actualmente la única jurisdicción aplicable es la contencioso-administrativa –lo que significa que los asuntos que antes podían ir vía civil o social, ahora sólo van a poder ir por la vía contenciosa–, en cuanto a la vía penal, no se puede decir lo mismo. La declaración de responsabilidad penal en estos casos traerá la civil asociada y para que se emita tal declaración bastará con probar una leve negligencia. El tratar de obtener una declaración civil por el camino penal –más rápido, más barato y más contundente que el contencioso– es la cuestión por la que, básicamente se asegura un incremento de las acciones penales que, como decimos, no están cerradas por esta reforma. Esta probable “hipertrofia” de la jurisdicción penal ya ha sido vaticinada por la doctrina, en este sentido, SISO MARTÍN, J., «El enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial. Nueva regulación. Especial mención de la responsabilidad sanitaria», *PJ*, 1999, n.º 54, p. 475.

²⁶⁵ Según advierte E. GAMERO CASADO, a partir de ahora el orden contencioso-administrativo puede abordar sin interferencias la importante tarea de racionalizar el sistema jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual, *vid.* «El nuevo escenario de la responsabilidad...», *cit.*, p. 5.

²⁶⁶ El derecho de regreso configurado con carácter facultativo hace que se proteja al ciudadano dañado pero convierte al funcionario o autoridad responsable en indemne, así, LÓPEZ MEDEL BASCONES, J., «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la modificación de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común», *La Ley*, 1998-V, D-252, p. 1653.

cual puede repercutir contra el funcionario responsable. La segunda condición es de índole subjetiva, por cuanto que se exige que éste haya incurrido en dolo, culpa o negligencia grave²⁶⁷.

En este sentido, cuando un funcionario o empleado hubiera causado con su actuar doloso o culposo grave algún daño que la Administración en virtud del sistema de responsabilidad vigente se ve obligada a reparar, debe ser él quien en último término responda del daño con su patrimonio, si no queremos llegar a la impunidad total del personal al servicio de la Administración y a la vez tirar por tierra el principio de eficacia que el art. 103 CE exige a la Administración en su actividad.

Así pues, el legislador finalmente ha atendido a la reivindicación de gran parte de la doctrina en torno a la implantación del ejercicio obligatorio del derecho de regreso. Y de ese modo, parece que se ha terminado con una situación que, teniendo en cuenta que en el terreno práctico la Administración pública nunca repetía contra el personal que se hallaba a su servicio, podía ser considerada como de total impunidad²⁶⁸. De ahí que un sector doctrinal entendiera que sólo así se conseguiría una actuación diligente de parte de los funcionarios y demás empleados, debido a que ante la amenaza de la acción de repetición, procurarán evitar causar daños²⁶⁹. Sin

²⁶⁷ Si hemos señalado el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, en este punto se pone de manifiesto el carácter culpable de la actuación u omisión del sujeto contra el que se va a repetir, teniendo en cuenta que no basta la simple negligencia sino que debe haber al menos una culpa grave de su parte; de ahí algunos autores han deducido que ello conducía implícitamente al art. 1902 Cc, con la diferencia de que así como la norma civil precisa una culpa de cualquier tipo, para ejercer el derecho de regreso en sede administrativa es exigible al menos que concorra una culpa o negligencia grave, lo que a *contrario* supone que no responderán cuando se constatare que la culpa fue leve. Desde esta perspectiva, se configura una suerte de responsabilidad administrativa, con fundamento subjetivo, más exigente que la contemplada en el art. 1902 Cc, en donde basta con la simple negligencia. En este sentido se pronuncia GIL IBÁÑEZ, J. L., «Evolución normativa y doctrinal de la responsabilidad patrimonial. Las grandes cuestiones», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, dir. D. Bello Janeiro, Santiago de Compostela, 1999, p. 97; PARADA VÁZQUEZ, R., «Responsabilidad patrimonial de los funcionarios y de la Administración», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, dir. D. Bello Janeiro, Santiago de Compostela, 1999, p. 35; TOLOSA TRIBIÑO, C., *op. cit.*, p. 32.

Sin embargo, como puntualiza J. BARCELONA LLOP, el cotejo del art. 145.2 LRJ-PAC no procede con el art. 1902 Cc sino con el art. 1904 Cc, por lo que convendría analizar si en su interpretación se introducen elementos de cualificación en la conducta del dependiente, «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *REDA*, 2000, n.º 105, p. 52.

Y aunque el art. 1904.1 Cc no lo exprese, la doctrina señala que debe concurrir culpa, como señala este mismo artículo en su párrafo segundo, tras la reforma de la Ley 1/1991, *vid.* BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1995, pp. 358-9.

²⁶⁸ MIR PUIGPELAT, O., *op. cit.*, p. 1023; BARCELONA LLOP, J., *op. cit.*, pp. 44-5.

²⁶⁹ No sería lógico que las arcas públicas tuvieran siempre la obligación de pagar dichas indemnizaciones, puesto que en determinados supuestos se deberá involucrar también al agente causante del daño. Un prudente y medio ejercicio de la acción de regreso pueden contribuir, aunque sea modestamente, a un mejor funcionamiento de los servicios administrativos; quizá el abono de la indemnización por el agente público a través de la vía indirecta de regreso sea más efectivo a la hora de eludir conductas reprobables que la amenaza de un expediente disciplinario. Así, BARCELONA LLOP, J., *op. cit.*, p. 40.

embargo, no nos parece que deba ser éste el fundamento de la obligatoriedad del ejercicio de la acción de regreso, puesto que la función principal de la responsabilidad extracontractual no es sancionadora-preventiva, sino meramente reparadora.

Tales previsiones quizá sean menos ambiciosas de lo que inicialmente se pretendió. Si bien conforme a la reforma de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común la acción de regreso regulada en el art. 145.2 ha dejado de ser facultativa, en realidad, al ser necesario que concurra dolo o culpa grave de parte de sus autoridades y demás personal a su servicio, ello no va a cambiar el que en la práctica se ejercite en contadas ocasiones, dado el contenido subjetivo de este elemento valorativo²⁷⁰.

b) El menor acogido y la producción de un ilícito civil

La situación de desamparo de un menor da lugar a la tutela automática de la Entidad pública que corresponda, aunque puede suceder que dicha situación no sea tan grave y no requiera una tutela *ex lege* sino sólo la asunción de su guarda durante un periodo de tiempo. Una cuestión controvertida es la referida al régimen de responsabilidad civil extracontractual que tiene lugar cuando el menor agente del daño se halla bajo la guarda de una institución pública. De ahí la relevancia que otorgábamos a la distinción entre la tutela automática y la guarda administrativa porque, de entrada, sólo en el primer caso, los padres —o, en su caso, los tutores— van a quedar exentos de responsabilidad, al entender que se produce la suspensión de los derechos y deberes que conforman la patria potestad o tutela ordinaria.

En relación con lo anterior algún autor ha señalado que habría que distinguir según las causas por las que se llegara a esa situación. Si la asunción de la guarda por parte del Ente público se debe a un incumplimiento responsable de los deberes legales que corresponden a los padres o tutores, no se podría hallar una base argumental de exoneración de responsabilidad, pero, por el contrario, sí quedarían éstos exonerados cuando por ejemplo se hubiera llegado a esa situación como consecuencia de una enfermedad. El presupuesto inspirador de la anterior afirmación reside en que no se puede premiar a quienes incumplen sus deberes con semejante iniquidad, porque además de que se estaría actuando injustamente, se convertiría en soporte y estímulo de comportamientos en la misma dirección²⁷¹.

²⁷⁰ En el mismo sentido, DÍAZ ALABART, S., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 18 de octubre de 1999», *CCJC*, 2000, n.º 52, 1425, p. 320.

²⁷¹ MÉNDEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 195-6.

Cuando los padres o tutores conservan la patria potestad o tutela ordinaria, la consideración de su responsabilidad va a depender de cómo se interprete el requisito de la guarda que aparece recogido en el art. 1903.2 Cc. De ahí que si la guarda debe suponer convivencia, los padres no van a ser responsables, pero si entendemos que los deberes de guarda se conservan aun en la distancia, entonces sí que pueden ser obligados a responder²⁷². En nuestra opinión, no creemos que se pueda establecer una regla general que obligue a los padres a responder en esos casos, como veremos a continuación.

Debe recordarse que las instituciones de la tutela automática y la guarda administrativa se materializan a través de la figura del acogimiento residencial o familiar. En función del tipo de acogimiento ante el que nos encontremos, el Ente público va a responder por tener asignada la tutela o la guarda del menor, en concurrencia, en su caso, con sujetos particulares (acogedores y padres) o va a responder por tener dicha guarda y además porque el menor causó los daños mientras estaba acogido por un Centro público, y en ese supuesto responderá el Director del Centro. Dado que ese Centro depende de la Administración (salvo que intervenga también una Entidad privada de colaboración), tendrá que responder la Administración por el total y posteriormente deberá ejercitar el derecho de regreso si procede, sin olvidar la posibilidad de que se demande también —supuesto extraño— al menor imputable.

b.1. Responsabilidades derivadas del acogimiento residencial

En virtud del art. 172.3 Cc, el acogimiento residencial es ejercido por el Director del Centro donde se determine que debe ser acogido el menor. En este caso nos encontramos con que la Entidad pública desempeña el cargo de guardador legal del menor y como de ella depende el Director del Centro, en orden a dilucidar la responsabilidad que en su caso pudiera derivar de la comisión de una infracción civil se aplicarán las normas específicas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración contenidas en la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, y será competente la jurisdicción contencioso-administrativa, según ha quedado establecido tras las últimas reformas.

b.1.1. La Entidad pública

Al abordar el tema de la responsabilidad, no cabe duda que en estos casos es la Entidad pública la que asume la práctica totalidad de la indemnización que corresponda. Sin embargo, si nos preguntamos a quienes pueden imputárseles

²⁷² *Ibid. loc. cit.*

esos daños además de al Ente público, cabe señalar que pueden resultar implicados los padres o tutores del menor, sin olvidar, cuando así proceda, la responsabilidad que pudiera corresponder al propio menor siempre que tuviera suficiente capacidad de discernimiento.

Si la Administración es responsable en estos casos, tratándose de un Ente público esa obligación no surgirá del art. 1903.3 Cc sino de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común, modificada recientemente por la Ley 4/1999 de 13 de enero.

Pero es que además de responder por ser titular de la guarda del menor, se da la circunstancia de que al ser un acogimiento de tipo residencial deberá responder también porque no se puede instar directamente la responsabilidad del Director del Centro público donde se ejercitaba el acogimiento. Sólo posteriormente y siempre que dicho Director hubiera actuado con dolo o culpa grave, la Administración ejercerá la correspondiente acción de regreso.

En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1995, el Alto Tribunal se pronunció a favor de la responsabilidad de la Entidad pública que tenía la guarda del menor, pese a que estaba acogido por una institución colaboradora de carácter privado, si bien es necesario señalar que ésta ni siquiera fue demandada. En el presente caso se argumentó que la Entidad pública no podía exonerarse de responsabilidad por el mero hecho de haber encomendado la vigilancia más inmediata del menor a otras personas o entidades y, por ello, en el caso concreto la Diputación no podía pretender que los riesgos del cometido de tutela, guarda, custodia y formación del menor que desempeñaba fueran trasladados, ni renunciar a sus deberes mediante pactos privados²⁷³.

En la actualidad todas las demandas que versen sobre la responsabilidad de la Administración, siempre que los hechos se hubieran producido después de la entrada en vigor de las últimas reformas acaecidas y con independencia de que se demande también a un particular, deben sustanciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa. Por este motivo todavía no contamos con doctrina del Tribunal Supremo a este respecto. El cambio material y sustantivo merece ser destacado dado que con la normativa vigente con anterioridad a la promulgación de la Ley 4/1999 de 13 de enero de reforma de la LRJ-PAC, la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la Ley 6/1998 de 13 de julio de reforma de la LOPJ, la responsabilidad de la Entidad pública se resolvía normalmente en la jurisdicción civil, dado que es muy frecuente demandar

²⁷³ AC, 1996, n.º 1204.

también a un sujeto particular, y por tanto se aplicaba el párrafo tercero del art. 1903 Cc –cuando desempeñaba una función de tutela por culpa *in vigilando*²⁷⁴, o el párrafo cuarto –con base en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* o en ambas, habida cuenta de sus funciones de selección, habilitación y control–, teniendo presente además que siempre quedaba abierta la posibilidad de plantear la demanda por la vía del art. 1902 Cc²⁷⁵.

b.1.2. El Director del Centro de acogida

En el acogimiento residencial o institucional es la Entidad pública quien decide que el menor resida en un Centro de acogida, en cuyo caso el acogimiento se ejercerá por el Director de dicho establecimiento (art. 172.3 Cc *in fine*). Si en esos casos el menor causara algún daño, no podrá ser demandado directamente el Director sino que tendrá que ser demandada la Administración; sólo si hubo dolo o culpa o negligencia grave en la actuación de este agente público, una vez que la Administración hubiera indemnizado a la víctima tendrá la obligación de exigirle de oficio la responsabilidad en que hubiera incurrido, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

b.1.3. Las Entidades privadas colaboradoras

El acogimiento residencial podrá ser acordado en un Centro asistencial propio de la Entidad pública competente, en uno de sus hogares funcionales o en uno de los Centros que hubieran sido autorizados y acreditados como Instituciones colaboradoras de integración familiar. En este último caso, el de las Entidades colaboradoras, el Director del Centro donde sea acogido el menor asumirá las funciones específicas del cargo, bien a través de una expresa encomienda de gestión pública o por medio de una expresa delegación sujeta al Derecho privado (*ex art. 15 LRJ-PAC*)²⁷⁶.

La Ley 21/1987 prevé la habilitación de estas Instituciones con el propósito de que desempeñen funciones de guarda, aunque sometidas a las directrices e inspección de las Entidades públicas. Si un menor que se encuentra bajo su guarda material causa algún daño, estas Instituciones van a poder ser demandadas en virtud del art. 1903 Cc. Sin embargo, este artículo no menciona expresamente a los Directores de las casas o establecimientos de las Instituciones colaboradoras de integración familiar respecto de aquellos daños ocasionados por menores ingresa-

²⁷⁴ En el mismo sentido, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *op. cit.*, p. 318.

²⁷⁵ BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 5 de octubre de 1995», *CCJC*, n.º 40, 1995, 1081, p. 235.

²⁷⁶ RODRÍGUEZ MORATA, F., *op. cit.*, p. 133.

dos en las mismas, y aunque algún autor haya puesto de manifiesto la identidad de razón de este supuesto con el de los profesores²⁷⁷, llegado este punto deberíamos volver a recordar si es posible una aplicación extensiva de dicho artículo. Con el fin de evitar retomar la discusión en torno al carácter taxativo o ejemplificativo de la enumeración del art. 1903 Cc, nos remitimos al apartado correspondiente, recordando únicamente nuestro parecer favorable a una aplicación si no analógica, al menos si extensiva en relación con aquellos supuestos donde existiera algún tipo de relación de dependencia.

En cualquier caso, desde nuestro punto de vista sería conveniente dirigir la demanda contra el titular del Centro privado y contra la Administración, y la misma será sustanciada en la vía contencioso-administrativa, pero si bien es cierto que a la Administración pública se le aplicarán los arts. 139 y siguientes de la LRJ-PAC, el régimen aplicable a estas Entidades será el previsto en el Código civil.

Dentro de este contexto resulta interesante sacar a colación de nuevo la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1995 que, aun siendo posterior a la Ley 30/1992, no se resuelve en la jurisdicción contencioso-administrativa debido a que los hechos se desarrollaron en 1989. Un menor de quince años falleció ahogado y sus padres y hermanos demandaron a la Diputación foral de Guipúzcoa, que era quien tenía la tutela, guarda y custodia del menor. En Primera instancia se estimó parcialmente la demanda y una vez interpuesto recurso de apelación por las dos partes, la Audiencia Provincial revocó parcialmente el fallo y redujo la indemnización. De nuevo ambas partes recurrieron, ahora en casación, sin que sus motivos fueran estimados por el Alto Tribunal, que se pronunció a favor de la responsabilidad de la Entidad pública que tenía la guarda del menor, pese a que estaba acogido por una Institución colaboradora de carácter privado, que no había sido demandada.

La Institución privada referida en la sentencia era la Asociación de Educadores Especiales de Guipúzcoa, que al elaborar un plan de vacaciones para los menores acogidos había destinado al menor víctima a una Granja escuela. Estando en dicho lugar, el menor se dispuso a cruzar un río con el permiso de los monitores, cuando a mitad del mismo se alejó de uno de los flotadores y pereció ahogado. La Administración fue condenada por aplicación del art. 1903.4 Cc y si bien en el recurso de casación pretendía quedar exonerada alegando que sólo hubo culpa de los monitores, al Tribunal Supremo le pareció una contradicción. En este sentido, como la Diputación no puede trasladar los riesgos del cometido de la tutela y

²⁷⁷ MÉNDEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 201.

guarda del menor, tanto la Asociación de Educadores como los monitores de la Granja estaban sometidos a sus instrucciones, sin que se pueda renunciar a ello por pactos privados dirigidos a modificar su responsabilidad en algo que participa de la naturaleza de orden público por su importancia social, como ocurre con la patria potestad de cuyo contenido se le trasladó un haz de facultades y deberes –como tales intransmisibles–, ya que en otro caso habría que privar a la Diputación de esos derechos-deberes, como se hizo con los propios padres²⁷⁸.

En dicha sentencia, aunque los padres y hermanos optaron por demandar sólo a la Diputación Foral de Guipúzcoa podrían haber demandado también a la Asociación de Educadores Especiales²⁷⁹ o a la Granja-Escuela a la que pertenecían los monitores. Además, en lugar de señalar que se había roto el nexo de causalidad y que no había relación jerárquica o de dependencia en virtud de la cual se tuviera que demandar a la Diputación por el art. 1903.4 Cc, se podría haber intentado, por ejemplo, una culpa exclusiva de la víctima, dado que teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo ha objetivado la responsabilidad del art. 1903 Cc, mientras permanezca la cláusula del artículo señalado se puede intentar la exoneración. En cualquier caso, la defensa de la Diputación no planteó el recurso de la mejor manera posible, por cuanto que consideramos poco acertado señalar que la culpa era exclusiva de los monitores, por la sencilla razón de que uno de los indicios más serios y fiables de la falta de culpa del responsable *ex* art. 1903 Cc es la ausencia de culpa en el causante del daño, y en virtud de ello, a la Diputación le hubiese interesado mucho más demostrar que los monitores vigilaron en todo momento al menor²⁸⁰.

Este mismo razonamiento se puede realizar con relación a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1996, donde igual-

²⁷⁸ La finalidad de la Asociación de Educadores Especiales de Guipúzcoa reside en la asistencia de menores desamparados o privados de ambiente familiar. La propia Diputación valora positivamente su intervención y de ahí que hubiera suscrito un convenio con ella, en virtud del cual la Asociación se comprometía a atender en sus Centros a veinticinco menores –cuyo ingreso debía ser dispuesto por el Departamento de Salud y Bienestar Social de la Diputación–, a poner en práctica y controlar los programas individualizados indicados por el Departamento de Salud, a admitir la supervisión técnica de la Diputación y a comunicar cualquier proyecto de celebración de jornadas. Por su parte, la Diputación subvencionaba con la cantidad de 79.000 pesetas/mes por plaza y podía comprobar con los medios que estimase oportunos la actividad desarrollada. AC, 1996, n.º 1204.

²⁷⁹ El joven había nacido en 1973 y hasta marzo de 1980 vivió en un hogar familiar. Posteriormente, se acordó provisionalmente confiar su guarda y educación a un familiar, con domicilio distinto al de sus padres. En ese mismo año se suspendió a los padres en el derecho de guarda y educación del menor y estuvo ingresado en una residencia desde 1980 hasta 1984. El menor referido pasó a depender de la Asociación de Educadores Especiales de Guipúzcoa en junio de 1984, y durante los años de internado estuvo visitando a sus padres e incluso permaneció con ellos durante algunas temporadas vacacionales. Un año después, la Diputación Foral de Guipúzcoa autorizó el ingreso del menor en uno de los pisos que estos educadores tenían.

²⁸⁰ Así, BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Comentario a la STS...», *cit.*, pp. 233-4.

mente los padres de una menor demandaron a la Diputación Foral de Guipúzcoa como resultado del fallecimiento de su hija de catorce años, que se encontraba bajo la guarda y tutela de dicha Entidad —en concreto estaba interna en un piso de la Asociación de Educadores Especiales de Guipúzcoa—. La menor falleció durante la realización de unas actividades de fin de semana y sus padres demandaron al encargado de los karts en que se había montado, a la Diputación Foral de Guipúzcoa y a otra Asociación que había invitado a los menores y educadores de la Asociación primeramente referida a pasar el fin de semana en sus instalaciones. Entre las actividades recreativas se había organizado un circuito de Karts debidamente señalizado y con protección de neumáticos a lo largo de su recorrido. Cuando la menor decidió montar, el encargado le colocó el casco y le dio instrucciones de manejo, pero ésta arrancó de forma imprevista y aceleró al máximo, rebasando la protección y colisionando con un autobús aparcado en las inmediaciones. En Primera instancia se desestimó la demanda al negarle a los padres la cualidad de perjudicados pero la Audiencia, aun reconociendo que la menor había sido abandonada por la madre a los cuatro años de edad, así como la existencia de malos tratos, la suspensión de la guarda y custodia y el desinterés de los padres por las actividades de su hija, entendió que no había desaparecido cierto daño moral por su pérdida y concedió una indemnización inferior a la solicitada. La Diputación Foral interpuso recurso de casación pero el Tribunal Supremo señaló que, a pesar de todo, se podía afirmar la existencia de cierto sufrimiento moral y, en virtud de la obligación reparadora del art. 1902 Cc, ese sufrimiento psíquico o espiritual minorado, debía originar una reparación también reducida que proporcionase, en la medida de lo posible, una satisfacción compensatoria al sufrimiento causado²⁸¹.

b.2. Responsabilidades derivadas del acogimiento familiar

El supuesto al que nos referiremos ahora es aquel en el que la Entidad pública decreta el acogimiento familiar de un menor y durante el mismo ese menor ocasiona algún perjuicio. A tal efecto, el primer dato a tener en cuenta es el tipo de acogimiento ante el cual nos encontremos, porque según se trate de una modalidad u otra, las conclusiones van a ser diferentes. Sin embargo, con carácter previo al análisis detallado de cada supuesto, hemos considerado oportuno efectuar algunas consideraciones generales aplicables en cualquier caso.

Se infiere que el acogimiento familiar es un negocio jurídico de Derecho de familia, pues admite que las partes siempre tengan un margen de libertad para

²⁸¹ AC, 1997, n.º 320, F. D. segundo.

conformar los aspectos inherentes al régimen de visitas, el sistema de cobertura de la responsabilidad civil y el ejercicio ordinario del acogimiento²⁸². A este respecto cabe señalar que el documento de formalización del acogimiento familiar a que se refiere el primer párrafo del art. 173.2 Cc, ha de incluir los derechos y deberes de cada una de las partes y, en particular, la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido, así como el sistema de cobertura por parte de la Entidad pública o de otros responsables civiles con relación a los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros (art. 173.2 segundo párrafo, apartados 3.a y 3.b).

En relación con lo anterior, de la Consulta 8/1997 de 8 de octubre, sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar, destacamos en este punto lo concerniente al régimen de cobertura de las posibles responsabilidades civiles. En este sentido, la Fiscalía señalaba que la genérica remisión a las normas legales de aplicación a tales responsabilidades civiles era suficiente para entender cumplimentada la exigencia legal del art. 173.2 segundo párrafo, apartado 3.b) del Código civil. Dicho precepto no impone una obligación de suscripción de un seguro de responsabilidad civil para cubrir esos eventuales daños, ni tiene vocación de alterar el régimen de la responsabilidad que se deduce de las normas generales del Código civil y del Código penal²⁸³.

En consecuencia, será lícito que el documento se limite a remitirse a lo que resulte de la Ley sobre tales extremos. Si la Entidad pública tiene suscrita una póliza de seguros para cubrir esas responsabilidades, habrá de hacerse constar; y si no se ha pactado nada expresamente, la remisión a la normativa general supondrá la aplicación de los correspondientes preceptos del ordenamiento jurídico, normalmente los arts. 1902 y siguientes del Código civil²⁸⁴.

Cuando estemos ante daños causados por un menor acogido podrá responder tanto la familia acogedora como la Entidad pública o ambos solidariamente, pero habrá que atender a cada supuesto. La Fiscalía apunta que aunque en el te-

²⁸² Asimismo, RODRÍGUEZ MORATA, F., *op. cit.*, pp. 146-7.

²⁸³ Esto se desprendía de forma más clara de la redacción originaria del Proyecto de Ley al referirse a los “posibles sistemas de cobertura” e introducir al final del inciso la frase “en su caso”, de manera que se resaltaba más la naturaleza puramente formal de estas menciones.

²⁸⁴ El precepto no pretende diseñar un nuevo sistema de responsabilidad civil, sino sencillamente que se consignen en el documento de formalización del acogimiento, de existir, los posibles mecanismos de cobertura mediante seguros o, en su caso, los hipotéticos acuerdos que sobre esta materia hayan fijado las partes. Esos pactos en virtud de los cuales una de las partes podría comprometerse a asumir el pago de las responsabilidades derivadas de las actuaciones de los menores (a modo de una asunción de deuda futura) y que no tendrían eficacia más que *inter partes*, deberán consignarse si hubiere sido concertado pero, insistimos, no es necesario que se realicen.

nor literal del art. 1903 Cc no encajan estos supuestos, la doctrina ha señalado que es posible admitir la responsabilidad tanto de los acogedores como de la Entidad pública, bien a partir de una interpretación extensiva del art. 1903 Cc, o bien aplicando el propio art. 1902 Cc.

El fundamento de esta doble responsabilidad residiría, por un lado, en que el desempeño de la guarda por parte de los acogedores lleva aparejado el cumplimiento de obligaciones que le son inherentes y, por otro lado, en que el deber de vigilancia que el antiguo art. 172.3 Cc imponía a la Entidad pública, pese a que ahora no contenga una mención tan expresa se puede entender subsistente en la nueva regulación (art. 173.2.4 Cc), sin perjuicio de las oportunas matizaciones que deban efectuarse en cada caso para alcanzar la concreción definitiva de las personas que deben responder por los perjuicios causados por el menor.

b.2.1. La Entidad pública

Al abordar el tema de la responsabilidad del titular de la tutela o de la guarda del menor, es decir de la Entidad pública, se debe señalar en primer lugar que incluso cuando dicho menor ocasione un daño hallándose en régimen de acogimiento familiar, el Ente público va a poder ser condenado a indemnizar el perjuicio causado; sin embargo, se deben realizar ciertas matizaciones, dado que también podemos encontrarnos ante la transgresión del deber de vigilancia de los acogedores, y en tal sentido éstos deberán asumir su responsabilidad. En cualquier caso, junto a la culpa *in vigilando* de los acogedores, no se debe olvidar la existencia de la responsabilidad por culpa *in eligendo* de la Entidad pública, con fundamento en una supuesta mala gestión en el plano de la elección de los primeros²⁸⁵.

De ahí que resulte fundamental deslindar entre las modalidades de acogimiento familiar atendiendo a su finalidad, aunque lo cierto es que no varía en ningún caso la jurisdicción aplicable, que va a ser siempre la contencioso-administrativa, con independencia de que en relación con la responsabilidad de los acogedores se deba acudir a la normativa civil. En este sentido, el acogimiento familiar simple es de carácter transitorio y está encaminado a la reinserción del menor en su familia de origen, por lo que consideramos que sólo la Entidad pública es quien debe responder de los daños que cause el menor.

En el acogimiento familiar permanente la Entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores las facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus funciones, atendiendo siempre al interés superior del menor.

²⁸⁵ Asimismo, MÉNDEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 199.

En estos supuestos la guarda se transfiere de la Entidad pública a los acogedores, aunque esto no significa que no puede hacerse responder a la Entidad pública, que en todo caso es quien tiene la titularidad de la guarda.

El acogimiento familiar preadoptivo es la situación que más se asemeja a la patria potestad. Por ello, no nos parece defendible que en dichas circunstancias sea la Entidad pública quien deba responder de los daños que el menor hubiera causado. Lo mismo cabe decir cuando estemos ante un acogimiento familiar preadoptivo pero constituido con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, previsto en el mismo art. 173.bis 3.º Cc, en aquellos casos en que se considere necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia, teniendo en cuenta que ese periodo debe ser lo más breve posible y en todo caso no podrá ser superior a un año.

b.2.2. Los acogedores

En lo que concierne al fundamento del art. 1903 Cc, se observa que se refiere a las facultades y deberes de asistencia, tutela y formación del menor dirigidas a que éste no realice comportamientos perjudiciales. De ahí que las alteraciones sucesivas en la guarda de un menor puedan operar instantáneamente en el marco legal, pero ni mucho menos se producen con esa automaticidad en la realidad puesto que los resultados de un mejor o peor ejercicio de la guarda, no podrán empezar a apreciarse sino hasta transcurrido un periodo de tiempo prudencial²⁸⁶.

Una vez constituido el acogimiento familiar, debemos tener en cuenta cómo ejercen la guarda las personas físicas que acogen al menor. Junto a la responsabilidad que correspondería a la Entidad pública, también se debe responsabilizar a los acogedores que ejercen la guarda efectiva e inmediata del menor, siempre que hubiera de su parte cierto grado de culpa o negligencia. Llegado este punto, deberíamos preguntarnos acerca de la responsabilidad del acogedor pese a que no aparezca enumerado entre las personas que responden por el hecho ajeno en el art. 1903 Cc. Si nos aferrásemos a una interpretación rígida del artículo no quedarían comprendidos en él los acogedores; sin embargo, como ya hemos señalado con anterioridad, consideramos que estos guardadores no tienen por qué quedar siempre exentos de responsabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que aunque esta figura no existía cuando se promulgó el Código civil, fue introducida por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre. Desde esta perspectiva tenemos dos opciones: o bien se admite la aplicación extensiva del art. 1903 Cc, o bien se entiende que el acogimiento es una institución análoga a cualquiera de las que aparecen re-

²⁸⁶ En este sentido, LLEBARÍA SAMPER, S., *op. cit.*, p. 213.

cogidas en el artículo. En cualquier caso, la inclusión de los acogedores en el art. 1903 Cc está garantizada, pero siempre será necesario diferenciar ante qué tipo de acogimiento nos encontramos.

En este sentido se ha puesto de manifiesto que, sobre todo tras la reforma operada por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, podría entenderse que el art. 1903.3 Cc «ha venido a convertirse en el cajón de sastre susceptible de incluir en su seno a todas las figuras de protección y guarda de menores e incapaces, introducidas por las nuevas leyes, que supongan relaciones de compañía y vigilancia más o menos estables entre aquellos sujetos y sus protectores o defensores, y entre los que sin ninguna duda, estará el acogimiento»²⁸⁷.

Particular interés reviste descender a cada modalidad de acogimiento en orden a establecer responsabilidades. Pero para ello debemos señalar cuál es el fundamento de la responsabilidad en estos casos, es decir, si reside en la obligación legal de ser titular de la guarda o en el ejercicio de la guarda material. En el primer caso, los acogedores no responderían nunca, dado que siempre lo haría el Ente público. Y el segundo, llevado a sus últimas consecuencias supondría que cualquier persona que tuviera al menor bajo su guarda, independientemente de la relación y del tiempo que pudiera transcurrir, sería responsable de los daños que causara ese menor estando bajo su cuidado. En este sentido, consideramos importante destacar que siendo éste el criterio que ha de prevalecer, debe matizarse señalando que no basta con una mera guarda material, sino que los acogedores deben tener asignadas ciertas facultades para el desarrollo de sus funciones.

El acogimiento familiar simple es de carácter transitorio dado que se prevé la reinscripción del menor en su familia o la asunción de una medida más estable, como podría ser su adopción. Se trata de la modalidad ordinaria de acogimiento, pues está dirigida a menores que se encuentran sometidos a la guarda asistencial de la Administración (no cuando se trate de una tutela *ex lege*), y se debe tener en cuenta que los padres biológicos o los tutores ordinarios conservan las facultades inherentes a la patria potestad o tutela. De aquí se infiere que en estos casos los acogedores no pueden ser llamados a responder porque además de que los padres conservan sus facultades, la nota de temporalidad que caracteriza a esta figura no

²⁸⁷ Son palabras de RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., «La tutela “*ex lege*”... (y II)», *cit.*, p. 160.

Incluso algunos de los más fervientes defensores de la enumeración taxativa del art. 1903 Cc, han resuelto aplicar este artículo a los acogedores, tras comparar el art. 1903 Cc con el art. 20 Cp, actualmente derogado, donde sí se hace referencia al guardador legal, así, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres...*, *cit.*, p. 139; en el mismo sentido MÉNDEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 191. Sin embargo, otros autores no han visto claro que de esa comparación se pueda razonar la inclusión del guardador legal, ya que el art. 20 del derogado Cp en todo caso tendría más relación con el art. 1902 Cc, así, LLEBARIA SAMPER, S., *op. cit.*, pp. 211-2.

permite considerar que se ha producido un traslado de la guarda. Además, como se trata de una medida transitoria, en la práctica se prefiere como candidatos a acogedores a los parientes del menor frente a cualquier persona extraña.

En todo caso, también se ha propuesto que los acogedores deban responder como empleados o dependientes en virtud del art. 1903.4 Cc, debido a que su actuación, con independencia de que medie compensación económica o no, es la de las personas que materialmente se ocupan de los menores, con arreglo a las instrucciones que al respecto hayan dado los padres o la Entidad pública, que al tener la guarda legal del menor es la principal responsable de los daños que éste cause²⁸⁸. Sin embargo, ahora ha de señalarse que los criterios aplicables son otros y se debe tener en cuenta no sólo que la demanda ha de sustanciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también que las normas aplicables serán las de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, en donde la responsabilidad de la Administración pública es directa.

En virtud de lo anterior, los acogedores no tendrían que ser demandados por el art. 1903.4 Cc, porque en todo caso, si se debe inferir la existencia de una dependencia laboral habría que acudir a la vía contenciosa y aplicar las Leyes administrativas y entonces cabría deducir que los acogedores forman parte del personal administrativo, lo cual además de no ser cierto, supone que sólo se les podría exigir responsabilidad por vía de regreso según dispone el art. 145.2 LRJ-PAC. En este sentido, las autoridades y en general todos los agentes públicos no pueden ser condenados mas que por vía de regreso y además sólo ante conductas calificadas (dolosas o con culpa grave). Por ello interesa evidenciar que el funcionario o empleado en general está protegido por una relación laboral que le une con la Administración pero sólo en aquellos supuestos en los que el daño haya sido causado en el ejercicio de sus funciones.

En el acogimiento permanente la Entidad pública transfiere la guarda a los acogedores. En ese sentido, nos parece que no ofrece dudas que exista responsabilidad de éstos aunque es posible que concurra con la de la Entidad pública²⁸⁹. Se trata de un acogimiento de tipo especial referido a menores sometidos a tutela *ex lege*, que tiene lugar siempre y cuando concurran en ellos las circunstancias necesarias para ser adoptados pero no se encuentran adoptantes; en estos casos, previo informe favorable de los servicios técnicos de atención al menor, la Entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores las facultades de la tutela

²⁸⁸ DÍAZ ALABART, S., «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, p. 206.

²⁸⁹ *Ibid.*, pp. 202 y 206.

que faciliten el desempeño de sus funciones, atendiendo siempre al interés superior del menor. A los acogedores se les atribuirán unos derechos y unos deberes que aunque no son plenamente asimilables a los de los titulares de la patria potestad o tutela —puesto que no pueden intervenir en el terreno patrimonial ni ejercer su representación²⁹⁰— facilitan el desempeño de sus funciones. Si atendemos al art. 1903 Cc, la Entidad pública está dejando de cumplir uno de los requisitos exigidos para responder por el hecho ajeno, en concreto el de la guarda, cuyo ejercicio ha sido transferido a los acogedores, sin perjuicio de que siga conservando su titularidad o el derecho de tutela. De ahí que al aplicar el art. 1903 Cc, la responsabilidad —o al menos parte de ella— se desplazaría hacia los acogedores.

El acogimiento familiar preadoptivo también se constituye en relación con menores sometidos a la tutela automática y está encaminado a una posible adopción del menor. Es la situación que más se asemeja a la patria potestad y, en ese sentido, aunque estemos ante una situación no definitiva, parece que estos acogedores serán los únicos responsables civiles²⁹¹. Y lo mismo cuando el acogimiento preadoptivo haya sido constituido con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, porque aunque este acogimiento tiene una duración máxima de un año, no se puede olvidar que la finalidad última es la de la adopción del menor por quienes lo tengan acogido.

De todo lo anterior se puede colegir que habrá de valorarse en cada caso la posibilidad de que participen en dicha responsabilidad otras personas que todavía tienen deberes con respecto a los acogidos.

b.3. Responsabilidad de padres y tutores

En aquellos supuestos en los que el acogimiento tiene lugar a solicitud de los padres o tutores y se constituye la guarda administrativa de los mismos, como no son privados de la patria potestad o de la tutela ordinaria, van a decidir sobre aspectos importantes de la vida del menor y, además, podrán ejercer un derecho de visita. En estos casos, los acogedores —como decíamos anteriormente se trataría de un acogimiento familiar simple— ejercerán su función delegados por la institución pública y sometidos a las instrucciones de los padres.

Aunque se discute que los acogedores sean responsables de los daños causados por los acogidos —puesto que a pesar de ser quienes tienen la guarda in-

²⁹⁰ Con carácter general los acogedores no pueden administrar el patrimonio del acogido ni representarlo y, además, desde el momento en que para el acogimiento permanente se dice que el Juez puede atribuir ciertas facultades, es porque de ordinario no se tienen, LLEBARÍA SAMPER, S., *op. cit.*, p. 206.

²⁹¹ En el mismo sentido, DÍAZ ALABART, S., «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, p. 206; También, MUNIZ ESPADA, E., *op. cit.*, p. 343.

mediata de los menores, el tiempo y las facultades que se les conceden son escasas²⁹²—, la Entidad pública responderá en todo caso²⁹³ sin perder de vista la posible responsabilidad que en su caso pudiera corresponder a los padres.

En todo caso, los padres o el tutor ordinario sólo deberán responder cuando tengan la guarda efectiva del menor, por ejemplo porque el hijo se ha ido a pasar unas vacaciones con ellos. De ahí que la mayoría de las veces, aun cuando sigan ostentando la patria potestad o tutela, como carecen de hecho del ejercicio de los poderes que le son inherentes, aunque se admita que subsista su deber de vigilancia, está prácticamente vacía de contenido por haber perdido el control directo e inmediato sobre el menor, que será ejercido por los acogedores y, en última instancia, por la propia Entidad pública como se deduce del Código civil. Desde esa perspectiva, ante la pregunta de quién deberá responder por los ilícitos causados por el menor acogido²⁹⁴, atendemos al fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno, en concreto a un criterio basado en la *culpa in vigilando* o en la guarda del menor²⁹⁵.

Otra posibilidad sería la de acudir al olvidado criterio de la culpa *in educando*, en virtud del cual, independientemente de responsabilizar a los acogedores, siempre habrá que demandar a los padres o tutor si hubieran cooperado en la educación del menor. A partir de este criterio se puede entender que los padres o el tutor, con su despreocupada vigilancia y deficiente labor educacional, han conduci-

²⁹² Nos referimos a la responsabilidad del art. 1903 Cc, porque siempre quedará abierta la posibilidad de interponer una demanda vía art. 1902 Cc.

²⁹³ En sede civil diríamos que el fundamento de esa responsabilidad reside en la culpa *in eligendo* de la Entidad pública. Sin embargo, a partir de ahora los criterios aplicables son otros y la demanda habrá de sustanciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Las normas aplicables serán las de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, en donde la responsabilidad de la Administración pública ha sido configurada como directa y objetiva.

²⁹⁴ Con la Ley 11/1981, de 13 de enero, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se suprimió del art. 1903.2 Cc el requisito de que los menores debían vivir con sus padres en orden a que éstos pudieran ser responsables por hechos ajenos —que resultaba más favorable para la exención de la responsabilidad paterna por los ilícitos cometidos por el hijo menor— que el requisito de que se encuentren bajo su guarda que, al tener un significado más amplio, puede hacer pensar que responderán los padres y no los guardadores, mientras aquéllos sigan siendo aún los titulares de su guarda. Otros argumentos contrarios al deber de responder de los acogedores y a favor de la responsabilidad paterna serían: el carácter taxativo del art. 1903 Cc, la objetivación que según la más reciente doctrina del Tribunal Supremo se ha producido en relación con la posible exención de la responsabilidad paterna o tutelar y la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 30 abril de 1969, RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela “ex lege”... (y II)», *cit.*, pp. 157-8.

²⁹⁵ Consideramos que se deberá atender a cada supuesto particular. Sin embargo, LLEBARÍA SAMPER concluye que desde la óptica del criterio de la culpa *in vigilando* la imputación de responsabilidad se transmite automáticamente a los acogedores desde que asumen la guarda del menor, sin olvidar que si bien es cierto que los padres, aun estando privados de la patria potestad deben velar por sus hijos (art. 110 Cc), sus posibilidades de vigilar al menor desaparecen cuando la guarda recaer sobre otras personas, y por esa razón se cuestiona si resulta justa esta transmisión de responsabilidad, *op. cit.*, pp. 207 ss.

do al menor a una guarda ajena, o incluso que los acogedores lo han recibido mal educado.

Sea como fuere, no descartamos que pueda responsabilizarse a los padres o tutor de un menor aun cuando el acto tuviera lugar estando acogido por terceros, ni tampoco desechamos una posible concurrencia de culpas. Su adecuada valoración merecerá un tratamiento diferenciado y *ad casum*. Pero si algo resulta obvio es que cuanto más reciente sea la relación de acogimiento, más posibilidades habrá de responsabilizar a los anteriores guardadores y a la inversa²⁹⁶.

b.4. Responsabilidad civil del menor

Según hemos tenido ocasión de manifestar en anteriores ocasiones, cuando se pretenda demandar al menor que causó el daño junto con la Entidad pública que tenía encomendada su guarda y custodia se deberá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa²⁹⁷, aunque como no encontramos normas administrativas que le sean aplicables, se recurrirá al art. 1902 Cc, siempre que ese menor tuviera discernimiento. Es decir, al no haber normas administrativas que puedan ser aplicadas al menor, a pesar de que deba ser enjuiciado en la jurisdicción contencioso-administrativa, acudimos al Código civil; de esta forma, si bien la responsabilidad extracontractual del particular es una responsabilidad subjetiva, la responsabilidad de la Administración tiene carácter objetivo.

Siempre que no se pueda deslindar qué cuota de responsabilidad corresponde a cada parte se procederá a una condena solidaria. Si el menor de edad tiene suficiente capacidad de entender y querer, actúa como un sujeto particular cualquiera en relación con la Administración y por tanto podrá ser codemandado y condenado. En este contexto, conviene traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de noviembre de 1995 que, aun sin perder de vista que procede del orden civil, interesa por cuanto que resultan condenados el alumno menor de edad (de unos quince o dieciséis años) que había lanzado un pedazo de barro a otro menor durante el tiempo de recreo y el titular del Centro de enseñanza pública²⁹⁸.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 213.

²⁹⁷ El art. 18 LJCA señala que «tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela».

²⁹⁸ AC, 1995, @ 385.

c) El menor bajo la guarda material de un Ente público

En este apartado nos vamos a referir al estudio de los Centros de enseñanza pública²⁹⁹, volcando nuestro interés en aquellos supuestos que, con arreglo a las nuevas reformas, deban dirimirse por la vía contencioso-administrativa. En estos casos, el sujeto pasivo de la responsabilidad civil lo constituye el titular del Centro docente, es decir la Administración estatal –generalmente a través del Ministerio de Educación–, o bien una Comunidad Autónoma que haya recibido competencias en materia educativa –ejercidas también ordinariamente a través de la Consejería de Educación–.

Detendremos nuestro estudio en este punto dado que las demandas que se interponen en este ámbito son muy abundantes en número y muy profusas en doctrina. Y desde esta perspectiva, lo primero que debemos destacar es que con anterioridad a la reforma, las demandas de Centros públicos junto con algún sujeto particular eran conocidas por la jurisdicción civil y los Tribunales, en lugar de aplicar el Derecho en su totalidad, acudían a las normas de su jurisdicción. De ahí resulta que ante unos mismos hechos producidos en un Centro público, según se hubiera interpuesto la demanda en vía civil o en vía contencioso-administrativa, se ha creado una jurisprudencia distinta, a pesar de que lo más razonable hubiera sido que si existían normas específicas acerca de la responsabilidad de la Administración, los Tribunales hubieran acudido a ellas y no a las previsiones legales de responsabilidad por culpa recogidas en los arts. 1902 y 1903 Cc³⁰⁰. Con anterioridad a las últimas reformas se solía demandar a un sujeto privado junto con el titular del Centro público y así se evitaba que los Tribunales civiles hubieran podido inhibirse por falta de jurisdicción. Pero a partir de las referidas reformas, siempre que aparezca la Administración en cualquiera de sus formas –en este caso como titular del Centro docente– y a pesar de que también se demande a un particular, se debe sustanciar el procedimiento por la vía contencioso-administrativa.

En estos casos, el daño causado por el alumno es una consecuencia del funcionamiento –normal o anormal– del servicio público de enseñanza ofrecida por la Administración competente en materia de educación, la cual no ha sabido evitar el perjuicio causado. En el sector público de la educación se ha incorporado

²⁹⁹ En relación con los Centros docentes privados nos remitimos a la regulación de Derecho civil que anteriormente expusimos. En cuanto a los Centros concertados, la responsabilidad civil se rige por la normativa común, porque aun considerando el concierto escolar como una concesión administrativa, ni la titularidad ni la Administración del Centro docente corresponden al Estado, MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Responsabilidad de centros docentes...*, *cit.*, pp. 197 a 201.

³⁰⁰ MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos...», *cit.*, p. 425.

un claro elemento valorativo fáctico en la apreciación de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de enseñanza y los daños acontecidos en el alumnado. En este sentido, de la casuística se extrae que la apreciación de la causalidad y, por ende, de la responsabilidad patrimonial de la Administración, depende de que el Juez constate la existencia de una insuficiencia o deficiencia en la organización del servicio público en orden a entender que el daño debe ser calificado como antijurídico³⁰¹. Así se constata por ejemplo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo contencioso-administrativo), de 23 de junio de 1999 donde, a juicio del Tribunal, el desarrollo del servicio público de la educación «había rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social»³⁰².

En sede contencioso-administrativa, como decimos, la jurisprudencia ha derivado en la consideración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en aquellos casos en los que se hubiera constatado un funcionamiento deficiente o insuficiente de los servicios públicos³⁰³.

En relación con los diferentes resultados a los que se ha llegado en función de la normativa aplicable, resulta interesante traer a colación las conclusiones extraídas por MORENO MARTÍNEZ³⁰⁴ en el análisis comparativo de unos hechos muy semejantes ante estas dos jurisdicciones. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo contencioso-administrativo) en la sentencia de 12 de junio de 1997, consideró que el propio menor (tenía once años) fue el causante del daño que había sufrido durante un partido de balonmano en clase de educación física, al colgarse de una portería provocando su desplazamiento y caída³⁰⁵. Si bien en este pronunciamiento se estimó culpa exclusiva de la víctima, dado que el Tribunal llegó a señalar que el menor tenía cierta madurez de juicio, lo cual —añadimos— no significa que tuviera suficiente discernimiento, sin embargo, en sede civil, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 29 de mayo de 1998, cuyos hechos también transcurrieron en el colegio, cuando uno de los alumnos —en este caso de diecisiete años— resultó herido tras colgarse de una portería de balonmano, se apreció la responsabilidad del titular del Centro alegando defi-

³⁰¹ *Ibid.*, p. 428.

³⁰² B. D. *Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1999\2000, F. D. tercero.

³⁰³ Así entre otras, STSJ País Vasco (Sala contencioso-administrativa) de 17-10-1996, B. D. *Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1996\1344; STSJ Andalucía (Sala contencioso-administrativa) de 6-4-1998, B. D. *Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1998\1143; STSJ Extremadura, (Sala contencioso-administrativa) de 16-3-1999, B. D. *Ar. Jurisprudencia*, RJCA, 1999\673.

³⁰⁴ MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos...», *cit.*, pp. 430-1.

³⁰⁵ B. D. *Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1997\1174.

ciencias en las medidas organizativas, al haberse constatado que si las porterías hubieran estado provistas de un sistema de anclaje se hubiera podido evitar el accidente³⁰⁶.

Asimismo, hemos constatado que el criterio aplicado en el orden civil se mantiene intacto, dado que en la reciente sentencia de 7 de marzo de 2001, el Tribunal Supremo, ante unos hechos parecidos a los de las dos sentencias que acabamos de apuntar, resuelve en sede civil (los hechos tuvieron lugar en 1991) y se pronuncia a favor de la responsabilidad civil del director del colegio público y del Estado como titular, por fallecimiento de un menor de doce años. El luctuoso resultado se produjo cuando el menor jugaba en el patio de recreo, a causa del golpe que sufrió en la cabeza al caer de la portería de fútbol sala a la que se hallaba asido con las manos, mientras esperaba suspendido para ser impulsado por otros compañeros; el desprendimiento de la barra transversal superior de la portería, que además estaba desprovista de red, fue lo que produjo la caída del menor. El Alto Tribunal señaló que se habían omitido las precauciones necesarias para la correcta organización de la Entidad, en concreto por una falta de adecuada vigilancia de los alumnos durante el tiempo de recreo³⁰⁷.

Todavía ha de pasar algún tiempo hasta que la Sala Primera del Tribunal Supremo se inhíba por incompetencia de jurisdicción, dado que aún se están resolviendo casos cuyos hechos se originaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992. Así, por ejemplo, la Sala Primera del Tribunal Supremo aún conoce sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en la sentencia de 4 de junio de 1999, al resolver acerca de las lesiones sufridas por una menor en la entrada de un colegio, cuando al ser empujada por un compañero y cogerse a una cancilla, otro compañero la cerró y le aplastó los dedos³⁰⁸. Partiendo de la interpretación de estos hechos, el Alto Tribunal consideró que no hubo responsabilidad

³⁰⁶ Ar. C., 1998, n.º 1012.

³⁰⁷ En relación con la jurisdicción aplicable, si bien la parte demandada pretendía que se estimara incompetencia de jurisdicción, el Tribunal Supremo finalmente declaró que acerca de la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra el Estado se ha reconocido que: a) cuando la Administración actúa con funciones típicas de la soberanía del Estado, revestida de *imperium*, su responsabilidad patrimonial se exigirá en la jurisdicción contencioso-administrativa, y b) cuando la Administración actúe o no con *imperium*, es demandada conjuntamente con una persona privada, existiendo un vínculo real, no ficticio, de solidaridad entre ambas, se impone la *vis atractiva*, de la jurisdicción civil. En el caso no ocurre el primero de los dos extremos. Al prestarse un servicio público –como es un colegio público–, aquello que está cubierto por tal servicio y causa un daño será propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero lo no cubierto no forma parte del servicio público, no reviste *imperium*. El daño, consistente en la muerte del niño, no forma parte del servicio público. Los alumnos del colegio son seres libres con autonomía de la voluntad; su actuación en el patio excede del servicio público, y no puede pensarse que está sujeta al *ius imperium* de la Administración del Estado, *La Ley*, 2001, n.º 5296.

³⁰⁸ AC, 1999, @ 912.

del titular del Centro docente público porque las lesiones sufridas por la menor se produjeron cuando accedía al recinto por una cancilla situada a unos veinte metros de la entrada del edificio donde estaban las aulas, por lo que el personal aún no había asumido las funciones de vigilancia³⁰⁹. También en la sentencia de 10 de abril de 2000³¹⁰ sigue conociendo la Sala Primera del Tribunal Supremo; en este caso se estimó el recurso formulado por los padres del menor que quedó minusválido tras recibir un balonazo en la cabeza y se condenó al titular del Centro docente, en concreto, el Ministerio de Educación y Ciencia³¹¹.

Por si hubiera alguna duda, el Tribunal Supremo en alguna sentencia ha corregido el criterio de las instancias inferiores. Así, en la sentencia de 22 de diciembre de 1999, aunque las instancias inferiores se pronunciaron a favor de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, el Alto Tribunal casó la sentencia. En este caso se resolvió acerca de las lesiones sufridas en clase de educación física por un alumno de 1º de BUP de un Centro dependiente de la Administración pública, cuyos padres demandaron a la Consejería correspondiente y a la Compañía de seguros³¹².

³⁰⁹ En relación con esta sentencia, GÓMEZ CALLE —que no parece estar muy de acuerdo con el fallo— señala que a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992 se ha vuelto al sistema de la unidad jurisdiccional y a ello se han sumado las últimas reformas. En este sentido, si en cuanto a la jurisdicción competente debía haber sido la contencioso-administrativa, lo cierto es que la fecha de los hechos lo impidió; pero en relación con la normativa aplicable, el Tribunal Supremo debió haber aplicado las normas administrativas, aunque en este caso la solución habría sido la misma, puesto que si se entendió que el daño se produjo cuando los menores no estaban aún sometidos a la vigilancia del Centro, del mismo modo se debería haber concluido que se produjo cuando no se había iniciado la prestación de un servicio público, así, «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 4 de junio de 1999», *CCJC*, 1999, n.º 51, 1395, pp. 1194-5.

³¹⁰ *AJA*, 2000, n.º 437.

³¹¹ Entre los pronunciamientos de instancias inferiores, la sentencia de la AP Sevilla (Sala civil) de 15 de mayo de 2000, en relación con las lesiones causadas a una menor de cuatro años por otra menor de once años en los servicios del colegio donde ambas estudiaban, declaró la responsabilidad de la Consejería correspondiente.

En este caso también conoció la jurisdicción civil, a pesar de que los hechos habían tenido lugar en 1994 y la demanda se había presentado en julio de 1996; la AP toma como referencia la Ley 29/1998 de 13 de julio, de Reforma de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, *Ar. C.*, 2000, n.º 1178.

Del mismo modo, la sentencia de la AP Madrid (Sala civil) de 15 de septiembre de 1998, señaló que «la novísima disposición contenida en la LO de 13-7-1998 —en cuanto atribuye nueva redacción al art. 9.4 LOPJ indicando que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive, siendo también competente dicho orden cuando a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados— no puede aplicarse con carácter retroactivo al caso contemplado al no disponerlo así la Ley Orgánica referida».

Un niño de cuatro años de edad sufrió lesiones cuando al término de la clase de gimnasia salió corriendo de forma inopinada y tropezó con una colchoneta, *AC*, 1999, @ 17, F. D. primero.

³¹² Sin embargo, el Alto Tribunal se refiere a la «consolidación de las doctrinas invocadas en los motivos de la *vis atractiva* y evitación del “peregrinaje jurisdiccional”, y justifica que se asumiera con base a ellas, en numerosos supuestos, la competencia en favor de la jurisdicción civil, a la que el art. 9.2 LOPJ atribuye un papel prepon-

Hemos querido concluir incidiendo en la idea de que en función de cuál haya sido la jurisdicción elegida, se ha aplicado una u otra normativa y ello ha dado lugar a importantes consecuencias prácticas. En efecto, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo contencioso-administrativo) de 16 de marzo de 1999, no se apreció que los daños sufridos por un menor de dos años que había sido agredido por dos niñas en la guardería cuando la profesora se había ausentado de la dependencia para ir a coger pañuelos, constituyeran un supuesto de fuerza mayor. Sin embargo, cuando la defensa de la parte demandada apuntó que en otra sentencia (STS de 21 de noviembre de 1990)³¹³ unos hechos semejantes habían sido calificados de fuerza mayor, el Tribunal Supremo puntualizó que se trataba de supuestos distintos. No puede extrapolarse esa doctrina al caso de autos porque, en primer lugar, se silencia que esa sentencia proviene de la Sala Primera del Alto Tribunal y, en ese sentido, se había aplicado el art. 1903 Cc en su redacción originaria y en el ámbito civil, por más que se pretenda objetivar la responsabilidad, ha de existir siempre un componente culpabilístico, un elemento subjetivo que sin embargo no cabe apreciar en el caso que se resuelve, que en modo alguno se asimila a la responsabilidad extracontractual civil, sino que tiende a evitar que el funcionamiento de los servicios públicos produzca un detrimento patrimonial en algunos ciudadanos que, de no ser resarcidos, se verían gravados injustamente del aprovechamiento que esos servicios producen a los demás ciudadanos³¹⁴.

En cualquier caso, en el sector de la educación todos los Centros tienen concertadas pólizas de seguro de responsabilidad y teniendo en cuenta que las compañías de seguros —como a continuación veremos— son sujetos privados que no han intervenido en la causación del daño, en este ámbito sería suficiente con demandar a la compañía aseguradora para evitar la aplicación de la jurisdicción contencioso-administrativa a estos supuestos.

delante en el plano competencial, al residir en la misma, además de las materias que le son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, lo que configura su carácter residual. Una clara demostración de lo dicho se recoge en cuanto a la *vis atractiva* en la S 2 Feb. 1996 en la que se dice que “en el problema que nos ocupa está fuera de duda que en los supuestos en que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, el conocimiento de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados corresponderá a la jurisdicción del orden civil, debiendo exigirse ante los Tribunales ordinarios, en el decir del art. 41 LRJAE (...). Sin embargo, la solución no es tan clara para los casos en que conjuntamente con la Administración figuren demandadas personas físicas o jurídicas privadas, pues si la reclamación se formula con carácter solidario o existe un vínculo de solidaridad entre todos los codemandados, la *vis atractiva* que caracteriza a la jurisdicción civil o su condición de “residual” (art. 9.2 LOPJ), aconseja atribuir la competencia a la expresada jurisdicción, especialmente, para evitar la posibilidad de fallos contradictorios de separarse la continencia de la causa, y en este sentido se decanta la mayor parte de la doctrina jurisprudencial de la Sala”», AC, 2000, n.º 340, F. D. tercero.

³¹³ En este caso los daños habían sido sufridos por un menor cuando otro menor le clavó un tenedor en el ojo mientras se hallaban en el comedor escolar, JC, 1990, n.º 702.

³¹⁴ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, R/JCA 1999\673, F. D. quinto.

- d) La competencia residual de la jurisdicción civil. Un supuesto especial: daños cubiertos mediante póliza de seguros

Pese a la unificación jurisdiccional operada, quedan excluidos del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa los supuestos de responsabilidad contractual, responsabilidad cuasicontractual y responsabilidad civil *ex delicto*³¹⁵. Sentado lo anterior, pretendemos ahora evidenciar que a pesar de que la jurisdicción contencioso-administrativa ha absorbido los supuestos de responsabilidad de la Administración codemandada con un sujeto particular, se han detectado importantes quebras en el nuevo sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, que en la práctica van a permitir que determinados asuntos sean conocidos por el orden jurisdiccional civil.

Si bien la jurisdicción civil únicamente es competente cuando el daño derive de la actividad estrictamente privada y ajena al servicio del funcionario, ciertas dudas van a surgir en relación con los casos límite. Así, la responsabilidad de la Administración por los daños causados por los servicios públicos en régimen de concesión es una excepción a la pretendida conexión entre la titularidad pública de una actividad y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa³¹⁶. Igualmente, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, señala en su art. 162.c), entre las obligaciones generales del contratista, que debería «indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración», de donde se infiere que responden conforme a las reglas de Derecho privado y están sometidas a la competencia de la jurisdicción civil. También será competente el orden civil cuando el daño hubiera sido causado por un ente instrumental de la Administración con personalidad jurídico-privada, que no es más que un ente con personificación privada que no constituye una entidad administrativa³¹⁷.

Mención especial merecen las reclamaciones efectuadas contra las compañías de seguros, en aquellos supuestos en los que la Administración hubiera sus-

³¹⁵ Cuando la responsabilidad civil de la Administración tenga su origen en el acto delictivo del personal a su servicio (art. 121 Cp) podrá ser declarada por los órganos del orden jurisdiccional penal sin que haya precedido ninguna vía administrativa. Al ámbito penal no le ha afectado la unificación del fuero para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración ni la imposición de una única y común vía administrativa previa, por todos, REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, pp. 1070-1; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «La responsabilidad civil de la Administración en el Código penal», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, dir. D. Bello Janeiro, Santiago de Compostela, 1999, pp. 215 ss.

³¹⁶ Por todos, MARTÍN REBOLLO, L., «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...», *cit.*, 1999, p. 354.

³¹⁷ MARTÍN REBOLLO, L., *Ibid.*, p. 353; GAMERO CASADO, E., «El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa...», *cit.*, p. 3.

crita una póliza de seguro que cubra las posibles obligaciones resarcitorias y el dañado se dirige contra la aseguradora para obtener la indemnización, dado que el art. 76 la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro permite al lesionado ejercer una acción directa contra la compañía aseguradora, acción que procede interponer ante el orden civil, tanto en razón del legitimado pasivo (una empresa privada) como de la relación entablada con la Administración (un contrato privado, según ha establecido definitivamente la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), cuestión que siembra un sinfín de interrogantes³¹⁸.

Si bien el nuevo art. 9.4 LOPJ señala que los Tribunales de lo contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive, incluso cuando hubieran concurrido sujetos privados, nada apunta en relación con aquellos casos en los que el sujeto privado sea un garante del pago, como sucede cuando se han suscrito pólizas de seguro. En este caso, seguiría siendo competente el orden civil, que conocerá de la acción directa entablada por el perjudicado contra la aseguradora para exigir el pago de la indemnización en la medida que el riesgo esté cubierto por la póliza.

La compañía aseguradora es un sujeto privado que a través de la suscripción de un contrato se compromete a efectuar el pago de la indemnización que en su caso correspondiera realizar a la parte contratante. La asegurada no es un sujeto que haya concurrido a la producción del daño —como exige el tenor literal del art. 9.4 LOPJ—, pero dado el papel que asume está obligada a pagar la indemnización de los daños y perjuicios producidos por un hecho del que el asegurado es civilmente responsable. De todo ello se deduce que como la compañía aseguradora no es un sujeto cocausante del daño, ni tampoco personal dependiente de la Administración, la única jurisdicción competente sería la civil³¹⁹, si bien las normas que

³¹⁸ Asimismo, GAMERO CASADO, E., «Los contratos de seguro de responsabilidad ...», *cit.*, pp. 368-9; *id.*, «El nuevo escenario de la responsabilidad...», *cit.*, p. 3.

³¹⁹ Sin embargo, un sector de la doctrina administrativa ha manifestado la disconformidad con el conocimiento de estos asuntos en sede civil. Así, señala OTAOLA que la introducción de una compañía aseguradora supone la presencia de un tercero, privado, entre la Administración y el administrado con el eventual riesgo de mediatización por criterios de rentabilidad empresarial del tratamiento de lo que conforme con la letra y el espíritu de la Ley es una materia en la que está implicado el interés público y no simplemente una gestión rentable de los riesgos. La intervención de una aseguradora no puede alterar las competencias de la Administración en materia de responsabilidad patrimonial que no puede ser endosada vía contractual a un privado. La distorsión provocada por la privatización de la responsabilidad patrimonial se pone de manifiesto si consideramos las consecuencias que el art. 76 LCS puede tener al ser aplicado en estos supuestos, lo cual implica el apartamiento de la Administración del conocimiento de la reclamación y su sumisión al criterio de un tercero, cuyo único vínculo con

habrían de aplicar en estos supuestos los Tribunales civiles –según el principio de unidad del Derecho– serían las administrativas, las contenidas en la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común³²⁰.

Pues bien, de las reclamaciones que se presenten directamente frente a las compañías aseguradoras seguirá conociendo la jurisdicción civil, aunque no es posible en tales casos dirigir la acción de resarcimiento frente a la Administración asegurada, pues la prohibición de llevar a ésta ante dicho orden jurisdiccional es también aplicable a estos supuestos³²¹. De todo lo anterior se infiere que la unidad jurisdiccional no ha sido completa puesto que el legislador no ha previsto algunas posibilidades.

3.2.4. *Daños causados a los bienes públicos por un menor de edad*

Reconducimos ahora el estudio a aquellos supuestos en los que el menor, independientemente de que esté sometido a una relación de patria potestad, tutela ordinaria, guarda asistencial o tutela *ex lege*, ocasiona desperfectos en bienes públicos y en ese caso la Administración se convierte en la parte demandante. Siguiendo con los supuestos en los que la titularidad de la guarda del menor la tiene la Administración, estos casos no van a tener alcance alguno dado que la propia Administración no se va a demandar a sí misma. Sin embargo, lo cierto es que si el menor causante de los daños tuviera suficiente discernimiento, entonces la Administración sí que va a poder exigirle responsabilidad, sin olvidar que siendo esto admisible, lo lógico es que los menores, y más aun en estos casos, sean insolventes. Esto mismo ha sido reconocido legislativamente a través del Real Decreto de 5 mayo 1995 relativo a los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia, que en su art. 44 se refiere a la responsabilidad de los alumnos al disponer que «1. Los alumnos que individual o colectivamente causen daños de forma intencionada o por negligencia a las instalaciones del centro o su material quedan

la Administración es de carácter contractual. Al eludirse la intervención administrativa queda inaplicada la potestad de la Administración para conocer con carácter previo al recurso contencioso-administrativo la reclamación indemnizatoria. Además el planteamiento de la acción indemnizatoria exclusivamente ante la compañía aseguradora en virtud del art. 76 LCS supone la desviación de la jurisdicción competente, puesto que se acude a los tribunales civiles ignorando las previsiones del art. 2.e de la Ley 29/1998. Por ello, no se puede olvidar que cuando se plantea una reclamación por daños por un funcionamiento normal o anormal de un servicio público, y el administrado pretende una indemnización, se está planteando una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque la pretensión se dirija contra la compañía aseguradora. Y en ese sentido, la acción debería plantearse ante la jurisdicción contenciosa ya que la Administración no puede hacer dejación de su condición de poder público aunque haya suscrito una póliza, *vid.* «La privatización de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», *AA*, 2000, n.º 29, pp. 870-1.

³²⁰ DÍAZ ALABART, S., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 18 de octubre de 1999», *cit.*, p. 316.

³²¹ LEGUINA VILLA, J., *op. cit.*, p. 13.

obligados a reparar el daño causado o hacerse cargo del coste económico de su reparación. Igualmente, los alumnos que sustrajeren bienes del centro deberán restituir lo sustraído. En todo caso, los padres o representantes legales de los alumnos serán responsables civiles en los términos previstos en las leyes(...)». Esta norma establece una responsabilidad directa del propio menor³²², siempre que tenga discernimiento (pues la norma se refiere a una actuación intencionada o negligente) y de sus padres, lo que nos parece razonable, aunque entendiendo que ese menor ha de tener capacidad de querer y entender.

En otro caso, cuando el menor se encuentre sujeto a la patria potestad o tutela, la Administración podrá dirigirse tanto a los padres o al tutor y exigirles la indemnización correspondiente, si bien, igualmente, si el menor tenía suficiente discernimiento se podría exigir su responsabilidad.

Expuesto lo anterior, interesa señalar que la jurisdicción aplicable en estos casos será la civil, dado que si la Administración actúa como demandante y el menor como demandado, la primera puede aparecer en el orden jurisdiccional civil. E igualmente el Derecho aplicable estará constituido por las normas contenidas en el Código civil.

3.2.5. *Intervención causal del menor en la producción de su propio daño*

Frente al tradicional criterio subjetivo de la culpa o negligencia, como hemos tenido ocasión de señalar en sucesivas ocasiones, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración se alza el principio de la responsabilidad objetiva. En este sentido, la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común señala que la Administración únicamente no tendrá que responder de aquellos daños producidos como consecuencia de la fuerza mayor (art. 139.1 LRJ-PAC) y –aunque no aparezca expresamente en el artículo– tampoco responderá cuando el daño se hubiera producido como consecuencia de la culpa exclusiva de la víctima³²³.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo) de 10 de mayo de 1999, el padre del menor de cinco años

³²² Según el art. 30 LRJ-PAC «tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones públicas, además de las personas que la ostentan conforme a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate».

³²³ Si la culpa de la víctima no es exclusiva sino concurrente, también puede dar lugar a una moderación de la responsabilidad, pese a que esta segunda causa no aparezca en el art. 139.1 LRJ-PAC.

que había fallecido al caer de un precipicio existente en la calle —en relación con el cual no se habían adoptado las medidas de precaución necesarias—, interpuso recurso contencioso-administrativo y el Tribunal Superior de Justicia anuló la resolución ahora impugnada, en virtud de la cual se indicaba que el accidente había tenido lugar con ocasión de una culpa exclusiva de la víctima, derivada de un actuar omisivo de sus padres al incumplir el deber de vigilancia de los hijos menores. Se estimó en parte el recurso y se condenó al Ayuntamiento a pagar una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial, aunque se reconoció la existencia de concurrencia de la actuación de los padres de la víctima «pues si bien es cierto que al Ayuntamiento corresponde el deber primario de mantener los lugares públicos en las debidas condiciones de seguridad, también lo es, que a los padres de los menores de edad incumbe el deber de custodiarlos para evitar que sufran daño alguno (...), no siendo aceptable que se permita a un hijo de 5 años jugar, sin control, en las inmediaciones de una zona de peligro»³²⁴.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo) de 6 de abril de 1998 los hechos fueron los siguientes. Un alumno de trece años sufrió la amputación parcial de un dedo de la mano durante el transcurso de una actividad extraescolar organizada por el taller de carpintería del Centro de enseñanza pública al que asistía. Fue declarada responsable la Administración pública, por no haber adoptado todas las medidas de precaución exigibles para el manejo de una garlopa manual —con un adaptador que la convierte en garlopa industrial y por tanto mucho más peligrosa— puesta en manos de un menor de edad y sin experiencia en el uso de dicho material³²⁵. Estamos de acuerdo en que el menor de edad no tenía experiencia en el uso de aquel instrumento peligroso, pero creemos que no se debería haber desconocido totalmente su edad y, por ende, su discernimiento.

Sí que recayó toda la responsabilidad en la propia víctima en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo contencioso-administrativo) de 12 de junio de 1997, cuando un alumno de once años que se hallaba en clase de educación física jugando al balonmano se colgó de una portería y cayó. Señaló el Tribunal que no hubo fallo mecánico o defectuoso funcionamiento de las instalaciones deportivas, ni la lesión fue consecuencia de un lance propio de la actividad deportiva que se estaba desarrollando, sino que la propia víctima fue quien desencadenó el proceso, teniendo en cuenta además que la edad del agente hacía presuponer que tenía “cierta madurez de juicio”. De ahí que se concluya diciendo que

³²⁴ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, RJCA 1999\1409, F. D. tercero.

³²⁵ B. D. Ar. *Jurisprudencia*, RJCA 1998\1145.

las lesiones no fueron consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público educativo, sino debidas a la conducta del sujeto pasivo de las mismas³²⁶.

También se apreció culpa exclusiva de la víctima tras los hechos resueltos por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo) en su sentencia de 8 de febrero de 2000, cuando se produjo el derribo y caída de un pilar de sujeción de la puerta de acceso al colegio público, como consecuencia de los empujes y balances que el accidentado en compañía de otros menores, ejercieron sobre la puerta. La acción de la víctima en la producción del daño motivó la ruptura del nexo causal dada su relevancia, puesto que sin ella no se habría producido el daño³²⁷.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO O FALTA COMETIDO POR UN MENOR DE EDAD MAYOR DE CATORCE AÑOS

4.1. El Derecho penal de menores. Proceso configurador de su reforma

El Derecho penal de menores, considerado como una parcela especial dentro del Derecho penal general, se instaura en nuestro país mucho después de haberlo hecho en el resto de Europa. En España, es aprobada en 1918 la primera legislación tutelar de menores y se crean los primeros Tribunales de Menores³²⁸. En puridad de términos, en esta primera etapa no podemos señalar que existiera un verdadero Derecho penal de menores, puesto que el modelo seguido distaba mucho del que hoy define este sector normativo. Un hito importante en este proceso legislativo lo constituyó la Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores (LTTM), aprobada por Decreto el 11 de junio de 1948, que seguía un modelo de justicia de carácter tutelar o asistencial, caracterizado por considerar que el delincuente esta-

³²⁶ B. D. *Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1997\1174.

³²⁷ «En relación con la problemática del nexo causal (verdadero nudo gordiano de la declaración de responsabilidad patrimonial) la línea jurisprudencial que venía exigiendo como condición indispensable para tal declaración que la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso fuera no sólo directa, sino también exclusiva, ha evolucionado de modo razonable hasta el punto de no exigir la exclusividad del nexo causal, admitiendo el concurso de causas derivadas tanto de la propia víctima como de un tercero, salvo que éstas sean tan intensas que el daño no se hubiera producido sin ellas», AA, 2000, @ 254, F. D. tercero.

³²⁸ Si hasta ese momento los menores eran juzgados por la jurisdicción ordinaria con las atenuantes correspondientes, a partir de entonces, los menores de quince años que hubieran obrado con discernimiento, serían enjuiciados por una jurisdicción especial. Con el Decreto Ley de 15 de julio de 1925 estos Tribunales especiales extenderían su competencia hasta los menores de dieciséis años. *Vid.* MARTÍN OSTOS, J., *Jurisprudencia de menores*, Barcelona, 1994, pp. 30-1; RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor infractor ante la Ley penal*, Granada, 1993, p. 102.

ba condicionado por factores biológicos, psicológicos o sociales –y ante esta situación se debían aplicar medidas de orientación terapéutica, protectora y reformadora–, así como porque el procedimiento estaba desprovisto de toda garantía.

Necesariamente esa situación debía cambiar. La promulgación de la Constitución Española de 1978 exigía la revisión de los principios que habían informado la Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores. La primera modificación integral de esta legislación quedó anunciada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, dado que en su disposición adicional primera concedía al Gobierno el plazo de un año para presentar un Proyecto de reforma de la legislación de menores.

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero declaró la inconstitucionalidad del art. 15 LTTM, donde se regulaba el procedimiento a seguir ante los Tribunales Tutelares de Menores, por considerar que prescindía de las garantías legales. Este vacío motivó la conveniencia de que se reformase la Ley de 1948, y esta pretensión se vio plasmada con la nueva Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, que en su disposición adicional primera procedió a cambiar la denominación de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 por la de Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores (LORCPJM). Aun con todo, dicha reforma fue concebida con un marcado carácter provisional, pues como bien señala la propia Ley en su Exposición de Motivos, tiene «el carácter de una reforma urgente, que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores». Prueba de ello es el mantenimiento del contenido del texto de 1948, con algunas modificaciones, hasta la entrada en vigor de la nueva Ley penal del menor.

Pues bien, poco a poco se iba gestando un contexto adecuado que culminaría con la aprobación de una ley penal de menores. En España, sólo la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal (PANCP) de 1983 compelió al Gobierno a presentar a las Cortes, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Código penal que se proyectaba, una Ley sobre Derecho penal juvenil (disposición final segunda). Tras el Proyecto de Código penal de 1994, la iniciativa de crear un Derecho penal de menores se convirtió en una auténtica necesidad, primero bajo el mandato del Gobierno del Partido Socialista y después en el seno del Gobierno del Partido Popular, siendo redactados diferentes textos hasta que finalmente surgió la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Esta Ley ha supuesto la plena consagración del modelo de justicia penal de responsabilidad, que entiende que el menor, diferenciando varias

frangas de edad, es responsable de sus actos y ha de asumir las consecuencias que de ellos se deriven. Además, tanto las medidas aplicables como el procedimiento enjuiciador están presididos por las garantías legales, a diferencia de lo que acontecía hasta entonces.

Desde 1980 se han ido sucediendo varios Borradores y Anteproyectos. Entre ellos destaca el texto elaborado por el Partido Socialista, el Anteproyecto de la «Ley Orgánica Penal juvenil y del menor» de 27 de abril de 1995, surgido con el propósito de entrar en vigor junto al nuevo Código penal y evitar así posibles problemas de transición de una legislación a otra³²⁹. El Gobierno remitió el texto al Consejo General del Poder Judicial para que emitiera un Informe acerca de su contenido, resultando tan desfavorable que motivó la paralización de su tramitación.

Durante la VI Legislatura, el Grupo Parlamentario Socialista presentó al Congreso de los Diputados la Proposición 122/000055 de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor³³⁰ con la intención de «colmar la previsión que desde la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal aparece en su artículo 19»³³¹.

El Gobierno del Partido Popular también contribuyó a la redacción del texto definitivo acerca de la responsabilidad penal del menor de edad. El Ministerio de Justicia designó un grupo de estudio que partió de los resultados obtenidos con la aplicación de la Ley 4/1992, así como de las regulaciones de otros países y de las

³²⁹ Algunos autores ponen de manifiesto el error que supuso aprobar el Código penal de 1995 sin haber resuelto la cuestión relativa al Derecho penal de menores, por todos, CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, 2000, p. 11.

³³⁰ Esta denominación es la más parecida a la que finalmente adoptó la Ley 5/2000, después de que fuera ampliamente debatido su título durante los trabajos parlamentarios. RÍOS MARTÍN era partidario de cambiar la rúbrica de la Ley y suprimirle la característica de penal, al considerar que el Derecho de menores debía tener carácter educativo. DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, pp. 18776-7.

Fueron propuestas otras denominaciones tales como, *Ley de justicia Juvenil* o, mejor aún, *Ley de respuesta social al joven infractor*, al entender Urrea Portillo que la responsabilidad jurídica de los niños no debía ser penal, DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, pp. 18759-60.

En el mismo sentido se pronuncian los representantes de algunos Grupos Parlamentarios, como LÓPEZ GARRIDO –Grupo Mixto–, que prefería que desaparecieran del título de la Ley las palabras “responsabilidad penal” y fueran sustituidas por “justicia juvenil”, DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 774, de 18 de octubre de 1999, pp. 22946-7; DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 270, de 11 de noviembre de 1999, p. 14450.

Por el contrario, manifiestan que la denominación y el carácter de la ley son correctos, entre otros, GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER (das cosas han de ser llamadas por su nombre), DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, p. 18781; igualmente, AGUIRRE ZAMORANO, DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, p. 18785.

³³¹ BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, n.º 71-1, de 29 de noviembre de 1996, p. 1. Esta Proposición de Ley fue retirada por el Grupo Socialista del Congreso, BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, n.º 71-2, de 19 de junio de 1998.

diferentes aportaciones doctrinales, para redactar el Borrador de Anteproyecto de 30 de octubre de 1996 y como resultado de todas las observaciones vertidas en él, surgió como texto mejorado, el Anteproyecto de 1 de julio de 1997. Tras su aprobación por el Consejo de Ministros (4 de julio de 1997), se emitieron—con carácter previo a la remisión del Proyecto al Parlamento— Informes sobre su contenido, destacando el Informe del Consejo General del Poder Judicial y el Informe de la Fiscalía General del Estado. Convertido ya en Proyecto, el texto fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 3 de noviembre de 1998 bajo el nombre de «Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», y definitivamente aprobado el último día hábil de la VI Legislatura, el 30 de diciembre de 1999, poco antes de la disolución de las Cámaras³³².

Tanto la Ley 4/1992, como la Moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994³³³ y el art. 19 del Código penal de 1995, anunciaban la existencia de la Ley del menor. Sin duda, la doctrina del Tribunal Constitucional sirvió de clara orientación en la redacción de la Ley, al haber sido incluidas las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores. En este sentido, la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores reconoce expresamente todas las garantías que se derivan de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor y diferencia, dentro de la categoría de infractores, diversos tramos de edad a efectos procesales y sancionadores. Dentro de este contexto, su Exposición de Motivos advierte que (II, 6) la Ley tiene «naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad», caracterizada no sólo por la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas dependiendo de las circunstancias del caso concreto y de la evolución personal del menor, sino también por la concesión de competencias a las entidades autonómicas para la ejecución y control de las medidas impuestas en la sentencia.

³³² *Aprobación definitiva*, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 144-18, de 30 de diciembre de 1999, pp. 385 ss.

³³³ La necesidad de reforma del régimen jurídico penal aplicable al menor también fue puesta de manifiesto en el Congreso de los Diputados mediante la aprobación unánime de una «Moción sobre medidas para mejorar el marco jurídico vigente de protección del menor, así como criterios a seguir para dotar a las instituciones de instrumentos eficaces y adecuados para realizar las funciones encomendadas». Los principios expuestos en esta moción se referían fundamentalmente al establecimiento de la mayoría de edad penal en los dieciocho años y a la promulgación de una Ley penal del menor y juvenil que contemplase la exigencia de responsabilidad para los jóvenes infractores que no hubiesen alcanzado la mayoría de edad penal, basada en su reeducación, con base en las circunstancias personales, familiares y sociales, y que tuviera especialmente en cuenta las competencias concedidas en esta materia a las Comunidades Autónomas.

4.2. La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

4.2.1. *Ámbito de aplicación del nuevo Derecho penal de menores*

Interesa destacar en primer lugar, que la determinación de los sujetos a los que resultan aplicables las disposiciones de una Ley para menores infractores se puede realizar de dos formas. En efecto, se puede partir de una concreción en la edad que actúe como tope o, en cambio, se puede optar por seguir el criterio de examinar al menor en cada caso y, según el resultado obtenido, fijar tanto las medidas aplicables como el trato procesal que merece, atendiendo siempre a la gravedad del delito o falta cometido y a la capacidad de discernimiento. Pues bien, dado que el análisis de estos dos sistemas, el biológico y el del discernimiento fueron analizados en el capítulo anterior, nos limitaremos ahora a señalar que entre estas dos posibilidades, el legislador español, tanto en el Código penal como en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se ha decantado claramente por la primera, alegando razones de seguridad jurídica en su aplicación.

En concreto, el ámbito subjetivo de la Ley Orgánica 5/2000 comienza a ser diseñado por el Código penal de 1995, al enunciar en su art. 19 que los menores de dieciocho años no son responsables con arreglo a ese Código y efectuar una remisión a una Ley que contenga la regulación de la responsabilidad penal del menor. El menor de dieciocho años no es un sujeto esencialmente inimputable, sino que lo que sucede es que no va a ser responsable criminalmente con arreglo a las disposiciones del Código penal de adultos. Esa Ley a la que se hace referencia es la Ley Orgánica que regula la responsabilidad penal de los menores y que ha sido aprobada cinco años después de la entrada en vigor del Código Penal (25 de mayo de 1996), con una *vacatio legis* de un año a partir de la fecha de publicación en el BOE³³⁴.

En el art. 19 Cp se ha establecido un límite de edad penal que al mismo tiempo que señala cuándo un sujeto es susceptible de ser enjuiciado por el Derecho penal general, determina cuándo debe ser sometido al régimen especial de menores contenido en la reciente Ley Orgánica 5/2000. Esta aseveración precisa una aclaración, puesto que si la edad de dieciocho años funciona como límite mínimo para

³³⁴ GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER propone una duración de seis meses, DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, p. 18783. También URÍA ECHEVARRÍA –Grupo Nacionalista Vasco– señala la conveniencia de una *vacatio legis* menor, DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 270, de 11 de noviembre de 1999, p. 14452.

la aplicación del Derecho penal de adultos, y como tope máximo, con carácter general, en torno a la aplicación de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores –dado que en determinados supuestos, como tendremos ocasión con posterioridad de precisar, la Ley es aplicable hasta los veintiún años–, se hace necesario fijar un límite inferior que determine una edad mínima a partir de la cual se pueda aplicar la regulación especial. Dentro de este contexto, la propia Exposición de Motivos de la Ley (I, 4) señala que «la edad límite de dieciocho años establecida por el Código penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada, los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado»³³⁵.

Así pues, el límite de edad penal no es único, sino que junto al límite superior de los dieciocho años, el límite inferior ha sido finalmente establecido en la edad de catorce años. En concreto, de acuerdo con el art. 3 LORPM los menores de dicha edad no serán responsables con arreglo a esa Ley, sino que se les aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes.

La idea principal que inspira la diferenciación entre estos dos periodos de edad es la de dejar fuera del Derecho penal al “niño” y someter al “adolescente” a una respuesta jurídico penal adaptada a sus peculiaridades. Antes de la pubertad, el niño presenta un desarrollo incompleto no sólo físico sino también psíquico –en su doble vertiente, intelectual y emocional–. La adolescencia es el periodo en que el crecimiento se acelera y se produce también una aceleración del desarrollo cognitivo y emocional³³⁶. De ahí que se suelen distinguir tramos dentro de la minoría de edad. De entre los distintos antecedentes prelegislativos, donde más claramente se realizó esta división por etapas fue en el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal juvenil y del menor, de 27 de abril de 1995, en el cual, por influencia del Derecho

³³⁵ Señala APARICIO BLANCO que no podemos entender este sistema de doble responsabilidad penal, elevando ésta a los dieciocho años pero declarando responsables a los menores de dicha edad y admite la tesis según la cual en nuestro ordenamiento estamos ante dos tipos de responsabilidades: por un lado la responsabilidad penal criminal de los imputables y por otro la responsabilidad penal general predicable de los inimputables, como los menores de edad. Estas responsabilidades serían distintas en función de la edad del autor, atribuyendo al menor de dieciocho años una responsabilidad de segundo grado. *Op. cit.*, p. 162.

³³⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *op. cit.*, p. 155.

alemán, se diferenciaban cuatro categorías dentro de la minoridad: niños (cuando tenían menos de trece años), menores o adolescentes (con edades comprendidas entre los trece y los dieciséis años), jóvenes (entre dieciséis y dieciocho años), y jóvenes-adultos (entre dieciocho y veintiuno).

Debe observarse que en la mayor parte de países que conforman el sistema continental, después de haber fijado unos límites mínimos y máximos, se distinguen diversas categorías de personas, atendiendo fundamentalmente a las normas internacionales fijadas en esta materia. Asimismo, si bien en torno a la franja superior la mayoría de países ha optado por la edad de los dieciocho años, el límite mínimo varía en los diferentes Códigos penales. Así, por ejemplo, mientras en Francia el umbral ha sido situado en los trece años³³⁷, en Alemania, Austria e Italia, se ha concretado en los catorce³³⁸, y en Dinamarca, Finlandia, y Suecia en los quince años³³⁹. No ocurre lo mismo en el Derecho inglés, donde el límite inferior fue establecido en una edad más temprana. En efecto, el artículo 50 de la Ley de 1933 sobre los niños y los adolescentes (*Children and Young Person Act*), modificada por el art. 16. 1 de la Ley de 1963, fijó en diez años la edad de la responsabilidad penal en Inglaterra y en el País de Gales. En torno a esta edad no existe una postura unánime a favor de un límite tan bajo, como así quedó demostrado en las opiniones disidentes vertidas por cinco de los doce jueces que firmaron la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de diciembre de 1999. Estos jueces

³³⁷ El Código penal francés fue modificado en 1992, entrando en vigor el 1 de marzo de 1994. Su art. 122.8, en materia de causas de irresponsabilidad o atenuación de la responsabilidad, dispone que «dos menores declarados culpables de infracciones penales serán objeto de medidas de protección, asistencia, vigilancia y educación en las condiciones fijadas por una ley especial (remite a la Ordenanza 45-174, de 2 de febrero de 1945, relativa a la delincuencia juvenil). Esta ley determinará, igualmente, las condiciones en las cuales las penas pueden ser pronunciadas contra los menores de edad mayores de trece años (remite a la Circular de 14 de mayo 1993)».

El art. 2 de la Ordenanza señala que si el menor de edad no ha cumplido aún los trece años existe una presunción irrefutable de irresponsabilidad por su parte.

³³⁸ El § 19 StGb declara inimputables a los menores de catorce años. No obstante, la Ley penal juvenil alemana, *Jugendgerichtsgesetz* (JGG) de 1923, señala que un joven, es decir una persona que no ha cumplido los dieciocho años (§ 1, II JGG) sólo será responsable penalmente si «según su desarrollo moral y mental posee suficiente madurez para captar lo injusto del hecho y actuar de acuerdo con esa comprensión» (§ 3 JGG), lo que significa que tenga capacidad de entendimiento y suficiente capacidad de adecuación de la voluntad al entendimiento.

La Ley de Justicia Juvenil de Austria (JGG) de 1988 califica de menor a quien ha cumplido los catorce años pero no ha alcanzado los diecinueve (§ 1 Z 2 JGG).

En Italia la normativa sobre menores aparece tanto en el Código penal de 1930 como en el Decreto de 20 de julio de 1934 por el que se crean los Tribunales Tutelares de Menores, y se fija la inimputabilidad absoluta por debajo de los catorce años. El art. 97 del Código penal italiano dispone que «no es imputable quien en el momento en que cometa el acto no tenga catorce años»; y el art. 98 del mismo Código completa lo anterior al señalar que «es imputable quien tenga catorce años pero aún no haya cumplido los dieciocho siempre que tuviera capacidad de entender y querer, pero la pena estará disminuida».

³³⁹ Dentro de los países escandinavos, Noruega es el único país donde la edad penal está establecida en los dieciséis años, aunque últimamente se está debatiendo la posibilidad de rebajarla un año.

manifestaron que muy pocos Estados habían adoptado un umbral tan bajo como el que estaba en vigor en Inglaterra y estaban convencidos de que existía una norma general en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa según la cual la responsabilidad penal relativa se aplica a partir de la edad de trece o catorce años —con un procedimiento ante Tribunales especiales para menores— y la plena responsabilidad penal a partir de la edad de dieciocho años. Cuando niños de edades comprendidas entre los diez y los trece o catorce años cometen crímenes, se deben imponer medidas educativas para intentar reintegrar a estos jóvenes delincuentes en la sociedad. Incluso aunque el art. 4 de las Reglas de *Beijing* no determine la edad mínima que se debe tener para incurrir en responsabilidad penal, el hecho mismo de que recomiende a los Estados no fijarla demasiado baja está indicando que las nociones de responsabilidad penal y madurez están relacionadas³⁴⁰.

Por lo que al Derecho español se refiere, la confusión en torno a la determinación de los topes de edad pudo surgir cuando el nuevo Código penal elevó en dos años la edad criminal. En este sentido, si bien la mayoría de edad quedaba situada en los dieciocho años, el legislador no se pronunció sobre el límite inferior, sino que optó por efectuar una remisión a una futura legislación de menores donde vendría contemplado este extremo. A esta confusión inicial, contribuyó el hecho de que algunos autores valorasen positivamente que el legislador hubiera aumentado el límite en dos años, obviando cualquier referencia al límite inferior que se determinaría en la futura Ley penal del menor a que hacía referencia el párrafo segundo del art. 19 Cp. Y ello porque, siendo esto así, otros autores, en cambio, señalaban que se estaba enmascarando la verdadera realidad, en el sentido de que el límite de edad penal había descendido de los dieciséis —edad recogida en el anterior Código penal— a los trece años —edad fijada en el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que en el texto final quedó establecida a los catorce años—.

En virtud de lo anterior, consideramos que si la Ley Orgánica Reguladora de Responsabilidad Penal de los Menores tiene carácter formalmente penal pero materialmente sancionador-educativo, la mayoría de edad deberá ser la que aparezca

³⁴⁰ Sentencia dictada con ocasión del caso de dos menores ingleses de diez años que secuestraron a un niño de dos años dentro del recinto de un centro comercial y le golpearon mortalmente.

Opinión, en parte disidente, común a los jueces PASTOR RIDRUEJO, RESS, MAKARCZYK, TULKENS y BUKTEVYCH, quienes concluyen con una paradoja, al señalar que mientras que se suponía que los demandantes tenían la suficiente capacidad de discernimiento como para que se les considerara responsables desde el punto de vista penal, se preparó para ellos una sala de juegos para las interrupciones de las vistas, sentencia TEDH, de 16-12-1999, B. D. *Ar. Jurisprudencia*, 1999\71, pp. 43-4.

en la citada Ley, con lo cual en realidad se ha producido un adelanto de la edad penal, que ahora empieza a los catorce años. Desde esta óptica, el aumento de la edad penal a los dieciocho años ha sido considerado un eufemismo³⁴¹ e incluso ha sido calificado como la coartada perfecta para propiciar una disminución de la edad penal sin ninguna discusión³⁴². También el Consejo General del Poder Judicial ya en el Informe al Anteproyecto del actual texto legal, señaló que resultaban equívocas las referencias a la imputabilidad y a la culpabilidad, dado que en lugar de retrasar la mayoría penal a los dieciocho años se adelantaba a los trece³⁴³. Para los autores que se adhieren a esta corriente resulta, cuanto menos, discutible la idea trasladada a los ciudadanos de que el Derecho penal español ha elevado la mayoría de edad penal para equipararla a la civil, puesto que en realidad se ha rebajado de los dieciséis a los catorce, si bien las sanciones contenidas en el Código penal se reservan para los mayores de dieciocho, como señala el art. 19 Cp.

Como decíamos, nos encontramos ante dos tendencias, por un lado la de aquellos que consideran que se ha producido un ascenso de la mayoría de edad penal, y por otro, la de quienes defienden que se ha operado un descenso de dicha edad. Si bien los primeros no aluden al límite inferior, en relación con los segundos cabe señalar que olvidan sacar a colación la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, de reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, donde el límite de edad estaba fijado en los doce años³⁴⁴. De ahí deducimos que el establecimiento de un umbral mínimo de edad no constituye en modo alguno una cuestión novedosa introducida por la Ley 5/2000, sino que, por el contrario, como en su momento señaló algún autor, fue con la promulgación de la Ley 4/1992 cuando se produjo un descenso implícito en la mayoría de edad penal³⁴⁵.

Así pues, consideramos que la edad de comienzo de la exigencia de responsabilidad criminal ha descendido de los dieciséis a los catorce años. Sin embargo,

³⁴¹ CASTELLANO CARDALLIAGUET, en nombre del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, advirtió que la responsabilidad penal comenzaba a los trece años –hay que tener en cuenta que el texto aún estaba en fase de Proyecto– y en este sentido se debía prescindir de eufemismos. DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 217, de 25 de febrero de 1999, p. 11624.

³⁴² CUELLO CONTRERAS, J./MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L., «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código penal de 1995: una ambigüedad insoportable», *La Ley*, 1997-6, D-332, pp. 1584 y 1587.

³⁴³ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe de 12 de noviembre de 1997 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997*, p. 14.

³⁴⁴ Según el art. 1.º de la Ley 4/1992, LORCPJM, el art. 9.º de la LITM queda reformado: «Los jueces de menores serán competentes para conocer:

1.º De los hechos cometidos por mayores de doce años y menores de la edad fijada en el Código penal a efectos de responsabilidad criminal, tipificados como delitos o faltas en las Leyes penales (...)».

³⁴⁵ RÍOS MARTÍN, J. C., *op. cit.*, pp. 109 y 228.

si tenemos en cuenta la imposición de medidas a los menores delincuentes bajo la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, debería decirse que la edad penal ha sufrido un ascenso de los doce a los catorce años, sin olvidar que, en esta Ley el modelo de responsabilidad era tutelar y educativo. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, al haberse elevado el límite de la inimputabilidad absoluta a los catorce años, se ha equiparado el nivel mínimo de la responsabilidad penal juvenil al modelo que rige en la mayoría de países europeos, pero se ha producido una despenalización de los hechos cometidos por los menores con edades comprendidas entre los doce y los catorce años.

Interesa añadir que la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores denomina menores a quienes tengan entre catorce y dieciocho años, y jóvenes a los que estén comprendidos entre los dieciocho y veintiún años. Por debajo de los catorce años, el art. 3 LORPM se remite a las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes. Por encima de los dieciocho años, en determinados supuestos y sólo hasta los veintiún años, podría aplicarse la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. El art. 69 Cp señala que la franja comprendida entre los dieciocho años y los veintiuno también puede ser objeto de un tratamiento especial³⁴⁶, e igualmente se pronuncia el art. 4 LORPM donde además se señalan los requisitos necesarios en orden a que esa franja de edad sea susceptible de ser enjuiciada por la jurisdicción de menores. Para que dicha franja quede comprendida en la regulación de la Ley del menor es necesario que así se declare expresamente mediante auto, que se trate de personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno sin antecedentes penales computables, que hayan cometido una falta o delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave riesgo para la vida o integridad física, y además serán valoradas las circunstancias personales y el grado de madurez del imputado.

Aun con todo, poco antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores decidió suspenderse su aplicación en lo concerniente a la posibilidad de extender su regulación a estos sujetos comprendidos entre los dieciocho y los veintiún años. El cauce legal elegido fue la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Ad-

³⁴⁶ Se ha criticado el desarrollo del art. 69 Cp considerando que el hecho de que una legislación de menores abarque personas de una edad superior a dieciocho años es distorsionador y produce disfunciones en los fines que se tratan de conseguir, de modo que hubiera bastado con introducir algún precepto semejante al art. 65 del Código penal de 1973, que permitía rebajar la pena en uno o dos grados con posibilidad de acumular esta pena con alguna medida de seguridad, POLO RODRÍGUEZ, J. J./HUÉLAMO BUENDÍA, A. J., *La nueva Ley penal del menor*, Madrid, 2000, pp. 19-20.

ministración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 23 de diciembre de 2000), al establecer en su disposición transitoria única que en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los dieciocho y los veintiún años, la aplicación de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores queda suspendida durante un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma, lo que significa que a partir del 13 de enero de 2001 han comenzado a computarse esos dos años.

En realidad, la Ley 9/2000 no ha pretendido servir de pretexto para introducir un precepto de estas características, con la peculiaridad de que iba a afectar a una Ley que ni siquiera había comenzado a aplicarse. De hecho, el Proyecto inicialmente no contenía ninguna suspensión o moratoria en este sentido y fue durante el trámite de presentación de enmiendas por parte de los diferentes Grupos Parlamentarios, cuando el Grupo de Coalición Canaria, y en su nombre el diputado MARDONES SEVILLA, en la enmienda número 21 propuso adicionar una disposición transitoria nueva, con el contenido siguiente: «Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 13 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor (*sic*), en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años». Para justificar esta enmienda argüían la necesidad de establecer mecanismos de financiación que permitieran a las Comunidades Autónomas la aplicación de la Ley en sus respectivos territorios, con las suficientes garantías³⁴⁷.

No todos los Grupos se mostraron a favor, al menos en la etapa inicial, de introducir una moratoria o suspensión de la entrada en vigor de la Ley respecto al tramo de edad referido. Así, el Grupo Parlamentario Vasco no era partidario de que se aceptase esta enmienda por considerar que la *vacatio legis* que había tenido la Ley 5/2000, había sido suficiente para haber ido adecuando los instrumentos necesarios en torno a su plena entrada en vigor³⁴⁸. Sin embargo, durante la tramitación de la Ley 9/2000 la mayoría de Grupos hizo gala de un talante solidario respecto de aquellas Comunidades Autónomas que no podían hacer frente a la entrada en vigor de la Ley del Menor en su integridad³⁴⁹.

³⁴⁷ *Enmiendas*, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 3-4, de 29 de septiembre de 2000, p. 19. Vuelven a reiterar esto mismo en distintos trámites, así, DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 80, de 18 de octubre de 2000, p. 2161.

³⁴⁸ En nombre del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) interviene la diputada URÍA ECHEVARRÍA, DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 80, de 18 de octubre de 2000, pp. 2164-5.

³⁴⁹ Este es el caso de CIU: «Somos una Comunidad solidaria (...); si otros Grupos Parlamentarios pertenecientes a Partidos políticos que gobiernan otras Comunidades Autónomas están dispuestos a apoyar esta enmienda, no será el Grupo Parlamentario Catalán el que niegue su apoyo, pero sí queremos que quede muy claro que estamos dispuestos a ayudar, no a asumir la responsabilidad, ni mucho menos exclusiva, de que no entre en vigor la ley para una franja de edad para la que, repito, la Comunidad Autónoma de Cataluña está perfectamente preparada». DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 80, de 18 de octubre de 2000, p. 2168, y pp. 2183-4.

Insistiendo más, si cabe, en la necesidad de la moratoria respecto a la franja de jóvenes con edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años, el Grupo de Coalición Canaria puntualizaba que al solicitar una suspensión temporal, la enmienda número 21 debía tender un puente para llegar a una transaccional una vez que se conocieran los datos objetivos, que no son más que dos: qué Comunidades Autónomas piden una moratoria para poder cumplir con este requisito de la Ley Orgánica 5/2000 en cuanto a su infraestructura material y humana, y saber si en todos los lugares donde va a ocurrir este fenómeno el Ministerio Fiscal dispone de fiscales para hacerse cargo de las nuevas responsabilidades³⁵⁰. Además, se debería poner de relieve la existencia del problema que surge si se tiene en cuenta que las competencias que han asumido las Comunidades Autónomas en materia de tutela de menores, se refieren a jóvenes menores de dieciocho años. Con la previsión de la Ley penal del menor podríamos encontrarnos con que se ha producido una transferencia a las Comunidades respecto de la competencia en la ejecución de penas de jóvenes de un tramo de edad –dieciocho a veintiún años– sin que se hayan abordado los correspondientes trasposos de servicios³⁵¹.

El Grupo Popular, en primer lugar alude a que teniendo en cuenta que el Estado español se divide en autonomías, no en vano cada una de ellas ha asumido un marco competencial, y entre las que han asumido esta competencia, algunas desde hace años han venido contemplando en sus presupuestos partidas para la futura Ley del menor, detrayéndolas de otros conceptos, mientras que otras autonomías no. En cualquier caso, el Gobierno no se opone a esa suspensión si así lo desea la mayoría. DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 80, de 18 de octubre de 2000, pp. 2177-8.

Como adelantábamos, el Grupo Parlamentario Vasco, poco a poco se muestra menos negativo en relación con esta enmienda y modifica su planteamiento, al darse cuenta de que todas las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, pidieron que se tuviera sensibilidad respecto a aquellas Comunidades que no estaban en condiciones de hacer frente a la ejecución de la Ley. La diputada URÍA ECHEVARRÍA hace alusión a las pretendidas modificaciones en relación con los delitos terroristas, y pone de manifiesto que, una vez aprobadas, darán lugar a que quienes tuvieran entre dieciocho y veintiún años y hubieran sido imputados por la comisión de un delito terrorista, queden fuera de la aplicación de la Ley del menor, de manera que la delincuencia del tramo de dieciocho a veintiún años que pudiera ser vista por los tribunales de menores iba a ser realmente escasa, con lo cual quizá no se iban a dar las dificultades que la enmienda de Coalición Canaria pretendía salvar. DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 44, de 24 de noviembre de 2000, p. 2162; también en DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 53, de 21 de diciembre de 2000, p. 2566.

El Grupo Socialista mantuvo durante toda la tramitación una posición que globalmente era de rechazo, por entender que se trataba de una Ley insuficiente. Sin embargo, aceptan esta moratoria de carácter parcial, DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 53, de 21 de diciembre de 2000, p. 2568.

³⁵⁰ DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 44, de 24 de noviembre de 2000, pp. 2160-1.

Tras la defensa de la enmienda, tanto el Grupo de Convergencia i Unió como el Grupo Parlamentario Popular, reiteran su planteamiento, en el sentido de que en la medida en que haya un consenso generalizado, no tienen inconveniente en apoyar esa enmienda y quizá en el Senado haya ocasión, DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 44, de 24 de noviembre de 2000, pp. 2164-5 y p. 2170, respectivamente.

³⁵¹ Así lo expone URÍA ECHEVARRÍA, DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 44, de 24 de noviembre de 2000, p. 2163.

Una vez rechazada la enmienda de Coalición Canaria en los trámites de Ponencia, Comisión y Pleno del Congreso, el Proyecto pasó a la Cámara Alta, sin hacer mención alguna a la moratoria pretendida. En las enmiendas del Senado, este Grupo volvió a presentar una enmienda con idéntico contenido a la que había presentado previamente en el Congreso, ahora con el número 13, de adición a la disposición transitoria nueva³⁵². Durante el debate y defensa de las mismas, el senador RÍOS PÉREZ fue quien presentó dicha enmienda, contando ahora con el ánimo positivo del Grupo Popular, sin perjuicio de que se tuviera que corregir la fecha de la ley, que no es del 13 sino del día 12 de enero, y el título de la misma, que es de Responsabilidad Penal de los Menores. En este sentido, se aceptó el contenido pero se manifestó la conveniencia de que se señalara un día de finalización de esa suspensión³⁵³, de donde se deduce una clara predisposición para llegar a una transaccional en el Pleno³⁵⁴.

En el texto aprobado por el Senado queda incluida como disposición transitoria única y es completada con la fijación de un plazo de dos años de moratoria en relación con la aplicación de la Ley penal del menor al tramo comprendido entre los dieciocho y los veintiún años³⁵⁵. Finalizado el debate en el Senado, el texto entra de nuevo en el Congreso y finalmente señala que «Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma»³⁵⁶.

4.2.1.1. Régimen general

a) El límite máximo de aplicación de la legislación de menores

Desde la promulgación del Código penal de 1973 hasta nuestros días, la edad penal no ha sido siempre la misma. El único dato común que caracteriza tan-

«Si asumiéramos el cumplimiento de las medidas, como prevé el art. 45 de la Ley 5/2000 que entrará en vigor, ocurriría que las Comunidades Autónomas se verían obligadas a aplicar las medidas de un tramo de edad de jóvenes, de dieciocho a veintiún años, respecto del cual no tienen asumidas competencias. Por tanto, este periodo de dos años nos da tiempo, señor ministro, para que las Comunidades Autónomas que son de régimen común pidan que se haga el Real Decreto de transferencia a costo efectivo en relación con el tramo que asuman dentro de dos años, y las que somos Comunidades concertadas para que se haga el correspondiente cálculo a la hora de valorar los cupos o las aportaciones que al Estado hacemos las respectivas Comunidades Autónomas». DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 53, de 21 de diciembre de 2000, p. 2566.

³⁵² *Enmiendas* (Senado), BOCG. Senado, serie II, n.º 7-c, de 4 de diciembre de 2000, p. 12.

³⁵³ En palabras del senador IRIBAS SÁNCHEZ DE BOADO, Grupo Popular, DS. Senado, Comisiones, n.º 72, de 7 de diciembre de 2000, p. 3.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 4; DS. Senado, Pleno, n.º 28, de 14 de diciembre de 2000, p. 1563.

³⁵⁵ BOCG. Senado, serie II, n.º 7-f, de 19 de diciembre de 2000, p. 61.

³⁵⁶ *Aprobación definitiva*, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 3-11, de 28 de diciembre de 2000, p. 74.

to a la mayoría de los Códigos penales anteriores como a los Anteproyectos posteriores, es que el legislador ha optado por establecer una fórmula cronológica o biológica pura, en el sentido de que ha fijado el comienzo de la plena capacidad y por tanto de la imputabilidad a partir de una edad concreta sin acudir al criterio o fórmula del discernimiento. El Código penal de 1973 contenía una presunción *iusuris et de iure* en virtud de la cual todo menor de dieciséis años era inimputable. Ésta era una fórmula biológica que había sido instaurada en nuestro ordenamiento por el Código penal de 1928, que a su vez había desplazado al criterio del discernimiento que estuvo implantado hasta el Código penal de 1822³⁵⁷. Si en el Código penal de 1973 se excluía la responsabilidad de todo aquel que fuera menor de dieciséis años (art. 8.2º), con arreglo al nuevo Código penal quedan excluidos los menores de dieciocho años, que no serán responsables criminalmente según sus disposiciones, pero sí en virtud de lo establecido en una Ley especial, lo que significa reconocerles capacidad de responsabilidad individual como consecuencia del hecho que hubieran cometido.

Entre las aportaciones doctrinales que versaron sobre la determinación de la mayoría de edad penal durante la redacción del Código penal, algunos autores se mostraron proclives al mantenimiento de los dieciséis años. En los debates parlamentarios del actual Código penal de 1995, entre las enmiendas presentadas al art. 20 Cp del Proyecto —actual art. 19—, en la número 4 se instaba la sustitución de la expresión “menores de dieciocho” por la de “menores de dieciséis años”³⁵⁸. Otro sector doctrinal, sin embargo, era partidario de elevar esa edad y equipararla con la mayoría de edad que actualmente viene establecida a todos los efectos jurídicos, civiles y políticos, que fue la opción finalmente adoptada.

La actual determinación del límite penal de los dieciocho años no es fruto de la tradición sino todo lo contrario. Después de que el Código penal de 1973 fijase la mayoría de edad a los dieciséis años, los Anteproyectos sucesivos han recogido diferentes edades. Así, en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, el menor de quince años estaba exento de responsabilidad criminal y si un menor de esa edad ejecutaba un hecho previsto como infracción penal debía ser entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de

³⁵⁷ Un estudio detallado en F. BENITO ALONSO, «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, como criterio de interpretación de la misma», *La Ley*, 15-5-2001, p. 3.

³⁵⁸ Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (PNV), en cuya motivación alegaban que los Juzgados del Menores no contaban con medios ni materiales ni personales suficientes para hacer frente a los infractores comprendidos entre dieciséis y dieciocho años, *Enmiendas*, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 77-6, de 6 de marzo de 1995.

Menores³⁵⁹. Mientras la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 siguió la tendencia contraria al elevar la edad a los dieciocho años (art. 22.3.º), el Borrador de Anteproyecto de Código penal de parte general de 1990 y el Anteproyecto de 1992 volvían a disminuir la edad límite al establecerla en los dieciséis años. Por último, el Proyecto de Código penal de 1994, a semejanza de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983³⁶⁰ establecía como límite el de los dieciocho años (art. 20, que durante la tramitación se convertiría en el art. 19 del nuevo Código penal) y remitía a una Ley penal especial la regulación de la responsabilidad de los menores de la edad establecida.

Así quedó formulado el art. 19 Cp, cuya vigencia quedaba suspendida hasta tanto en cuanto no entrara en vigor la Ley que regulaba la responsabilidad penal de los menores³⁶¹. Una vez descartada la posibilidad de que se produjera una entrada en vigor casi conjunta del Código penal y la Ley del menor, la doctrina sugirió la conveniencia de que el propio Código contuviera los dos límites de edad³⁶²; en este sentido, durante la elaboración del actual art. 19 Cp, el Grupo Parlamentario Catalán (CIU), en la enmienda número 1087 al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, pretendía adicionar un nuevo texto en el segundo párrafo del entonces art. 20, de forma que junto a la edad de los dieciocho años se fijase la edad mínima de los doce para la aplicación de la Ley penal del menor. Justificaban la presentación de esta enmienda señalando que no todos los menores podían ser responsables conforme a la Ley penal juvenil y del menor, puesto que los menores de doce años estaban siempre exentos de cualquier tipo de responsabilidad³⁶³.

³⁵⁹ Art. 26.3.º del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 17 de enero de 1980, *Iniciativa*, BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 108-I, de 17 de enero de 1980, pp. 673-4.

En palabras de E. VAELO ESQUERDO, ello suponía ampliar considerablemente el círculo de destinatarios, y consideraba que el intento de rebajar la mayoría de edad penal a los quince años era una decisión precipitada que ofrecía sobrados motivos de inquietud, «La edad en la parte general...», *cit.*, pp. 138 y 140.

Previamente, también el Anteproyecto de Ley de Bases del Libro I del Código penal de 1972 fijaba el límite de edad a los quince años, y en ese momento CEREZO MIR lo calificó de acertado, «Informe sobre el Anteproyecto de bases del Libro I del Código penal», *ADP*, 1972, pp. 773-4.

³⁶⁰ La Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983, en su disposición final segunda concedía al Gobierno un plazo de seis meses para que remitiera a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre Derecho penal juvenil.

³⁶¹ Disposición final séptima del Código penal; el legislador se olvidó de incluir aquí la misma puntualización respecto del art. 69 Cp, referido al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno.

³⁶² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *op. cit.*, p. 89; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ señala que el art. 19 Cp debería decir: «Están exentos de responsabilidad criminal los menores de doce (o trece) años. Cuando un mayor de dicha edad y menor de dieciocho años ejecute un hecho previsto como infracción penal será entregado a los Juzgados de Menores», «La imputabilidad», *La Ley*, 1996-I, D-19, p. 1610.

³⁶³ «Art. 20: (...) Cuando un menor de entre doce y dieciocho años cometa un hecho delictivo...» (resto igual), *Enmiendas*, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 77-6, de 6 de marzo de 1995.

Finalmente el art. 19 Cp sólo se refiere a la edad requerida para la aplicación del Código penal que a su vez delimita el tope máximo de aplicación de la Ley penal del menor, a la que el propio artículo, en su segundo párrafo hace referencia. El art. 19 Cp vendría a ser, más que una eximente, una causa de desafuero, en el sentido de que si a un Juez de instrucción de la jurisdicción ordinaria le llega un caso de un menor infractor con una edad inferior a los dieciocho años, deberá inhibirse a favor del Juez de Menores. Los menores de dieciocho años podrán ser responsables criminalmente pero según la Ley penal del menor, y es esa Ley la que ha de establecer otro límite que será inferior y deberá guardar relación con la capacidad de culpabilidad o la imputabilidad del menor.

La redacción del art. 19 Cp no resulta todo lo precisa que hubiera sido aconsejable. Su ambigüedad no reside en la *semántica*, puesto que el artículo establece de forma clara que no será aplicable a los menores de dieciocho años, sino en la *semiótica* de la norma³⁶⁴, pues del conjunto de los dos párrafos que componen el art. 19 se deriva que habrá menores de dieciocho años sometidos a responsabilidad penal, aunque no a la del Código penal, cuyos términos se establecerán por la Ley penal del menor. Esta técnica vulnera el principio de seguridad jurídica y se podría haber obviado si el legislador hubiese establecido entre las restantes eximentes la edad mínima por debajo de la cual se es inimputable penalmente, añadiéndose un párrafo que estableciera los regímenes especiales previstos para algunos de los tramos de edad superiores a ese mínimo³⁶⁵.

b) El límite mínimo: catorce años

La determinación de la minoría de edad penal ha sido uno de los puntos más conflictivos dentro del proceso global de reforma en materia de Derecho penal, que ha culminado con el Código penal de 1995 y con la Ley 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Prueba de ello es la oscilación de los límites de edad que se observa en las diferentes propuestas legislativas, que sólo tienen en común que el criterio general ha sido el de mantener una fórmula biológica, con alguna excepción, como veremos a continuación.

El umbral de la responsabilidad penal varía según las épocas y las culturas. Nos deberíamos preguntar si un niño puede soportar las consecuencias mora-

³⁶⁴ La Semiótica es la ciencia que estudia los signos. Sólo los signos lingüísticos han sido objeto de estudio secular a través de la Lingüística y la Gramática. Sin embargo, F. SAUSSURE previó una ciencia dedicada al estudio de los signos en la vida social, dándole el nombre de Semiología, y poco después Ch. S. PEIRCE inició su estudio denominándola Semiótica; estas dos denominaciones, que actualmente se utilizan como sinónimos, proceden del griego, donde *semeion* significa signo, cfr. LÁZARO, F., *Lengua española*, Madrid, 1989, pp. 7-8.

³⁶⁵ CUELLO CONTRERAS, J./MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L., «La (in)determinación de la mayoría de edad penal...», *cit.*, p. 1583; CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, 2000, p. 17.

les y psicológicas de la responsabilidad penal, es decir, si teniendo en cuenta su capacidad de discernimiento y de comprensión, puede ser considerado responsable de un comportamiento esencialmente antisocial.

Adoptar una edad distinta a la de la plena mayoría de edad penal resulta aconsejable, dado que la comprensión del significado del ilícito penal, al menos la de los más graves, se alcanza a una edad más temprana. No es necesario cumplir dieciocho años para comenzar a comprender el alcance y significado de determinados actos. Es suficiente con que los elementos cognitivo y volitivo se encuentren en un determinado grado de madurez que permitan imputar un hecho a una persona, aunque sea menor de edad. Lo que ahora interesa es saber cuál podría ser ese límite, dentro de la minoría de edad, que nos permitiera establecer una frontera entre la responsabilidad general del Código penal, la responsabilidad establecida en la Ley penal del menor y la total irresponsabilidad por debajo de la edad señalada en la referida Ley.

Quien no ha alcanzado todavía la mayoría de edad penal, a pesar de su minoría posee capacidad para al menos valorar la trascendencia de su actuar e incluso a veces es consciente de la injusticia que conlleva; lo que sucede es que existe un defecto en sus valoraciones acerca de la realidad y de la escala axiológica social³⁶⁶.

La edad penal mínima es el límite por debajo del cual ha de entenderse que no hay culpabilidad debido a la ausencia de imputabilidad. Hasta esa edad se sobreentiende que el niño no tiene suficiente capacidad de comprensión, ni un adecuado desarrollo de su voluntad y por lo tanto no puede exigírsele responsabilidad. Como cuestión previa nos preguntamos desde y hasta cuándo el menor, por el estadio evolutivo de su desarrollo individual y la situación concreta en que se encuentre, debe recibir una respuesta específica por parte de las instituciones sociales a sus comportamientos transgresores. Tanto la Convención de Derechos del Niño de la ONU de 1989 (art. 40.3.a) como las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de *Beijing*), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985, permiten el establecimiento de una edad mínima inferior a la mayoría de edad civil, a partir de la cual sea posible exigir responsabilidad penal a los menores. En concreto, las Reglas de *Beijing* no establecen una edad concreta, sino que únicamente disponen que los sistemas jurídicos que reconozcan ese um-

³⁶⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, p. 79, nota n.º 10.

bral de responsabilidad penal no deben fijarlo demasiado bajo, y en este sentido, se deja al criterio de cada Estado su concreción³⁶⁷.

Como hemos señalado, los Anteproyectos de Ley penal del menor utilizaron un criterio biológico puro para fijar la edad mínima de los menores a los que se presumía con capacidad de culpa. La determinación de las edades sometidas a un tratamiento jurídico penal específico basada en criterios cronológicos o biológicos, parece responder a un modelo de política criminal que prima los valores de seguridad jurídica, practicabilidad y certeza ante la imposibilidad de indagar y conocer en cada caso la madurez intelectual y moral del sujeto, lo que no deja de ser también una solución insatisfactoria y arbitraria al someter al mismo tratamiento legal a personas en distintos estados de desarrollo. Parece pues que la decisión acerca de si la edad penal inferior debe comenzar a los doce, trece o catorce años, se debe básicamente a la opción de hasta qué edad una sociedad está dispuesta a prescindir de una intervención penal en sentido estricto, es decir, de Derecho penal general³⁶⁸.

A pesar de lo anterior, el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995, recogía el criterio del discernimiento o, al menos, una fórmula mixta. En su art. 2 contenía una fórmula biológica al considerar menor a quien en el momento de la comisión del hecho tenía más de trece y menos de dieciséis años de edad, y joven al que tenía dieciséis o más y no hubiera cumplido los dieciocho años. Sin embargo, en el art. 6 completaba lo anterior señalando que los menores y los jóvenes eran responsables «si en el momento de cometer la infracción poseían capacidad suficiente para comprender la ilicitud del hecho y para actuar conforme a esa comprensión», de forma que quedaba introducido el criterio del discernimiento. El origen de este precepto se halla en el art. 3 de la Ley penal juvenil alemana (JGG), en virtud de la cual la responsabilidad penal del menor se determina en función del grado madurez que tuviera en el momento del hecho, y esa madurez ha de ser suficiente conforme a su desarrollo moral y mental para comprender lo injusto del hecho y actuar según dicha comprensión³⁶⁹.

³⁶⁷ Art. 4 de las Reglas de Beijing: «Mayoría de edad penal.— 4.1. En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual».

³⁶⁸ APARICIO BLANCO, P., *op. cit.*, p. 164; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: un reto para el 2000», en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis del derecho comparado*, dir. Giménez-Salinas i Colomer, Madrid, 1999, pp. 131-2; AGUIRRE ZAMORANO, P., «Los jóvenes del siglo XIX: Proyecto de Ley de Justicia juvenil», en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis del derecho comparado*, dir. Giménez-Salinas i Colomer, Madrid, 1999, p. 342.

³⁶⁹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Hacia un Derecho penal juvenil en España. A propósito del Anteproyecto de Ley orgánica penal juvenil y del menor», *BIMJ*, 1996, n.º 1771, p. 11; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores, Ley 4/1992*, Madrid, 1999, p. 245; ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, 2000, pp. 377-8, 417; CARMONA SALGADO, C., en *Comentarios al Código penal (art. 19)*, dir. M. Cobo del Rosal, t. II, Madrid, 1999, p. 41.

La Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor presentada por el Grupo Socialista y publicada en el BOCG el 29 de noviembre de 1996, compartía la orientación del Anteproyecto referido, aunque volvía a la fórmula biológica al establecer una edad concreta. No obstante, como resquicio del anterior Anteproyecto, se podría apuntar que debido al distinto grado de madurez establecía una distinción entre los menores con edades comprendidas entre los catorce y dieciséis años, y los comprendidos entre los dieciséis y dieciocho años —además de la posible extensión hasta los veintiuno—, respecto a las consecuencias jurídicas aplicables³⁷⁰.

El Gobierno del Partido Popular elaboró el Borrador de Trabajo sobre el Proyecto de Ley Penal Juvenil, conocido como «Ley Orgánica de responsabilidad de menores y jóvenes» o «Ley de Justicia Juvenil», que extendía su ámbito de aplicación a los menores de más de catorce años y menos de dieciocho, y a los jóvenes de más de dieciocho y menos de veintiuno. La fijación de los catorce años fue una cuestión muy debatida y en el siguiente texto se redujo un año, a modo de solución ecléctica, como consecuencia de una transacción entre los partidarios de situarlo en los doce años —CIU y los Jueces de Menores— y los que postulaban el límite de los catorce años. De ahí que el Proyecto de Ley que entró a debatirse a las Cámaras adoptara la edad de los trece años³⁷¹, aunque finalmente quedase fijada en los catorce años de edad.

Prueba de la polémica suscitada en torno al establecimiento de este límite la constituyen los trabajos parlamentarios de la propia Ley. Una minoría abogaba por establecer el límite a los doce o trece años, probablemente imbuida del espíritu de la legislación de menores del momento. Así aparecía en el Borrador de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, de la *Generalitat* de Cataluña. También la Fiscalía General del Estado en su Informe al Anteproyecto de 1 de julio de 1997, señaló que en torno a la concreción de la edad, los fiscales estaban divididos, puesto que mientras algunos se decantaban a favor de los catorce años, la mayoría consideraba que elevar la edad de trece años era poco realista y que el actual límite de doce años resultaba adecuado, siempre que el fiscal tuviera facultades amplias de no incoar expediente a los menores comprendidos entre la franja de doce a catorce años, a no ser que se tratase de hechos graves³⁷².

³⁷⁰ BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, n.º 71-1, de 29 de noviembre de 1996, p. 2, Exposición de Motivos.

³⁷¹ *Iniciativa*, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 144-1, de 3 de noviembre de 1998, pp. 1 ss.

³⁷² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Informe de 2 de octubre de 1997 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997*, pp. 16-7.

Destacan especialmente las aportaciones de diversas personalidades que comparecieron para informar sobre el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. AGUIRRE ZAMORANO señalaba que si en la regulación anterior el límite estaba en los doce años, esa edad parecía acorde con el Derecho civil sobre todo tras la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, pero que en cualquier caso los trece años tampoco le parecía una edad inadecuada³⁷³.

La opinión predominante entre los profesionales del sector postulaba el límite de los catorce años. En lo referente a la edad mínima para determinar la aplicación del texto legal, LLAQUET BALDELLOU señalaba que cuanto más alta fuese dicha edad mejor se aplicarían las medidas rehabilitadoras y que sería deseable que no fuera inferior a catorce años³⁷⁴.

URRA PORTILLO se mostró proclive a que se reconociera una edad tan elevada como fuera posible, aunque reconocía que en realidad no había tanta diferencia entre la edad de los trece y la de los catorce años, puesto que no había respuesta científica que apoyara una y no la otra, como si la había, por ejemplo, para diferenciar entre los seis y los siete años³⁷⁵. En el mismo sentido, MUNIATEGUI ELORZA se decantó por los catorce años, pero incidiendo en la idea de que su decisión no estaba basada en argumentos de carácter científico, sino sociológicos, en el sentido de que en Occidente, si no en el ámbito jurídico al menos sí en el cultural, la adolescencia empezaba a los catorce años³⁷⁶. El Gobierno del Partido Popu-

³⁷³ DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, p. 18785.

³⁷⁴ «En cualquier caso, por coherencia con nuestro ordenamiento jurídico, dicha edad no debería ser nunca inferior a los catorce años, pues el sistema legislativo español establece como uno de los requisitos imprescindibles para realizar dos de los actos fundamentales, el casarse y el testar, haber alcanzado dicha edad. Nosotros somos de la opinión de que ha de haber una armonización con el sistema jurídico en general, y con ello no quiero decir que seamos partidarios de esa edad, pensamos que ha de ser mucho más alta, pero, como mínimo, dicha edad», DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, p. 18756.

Tras su comparecencia, algunos Grupos manifiestan su conformidad, así, URÍA ECHEVARRÍA –EJ–PNV–, DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, pp. 18757 y 18762; DEL CAMPO CASASÚS –Grupo Socialista–, quien puntualiza que una capacidad tan grave como la capacidad para delinquir y ser objeto de una ley que, pese a todos sus matices y su carácter educativo, es una ley penal, debe ser una de las últimas capacidades en adquirirse, DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, p. 18757.

Por su parte, DÍAZ ALABART si bien en un primer momento se mostró partidaria de marcar una franja amplia entre los doce y los catorce años, posteriormente concretó en catorce años la edad, *vid.* «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos...», *cit.*, p. 824; *id.*, «Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad. (Comentario a la STS...)», *cit.*, p. 138.

³⁷⁵ DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, p. 18763.

³⁷⁶ «No hay basamento científico para ello sino que más bien parten de un humus cultural, de un hábitat occidental cultural en donde parece que se da por buena esa edad para establecer el inicio de la adolescencia y, por tanto, de cierta consciencia y con la consciencia, viene la responsabilidad; si uno es inconsciente, sus padres ahí estarán». DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 650, de 18 de marzo de 1999, p. 19947.

lar, en la fase inicial de tramitación parlamentaria del Proyecto aceptó rebajar el límite de edad un año³⁷⁷.

Incluso se llega a defender una edad superior. El Informe redactado por el Comité de UNICEF con relación al Anteproyecto que comentamos, proponía elevar la edad hasta los quince años³⁷⁸. Y en la enmienda de totalidad de devolución presentada por el Grupo Mixto se criticó la fijación de la edad a los trece años indicando la conveniencia de elevarla hasta los dieciséis años, al menos respecto de las medidas que conllevaban la privación de libertad del menor³⁷⁹.

En opinión de RÍOS MARTÍN lo más importante no es concretar una edad exacta, sino saber qué objetivos se persiguen³⁸⁰. En torno a esta discusión sobre la adopción de los doce, trece, catorce, quince o dieciséis años, señala GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, que la edad límite inferior es un reclamo que ya venía efectuándose por quienes eran conocedores del tema. Limitar por debajo es un gran acierto. Decantarse por los trece o catorce años no surge como resultado de debatir si han adquirido madurez o no a una edad o a otra, sino que se trata de una opción de política criminal. Decidamos a partir de qué edad queremos que la respuesta sea sólo educativa y fijemos entonces el límite de edad³⁸¹.

Visto lo anterior, la Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto estudió con detenimiento el texto debatido y presentó a la Comisión de Justicia la admisión de las enmiendas concernientes a la elevación de la edad a los

³⁷⁷ El Proyecto de Ley es presentado por la Ministra de Justicia del momento, MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN que, en relación con la edad de los trece años, señala que la elección de esa edad corresponde al límite que sugiere el Libro Blanco de la Justicia, aprobado por el CGPJ en 1997 y además coincide con otros antecedentes, como el Anteproyecto de Ley Orgánica penal y juvenil elaborado en 1995; también es coherente con otros criterios de madurez, como el que contiene el propio Código penal en lo concerniente a los delitos contra la libertad sexual. DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 217, de 25 de febrero de 1999, p. 11608.

En sus respectivas enmiendas algunos Grupos parlamentarios se pronunciaron a favor de la edad de catorce años, así, el Grupo Vasco (EAJ-PNV), Izquierda Unida, el Bloque Nacionalista Galego (BNG), Euskal Alkartasuna (EA), Nueva Izquierda e Iniciativa Els Verds y el Grupo Socialista. *Enmiendas*, BOCG. Congreso de los Diputados, 144-10, de 16 de marzo de 1999, enmienda n.º 1, p. 183; enmienda n.º 24, pp. 188-9; enmienda n.º 67, p. 199; enmienda n.º 88, p. 203, enmienda n.º 109, p. 209; enmienda n.º 144, p. 217, respectivamente.

³⁷⁸ COMITÉ ESPAÑOL DE UNICEF, *Informe de 14 de enero de 1998 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997*, p. 13.

También propone la edad de quince años PANTOJA GARCÍA, DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, p. 18766.

³⁷⁹ DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 217, de 25 de febrero de 1999, p. 11610.

La otra enmienda de totalidad de devolución fue presentada por el Grupo Socialista, que manifestó que no entendía por qué se establecía la edad mínima para la aplicación de la Ley en los trece años, sobre todo si se atendía a que en la legislación comparada era mayoritario el situar el umbral mínimo en los catorce y no en los trece años, DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 217, de 25 de febrero de 1999, p. 11613.

³⁸⁰ DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, p. 18776.

³⁸¹ *Ibid.*, pp. 18781-2.

catorce años³⁸². Finalmente la Ponencia redacta el art. 1.1.º como sigue: «Esta ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o en las leyes penales especiales». Y el apartado 2º: «También se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el art. 4 de la misma». Como novedad se añade un último párrafo cuarto, en virtud del cual «al efecto de designar a las personas a quienes se aplica esta Ley, en el articulado de la misma se utiliza el término menores para referirse a las que no han cumplido dieciocho años, y el de jóvenes para referirse a las mayores de dicha edad»³⁸³.

En el texto aprobado por el Pleno del Congreso el 18 noviembre de 1999, entre otras modificaciones al texto presentado por el Gobierno destaca el retorno a la fijación del límite a la edad de catorce años. Tras las enmiendas aprobadas por el Senado el 22 de diciembre de 1999, el texto fue definitivamente sancionado el 30 de diciembre de 1999 y publicado en el BOE de 13 de enero de 2000.

4.2.1.2. Régimen particular. Especialidades incorporadas por la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, en relación con los delitos de terrorismo

Al amparo del Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997, el ámbito de aplicación ya suscitó una gran polémica en relación con la comisión de determinados delitos. La disposición final segunda de este texto pretendía dar una nueva redacción al art. 19 Cp o, más exactamente, añadir un tercer párrafo, en virtud del cual: «3. Se excluyen de lo dispuesto en los apartados anteriores los hechos constitutivos de los delitos previstos en la sección 2ª del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, cometidos por mayores de dieciséis años».

En este nuevo apartado se estaba haciendo referencia a los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (sección primera, arts. 563 a 570), y a los delitos de terrorismo (sección segunda, arts. 571 a 580) regulados en el Código penal. Ello significaba que la regla general contenida en el párrafo primero del art. 19 Cp, donde se proclamaba la elevación de la edad penal a los

³⁸² En el art. 1 del Informe, la Ponencia proponía a la Comisión la aceptación de las enmiendas (números 1, 24, 67, 88, 109) concernientes a la elevación del mínimo de responsabilidad penal de trece a catorce años. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 144-12, de 15 de octubre de 1999, pp. 257-8.

³⁸³ *Informe de la Ponencia*, BOCG. Congreso de los Diputados, n.º 144-12, de 15 de octubre de 1999, p. 263.

dieciocho años, encontraba una excepción en el apartado tercero, al señalar que para los delitos aludidos se dejaba en dieciséis años el tope máximo de la edad penal.

Respecto de esta adición, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto señaló la inconstitucionalidad que suponía la inclusión en el Código penal de una edad inferior a la mayoría de edad penal en los casos de comisión de actos terroristas, señalando la conveniencia de que la edad siempre fuera la misma, dieciocho años³⁸⁴. En el mismo sentido se pronuncia la Fiscalía General del Estado en su Informe, al señalar que la proyectada reforma del art. 19 Cp iba mucho más allá de lo que resultaba aceptable a la luz de las exigencias constitucionales definitorias de un Estado de Derecho³⁸⁵.

Desde nuestro punto de vista tal parecer resultó acertado. En efecto, si se ha optado por la creación de un Derecho penal para menores, con unas normas que lo diferencian del régimen penal general, no resulta justificable que dentro de este sector normativo especial se establezcan desigualdades en el tratamiento legal de dichos menores. La adopción de un régimen diferenciado en función de la comisión de una determinada especie de infracciones, no puede atender a razones de oportunidad.

Nada más ser publicado el texto del Anteproyecto, tanto la doctrina como los medios de comunicación pusieron de manifiesto sus críticas, al considerar que su contenido era inconstitucional por vulnerar el derecho fundamental a la igualdad contenido en el art. 14 CE³⁸⁶. Las críticas vertidas en torno a este trasfondo de inconstitucionalidad motivaron la desaparición de esta propuesta del Proyecto que entraba en el Congreso de los Diputados el 3 de noviembre de 1999.

Pese a que finalmente esta norma fue retirada, poco tiempo después el Gobierno consideró que era necesario modificar algunos preceptos del Código penal y de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, incluso antes de que ésta entrase en vigor, con el fin de evitar que determinadas conductas pudieran quedar impunes. Tal incidencia tuvo lugar a través de la Ley Or-

³⁸⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe de 12 de noviembre de 1997...*, cit., pp. 15 y 29.

³⁸⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Informe de 2 de octubre de 1997...*, cit., p. 19.

³⁸⁶ CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, pp. 64-5; VENTAS SATRE, R., en *Comentarios al Código penal (art. 19)*, dir. M. Cobo del Rosal, t. II, Madrid, 1999, pp. 95-6.

Durante los trámites parlamentarios, la diputada URÍA ECHEVARRÍA (EAJ-PNV) ponía de manifiesto que le parecía excesivo excluir de la regla general de la edad penal de los dieciocho años a quienes incurriesen en acciones terroristas, porque no se podían tirar por la borda principios tan esenciales. Se pronuncia a favor de la opción de que la edad no admite excepciones tal y como quedó reflejado definitivamente. DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 217, de 25 de febrero de 1999, p. 11622.

gánica 7/2000 de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. En el artículo segundo de esta nueva Ley, se introduce una modificación a la Ley 5/2000, que se traduce en la incorporación de una nueva disposición adicional –y en la consecuente modificación técnica de algunos preceptos afectados por dicha disposición– que tiene la finalidad de reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada Ley a los menores implicados en delitos de terrorismo, así como conciliar tales principios con otros bienes constitucionalmente protegidos.

Se advierte en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2000 que «no se trata de excepcionar a estos menores de la aplicación de la Ley 5/2000, sino de establecer las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de los delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad, manteniendo sin excepción todas las especiales garantías procesales que, para los menores, ha establecido la Ley 5/2000». En este sentido, sigue señalando la Exposición de Motivos que a ello responden la no aplicación de la Ley a los menores con edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años que hubiesen cometido un acto de naturaleza terrorista, la articulación en la Audiencia Nacional de un Juez Central de Menores, la posible prolongación de los plazos de internamiento y la previsión de la ejecución de las medidas de internamiento que la Audiencia acuerde con el apoyo y control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición y bajo dirección de la propia Audiencia Nacional³⁸⁷.

Interesaría evidenciar que durante la tramitación de la Ley se fueron formulando serias objeciones a la conveniencia de tales especialidades. Entre ellas, se alude a que el hecho de endurecer las penas se ha demostrado que no disuade a quien delinque, puesto que una vez superado el primer efecto disuasorio del castigo anunciado se convierte en estéril como política criminal³⁸⁸.

³⁸⁷ Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, parte V.

³⁸⁸ El Grupo Mixto (IU) formula enmienda a la totalidad de devolución al Proyecto, enmienda n.º 1, *Enmiendas*, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 18-3, de 14 de noviembre de 2000, p. 9. También en el Senado, en la enmienda n.º 13, de supresión del artículo segundo, *Enmiendas* (Senado), BOCG, Senado, serie II, n.º 15-c, de 7 de diciembre de 2000, p. 17.

En el mismo sentido, el Grupo Mixto por Gipuzkoa (EA) propone una enmienda a la totalidad, de devolución, la n.º 10. *Enmiendas*, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 18-3, de 14 de noviembre de 2000, pp. 16-7.

En relación con la anterior, otra razón esgrimida en contra de este Proyecto de Ley fue que la lucha contra la violencia terrorista debía hacerse con los instrumentos propios de un Estado democrático de Derecho. En efecto, las reformas legales que se acometan no pueden obedecer a razones ajenas a la política criminal, sino que estamos de acuerdo en que deben inspirarse en los principios propios de un ordenamiento penal y penitenciario democrático y, sobre todo, debe hacerse con una serenidad que sea congruente con el carácter de *ultima ratio* que debe caracterizar siempre a la respuesta penal. En este sentido, se podría defender que las reformas a la Ley Orgánica 5/2000 tienen especial gravedad, no sólo porque resulte probablemente inconstitucional sustraer un determinado tipo de infracciones cometidas por los menores al régimen general previsto en dicha Ley, sino, y sobre todo, porque se pretende subvertir el principio informador de dicha norma, el interés superior del menor, y llegar a una regulación casi exclusivamente retributiva y peligrosamente cercana –tanto en lo sustantivo como en lo jurisdiccional– a lo dispuesto para los delitos de terrorismo en el Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁸⁹.

De todas las razones apuntadas, consideramos que son especialmente relevantes las que ponen de manifiesto la dudosa constitucionalidad de la Ley, que al establecer un tratamiento distinto entre los menores a partir de los dieciocho años y en función del delito que hubiesen cometido, atenta contra el principio de igualdad. Además, si se sustrae el conocimiento de la causa del Juez del lugar en que se produjeron los hechos para que conozca la Audiencia Nacional, se estaría rompiendo el principio del Juez natural establecido en los arts. 10 y siguientes de la LECrim y al otorgar el conocimiento de los hechos a la Audiencia Nacional se habría creado una jurisdicción especial. Atendiendo a lo anterior, esta reforma de la Ley 5/2000 estaría contrariando abiertamente sus principios inspiradores, en concreto, el que las medidas que prevé la norma se han de fijar en atención a la edad del delincuente juvenil y no en atención al delito cometido³⁹⁰.

Junto con la dudosa constitucionalidad de estas medidas se señala que motivos de proporcionalidad las convierten en desaconsejables. Si el endurecimiento

³⁸⁹ Así queda reflejado en la enmienda n.º 4, a la totalidad, del Grupo Parlamentario Mixto (BNG), *Enmiendas*, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 18-3, de 14 de noviembre de 2000, p. 11.

³⁹⁰ Este es el contenido de diversas enmiendas, así: la n.º 5, a la totalidad, de devolución del Proyecto, Grupo Mixto (Iniciativa per Catalunya-Verds); la n.º 9, a la totalidad, de devolución, Grupo Mixto (Esquerra Republicana); la n.º 10, a la totalidad, de devolución, Grupo Mixto por Gipuzkoa (EA); la n.º 31, a la totalidad, por el Grupo Parlamentario Mixto (CHA). *Enmiendas*, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 18-3, de 14 de noviembre de 2000, pp. 11-2; pp. 14-6; pp. 16-7; pp. 26-7, respectivamente.

También en el Senado, el Grupo Parlamentario Mixto (BNG) presentó la enmienda n.º 9 de supresión del artículo segundo, *Enmiendas* (Senado), BOCG, Senado, serie II, n.º 15-c, de 7 de diciembre de 2000, p. 16.

de las penas es una competencia del legislador por razones de política criminal, se debe respetar el principio de proporcionalidad. Algunos Grupos ponen de manifiesto que esta modificación que afecta a los menores es abiertamente contraria a los principios informadores de la Ley penal del menor, según la cual las medidas aplicables deben estar más en función de la personalidad y necesidades educativas del menor que del hecho realizado por éste. El establecimiento de un régimen excepcional para unos determinados delitos choca frontalmente con el sistema que la Ley diseña combinando el objetivo resocializador con la defensa de la sociedad y el respeto a las garantías individuales de los menores, máxime si se tiene en cuenta que incluso dentro de los delitos de terrorismo existen infracciones de gravedad muy diferenciada, que el Proyecto no matiza suficientemente. Se discute —puesto que vulnera el principio de proporcionalidad— que los menores que cometan delitos terroristas, incluidos los menos graves que sólo causen daños materiales, puedan ser castigados con penas de entidad superior a las previstas para otros delitos más graves cometidos por menores, como las agresiones sexuales o los homicidios o asesinatos³⁹¹.

Pese a todo lo anterior, el Grupo Popular señaló que con esta reforma no se excluía a estos sujetos de la aplicación de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, ni se soslayaban las disposiciones que establecen un tratamiento diferenciado para los menores, en razón de su edad y de su formación. Al contrario, se proveía al Juez de los instrumentos necesarios para que, valorando el tipo de delito cometido, la gravedad del mismo y las circunstancias del menor, pudiera aplicar las medidas que efectivamente cumplan los objetivos previstos por la Ley³⁹². Pues bien, atendiendo a los argumentos expuestos por los detractores y por los defensores de la citada norma, sólo queda esperar y ver cómo reacciona la opinión pública que, por el momento, parece haber entendido el equilibrio que ha intentado buscar la Ley 7/2000 en torno a la consideración de las cir-

³⁹¹ Entre las enmiendas presentadas: la n.º 5, a la totalidad, de devolución del Proyecto, Grupo Mixto (Iniciativa per Catalunya-Verds); la n.º 8, a la totalidad, de devolución, Grupo Vasco (EAJ-PNV); la n.º 9, a la totalidad, de devolución, Grupo Mixto (Esquerra Republicana); la n.º 10, a la totalidad, de devolución, Grupo Mixto por Gipuzkoa (EA); la n.º 31, a la totalidad, por el Grupo Parlamentario Mixto (CHA); la n.º 40, Grupo Mixto, Bloque nacionalista Galego (BNG). *Enmiendas*, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 18-3, de 14 de noviembre de 2000, pp. 11-2; pp. 13-4; pp. 14-6; pp. 16-7; pp. 26-7; p. 30, respectivamente.

En este sentido, también el Grupo Mixto, Iniciativa per Catalunya-Verds y EA, DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 41, de 16 de noviembre de 2000, p. 2020 y p. 2022, respectivamente.

También en el Senado, la enmienda n.º 9, de supresión del artículo segundo, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, BNG, *Enmiendas*, BOCG, Senado, serie II, n.º 15-c, de 7 de diciembre de 2000, p. 16.

³⁹² DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 41, de 16 de noviembre de 2000, p. 2016.

cunstances personales de ciertos sujetos y las repercusiones sociales de determinados delitos³⁹³.

4.2.2. La responsabilidad civil

4.2.2.1. Dualidad normativa en materia de responsabilidad civil. Consideraciones críticas

Conocido es el hecho de que dos Códigos diferentes dedican algunos de sus artículos al estudio de la responsabilidad civil. Por un lado, el Código civil en sus arts. 1902 y siguientes recoge la responsabilidad civil extracontractual y, por otro lado, en el Código penal se regula la llamada responsabilidad civil *ex delicto* que nace tras la comisión de un hecho tipificado por la ley como delito o falta. La responsabilidad civil derivada de la infracción penal ya figuraba en el Código penal de 1822 y ha seguido apareciendo en los sucesivos Códigos penales³⁹⁴.

La razón de esta dualidad de regímenes hunde sus raíces en el siglo pasado, cuando se creyó conveniente introducir la reglamentación de la responsabilidad civil que pudiera derivar de una infracción penal en el Código penal, debido a que la promulgación del primer Código penal español se produciría con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil. A partir de 1889, con el Código civil aprobado, pese a que lo lógico hubiera sido derogar las normas contenidas en el Código penal relativas a la responsabilidad civil, se decide que el art. 1092 Cc remita expresamente al Código penal en lo referente a las obligaciones civiles que nazcan de los

³⁹³ En este sentido, E. VAELO ESQUERDO, apunta que si bien la LORPM es «una ley que en su origen cabe calificarla como progresista y valiente, en la medida en que responde a una orientación de prevención especial educativa (...)», no obstante, buena parte de la filosofía que inicialmente la inspiró se ha visto cercenada en virtud de las reformas de que ha sido objeto a través de la Ley Orgánica 7/2000 –de signo claramente represivo– y la Ley Orgánica 9/2000, que, aparte de retoques de carácter estrictamente personal, prevé la no aplicación de la LORPM a los jóvenes entre dieciocho y veintidós años por un plazo de dos años desde su entrada en vigor», *vid.* «Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», *La Ley*, 14-6-2001, p. 7.

³⁹⁴ Algunos autores manifiestan sus dudas acerca de la naturaleza civil de esta responsabilidad, así MOLINA BLÁZQUEZ, C., «La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», *PJ*, n.º 38, 1995, p. 128. Otros, más escépticos, han defendido su naturaleza mixta, QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Responsabilidades civiles “ex delicto” y “ex lege”», *ADC*, 1963, p. 632. Sin embargo, la doctrina más autorizada –tanto de Derecho penal como de Derecho civil– es prácticamente unánime en la consideración de esta responsabilidad como una figura civil, entre otros, *vid.* VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «La responsabilidad civil derivada del delito», *AC*, 1998-I, p. 79; GARCÍA VICENTE, F., «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», *Act. P.*, 1996-II, p. 646; GRACÍA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, M. C., *op. cit.*, pp. 396-7; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal Parte general*, Valencia, 2000, pp. 675 ss; FONT SERRA, «Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal», *RJC*, 1988, p. 941; COBO DEL ROSAL M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1999, p. 967; ROCA GUILLAMÓN, J., *op. cit.*, pp. 491-4; DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos...», *cit.*, pp. 796 a 802; DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., *La responsabilidad civil, cit.*, p. 52; *id.*, en *Comentario del Código civil (art. 1902)...*, *cit.*, p. 297; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Madrid, 1993, pp. 52 ss; *id.*, *Sistema de responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 58 y 230.

delitos o faltas. A partir de entonces nos hallábamos frente a dos conjuntos normativos que regulaban la misma cuestión, puesto que la responsabilidad civil existe por cuanto se pretende indemnizar a la víctima por el daño que haya podido sufrir, siendo indiferente si la fuente de ese daño ha sido un ilícito civil o un ilícito penal, dado que este último, además, llevará aparejada la correspondiente responsabilidad penal como castigo por la conducta llevada a cabo.

Así pues, la llamada responsabilidad civil derivada del delito no tiene una naturaleza jurídica ni una finalidad diferente a la de la responsabilidad regulada en los arts. 1902 a 1910 Cc. El delito no es el fundamento de la primera y el mero ilícito civil el de la segunda, sino que el fundamento siempre ha de ser un daño atribuible al responsable mediante el oportuno criterio de imputación. El hecho es generador de obligaciones por ser ilícito, no por ser penal; la fuente de la obligación es siempre el hecho ilícito, y la penalidad constituye una calificación inocua en la configuración sustantiva de aquella obligación, porque las condiciones sustantivas de la responsabilidad civil nada tienen que ver con la adjetivación del ilícito³⁹⁵. Con esta duplicidad legislativa podríamos decir que estamos ante un “concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión” (*Anspruchsnormenkonkurrenz*)³⁹⁶, aunque lo cierto es que mientras el legislador se empeñe en mantener la doble regulación, es poco probable que el Tribunal Supremo abandone la tesis de que existen dos pretensiones de responsabilidad civil distintas y con ello siga resistiéndose a equiparar estas responsabilidades³⁹⁷.

³⁹⁵ ALONSO PRIETO, L., «Derecho sustantivo privado: por qué no están los padres en el art. 22 CP», *Estudios de Derecho judicial de la circulación. Hacia un régimen unitario de la responsabilidad civil*, Gijón, 1972, p. 41.

³⁹⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., en *Comentarios del Código civil (art. 1902)*, dirigido por Paz-Ares, C./Bercovitz, R./Díez-Picazo Ponce de León, L./Salvador Coderch, P., t. II, Madrid, 1991, p. 1973; *id.*, «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 10 de marzo de 1983», *cit.*, p. 458.

Pese a que M. YZQUIERDO TOLSADA también insiste en la idea de que la responsabilidad derivada del delito y la puramente civil son exactamente lo mismo, no le parece que el acudir a la existencia de un concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión sea la solución más adecuada, en el sentido de que el que se acuda a la aplicación analógica de normas penales que reconocen cierta capacidad y por ejemplo en tema de prescripción se mantengan diferentes criterios, no parece serio, cfr. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Madrid, 1993, pp. 120-1; *id.*, *Sistema de responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 65.

³⁹⁷ La STS de 20-10-1989 rompía con la doctrina tradicional del Alto Tribunal al establecer que la acción de responsabilidad civil era “única y la misma”, *Ar. C.*, 1989, n.º 6949, F. D. tercero; posteriormente, la STS de 1-4-1990 frustró las esperanzas que se habían depositado, al señalar «Que la acción “ex delicto” ejercitada es distinta de la aquiliana del art. 1902 del C. Civ. es tan elemental que basta con reproducir las tres vías que analiza el recurso de exacción de dicha responsabilidad (...)», *Ar. C.*, 1990, n.º 2684, F. D. tercero.

También la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su sentencia de 26-3-1999, ha señalado que «la responsabilidad civil “ex delicto” no responde exactamente a los mismos principios que la responsabilidad civil extracontractual regulada en el art. 1903 Cc (...)», *RJA*, 1999, n.º 2054. Recogiendo y remitiéndose a esta doctrina, la AP Huelva en su sentencia de 10-5-1999, señala que «de ningún modo es equiparable la responsabilidad civil dimanante de infracción penal, cuya acción civil se ejercita junto con la penal, salvo reserva y que se rige por lo dispuesto en el art. 1092 CC, que se remite al CP, y por otro lado la responsabilidad civil procedente de hechos imprudentes no punibles, que el art. 1903 CC remite en su regulación a los arts. 1902 y ss. No hay trasvase posible de las disposiciones que regulan una y otra responsabilidad, y por la reciente TS S 26 mar. 1999 se recuerda que la responsabilidad civil subsidiaria ex delicto no responde exactamente a los mismos principios (...)», *AC*, 1999, n.º 999.

Por no hacer dejación de una materia que en realidad nunca perteneció al Derecho penal, o por desidia del legislador, la ordenación de la responsabilidad civil derivada de una infracción penal continúa siendo recogida en el Código penal, lo cual ha generado algunos problemas de interpretación³⁹⁸. Los intentos dirigidos a poner fin a esta situación han resultado infructuosos, habiéndose desaprovechado la ocasión que brindaba la promulgación del Código penal de 1995, para establecer una remisión de la regulación de esta responsabilidad al campo civil y haber equiparado nuestro sistema a la mayoría de países europeos, donde no se conoce peculiaridad comparable a la situación española³⁹⁹. Por el contrario, actualmente no sólo se continúa con la misma situación sino que además se hace de forma más extensa y detallada que en los Códigos penales precedentes.

Por todo lo anterior consideramos que sería deseable que esta materia estuviera unificada e incluso, a ser posible, apareciera regulada en un único texto⁴⁰⁰. Esto mismo volvió a ser puesto de manifiesto en los Informes sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997, redactados por el Comité español de UNICEF, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, donde la tendencia general fue la de señalar que no tenía sentido regular por segunda vez, y además de diferente forma, la responsabilidad civil del menor, teniendo en cuenta que en el Código civil la responsabilidad civil ya estaba regulada.

En este sentido, el Comité español de UNICEF consideraba que para evitar la duplicidad que se iba a producir si se reiteraba en la jurisdicción penal lo que ya estaba regulado en el ámbito civil, no era conveniente que esta nueva Ley contuviera la responsabilidad civil derivada de los hechos delictivos cometidos por los menores, sino que dicha responsabilidad debía resolverse en la jurisdicción civil ordinaria⁴⁰¹.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial, calificaba la responsabilidad civil de “innovadora e imaginativa” e, igualmente, señalaba que el sistema del

³⁹⁸ Señala YZQUIERDO TOLSADA que el mantenimiento de esta duplicidad legislativa sólo se justifica «además de por la pura inercia de los hechos consumados, por la comodidad del juez penal», *Aspectos Civiles del Nuevo Código...*, cit., p. 36.

³⁹⁹ En España sólo el Borrador de Anteproyecto de Código penal de Parte general de 1990, en relación con la responsabilidad civil derivada del delito o falta remitía a las disposiciones del Código civil (art. 105 y tercera disposición legislativa conexa).

⁴⁰⁰ La doctrina se muestra partidaria de unificar las normas sobre responsabilidad civil en el Derecho privado, así, FONT SERRA, *op. cit.*, p. 946; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, cit., p. 527; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos Civiles del Nuevo Código...*, cit., p. 31; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 77 ss, sobre todo pp. 80, 121 y 217; MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos...», cit., pp. 419-20; DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos...», cit., pp. 800-1.

⁴⁰¹ COMITÉ ESPAÑOL DE UNICEF, *Informe de 14 de enero de 1998...*, cit., p. 28.

art. 61 del Anteproyecto no se ajustaba ni a las reglas civiles sobre responsabilidad extracontractual, ni al contenido del Código penal⁴⁰². En términos muy semejantes resumió su postura la Fiscalía General del Estado, que además consideraba que como la adopción de un régimen de responsabilidad civil distinto al del Código civil iba a suponer un retroceso, resultaba aconsejable que el art. 61.3.º del Anteproyecto fuera suprimido⁴⁰³.

Durante los trámites parlamentarios de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, también encontramos algunos pronunciamientos tendentes a lograr una unificación de la responsabilidad civil. Así, el Grupo Parlamentario Socialista se mostraba en contra de sustituir el sistema general previsto en el Código civil por la responsabilidad solidaria que se proponía, al considerar que bastaba con efectuar una remisión que permitiera acudir al sistema general establecido en el Código penal y en el Código civil⁴⁰⁴. Más rotundo en su formulación, el Grupo Parlamentario Mixto pretendía, como ya hiciera la Fiscalía General del Estado, suprimir una parte del párrafo tercero del art. 61 con el fin de acomodar la responsabilidad que recogía a su naturaleza civil⁴⁰⁵.

No faltan razones para continuar defendiendo la conveniencia de que el legislador penal, al referirse a la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito o de una falta, debería remitirse al Código civil. No obstante, por el momento no sólo no se han unificado estos dos regímenes de responsabilidad, sino que con la nueva Ley del menor se ha introducido una tipología de responsabilidad nueva, en el sentido de que es diferente tanto a la que regula el Código civil como a la que aparece en el Código penal.

4.2.2.2. Precedentes legales a la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

Interesa señalar que al amparo del Código penal de 1973, si bien todo menor de dieciséis años estaba exento de responsabilidad criminal⁴⁰⁶ en determinados ca-

⁴⁰² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe de 12 de noviembre de 1997...*, cit., pp. 57 y 59.

⁴⁰³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Informe de 2 de octubre de 1997...*, cit., pp. 39-41.

⁴⁰⁴ Así se expresaba DEL CAMPO CASASÚS, DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 270, de 11 de noviembre de 1999, p. 14456; en el mismo sentido, IGLESIAS MARCELO, también del Grupo Parlamentario Socialista, DS. Senado, Pleno, n.º 156, de 16 de diciembre de 1999, p. 7657.

⁴⁰⁵ Enmienda n.º 8, formulada por ROMÁN CLEMENTE y CÁMARA FERNÁNDEZ en nombre del Grupo Parlamentario Mixto, en concreto Izquierda Unida. *Enmiendas*, BOCG. Senado, serie II, n.º 165-b, de 2 de diciembre de 1999, p. 33.

⁴⁰⁶ No fueron pocos los problemas interpretativos suscitados por la distinta regulación de la mayoría de edad, puesto que si en el Código penal ésta se alcanzaba a los dieciséis años, en el Código civil estaba situada en los dieciocho años.

so podía recaer sobre él una responsabilidad subsidiaria por los daños que hubiera ocasionado su actuar. Es decir, primero respondían quienes tuvieran a los menores bajo su potestad o guarda y en segundo lugar resultaban responsables los propios menores⁴⁰⁷, siempre que no existieran los anteriores, fueran insolventes o –como apunta la doctrina⁴⁰⁸– cuando lograsen quedar exonerados de responsabilidad por haber demostrado que actuaron diligentemente. Además, la responsabilidad del menor estaba sujeta a los límites señalados en las normas relativas al embargo de bienes contenidas en las Leyes de Enjuiciamiento civil y criminal.

En el periodo de tiempo que media desde el Código penal de 1973 al Código penal de 1995 encontramos soluciones parecidas en los diferentes textos que se fueron proyectando. Así, el Proyecto de 1980 en su art. 116.1 regulaba la responsabilidad subsidiaria del menor de edad, sustituyendo la fórmula anterior «a no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia» por la de «a no probar que emplearon toda la diligencia debida para prevenir el daño», y admitía el concepto de la simple guarda de hecho, que hasta ese momento no había sido incluido en un Código penal. Asimismo, la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, en su art. 123 contenía ciertas innovaciones, destacando la casi total coincidencia de dicho artículo con el último inciso del art. 1903 Cc, del que sólo se diferenciaba porque sustituía la expresión civil «diligencia de un buen padre de familia» por la de «diligencia debida». Esto suponía que en el texto se incluía expresamente que los menores también debían responder con sus bienes –además, se suprimía la referencia a las Leyes de Enjuiciamiento civil y criminal en cuanto a los límites que se fijaban para el embargo de bienes–, en el caso de que los guardadores hubiesen actuado con toda la diligencia debida para prevenir el daño.

Destaca la STS de 27-9-1990, cuyos hechos son los siguientes: un menor de diecisiete años de edad toma prestada una motocicleta de un taller con la intención de probarla. Mientras iba conduciendo –sin licencia que le autorizara– sufre un accidente y resulta herida la pasajera que llevaba en el asiento trasero. Con arreglo al Código penal aplicable (1973), los padres no eran responsables puesto que el hijo era mayor de edad a estos efectos. Tampoco se podía acudir al Código civil porque dadas las circunstancias, la normativa aplicable en ese caso era la dispuesta en el Código penal. Así, GÓMEZ CALLE, E., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 27 de septiembre de 1990», *CCJC*, n.º 24, 1990, 636, pp. 1025 a 1032.

⁴⁰⁷ Esta responsabilidad subsidiaria tenía carácter objetivo en el sentido de que un inimputable también podía, aunque subsidiariamente, estar sometido a la responsabilidad civil.

Sin embargo, como matiza MIR PUIG, la responsabilidad de quien tuviera menos de dieciséis años desaparecía si realizaba una conducta dañosa que no fuera objetivamente negligente, sin que tampoco pudiera responsabilizarse a los padres o tutores por una culpa *in educando* o *in vigilando* si su hijo causaba un daño a pesar de haber actuado diligentemente, «Sobre el problema de la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual», *AC*, 1991-I, n.º 7, p. 105. Ello resulta obvio en el sentido de que no existiría relación de causalidad.

⁴⁰⁸ *Ibid. loc. cit.*; asimismo, LATOUR BROTONS, *op. cit.*, p. 135; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad...*, *cit.*, p. 199.

Por su parte, en el Proyecto de Código Penal de 1992 la redacción resultaba prácticamente idéntica a la de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal, siendo únicamente destacable el que se confriese a los Jueces o Tribunales la facultad de establecer hasta dónde respondía subsidiariamente el menor, según lo considerasen equitativo⁴⁰⁹.

Aun con todo, es en el Proyecto de Código penal de 1994 donde se producen cambios relevantes. En el art. 20 –que se convertiría en el art. 19 Cp–, además de situar la edad penal en los dieciocho años, se realiza una remisión a una futura Ley penal juvenil y del menor en relación con aquellos menores que tuvieran una edad inferior a la señalada. Cuando este Proyecto se convirtió en Código penal mantuvo el mismo planteamiento, de modo que entre las personas llamadas a responder por otras no se mencionan los daños causados por menores de edad. A diferencia del Código penal de 1973, en el Código actual se omite cualquier referencia en este sentido, y a pesar de que se incluya la responsabilidad que resulta de los daños causados por un incapaz y por una persona mayor de edad aún sometida a patria potestad, estos supuestos no son susceptibles de una aplicación extensiva.

Este vacío normativo no debe interpretarse en modo alguno como un simple olvido. La responsabilidad civil derivada del delito o falta cometido por un menor de edad tiene la peculiaridad de ser objeto de una regulación especial, concretamente en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, a extramuros del Código penal.

4.2.2.3. Delimitación del art. 61 LORPM

a) Consideraciones generales

En el Título VIII de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, los arts. 61 a 64 se dedican al estudio de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal cometida por un menor de dieciocho años pero mayor de catorce⁴¹⁰, siendo destacable, a grandes rasgos, el que finalmente se adoptase el criterio de la responsabilidad solidaria del menor con sus padres, tutores, acogedores o guardadores, y se abandonase el criterio de

⁴⁰⁹ Comentando este Anteproyecto, MANZANARES SAMANIEGO adelantaba la necesidad de una regulación específica para los jóvenes y semiadultos, en línea con el ordenamiento alemán, porque consideraba que la situación del seminimputable era y seguiría siendo insatisfactoria en España con el nuevo Anteproyecto, «Comentarios al Anteproyecto del Código penal de 1992», *Act. P.*, 1992, p. 205.

⁴¹⁰ La propia Ley excluye de su ámbito subjetivo a los menores de catorce años. Sin embargo, señala DÍAZ ALABART que si no hay dudas acerca de que un mayor de catorce años es civilmente imputable, no está tan claro que un menor de dicha edad sea siempre inimputable, por lo que aconseja que se analice cada caso concreto, señalando además que probablemente a partir de la edad de doce años se puede considerar a una persona civilmente imputable, «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, p. 193.

la subsidiariedad que proponía el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal juvenil y del menor de 27 de abril de 1995, en consonancia —como veremos— con los artículos del Código penal del 1995 consagrados a la responsabilidad civil. Interesa destacar que el referido Anteproyecto, redactado —como ya hemos señalado— bajo el Gobierno del Partido Socialista, establecía una responsabilidad directa de los menores y una responsabilidad civil subsidiaria y subjetiva de sus padres, tutores o guardadores, así como de las personas o entidades públicas o privadas que fuesen titulares o de las que dependiera un Centro de enseñanza⁴¹¹.

Por su parte, el Borrador de Trabajo sobre el Proyecto de «Ley Orgánica de responsabilidad de menores y jóvenes» o «Ley Orgánica de Justicia Juvenil» presentado por el Gobierno del Partido Popular el 30 de octubre de 1996, supuso el inicio del cambio del criterio de la subsidiariedad por el de la solidaridad⁴¹². Su consagración definitiva se produciría con ocasión del Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997, que tras ser aprobado por el Consejo de Ministros se convirtió en Proyecto y comenzó su andadura parlamentaria el 3 de noviembre de 1998, para llegar a su fase final dos años después y aparecer publicado en el BOE el 13 de enero de 2000.

El apartado tercero del artículo 61 de este Anteproyecto señalaba que «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años,

⁴¹¹ El Grupo Socialista siempre defendió un criterio caracterizado porque la responsabilidad del menor debía ser directa y la responsabilidad de las personas que pudieran verse obligadas a responder en relación con él, subsidiaria. Así, el art. 37 del Anteproyecto que comentamos dispone:

«1. Los menores y los jóvenes declarados responsables de un delito o falta conforme a esta Ley responderán civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.

2. Los padres, tutores o guardadores serán responsables civiles subsidiarios por los daños y perjuicios que se deriven de los hechos delictivos cometidos por los menores de dieciocho años que tengan bajo su potestad, tutela o guarda, y que vivan en su compañía, siempre que hubiere mediado por su parte culpa o negligencia.

3. Las personas o entidades públicas o privadas, que sean titulares o de las que dependa un Centro de enseñanza serán responsables civiles subsidiarios por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del Centro, menores de dieciocho años, durante los períodos en que dichos alumnos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, si existiese negligencia en dicha vigilancia».

Asimismo, este criterio aparece en la Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor que el Partido Socialista presentó al Congreso el 29 de noviembre de 1996, cuyo art. 36.2.º señala que «Los padres, tutores o guardadores serán responsables civiles subsidiarios de los daños y perjuicios que se deriven de los hechos delictivos cometidos por los menores que tengan bajo su potestad, tutela o guarda, y que vivan en su compañía, siempre que hubiere mediado negligencia por su parte en el ejercicio de dichas facultades», BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, n.º 71-1, de 29 de noviembre de 1996, p. 7.

Igualmente, el Grupo Parlamentario Socialista, fiel a sus postulados, reitera este mismo criterio a lo largo de los debates parlamentarios consagrados a la redacción de la actual Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

⁴¹² Art. 42: «La ejecución de un hecho tipificado en el Código penal realizado por un menor de dieciocho años, a los que se refiere la presente ley, obliga a responder, solidariamente con el menor, por los daños y perjuicios causados, a sus padres, tutores, acogedores, guardadores o guardadores de hecho del modo que se indica en la misma».

responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores, guardadores o guardadores de hecho. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos. En los supuestos en los que el menor se encuentre a cargo de las entidades públicas de las Comunidades Autónomas, se aplicará lo dispuesto en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual». Este artículo sufrió escasas modificaciones en el *iter* parlamentario, pero las enmiendas, propuestas y sugerencias realizadas a lo largo de su tramitación contienen un alto valor informativo, que nos ha permitido clarificar los preceptos más oscuros y así completar el sentido o significado de su contenido. El actual art. 61.3 LORPM dispone que «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores, y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos».

- b) La determinación del criterio de imputación de la responsabilidad civil del menor de catorce a dieciocho años

La doctrina actual coincide en abandonar la idea de que el menor de edad es un sujeto absolutamente irresponsable y ha abierto paso a un reconocimiento de su responsabilidad penal⁴¹³. En la estructura del delito, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten la acción de una persona en infracción penal.

Para imponer una pena se debe saber hasta dónde el sujeto tiene capacidad de ser culpable y por lo tanto si es imputable. Si tenemos en cuenta que el principio de la culpabilidad es el que rige en el ordenamiento español, deberíamos concluir que la responsabilidad –tanto penal como civil– del menor tiene carácter subjetivo. Así ocurre en el Código civil, donde el menor responde cuando ha actuado culposamente (art. 1902) y para ello será necesario que tenga capacidad de discernimiento. En el Código penal actual, señala el art. 5 que «no hay pena sin dolo o imprudencia», y para actuar en esas condiciones también se debe tener suficiente capacidad. En relación con el menor, la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores ha introducido un criterio de responsabilidad

⁴¹³ Por todos, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Hacia un Derecho penal juvenil...», *cit.*, p. 5; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La futura Ley Penab», *AJA*, 1995, n.º 214, p. 2.

por culpa⁴¹⁴ al contrario de lo que acontecía en el Código penal de 1973, en virtud del cual la responsabilidad de todos los sujetos con edades inferiores a los dieciséis años tenía carácter subsidiario y objetivo.

No obstante, dado que la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores sigue un criterio cronológico al extender su ámbito de aplicación a los menores, no cabe duda de que si en la mayor parte de casos el propio menor será capaz y por tanto imputable a partir de los catorce años –límite mínimo legalmente establecido–, habrá otros casos en los que su inmadurez pudiera aconsejar haber procedido de otro modo pero, por imposición del art. 61.3 LORPM, su responsabilidad será directa y solidaria con la responsabilidad de las personas mencionadas en el mismo artículo. Supongamos que un menor de quince años comete una infracción penal de la cual surge una responsabilidad civil a cargo de él mismo y de las personas que aparecen enumeradas en el art. 61.3 LORPM. Lo lógico es pensar que a la edad de quince años se tiene discernimiento suficiente, pero puede ocurrir que el sujeto particular tuviera un desarrollo algo más lento de lo habitual y en realidad su comprensión fuera equiparable a la de un menor de doce o trece años. En ese caso extremo se podría decir que el menor responde objetivamente puesto que en el supuesto concreto deberá responder a pesar de no ser imputable. Esa constituye una clara muestra de que aunque el criterio biológico resulta más seguro, en ciertas ocasiones peca de injusto porque no atiende a las circunstancias particulares que pueden envolver un supuesto determinado.

En torno a la imputabilidad penal se ha aducido muchas veces que un menor comprende pronto a diferenciar entre el bien y el mal, y por lo tanto a temprana edad adquiere elementos de juicio suficientes para valorar su conducta. Sin embargo, pese a que se ha reconocido capacidad y responsabilidad a una persona aunque todavía no hubiera alcanzado la mayoría de edad, lo cierto es que tampoco basta con que sea capaz de un entendimiento elemental que le permita diferenciar entre lo bueno y lo malo, sino que se requiere una mayor capacidad de entendimiento.

- c) Perfiles de la responsabilidad civil de los padres, tutores, acogedores y guardadores

- c.1. Responsabilidad objetiva y directa

El párrafo tercero del art. 61 LORPM establece que junto con el menor de dieciocho años responderán solidariamente por los daños que éste hubiese

⁴¹⁴ La subjetividad que caracteriza la responsabilidad de quien tiene más de catorce y menos de dieciocho años no es extensible a los restantes responsables, cuya responsabilidad es objetiva; en el mismo sentido, DURANY PICH, S., «Las reglas de responsabilidad civil...», *cit.*, pp. 9-10.

ocasionado, sus padres, tutores, acogedores, y guardadores legales o de hecho, por ese orden, concediéndole al Juez la posibilidad de moderar la responsabilidad de todos estos cuando no hubiesen favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

Si en el Anteproyecto inmediatamente anterior al actual Código penal, la responsabilidad que por los hechos cometidos por menores de edad correspondía a los padres, tutores y guardadores, era subjetiva, el Código actual se remite a la Ley del menor, que finalmente ha adoptado, según entendemos, un criterio inverso, puesto que en virtud del art. 61.3 LORPM estas personas responden directa y objetivamente, aunque en régimen de solidaridad con el menor de edad autor material de la infracción penal. En este sentido, tanto el Informe redactado por el Consejo General del Poder Judicial⁴¹⁵, como los trámites parlamentarios de la Ley del menor⁴¹⁶, sobre todo atendiendo a la defensa del texto que realizó el Grupo Parlamentario Popular, vienen a corroborar que se admite que el título de imputación de responsabilidad de las personas relacionadas en el art. 61.3 LORPM, es de carácter objetivo⁴¹⁷.

⁴¹⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe de 12 de noviembre de 1997...*, cit., p. 60.

⁴¹⁶ Durante el debate de totalidad de iniciativas parlamentarias, la sra. Ministra deja bien claro que el Proyecto «instaura un principio de responsabilidad de carácter objetivo por parte de los padres, tutores y guardadores del menor, aunque la extensión de dicha responsabilidad puede ser moderada cuando quede acreditada la ausencia de negligencia y responsabilidad en la actuación de aquéllos». DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 217, de 25 de febrero de 1999, p. 11609.

Desde la oposición, CUESTA MARTÍNEZ en nombre del Grupo Socialista reafirma esto mismo al señalar que «no entendemos (...) la regulación que se hace, en materia de responsabilidad civil, partiendo del concepto de responsabilidad civil objetiva» y cuestionan su planteamiento, DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 217, de 25 de febrero de 1999, p. 11613.

Sin embargo, el Grupo Socialista era partidario de la responsabilidad por culpa y propuso una redacción de la responsabilidad de estas personas que coherencia con la regulación del Código penal, es decir, era claramente subjetiva: «Los padres, tutores o guardadores serán responsables civiles subsidiarios de los daños y perjuicios que se deriven de los hechos delictivos cometidos por los menores que tengan bajo su potestad, tutela o guarda, y que vivan en su compañía, siempre que hubiera mediado negligencia por su parte en el ejercicio de dichas facultades». Enmienda n.º 28 del Grupo Parlamentario Socialista, en la que se proponía la modificación del art. 61.3 LORPM. *Enmiendas* (Senado), BOCG. Senado, serie II, n.º 165-b, de 2 de diciembre de 1999, p. 40.

⁴¹⁷ En el mismo sentido, MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos...», cit., p. 421; DOLZ LAGO, M. J., *La nueva responsabilidad penal del menor* (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero), Valencia, 2000, p. 239; POLO RODRÍGUEZ, J. J./HUÉLAMO BUENDÍA, A. J., *op. cit.*, p. 58; VAQUER ALOY, A., «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación», *La Ley*, 2001, n.º 5224, pp. 1-2; DURANY PICH, S., «Las reglas de responsabilidad civil...», cit., pp. 9-10; RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «Notas sobre el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», RGD, 1999, p. 12462.

En sentido contrario, defendiendo que se trata de una responsabilidad subjetiva, DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos...», cit., p. 99; *id.*, «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», cit., p. 196-8.

Una postura intermedia sería la defendida por ORNOSA FERNÁNDEZ, que aunque primero señala que la responsabilidad es solidaria, se deja llevar por la posibilidad que se le confiere al Juez para moderarla y acaba afirmando que es una responsabilidad cuasi-objetiva, *op. cit.*, p. 445.

Ello viene a significar, claro está, que de nada sirve que intenten probar que han actuado con toda la diligencia que les era exigible, puesto que no cabe posibilidad alguna de exoneración sino únicamente de moderación, que no es lo mismo. Aunque no hubiera dolo o negligencia grave de parte de las personas enumeradas no se podrá excluir su responsabilidad, sino que únicamente podrá ser moderada por el Juez según los casos. Entendemos que tampoco la expresión “por este orden” –que va excluyendo, de forma que parece ser más objetiva la responsabilidad de los padres que la de los guardadores– nos permite hablar de una responsabilidad subjetiva. La responsabilidad de las personas que figuran enumeradas en el art. 61.3 LORPM se impone en todo caso, según el orden indicado.

Además de objetiva, la responsabilidad de las personas enumeradas en el art. 61.3 LORPM es directa. Sin embargo, el Grupo Parlamentario Socialista en todo momento defendió el sistema de responsabilidad subsidiaria⁴¹⁸. Ese criterio, como hemos visto, aparecía tanto en los Anteproyectos que habían elaborado, como en la Proposición de Ley Orgánica que presentaron al Congreso el 29 de noviembre de 1996 y, no en vano, en su convicción de establecer la subsidiariedad, fueron reiterando su propuesta a lo largo de todo el procedimiento parlamentario que culminaría con la aprobación de la Ley del menor. En este sentido cabe destacar la enmienda número 146 donde propusieron la adición de un nuevo título II bis con el contenido siguiente:

«La responsabilidad civil. Art. 36:

1. Los menores que sean declarados penalmente responsables de un delito o falta conforme a esta Ley responderán civilmente si del hecho se derivaren daños y perjuicios.

2. Los padres, tutores o guardadores serán responsables civiles subsidiarios de los daños y perjuicios que se deriven de los hechos delictivos cometidos por los menores que tengan bajo su potestad, tutela o guarda, y que vivan en su compañía, siempre que hubiere mediado negligencia por su parte en el ejercicio de dichas facultades.

3. Las personas o entidades públicas o privadas, que sean titulares o de las que depende un Centro de enseñanza, serán responsables civiles subsidiarios por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los menores que sean alumnos del Centro durante los períodos en que éstos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del mismo, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, si existiese negligencia en dicha vigilancia.

4. La extensión de responsabilidad penal del menor no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva en los casos y conforme a las reglas previstas en el Código penal».

⁴¹⁸ También se decanta por la subsidiariedad el Comité español de UNICEF, al proponer que la responsabilidad de los padres fuese subsidiaria en el caso de insolvencia del menor, para que de esa forma las responsabilidades civiles quedasen aseguradas, *Informe de 14 de enero de 1998...*, *cit.*, p. 30.

Con esta redacción lo que se pretendía era mantener la responsabilidad civil *ex delicto* tal y como está contemplada en el Código penal para los mayores de edad responsables de la comisión de una infracción penal⁴¹⁹.

c.2. Solidaridad

En la Exposición de Motivos de la LORPM (II, 8), la introducción de la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, acogedores o guardadores con el menor responsable es calificada como «principio en cierto modo revolucionario». No nos parece que la solidaridad constituya un criterio tan novedoso, si se tiene en cuenta que ya se opera así, tanto en sede civil —al conjugar los arts. 1902 y 1903 Cc—, como en relación con el Código penal, puesto que el interés queda igualmente protegido con una responsabilidad de carácter subsidiario⁴²⁰.

En torno a la consideración de la responsabilidad solidaria del menor de dieciocho años, con sus padres, tutores, acogedores y guardadores, si bien se podría pensar que el art. 61.3 LORPM hace referencia a una acumulación de responsabilidades de todas las personas que aparecen enumeradas, atendiendo a su tenor literal se lee que deberán responder con el menor «por ese orden».

En primer lugar nos preguntamos si tendrán que responder con el menor las personas enumeradas con independencia las unas de las otras o si, por el contrario, hemos de interpretar que en realidad responden todos los sujetos enumerados conjuntamente con el menor. Mientras en el primer supuesto resultaría que la

⁴¹⁹ *Enmiendas*, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 144-10, de 16 de marzo de 1999, pp. 221-2.

En relación con esto mismo, en la enmienda n.º 154 proponían la supresión del título VIII de la LORPM, y su motivación atendía a la coherencia pretendida al haber establecido un sistema distinto de responsabilidad civil. *Ibid.*, p. 235.

Incluso en el Senado, IGLESIAS MARCELO —en nombre del Grupo Parlamentario Socialista—, señaló que la responsabilidad solidaria constituía una novedad que iba a constituir «un considerable galimatías en la aplicación porque entraba en contradicción formal con el contenido del Código civil. El Código civil en el art. 1903 establece un conjunto de normas en las que la responsabilidad de los padres, etcétera, el último escalón, es siempre subsidiaria (*vis*), porque si hay responsabilidad de los padres o tutores en dolo o negligencia respecto de la conducta de los menores, es evidente que estarán también encausados penalmente y, desde luego, tendrán que responder civilmente de las consecuencias de los actos de los menores que están bajo su guarda o bajo su tutela. Pero en el caso de que no haya dolo, ni imprudencia, ni negligencia de ninguna clase, sino que los padres o tutores se hayan comportado, como dice el Código civil, con el celo de un buen padre y la diligencia de un buen padre de familia, ya me dirá por qué esos padres, guardadores o tutores tienen que responder solidariamente de las consecuencias de las infracciones de los menores», DS. Senado, Pleno, n.º 156, de 16 de diciembre de 1999, pp. 7656-7.

Durante el trámite de presentación de enmiendas en el Senado, el Grupo Socialista, en la enmienda n.º 28, vuelve a referirse a la responsabilidad civil, proponiendo la modificación del art. 61.3, para intentar de nuevo incluir el criterio de la subsidiariedad. *Enmiendas*, BOCG. Senado, serie II, n.º 165-b, de 2 de diciembre de 1999, p. 40; también en DS. Senado, Comisiones, n.º 541, de 9 de diciembre de 1999, pp. 3-4.

⁴²⁰ En este sentido, MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos...», *cit.*, pp. 422-3.

responsabilidad de estas personas sería solidaria con la del menor pero no cumulativa entre ellas, en el segundo caso su responsabilidad sería solidaria tanto con el menor como con ellas mismas. No cabe duda de que el sentido sería el de la primera interpretación formulada. Los propios debates legislativos nos permiten favorecer esta interpretación, puesto que mientras el Grupo Parlamentario Socialista interpretaba incorrectamente que la responsabilidad civil contenida en el art. 61.3 LORPM era una «responsabilidad solidaria en paquete», es decir, todos responsables civilmente y a la vez⁴²¹, el Grupo Popular aclaraba su significado al señalar que se trataba de una «solidaridad de todos éstos “iusta modum” que dicen los canonistas, porque dice: solidariamente los padres, los tutores, los guardadores, por este orden, no todos a la vez y en el mismo saco. Juntos pero no revueltos, por decirlo en términos más coloquiales. Primero los padres, luego los tutores –que vienen a hacer las veces de los padres– y, en último extremo, los guardadores legales o de hecho, que son los menos responsables»⁴²².

Lo que nos preocupa ahora es saber a qué criterio obedece el orden a seguir en la imputación de responsabilidad. Esta responsabilidad en cascada suscita numerosas dudas, sobre todo cuando los padres no sean quienes tenían bajo su guarda al menor en el momento en que cometió el hecho, porque entonces deberá decidirse si prima el criterio que atiende al orden de aparición de personas efectuado en el artículo, o el criterio que adopta como fundamento el ejercicio de la guarda.

Entendemos que si el legislador ha optado por introducir un orden, máxime teniendo en cuenta que el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997 no contenía esa previsión, al precisar que junto con el menor debían responder solidariamente los «padres, tutores, acogedores, guardadores o guardadores de hecho», y por ello sin añadir nada respecto al orden a seguir, ha sido precisamente para establecer una prelación. Ciertamente, se podría indicar que la inclusión del orden se realizó para aclarar que la responsabilidad de las personas enumeradas en el art. 61.3 LORPM no era cumulativa, pero creemos que en realidad el significado del orden que se instaura va más allá. El texto definitivamente aprobado deja bien claro cuál es el orden de personas responsables, que no es otro que el que atiende a la literalidad de la norma.

⁴²¹ DS. Senado, Pleno, n.º 156, de 16 de diciembre de 1999, pp. 7656-7; también en DS. Senado, Comisiones, n.º 541, de 9 de diciembre de 1999, pp. 3-4.

⁴²² Son palabras del senador CAÑELLAS FONS, DS. Senado, Pleno, n.º 156, de 16 de diciembre de 1999, p. 7658.

Así pues, desde nuestro punto de vista esta responsabilidad solidaria pero no cumulativa contiene un orden de personas responsables con el menor de edad de carácter excluyente, es decir, primero responderán los padres, en defecto de éstos los tutores, luego los acogedores y, por último, los guardadores, con preferencia de los legales respecto a los de hecho, lo que hace que la responsabilidad de estos últimos se va a ver muy reducida en la práctica⁴²³. En realidad, el problema se va a plantear fundamentalmente entre los padres y los titulares de Centros docentes porque en las demás hipótesis lo normal es que si existe una relación de patria potestad, no existan tutores, acogedores o guardadores legales.

Dicha interpretación descansa en lo fundamental, en la incorporación —como ya se vio— en el último inciso del art. 61.3 LORPM de la previsión «por este orden», respecto al texto del Anteproyecto, no debiendo minimizarse tal inclusión, que resulta corroborada —por si cupiera alguna duda— tras un examen de los debates legislativos, de donde se extrae la decidida voluntad del legislador, según veremos, de decantarse por la atribución de responsabilidad en atención al referido orden preestablecido. Y todo ello con independencia de que pueda resultar justificada la adopción de tal criterio.

Partiendo de que la responsabilidad de estas personas no es cumulativa entre ellas sino únicamente solidaria con el menor y atendiendo a un criterio de responsabilidad legalmente predeterminado, podrían suscitarse dudas acerca del criterio de aparición de las personas enumeradas en el referido precepto. Entendemos que si la responsabilidad es siempre atribuible en primer término a los padres, parece claro que el legislador ha pretendido dotar de mayor relevancia al defecto formativo que al defecto de vigilancia, y por lo tanto los padres son los principales responsables de ese defecto educacional⁴²⁴.

En los debates parlamentarios se puntualizó no sólo que las personas enumeradas en el art. 61.3 LORPM no respondían conjuntamente, sino que no lo hacían de igual forma ya que los guardadores legales o de hecho eran “los menos responsables”⁴²⁵. En ese sentido, si no se atendiera al orden literal de aparición que determina el art. 61.3 estaríamos asumiendo como iguales situaciones que no lo son. Esto significa que si no respondieran siempre en primer lugar los padres, se estaría desincentivando el ejercicio de ciertas funciones que resultan socialmente

⁴²³ En el mismo sentido, MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos...», *cit.*, p. 423; MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., «Protección de la víctima y responsabilidad civil en la “ley penal del los menores”», *At. P.*, 2001, n.º 4, pp. 73-4.

⁴²⁴ En relación con los Centros docentes, MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos...», *cit.*, p. 424.

⁴²⁵ DS. Senado, Pleno, n.º 156, de 16 de diciembre de 1999, p. 7658.

beneficiosas, puesto que los padres, tutores, acogedores y guardadores no cumplen las mismas funciones. Creemos que una norma que atendiera a la responsabilidad de la persona que tenía al menor bajo su guarda en el momento de los hechos acabaría desmotivando ciertas prácticas, como por ejemplo la de aquellas familias que acceden al acogimiento familiar simple de jóvenes conflictivos⁴²⁶.

Si existen padres no responderán los demás sujetos pese a que ello denote una regulación excesiva y desproporcionada, ya que no se les permite que puedan acreditar que en su actuar no existió culpa alguna. De este modo, ha señalado algún autor que los padres se van a convertir en una especie de compañía de seguros respecto de sus hijos, habida cuenta de la frecuente insolvencia de los mismos, respondiendo con su patrimonio de cualquier acto que éstos realicen, independientemente de que por su parte haya existido culpa o negligencia⁴²⁷.

Otra interpretación que se podría dar al precepto, como adelantábamos, sería la de considerar que el criterio de imputación de la responsabilidad debería atender a la guarda⁴²⁸. En este sentido, el orden de personas que deberían responder solidariamente con el menor dependería de quién ejercía la guarda del menor cuando ocasionó los daños, criterio que, a pesar de que facilitaría la solución de algunos supuestos, entendemos que se aleja del tenor literal de la norma.

Pues bien, aunque hemos señalado que el criterio adoptado en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores atiende a una atribución de responsabilidad siguiendo el orden de aparición del art. 61.3, estimamos oportuno matizar algún aspecto para evitar que la excesiva rigurosidad de nuestra afirmación pudiera dar lugar a situaciones ciertamente injustas.

Con el criterio de preferencia adoptado nos cuestionamos si a la hora de distribuir la responsabilidad se debe atender al momento de la comisión del daño

⁴²⁶ Esta idea también ha sido sustentada por autores como DURANY PICH, S., «Las reglas de responsabilidad civil...», *cit.*, p. 9; VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, p. 2.

⁴²⁷ Entre otros, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *op. cit.*, p. 235; POLO RODRÍGUEZ, J. J./HUÉLAMO BUENDÍA, A. J., *op. cit.*, p. 58.

⁴²⁸ DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos...», *cit.*, pp. 44-5; *id.*, «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, p. 198; VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, p. 3; ATIENZA NAVARRO, M. L., *op. cit.*, p. 493.

EGUSQUIZA BALMASEDA también se inclina por el criterio de la guarda material y el deber de vigilancia, no sin antes señalar que es presumible que la solución dependa, en buena medida, de quién haya contratado el seguro de responsabilidad civil (art. 63 LORPM), «La responsabilidad civil de los menores derivada del delito o falta y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», *Ar. civ.-merc.*, 17 de junio de 2000, p. 3.

Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA también se pronuncia a favor de esta interpretación y señala que el precepto se limita a hacer una simple enumeración de posibles responsables, juntando a estas personas casi a modo de fórmula de estilo, como sucede en el art. 118.1ª Cp, *Sistema de responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 259.

o, por el contrario, a etapas anteriores en que confluyeron otras relaciones (por ejemplo en el caso de que el menor no tuviera padres y hubiera sido acogido por varias familias). Aunque esto último nos parece más justo, sin duda generaría serios problemas a la hora de deslindar la influencia que cada una de las etapas por las que pasó el menor ejerció sobre su personalidad y, en consecuencia, atribuir responsabilidad a quien corresponda. Entendemos pues que se debe atender al momento en que el menor causó el daño, a pesar de que su deficiente formación o su inclinación al delito sean atribuibles a personas que en periodos anteriores lo tuvieron bajo su cuidado e influyeron negativamente sobre él⁴²⁹. En esos casos será el Juez quien en virtud de la facultad que le confiere el propio art. 61.3 LORPM, modere la responsabilidad según estime conveniente.

No obstante lo anterior, esta precisión no debe hacernos pensar que en realidad se ha encubierto la introducción de la guarda como criterio de imputación de responsabilidad, puesto que tanto en el art. 61.3 LORPM, como en la puntualización que acabamos de efectuar, se atiende siempre a la relación personal o vínculo afectivo que se crea con la patria potestad o la tutela. En este sentido, si un menor se ha visto sometido a un acogimiento familiar simple y a otro preadoptivo para ser adoptado finalmente por esta última familia, y durante la jornada escolar, en el transcurso de una pelea causa lesiones a un compañero, estimamos que deberán responder solidariamente el propio menor con sus padres adoptantes, sin que proceda traer a colación situaciones o convivencias anteriores. En su caso, el Juez valorará las circunstancias concurrentes y, si el periodo de duración del acogimiento preadoptivo con la consecuente posterior adopción ha sido más breve que las situaciones anteriores por las que ha pasado el menor, podrá moderar la responsabilidad de los padres. Igualmente, si la pelea se gestó en un momento en que los profesores habían descuidado el cumplimiento de sus obligaciones, los padres –se entiende, adoptantes– seguirán siendo los llamados a responder en primer lugar pero el Juez, después de considerar todos los elementos, podrá disminuir su cuota de responsabilidad.

Con todo, debe quedar claro que los padres, tutores, acogedores y guardadores responden solidariamente con el menor según este orden y la imputación de responsabilidad deberá atender a la relación o vínculo existente en el momento en que se cometió la infracción penal. Sólo a partir de entonces el Juez de Menores, haciendo uso de la facultad moderadora que le concede la propia Ley, podrá atemperar la responsabilidad de los sujetos obligados en aquellos supuestos en los

⁴²⁹ En el mismo sentido, MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., *op. cit.*, p. 74.

que, dadas las circunstancias, lo estime oportuno. Será pues en ese momento, y no antes, cuando se pueda valorar el dato de quién tenía la guarda del menor, pero creemos que sólo, y esto es importante, con el propósito de atenuar la responsabilidad y no para excluirla.

Aun con todo, si la responsabilidad civil extracontractual y la derivada de una infracción penal tienen la misma naturaleza, no hay razón alguna para que exista una dualidad normativa en virtud de la cual se adopten diferentes criterios de imputación. Sin embargo, mientras el legislador penal se aferre a la tradición de regular la responsabilidad civil que deriva de la comisión de un delito o falta y la doctrina del Tribunal Supremo se muestre reacia a cambiar sus pautas, debemos seguir distinguiendo entre las normas aplicables. Hasta que no se logre esa unidad de regulación, si en el Código civil la responsabilidad de las personas encargadas del cuidado de un menor es subjetiva —o cuasi-objetiva, según la doctrina del Tribunal Supremo—, y responde quien en el momento de los hechos tenía al menor bajo su guarda, en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores la responsabilidad de estas mismas personas es objetiva y el criterio de imputación no atiende a la guarda sino al orden legal establecido, con base en un defecto en la formación de los menores.

c.3. Enumeración del art. 61.3 LORPM

Una vez establecido el carácter objetivo de la responsabilidad de las personas enumeradas en el art. 61.3 LORPM, así como la obligación de responder solidariamente que tiene cada uno de ellos, en función de la situación en la que se encuentre respecto del menor de edad, nos detendremos ahora en la propia enumeración efectuada en el artículo. El elenco de personas responsables solidariamente con el menor ha suscitado algunos problemas interpretativos, si bien es cierto que ya hemos despejado el primero al señalar que la enumeración de personas se realiza de modo excluyente.

El segundo problema surge con la pregunta de si es posible realizar una interpretación extensiva del artículo o, por el contrario, ha de ser restrictiva y ceñirse a las personas mencionadas expresamente. Y ello sobre todo atendiendo al hecho de que sujetos que tradicionalmente han venido siendo recogidos en el Código penal como posibles responsables civiles —por ejemplo los titulares de los Centros docentes—, han sido obviados en esta Ley. Si se parte de que la enumeración efectuada en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores es taxativa, surge la duda de qué sucede con los supuestos que no aparecen recogidos *nominatim* en esta Ley.

En este punto la redacción de la Ley vuelve a hacer gala de su escasa concreción puesto que, en el mismo Título, mientras en el art. 61.3 se enumeran unas personas que pueden ser responsables en régimen de solidaridad con el menor, en el art. 64 LORPM precisamente se equipara a las personas que deben responder junto al menor con los representantes legales, cuando en verdad no todas las categorías enumeradas en el primer artículo son susceptibles de ejercer la función de representación legal de un menor de edad⁴³⁰.

Debe observarse que la patria potestad, la tutela, el acogimiento y la guarda, son figuras que están definidas en la esfera civil. La Ley se refiere a los padres sin diferenciar si la filiación ha tenido lugar por naturaleza o por adopción, de modo que van a responder con sus hijos menores de dieciocho años. Si traemos a colación la interpretación realizada en torno al orden excluyente de las personas enumeradas en el art. 61.3 LORPM, se plantea el problema de aquellas situaciones en las que tras una separación, divorcio o nulidad matrimonial, los dos cónyuges conservan la titularidad de la patria potestad, pero el ejercicio ha sido asignado a uno de ellos mientras que al otro progenitor le corresponde un derecho de visita. En estos casos y a diferencia de lo que resulta del Código civil —que según vimos en este mismo capítulo, concretamente en el punto tercero, atendíamos a quién tenía la guarda material del menor—, pese a que uno de los cónyuges no tenga asignada dicha guarda, como en cierto modo sigue contribuyendo a su formación, la responsabilidad será conjunta, independientemente de con cuál de los dos padres se encontraba el menor en el momento de los hechos. En el caso de que uno de los cónyuges perdiera todo contacto con la prole e incluso fuese privado de la patria potestad, será el otro cónyuge quien cargue con toda la responsabilidad.

En todo caso, para evitar situaciones injustas, en estos supuestos se puede acudir a la facultad moderadora del Juez de Menores y, en virtud de la misma, descargar de responsabilidad en la medida de lo posible al progenitor que no tenía atribuida la guarda y dirigir la obligación de responder en la mayor parte contra el padre que más directamente hubiera influido formativamente en la causación de ese daño o incluso, como apuntábamos anteriormente, se podrá valorar el dato de quién ejercitaba la guarda material en el momento de los hechos. Así pues, es entre

⁴³⁰ De las personas mencionadas en el art. 61.3 LORPM sólo pueden ser representantes legales los padres y tutores.

Situándonos en el art. 64.3^a LORPM, surge la misma duda pero formulada al revés, es decir, si la norma se refiere a los representantes legales en sentido estricto o si, por el contrario, se refiere también al resto de personas para las cuales en el art. 61.3 se establece una responsabilidad solidaria, y nos inclinamos por esta segunda interpretación. En el mismo sentido, MARTÍNEZ SERRANO, A., «El tratamiento de la responsabilidad civil en la Ley de Justicia Juvenil», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VII, p. 466.

las circunstancias que se pueden tener en cuenta por el Juez a la hora de suavizar la responsabilidad, cuando entendemos que puede valorarse quién tenía al menor consigo cuando se produjeron los hechos, pero sólo en ese momento y no como criterio previo de determinación de responsabilidades.

Otra cuestión que merece una consideración especial es la relativa a los menores emancipados, puesto que a pesar de que la Ley del menor no los recoja expresamente, lo cierto es que la delimitación subjetiva del artículo «cuando el responsable de los hechos sea un menor de dieciocho años», perfectamente les daría cabida. De nuevo, la parquedad de la redacción del artículo que estamos comentando contribuye a dificultar su comprensión, y frente a ello proponemos dos opciones. La primera atendería a la propia lógica en el sentido de que las tendencias actuales aconsejan la no inclusión de los menores emancipados en este contexto. Por el contrario, la segunda opción supondría entender que sí que están incluidos, partiendo de que si la responsabilidad criminal derivada de la comisión de un ilícito penal ocasionado por un menor emancipado es la dispuesta en esta Ley, debería suceder igual en el caso de que la responsabilidad fuera civil. Esta segunda interpretación no resulta convincente porque si el legislador hubiera pretendido abarcar estos supuestos, la propia Ley debería haber incluido entre las personas que responden solidariamente con el menor de edad, al curador.

En otro orden de cosas, el cargo de tutor es desempeñado bien por la persona que la autoridad judicial designe como tal para ejercer las funciones de representación personal y administración de los bienes del menor (arts. 222 y siguientes del Código civil), o bien por la Entidad pública que asuma la tutela *ex lege*, es decir, que tenga encomendada la protección de los menores en situación de desamparo (arts. 172 y 239 Cc). Tal y como hemos interpretado el art. 61.3 LORPM, la responsabilidad de los tutores será requerida en segundo lugar, es decir, en defecto de padres y tampoco aquí se concreta en qué condiciones. Es claro que el tutor existe cuando el menor no está sujeto a patria potestad, y si como decíamos en líneas anteriores los padres tienen una responsabilidad objetiva, si atendemos al orden de preferencia legalmente establecido en la norma podríamos concluir diciendo que los tutores sólo responderán solidariamente con el menor ante la privación de la patria potestad de los padres, o si éstos hubieran fallecido o hubiesen sido declarados fallecidos. Se debe centrar el supuesto en el momento temporal en el que se desarrollan los hechos, y en el caso de que exista una relación tutelar, ésta desplaza la responsabilidad de los padres que habían sido privados de la patria potestad.

Si en el Código civil, concretamente en el párrafo tercero del art. 1903 se establece que los tutores responden de los perjuicios causados por los menores

cuando éstos se encuentren bajo su guarda y vivan en su compañía, nada de esto aparece en el art. 61.3 LORPM, de forma que de nuevo señalamos que habría sido conveniente que la norma hubiera descendido un poco más al supuesto fáctico y le hubiera dotado de los requisitos necesarios para su aplicación.

Interesa destacar que aunque en el art. 61.3 LORPM no se enumera al defensor judicial entre los posibles responsables, deberá ser incluido en aquellos supuestos que, como señala el art. 299.2 Cc «por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona para desempeñar el cargo». En este sentido, el defensor judicial asumirá la función del tutor cuando concorra en éste una causa momentánea que le imposibilite temporalmente para ejercer el cargo, en cuyo caso, su intervención estará justificada hasta que cese dicha causa⁴³¹.

En tercer lugar aparecen los acogedores. El acogimiento puede ser, como vimos detalladamente en otro apartado, familiar —en cuyo caso será ejercido por la persona o personas que determine la Entidad pública, con la plena participación del menor en la vida familiar e imponiendo a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art. 173.1 Cc)—, o residencial —a cargo del director del Centro donde sea acogido el menor (art. 172.3 Cc)—.

En último lugar aparecen enumerados los guardadores, primero los legales y después los de hecho. El término guardador legal puede ser entendido en sentido amplio, referido a todo aquel que por alguna disposición legal tiene encomendada la guarda de otra persona, y en sentido estricto, que es el que recoge la Ley. En este sentido, la guarda legal es desempeñada por la institución pública a solicitud de los padres o tutores que por circunstancias graves no pueden cuidar al menor, durante el tiempo necesario (art. 172.2 Cc). Y la guarda de hecho corre a cargo de quien sin tener ningún nombramiento específico, acoge transitoriamente a un menor que se encuentra desamparado por quien está obligado a tenerlo bajo su cuidado.

Sorprende que los titulares de los Centros docentes no aparezcan expresamente recogidos en esta Ley⁴³², sobre todo teniendo en cuenta que se trata de un

⁴³¹ Un estudio completo aparece en MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial*, cit., pp. 188 a 190.

⁴³² Tampoco quedan incluidos otros supuestos que, aunque no tienen tanta tradición, la evolución de la sociedad aconseja que debían haber sido tomados en consideración, como son los daños ocasionados en lugares de trabajo o lugares de acceso controlado como discotecas, gimnasios, estadios deportivos o parques de atracciones. En cuanto al lugar de trabajo, sólo cabe la posibilidad de acudir a la aplicación supletoria de los apartados 3 y 4 del art. 120 Cp, y esto también para los lugares de acceso restringido. DURANY PICH, S., «Las reglas de responsabilidad civil...», cit., pp. 6-7.

supuesto que —primero referido a los maestros y posteriormente al titular del Centro—, tradicionalmente ha venido regulándose en los distintos Códigos penales. Es el Código penal de 1995 el que por vez primera omite cualquier referencia, al remitirse a una Ley del menor donde previsiblemente debía quedar regulado este supuesto.

En el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 se mencionaba a los maestros, haciéndolos responder subsidiariamente de los delitos que hubieran cometido sus discípulos⁴³³. En la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983, el art. 125.6.º se expresaba en idéntico sentido a como lo hacía el art. 118.6.º del Proyecto anterior, aunque la mayoría de edad volvía a situarse en los dieciocho años.

A partir de la reforma operada por la Ley 1/1991 de 7 de enero, de modificación de los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil del profesorado, el art. 22 párrafo segundo del Código penal de 1973 señalaba que respondían subsidiariamente «las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del mismo, menores de dieciocho años (pese a que la mayoría de edad penal aún figuraba en los dieciséis años), durante los períodos en que dichos alumnos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias».

El Anteproyecto de Código penal de 1992, que situaba la edad a los dieciséis años, hacía responder a los titulares del Centro docente por los ilícitos penales de sus alumnos menores de dieciocho años⁴³⁴. Dado que este Anteproyecto fue redactado inmediatamente después de la Ley 1/1991, su regulación se acomodaba a los nuevos postulados y sustituía la responsabilidad de los maestros por la de los titulares de un Centro de enseñanza. Se cambiaba radicalmente la concepción de

⁴³³ Art. 118: «Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 6.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio por los delitos o faltas, tanto dolosos como culposos, que hubiesen cometido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Esta responsabilidad será extensiva, en las mismas condiciones, a los patronos, maestros y profesionales por los delitos de igual clase que cometan sus servidores, discípulos, aprendices, mandatarios, agentes y demás personas que dependan directamente de aquéllos».

⁴³⁴ Adviértase que mientras la mayoría de edad se establecía a los dieciséis años, el legislador seguía sin modificar el art. 120 Cp, que disponía: «Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 5.º Las personas o entidades, públicas o privadas, que sean titulares o de las que dependa un Centro de enseñanza, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del Centro, menores de dieciocho años, durante los períodos en que dichos alumnos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, si existiese negligencia en dicha vigilancia».

El Anteproyecto de Código penal de 1994, en su art. 118.5.º se pronunciaba en semejante sentido.

la responsabilidad subsidiaria de los Centros, que si en el Código penal de 1973 estaba concebida como una responsabilidad objetiva, ahora atendía al criterio de la culpa como fundamento de la responsabilidad, probablemente con la intención de aproximar esta regulación a su homónima en el Derecho privado.

Pese a que en el Código penal de 1995 la regulación de la responsabilidad civil es más amplia que en los Códigos anteriores, finalmente no incluyó ninguna referencia a los titulares de los Centros de enseñanza. Tampoco la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores los recoge, a pesar de que algunos de sus Anteproyectos sí que los incluyeron en el listado de personas que responden solidariamente con el menor de edad.

En sentido parecido a los Anteproyectos de Código penal indicados, el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995, en su art. 37.3 señalaba que las personas o Entidades públicas o privadas que fuesen titulares o de las que dependiese un Centro de enseñanza, eran responsables civiles subsidiarios por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del Centro menores de dieciocho años, durante los períodos en que se hallaran bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro y estuvieran desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, siempre que existiese negligencia en dicha vigilancia. Igualmente, en la Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor que el Gobierno Socialista presentó al Congreso el 29 de noviembre de 1996 se recogió esto mismo, con la diferencia de que ahora no se especificaba que los menores debían tener menos de dieciocho años⁴³⁵.

En el Borrador de Trabajo sobre el Proyecto de la Ley penal juvenil de 30 de octubre de 1996 y en el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio 1997, se omite cualquier referencia a la responsabilidad del titular de un Centro docente. Por último, la Ley 5/2000 tampoco los incluyó en la relación de personas responsables solidariamente con el menor. A pesar de ello, en modo alguno podemos considerar que la omisión del legislador constituya un olvido, puesto que su presencia queda constatada durante los debates parlamentarios⁴³⁶, de donde se deduce que el propósito del legislador fue el de enten-

⁴³⁵ En su artículo 36.3 esta Proposición indicaba que las personas o Entidades públicas o privadas, que fuesen titulares o de las que dependiese un Centro de enseñanza, «serán responsables civiles subsidiarios por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los menores que sean alumnos del Centro, durante los periodos en que éstos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del mismo, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, si existiese negligencia en dicha vigilancia». Proposición de Ley 122/000055, BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, n.º 71-1, de 29 de noviembre de 1996, pp. 7-8.

⁴³⁶ DS. Senado, Comisiones, n.º 541, de 9 de diciembre de 1999, p. 4.

derlos comprendidos en una de las categorías especificadas, como una especie dentro de un género más amplio. Durante la tramitación de la Ley en varias ocasiones se debate el tema y se deja constancia de que los profesores —debe entenderse los titulares de Centros docentes— sí que están comprendidos en este elenco de personas. Preocupado por esta aparente omisión, el Grupo Socialista, en una de las enmiendas presentadas en el Congreso, proponía una nueva redacción de la responsabilidad civil, donde, entre otros aspectos, pretendía que se incluyera a las personas o Entidades públicas o privadas, que fuesen titulares o de las que dependiera un Centro de enseñanza⁴³⁷.

Si el legislador entendió que los titulares de los Centros de enseñanza quedaban comprendidos en alguna de las categorías de personas que figuran en el art. 61.3 LORPM, no sería posible asimilarlos ni a los padres, ni a los tutores, ni tampoco a los acogedores. Únicamente nos queda entender que están incluidos entre los guardadores legales o entre los guardadores de hecho. Guardador legal, en sentido amplio, se refiere a la persona que, por imperativo legal, tiene encomendada la guarda del menor. En el art. 61.3, la expresión “guardador legal” no puede tener ese significado porque sería repetitiva y coincidiría con las funciones que desempeñan los padres, los tutores o los acogedores. Atendiendo a un sentido más estricto, la figura del guardador legal sólo se correspondería con las Entidades públicas dedicadas a la protección de menores que asumen la guarda de éstos, a solicitud de los padres o tutores que por circunstancias graves no pueden cuidar del menor, que se realiza mediante acogimiento familiar —simple, permanente o preadoptivo— o residencial (art. 172.2 y 3 Cc), de modo que tampoco sería posible la asimilación de los titulares de los Centros docentes a estos supuestos.

Descartada la asimilación del titular de un Centro docente con el guardador legal, intentamos ahora equipararlo con la categoría de los guardadores de hecho, entre otras razones por las conclusiones que se obtienen de los trabajos parlamentarios. Si entendemos que guardador de hecho es aquella persona que sin designación específica alguna se ocupa de la guarda de un menor —o de un incapaz— que no está sometido a patria potestad o tutela, tampoco podrían quedar incluidos en esta categoría los titulares de los Centros docentes. Sólo en el caso de que adoptásemos una definición más amplia e interpretáramos que guardador de

⁴³⁷ En concreto, la enmienda n.º 146 en la que pretendía adicionar un nuevo título II bis a la Ley, bajo el título de “Responsabilidad civil”, cuyo art. 36.4.3.º era idéntico al art. 36.3 de la Proposición de Ley que este mismo Grupo había formulado años atrás. Justificaban la inclusión de esta enmienda en el mantenimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* tal y como estaba contemplada en el Código penal para los mayores de edad responsables de la comisión de una infracción penal. *Enmiendas*, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 144-10, de 16 de marzo de 1990, pp. 221-2.

hecho es aquella persona que, por propia iniciativa o por acuerdo con los padres o tutores ejercita funciones de guarda⁴³⁸, quedaría comprendido el supuesto de los Centros de enseñanza.

Sin embargo, esta interpretación no está exenta de críticas puesto que se corre el riesgo de que al incluir la responsabilidad de los Centros docentes en la categoría de los guardadores de hecho, dicha responsabilidad puede extenderse a otros supuestos⁴³⁹, tales como vecinos, familiares, etcétera, que de forma transitoria y por acuerdo –gratuito u oneroso– con los padres o tutores, se ocupen del cuidado de los menores. Es por ello por lo que ha señalado DÍAZ ALABART que la guarda de hecho a la que se refiere la Ley del menor no constituye una situación temporal sino que, por el contrario, requiere que su desempeño venga presidido por las notas de continuidad e independencia⁴⁴⁰.

Lo cierto es que no resulta tan obvio como pretendían los redactores de la norma incluir entre los guardadores de hecho un conjunto de personas que siempre han tenido una regulación propia. Durante el debate de totalidad del Dictamen de la Comisión de Justicia en relación con el Proyecto de la Ley del menor que estaba siendo discutido, se incluyó a los titulares de los Centros docentes en la categoría de los guardadores de hecho. En este sentido, el senador IGLESIAS MARCELO –Grupo Parlamentario Socialista–, en relación con la interpretación que se debía dar a la enumeración realizada y al carácter de la responsabilidad, señalaba: «¿Se imagina lo que va a pasar con los guardadores de hecho, que son por ejemplo los profesores⁴⁴¹ de los Centros educativos, bajo cuya tutela y guarda hay alumnos menores de dieciocho años, que durante seis o siete horas al día están en el centro y cometen una infracción, no por negligencia ni por dolo ni porque haya ninguna inducción, sino simplemente porque ocurre, aunque los profesores sean celosos en el cumplimiento de sus tareas, que sean declarados responsables solidarios de

⁴³⁸ DÍAZ ALABART, S, «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, p. 201.

⁴³⁹ Señala DURANY PICH que esta última opción presenta el problema de que «lo que hemos expulsado por la puerta vuelve a entrar por la ventana», puesto que con esa generosa interpretación, nada impedirá extenderla a otros supuestos, «Las reglas de responsabilidad civil...», *cit.*, p. 7.

⁴⁴⁰ «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, p. 201.

⁴⁴¹ Se debe entender titulares de los Centros de enseñanza, pues de no ser así omitiríamos el alcance de las últimas reformas. El art. 22 del Código penal de 1973 fue reformado por la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil del profesorado, en cuyo preámbulo señalaba que el régimen de responsabilidad establecido en los artículos 22 Cp y 1903 Cc no se ajustaba a la realidad social, puesto que habían sido concebidos en momentos donde existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el discurrir diario de la vida docente. Ello indujo a modificar el régimen de la responsabilidad a fin de que quien respondiera de los daños ocasionados por los alumnos fuesen las personas o entidades titulares de los centros, que son quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización, sin perjuicio de que en determinados supuestos, el titular pueda reclamar al personal docente la cantidad que hubiera satisfecho según dispone el art. 1904 Cc también reformado.

las responsabilidades y de las compensaciones que la conducta de los menores pueda provocar? La decisión del Legislativo en ese punto es muy grave: obligará inmediatamente a todos los colectivos de profesores a exigir a sus autoridades competentes la suscripción de pólizas de responsabilidad civil para poder defenderse, en el caso de que les toque alguna de estas incidencias que la ley contempla»⁴⁴².

Aun siendo la anterior la solución aconsejable y más acorde con la realidad, no se pueden olvidar otras posibilidades interpretativas. En primer lugar, se podría pretender que dado que en definitiva se trata de una responsabilidad civil, ante la ausencia de regulación expresa se debería acudir a los arts. 1903.5 Cc y 145 LJCA-PAC. Sin embargo esta interpretación no resulta posible porque, como ya señalábamos, el Tribunal Supremo no admite la teoría del concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión, al no considerar que la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad *ex delicto* tienen un mismo fundamento.

Cabe destacar que en una de sus últimas sentencias, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado que «la responsabilidad civil “ex delicto” no responde exactamente a los mismos principios que la responsabilidad civil extracontractual regulada en el art. 1903 Cc. En este artículo, (...), se dice (...), lo que claramente significa objetivizar la responsabilidad civil desplazando la carga de la prueba sobre las personas de que dicha responsabilidad se cuestiona. Por el contrario, tanto el art. 118.1º como el 120.1.º del Código Penal –“lex posterior” con respecto al Código civil– exigen que haya mediado culpa o negligencia en quienes hayan de responder civilmente, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que la culpa o negligencia tiene que ser probada»⁴⁴³.

El argumento fundamental que emplea el Tribunal Supremo en esta sentencia para entender que se trata de dos responsabilidades diferentes, reside en el carácter subjetivo de la responsabilidad que se prevé en el Código penal frente a la responsabilidad cuasi-objetiva que sanciona el art. 1903 Cc. Partiendo de estos presupuestos, algún autor ha señalado que si los mismos se aplican a la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores se desvanece el argumento fundamental utilizado por el Tribunal Supremo, pues en esta nueva Ley no

⁴⁴² DS. Senado, Pleno, n.º 156, de 16 de diciembre de 1999, p. 7656.

Otra muestra de la inclusión de los profesores la encontramos cuando CAÑELLAS FONTS (Grupo Popular) contesta a IGLESIAS MARCELO señalando que el art. 61.3 LORPM «otorga a los jueces la posibilidad de reducir la responsabilidad, incluida la de los maestros –a los que IGLESIAS MARCELO como docente se refería–, cuando se demuestre que éstos no han favorecido con su dolo o con su negligencia el hecho cometido por el menor», DS. Senado, Pleno, n.º 156, de 16 de diciembre de 1999, p. 7658.

⁴⁴³ STS de 26-3-1999, R/JA, 1999, n.º 2054.

se establece una mera presunción de culpa que cuasi-objetivice la responsabilidad, sino que se construye una responsabilidad objetiva, ajena a la noción de culpa civil; de ahí que entonces no debería existir obstáculo alguno en aplicar el art. 1903 Cc a los titulares de Centros escolares por los delitos o faltas que cometan sus alumnos menores de edad⁴⁴⁴.

Si bien la anterior es una opción fundada en una sentencia del Tribunal Supremo, lo cierto es que no refleja la tendencia jurisprudencial sino que constituye, al menos por el momento, una solución aislada. Tampoco nos convence plenamente la opción de acudir a los arts. 120.3 y 121 del Código penal y de un modo forzado aplicar por analogía el primer artículo al supuesto de los Centros de enseñanza privados, y el segundo cuando se trate de Centros públicos, resultando entonces que el titular del Centro sería responsable subsidiario de los daños ocasionados⁴⁴⁵.

Una vez asimilados los titulares de un Centro docente a los guardadores de hecho, conviene recordar que atendiendo a la literalidad del art. 61.3 LORPM, responderán solidariamente con sus alumnos menores de dieciocho años por los ilícitos penales de éstos, en último lugar, es decir, en defecto de padres, tutores, acogedores y guardadores legales, lo cual supone que en la práctica serán pocas las posibilidades fácticas de que se tome en consideración su responsabilidad. A pesar de que el menor cometa la infracción penal mientras se encuentre en el Centro docente, lo normal es que resulten obligados a responder los padres o los tutores.

En este caso podríamos tener la debilidad de erigir el criterio que atiende a la guarda del menor en el criterio de imputación de responsabilidad. Sin embargo, de optar por ello las palabras “por este orden” no tendrían sentido alguno –bastaría con que la Ley señalara que «cuando el responsable de los hechos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados quienes los tengan bajo su guarda», puesto que una vez que responde quien tiene la guarda del menor ya no cabe atender a ningún orden, es decir, ya no quedaría ningún posible responsable. El legislador, sin embargo, con el elenco de personas que responden sucesivamente ha pretendido que siempre haya alguien en quien recaiga la obligación correspondiente.

En virtud de lo anterior, pese a que pudiera resultar más razonable atribuir la responsabilidad a los titulares de Centros docentes porque, en determinados casos, en función de la guarda que ejercen sobre el menor o las medidas orga-

⁴⁴⁴ Vid. este planteamiento en VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, p. 3.

⁴⁴⁵ DURANY PICH, S., «Las reglas de responsabilidad civil...», *cit.*, p. 7.

nizativas que adoptan, cuentan con mayores posibilidades para evitar el daño, el orden legal preestablecido obliga a que los padres sean quienes respondan en primer lugar. Como decíamos, en todo caso el Juez podrá moderar su responsabilidad atendiendo a las circunstancias concretas.

A pesar de todo, no hay que olvidar que la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores aunque no unifica el régimen de responsabilidad civil con el existente en el Código civil y en el Código penal, al menos permite, como ya venía haciendo la Ley de Enjuiciamiento criminal, que el perjudicado opte por ejercitar la acción civil conjuntamente con la penal según el procedimiento especial dispuesto en la propia Ley, o por reservar dicha acción para su ejercicio posterior en la jurisdicción ordinaria que corresponda, a saber, la civil, o la contencioso-administrativa, según intervenga o no la Administración pública en alguna de sus formas, con aplicación de las normas civiles o administrativas. De ahí que quede en manos del demandante la jurisdicción aplicable y, por ende, las normas que en cada caso harán que el órgano jurisdiccional resuelva en un sentido u otro.

c. 4. Facultad moderadora del Juez de Menores

El contenido del art. 61.3 *in fine* es sumamente perturbador. Dispone la norma que «cuando éstos (se refiere a los padres, tutores, acogedores, guardadores legales y guardadores de hecho) no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos». Esta disposición confiere al Juez la posibilidad de atemperar la responsabilidad de las personas que van a responder solidariamente con el menor⁴⁴⁶. Consideramos que al señalar que la moderación de responsabilidad sólo afectará a las personas encargadas del cuidado del menor, al menos en este punto la redacción es clara, y por tanto no debe interpretarse en el sentido de que ha de referirse a las dos partes.

El legislador ha identificado en la primera parte del artículo las distintas formas jurídicas de protección de menores e imputa a sus titulares la responsabilidad civil, para posteriormente incluir una segunda regla donde traslada al Juez la decisión final sobre la responsabilidad en cada caso concreto. La redacción de la norma pone en evidencia la poca precisión del legislador puesto que tras una norma donde establece quién debe responder, faculta al Juez para corregir las conse-

⁴⁴⁶ DÍAZ ALABART entiende que la posibilidad de moderación encaja en lo dispuesto para las obligaciones en general en el art. 1103 Cc, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos...», *cit.*, pp. 45-6.

cuencias excesivamente severas que puedan derivarse de su aplicación. Esta solución no llega a desnaturalizar la figura de la responsabilidad objetiva pero introduce un elemento de inseguridad jurídica que en la práctica va a suponer una institucionalización de la indemnización por equidad⁴⁴⁷, en el sentido de que da la impresión de que el legislador ha pretendido paliar las consecuencias que en la práctica tendría la responsabilidad objetiva de los padres, tutores, acogedores y guardadores.

Nos preguntamos si lo que se debe probar es que se ha actuado diligentemente, o si ha habido dolo o negligencia grave de parte de estas personas y, en todo caso, quién corre con la carga de la prueba. Creemos que se debe partir de una presunción *iuris tantum* que considera que las personas enumeradas en el art. 61.3 LORPM han actuado con la diligencia que les era exigible⁴⁴⁸. Si el art. 385 de la nueva LEC señala que «1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca»⁴⁴⁹, si no se prueba que ha habido dolo o negligencia grave en la actuación de los padres, tutores, acogedores o guardadores, se presume que éstos han actuado correctamente y se verán beneficiados, si el Juez lo estima conveniente, por una moderación de su responsabilidad.

En el caso de que, dadas las circunstancias, el Juez opte por atemperar la responsabilidad de estas personas, nos planteamos si como consecuencia de esa reducción de responsabilidad en favor de una de las partes debe aumentar la responsabilidad de los menores o si, por el contrario, debe sufrir la víctima los efectos derivados de esa moderación. Tratándose de una responsabilidad de carácter solidario será el menor el que absorba la responsabilidad de los padres, de modo que si se presume que estas personas han actuado con la diligencia que les era exigible, el menor será quien al estar interesado precisamente en que no se produzca dicha moderación, intente probar que ha habido dolo o negligencia grave de parte de aquéllas⁴⁵⁰, porque si se produjera la moderación, la cuota que le corresponde-

⁴⁴⁷ En sentido parecido, DURANY PICH, S., «Las reglas de responsabilidad civil...», *cit.*, p. 9.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ señala que la moderación judicial puede ser interpretada bien como una aplicación del principio general contenido en el art. 1103 Cc, o bien como una aceptación de la tesis doctrinal que entiende que, junto con la culpa y la responsabilidad objetiva, existe otro criterio de imputación, la equidad, en *Comentario del Código civil (art. 1902)...*, *cit.*, p. 364.

⁴⁴⁸ En el mismo sentido, MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., *op. cit.*, pp. 74-5.

⁴⁴⁹ El derogado art. 1214 Cc señalaba que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone».

⁴⁵⁰ En sentido contrario, ORNOSA FERNÁNDEZ considera que «la carga de la prueba de que se obró con diligencia y de que no existió dolo en la conducta de los padres y demás personas o instituciones implicadas corresponde a éstos, por aplicación de la doctrina general establecida por la jurisprudencia al amparo del art. 1903 del Código civil», *op. cit.*, pp. 445-6.

ría en las relaciones internas que componen la solidaridad se vería aumentada. Sin embargo, a la víctima le va a dar igual que se produzca o no esa moderación, pues aun partiendo de la habitual insolvencia de los menores, al ser una responsabilidad de carácter solidario, igualmente se puede dirigir contra los padres o demás personas responsables, independientemente de que luego éstos exijan a los menores una cuota mayor.

La precisión acerca de la posibilidad que se otorga a los Jueces para suavizar la responsabilidad no modifica su carácter objetivo, puesto que el Juez sólo podrá moderar pero nunca suprimir o exonerar de responsabilidad a las personas obligadas⁴⁵¹. La posibilidad de moderar la responsabilidad constituye una facultad discrecional del Juez, pero no por ello está exento de motivar su decisión (arts. 120.3 CE y 248.2 LOPJ) sino que, antes al contrario, deberá razonar por qué ha decidido moderar y, en su caso, en qué medida, la responsabilidad. Graduar la responsabilidad en función de un parámetro que atienda a si se ha favorecido o no la conducta delictiva del menor, suscita la duda de si además de la correspondiente responsabilidad civil que en esos casos sería exigible a los progenitores y demás personas obligadas, se podría entender que si han actuado con dolo o negligencia grave, tal y como señala el artículo que cometamos, habría de su parte responsabilidad penal, así como la correspondiente responsabilidad civil que pudiera derivar de la comisión de ese otro delito. El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores consideró que la expresión “favorecimiento mediante dolo o negligencia” resultaba poco acertada, porque constituía «un concepto próximo a la responsabilidad criminal por inducción, cooperación necesaria o complicidad (arts. 27 a 29 Cp), cuya concurrencia no ya modera la responsabilidad *ex delicto*, sino que genera otra nueva responsabilidad civil, autónoma y concurrente, derivada de la participación en el hecho criminal. Sería por ello más adecuado recurrir, como elemento moderador de la responsabilidad, a la diligencia o cuidado mostrados por el padre, tutor o guardador, bien trasladando la carga de la prueba al obligado a vigilar al menor, bien exigiendo la con-

⁴⁵¹ A pesar de ello, en alguna ocasión a lo largo del discurso parlamentario se confundieron los términos y se entendió que la posibilidad de moderar comprendía también la exoneración de responsabilidad. Así, en el debate de las enmiendas mantenidas al Proyecto, el Grupo de Izquierda Unida, en torno a la facultad moderadora del Juez, señalaba: «no abramos ese portillo. Si abrimos el portillo, imponemos además la carga de la prueba de modo tal que con que no se pueda probar un dolo específico o una negligencia específica, cabe la posibilidad de ser exonerado de responsabilidad. Nos parece que esto es contrario a una interpretación mínimamente rigurosa del principio de la responsabilidad objetiva». Son palabras del diputado CASTELLANO CARDALLIA-GUET, DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 270, de 11 de noviembre de 1999, pp. 14454-5.

currencia de culpa o negligencia, según se opte por el sistema del Código civil o por el del Código penal»⁴⁵².

En este sentido, durante la elaboración de la Ley el Grupo Popular aclaró que no se estaba haciendo referencia al dolo o negligencia que dan lugar al nacimiento de un delito, sino al dolo o negligencia de carácter civil⁴⁵³. El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, en su enmienda número 59 proponía la supresión de la frase que estamos comentando, al considerar que preferían dejar la responsabilidad solidaria según su propia naturaleza civil e, igualmente, señalaban que la expresión “con dolo o negligencia grave” debía ser civil, porque en otro caso podría acarrear responsabilidades penales a los padres, tutores, etcétera⁴⁵⁴.

El Grupo Socialista señalaba que si había dolo o culpa en la conducta de los guardadores, lo de la responsabilidad solidaria les parecía bien, pero en el caso contrario, es decir ante una ausencia de dolo o culpa, les parecía que para guardar los derechos de las víctimas respecto de la responsabilidad de los menores, que pueden ser insolventes, bastaría con establecer la responsabilidad civil subsidiaria, que protegería mejor los derechos de los perjudicados⁴⁵⁵. El Grupo Popular pretende destacar que esta norma no agrava el régimen contenido en el Código civil porque va disminuyendo la responsabilidad del art. 1903 Cc. Está más a favor de esos para quienes el Grupo Socialista solicita una responsabilidad subsidiaria en caso de que el menor sea irresponsable civil, puesto que si son responsables subsidiarios deberán responder del total de la indemnización y, por el contrario, si se adopta el criterio de la solidaridad, las personas encargadas de su guarda tienen una responsabilidad objetiva que sin dejar de serlo permite cierta moderación siempre que no hubiera dolo o culpa de su parte⁴⁵⁶.

La facultad que se ofrece al Juez para llevar a cabo la moderación de responsabilidad tiene una redacción desafortunada, sobre todo cuando se refiere a que esas personas no hayan favorecido la conducta del menor. Llama la atención el hecho de que en materia propiamente civil y concretamente en el art. 1903 Cc

⁴⁵² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe de 12 de noviembre de 1997...*, cit., p. 60.

CUESTA MARTÍNEZ—Grupo Parlamentario Socialista— se pregunta cuándo y en atención a qué circunstancias se va a modular la responsabilidad del art. 61.3 LORPM, llegando a la misma conclusión que el Consejo General del Poder Judicial, DS. Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 217, de 25 de febrero de 1999, pp. 11613-4. De nuevo pregunta cuáles son esas circunstancias y reitera sus reflexiones en DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 644, de 17 de marzo de 1999, p. 18772.

El senador Socialista IGLESIAS MARCELO, mantiene la postura defendida por su Grupo, DS. Senado, Comisiones, n.º 541, de 9 de diciembre de 1999, pp. 3-4.

⁴⁵³ DS. Senado, Pleno, n.º 156, de 16 de diciembre de 1999, p. 7658.

⁴⁵⁴ *Enmiendas*, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 144-10, de 16 de marzo de 1999, p. 197.

⁴⁵⁵ DS. Senado, Comisiones, n.º 541, de 9 de diciembre de 1999, pp. 3-4.

⁴⁵⁶ DS. Senado, Pleno, n.º 156, de 16 de diciembre de 1999, p. 7658.

no se permita reducir la responsabilidad de las personas encargadas de la guarda de otra, y sin embargo el art. 61.3 LORPM otorga esta facultad al Juez, atendiendo a la gravedad del hecho que, sin lugar a dudas, será mayor en este segundo supuesto dada su naturaleza penal. DÍAZ ALABART señala que no se favorece una conducta delictiva cuando se cumplen las funciones asignadas legal y socialmente, cuando se ejercita la guarda con la diligencia debida y cuando se educa al menor. Si en el ámbito privado el nivel de diligencia exigido por los tribunales resulta ser muy riguroso, sorprende el que aquí se permita moderar la responsabilidad, teniendo en cuenta además que el art. 1102 Cc prohíbe la exoneración o disminución de la responsabilidad procedente de dolo. En la práctica esta moderación va a carecer de efectos reales, porque aunque el Juez haya disminuido la responsabilidad del guardador, si se reclama a éste todo lo debido, una vez que haya pagado tiene una acción de regreso contra el menor, propia de la relación interna entre codeudores solidarios, y no recuperará la parte que el Juez le rebajó en su cuota interna, salvo si el menor es solvente⁴⁵⁷. Pero se debe tener en cuenta que la acción personal que corresponde al guardador tiene un plazo de prescripción de quince años, y situando al menor en la edad límite de aplicación de la Ley 5/2000, a los catorce años, una vez transcurrido el plazo señalado para ejercitar este derecho de regreso, cercano al tercer decenio de vida, es probable que el menor tenga ingresos que paulatinamente le permitan saldar su deuda⁴⁵⁸.

Una vez constatado que no ha habido dolo o negligencia grave de parte de las personas relacionadas en el art. 61.3 LORPM, el Juez podrá suavizar su responsabilidad con arreglo a los criterios que han venido siendo admitidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En este sentido, atenderá a la personalidad y edad del menor, al medio o ambiente familiar, y es en este momento cuando estimamos —como ya adelantábamos— que el Juez podrá tomar en consideración el dato objetivo de quién tenía al menor bajo su guarda material, no tanto para trasladar la responsabilidad correspondiente —así sucedería en sede civil—, como para entender que los padres han desplegado una conducta correcta, y puesto que a pesar de todo el daño ha tenido lugar, serán responsables pero aplicando la moderación oportuna, conforme al criterio del juzgador.

En el Código penal se otorga al Juez una facultad semejante al concederle la posibilidad de moderar el importe de la reparación o indemnización, si la vícti-

⁴⁵⁷ «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos...», *cit.*, pp. 45-6; *id.*, «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, pp. 207-8.

⁴⁵⁸ La acción de regreso es una acción subsidiaria de otra principal de carácter extracontractual, y que está sujeta a un plazo anual; por ello DÍAZ ALABART se inclina por el plazo de un año, *Ibid.*, p. 213.

ma hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido (art. 114 Cp). Según la disposición adicional primera de la LORPM «tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código penal y las leyes penales especiales (...)», lo cual nos permite aplicar el contenido del art. 114 Cp que hemos transcrito en el caso de que la víctima del daño hubiera contribuido en su producción. Así tendremos que el Juez de Menores podrá moderar la responsabilidad de los padres, tutores, acogedores o guardadores, cuando no hubiesen favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave y, por otro lado, el mismo Juez también podrá moderar la responsabilidad atendiendo a la conducta de la víctima del daño. De lo anterior se infiere que en determinados casos el Juez de Menores tiene una doble posibilidad de moderar el *quantum* de la indemnización.

4.2.2.4. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual

En relación con la responsabilidad civil, el art. 61.4 LORPM señala que en su caso se podrá aplicar también lo dispuesto en el art. 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, lo cual supone, más que una sustitución, un complemento de normativa.

La primera referencia atiende a que la Administración Pública puede ser titular de alguna de las formas de protección que menciona el art. 61.3 LORPM y ser responsable solidariamente con el menor. Cuando estemos frente a Entidades públicas que tengan a su cargo a menores, si se estima necesario incluir alguna norma especial en materia de responsabilidad civil, debe tenerse en cuenta que, junto a las normas contenidas en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, la responsabilidad será la establecida con carácter general, conforme al sistema que resulta de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común. En ese caso, como dispone el art. 145 LRJ-PAC, una vez que la Administración hubiera indemnizado a quien hubiera sufrido el perjuicio, deberá ejercitar un derecho de regreso contra las autoridades y demás personal a su servicio, siempre que hubiesen actuado con dolo o negligencia grave. Asimismo, para el caso en que la Administración pública concierte con Entidades privadas sin ánimo de lucro convenios o acuerdos de colaboración, debe advertirse que el art. 45.3. LORPM, con relación a las medidas aplicables señala que aun cuando sea posible ceder su ejecución, en ningún caso se cederá su titularidad ni la responsabilidad derivada de dicha ejecución.

La Ley 35/1995 establece unas ayudas públicas a favor de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, creando un sistema de ayudas que se caracteriza por ser subsidiario respecto de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal e incompatible con ésta. Ello significa que si la víctima obtiene la indemnización correspondiente de parte de los sujetos civilmente responsables, no podrá también beneficiarse de estas ayudas. Sólo se puede acudir a esta Ley cuando o no se sabe quién causó el daño, o cuando conociéndose el autor resulta ser insolvente. Una vez que el Estado haya pagado esas ayudas podrá subrogarse en los derechos que asistan a los perjudicados para reclamar al obligado civilmente por el hecho delictivo el importe de la ayuda satisfecha (art. 13), como parte en cualquier proceso penal o civil que se siga, sin perjuicio de la acción civil que ejercite el Ministerio Fiscal. Además, el Estado tiene una acción de repetición contra la víctima o los beneficiarios de la ayuda en el supuesto de que después de haberla recibido obtuvieran la reparación del perjuicio sufrido⁴⁵⁹.

En el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997, concretamente en el párrafo tercero del art. 61, después de que se fijasen las responsabilidades, se leía que «en los supuestos en los que el menor se encuentre a cargo de las Entidades públicas de las Comunidades Autónomas, se aplicará lo dispuesto en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual». Sin embargo, aun siendo encomiable la finalidad perseguida, lo cierto era que su contenido dejaba lugar a sombras. El Consejo General del Poder Judicial en su Informe a este Anteproyecto, consideraba que la remisión a la Ley 35/1995 cuando el menor se encontraba a cargo de un Ente autonómico era equívoca e inapropiada y proponía la modificación del artículo. La alusión a las Entidades públicas de las Comunidades Autónomas parecía sugerir dos cosas; por un lado, que los menores a cargo de estas Entidades no respondían civilmente en caso de que cometiesen una infracción penal y, por otro lado, que las víctimas, en esos supuestos, sólo tenían derecho a percibir las ayudas estipuladas en la Ley 35/1995, de modo que si las infracciones cometidas constituían delitos no violentos o no referidos a la libertad sexual, no podrían contar con ellas⁴⁶⁰. De ahí que en la redacción definitiva de la Ley este apartado haya adquirido autonomía propia —constituye el párrafo cuarto del art.

⁴⁵⁹ La Ley 35/1995 ha sido completada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo que aprobó el Reglamento de Ayudas a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y la publicación posterior de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo —que es la primera Ley dedicada exclusivamente a las víctimas de los delitos de terrorismo—, así como el desarrollo reglamentario de la misma a través del Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre y el Real Decreto 1974/1999, de 23 de diciembre.

⁴⁶⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe de 12 de noviembre de 1997...*, cit., pp. 61-2.

61 LORPM— y ha sido modificado con la pretensión de determinar el alcance de la norma.

4.2.2.5. Las reglas de procedimiento en el marco del art. 64 LORPM.

Incidencias legales posteriores. El sobreseimiento del expediente

El nuevo sistema de responsabilidad civil instaurado por la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores crea un singular procedimiento que se ha de tramitar en pieza separada ante el Juez de Menores, y que discurre paralelamente y con una pretendida independencia del procedimiento penal. Esto significa que el proceso principal no resuelve las cuestiones civiles, sino que se remite a un procedimiento específico e independiente de la causa principal penal que deberá sustanciarse ante el Juzgado de Menores que, además, al no producir efectos de cosa juzgada material, no impide el ulterior proceso ordinario ante el Juzgado que corresponda.

El art. 61.1 LORPM, en parangón con lo previsto en el art. 108 LECrim, establece la legitimación del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción civil derivada del delito, quien podrá ejercitarla salvo en tres casos, a saber, cuando el perjudicado renuncie a ella, cuando la ejercite por sí mismo⁴⁶¹ en el plazo de un mes desde la notificación de la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil, o cuando se reserve su ejercicio ante la jurisdicción civil, conforme a las normas del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil. La decisión del perjudicado va a condicionar cuál sea la jurisdicción competente, puesto que si el perjudicado ejercita la acción civil junto con la penal será competente la jurisdicción especial de menores, mientras que si se reserva la acción la ejercitará en la jurisdicción civil ordinaria. Del mismo modo, si quien responde solidariamente con el menor es alguna Entidad pública, atendiendo a las últimas reformas administrativas y procesales, consideramos que la víctima podrá elegir entre la jurisdicción especial de menores y las reglas de la LRJ-PAC, dependiendo de si ha reservado o no la acción para su ejercicio ulterior⁴⁶². Aun siendo ésta la interpretación más acorde con la realidad legis-

⁴⁶¹ Pese a estar prohibidas las acusaciones particulares en el procedimiento judicial contra menores infractores, se admite alguna excepción. Así, el art. 25 LORPM dispone: «En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares, salvo lo previsto en el artículo 61.1 de esta Ley sobre ejercicio de acciones civiles (...)». La Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores—derogada con la entrada en vigor de la Ley 5/2000— no admitía el ejercicio de acciones civiles derivadas de las infracciones penales cometidas por menores de edad (art. 15 regla 2.ª).

⁴⁶² En el mismo sentido, DÍAZ ALABART señala que si se pretende reservar la acción, el juego de los arts. 145.1 LRJAP-PAC y 9.4 LOPJ y su carácter imperativo harán ineludible acudir a la jurisdicción contenciosa, *vid.* «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos...», *cit.*, pp. 47-8; *id.*, «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, pp. 214 y 216.

lativa actual, no deja de sorprender que el legislador no haya previsto expresamente estas últimas reformas y en el art. 61.1 LORPM únicamente se haga referencia al orden jurisdiccional civil y a las normas civiles contenidas en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Es destacable la posición que asume el Ministerio Fiscal en su doble condición de institución que constitucionalmente tiene encomendada la acción de la justicia en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley, e institución a la que se encomienda la iniciativa procesal y velar por los derechos de los menores sometidos al procedimiento. Dada la relevancia que la Ley Orgánica 5/2000 le ha otorgado, en su propio articulado ha previsto la necesidad de una reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁴⁶³. El resultado de esta previsión ha sido la promulgación de la Ley 12/2000, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, cuyo artículo único ha introducido una modificación al apartado 5º del art. 3 del Estatuto, permitiendo la instrucción⁴⁶⁴ por parte del Ministerio Fiscal del procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores⁴⁶⁵.

A pesar de la importancia atribuida al Fiscal, lo cierto es que en el ejercicio de la acción civil su legitimación activa tiene carácter subsidiario, porque interviene en defecto de la propia actuación del perjudicado, quien, como veíamos, puede ejercitarla por sí mismo, reservar su ejercicio o renunciar a ella.

Interesa evidenciar que el novedoso procedimiento para la exigencia de responsabilidad civil va a provocar difíciles problemas de aplicación, puesto que algunos supuestos y trámites no están claramente regulados en la LO 5/2000 y la LECrim, como norma supletoria, no será del todo aplicable, ya que en ésta se re-

⁴⁶³ Disposición final segunda de la LORPM: Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: 2. El Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la presente Ley en el Boletín Oficial del Estado, elevará al Parlamento un proyecto de Ley de reforma de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a fin de adecuar la organización del Ministerio Fiscal a lo establecido en la presente Ley».

⁴⁶⁴ No obstante, como indica M. SEBASTIÁN OTONES, «la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal contenida en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, si bien supone una especialidad frente a la previsión general en el proceso de adultos, que se realiza a favor del Juez de instrucción, no supone una novedad, toda vez que la derogada Ley Orgánica 4/1992 reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, en su art. 15 asignaba igualmente al Ministerio Fiscal la instrucción en el proceso de menores que en la misma se regulaba», *id.* «La instrucción penal en el nuevo procedimiento de menores», *La Ley*, 10-9-2001, p. 1. En el mismo sentido, DOLZ LAGO, M. J., «El fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992», *La Ley*, 1996-I, D-16, pp. 1592 ss.

⁴⁶⁵ También se da una nueva redacción al art. 5 y al apartado 1 del art. 18 del Estatuto. *Aprobación definitiva*, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 13-9, de 28 de diciembre de 2000, p. 21, BOE de 29 de diciembre de 2000.

gula el ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal sin que por el momento exista doctrina jurisprudencial que nos oriente en la aplicación de esta Ley.

A pesar de que el procedimiento de la pieza de responsabilidad civil regulado en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores se ejercita de forma independiente a la acción penal, tiene una naturaleza jurídica especial. No es un procedimiento civil porque aunque regula el ejercicio de la acción civil derivada de hechos delictivos, su incoación, tramitación, resolución y ejecución no se incardinan en la jurisdicción civil, sino que son encomendadas a los Jueces de Menores, dentro del orden jurisdiccional penal. La propia Ley prevé expresamente la posibilidad que tiene el perjudicado de acudir al orden jurisdiccional civil como procedimiento diferente, teniendo en cuenta además que el régimen sustantivo de responsabilidad civil de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores es diferente al del Código civil. Las cuestiones que se susciten y no estén claramente resueltas deberán solventarse atendiendo a que estamos ante una jurisdicción penal⁴⁶⁶.

No obstante lo anterior, estamos de acuerdo con los autores que han puesto de manifiesto que a pesar de que formalmente la propia Ley reclame para sí un carácter penal, lo cierto es que configura una responsabilidad y un procedimiento para exigirla alejados tanto de la responsabilidad como del proceso penal⁴⁶⁷. La propia Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre, en varias ocasiones señala que se trata de un procedimiento civil: «El nuevo sistema instaurado por la Ley, arts. 61 a 64, crea un singular procedimiento civil a tramitar en pieza separada ante el juez de Menores (...). La coexistencia de tales procedimientos, por un lado Expediente penal y pieza separada civil ante el Juez de Menores y, por otro, los dos posibles procedimientos civiles, uno ante el Juez de Menores en la pieza separada y otro ante el Juez de Primera Instancia, genera complejos problemas»⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ VENTURA FACI, R./ PELÁEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 212.

⁴⁶⁷ «En definitiva, el interés superior del menor tiñe en todo momento de peculiaridades propias, tanto el procedimiento, como las medidas a aplicar, hasta el punto que va configurando, en una variante del proceso penal alejada de sus principios y finalidades, una responsabilidad jurídica que sólo nominalmente es penal, y que tiene una naturaleza esencialmente sancionadora educativa», GÓMEZ RECIO, F., «La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años», *AJA*, 2000, n.º 437, pp. 1-2.

DÍAZ ALABART señala que tratándose de un procedimiento donde se va a reclamar la responsabilidad civil, por más que se engarce en un procedimiento penal no pierde su naturaleza civil, «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, p. 217, nota 109.

⁴⁶⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2000, de 18 de diciembre sobre criterios de aplicación sobre la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*, apartado XII, Responsabilidad civil.

En el procedimiento que nos permita resolver acerca de la responsabilidad civil se distinguen inicialmente dos momentos: por un lado, la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil (art. 64.1^a) y, por otro, el inicio del procedimiento (64.4^a). En la primera fase, el Juez de Menores ha de llevar a cabo una serie de actuaciones tendentes a establecer cuáles son las partes que van a intervenir como actoras y demandadas. La segunda fase comienza con el auto de iniciación del procedimiento, que indica la identidad de tales partes y, al tiempo, confiere a los demandados un plazo de diez días para ejercitar la acción civil formulando demanda.

En torno a la postulación procesal, en el art. 64.11^a LORPM se indica que en la pieza de responsabilidad civil no se requiere ni abogado ni procurador, y si fuese solicitado se designará letrado de oficio al presunto responsable. La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores no concreta nada más a este respecto, por lo cual los Colegios de Abogados serán quienes deban regular si debe designarse el mismo letrado en la causa principal y en la pieza separada, para unificar la defensa⁴⁶⁹. En cuanto a los representantes legales del menor, podrán ser defendidos por el mismo letrado que se ha designado para asistir al menor en el procedimiento principal, siempre que aquél accediese voluntariamente.

Las reglas del procedimiento aparecen recogidas en el art. 64 LORPM, señalando la primera que el procedimiento requerido para la exigencia de la responsabilidad civil se inicia cuando el Juez de Menores, al recibir del Ministerio Fiscal la parte de incoación del expediente (art. 16.3 y 4 LORPM) o –se entiende también– la resolución de desistimiento de incoación (art. 18 LORPM)⁴⁷⁰, procede a abrir una pieza separada de responsabilidad civil⁴⁷¹, notificando a quien aparezca como perjudicado su derecho a ser parte en esa pieza, estableciéndose un plazo máximo (un mes según dispone el art. 61.1 LORPM) para el ejercicio de la correspondiente acción⁴⁷².

En torno a la personación en la causa, conforme a la regla segunda del art. 64 podrán estar presentes los perjudicados que hubieran sido notificados por el Juez

⁴⁶⁹ Esto sería lo más lógico, VENTURA FACI, R./PÉLAEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 221.

⁴⁷⁰ Para un estudio detallado, DÍAZ ALABART, S., «Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores: el art. 19 de la LORPM», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, coord. R. DE ÁNGEL YAGÜEZ y M. YZQUIERDO TOLSADA, Madrid, 2001, pp. 77 ss.

⁴⁷¹ Por cada uno de los hechos imputados al menor se tramitará una pieza separada de responsabilidad civil (art. 61.2 LORPM) y ello ha de entenderse con independencia de cuántos perjudicados y partícipes haya. Es decir, podrán existir varias partes activas –cuando por el hecho realizado hayan resultado varios perjudicados– y varias partes demandadas –cuando exista un solo agente demandado junto con sus padres, tutores, etc., o cuando hayan sido varios los agentes–.

⁴⁷² En opinión de MARTÍNEZ SERRANO, parece escaso un simple parte de incoación para poder extraer del mismo quiénes sean los perjudicados, *op. cit.*, p. 465.

de Menores o por el Ministerio Fiscal (art. 22.3 LORPM) y también quienes espontáneamente se consideren como tales. Además, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas en el expediente, dentro del plazo para el ejercicio de la acción civil (un mes a partir de la notificación de la pieza separada). Las aseguradoras que se personan en este trámite son las que defienden a las víctimas y no las responsables civiles directas que cita el art. 63 LORPM, puesto que la personación tiene por objeto el ejercicio de la acción de responsabilidad civil⁴⁷³.

Entre los demandantes quedan comprendidos el perjudicado por el hecho cometido por el menor y, en su caso, el Ministerio Fiscal. En el escrito de personación, los perjudicados deberán indicar las personas que consideran responsables de los hechos y contra quienes pretendan dirigir la reclamación, fijándose así la legitimación activa y pasiva de la pieza de responsabilidad civil⁴⁷⁴.

Entre los demandados tenemos al menor agente, a sus representantes legales y a la compañía aseguradora, si la hubiera. Según el art. 63 LORPM los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda. Es decir, los aseguradores, en tanto que pueden ser parte del proceso civil en la pieza separada de responsabilidad civil pueden ser considerados responsables civiles directos de los hechos cometidos por un menor, hasta donde cubra el seguro concertado. Las compañías aseguradoras son llamadas al proceso en virtud de un contrato privado y no por su relación con el delito, por lo que no pueden entrar a discutir la cuestión penal, que les es ajena. Es más, como responsables civiles directos por seguro obligatorio ni tan siquiera son parte (784.5.^a párrafo tercero, LECrim), y cuando lo son por seguro voluntario sólo pueden entrar a debatir los extremos relativos a la responsabilidad civil, y muy concretamente su obligación de indemnizar y el montante indemnizatorio⁴⁷⁵. La compañía de seguros, al entablar acciones civiles como titular de

⁴⁷³ Aunque el art. 63 LORPM se refiere a las compañías aseguradoras en su condición de responsables directos, el art. 64.3.^a, cuando menciona a los responsables civiles, omite que el Juzgado les notifique su condición de responsables civiles, limitándose esta notificación al menor y a sus representantes legales. Esa omisión es explicable atendiendo a que el Juez, hasta que reciba la demanda carece del conocimiento acerca de la existencia de aseguradores de los responsables civiles, los cuales tendrán derecho a contestar la demanda (art. 64.5.^a LORPM), DOLZ LAGO, M. J., *op. cit.*, pp. 243-4.

⁴⁷⁴ Contra el auto del Juez inadmitiendo la personación de alguien como perjudicado podrá interponerse recurso de reforma (art. 41 LORPM).

⁴⁷⁵ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Sobre la responsabilidad civil *ex delicto* y responsable civil subsidiario», *La Ley*, 1997-IV, D-289, p. 1865.

un interés directo nacido de la subrogación operada al amparo del art. 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondan al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

Muy similar al art. 63 LORPM es la norma contenida en el art. 117 Cp, en virtud de la cual «los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda». Aunque en el Código penal de 1995 el precepto no ofrece dudas, el derogado Código penal no mencionaba a las compañías aseguradoras entre las personas responsables civilmente de los hechos causados.

La polémica surge en torno a si es posible asegurar actos dolosos. El sentir general es contrario a su admisión, tal y como se constata en el art. 19 LCS, al señalar que el asegurador estará obligado a pagar la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado; sin embargo, el art. 76 LCS crea confusión, al poner a disposición del perjudicado o sus herederos una acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, añadiendo que ello es así «sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero».

Siguiendo con el procedimiento, a continuación el Juez notificará al menor y, en su caso, a sus representantes legales⁴⁷⁶, su condición de posibles responsables civiles (art. 64.3ª LORPM). Continúa la regla siguiente señalando que una vez personados los perjudicados y los presuntos responsables, el Juez de Menores dictará un auto decretando el inicio del procedimiento donde estarán claramente señaladas la parte demandante y la parte demandada, concediendo a la primera un plazo de diez días para que presente un escrito donde aparezcan cuáles son sus preten-

⁴⁷⁶ Como ya hemos señalado, surge la duda de si la norma se refiere a los representantes legales en sentido estricto —padres y tutores— o si, por el contrario, se refiere también al resto de personas para las cuales en el art. 61.3 LORPM se establece una responsabilidad solidaria, y nos inclinamos por esta segunda interpretación. En el mismo sentido, MARTÍNEZ SERRANO, A., *op. cit.*, p. 466.

Señala MARTÍ SÁNCHEZ que el fundamento de la responsabilidad solidaria de las personas enumeradas no radica en que los responsables ostenten la representación legal del menor infractor, sino en el contenido de las relaciones entre ambos que puedan afectar a la conducta del menor, *op. cit.*, p. 73.

siones (demanda) y en el que se proponga las pruebas que considere necesarias para la acreditación de las mismas. La regla quinta no plantea problemas al disponer que el Juez dará traslado de la demanda a los demandados para que en el mismo plazo, diez días, procedan a la contestación del escrito de demanda y propongan las pruebas que estimen oportunas.

Una vez que el Juez tenga en su poder los escritos de demanda y contestación, convocará a las partes a una vista oral en la que expondrán sus pretensiones y se practicarán las pruebas admitidas, no pudiendo rechazarse las pruebas de confesión y la testifical por el mero hecho de haber sido ya practicadas en el expediente principal (regla sexta). Esta imposibilidad de rechazo puede comportar, en primer lugar, la posible e innecesaria reiteración de pruebas ya practicadas y, en segundo lugar, la confrontación del menor con la víctima, que lo más probable es que se haya querido evitar en el procedimiento principal. Así, la reciente Ley de Enjuiciamiento civil, al regular entre los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio el “interrogatorio de las partes”⁴⁷⁷, señala en su art. 305, relativo al modo de responder al interrogatorio que, «1. La parte interrogada responderá por sí misma»⁴⁷⁸, de forma que no se evita la temida confrontación entre el menor agente y su víctima. No tiene pues sentido hacer que el menor comparezca tantas veces ante el Juzgado si no se logra salvar el escollo principal que impedía resolver la cuestión civil junto con la penal⁴⁷⁹.

Como en esta vista oral el Juez de Menores tiene conocimiento tanto de las cuestiones de fondo como de algunas pruebas que debería conocer sólo posteriormente, se podría pensar que puede perder su imparcialidad en la audiencia penal. Pero teniendo en cuenta que la vista oral de la pieza de responsabilidad civil sería similar a la actual comparecencia, donde se oye en exploración al menor, y que no se dicta sentencia civil hasta que se celebra la audiencia y se pronuncia la sentencia penal, consideramos que no queda comprometida su imparcialidad⁴⁸⁰.

A continuación, según la regla séptima, el Juez ordenará de oficio unir los particulares del expediente y de las actas de la audiencia que estime relevantes a los autos. Esta aportación de material tiene como objetivo lograr una mejor fundamentación probatoria del fallo civil y tampoco afecta a la imparcialidad del juzga-

⁴⁷⁷ El art. 299 de la actual LEC se refiere al “interrogatorio de las partes” donde en la Ley derogada (art. 578) se hacía referencia a la “confesión en juicio”. En este sentido, teniendo en cuenta la actualidad de la LORPM, no se debería haber prescindido de estas cuestiones técnicas.

⁴⁷⁸ Del mismo modo, el art. 585 de la derogada LEC «De la confesión en juicio»: «El declarante responderá por sí mismo, de palabra, a presencia de la parte contraria y de su Letrado si asistieren (...)».

⁴⁷⁹ MARTÍNEZ SERRANO, A., *op. cit.*, p. 467.

⁴⁸⁰ Igualmente, DOLZ LAGO, M. J., *op. cit.*, pp. 246-7.

dor, porque el juicio de valor realizado por el Juez para realizar la unión de los particulares es posterior a la celebración de la audiencia y no afecta a la sentencia penal sino a la fundamentación de la decisión civil, que siempre es posterior a la penal⁴⁸¹.

Cuando se haya celebrado la audiencia en el procedimiento de menores y se haya dictado la correspondiente sentencia o hubiese recaído otra resolución definitiva, señala la regla octava del art. 64 LORPM que el Juez dictará sentencia civil absolviendo o condenando a los demandados en la pieza separada de responsabilidad civil, según lo indicado en el art. 115 Cp, es decir, estableciendo razonadamente las bases en que fundamente la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, siguiendo los trámites de la apelación regulados en la Ley de Enjuiciamiento civil. Teniendo en cuenta que la sentencia civil es posterior a la penal, ésta puede ser recurrida previamente y conocerá la misma Sala de Menores del TSJ, por lo que ante esta posible duplicidad de recursos sobre un mismo asunto, se deberá evitar que los pronunciamientos sean distintos⁴⁸².

Muy criticable resulta la regla décima, donde se señala que la sentencia que haya dictado el Juez de Menores no tiene fuerza de cosa juzgada, lo que significa que las partes pueden iniciar un juicio ordinario sobre la misma cuestión, si bien se considerarán probados dos aspectos, a saber, los hechos que el Juez de Menores hubiese estimado acreditados en la sentencia dictada en la pieza separada⁴⁸³, así como el grado de participación del menor en los mismos. Esto ha sido muy criticado porque si se ha introducido en la Ley la posibilidad de exigir la responsabili-

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 248.

⁴⁸² No existe un mecanismo procesal que unifique, en caso de contradicción, estos fallos penales y civiles dictados en apelación, ya que la casación para la unificación de doctrina que recoge el art. 42 LORPM en relación con determinadas medidas, a pesar de que se refiere a sentencias contradictorias dictadas en apelación, debe ser interpretada en el sentido de sentencias penales que siendo sustancialmente iguales hayan dado lugar a pronunciamientos distintos, no incluyendo las sentencias civiles, por cuanto que es la Sala Segunda del Tribunal Supremo la que conoce este recurso de casación, *Ibid.*, p. 249.

⁴⁸³ Como señala DURANY PICH, existe un problema de universo del discurso puesto que no es lo mismo decir que “a, b y c son hechos probados”, que sostener que “a, b y c son (todos) los hechos y que, por consiguiente, nada más ha sucedido”. Si a la expresión hechos probados se le dota del primer contenido, cabría defender una interpretación restrictiva de la prescripción legal acerca de la determinación de los hechos probados y sostener una regla según la cual lo probado ya está probado; lo no alegado puede alegarse; y lo alegado y no probado puede volver a alegarse con nuevas pruebas. Si se le da el segundo, nada más podrá probarse y los hechos entonces habrían quedado definitivamente fijados, *vid.* «Las reglas de responsabilidad civil...», *cit.*, pp. 10-11. En este sentido, VAQUER ALOY, se inclina por la interpretación amplia de “hechos probados”, *op. cit.*, p. 3.

dad civil en una pieza separada, no tiene sentido que tras este procedimiento especial se le niegue a la sentencia obtenida la fuerza de cosa juzgada⁴⁸⁴.

Al no conferirle a la sentencia fuerza de cosa juzgada, después de que el Juez de Menores dicte sentencia pronunciándose acerca de la responsabilidad civil, la parte que no haya visto satisfechos sus intereses podrá interponer nueva demanda, tanto ante la jurisdicción civil, siguiendo las normas del juicio declarativo ordinario que corresponda (arts. 248 y siguientes de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil), como en su caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en el supuesto de que se hubiera demandado a la Administración pública⁴⁸⁵.

La acción a ejercitar ante el Juzgado de Primera instancia prescribirá a los quince años si fuere derivada de infracción penal (a excepción de la derivada de los delitos de calumnia e injuria que, en virtud del art. 1968.2 Cc, prescribe al año). Si fuere derivada de culpa extracontractual –lo que sucederá en todos aquellos casos en los que en el expediente penal no haya resultado acreditada la comisión de infracción penal (sentencia absolutoria o sobreseimiento)–, el plazo de prescripción será de un año (art. 1968.2 Cc).

Consideramos que hubiera sido preferible o bien conferir fuerza de cosa juzgada a la resolución dictada en la pieza separada de responsabilidad civil⁴⁸⁶, o bien, tal y como hacía la Ley 4/1992, remitir directamente desde el principio el ejercicio de acciones civiles a la jurisdicción civil ordinaria, completando su contenido con las novedades introducidas por las últimas reformas administrativas y procesales.

Las normas que en la legislación penal de menores regulan la exigencia de responsabilidad civil derivada de la infracción cometida por el menor o pupilo son distintas a los preceptos del Código civil⁴⁸⁷. Al haber optado la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores por la objetivación de la responsabilidad civil derivada del delito o falta cometido por el menor, se debe tener en cuenta que, como la sentencia derivada de la pieza separada de responsabilidad civil no tiene eficacia de cosa juzgada, de seguirse un procedimiento civil ordina-

⁴⁸⁴ Asimismo, RICHARD GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 1688; GIMENO SENDRA, V., «El proceso penal de menores», *La Ley*, 1-10-2001, pp. 4-5.

⁴⁸⁵ En el mismo sentido, DÍAZ ALABART, S., «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...», *cit.*, p. 220.

⁴⁸⁶ En el mismo sentido se pronuncia MARTÍNEZ SERRANO en relación con el Anteproyecto, al señalar incluso que el hecho de que la sentencia dictada en este procedimiento no produzca excepción de cosa juzgada no parece tener otra explicación que la absoluta falta de confianza que el propio autor del procedimiento tiene en el mismo, *op. cit.*, p. 468.

⁴⁸⁷ La LRJ-PAC señala que la responsabilidad de la Administración tiene carácter objetivo pero nada dice en relación con los sujetos privados, y pese a que estén bajo la jurisdicción contencioso-administrativa, les serán de aplicación las normas del Código civil.

rio, se debería haber coonestado las normas de responsabilidad civil de los Códigos civil y penal. Dado que ello no ha sido así y con la reforma no se han unificado estos regímenes, lo deseable sería que al menos las normas penales estuvieran perfectamente coordinadas entre sí, lo cual tampoco ocurre en la legislación penal del momento.

De este modo nos encontramos con que, por ejemplo, mientras en el Código civil la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos es subjetiva o, en palabras del Tribunal Supremo, cuasi-objetiva, en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores esta responsabilidad es objetiva; y tanto en el art. 118 –referido a los incapaces–, como en el art. 120.1.º –respecto a los mayores de edad sometidos a patria potestad prorrogada– del Código penal, la responsabilidad de los padres es subjetiva. Y, paradójicamente, ocurre lo contrario en relación con la responsabilidad del menor de edad o, en su caso, del incapaz. Si en el Código civil y en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores la responsabilidad civil del menor de edad es subjetiva, en el Código penal la responsabilidad civil que correspondería a quienes padecen alguna anomalía o alteración psíquica, o a quienes sufren alteraciones en la percepción o incluso a los mayores de edad sometidos a patria potestad prorrogada, tiene carácter objetivo. La confusión está servida y la consecuencia más inmediata será que en función de las normas que apliquemos las soluciones van a distar mucho unas de otras.

Y por último, en relación con el sobreseimiento del expediente, no se debe desconocer que la propia Ley 5/2000 recoge dos supuestos en los que a pesar de que el menor pueda quedar exento de responsabilidad penal –siempre que se cumplan ciertos requisitos–, no por ello se extingue la posibilidad de utilizar los medios que la Ley ofrece para obtener la responsabilidad civil. En estos casos estaríamos ante un hecho dañoso típico aunque no antijurídico.

Así, el art. 18 LORPM se refiere al desistimiento de la incoación del expediente a cargo de Ministerio Fiscal⁴⁸⁸. En este sentido, el Ministerio Fiscal puede proceder así siempre que los hechos cometidos por el menor constituyan delitos menos graves o se hubieran cometido sin violencia o intimidación en las personas,

⁴⁸⁸ Es una clara manifestación del principio de oportunidad que, por otra parte, ya había sido recogida por la Ley 4/1992, así como por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia (Reglas de *Beijing*) y por la Recomendación n.º 20 del Consejo de Europa. El principio de oportunidad supone el ejercicio de facultades discrecionales que se configuran en una pluralidad de soluciones, todas ellas adecuadas a la legalidad. Dicho principio otorgado al Ministerio Fiscal en la persecución de infracciones penales imputadas a menores, redundará en beneficio del interés y protección del propio menor, así, SEBASTIÁN OTONES, M., *op. cit.*, p. 3.

o bien se trate de conductas tipificadas como faltas, sin que ello afecte a la tramitación de la pieza separada de responsabilidad civil o, en su caso, el ejercicio de la acción civil en la jurisdicción ordinaria (civil o contencioso-administrativa, aunque la Ley sólo se refiera expresamente a la civil), si así lo hubiera decidido el perjudicado. En esos casos el Ministerio Fiscal deberá dar traslado de lo actuado a la Entidad pública de protección de menores para que promueva las medidas protectoras que correspondan con arreglo a la Ley 1/1996, de 15 de enero. El legislador ha entendido que cuando el ilícito penal carece de gravedad y el menor no es reincidente, lo más adecuado para el interés de éste es evitar un procedimiento que podría ocasionar más perjuicios que beneficios en la formación del menor y en su integración social, y en virtud de ello se ofrece a dicho menor igual tratamiento que si todavía no hubiera alcanzado la edad penal, es decir, los catorce años⁴⁸⁹.

Y junto a la posibilidad de desistir del procedimiento que el art. 18 LORPM concede al Ministerio Fiscal, en el artículo siguiente se hace referencia al desistimiento de la continuación del expediente o, lo que es lo mismo, al sobreseimiento por parte del Juez por desistimiento de la continuación del mismo. Es decir, una vez iniciado el procedimiento, el Ministerio Fiscal puede sobreseerlo si se cumplen los siguientes requisitos establecidos en el art. 19 LORPM⁴⁹⁰: sólo tendrá lugar cuando el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o una falta. Al igual que en el supuesto anterior, se debe atender a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, y constatar la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos. Además, se tendrá en cuenta que el menor se haya conciliado con la víctima (la conciliación tendrá lugar cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas) o haya asumido el compromiso de reparar⁴⁹¹ el daño causado al perjudicado por el delito (se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva), o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe⁴⁹². En los casos en que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa que se hubiera acordado, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

⁴⁸⁹ DÍAZ ALABART, S., «Nuevas tendencias en la responsabilidad...», *cit.*, p. 83.

⁴⁹⁰ Al igual que en el art. 18, este artículo tiene su razón de ser en el principio de oportunidad, del del interés del menor y el de intervención mínima, SEBASTIÁN OTONES, M., *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹¹ En este punto, *vid.* las reflexiones realizadas por DÍAZ ALABART, S., «Nuevas tendencias en la responsabilidad...», *cit.*, pp. 88-98.

⁴⁹² Nada explica la ley a este respecto, y por ello entendemos que contempla aquellas actividades de contenido educativo encaminadas a lograr su educación e inserción social, SEBASTIÁN OTONES, M., *op. cit.*, p. 7.

Sin embargo, se debe señalar que aun cuando se pueda proceder de ese modo y desistir de la continuación del expediente, ello no afectará al acuerdo al que hubieran llegado las partes en relación con el ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada del delito o falta⁴⁹³.

En estos dos casos regulados en los arts. 18 y 19 LORPM, la *ratio legis* es la misma, a saber, que el perjudicado por el hecho dañoso típico aunque no antijurídico obtenga el correspondiente resarcimiento⁴⁹⁴. La única diferencia radica en que el primer caso el Juez de Menores ha de abrir la pieza aunque no reciba del Ministerio Fiscal el parte de incoación del expediente frente a lo exigido por la regla 1ª del art. 64 LORPM, mientras que si se trata del segundo sobreseimiento la pieza ya estaba abierta, aparte de las peculiaridades del motivo del sobreseimiento⁴⁹⁵.

En ambos artículos se hace referencia a la exigibilidad de la responsabilidad civil exclusiva y específicamente en el procedimiento regulado por la Ley en su art. 64; y en ambos casos se tramita —o se abre, o ya se había abierto— la pieza de responsabilidad civil. Cuando existieran perjudicados por el hecho delictivo, el archivo de las diligencias preliminares debe ser comunicado al Juez de Menores para la incoación de la pieza separada de responsabilidad civil, y esta previsión rompe con el sistema de responsabilidad civil derivada de la infracción penal, en virtud del cual para que una persona sea considerada civilmente responsable, ha de serlo también penalmente⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Ni la conciliación con la víctima ni la reparación del daño que se le hubiera causado mediante la realización de actividades a su favor o en el de la comunidad, tienen el carácter de medidas sustitutivas de la responsabilidad civil del menor. Ninguno de estos comportamientos del menor infractor es incompatible con la obligación de pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados. Si el perjudicado no renuncia a la acción para exigir dicha responsabilidad civil podrá reclamar la correspondiente indemnización a pesar de que el menor le haya pedido disculpas o haya llevado a cabo efectivamente las actividades a favor del perjudicado o de la comunidad a las que se obligó, MARTÍ SÁNCHEZ, J.N., «Protección de la víctima y responsabilidad civil en la "ley penal de los menores"», *Act. P.*, 2001, p. 80.

Sin embargo, como bien matiza DÍAZ ALABART, si la reparación del daño a cargo del menor supone la realización de determinadas acciones en beneficio de la víctima o de la comunidad, tal y como dispone el art. 19.2 LORPM, el menor que realiza esas acciones está reparando total o parcialmente el daño que causó y por ello mismo no tiene sentido que además de la realización de dichas actividades exista acción para reclamar la totalidad de la responsabilidad civil; en esos casos se deberá atender a los supuestos concretos, «Nuevas tendencias en la responsabilidad...», *cit.*, apartado IV, 3.

⁴⁹⁴ MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., *op. cit.* pp. 75-6.

⁴⁹⁵ *Ibid. loc cit.*

⁴⁹⁶ En esos casos lo más conveniente habría sido que una vez archivadas las diligencias preliminares se hubiera comunicado a los perjudicados la posibilidad que tienen de ejercitar la acción en la jurisdicción que corresponda, y no dejar resquicio de la exigencia de las mismas en el ámbito penal, SEBASTIÁN OTONES, M., *op. cit.*, p. 3.

4.2.2.6. El Proyecto de Ley de reforma de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Similitudes entre el art. 72 del Proyecto y el art. 61.3 LORPM

En relación con la responsabilidad civil que aparece en el Proyecto de Ley de Reforma del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial de 1990, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que recientemente ha comenzado a debatirse en el Congreso de los Diputados, en el texto del Proyecto se pretende que el art. 72 de la actual Ley quede redactado como sigue:

Artículo 72. Personas responsables

Se añade un párrafo segundo al número 1 que quedará redactado en los siguientes términos:

«Cuando sea declarada la responsabilidad de los hechos cometidos por un menor de 18 años, responderán solidariamente con él, sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a los mismos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores»⁴⁹⁷.

Este Proyecto que al parecer se convertirá en ley en unos meses, ha recogido en su artículo único letra Q) la responsabilidad solidaria que señalábamos, y este aspecto no ha pasado desapercibido en el trámite de presentación de enmiendas de los distintos Grupos Parlamentarios en el Congreso de los Diputados. Destacan la enmienda número 43, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y la enmienda número 168 del Grupo Parlamentario Convergència i Unió (CIU).

La enmienda número 43 se caracteriza por pretender que este Proyecto de Ley regule la responsabilidad solidaria que en su caso correspondería al menor solidariamente con sus guardadores tal y como ya está regulada en otra Ley, en concreto, en la LORPM. Es una enmienda de modificación que propone que el apartado primero del art. 72 quedase:

«Cuando sea declarada la responsabilidad de los hechos cometidos por un menor de dieciocho años, la responsabilidad civil podrá exigirse con carácter solidario a sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, pudiendo la autoridad sancionadora moderar la responsabilidad que les incumba, cuando los responsables no hayan favorecido con dolo o negligencia la conducta del menor.

Esta responsabilidad solidaria únicamente alcanza a las sanciones pecuniarias».

⁴⁹⁷ *Iniciativa*, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 36-1, de 16 de marzo de 2001, p. 1.

La justificación que se da a esta enmienda es que con ella se pretende respetar al máximo lo preceptuado en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, cuando arbitra la responsabilidad solidaria en su art. 61.3, figura que se afecta a las responsabilidades civiles que derivan de la infracción. En este sentido, el texto del Proyecto, al contener la enumeración de sujetos responsables solidarios olvida enmarcarla dentro de la responsabilidad civil, olvidando también atribuir al órgano sancionador, en una necesaria adaptación de las reglas penales a las peculiaridades de la potestad administrativa sancionadora, la función de atemperamiento de la responsabilidad de aquéllos en función de su conducta, tal y como, sin embargo, prevé el inciso final del citado art. 61.3 LORPM. Por otro lado, es obvio que no cabe la responsabilidad solidaria respecto de las sanciones restrictivas de derechos individuales⁴⁹⁸.

Por su parte, la enmienda número 168 del Grupo Parlamentario Catalán no se limita a sugerir la conveniencia de que el texto del art. 72 deba coincidir con el art. 61.3 LORPM –lo cual, además, resulta sumamente discutible– sino que adopta una postura más coherente. Si hemos puesto de manifiesto los problemas interpretativos que se encierran en la Ley del menor, no parece lógico reiterar el texto en nuevas leyes, sino que lo correcto sería, como pretende CIU, aprovechar la ocasión y brindarnos una interpretación de la norma que, además, tratándose de la fase inicial del debate, va a dar mucho que hablar puesto que los restantes Grupos Parlamentarios deben pronunciarse a favor o en contra, teniendo en cuenta que además recientemente aprobaron la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Después de esta aclaración y de señalar que la propuesta de CIU constituye un intento loable de clarificar un precepto que antes de ser aplicado está suscitando mucha polémica, procedemos al análisis del contenido de la enmienda, donde se propone la siguiente redacción:

Artículo único.

Q) Artículo 72, apartado 1, párrafo segundo.

«Cuando sea declarada la responsabilidad de los hechos cometidos por un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, en razón al cumplimiento de la obligación impuesta a los mismos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores. A los efectos de poder asumir la responsabilidad solidaria, los menores de dieciocho años deberán poseer una autorización paterna o del tutor legal, que se determinará reglamentariamente, para la obtención de la licencia o permiso de conducción».

La motivación de esta enmienda gira en torno a la consideración del hecho de que si los padres deben responder solidariamente, a los menores de dieciocho

⁴⁹⁸ Enmiendas, BOCCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 36-3, de 9 de abril de 2001, p. 26.

años se les debe exigir una autorización paterna o del tutor legal para poder obtener la licencia o permiso de conducir. Una vez obtenida la licencia con la correspondiente autorización, los padres, tutores, acogedores o guardadores legales o de hecho responderán por este orden junto al menor⁴⁹⁹.

El texto y la justificación de esta enmienda corroboran la interpretación que realizábamos cuando al analizar el contenido del art. 61.3 LORPM señalábamos que las personas que aparecían enumeradas y que respondían solidariamente con el menor, lo hacían siguiendo el orden legal preestablecido y no atendiendo a un criterio de imputación que obedeciera a la guarda de esos menores. De este modo, si un menor de edad comete una infracción administrativa, conduciendo por ejemplo un ciclomotor, y ocasiona daños a terceros, su responsabilidad será solidaria con la de otras personas —éstas sólo responderán civilmente—, teniendo en cuenta que en primer lugar responderán sus padres, en defecto de éstos sus tutores, si también faltasen estos últimos, serán responsables los acogedores y, finalmente, los guardadores, primero los legales y luego los de hecho.

El planteamiento resulta lógico no sólo por las razones que en su momento expusimos, sino también porque el texto del artículo que entró a ser debatido en la Cámara propone expresamente que las personas relacionadas deben responder «en razón al cumplimiento de la obligación impuesta a los mismos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores» y, además, como ahora añade el Grupo catalán, para que esas personas puedan ser obligadas a responder, los menores «deberán poseer una autorización paterna o del tutor legal», lo que no deja lugar a dudas acerca de cuál es el papel que desempeñan los padres, en el sentido de que no van a responder por ser quienes ejercían la guarda cuando ocurrieron los hechos, sino porque son los primeros llamados a responder, dada la finalidad de la norma.

En la práctica lo cierto es que en la mayoría de ocasiones en estos casos se va a acudir a la responsabilidad de los padres o tutores, porque resulta más difícil que un menor utilice por ejemplo un ciclomotor en las horas en que se encuentra en el Centro docente. Sin embargo, esta última hipótesis sería factible atendiendo a que muchas veces los menores utilizan ese medio de transporte e incluso aparcan sus vehículos dentro del recinto escolar. Si atendiésemos a la interpretación propuesta por algunos autores en torno a la guarda como criterio de imputación, si cuando un menor está en el Colegio se entiende que se ha producido un traspaso de las funciones que corresponden a los padres y que ahora recaen en los profesores, de-

⁴⁹⁹ *Ibid.*, pp. 73-4.

beríamos responsabilizar al titular del Centro docente. Sin embargo, no parece ser esa la interpretación propuesta por la enmienda que comentamos, donde, al conducir la obligación de responder al incumplimiento de una obligación que está más al alcance de los padres, y al requerir la autorización previa de los padres o tutores, en definitiva está significando que dicha responsabilidad debe atender al orden predeterminado, que en primer lugar hace que respondan los padres.

Por ello volvemos a poner de relieve que parece que el legislador ha entendido que su actuación es atribuible más a un defecto formativo que a un defecto de vigilancia, de donde resulta que los padres son los principales responsables⁵⁰⁰.

En relación con las dos enmiendas que acabamos de analizar cabe señalar que en el Informe de la Ponencia se ha propuesto a la Comisión su incorporación en el Proyecto. De esta manera el nuevo texto del art. 72 párrafos 1º y 2º queda de la siguiente manera:

Q) *Artículo 72. Personas responsables.*

«Cuando sea declarada la responsabilidad de los hechos cometidos por un menor de 18 años, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a los mismos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores.

La responsabilidad solidaria quedará referida estrictamente a la pecuniaria derivada de la multa impuesta, que podrá ser moderada por la autoridad sancionadora. Cuando se trate de infracciones leves, previo el consentimiento de las personas referidas en el párrafo anterior, podrá sustituirse la sanción económica de la multa por otras medidas también reeducadoras»⁵⁰¹.

En cualquier caso, lo cierto es que no se debe olvidar que esta responsabilidad solidaria no se refiere a la penal, que como sabemos tiene carácter personal, ni tampoco es una responsabilidad civil, sino que comprende la responsabilidad sancionadora de la Administración, y por ello queda enmarcada en el plano propiamente administrativo, al regular las multas que se pueden imponer ante la comisión de cualquiera de las infracciones que el propio Proyecto recoge⁵⁰². Y por ello,

⁵⁰⁰ MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos...», *cit.*, p. 424.

⁵⁰¹ Informe de la Ponencia, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 36-6, de 27 de septiembre de 2001, pp. 105 y 115.

⁵⁰² El Proyecto de Reforma del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en la letra N, hace referencia al art. 65, consagrado al cuadro general de infracciones: «1. Las acciones u omisiones contrarias a esta ley o a los reglamentos que la desarrollan tendrán el carácter de infracciones administrativas y serán sancionadas en los casos, forma y medida que en ella se determinen a no ser que puedan constituir delitos o faltas tipificadas en las leyes penales, en cuyo caso la Administración pasará el tanto de culpa al Ministerio Fiscal y proseguirá el procedimiento absteniéndose de dictar resolución mientras la Autoridad Judicial no pronuncie sentencia firme», Informe de la Ponencia, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 36-6, de 27 de septiembre de 2001, pp. 112.

en el estudio comparativo del art. 72 del Proyecto con el art. 61.3 LORPM no se puede prescindir del dato de que se trata de dos tipos de responsabilidades diferentes, la responsabilidad civil derivada de la realización de un delito o falta y la responsabilidad derivada de la comisión de una infracción administrativa.

4.2.2.7. Análisis de las relaciones entre la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y el Código penal. Consideraciones críticas. La subsidiariedad sustantiva y procedimental

No podíamos concluir este capítulo sin comparar el régimen de responsabilidad que ha implantado la nueva Ley del menor con las normas del Código penal. Tras la promulgación del Código penal de 1995 y hasta que entrara en vigor la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores seguían aplicándose, en virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, los arts. 8.2, 9.3, la regla primera del art. 20 en lo que se refiere al art. 8.2, el segundo párrafo del art. 22, y el art. 65 del Código penal de 1973. Igualmente, quedaba suspendida la vigencia del art. 19 del nuevo Código penal (segundo párrafo de la disposición final séptima). En este sentido, hasta el 13 de enero de 2000 el límite de edad penal todavía estaba en los dieciséis años y en torno a la responsabilidad civil se seguían aplicando las normas anteriores.

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de los hechos cometidos por mayores de dieciséis y menores de dieciocho años seguían siendo directamente responsables los propios menores, en virtud de lo establecido en la disposición derogatoria señalada y por aplicación del art. 109 Cp en relación con el art. 116 Cp, sin que existiera, en principio, responsabilidad civil subsidiaria de sus padres o tutores. Esta es la interpretación legal del supuesto pero, aun siendo esto así y partiendo de que el art. 120.1.º Cp sólo es aplicable cuando se haya rebasado la edad de dieciocho años, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de marzo de 1999 señaló que «la referencia a los mayores de dieciocho años (que realiza el art. 120.1.º Cp) debe ser interpretada a la luz de la suspensión de la vigencia del art. 19 Cp establecida en la 7ª disposición final del mismo, lo que quiere decir que, por ahora, el art. 120.1.º Cp se refiere también a los que (...) tienen más de dieciséis y menos de dieciocho»⁵⁰³.

⁵⁰³ Esta sentencia surge como consecuencia del recurso de casación interpuesto por la Consejería de Salud, Consumo y Bienestar de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que había sido declarada responsable civil subsidiaria del delito de robo con fuerza en las cosas cometido por un menor con una edad inferior a dieciséis años, recurso que fue desestimado por el Tribunal Supremo. *Vid.* F. D. cuarto, *RJ/A*, 1999, n.º 2954.

Si tradicionalmente la responsabilidad civil derivada de una infracción penal cometida por un menor de edad ha sido regulada en el Código penal, actualmente la responsabilidad que deriva del delito o falta de un menor que tenga catorce años como mínimo, tiene una regulación específica en la Ley Orgánica 5/2000. El Código penal contiene el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito o falta y la propia disposición final primera de la Ley del menor señala que, para lo no previsto en esta Ley serán normas supletorias «en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma».

Mientras en la Ley Orgánica 5/2000 se ha regulado la responsabilidad civil del menor con carácter solidario y directo, en la regulación inmediatamente anterior, la del Código penal de 1973, tenía carácter subsidiario, además de ser objetiva. Y la responsabilidad que en cada caso correspondería a las personas encargadas de su vigilancia en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores es de carácter objetivo, mientras que en el nuevo Código penal en situaciones semejantes la responsabilidad del guardador es subjetiva. En este sentido, si la responsabilidad que la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores otorga a los guardadores tiene el carácter de objetiva, solidaria y directa, se produce una importante discriminación para las víctimas de un delincuente adulto, ya que se rompe todo el sistema de responsabilidad *ex delicto* actualmente presente en el Código penal.

El art. 118.1.1.^a Cp 1995 dispone que en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas, y en los casos de alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, serán también responsables de los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte, y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que correspondiese a los imputables. Este artículo establece una responsabilidad civil directa tanto para los guardadores como para los imputables. El primer párrafo de este artículo concluye con la frase «y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables», que ha suscitado problemas de interpretación. Mientras algunos autores consideran que en lugar de “imputables” debería decir “inimputables”⁵⁰⁴, otros defien-

⁵⁰⁴ MOLINA BLÁZQUEZ señala que es una errata lamentable no detectada en el Parlamento, *op. cit.*, p. 140, nota 30.

Según la opinión de YZQUIERDO TOLSADA, esta norma sólo puede tener una mínima coherencia «si se entiende que los “imputables” son los que, siendo inimputables penales (condición de partida del precepto), son im-

den la redacción del artículo al señalar que la responsabilidad civil de quien tiene la guarda del sujeto inimputable es compatible con la que pueda tener por sus propios hechos si son calificables autónomamente como hechos delictivos⁵⁰⁵.

Si nos encontramos ante un menor que tiene más de catorce años y además padece alguna de las anomalías descritas en el art. 118.1.1ª Cp, surge la pregunta de acerca de cuál es el criterio que deberá prevalecer, es decir, si debemos acudir a los presupuestos del Código penal —y entonces la responsabilidad de quien lo tenga bajo su potestad o guarda, será directa y subjetiva, o si tenemos que acudir al art. 61.3 LORPM⁵⁰⁶— y en ese caso su responsabilidad será también directa pero objetiva—. El art. 5.1 LORPM señala que los menores serán responsables con arreglo a esa Ley cuando sean mayores de catorce años y menores de dieciocho y hayan cometido un hecho tipificado como delito o falta en el Código penal o en las Leyes penales especiales y no concurran en ellos ninguna de las causas de extinción de la responsabilidad criminal previstas en el Código penal. Si concurriera alguna de esas causas, como la del apartado 1.º del art. 20 Cp, porque «a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión», o la del apartado 3.º del mismo artículo, en virtud de la cual «el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad», supuestos, entre otros, a los que se refiere el art. 120 Cp, se excluye la aplicación de la Ley penal del menor y se debe acudir al Código penal⁵⁰⁷.

Dispone el art. 120.1.º Cp que «son también responsables civilmente, en defecto de quienes lo sean criminalmente, 1) los padres o tutores, por los daños o perjuicios causados por los delitos o faltas causados por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia». Cuando hace referencia a los mayores de edad sujetos a patria potestad o tutela se refiere a sujetos incapacitados, esto es, a personas sobre las que ha recaído sentencia de incapacitación y que en virtud de la misma están sometidas a la patria potestad prorrogada del art. 171 Cc o a la tutela

putables civiles por tener capacidad de entender y querer, y si los términos “también” y “directa” quieren decir que responden todos, solidariamente: los padres y los hijos, los tutores y los pupilos, los guardadores de hecho y los sometidos a guarda», *Sistema de responsabilidad civil...*, cit., p. 259.

⁵⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 682.

⁵⁰⁶ No hay que olvidar que la disposición final sexta de la LORPM destaca que algunos de sus artículos, entre ellos los arts. 61 a 64, tienen naturaleza de ley ordinaria.

⁵⁰⁷ Ello sin perjuicio de que, no obstante lo anterior, a los menores en quienes concurran alguna de las circunstancias descritas en los números 1.º (anomalía o alteración psíquica), 2.º (estado de intoxicación) y 3.º (alteraciones en la percepción) del art. 20 Cp, les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a que hace referencia el art. 7.1 letras d) y e) de la LORPM, es decir, el internamiento terapéutico o el tratamiento ambulatorio, respectivamente.

de los arts. 215 y siguientes del Código civil. Sin embargo, estos supuestos pueden quedar comprendidos en el art. 118 Cp sin ningún problema y por ello YZQUIERDO TOLSADA señala que este artículo tenía razón de ser cuando aparecía en el Proyecto de Código penal de 1992 (art. 121.1^o), puesto que en ese momento todavía eran diferentes la mayoría de edad civil y la penal. Según esta interpretación, la norma actualmente estaría de más por no tener campo de aplicación⁵⁰⁸.

El art. 61.3 LORPM expresamente señala que «cuando el responsable de los hechos sea un menor de dieciocho años (...)» y, no en vano, esa delimitación evita que se produzca una dualidad normativa en relación con los jóvenes con edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años, quienes, si bien en determinadas circunstancias pueden caer dentro de la competencia de los Juzgados de Menores, nunca se les aplicaría el régimen de la responsabilidad civil previsto en la Ley. De ahí que, si del delito o falta cometido por una persona con una edad comprendida entre los dieciocho y veintiún años deriva responsabilidad civil, el joven responderá civilmente pero atendiendo a las normas contenidas en el Código penal (art. 116), incluso en el caso de que se hubiera reservado la acción civil para su ejercicio posterior. La delimitación efectuada en el art. 61.3 LORPM tiene su razón de ser en el hecho de que no sería lógico que la responsabilidad de un joven mayor de dieciocho pero menor de veintiún años fuera solidaria con la de sus padres o demás personas enumeradas en el artículo, máxime si se tiene en cuenta que al llegar a la mayoría de edad civil desaparecen las instituciones protectoras de la patria potestad, la tutela o la guarda.

Si el joven en cuestión a pesar de su mayoría de edad estuviera sometido al régimen de patria potestad o tutela, la responsabilidad sería diferente. Según el art. 120.1.º Cp su responsabilidad será directa, mientras que la de sus padres o tutores será subsidiaria y además por culpa. La diferencia básica entre el art. 61.3 LORPM y el art. 120.1.º Cp reside en el estado mental del sujeto agente material del daño, puesto que el art. 120.1.º Cp se refiere a sujetos incapacitados.

Entre los antecedentes del art. 120 Cp⁵⁰⁹ tenemos el art. 118.2 del Proyecto de Código penal de 1980, que daba cabida a un nuevo supuesto de responsabilidad

⁵⁰⁸ En opinión de este autor, una vez situada la mayoría de edad a los dieciocho años el legislador olvidó suprimir esta norma. Algún autor ha pretendido justificar la norma señalando que trata de resolver la comisión de infracciones por los hijos que hacen uso del vehículo de sus padres, como también fue puesto de manifiesto en los debates parlamentarios de elaboración del Código. Sin embargo, esa interpretación obligaría a entender que se ha empleado el concepto de patria potestad recogido en el art. 120.1 en sentido coloquial, referido a los jóvenes mayores de edad plenamente capaces e imputables, que en la actualidad viven bajo la dependencia económica de sus padres, pero no, obviamente, bajo su patria potestad. *Vid. Sistema de responsabilidad civil...*, cit., p. 259-61.

⁵⁰⁹ En el Código penal de 1973 no había ninguna norma de estas características. En este sentido resulta interesante el estudio de ALONSO PRIETO en torno a la posible inclusión de los padres en el art. 22 Cp cuando uno de sus hijos mayores de edad ha ocasionado un ilícito punible. *Op. cit.*, pp. 23 ss.

civil a cargo de los padres respecto de los daños y perjuicios causados por los delitos que cometieran los hijos sujetos a patria potestad y que vivieran en su compañía. Mientras que los padres, tutores o guardadores respondían directamente por los daños causados por sus hijos menores de quince años (art. 116.1^a), en este supuesto, en sentido parecido a la regulación actual, los términos se invertían porque en primer lugar respondía el autor material y en segundo lugar sus padres, a no ser que probasen que emplearon toda la diligencia necesaria para prevenir el daño⁵¹⁰.

En la misma línea, el art. 125.2.º PANCP establecía la responsabilidad subsidiaria de los padres o tutores por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por quienes estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela y vivieran en su compañía, a no ser que probasen que emplearon toda la diligencia necesaria para prevenir el daño. Con un contenido muy similar fue redactado el art. 120 del Proyecto de Código Penal de 1992.

En el art. 120.1.º del Código penal actual, los padres o tutores tienen una responsabilidad subsidiaria, lo que supondría hacer responder civilmente a una persona distinta de la que cometió el delito o falta. Para ello se parte de un presupuesto doble: por un lado la imposibilidad (normalmente por insolvencia) del principalmente obligado —incapaz— a satisfacer la indemnización y, por otro lado, la existencia de una determinada relación entre el responsable civil subsidiario y el autor. Mientras en el art. 1903 Cc se presume la culpa de los declarados responsables, en este artículo se señala que la culpa o negligencia de los padres o tutores deberá ser probada por quien la alegue. Tras la comparación entre el art. 1903 Cc y el art. 120 Cp, destacamos que mientras la norma civil exige que respondan los padres salvo que prueben que no actuaron culposamente, en el segundo caso no responden a no ser que la parte interesada demuestre que hubo culpa o negligencia.

Resulta paradójico que en el Código penal, con referencia a los declarados exentos de responsabilidad criminal (art. 118.1.1^a) y a los mayores de edad sujetos a patria potestad o tutela (art. 120.1.º), la exigencia de responsabilidad civil de sus guardadores se subordina a que haya existido culpa o negligencia de su parte (exigiendo además que vivan en su compañía), siendo éstos los supuestos más graves —porque derivan de la comisión de un delito o falta—, mientras que para los ilícitos civiles existe una presunción de culpa, en virtud de la cual los obligados a responder sólo podrán exonerarse probando que obraron con toda la diligencia que les era exigible.

⁵¹⁰ El art. 118.2 del Proyecto de Código penal de 1980 se refería a los hijos mayores de quince y menores de dieciocho años no emancipados que vivieran en su compañía. *Vid.* VAELO ESQUERDO, E., «La edad en la parte general...», *cit.*, p. 151.

Más paradójico resulta, si cabe, que ante una misma responsabilidad, la promulgación de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, lejos de unificar las normas del Código civil y del Código penal, ha dado lugar a un “tercer género” de responsabilidad civil. Mientras en el Código penal se ha establecido el criterio de la responsabilidad subjetiva de los padres, tutores y guardadores, en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores el criterio elegido es bien distinto puesto que éstos tienen una responsabilidad solidaria con el menor de edad y de carácter objetivo. De forma que la regulación, en lugar de lograr una unidad sustancial se ha dispersado, en el sentido de que si el menor que comete una infracción penal tiene menos de catorce años, responderán civilmente sus padres –según el art. 1903 Cc, que ha derivado hacia una responsabilidad cuasi-objetiva–, y si se demuestra que el propio menor tenía capacidad de discernimiento también podría quedar obligado en virtud del art. 1902 Cc. Y en el supuesto de que el menor tuviera entre catorce y dieciocho años responderá solidariamente con sus padres según dispone el art. 61.3 LORPM, a no ser que se hubiera reservado el ejercicio de la acción civil, y en ese caso se acudiría a las disposiciones del Código civil.

De esta forma, tratándose de un menor con suficiente capacidad de discernimiento respondería directamente en virtud del art. 1902 Cc y en régimen de solidaridad atendiendo a la persona que tenía encomendada su guarda –a diferencia de lo que ocurre en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, donde se responde atendiendo a un riguroso orden de aparición–. Y, por último, si estamos ante un menor incapaz acudiremos al Código penal y responderán sus padres o guardadores siempre que hubiera culpa de su parte, tal y como señala el art. 118.1.1ª Cp.

La reserva de acciones será pues un instrumento de gran valor que permitirá a la víctima dirigir sus pretensiones al orden jurisdiccional que de un modo más seguro y rápido le permita resolver el caso. Es lamentable que en lugar de haber unificado la normativa se deje en manos de una de las partes una decisión que en cuanto sea tomada condicionará la jurisdicción y la normativa aplicable.

4.2.2.8. La LORPM y la reserva de acciones en sede administrativa

Junto a los supuestos que mencionábamos, también quedan excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa los casos donde se resuelva la responsabilidad civil de la Administración Pública derivada del delito o falta cometido por un menor de edad.

En este sentido, merece una especial consideración la responsabilidad civil que derive de la infracción criminal cometida por un menor que se encuentra bajo la tutela o guarda de la Administración pública, puesto que en ese caso, el Derecho sustantivo aplicable varía considerablemente al tener que acudir a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Cuando un menor de edad que tuviera entre catorce y dieciocho años hubiera cometido un delito o falta de donde se derive responsabilidad civil, deberá responder en régimen de solidaridad con sus padres, tutores, acogedores, guardadores legales o guardadores de hecho, por ese orden.

En los supuestos de tutela *ex lege*, dado que los padres o tutores ordinarios son privados de la patria potestad o tutela, será la Entidad pública quien asuma la tutela del menor y por tanto deberá responder solidariamente con él. Pero si el supuesto no es éste sino el de una mera guarda administrativa, entonces, como los padres y los tutores aún conservan sus facultades inherentes a la patria potestad o tutela ordinaria, serán los primeros obligados a responder en régimen de solidaridad con los menores, puesto que aunque aquí la guarda efectiva la tenía la Administración, esta situación ha tenido lugar por propia iniciativa de los padres o tutor, y además tiene carácter transitorio, porque se prevé la reinserción del menor, normalmente en su familia de origen.

Como hemos puntualizado en otro momento, cuestión distinta será que el Juez de Menores considere que si el menor agente no estaba bajo la guarda de sus padres sino de la Entidad pública, que a su vez había constituido un acogimiento, pueda, en virtud de la facultad moderadora que le ha sido concedida, disminuir la responsabilidad de los progenitores. Recordemos que el criterio que hemos adoptado no ha sido el de la guarda, sino el del orden legal establecido, y en este sentido, en relación con la determinación de responsabilidades, se deberá atender a las relaciones existentes cuando se produjeron los hechos.

Pues bien, una vez sentado lo anterior, debemos señalar que el art. 61.1 LORPM permite que se reserve la acción derivada de la responsabilidad civil para su ejercicio ante el orden jurisdiccional civil, conforme a los preceptos del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil, pero ello requiere alguna puntualización, teniendo en cuenta que además el párrafo cuarto de ese mismo artículo señala que en su caso se aplicará también lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Si bien el art. 61.1 se refiere sólo a la jurisdicción civil, consideramos que en su caso debe entenderse comprendida la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre todo tras las últimas reformas operadas.

De lo anterior se deriva que si el perjudicado no hubiera reservado la acción civil para su ejercicio posterior, la jurisdicción penal (en este caso la especial de menores) condenará al menor solidariamente con sus padres o con la Entidad pública⁵¹¹. Y si se hubiera procedido a una reserva de acciones, finalizado el proceso penal, podrá demandar al sujeto agente del daño y a la persona bajo cuyo cuidado se hallaba, bien en sede civil –no se aplicarán las normas penales por expresa disposición del art. 61.1 LORPM, sino las normas que corresponda en cada caso, en concreto al menor el art. 1902, y a los padres el art. 1903.2 Cc–, o bien en el ámbito contencioso-administrativo, si el menor se encuentra bajo la tutela de la Administración, en cuyo caso se aplicarán las normas de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común.

Teniendo en cuenta que el art. 61.3 LORPM sólo se refiere a menores con edades comprendidas entre los catorce y dieciocho años, se debe precisar qué sucede cuando el menor tiene una edad inferior. En este caso no se le exigirá responsabilidad con arreglo a las normas que venimos comentando sino que se aplicarán, tal y como establece el art. 3 LORPM, las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes, es decir, el art. 1903 Cc cuando se trate de menores sometidos a una relación de patria potestad o tutela ordinaria y los arts. 139 y siguientes LRJ-PAC cuando el menor estuviera bajo la guarda o tutela de la Administración pública, la cual debe responder por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin perjuicio del posterior derecho de repetición que por ley está obligada a ejercitar contra los agentes públicos que con su conducta dolosa o culposa grave hubieran contribuido a la producción del resultado dañoso.

⁵¹¹ Sin embargo en el caso de los funcionarios, el art. 121 Cp recoge una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, que tendrá que cargar con las consecuencias patrimoniales cuando el funcionario delincente resulte insolvente.

JURISPRUDENCIA

1. DERECHO ESPAÑOL

1.1. Sentencias del Tribunal Supremo

1.1.1. Sala Primera

- STS, 27-10-1866, *JC*, n.º 389
STS, 22-12-1928, *JC*, n.º 145
STS, 18-11-1931, *JC*, n.º 45
STS, 28-6-1935, *JC*, n.º 134
STS, 22-2-1947, *RJA*, n.º 278
STS, 30-4-1969, *JC*, n.º 2411
STS, 30-4-1974, *JC*, n.º 205
STS, 13-2-1975, *JC*, n.º 62
STS, 15-2-1975, *JC*, n.º 65
STS, 14-4-1977, *JC*, n.º 152
STS, 24-3-1979, *RJA*, n.º 919
STS, 17-6-1980, *JC*, n.º 232
STS, 18-5-1981, *JC*, n.º 217
STS, 23-3-1982, *JC*, n.º 132
STS, 15-12-1982, *JC*, n.º 532
STS, 8-2-1983, *JC*, n.º 67
STS, 10-3-1983, *RJA*, n.º 140
STS, 22-4-1983, *JC*, n.º 210
STS, 4-5-1983, *RJA*, n.º 2622
STS, 10-6-1983, *JC*, n.º 334
STS, 5-7-1983, *RJA*, n.º 4068
STS, 1-3-1984, *RJA*, n.º 1193
STS, 4-5-1984, *JC*, n.º 278
STS, 2-9-1984, *JC*, n.º 505
STS, 25-5-1985, *JC*, n.º 339
STS, 10-7-1985, *JC*, n.º 466
STS, 13-9-1985, *JC*, n.º 514
STS, 31-10-1985, *JC*, n.º 630
STS, 21-11-1985, *JC*, n.º 686
STS, 10-12-1985, *JC*, n.º 755
STS, 27-5-1986, *JC*, n.º 323
STS, 10-4-1988, *JC*, n.º 288
STS, 10-10-1988, *JC*, n.º 738
STS, 16-12-1988, *JC*, n.º 980
STS, 1-2-1989, *JC*, n.º 62
STS, 20-10-1989, *Ar. C.*, n.º 6949
STS, 1-4-1990, *Ar. C.*, n.º 2684
STS, 11-10-1990, *JC*, n.º 563
STS, 10-11-1990, *JC*, n.º 660
STS, 21-11-1990, *JC*, n.º 702
STS, 22-1-1991, *JC*, n.º 29
STS, 7-2-1991, *RJA*, n.º 1151
STS, 10-6-1991, *JC*, n.º 450
STS, 18-7-1991, *JC*, n.º 577
STS, 4-11-1991, *JC*, n.º 768
STS, 3-12-1991, *AC*, 1992, n.º 363
STS, 22-9-1992, *JC*, n.º 827
STS, 20-5-1993, *JC*, n.º 48
STS, 28-5-1993, *JC*, n.º 524
STS, 27-9-1993, *JC*, n.º 846
STS, 17-3-1994, *AC*, n.º 773
STS, 12-4-1994, *JC*, n.º 334
STS, 30-6-1995, *JC*, n.º 658
STS, 5-10-1995, *AC*, n.º 1204
STS, 10-10-1995, *AC*, n.º 1996
STS, 8-11-1995, *AC*, 1996, n.º 84
STS, 23-2-1996, *AC*, n.º 385
STS, 8-4-1996, *AC*, n.º 513
STS, 3-10-1996, *AC*, 1997, n.º 46
STS, 8-10-1996, *AC*, 1997, n.º 63
STS, 10-12-1996, *AC*, 1997, n.º 358
STS, 11-12-1996, *AC*, 1997, n.º 313
STS, 14-12-1996, *AC*, 1997, n.º 320
STS, 5-3-1997, *AC*, n.º 602
STS, 10-3-1997, *AC*, n.º 616
STS, 19-6-1997, *AC*, n.º 963

- STS, 8-7-1997, *Ar. C.*, n.º 5576
 STS, 5-11-1997, *AC*, 1998, n.º 143
 STS, 25-11-1997, *AC*, 1998, n.º 221
 STS, 12-3-1998, *Ar. C.*, n.º 1286
 STS, 13-4-1998, *AC*, n.º 71
 STS, 21-4-1998, *Ar. C.*, n.º 2512
 STS, 30-6-1998, *AC*, n.º 1079
 STS, 17-9-1998, *AC*, 1999, n.º 1205
 STS, 29-12-1998, *AC*, 1999, n.º 369
 STS, 29-5-1999, *RJA*, n.º 4382
 STS, 4-6-1999, *AC*, n.º 912
 STS, 18-10-1999, *AC*, 2000, n.º 78
 STS, 22-12-1999, *AC*, 2000, n.º 340
 STS, 30-12-1999, *AC*, 2000, n.º 308
 STS, 14-2-2000, *AC*, n.º 526

- STS, 11-3-2000, *Ar. C.*, n.º 1520
 STS, 16-3-2000, *AC*, n.º 638
 STS, 10-4-2000, *AC*, n.º 775
 STS, 12-4-2000, *AC*, n.º 795
 STS, 16-5-2000, *Ar. C.*, n.º 3930
 STS, 29-6-2000, *AC*, n.º 1048
 STS, 5-10-2000, *AC*, n.º 99
 STS, 7-3-2001, *La Ley*, 2001, n.º 5296

1.1.2. Sala Segunda

- STS, 20-6-1969, *RJA*, n.º 3725
 STS, 27-11-1991, *RJA*, n.º 8572
 STS, 26-3-1999, *RJA*, 1999, n.º 2054

1.1.3. Sala Tercera

- STS, 18-11-1999, *La Ley*, 2000, n.º 5019

1.2. Sentencias de Audiencias Territoriales

SAT Albacete, 20-5-1987, *RJCM*, 1987, p. 225

1.3. Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP Teruel, 27-1-1992, *Ar. C.*, n.º 155
 SAP Toledo, 21-9-1992, *AC*, 1993, @ 207
 SAP Córdoba, 27-1-1993, *Ar. C.*, n.º 37
 SAP Murcia, 5-2-1993, *Ar. C.*, n.º 689
 SAP Teruel, 22-6-1993, *B. D. Ar. C.*, 1993\816
 SAP La Coruña, 12-7-1993, *AC*, @ 1482
 SAP Valencia, 23-11-1993, *AC*, 1994, @ 398
 SAP Córdoba, 10-3-1994, *AC*, @ 967
 SAP Sevilla, 21-6-1994, *Ar. C.*, n.º 998
 SAP Málaga, 31-12-1994, *Ar. C.*, n.º 2267
 SAP Huesca, 20-3-1995, *AC*, @ 1112
 SAP Almería, 6-4-1995, *Ar. C.*, n.º 645
 SAP Zaragoza, 8-4-1995, *Ar. C.*, n.º 638
 SAP Badajoz, 12-7-1995, *AC*, 1996, @ 325
 SAP Valencia, 3-11-1995, *AC*, 1996, @ 384
 SAP Valencia, 20-11-1995, *AC*, 1996, @ 385
 SAP Vizcaya, 15-3-1996, *Ar. C.*, n.º 437
 Auto AP Badajoz, 15-4-1996, *AC*, @ 1506

SAP Badajoz, 16-5-1996, *AC*, @ 1508
Auto AP Ávila, 29-6-1996, *AC*, @ 1658
SAP Jaén, 23-10-1996, *AC*, 1997, @ 263
SAP Guadalajara, 2-12-1996, *AC*, @ 2156
SAP Vizcaya, 7-2-1997, *Ar. C.*, n.º 249
SAP Asturias, 25-2-1997, *AC*, @ 1327
SAP Granada, 11-3-1997, *AC*, @ 1137
SAP Málaga, 18-6-1997, *AC*, 1998, @ 14
SAP Lérida, 25-9-1997, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, 1997\1897
SAP Vizcaya, 8-10-1997, *Ar. C.*, n.º 2208
SAP Valladolid, 18-11-1997, *Ar. C.*, n.º 2209
SAP Huesca, 20-11-1997, *Ar. C.*, n.º 2216
SAP Navarra, 24-11-1997, *Ar. C.*, n.º 1993
SAP Valencia, 23-12-1997, *Ar. C.*, n.º 2412
SAP Guipúzcoa, 8-1-1998, *AC*, @ 1038
SAP La Coruña, 2-2-1998, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, *AC* 1998\3967
SAP Madrid, 15-9-1998, *AC*, 1999, @ 17
SAP Almería, 10-11-1998, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, *AC* 1998\2074
SAP Sevilla, 25-11-1998, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, *ARP* 1998\5315
SAP Cantabria, 30-11-1998, *AC*, 1999, @ 212
SAP Lérida, 4-12-1998, *Ar. C.*, 1999, n.º 2372
SAP Badajoz, 10-12-1998, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, *AC* 1998\8222
SAP Barcelona, 16-1-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, *AC* 1999\2829
SAP Granada, 20-1-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, *AC* 1999\158
SAP Ciudad Real, 25-1-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia* *AC* 1999\2922
SAP Castellón de la Plana, 26-1-1999, *Ar. C.*, n.º 187
SAP Valencia, 29-1-1999, *AC*, 2000, @ 308
SAP Badajoz, 4-2-1999, *Ar. C.*, n.º 310
SAP Toledo, 8-2-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, *AC* 1999\3505,
SAP Toledo, 3-3-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, *AC* 1999\4247
SAP Sevilla, 22-3-1999, *AC*, @ 837
SAP Palencia, 16-4-1999, *Ar. C.*, n.º 8
SAP Cantabria, 23-4-1999, *AC*, 2000, @ 287
SAP Huelva, 10-5-1999, *AC*, @ 999
SAP Barcelona, 15-7-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, *AC* 1999\1203
SAP Castellón de la Plana, 22-7-1999, *AC*, 2000, @ 550
SAP Almería, 19-9-2000, *AC*, 2001, @ 251

SAP Murcia, 21-9-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\6365
 SAP Zaragoza, 27-9-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\1661
 SAP Palencia, 7-10-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\7086
 SAP Asturias, 13-10-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\7836
 SAP Almería, 25-10-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\6829
 SAP Badajoz, 28-10-1999, *Ar. C.*, 2000, n.º 2041
 SAP Barcelona, 29-10-1999, *Ar. C.*, 2000, n.º 2119
 SAP Guipúzcoa, 9-11-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, 1999\7622
 SAP Soria, 10-11-1999, *Ar. C.*, 2000, n.º 2508
 SAP Alicante, 19-11-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\7987
 SAP Almería, 22-11-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 1999\8291
 SAP Alicante, 2-3-2000, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, AC 2000\754
 SAP Sevilla, 13-3-2000, *Ar. C.*, n.º 1828
 SAP Vizcaya, 29-3-2000, *AC*, 2001, @ 222
 SAP Sevilla, 15-5-2000, *Ar. C.*, n.º 1178
 SAP Sevilla, 28-6-2000, *Ar. C.*, 2001, n.º 1965

1.4. Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo contencioso-administrativo)

STSJ País Vasco, 17-10-1996, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1996\1344
 STSJ Cataluña, 12-6-1997, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1997\1174
 STSJ Andalucía, 17-2-1998, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1998\250
 STSJ Andalucía, 6-4-1998, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1998\1143
 STSJ Extremadura, 16-3-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1999\673
 STSJ Andalucía, 10-5-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1999\1409
 STSJ Galicia, 23-6-1999, *B. D. Ar. Jurisprudencia*, RJCA 1999\2000
 STSJ Canarias, 21-1-2000, *AA*, @ 246
 STSJ Andalucía, 8-2-2000, *AA*, @ 254

2. DERECHO FRANCÉS

C. d'Aix, 19-6-1877, *DP*, 1879, c. 365
CA. Poitiers, 17-12-1934, *Gaz. Pal.*, 1935-I, p. 333
Cass. req., 9-1-1935, *S*, 1935, p. 71
CA. Paris, 9-2-1942, *Gaz. Pal.*, 1942-I, p. 225
Trib. civ., Pau, 19-10-1945, *Gaz. Pal.*, 1946-I, p. 111
Trib. civ., Yvetot, 25-7-1946, *JCP*, 1946, II, 3299
CA. Lyon, 21-7-1949, *D*, 1949, p. 451
Cass. civ. sect. soc., 25-7-1952, *D*, 1954, p. 310

- CA. Grenoble*, 5-11-1952, *Gas. Pal.*, 1952-II, p. 405
Cass. civ., 9-5-1953, *Gas. Pal.*, 1953-II, p. 118
Cass. crim., 13-12-1956, *D.*, 1957, p. 349
Cass. crim., 22-12-1958, *Bull. crim.*, 1958, n.º 767
Cass. civ., 8-6-1961, *Bull. civ.*, 1961, n.º 433
Cass. civ., 7-12-1961, *Bull. civ.*, 1961, n.º 847
Cass. civ., 8-2-1962, *Bull. civ.*, 1962, n.º 180
Cass. civ., 7-3-1963, *Bull. civ.*, 1963, n.º 234
Cass. civ., 14-3-1963, *D.*, 1963, p. 500
Cass. civ., 18-12-1964, *D.*, 1965, p. 191
Cass. civ., 28-4-1965, *D.*, 1965, p. 758
Cass. civ., 1-12-1965, *Gas. Pal.*, 1966-I
Cass. civ., 10-2-1966, *JCP*, 1968, II, 15506
Cass. civ., 7-7-1967, *Bull. civ.*, 1967, n.º 252
Cass. civ., 6-3-1968, *Bull. civ.*, 1968, n.º 76
Cass. civ., 11-6-1969, *Bull. civ.*, 1969, n.º 200
CA. Paris, 8-11-1969, *Gas. Pal.*, 1970-I
Cass. civ., 8-7-1970, *Bull. civ.*, 1970, n.º 242
CA. Poitiers, 16-5-1973, *Gas. Pal.*, 1973-II, p. 941
Cass. civ., 10-10-1973, *Bull. civ.*, 1973, n.º 253, p. 202
Trib. gr. inst. Saint-Etienne, 15-5-1974, *Gas. Pal.*, 1976-I, *somm.*, p. 109
Cass. civ., 22-6-1977, *Bull. civ.*, 1977, n.º 164
Cass. civ., 23-11-1978, *Bull. civ.*, 1978, n.º 251
Cass. civ., 29-11-1978, *Bull. civ.*, 1978, n.º 257
Cass. civ., 9-5-1984, *JCP*, 1984, II, 20255
Cass. civ., 9-5-1984, *JCP*, 1984, II, 20256
Cass. civ., 9-5-1984, *JCP*, 1984, II, 20291
Cass. civ., 12-12-1984, *Bull. civ.*, 1984, n.º 193
Cass. crim., 5-11-1986, *JCP*, 1988, II, 21064
Cass. civ., 1º, 7-3-1989, *JCP*, II, 1990, 21403
Cass. civ., 4-7-1990, *RTDC*, 1991
Cass. civ., 22-5-1995, *JCP*, 1997, II, 22550
Cass. civ., 18-9-1996, *D.*, 1998, p. 120
Cass. civ., 10-10-1996, *Resp. civ. et. assur.*, 1997, 1, n.º 2, p. 9
Cass. civ., 19-2-1997, *Gas. Pal.*, 1997-I, pan., p. 107
Cass. crim., 26-3-1997, *JCP*, 1998, II, 10015, p. 236
CA. Besançon, 11-2-1998, *JCP*, 1998, II, 10150

Cass. civ., 2-12-1998, *D*, 1999, IR, p. 29

3. DERECHO ITALIANO

- App.* Palermo, 10-2-1922, *Giur. it.*, 1922, I, 2, c. 259
Cass. civile, 30-5-1922, *Giur. it.*, 1922, c. 568
App. Milano, 4-1-1924, *Foro it.*, I, 1924, c. 428
Cass. civile, 30-6-1930, *Giur. it.*, 1930, I, 1, c. 149
Cass. civile del Regno, 17-1-1931, *Foro it.*, I, 1931, c. 441
Cass. civile, 6-7-1931, *Giur. it.*, 1931, I, 1, c. 1057
Cass. civile, 15-3-1943, *Foro it.*, I, 1943, c. 660
Cass. civile, 18-6-1953, n. 1812, *Foro pad.*, 1954, I, p. 379
Cass. civile, 5-3-1955, n. 646, *Resp. civ. prev.*, 1955, p. 208
Cass. civile, 21-10-1957, n. 4004, *Foro it.*, 1958, I, c. 46
Cass. civile, 7-7-1958, n. 2435, *Resp. civ. prev.*, 1959, p. 105
Cass. civile, 4-4-1959, n. 1006, *Resp. civ. prev.*, 1960, p. 58
Trib. Udine, 28-2-1963, *Giur. it.*, 1964, I, 2, c. 126
Cass. civile, 5-4-1963, n. 880, *Resp. civ. prev.*, 1963, p. 593
Cass. civile, 10-8-1964, n. 2291, *Giust. civ.*, I, 1, 1964, p. 219
Cass. civile, 31-3-1967, n. 734, *Resp. civ. prev.*, 1967, p. 562
Cass. civile, 28-7-1967, n. 2012, *Resp. civ. prev.*, 1968, p. 467
Cass. civile, 10-4-1970, n. 1008, *Riv. giur. circ. trasp.*, 1971, p. 52
Cass. civile, 12-6-1971, n. 1814, *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 349
Cass. civile, 15-12-1972, n. 3617, *Foro it.*, 1973, I, 1, c.
Cass. civile, 28-4-1975, n. 1642, *Mass. Giur. it.*, 1975, c. 451
Cass. civile, 27-5-1975, n. 2141, *Giur. it. Mass.*, 1975, c. 600
Cass. civile, 21-10-1976, n. 3725, *Giust. civ. Mass.*, 1976, c. 888
Cass. civile, 4-3-1977, n. 894, *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1663, c.
Trib. Roma, 11-10-1977, *Giur. mer.*, 1979, II, giur. penale, p. 1009
Cass. pen., 7-2-1978, *Giur. it.*, 1979, II, c. 15
App. Roma, 20-8-1984, *Giur. mer.*, 1986, II, gir. penale, p. 1185
Cass. civile, 6-5-1986, n. 3031, *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1540
Cass. civile, 13-5-1995, n. 5268, *NGCC*, 1996, I, p. 240
Trib. Verona, 18-2-2000, *Giur. it.*, 2000, n.º 7, c. 1409

4. DERECHO ALEMÁN

- BGH, 13-6-1958, *NJW*, 1958, p. 1630
 BGH, 14-3-1961, *BGHZ*, n.º 34, p. 355

- BGH, 10-4-1962, *BGHZ*, n.º 37, p. 102
BGH, 26-6-1962, *NJW*, 1962, p. 2201
BGH, 21-5-1963, *NJW*, 1963, p. 1609
BGH, 24-6-1969, *NJW*, 1969, p. 1762
BGH, 26-6-1973, *NJW*, 1973, p. 1795
BGH, 16-1-1979 *NJW*, 1979, p. 873
BGH, 24-4-1979, *NJW*, 1979, p. 2096
BGH, 27-11-1979, *NJW*, 1980, p. 1044
BGH, 23-9-1986, *NJW*, 1987, p. 322
BverfG, 3-11-1982, *NJW*, 1983, p. 101
BverfG, 13-8-1998, *NJW*, 1998, p. 3557

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ESTEVEZ, J. B., «La responsabilidad civil del fabricante: introducción al estudio de la Directiva 85/374/CE de 25 de julio de 1985», *RES*, n.º 60, 1989, pp. 57 ss.
- AGUIRRE ZAMORANO, P., «Los jóvenes del siglo XIX: Proyecto de Ley de Justicia juvenil», en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis del derecho comparado*, dir. Giménez-Salinas i Colomer, Madrid, 1999, pp. 329 ss.
- ALAJMO, M., «In tema di responsabilità civile: osservazioni sul rapporto tra responsabilità civile per colpa e responsabilità per rischio. Il fatto dannoso dell'incapace», *Giust. civ.*, 1986, I, parte seconda, pp. 185 ss.
- ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, 2000.
- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L./RUBIO TORRANO, E., en *Código civil. Doctrina y jurisprudencia (Comentario al art. 443)*, t. II, coord. J. L. Albácar López, Madrid, 1995.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., «Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común», *ADC*, 1963, pp. 345 ss.
- *Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, Barcelona, 1997.
- ALBIT, H. J., *Haften Eltern für ihre Kinder? Zur Haftung von Aufsichtspersonen Minderjähriger*, Pfaffenweiler, 1987.
- ALBRECH, P. A., *El Derecho penal de menores*, trad. J. Bustos Ramírez, Barcelona, 1990.
- ALONSO PÉREZ, M., «Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de familia», en *La tutela de los derechos del menor*, dir. J. M. González Porras, Córdoba, 1984, pp. 13 ss.
- «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil: luces y sombras», *AC*, 1997-I, pp. 17 ss.
- ALONSO PRIETO, L., «Derecho sustantivo privado: por qué “no están” los padres en el art. 22 del Código penal», en *Estudios de Derecho judicial de la circulación. Hacia un régimen unitario de la responsabilidad civil*, Gijón, 1972, pp. 21 ss.
- ALONSO SÁNCHEZ, B., «La legislación autonómica en materia de instituciones de protección de menores: tutela “ex lege”, guarda asistencial y acogimiento», *RJCM*, 1998, n.º 23, pp. 41 ss.
- ALPA, G., *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991.
- ALPA, G./BESSONE, M., *La responsabilità civile*, t. I y II, Milano, 1980.
- ALT-MAES, F., «Les nouveaux droits reconnus à la victime d'un mineur», *JCP*, 1992, I, 3627.

- AMIABLE, L., «Essai historique et critique sur l'âge de la majorité», *RDH*, 1861, pp. 205 ss.
- ANTINOZZI, M., «La responsabilità civile dei genitori», *Arch. civ.*, 1985, pp. 51 ss.
- «La responsabilità per fatti compiuti da minori», *Dir. prat. assic.*, 1988, pp. 697 ss.
- APARICIO BLANCO, P., «Política criminal y delincuencia juvenil. (Reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los Menores)», *CDJ*, 1999-IV, pp. 149 ss.
- ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, trad. J. M. Caramés Ferro, Buenos Aires, 1986.
- ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, t. II, Madrid, 1984.
- ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Granada, 2000.
- «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *AC*, 2000, pp. 1017 ss.
- AUBIN, J., *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, Bordeaux, th., 1897.
- AUBRY/RAU, *Cours de Droit civil français*, t. IV, Paris, 1897.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997.
- BARASI, L., *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio, in ispecial modo a mezzo di animali*, Torino, 1898.
- BARBIÉRI, J. F., «Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence de l'art. 489-2 Cc. après une décennie», *JCP*, 1982, I, 3057.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1995.
- «Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 5 de octubre de 1995», *CCJC*, n.º 40, 1995, 1081.
- BARCELONA LLOP, J., «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *REDA*, 2000, n.º 105, pp. 37 ss.
- BARHAM, M. E., «La méthodologie du Droit civil de l'État de Louisiane», *RIDC*, 1975-IV, pp. 797 ss.
- BARRET-LAGARENNE, G., *De la responsabilité du fait d'autrui en matière de délits et de quasi-délits*, th., Agen, 1885.
- BENABENT, A., *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1987.
- BÉNAC-SCHMIDT, F./LARROUMET, C., voz «Responsabilité du fait d'autrui», *Rép. civ. Dalloz*, t. VII, Paris, 1999.
- BENGTTSSON, B., «La responsabilité des mineurs dans les droits scandinaves», *Rev. int. dr. comp.*, 1962, pp. 33 ss.
- BENITO ALONSO, F., «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, como criterio de interpretación de la misma», *La Ley*, 15-5-2001, pp. 1 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La vida independiente del menor no emancipado», *ADC*, 1972, pp. 1083 ss.

- *Derecho de la persona*, Madrid, 1976.
- «La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985», *EC*, 1986, n.º 7, pp. 101 ss.
- BEUDANT, C., *Cours de Droit civil français*, t. IX bis, *Les contrats et les obligations*, Paris, 1952.
- BIANCA, M., *Diritto civile, La responsabilità*, t. V, Milano, 1995.
- BICHOT, J., *L'autonomie de la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui devant la Jurisprudence Contemporaine*, th., Paris, 1933.
- BIGLIAZZI GERI, L./ BUSNELLI, F. D./ BRECCIA, U./ NATOLI, U., *Diritto civile, III, Oblighazioni e contratti*, Torino, 1989.
- BILETTA, L., «Note intorno agli artt. 2047 e 2048 Cod. civ.», *Dir. prat. ass.*, 1982, pp. 16 ss.
- BINET, D., *L'assurance de la responsabilité civile personnelle des enfants*, mém., Paris, 1994-1995.
- BIONDI, B., «Actiones noxales», *AUPA*, 1925, Estratto del vol. X.
- «Problemi ed ipotesi in tema di actiones noxales», *BIDR*, 1928, n.º 36, pp. 99 ss.
- BLANC, E., *La responsabilité des parents*, Paris, 1953.
- BLANC, G., «A propos de la responsabilité des grands-parents... (brève contribution à la réflexion sur la responsabilité du fait d'autrui)», *D*, 1997, chr., pp. 27 ss.
- BLANC-JOUVAN, X., «La responsabilité de l' "infans"», *RTDC*, 1957, pp. 28 ss.
- BLOCH, L., *La responsabilité civile des père et mère*, th., Lyon, 1900.
- BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1981.
- BOGART, «Du nouveau en matière de responsabilité des père et mère pour les dommages causés par leurs enfants mineurs», *Omnia*, 1977, pp. 377 ss.
- BÖHMER, E., «Kann § 829 BGB auch im Fall des § 254 BGB analog angewendet werden?», *MDR*, 1962, pp. 779 ss.
- «Kann § 829 BGB auch bei einem einsichtsfähigen aber schuldlosen Jugendlichen angewendet werden?», *MDR*, 1964, pp. 278 ss.
- BONASI BENUCCI, E., «Limiti e contenuto della prova liberatoria prevista dall'art. 2048 CC.», *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, pp. 371 ss.
- *La responsabilidad civil*, trad. y anotaciones de J. V Fuentes Lojo y J. Peré Raluy, Barcelona, 1958.
- BONJEAN, B., *Le fait personnel non fautif dans le droit de la responsabilité civile*, th., Grenoble, 1973.
- BONVICINI, E., *La responsabilità civile per fatto altrui*, Milano, 1976.
- BORE, J., «La responsabilité des parents pour le fait des choses ou des animaux dont leur enfant mineur à la garde», *JCP*, 1968, I, 2180.
- BORRELL MACIÀ, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona, 1942.
- BOSC, J., *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, th., Paris, 1901.
- BOSCHER, W., «Haftung Minderjähriger und ihrer aufsichtspflichtigen Eltern», *VersR*, 1964, pp. 888 ss.
- BOSCHET, P., *De la responsabilité à raison du fait d'autrui*, th., Caen, 1872.

- BOSSE-PLATIÈRE, H., «La présence des grands-parents dans le contentieux familial», *JCP*, 1997, I, 4030.
- BOUMAL, G., «De la capacité aquilienne du mineur et de sa responsabilité civile personnelle», *RGAR*, 1952, 4961.
- «De la responsabilité des parents: I. Du rapport entre la responsabilité présumée des parents et la responsabilité personnelle des mineurs dont ils répondent», *RGAR*, 1952, n.º 4979.
- «De la responsabilité des parents: II. Du fondement et des causes d'exonération de la responsabilité présumée des parents», *RGAR*, 1952, n.º 5013.
- BRANCA, G., «Profili storici della responsabilità extra contrattuale», *Tem. R.*, 1967, I, pp. 153 ss.
- «Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli», en *St. Volterra*, I, Milano, 1971, pp. 99 ss.
- BRASIELLO, T., *I limite della responsabilità per danni*, Milano, 1959.
- BRICE, M., *La responsabilité civile des incapables*, th., Paris, 1973.
- BRUNS, H. J., «Zur Problematik, rausch-, krankheits-, oder jugendbedingter Willensmängel des Schuldunfähigen Täters im Straf-, Sicherungs-, und Schadensersatzrecht (§§ 330 a, 42 b StGB, 829 BGB)», *JZ*, 1964, pp. 473 ss.
- BURÓN GARCÍA, G., *Derecho civil español*, t. I, Valladolid, 1898.
- BUSNELLI, F. D., «Capacità ed incapacità di agire del minore», *Dir. fam. per.*, 1982, pp. 54 ss; *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, pp. 181 ss.
- BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1983.
- CABALLERO LOZANO, J. M., «Daños causados por los alumnos y responsabilidad civil», *RDP*, 1991, pp. 907 ss.
- CABANNES, J., «Conclusiones a las sentencias de 9 de mayo de 1984», *D*, 1984, jurisp., pp. 525 ss.
- CANARIS, C. W., «Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht», *JZ*, 1987, pp. 993 ss.
- «Zur problematik von Privatrecht und verfassungsrechtlichem Übermaßverbot», *JZ*, 1988, pp. 494 ss.
- CAPRONNIER, J., *De la responsabilité civile du fait d'autrui*, th., Paris-Caen, 1903.
- CARAVELLI, C., «Per una nuova costruzione della responsabilità per fatto altrui», *RISG*, 1938, pp. 160 ss.
- CARBAJO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», *AC*, 1992-IV, pp. 729 ss.
- CARDASCIA, G., «Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain», en *La Responsabilité à travers les Ages*, Paris, 1989, pp. 1 ss
- CARINGELLA, F., «La ragionevolezza dell'uso della "res" quale condizione della responsabilità del produttore: il caso di prodotti destinati a minori», *Foro it.*, 1996, III, 1, cc. 954 ss.

- CARMONA SALGADO, C., en *Comentarios al Código penal (art. 19)*, dir. M. Cobo del Rosal, t. II, Madrid, 1999.
- CARNELUTTI, F., «Notas sobre capacidad e incapacidad», trad. J. Navas, *RDP*, 1953, pp. 949 ss.
- CARON, C., «La force majeure: Talon d'Achille de la responsabilité des père et mère?», *Gaz. Pal.*, 1998-II, doct., pp. 437 ss.
- CASINO RUBIO, M., «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», *DA*, 1999, n.º 254-255, pp. 339 ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, edición revisada y actualizada en el capítulo de las obligaciones derivadas del acto ilícito, a cargo de Yzquierdo Tol-sada, Madrid, 1993.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «La resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica», *RDP*, 1973, pp. 3 ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., «Determinación del sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva (obras, filtraciones, animales...)», en *Responsabilidad civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 145 ss.
- «Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», *INIURLA*, n.º 5, 1995, pp. 41 ss.
- CENDON, P./ZIVIZ, P., «I prodotti difettosi e i bambini», en *Il Diritto Privato oggi: La Responsabilità extracontrattuale*, a cura di P. Cendon, Milano, 1994, pp. 175 ss.
- CEREZO MIR, J., «Informe sobre el Anteproyecto de bases del Libro I del Código penal», *ADP*, 1972, pp. 763 ss.
- CESAREO-CONSOLO, G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia de delitti e quasidelitti*, Torino, 1914.
- CHABAS, F. «Nota a Cass. civ (Ass. Plén.) 9 mayo 1984 (5 arrêts)», *D*, 1984, jurisp., pp. 25 ss.
- «Un blanc dans la jurisprudence “Blicek”: le majeur handicapé mental demi-pensionnaire», *RJPF*, 1999, marzo n.º 1, pp. 24 ss.
- CHASTAIGNET, Y., *Contribution à l'étude historique et critique de la notion de quasi-délit*, th., Bordeaux, 1927.
- CHAZAL, J., «Considérations sur la responsabilité civile des mineurs délinquants et de leurs parents», *Gaz. Pal.*, 1947-I, doct., pp. 1 ss.
- «Le petit enfant devant l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante», *Gaz. Pal.*, 1955-I, doct., pp. 26 ss.
- CHEVALIER, R., *De la responsabilité civile à raison du fait d'autrui*, th., Paris, 1897.
- CHIANALE, A., «In tema di responsabilità dei genitori per i danni causati dai figli minori», *Giur. it.*, 1986, I, 1, pp. 1527 ss.
- CHIRONI, G. P., *La culpa en el Derecho civil moderno*, t. II, trad. B. de Quirós, Madrid, 1928.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La futura Ley Penal», *AJA*, 1995, n.º 214, pp. 1 ss.

- «Hacia un Derecho penal juvenil en España. A propósito del Anteproyecto de Ley orgánica penal juvenil y del menor», *BIMJ*, 1996, n.º 1771, pp. 5 ss.
- COBO DEL ROSAL M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1999.
- COCA PAYERAS, M., en *Comentario del Código civil (art. 443)*, dir. Paz-Ares, C./Díez-Picazo, L./Bercovitz, R./Salvador Coderch, P., t. I., Madrid, 1991.
- COLASSO, V., *La responsabilità civile nel nuovo Codice*, parte prime, I fatti illeciti, Milano, 1942.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Barcelona, 1997.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces», en *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, t. II, Pamplona 1969, pp. 75 ss.
- CORSARO, L., «Sulla natura giuridica della responsabilità del precettore», *Riv. dir. comm.*, 1967, pp. 38 ss.
- *L'imputazione dell fatto illecito*, Milano, 1969.
- voz «Responsabilità civile», *Enc. giur. Treccani*, t. XXVI, Roma, 1991.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, 2000.
- CUELLO CONTRERAS, J./MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L., «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código penal de 1995: una ambigüedad insoportable», *La Ley*, 1997-6, D-332.
- CUETO PÉREZ, M., «Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la reforma de la Ley 30/92», *RAP*, 2000, n.º 152, pp. 269 ss.
- CUEVAS CASTAÑO, J. J., «La capacidad de los emancipados en general», *RGLJ*, 1973, t. 235, pp. 111 ss.
- DALIBOT, L., *De la responsabilité civile délictuelle du fait des mineurs*, th., Rennes, 1929.
- D'ARONCO, A., *Responsabilità civile dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*, Udine, 1989.
- DAYAN, A., *Le jouet, l'enfant et la responsabilité*, th., Paris 1982.
- DE ACUTIS, M., «La solidarietà nella responsabilità civile», *Riv. dir. civ.*, 1975, II, pp. 621 ss.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978.
- «Indeterminación del causante de un daño extracontractual», *RGLJ*, 1983, pp. 23 ss.
- en *Comentario del Código civil (art. 1903)*, dir. Paz-Ares, C./Bercovitz, R./Díez-Picazo L./Salvador Coderch, P., t. II, Madrid, 1991.
- *Tratado de Responsabilidad civil*, Madrid, 1993.
- en *Comentario del Código civil (art. 1902)*, coord. I. Sierra Gil de la Cuesta, t. IX, Barcelona, 2000.
- DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., en *Comentario del Código civil (art. 443)*, coord. I. Sierra Gil de la Cuesta, t. III, Barcelona, 2000.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Madrid, 1984.
- DE COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho civil*, t. I., Madrid, 1991.
- DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità*, vol. II, Milano, 1979.

- DE LOS MOZOS, J. L., *Derecho civil. (Método, sistemas y categorías jurídicas)*, Madrid, 1988.
- DE SAINT-JOSEPH, A., *Concordance entre les Codes Civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1840.
- DE STROBEL, D., «Culpa in vigilando dei genitori, tutori, precettori e maestri d'arte», *Dir. prat. assic.*, 1969, pp. 16 ss.
- «Osservazioni in tema di diminuzioni del risarcimento all'incapace», *Dir. prat. assic.*, 1963, pp. 507 ss.
- DE VISSCHER, F., «La nature juridique de l'abandon noxal», *RDH*, 1930, pp. 411 ss.
- «Il sistema romano della nossalità», *IVRA*, XI, 1960, parte prima, pp. 1 ss.
- «Le système romain de la noxalité», en *Études de Droit romain public et privé*, Milano, 1966.
- DEJEAN DE LA BÂTIE, N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil français*, th., Paris, 1965.
- *Responsabilité délictuelle*, en *Droit civil français*, Paris, 1989.
- DEJEAN DE LA BÂTIE, N., «Observaciones a Cass. civ., 1º, 7-3-1989», *JCP*, 1990, II, 21403.
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en general*, t. V, Paris, 1925.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Droit civil*, Paris, t. XXV, 1882.
- DENEVE, M., «La loi du 6 juillet 1977 modifiant l'art. 1384, 2 alinéa, du Code civil, relatif à la responsabilité des parents pour les dommages causés par leurs enfants mineurs», *Riv. trim. dr. fam.*, 1978, 2, pp. 101 ss.
- DESCARTES, *El Discurso del método*, edición de Arnau Gras, H./Gutiérrez González, J. M., Madrid, 1993.
- DESCHAMPS, *Le dol et la faute des incapables*, th., Paris, 1889.
- DESDENTADO DAROCA, E., «Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho», *REDA*, 2000, n.º 108, pp. 533 ss.
- DEUTSCH, E., «Zurechnungsfähigkeit und Verschulden. Ein Beitrag zum Anwendungsbereich des § 829 BGB», *JZ*, 1964, pp. 86 ss.
- DEVOTO, L., *L'imputabilità e le sue forme nel Diritto civile*, Milano, 1964.
- DEZZA, E., *Storia della codificazione civile*, Torino, 1998.
- DHORNE, H., *De la responsabilité civile qui incombe à une personne à raison du dommage causé par un autre*, th., Paris, 1898.
- DI PRISCO, N., *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973.
- DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *ADC*, 1987, pp. 795 ss.
- «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, (Sala de lo Civil) de 20 de mayo de 1987, sobre responsabilidad civil de un menor de edad por actuación ilegítima contra el honor de las personas», *RJCM*, 1987, pp. 225 ss.
- «La facultad de moderación del art. 1103 del CC», *ADC*, 1988, pp. 1033 ss.
- «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 1 de febrero de 1989», *CCJC*, n.º 19, 1989, 499.

- «Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad. (Comentario a la STS, Sala primera, de 22 de enero de 1991)», *PJ*, 1991, n.º 23, pp. 135 ss.
 - «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 3 de diciembre de 1991», *CCJC*, n.º 28, 1992, 737.
 - «Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva ley de siete de enero de mil novecientos noventa y uno», *RJCM*, 1991, pp. 439 ss.
 - «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 15 de diciembre de 1994», *CCJC*, 1995, n.º 38, 1026.
 - «Responsabilidad de los Centros docentes públicos y de su profesorado por los daños causados por sus alumnos», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, dir. D. Bello Janeiro, Santiago de Compostela, 1999, pp. 145 ss.
 - «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 18 de octubre de 1999», *CCJC*, 2000, n.º 52, 1425.
 - «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», en *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza*, Díaz Alabart, S./Asúa González, C., Madrid, 2000, pp. 17 ss.
 - «La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. II, Universidad de Salamanca, 2001, pp. 185 ss.
 - «Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores: el art. 19 de la LORPM», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, coord. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ y M. YZQUIERDO TOLSADA, Madrid, 2001.
- DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, 1965.
- DÍEZ PICAZO, L., voz «menor edad», *NEJ.*, 1978, t. XVI, pp. 271 ss.
- «La responsabilidad civil hoy», *ADC*, 1979, pp. 727 ss.
 - *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1992.
 - *Instituciones de Derecho civil*, vol. I/2, Madrid, 1998.
- DINACCI, G., «L'incapacità naturale», *Riv. dir. civ.*, 1973, II, pp. 250 ss.
- DOLZ LAGO, M. J., «El fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992», *La Ley*, 1996-I, D-16.
- *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000.
- DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, 1777.
- DONATUTI, G., «Il soggetto passivo dell' "iniuria"», en *St. Ralti*, 1934, pp. 511 ss.
- D'ORS, A., «En torno a la llamada obligación alternativa», *RDP*, 1944, pp. 1 ss.
- *Derecho privado romano*, Pamplona, 1981.
- DREYFUS, E. E., *De la condition des pubères mineurs de vingt-cinq ans*, th., Paris, 1887.
- DURANY PICH, S., «Padres y maestros», *InDret*, 1/2000, pp. 1 ss.
- «Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores», *InDret*, 2/2000, pp. 1 ss.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., «La responsabilidad civil de los menores derivada del delito o falta y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», *Ar. civ.-merc.*, 2000, 17 junio, pp. 1 ss.

- ELBERT, C., «La determinación de la responsabilidad y las consecuencias jurídicas en el Derecho penal alemán de menores», *CPC*, 1983, pp. 215 ss.
- ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1847.
- ESMEIN, P., «La faute et sa place dans la responsabilité civile», *RTDC*, 1949, pp. 481 ss.
- *Obligations*, en *Traité pratique de Droit civil français*, PLANIOL, M./RIPERT, G., t. IV, 1ª partie, Paris, 1952.
- ESPINASSE, A., *De la responsabilité civile des pères et mères à raison de leurs enfants*, th., Toulouse, 1928.
- ESSER, J./WEYERS, H. L., *Schuldrecht*, Band II, *Besonderer Teil*, Heidelberg, 1984.
- EYMARD, A., *De la responsabilité à raison du fait d'autrui*, th., Grenoble, 1872.
- FAURÉ, G. M., «Jeu d'ombre et de lumière sur la responsabilité des parents. Pour une relecture des alinéas 4 et 7 de l'article 1384 du Code civil», *Pet. aff.*, 1995, n.º 53, pp. 129 ss.
- FAZZO, L., «L'imputabilità del minore ultraquattordicenne», en *Giudicando un minore*, 1984.
- FÉDOU, «Nota a Cass. Ass. Plén. 9-5-1984, arrêt Djouab», *JCP*, 1984, II, 20291.
- FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris, 1827 (reimpresión, Osnabrück, 1968).
- FERCHICHI, B., *La responsabilité des pères et mères du fait de leurs enfants mineurs*, mém., Paris, 1973.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A./PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho patrimonial romano*, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., «Imputabilidad y responsabilidad objetiva», *ADC*, 1968, pp. 579 ss.
- FERRER RIBA, J./RUISÁNCHEZ CAPALASTEGUI, C., «Niños y adolescentes», *InDret*, 2/2000, pp. 1 ss.
- FERRI, F., «La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.», *Giur. it.*, 2000, n.º 7, pp. 1409 ss.
- FIORE, C., *Diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1993.
- FISCHETTI, M. R., «La responsabilità extracontrattuale dei genitori. Modalità fatto illecito», *Arch. civ.*, 1996, I, pp. 773 ss.
- FLACH, J., *Étude historique sur la durée et les effets de la minorité en Droit romain et dans l'Ancien Droit français*, th., Paris, 1870.
- FLEURICHAND, E., *De la responsabilité du fait d'autrui et des choses dont on a la garde*, th., Dijon, 1865.
- FONT SERRA, E., «Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal», *RJC*, 1988, pp. 939 ss.
- FORCADA JORDI, M., «La responsabilidad civil dimanante del art. 1903 del Código civil y su posible inconstitucionalidad», *La Ley*, 1986-IV, pp. 1022 ss.
- FRANCHINI, A./INTRONA, F., *Delinquenza minorile*, Padova, 1982.
- FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.
- FULCHIRON, H., «Nota a Cass. crim., 5-11-1986», *JCP*, 1988, II, 21064.

- GABET-SABATIER, C., *La responsabilité civile du fait du mineur inadapté sous main de justice*, mém., Bordeaux, 1971.
- GALLIOU-SCANVION, A. M., «Une responsabilité civile enfin trouvable ou les voies de l'indemnisation de victimes d'enfants de parents divorcés», *Gaz. Pal.*, 1997-I, doct., pp. 658 ss.
- GAMERO CASADO, E., «Constitucionalidad de la unificación jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa (Comentario al ATC de 22 de julio de 1997)», *AJA*, 1998, n.º 332, pp. 1 ss.
- «El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual», *AJA*, 2000, n.º 426, pp. 1 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E./FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1998.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estudio sistemático*, coord. B. Penadás García, Barcelona, 1999.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852.
- GARCÍA MÁZ, F. J., «Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor», *AC*, 1997-III, pp. 805 ss.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 25 de enero de 1991», *CCJC*, n.º 25, 1991, 668.
- GARCÍA VICENTE, F., «El requisito de convivencia, como condición para la aplicación de la responsabilidad extracontractual de los padres por actos del hijo menor», en *Libro Homenaje al profesor Luís Martín-Ballester*, Zaragoza, 1983, pp. 221 ss.
- «La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración», *ADC*, 1984, pp. 1033 ss.
- «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», *Act. P.*, 1996-II, pp. 645 ss.
- GARRIDO FALLA, F., «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», *REDA*, 1997, n.º 94, pp. 173 ss.
- GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 1990.
- GETE-ALONSO, M. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, 1985.
- GIL IBÁÑEZ, J. L., «Evolución normativa y doctrinal de la responsabilidad patrimonial. Las grandes cuestiones», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, dir. D. Bello Janeiro, Santiago de Compostela, 1999, pp. 69 ss.
- GIMÉNEZ CANDELA, T., «Posesión de buena fe y noxalidad», *AHDE*, 1977, pp. 813 ss.
- *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: un reto para el 2000», en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis del derecho comparado*, dir. Giménez-Salinas i Colomer, Madrid, 1999.
- GIMENO SENDRA, V., «El proceso penal de menores», *La Ley*, 1-10-2001, pp. 1 ss.

- GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones*, vol. V, trad. RGLJ, Madrid, 1929.
- GIRARD, P. F., «Les actions noxales», *RHD*, 1887, pp. 409 ss.
- «Les actions noxales», *RHD*, 1888, pp. 31 ss.
 - *Les actions noxales*, Paris, 1888.
- GISSER, F., «Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation: la premajorité», *JCP*, 1985, pp. 56 ss.
- GOECKE, K., *Die unbegrenzte Haftung Minderjähriger im Deliktsrecht. (Bewertung, Änderungsmöglichkeiten und Änderungsvorschlag auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung)*, Berlin, 1997.
- «Unbegrenzte Haftung Minderjähriger?», *NJW*, 1999, pp. 2305 ss.
- GOLDMAN, B., *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, th., Lyon, 1946.
- GOMAA, N., «La réparation du préjudice causé par les malades mentaux», *RTDC*, 1971, pp. 29 ss.
- GÓMEZ, A., *Opera Omnia, Variae Resolutiones, Juris civilis, Communis et Regii*, Salmantica, 1579 (Lugduni, 1701).
- GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Madrid, 1996.
- GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, 1992.
- «La responsabilidad del menor», *DP y Constitución*, año 3, n.º 7, 1995, pp. 87 ss.
 - «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 27 de septiembre de 1990», *CCJC*, n.º 24, 1990, 636.
 - «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 10 de diciembre de 1996», *CCJC*, n.º 43, 1997, 1174.
 - «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 4 de junio de 1999», *CCJC*, 1999, n.º 51, 1395.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBÁN J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. I y III, Madrid, 1877.
- GÓMEZ RECIO, F., «La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años», *AJA*, 2000, n.º 437, pp. 1 ss.
- GÓMEZ RIVERO, C., «Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Act. P.*, 2001, pp. 163 ss.
- GÓNZÁLEZ PORRAS, J. M., «La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil», en *Estudio de Derecho civil en Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castañón*, Salamanca, 1984, pp. 249 ss.
- «La responsabilidad civil de la Administración en el Código penal», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, dir. D. Bello Janeiro, Santiago de Compostela, 1999, pp. 215 ss.
- GORDON, W. M., «The roman class of Quasi-delicts», en *Estudios Sánchez del Río*, Zaragoza, 1967, pp. 303 ss.
- GRACÍA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998.
- GRASSI, A., voz «Responsabilità civile», en *Dig. it.*, vol. XX, parte prima, Torino, 1911-1915, pp. 1347 ss.

- GROßFELD, B./MUND, B., «Die Haftung der Eltern nach § 832», *FamRZ*, 1994, pp. 1504 ss.
- GUIMBERGUES, C./VALETTE, D., «Pathologie mentale et responsabilité», *Pet. aff.*, 1992, n.º 77, pp. 14 ss.
- GUINAND, J., «La responsabilité des personnes incapables de discernement», en *Le Centenaire du Code des Obligations (Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht)*, Fribourg, 1982.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, 1996-I, D-40, pp. 1690 ss.
- HARTKAMP, A., «Vers un nouveau Code civil néerlandais», *RIDC*, 1982, pp. 234 ss.
- «La révision du Code civil aux Pays-Bas 1947-1992», en *Nouveau Code civil néerlandais, le Droit patrimonial*.
- HEINSHEIMER, K., «Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB», *AcP*, 1904, t. 95, pp. 234 ss.
- HELLNER, J., «Développement et rôle de la responsabilité civile délictuelle dans les pays scandinaves», *Rev. int. dr. comp.*, 1967, pp. 779 ss.
- HENNINGS, T., *Persönliche Haftung und Mitverschulden von Kindern im französischen Deliktsrecht*, Berlin, 1992.
- HERETH, H., «Nochmals zur analogen Anwendung des 829 BGB im Fall des § 254 BGB», *MDR*, 1963, pp. 273 ss.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, I., *La situación jurídica del menor en el marco de las Leyes de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1998.
- HERNÁNDEZ TEJERO, F., «Sobre el concepto de “potestas”», *AHDE*, 1946, pp. 605 ss.
- HIJMA, J./ZWITSER, R., «Aspectos de Derecho patrimonial general en el nuevo Código civil holandés», *RDP*, 1997, pp. 362 ss.
- HIPPEL, E., «Zur Haftung Aufsichtspflichtiger für durch Kinder verursachte Schäden. Ein Ruf nach Reform», *FamRZ*, 1968, pp. 574 ss.
- HÖCHSTER, E., «Grenze der Haftung Unzurechnungsfähiger (§ 829 BGB)», *AcP*, 1909, t. 104, pp. 427 ss.
- HOLZ, F., *La responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs. Article 1384 alinéa 4 du Code civil*, mém., Université de Nancy II, 1995.
- HUBBARD, H./LANDRY, R., «La responsabilité des parents et des éducateurs en droit comparé», en *Travaux du premier colloque international de Droit comparé*, Montréal, 1963 pp. 9 ss.
- HUBERT, D., *Responsabilité et minorité*, Bordeaux, 1989.
- HUBLOT, M. T., *La condition du mineur au Moyen-âge*, th., Paris, 1957.
- HÜBNER, U., «Zur Reform von Deliktsrecht und Gefährdungshaftung», *NJW*, 1982, pp. 2041 ss.
- HUC, T., *Commentarie théorique et pratique de Code civil*, t. VIII, Paris, 1895.

- IACUZIO, «La responsabilità per il fatto illecito altrui nel progetto di riforma del codice civile», *Giur. it.*, 1937, pp. 97 ss.
- IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 1972.
- IGNEY, G. H. A., *Die deliktsrechtliche Haftung Minderjähriger und der zu ihrer Beruecksichtigung Verpflichteten personen nach deutschem und schwedischem*, Freiburg, diss., 1981.
- IHERING, R., *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, t. I, *De la faute en Droit privé*, trad. O. De Meulenaere, Paris, 1880.
- JACQUEMIN, B., *Le fondement de la responsabilité du père et le Code civil*, th., Paris, 1964.
- JAKOBS, H. H./SCHUBERT, W., *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 823 bis 853, Berlin-New York, 1983.
- JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996.
- JIMÉNEZ QUINTANA, E., «El menor delincuente ante la Constitución», *CPC*, 1983, pp. 575 ss.
- JOBIN, P. G., «L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois. Le rapprochement et l'éloignement de deux continents», *RIDC*, 1992, pp. 281 ss.
- JORDANO FRAGA, F., «La capacidad general del menor», *RDP*, 1984, pp. 883 ss.
- JOURDAIN, P., *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, th., Paris, 1982.
- *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, 1992.
 - voz «Droit à réparation. Responsabilité fondée sur la faute. Imputabilité», *Jur. Class*, arts. 1382 a 1386, Paris, 1996, fasc. 121-1.
 - «Responsabilité du fait des mineurs: le changement de cap de la Cour de cassation. Note sous Cass. civ. 2^e, 19 févr. 1997», *D*, 1997, jurisp., pp. 265 ss.
- JUANES PECES, A., «El menor en el nuevo Código penal», *AJA*, 1996, n.º 269, pp. 1 ss.
- JUGLART, M., «La protection des mineurs et leur responsabilité civile en droit français», en *Société de législation comparé*, 4^{ème} rencontre juridique franco-roumaine, Bucarest-Jassy, 15-20 octobre 1974.
- KANETI, S., «Les grandes lignes de la responsabilité extracontractuelle en Droit civil turc», *RIDC*, 1972, pp. 629 ss.
- KASER, M., *Römisches Privatrecht*, München, 1981.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las modificaciones introducidas en el Derecho argentino a la responsabilidad de los padres por hechos ilícitos de sus hijos menores», *RGLJ*, 1986-2, pp. 627 ss.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A./PARELLADA, C., *Responsabilidad civil*, dir. J. Mosset Iturraspe, coord. A. Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, 1992.
- KOEBEL, «Billigkeitshaftung von kindern und Jugendlichen», *NJW*, 1956, pp. 969 ss.
- KÖTZ/ZWEIGERT, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, t. I, 1984.

- KUHLEN, L., «Strafrechtliche Grenzen der zivilrechtlichen Deliktshaftung Minderjähriger? (Zugleich eine Anmerkung zum Vorlagebeschluß des OLG Celle vom 26-5-1989 (4 U 53/88))», *JZ*, 1990, pp. 273 ss.
- LABBÉ, J. E., «De la démence au point de vue de la responsabilité et de la imputabilité en matière civile», *Rev. crit. lég. jur.*, 1870, pp. 109 ss.
- LABICHE, L., *De la responsabilité a raison du fait d'autrui*, th., Poitiers, 1881.
- LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El nuevo régimen de la familia, IV, Acogimiento y adopción*, Madrid, 1989.
- LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. II, Madrid, 1999.
- LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1962.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., «L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation», *RTDC*, 1987, pp. 1 ss.
- «L'éthique de la responsabilité», *RTDC*, 1998, pp. 1 ss.
- LANDROVE DÍAZ, G., «Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *La Ley*, 2000-IV, D-147.
- LANGEMEIJER, G. E., «La réforme du Code civil néerlandais», *RIDC*, 1965-I, pp. 55 ss.
- LAPEROU, B., *Responsabilité civile et imputabilité*, th., Université de Nancy II, 1999.
- LAPOYADE-DESCHAMPS, C., *La responsabilité de la victime*, th., Bordeaux, 1975.
- «Les petits responsables», *D*, 1988, chr., pp. 299 ss.
- LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, *Besonderer Teil*, München, 1981.
- *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1983.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1998.
- *Principios de Derecho civil*, t. II, Madrid, 2000.
- LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. Codificación civil*, vols. I y II, Madrid, 1970.
- LATOUR BROTONS, «Responsabilidad civil de los incapaces», en *Libro Homenaje a R. M.^a Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976, pp. 119 ss.
- LAYRÉ, D., *La responsabilité du fait des mineurs*, th., Paris, 1983.
- LE COINTE, M., *Du fondement de la responsabilité civile et de la réparation des dommages causés par les incapables*, th., Paris, 1912.
- LE TOURNEAU, P., «La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental», *JCP*, 1971, I, 2401.
- *La responsabilité civile*, Paris, 1982.
- LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité civile*, th., Rouen, 1996.
- «Vers une interprétation restrictive de la jurisprudence Blicek?», *Pet. aff.*, 1997, n.º 24, pp. 6 ss.

- LEDOS, A., *De la responsabilité civile des incapables*, th., Paris, 1918.
- LEFEVRE, L., *Le civilement responsable du fait d'autrui et du fait des choses en matière d'accidents*, th., Lille, 1941.
- LEGEAIS, R., «Une délinquance très juvénile», *D*, 1969, chr., pp. 89 ss.
- *L'autorité parentale*, Paris, 1973.
 - «La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par les mineurs», en *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, pp. 775 ss.
- LEGUINA VILLA, J., «La reforma de la Ley de Procedimiento», *JA*, 2000, n.º 7, pp. 7 ss.
- LEGUY, Y., *L'interêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, th., Rennes, 1973.
- LEÓN GONZÁLEZ, J. M., «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, t. IV, Pamplona, 1969, pp. 269 ss.
- LÉVY-BRUHL, H., «Sur l'abandon noxal», en *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne, 1963, pp. 193 ss.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., «Responsabilidad civil por daños causados por animales. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 13 de febrero de 1996», *RDP*, 1997, pp. 638 ss.
- «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *AC*, 1999, n.º 48, pp. 1579 ss.
 - *Protección jurídica del menor*, Madrid, 2001.
- LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990.
- LLOBERAS, N., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores», en *Responsabilidad por daños, Homenaje a J. Bustamante Alsina*, Buenos Aires, 1990, pp. 111 ss.
- LOIS CABALLÉ, A. I., *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Madrid, 1996.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos penales españoles*, Madrid, 1988.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, 1988.
- «Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de diciembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete) y 7 de enero de 1992 (Ponente: Excmo. Sr. Don Eduardo Fernández-Cid de Temes)», *RGD*, 1992, t. 571, pp. 2693 ss.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Sobre la responsabilidad civil *ex delicto* y responsable civil subsidiario», *La Ley*, 1997-IV, D-289.
- LÓPEZ MEDEL BASCONES, J., «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la modificación de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común», *La Ley*, 1998-V, D-252, pp. 1651 ss.

- LÓPEZ SAN LUIS, R., *La capacidad contractual del menor en el derecho francés y español*, Almería, 1999.
- LOT, G., *De la responsabilité du fait d'autri en droit français*, th., Paris, 1886.
- MAGLIONE, C., en *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, (arts. 2047 y 2048), Libro IV, t. II, a cura di P. Perlingeri, Napoli, 1991.
- MAIORCA, S., *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990.
- MALAURE, P./AYNÉS, L., *Cours de Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, Paris, 1994.
- MALIK, A. H., *De la responsabilité civile extra-contractuelle du fait d'autri en droit français et en droit irakien comparé*, Paris, 1957.
- MANLINAUD, P., *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat*, th., Paris, 1965.
- *Droit des obligations*, Paris, 1992.
- MANTOVANI, M., «La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte», en *La responsabilità civile, Aggiornamento 1988-1996*, dir. G. Alpa-M. Bessone, en Gius. sist. dir. civ. comm., fondata da Walter Bigiavi, Torino, 1997.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Comentarios al Anteproyecto del Código penal de 1992», *Act. P.*, 1992, pp. 199 ss.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., «Protección de la víctima y responsabilidad civil en la “ley penal de los menores”», *Act. P.*, 2001, pp. 65 ss.
- MARTÍN OSTOS, J., *Jurisdicción de menores*, Barcelona, 1994.
- MARTÍN PÉREZ, A., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales (art. 443)*, dir. Albaladejo García, M./Díaz Alabart, S., t. VI, Madrid, 1993.
- MARTÍN REBOLLO, L., «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *DA*, 1994, n.º 237-238, pp. 11 ss.
- «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *RAP*, 1999, n.º 150, pp. 317 ss.
- MARTIN, L. M., «La responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs (A propos d'un arrêt récent)», *JCP*, 1963, I, 1755.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», *ADC*, 1992, pp. 1391 ss.
- «En torno al nuevo artículo 220 del Código civil», *RGLJ*, 1984, t. 257, pp. 501 ss.
- MARTÍNEZ GIJÓN, J., «La menor edad en el Derecho Penal castellano-leonés anterior a la Codificación», *AHDE*, 1974, pp. 465 ss.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «La minoría de edad penal», *CPC*, 1983, pp. 383 ss.
- MARTÍNEZ SERRANO, A., «El tratamiento de la responsabilidad civil en la Ley de Justicia Juvenil», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VII, pp. 457 ss.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «La imputabilidad», *La Ley*, 1996-I, D-19.
- MASCHIO, E., «Responsabilità ex art. 2048 c.c. e “grandi minori”», *Dir. fam. per.*, 1988, pp. 875 ss.

- MASUR, K. B., *Die Haftung der Aufsichtspersonen nach § 832 BGB*, diss., Borna-Leipzig, 1908.
- MATHOUX, W., «La responsabilité des parents suivant l'article 1384 du Code civil», en *Travaux et conférences*, t. V, *Études en hommage à René Marq*, Bruxelles, 1957, pp. 175 ss.
- MAURANDI GUILLÉN, N., «La concurrencia de jurisdicciones en los procesos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *CDJ*, 1999, II, pp. 431 ss.
- MAZEAUD, H., «La faute objective et la responsabilité sans faute», *D*, 1985, chr., pp. 13 ss.
- MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./MAZEAUD, J./CHABAS, F., *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. I, 1991.
- MÉNDEZ APENELA, E., «Evolución histórica de la emancipación en el Derecho español», *RDN*, 1971, t. 72, pp. 417 ss.
- MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, Barcelona, 1991.
- MÉRIGEAU, M., *La justice pénale des mineurs en République Fédéral d'Allemagne*, th., Bordeaux, 1988.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (art. 5 de la Compilación de Aragón)*, dir. M. Albaladejo García, t. XXXIII, vol. I.
- MERTENS, H. J., en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 828, 829)*, Band III, Halbband II, München, 1986.
- MESSINEO, F., *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Milano, 1958.
- METZ, R., «L'enfant dans le droit canonique médiéval. Orientations de recherche», en *La femme et l'enfant dans le droit canonique médiéval*, London, 1985, pp. 9 ss.
- MIR PUIG, J., «Sobre el problema de la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual», *AC*, 1991-I, n.º 7, pp. 101 ss.
- MIR PUIGELAT, O., «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la LRJ-PAC», *RJC*, 1999, n.º 4, pp. 997 ss.
- MOIZARD, C., *Des actions noxales en droit romain*, th., Paris, 1883.
- *Responsabilité civile du fait d'autrui en droit français*, th., Paris, 1883.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C., «La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», *PJ*, n.º 38, 1995, pp. 127 ss.
- MOLITOR, E./SCHLOSSER, H., *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, trad. A. Martínez Sarrión, Barcelona, 1980.
- MOMIGLIANO, «Il risarcimento del danno extracontrattuale cagionato da persona priva di discernimento», *Riv. dir. civ.*, 1937, pp. 193 ss.
- MONATERI, P. G., *La responsabilità civile*, en *Trattato di Diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, t. III, *Le fonti delle Obbligazioni*, Torino, 1998.
- MONDET, L., *Le recours des personnes responsables du fait d'autrui*, th., Bordeaux, 1897.
- MORALES MORENO, A., en *Comentarios del Código civil (art. 1263)*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 454 ss.
- MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial*, Madrid, 1989.

- *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Madrid, 1996.
- «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (Al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas)», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J. A. Moreno Martínez, Madrid, 2000, pp. 399 ss.
- MORENO TRUJILLO, E., «Actuaciones de protección del menor», en *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997, pp. 47 ss.
- MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Responsabilità civile e minore età*, Napoli, 1994.
- «La responsabilità civile dei genitori, tutori, maestri», en *La Responsabilità civile*, t. IX, Responsabilità extracontrattuale, Torino, 1998.
- MUÑOZ ESPADA, E., *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Barcelona, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal Parte general*, Valencia, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, S., «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria», *DA*, 1994, n.º 237-238, pp. 255 ss.
- MUOLY, «Comentario a *Cass. Civ. 1º y Cass. Civ. 2º*, de 22 de mayo de 1995», *JCP*, 1997, II, 22550.
- NAVARRO MÍCHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Barcelona, 1998.
- NEAGU, A., *La responsabilité civile extracontractuelle de l'aliéné*, th., Paris, 1927.
- NEIRINCK, C., «La fuge: aspects juridiques», *Pet. aff.*, 1996, n.º 11, pp. 13 ss.
- voz «Enfance», *Rép. civ. Dalloz*, t. V, Paris, 1998.
- NÉRAUDAU, J. P., *Être enfant à Rome*, Paris, 1984.
- NERSON, R., «De l'influence exercée sur le Droit français des Obligations par le Projet franco-italien de Code des Obligations et des Contrats, approuvé à Paris en octobre 1927», en *M. Rotondi: Inchieste di Diritto comparato*, n.º 8, Padova, 1980, pp. 22 ss.
- NUÑEZ MUÑOZ, C., «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, 1996-V, D-298.
- OLIVA GARCÍA, H., «Introducción a las bases doctrinales de la imputabilidad», *La Ley*, 1982-IV, pp. 1141 ss.
- OLLIER, P. D., *La responsabilité civile des père et mère*, Paris, 1961.
- ONDEI, E., «Nota sulla responsabilità dei non imputabili», *Riv. dir. civ.*, 1965, II, pp. 462 ss.
- ORLANDIS, J., «El concepto de delito en la Edad Media», *AHDE*, 1945 pp. 61 ss.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho Penal de Menores. (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, Barcelona, 2001.
- ORSAT, V., *De l'imputabilité en matière de responsabilité civile*, th., Paris, 1912.
- ORTOLAN, M., *Explicación histórica de la Instituta del emperador Justiniano*, trad. y anotaciones de Jiménez Serrano, Madrid, 1847.

- OTAOLA, J., «La privatización de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», *AA*, 2000, n.º 29, pp. 865 ss.
- OTERO, A., «La patria potestad en el Derecho histórico español», *AHDE*, 1956, pp. 209 ss.
- OURLIAC, C. P./DE MALAFOSSE, J., *Derecho Romano y Francés Histórico*, trad. y anotaciones de M. Fairen, t. I, Barcelona, 1960.
- PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1848, (ed. Madrid, 2000, con estudio preliminar y anotaciones de A. Téllez Aguilera).
- PAGLIARA, B., «L'obbligazione dei genitori al risarcimento dei danni cagionati dai figli minori», *Dir. prat. assic.*, 1979, I.
- PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale, parte generale*, Milano, 1996.
- PALAZZI, A., «Osservazione in tema di responsabilità dei genitori per il fatto illecito dei figli minori», *Dir. autom.*, 1958, pp. 374 ss.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 8 de febrero de 1983», *CCJC*, 1983, n.º 2, 36.
- «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 10 de marzo de 1983», *CCJC*, 1983, n.º 2, 40.
 - «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 22 de septiembre de 1984», *CCJC*, 1984, n.º 6, 164.
 - *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985.
 - «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990, pp. 1591 ss.
 - en *Comentarios del Código civil (art. 1902)*, dir. Paz-Ares, C./Bercovitz, R./Diez-Picazo Ponce de León, L./Salvador Coderch, P., t. II, Madrid, 1991.
 - «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *DA*, 1994, n.º 237-238, pp. 239 ss.
 - *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995.
 - «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», *REDA*, n.º 91, 1996, pp. 403 ss.
 - «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J. A. Moreno Martínez, Madrid, 2000, pp. 437 ss.
- PARADA VÁZQUEZ, R., «Responsabilidad patrimonial de los funcionarios y de la Administración», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, dir. D. Bello Janeiro, Santiago de Compostela, 1999, pp. 31 ss.
- PARICIO, J., *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid, 1987.
- PARRA LUCÁN, Mª A., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 5 de marzo de 1997», *CCJC*, 1997, n.º 44, pp. 775 ss.
- PATTI, S., «L'illecito del "quasi maggiorenne" e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del Bundesgerichtshof», *Riv. dir. comm.*, 1984, I, pp. 27 ss.
- *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984.
- PAYEN, V. A., *De la responsabilité civile du fait d'autrui en Droit français*, th., Paris, 1878.

- PELLEGRINI, F., voz «Responsabilidad», *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1939, vol. XVIII.
- PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Madrid, 1988.
- «Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989», *CCJC*, 1989, n.º 19.
 - «La situación legal de desamparo», *RJCM*, 1998, n.º 23, pp. 153 ss.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «Consideraciones generales sobre el art. 44 de la nueva Ley de Propiedad intelectual», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 671 ss.
- PERRIN, B., «La responsabilité délictuelle de l'impubère en droit romain classique», *Annales Universitatis Saraviensis*, 1954, pp. 238 ss.
- PESET REIG, M., «Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821», *ADC*, 1975, pp. 29 ss.
- PHILIPPE, C., «Responsabilité solidaire des parents divorcés du fait de leurs enfants en vacances chez les grands-parents. Note a CA Besançon 1^{re} ch. civ., 11 févr. 1998», *JCP*, 1998, II, 10150.
- PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, 1973.
- PINTO BOREA, M. C., «I doveri dei genitori verso i figli minori e la responsabilità ex art. 2048 c.c.», *Dir. fam. per.*, 1992, pp. 364 ss.
- PLANIOL, M., «Responsabilité du fait d'autrui», *Rev. crit. lég. jur.*, 1909, pp. 282 ss.
- POHE, D., voz «Droit à réparation. Responsabilité du fait d'autrui. Domaine: Responsabilité des père et mère», *Jur. Class. Resp. civ. ass.*, t. I, Paris, 1999, fasc. 141.
- POLAINO NAVARRETE, voz «menor de edad penal», *EJB*, III, pp. 4265 ss.
- POLO RODRÍGUEZ, J. J./HUÉLAMO BUENDÍA, A. J., *La nueva Ley penal del menor*, Madrid, 2000.
- POTHIER, *Traité des obligations. Oeuvres*, t. I, Paris, 1825.
- PUECH, M., *L'illicite dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, 1973.
- PUGLIESE, G., «Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità», en *St. Albertario*, I, pp. 233 ss.
- PUIG I FERRIOL, L./GETE-ALONSO Y CALERA, M. C./HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Civil*, II, Madrid, 1996.
- PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, 1984.
- PULL, B., «Responsabilité des parents et causes d'exonération (note a Cass. 19-2-1997)», *Gaz. Pal.*, 1998-I, jurisp., pp. 171 ss.
- «Vers une réforme de la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants?», *D*, 1988, chr., pp. 185 ss.
- PUYBUSQUE, «Note a Cour d'Appel de Poitiers (ch. Civile) 16 mai 1973», *Gaz. Pal.*, 1973-II, pp. 942 ss.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Responsabilidades civiles "ex delicto" y "ex lege"», *ADC*, 1963, pp. 868 ss.

- RADÉ, C., «Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt *Bertrand*, deuxième Chambre civile. 19 février 1997)», *D*, 1997, chr., pp. 279 ss.
- RAMBACH, P. H., *Die Deliktische Haftung Minderjähriger und ihrer Eltern im französischen belgischen und deutschen Deliktsrecht*, Freiburg, 1994.
- RAMM, T., «Drittwirkung und Übermaßverbot», *JZ*, 1988, pp. 489 ss.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «Notas sobre el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *RGD*, 1999, pp. 12439 ss.
- RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.
- RAMOS MAESTRE, A., «Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables», *RDP*, 1997, pp. 696 ss.
- RANJARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, Paris, 1943.
- RASSAT, M. L., *La responsabilité civile*, Paris, 1973.
- RAYMOND, G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Paris, 1997.
- REBOLLO PUIG, M., «Vía administrativa y jurisdicción competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Rev. Jur. Andalucía*, 1998, n.º 26, pp. 1065 ss.
- REBOURG, M., «La responsabilité civile des faits commis par un enfant confié à ses grands-parents ou à un tiers. Note sous Cass. civ. 2^e, 18 sept. 1996», *D*, jurispr., 1998, pp. 118 ss.
- RECAMIER, E. L. M., *De la Loi Aquilia et du principe de la personnalité des fautes dans le Droit civil romain*, Paris, 1859.
- *De la responsabilité (a raison du fait d'autrui at des choses qui sont en notre possession dans le droit romain (droit prétorien) et dans le droit français*, th., Paris, 1859.
- RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores*, Madrid, 1980.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., «El nuevo proceso de menores», *La Ley*, 2000-IV, D-149.
- RICHARD, M., *La responsabilité civile du fait des mineurs*, Limoges, th., 1997/98.
- RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor infractor ante la Ley penal*, Granada, 1993.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2000.
- RIVIÈRE, H. F., «Du principe de l'imputabilité civile», *Rev. crit. lég. jur.*, 1846, pp. 304 ss.
- ROCA GUILLAMÓN, J., «La responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas por delitos de sus funcionarios», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J. A. Moreno Martínez, Madrid, 2000, pp. 487 ss.
- ROCA I TRÍAS, E., *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid, 1999.
- RODIÈRE, R., «La disparition de l'alinéa 4 de l'article 1384 du Code civil», *D*, chr., 1961, pp. 207 ss.
- RODOTÁ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1954.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *Régimen de Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Pamplona, 1997.
- RODRÍGUEZ MORATA, F., «El acogimiento de menores», *RJCM*, 1998, n.º 23, pp. 129 ss.

- ROGEL VIDE, C., «La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela» (En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975), *ADC*, 1976, pp. 1234 ss.
- *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977.
 - *La guarda de hecho*, Madrid, 1986.
- ROMERO COLOMA, A. M., «Valoración jurídica del apartado 2 del artículo 1903 del Código civil (la responsabilidad civil de los padres por hechos de sus hijos)», *Rev. resp. civ. circ. y seguro*, 1997, pp. 524 ss.
- ROSSI CARLEO, L., «La responsabilità dei genitori ex art. 2048, C.C.», *Riv. dir. civ.*, 1979, II, pp. 125 ss.
- ROSSI MASELLA, B. E., *La Ley Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el Derecho romano y su proyección en el Derecho civil uruguayo*, Montevideo, 1951.
- ROTONDI, G., «Dalla “Lex Aquilia” all’art. 1151 Cod. civ. Recherche storico-dogmatiche», *Riv. dir. comm.*, 1916, I, pp. 942 ss.
- «Dalla “Lex Aquilia” all’art. 1151 Cod. civ. Recherche storico-dogmatiche», *Riv. dir. comm.*, 1917, I, pp. 235 ss.
- ROVELLI, R., «Danno cagionato dall’incapace», *Resp. civ. prev.*, 1957, pp. 5 ss.
- *La responsabilità civile da fatto illecito*, Torino, 1964.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela “ex lege”, la guarda y el acogimiento de menores», *AC*, 1998-1, pp. 57 ss.
- «La tutela “ex lege”, la guarda y el acogimiento de menores (y II)», *AC*, 1998-1, pp. 137 ss.
- SACCO, R., «Modèles français et modèles allemands dans le Droit civil italien», *RIDC*, 1976, pp. 225 ss.
- SALVADOR CODERCH, P./SANTDIUMENGE, J., «La influencia del *avant-projet de revision du Code civil* belga de François Laurent en el Código civil español de 1889», en *Centenario del Código civil*, t. II, Madrid, 1990, pp. 1921 ss.
- SALVI, C., «La responsabilità civile dell’infermo di mente», en *Un altro diritto per il malato di mente*, a cura di P. Cendon, Napoli, 1988, pp. 815 ss.
- voce «Responsabilità extracontrattuale. Diritto vigente», *Enc. Dir.*, t. XXXIV, Varese, 1988.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *Minoría de edad penal y el derecho penal juvenil*, Granada, 1998.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores, Ley 4/1992*, Madrid, 1999.
- SANTOS BRIZ, J., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (art. 1903)*, dir. M. Albaladejo García, t. XXIV, Madrid, 1984.
- *La responsabilidad civil (Derecho sustantivo y Derecho procesal)*, Madrid, 1993.
 - «Responsabilidad civil de los menores de edad. Distintas esferas jurídicas», en *La Responsabilidad Civil. Temas actuales*, Madrid, 2001.

- SANTUCCI, G., «I limiti presuntivi della imputabilità nei quasi delitti», *Foro it.*, IV, 1950, cc. 114 ss.
- SARGENTI, M. «La responsabilità nossale in Diritto romano», en *St. science giur. soc.*, 1949, n.º 104, pp. 59 ss.
- «Limiti, fundamento e natura della responsabilità nossale in Diritto romano», en *St. scienze giur. soc.*, 1950, n.º 109, pp. 103 ss.
- «Riflessioni sui problemi della responsabilità nossale», *LABEO*, 1977, pp. 323 ss.
- SAVATIER, R., «La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre?», *DH*, 1933, chr., pp. 81 ss.
- *Les personnes*, en Planiol, M./Ripert, G., *Droit civil français*, Paris, 1952.
- SCIONTI, R., «Sulla responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.», *Dir. fam. per.*, 1978, II, pp. 1404 ss.
- SCOGNAMIGLIO, R., voz «Responsabilità per fatto altrui», *Noviss. Digesto it.*, Torino, 1980, pp. 694 ss.
- SCHÄFER, K., en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (§ 829)*, Buch II, Berlin, 1986.
- SCHIEFFEN, E., «Zivilrechtliche Haftung im Sport», *NJW*, 1990, pp. 2658 ss.
- «Zur reform der (zivilrechtlichen) Deliktsfähigkeit von Kindern ad dem 7 Lebensjahr (§ 828, I, II BGB)», *ZRP*, 1991, pp. 458 ss.
- SCHIPANI, S., *Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problema della «culpa»*, Torino, 1968.
- SCHRÄDER, en SOERGEL, H. T./SIEBERT, W., *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (§ 828)*, Band II, Stuttgart, 1962.
- SEBASTIÁN OTONES, M., «La instrucción penal en el nuevo procedimiento de menores», *La Ley*, 10-9-2001, p. 1.
- SECRETO, N., *La responsabilité pénale du mineur*, th., Paris, 1970.
- SERRANO ALONSO, E., en *Comentario del Código civil (art. 242)*, coord. I. Sierra Gil de la Cuesta, t. II, Barcelona, 2000.
- SERRAO, F., «La responsabilità per fatto altrui in Diritto romano», *Riv. dir. nav.*, 1965, pp. 227 ss.
- «Responsabilità per fatto altrui e nossalità», *BIDR*, 1970, pp. 125 ss.
- SILVA MELERO, V., «Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal», *ADP*, 1948, pp. 246 ss.
- SIMLER, P., «La notion de garde de l'enfant (Sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)», *RTDC*, 1972, pp. 685 ss.
- SISO MARTÍN, J., «El enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial. Nueva regulación. Especial mención de la responsabilidad sanitaria», *PJ*, 1999, n.º 54, pp. 451 ss.
- SOLAZZI, S., «Qui infanti proximi sunt», *LABEO*, 1955, pp. 7 ss.

- SOTO NIETO, F., «Solidaridad entre el causante material del ilícito culposo y el responsable por hecho de otro», *RDP*, 1981, pp. 435 ss.
- STARCK, B., «Domaine et fondement de la responsabilité sans faute», *RTDC*, 1958, pp. 475 ss.
- *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th., Paris, 1947.
- STOICESCU, C. C., *De la responsabilité du fait d'autrui*, th., Paris, 1908.
- STOJCEVIC, D., «Sur le caractère des quasi-délits en droit romain», *IURA*, 1957, I, pp. 57 ss.
- TABET, A., «Fatto illecito e danno di minore incapace e concorso di responsabilità del danneggiato e dei genitori. Nota a *Cass. civile*, sez. III, 21-10-1957, n. 4004», *Foro it.*, 1958, I, cc. 46 ss.
- TAFARO, S., *La pubertà a Roma*, Bari, 1993.
- TARQUINI, A., «La responsabilità civile per danni cagionati dall'incapace o dal minore», *Riv. giur. circ. trap.*, 1971, pp. 51 ss.
- TCHEDRE, E., *La responsabilité civile extracontractuelle du mineur au Togo. (Un étude comparée du droit coutumier togolais et du droit écrit d'origine française)*, th., Lille, 1991.
- TEISSERIE, M., *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, th., Paris, 1901.
- TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1993.
- THOMAS, H., en *Palandt Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 828)*, München, 1985.
- THOMAS, J. A C., «Desarrollo del Derecho criminal romano», *AHDE*, 1962, pp. 7 ss.
- THOYOT, G., *De la responsabilité du fait d'autrui*, th., Paris, 1910.
- TOBAJAS GÁLVEZ, O., «El menor mayor de catorce años», *AC*, 1999, pp. 345 ss.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., «La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tras la reforma de la Ley 4/1999», *JA*, 2001, n.º 10, pp. 25 ss.
- TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto civile*, Padova, 1992.
- TUNC, A., «L'enfant et la balle. Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance», *JCP*, 1966, I, 1983.
- URBISTONDO TAMAYO, S., «La Ley 2/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y su armonización al Derecho comunitario», *EC*, 1994, n.º 30, pp. 45 ss.
- VAELO ESQUERDO, E., «La edad en la parte general del Proyecto de Código penal de 1980», *CPC*, 1981, pp. 137 ss.
- «Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», *La Ley*, 14-6-2001, pp. 1 ss.
- VALIÑO, E., «La capacidad de las personas *in potestate* en Derecho romano», *RDN*, 1967.
- VAQUER ALOY, A., «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación», *La Ley*, 2001, n.º 5224, pp. 1 ss.
- VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994.

- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «La responsabilidad civil derivada del delito», *AC*, 1998-I, pp. 77 ss.
- VENCHIARUTTI, A., *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995.
- «L'imputabilità del fatto dannoso e la responsabilità del sorvegliante per il fatto dell'incapace», en *La responsabilità civile* (aggiornamento 1988-1996), diretta da G. Alpa e M. Bessone, p. 104, t. I, Torino, 1997.
- VENDITI, A., «Il dovere dei genitori di educare e vigilare la prole in relazione alla prova liberatoria dalla responsabilità per i fatti illeciti commessi dai figli minori», *Giust. civ.*, 1955, pp. 1620 ss.
- VENTAS SATRE, R., en *Comentarios al Código penal (art. 19)*, dir. M. Cobo del Rosal, t. II, Madrid, 1999.
- VENTURA FACI, R./ PELÁEZ PÉREZ, V., *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. (Comentarios y jurisprudencia), Madrid, 2000.
- VILLEY, M., «Esquisse historique sur le mot responsable», en *La Responsabilité à travers les Âges*, Paris, 1989, pp. 75 ss.
- VINCENT, J./PREVAULT, J., «La responsabilité civile du fait des mineurs inadaptés», *D*, 1965, chr., pp. 201 ss.
- VINEY, G., «Réflexions sur l'article 489-2 du code civil», *RTDC*, 1970, pp. 251 ss.
- «La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience: un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance», *JCP*, 1985, I, 3189.
 - «Vers un élargissement de la catégorie des "personnes dont on doit répondre": la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er} du code civil», *D*, 1991, pp. 157 ss.
 - *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, Paris 1998.
- VISINTINI, G., «Imputabilità e danno cagionato dell'incapace», *NGCC*, 1986, pp. 116 ss.
- *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996.
- VIVANCOS SÁNCHEZ, M., «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo», *AC*, 2000, n.º 48, pp. 1753 ss.
- VOCI, P., «La patria potestas da Augusto a Diocleziano», en *St. di Diritto Romano*, Padova, 1983, pp. 397 ss.
- VON BAR, C., «Das "Trennungprinzip" und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung», *AcP*, 1981, pp. 289 ss.
- VON KÜBEL, F. P., *Recht der Schuldverhältnisse*, Teil I, Allgemeiner Teil, Erster Abschnitt, zweiter Titel III, unerlaubte Handlungen, Berlin-New York, 1980.
- WAIBEL, E., *Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht*, Berlin, 1970.
- WAREMBOURG-AUQUE, F., «Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'"infans"», *RTDC*, 1982, pp. 329 ss.
- WATINE-DROUIN, C., voz «Minorité. Audition du mineur en justice. Défense de ses intérêts», *Jur. Class.*, n.º 311 a 514, Paris, 1996, fasc. 20.
- WEILL, A., *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1980.

- WERRO, F., *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité. Etude critique comparative*, Friburgo, 1986, p. 147.
- WESEBERG, G./WESENER, G., *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y Europa*, trad. J. De Los Mozos Touya, Valladolid, 1998.
- WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, vol. I, trad. y anotaciones de C. Fadda y P. E. Bensa, Torino, 1925.
- WINFIELD, P. H., «Degli atti illeciti nel progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni», *Ann. dir. comp.*, 1930, pp. 259 ss.
- WOLODKIEWICZ, W., «Obligaciones ex variis causarum figuris», *RISG*, 1970, pp. 7 ss.
- «Sulla cosiddetta responsabilità dei “quasi delitti” nel Diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna», *Estratto dal volume: La formazione storica del Diritto moderno in Europa*, vol. III, Firenze, 1977.
- XIOL RÍOS, J./BAJARDÍ PASCUAL, Y., «Cincuenta notas de urgencia para la aplicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *AJA*, 1999, n.º 373, pp. 1 ss.
- YAÑEZ DE ANDRÉS, A., «Responsabilidad de la Administración por daños a las personas y competencia de la Jurisdicción civil», *RGD*, 1999, pp. 3579 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil por los daños producidos en el ejercicio del derecho de reunión», *RGLJ*, 1983, pp. 121 ss.
- «La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Madrid, 1984.
- «Responsabilidad civil y guarda legal», *DJ*, t. XI, n.º 41, 1984.
- *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Madrid, 1993.
- *Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal*, Madrid, 1997.
- *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001.
- ZATTI y COLUSSI, *Lineamenti di Diritto privato*, Padova, 1993.