

La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos (*)

SUMARIO: 1. LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL PRECEPTO Y SU MODIFICACIÓN POR LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981. LA RESIDENCIA DEL FUNDAMENTO DEL PRECEPTO EN LA FALTA DE DILIGENCIA EN CUANTO A LA VIGILANCIA O EDUCACIÓN DEL MENOR.—2. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NORMA: DE LA PRESUNCIÓN DE CULPA A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. LA INUTILIDAD DEL PÁRRAFO FINAL DEL ARTICULO 1.903 DEL CÓDIGO CIVIL FRENTE A LA REPARACIÓN A ULTRANZA. LA FALTA ABSOLUTA DE ACOMODO ENTRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES Y EL RECONOCIMIENTO DE UN MAYOR. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL MENOR.—3. LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA EL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD. ESPECIAL ATENCIÓN A LA IRRELEVANCIA DE LA MADUREZ DE LOS HIJOS SUJETOS A POTESTAD Y EL CONCEPTO DE GUARDA. ¿RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO O RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO?—4. LA POSIBILIDAD DE EXIGIR DE FORMA DIRECTA A LOS HIJOS LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS ORIGINADOS. ANÁLISIS DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO PENAL Y DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR DE 12-1-2000.—5. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN LA LRPM: IMPUTACIÓN OBJETIVA O SUBJETIVA DE LOS PROGENITORES, COMPATIBILIDAD DE RESPONSABILIDADES Y EXISTENCIA DE LA ACCIÓN DE REGRESO CONTRA LOS CAUSANTES DEL DAÑO.—6. CONCLUSIONES.

(*) Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación financiado por la Dirección General de Enseñanza Superior BJU2000-0267 (Instituciones de guarda y responsabilidad del menor).

1. LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL PRECEPTO
Y SU MODIFICACIÓN POR LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981.
LA RESIDENCIA DEL FUNDAMENTO DEL PRECEPTO
EN LA FALTA DE DILIGENCIA EN CUANTO A LA VIGILANCIA
O EDUCACIÓN DEL MENOR

La responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos exige, para poder ser analizada en profundidad, detenerse en la regulación que el artículo 1.903, con anterioridad a la reforma operada por Ley de 13 de mayo de 1981, que motivó la modificación del Código Civil en materia de patria potestad, filiación y régimen económico-matrimonial, atribuía a la misma, y ello además debe efectuarse desde una triple perspectiva. En primer lugar, es conveniente partir del hecho de que en España la promulgación del Código Civil no se produjo hasta el 6 de octubre de 1888 y el 24 de julio de 1889, en que, respectivamente, se publican las dos ediciones del Código Civil, y que este retraso puede imputarse al rechazo que sufrió el Proyecto de Código isabelino de 1851, no sólo por parte de los defensores de los denominados derechos torales, pues sabido es que se trataba de un Código que unificaba el Derecho Civil según el patrón del derecho castellano (1), sino además por la oposición de la Iglesia católica, que veía cómo materias que tradicionalmente habían sido de su competencia, dejaban de serlo (2). Por el contrario, en el ámbito penal, el primer Código que se publicó en España databa ya de 1822. Eso provocó que en el Código Penal se considerara oportuno proceder a regular la responsabilidad civil derivada de delito o falta y que el posterior Código Civil decidiera mantener esa dualidad de regímenes (cfr. art. 1.092 del Código Civil). Pues bien, es cuando menos ilustrativo, a los efectos a que se ciñe el presente estudio, comparar ambos regímenes de responsabilidad, y ello sin perjuicio de manifestar que el legislador ha perdido dos ocasiones: una, al promulgar el vigente Código Penal de 23-11-1995, y otra con el dictado de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los meno-

(1) El artículo 1.922 del Proyecto de 1851 disponía que «**Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo, y no tendrán fuerza de ley, aunque sean contrarias a las disposiciones del presente Código**».

(2) Un excelente análisis respecto a la problemática que originó el Proyecto isabelino de 1851 en Cataluña puede verse en SALVADOR CODÉRCH, «El Proyecto de Código Civil de 1851 y el Derecho Civil catalán», en *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, págs. 9 a 110. Cfr. Además, PETIT, «El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo xix», en *ADC*, octubre-noviembre. 1995, págs. 1429 a 1465.

res (3) para eliminar una dualidad de regulaciones que, si bien podía encontrar su justificación en las razones históricas antes expuestas, hoy no tiene razón para seguir manteniéndose, amén de destacar la prolífica problemática que ha generado entre la doctrina respecto a si esa duplicidad de regímenes debe conformarse según las reglas del concurso de acciones o del concurso de leyes, con las disímiles consecuencias que ello supone (4).

Así, mientras el artículo 1.903 establecía, con anterioridad a la reforma derivada de la Ley de 13-5-1981, 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 viven en su compañía»**, el vigente artículo 1.903.2 determina que **«Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda»**, y resta invariable el párrafo final del artículo (**«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»**), el Código Penal de 1944 eliminó la doble negación existente en el artículo 20, con lo que se determinaba con claridad que la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, menores de dieciséis años, podía quedar excluida si consta que no hubo por su parte culpa o negligencia. El artículo 20 del Código Penal de 1973 fue modificado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, por lo que su redacción quedó de la siguiente forma: **«De los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 8.º serán responsables civilmente quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia.**

No habiendo persona que las tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia el párrafo anterior, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal» (5). La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el Cód-

(3) DÍAZ ALABART, «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*, Madrid, 2000, pág. 41 y 42.

(4) Véase al respecto, PANTALEÓN PRIETO, y bajo la anterior regulación del Código Penal, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10-3-1983», en *CCJC*, 2, págs. 456 a 458. Con posterioridad, en pos de la tesis del concurso de leyes, pueden consultarse las SSTs de 27-9-1990 y 1-2-1991, así como el comentario de GÓMEZ CALLE a la STS de 27-9-1990 en *CCJC*, núm. 24, págs. 1027 y 1028. Últimamente también se pronuncia por la tesis del concurso de normas, LÓPEZ SÁNCHEZ (*La responsabilidad civil del menor*, Madrid, 2001, págs. 400 a 403), aun cuando reconoce, con cita de la STS de 26-3-1999, que mientras se mantengan legalmente regulaciones diversas, no parece que el Tribunal Supremo vaya a abandonar la tesis del concurso de pretensiones.

(5) No es tampoco el momento para analizar el cambio de redacción del precepto penal, simplemente nótese que la literalidad del precepto, tras la Ley 8/1983, parece dar a entender que sólo si se prueba la culpa o negligencia responderían civilmente los

go Penal, dispone en su artículo 19 que: **«Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor»**. Sin embargo, la propia Disposición Final 7.^a del CP mantuvo el régimen normativo anterior, al exceptuar la entrada en vigor del artículo 19, en tanto no se promulgara y rigiera la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores), lo que no aconteció hasta el 13 de enero de 2001 (DF 7.^a de la LORPM), y con la exigencia legal de requerir a los equipos técnicos al servicio de los Jueces de Menores un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar de los menores, su entorno y cualquier circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa (DT 12) (6).

Por lo tanto, hasta la vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, tanto de la regulación civil (art. 1.903 del Código Civil) como de la penal (art. 20 del CP de 1973, en virtud de la DF 5.^a del CP de 23-11-1995) se podían alcanzar las siguientes conclusiones. En primer término, según el Código Civil, los padres respondían directamente por los hechos de los hijos sujetos a potestad (7), mientras que en la doctrina existían y existen pareceres enfrentados respecto a si debe responder el hijo, en este caso ex

padres, siendo ese *onus probandi* de la víctima. A mi juicio, es suficiente con indicar que la interpretación literal no podía ser acogida, por cuanto de hacerlo supondría que la responsabilidad de los padres, con base en un hecho del menor que no sea constitutivo de delito o falta, supondría la presunción de culpabilidad de los padres, ex artículo 1.903, mientras que la actuación, constitutiva de delito o falta, exigiría la prueba de la culpa. En ese mismo sentido, véase Ruiz VADILLO, «Comentario al artículo 20 del Código Penal», en *Comentarios a la legislación penal*, V, I, 1985, págs. 370 y sigs., y DÍAZ ALABART, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *ADC*, 1987, pág. 801.

(6) El interés del menor ya estaba presente en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, que se promulgó a raíz de la STC 36/1991, de 14 de febrero, que declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948. Consúltese, además, la STC 60/1995, de 17 de marzo. En las sentencias del Tribunal Constitucional se concretan las garantías que deben existir en los procesos que se dirimen en los Juzgados de Menores. El parámetro del interés del menor propicia un sistema punitivo respecto del menor, fundado en la reeducación, en la no exigencia de proporción entre delito y respuesta punitiva y, a diferencia de lo que sucedía con las anteriores regulaciones de la responsabilidad de los menores, en la protección de la víctima de los delitos o faltas cometidos por los menores (cfr. MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, 2001, págs. 137 y 138).

(7) Cuando no se hallaban sujetos a la misma, el artículo 20 del anteriormente vigente CP disponía que: **«No habiendo persona que las tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia el párrafo anterior»**. Esto es, se admitía la responsabilidad subsidiaria de los menores o incapaces.

artículo 1.902 del Código Civil, cuando tiene la suficiente madurez para comprender el alcance de sus actos; en otras palabras, si puede ser considerado imputable a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil. En segundo término, según la regulación penal, el menor que no ha cumplido los dieciséis años es inimputable penalmente, pero en el ámbito de la responsabilidad civil responden quienes ejercen la patria potestad, al amparo de lo que prevenía el artículo 20.1 CP, sin que exista una norma, como la contenida en el artículo 118.1, que contempla la responsabilidad civil directa de los incapaces, que no son imputables penalmente, y la graduación de la responsabilidad que concierne a cada uno (8). Por el contrario, si se trata de un menor que ha cumplido los dieciséis años, pero menor de dieciocho, conforme al artículo 19 CP es él también el responsable civil, sin que proceda la obligación de reparar de los padres al tratarse de una responsabilidad derivada de delito y sujeta, por ende, a la normativa contenida en el CP (9).

(8) ASÚA GONZÁLEZ, «La responsabilidad (I)», pág. 464 y 465, en *Manual de Derecho Civil ¡I. Derecho de Obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Madrid, 1998.

Nótese que la diferencia en cuanto al requisito de la imputabilidad es palmaria entre el Derecho Penal y el Civil. En efecto, el Código Penal parte del criterio biológico, de tal forma que el Código Penal de 1995 va a aplicarse a los mayores de dieciocho años, sin perjuicio de la posibilidad de que aquellos que se encuentran en la franja de edad entre dieciocho y veintiún años se les aplique la LO 5/2000, mientras que la aplicación de la Ley Orgánica, reguladora de la responsabilidad de los menores, procederá respecto de los menores, cuya edad se sitúe entre los catorce y los dieciocho años. En cambio, en el Derecho Civil, si bien no puede negarse que para concretos supuestos del derecho de la persona o familia, se reconoce capacidad al menor a partir de los doce o de los catorce años, lo cierto es que no existe una concreción biológica respecto a la responsabilidad civil del menor de edad, lo que supone que deba atenderse, en estos casos, al criterio de la madurez o del discernimiento concreto. Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 231: **«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».**

(9) En ese sentido, el Tribunal Supremo (STS Sala 2.^a de 6-11-1986 y STS, Sala 1.^a de 10-11-1982) sustentaba la inviabilidad de condenar a los progenitores del menor, mayor de dieciséis años, con base en el artículo 20.1 CP, aun cuando determinadas Resoluciones de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo habían admitido la responsabilidad subsidiaria de los progenitores con base en una interpretación excesiva e injustificada de lo previsto en el artículo 22 CP (cfr. SSTs de 15-6-1989 y 22-6-1980. Consúltase al respecto, GÓMEZ CALLE, «Comentario a la STS de 27-9-1990», en *CCJC*, 24, págs. 1026 a 1030). En cambio, y contra el parecer de la jurisprudencia, PANTALEÓN PRIETO (*op. cit.*, págs. 457 y 458) sostenía, en los años ochenta, que, al tratarse de un concurso de leyes, lo adecuado sería la aplicación de la norma, civil o penal, en que, según los hechos, pudiera encajarse más adecuadamente la pretensión de reparación. Y ese mismo parecer ha sido seguido por parte de la doctrina (GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, pág. 1029, y GARCÍA-RIPOLL, «Comentario a la STS de 22-1-1991», en *CCJC*, 25,

Tras la vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor, la unificación de la edad de los dieciocho años y el mantenimiento de la dualidad de regímenes respecto a la responsabilidad civil derivada de delito o falta, permite efectuar las siguientes consideraciones. En primer término, el régimen de la responsabilidad civil por los hechos de los hijos sujetos a potestad no ha variado en el Código Civil, por lo que si esos hechos no pueden ser considerados como delitos o faltas, los padres responden directamente en virtud de lo que previene el artículo 1.903 del Código Civil. En segundo término, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, advierte en la Exposición de Motivos (núm. 8) que se ha llevado a cabo la introducción de un principio revolucionario en materia de responsabilidad civil del menor (10), por los hechos llevados a

pág. 228, para quien la posibilidad de aplicar el artículo 1.903 del Código Civil se deriva del dato de que el Código Penal no se plantea la responsabilidad de los progenitores y en la necesaria armonización entre las normas civiles y penales sobre responsabilidad).

Finalmente, la Sala Civil del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 11-10-1990 y 7-2-1991, ha modificado su anterior criterio y admite la viabilidad de la acción civil contra los progenitores con fundamento en el artículo 1.903 del Código Civil, pese a que se tratara de un hecho realizado por un menor de entre dieciséis y dieciocho años, calificable como delito y falta. Nótese simplemente que ésta es la solución más coherente, por cuanto la anterior diferenciación daba lugar a que si el ilícito era meramente civil, los padres respondían ex artículo 1.903 del Código Civil, mientras que si era calificado de delito o falta, la responsabilidad de los progenitores del menor se desvanecía.

Por último, ha de tomarse en consideración que la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor pone fin a la imposibilidad de dirigirse contra los padres por los actos de los hijos mayores de dieciséis años, al considerarlos el CP de 1995 los únicos responsables penales y civiles, según el Derecho vigente en tanto no rigiera la Ley Orgánica mencionada (DF 7.º-2 y DD 1.ª CP), y permite, de este modo, el resarcimiento de los daños ocasionados con los presupuestos que después se analizarán, con base en el patrimonio del menor y de los padres (art. 61.3 LORPM). Cfr. EOUSQUIZA BALMASEDA, *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*, junio de 2000, núm. 17, pág. 3: «**Esta previsión** (se refiere la autora a la responsabilidad solidaria de progenitores y menor) **resuelve problemas que han sido constantes en la práctica. No puede olvidarse la experiencia común de pretensiones resarcitorias que no prosperaban en el orden penal si se dirigían contra los padres de los menores, los mayores de dieciséis años, porque se entendía que éstos eran los únicos responsables al haber alcanzado la edad penal. Ni las incertidumbres que suscitaban esas reclamaciones en el orden civil —«ex» art. 1.903, párrs. 2 y 3 del Código Civil—, dependiendo de la proyección que se admitiera en el pleito de la sentencia penal y el efecto de cosa juzgada».**

(10) «En este ámbito de atención a los intereses y necesidades de las víctimas, la Ley introduce el principio, en cierto modo revolucionario, de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores, si bien, permitiendo la moderación judicial de la misma y recordando expresamente la aplicabilidad en su caso de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual».

cabo por éste en la horquilla comprendida entre los catorce y los dieciocho años (cfr. art. 1) (11), que puedan ser calificados como delitos o faltas según el Código Penal, y que consiste en el establecimiento, en aras de la protección de los intereses de la víctima, de una responsabilidad solidaria de los padres y del menor. Así, el artículo 61.3 de la referida Ley Orgánica 5/2000, previene que: **«3. 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».**

Y, en tercer término, debe ponerse de manifiesto que, a diferencia de la anterior regulación vigente, en la que la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores de edad, pero comprendidos entre los doce y los dieciséis años, se atribuía a partir de un parámetro subjetivo de imputación: la culpa o la negligencia (cfr. anterior art. 20.1 CP), ahora la responsabilidad de los progenitores es solidaria con el menor por los daños y perjuicios que se derivan de los hechos, calificables como delito o falta, producidos por los menores de edad, pero comprendidos entre catorce y dieciocho años. Y esa responsabilidad ya no se imputa de forma explícita a través de un parámetro subjetivo como la culpa o la negligencia, sino lo único que se preceptúa en la norma es que si la actuación de los padres es favorecedora de la conducta dañosa del menor, con fundamento en dolo o culpa grave, la responsabilidad de los padres no podrá ser moderada, mientras que en otro caso, la responsabilidad puede ser objeto de moderación por el Juez de Menores. Solamente apuntar aquí dos extremos: uno, que la redacción del precepto genera dudas en cuanto a si la finalidad perseguida por la Ley es imputar a los padres de forma objetiva la responsabilidad por los daños, derivados de la comisión de un delito o falta, por parte de sus hijos mayores de catorce años y menores de dieciocho, o bien debe entenderse que la imputación ha de seguir efectuándose en clave subjetiva (12).

(11) «El artículo 3 de la Ley Orgánica 5/2000 dispone que: **"Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes"**. Ello significa, por lo que atañe a la responsabilidad civil, que el régimen aplicable para la reparación de los daños causados por menores de edad de menos de catorce años será el contenido en el artículo 1.903.2 del Código Civil.

(12) Aunque posteriormente se tratará este extremo, baste con reseñar, en pos de la responsabilidad objetiva, DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000, págs. 239 y 240: **«Esta responsabilidad tiene un carácter objetivo y quiebra el principio de culpabilidad civil o penal, sustrato de toda responsabilidad civil en nuestro ordena-**

Así, la existencia de la facultad de moderar la responsabilidad de los padres significa, precisamente, la fijación del grado de intervención y, por ende, imputación de responsabilidad de los hijos y de los padres (cfr. art. 114 del CP), lo que debería llevar a la exclusión de la responsabilidad de los padres cuando no media negligencia o culpa por su parte; y dos, que llama cuando menos la atención que la responsabilidad solidaria pueda ser moderada (¿quizá fijando cuotas de responsabilidad distintas?), puesto que, en ese caso, si es posible delimitar la diferente intervención no se está ante un supuesto de responsabilidad solidaria, toda vez que ésta se introdujo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual para aquellos supuestos en que no es posible delimitar la intervención de los diferentes agentes causantes del daño (cfr. SSTs de 3-7-1995, 19-4-1999 y 21-6-1999), mientras que cuando ello sí es viable, lo oportuno sería la imputación de responsabilidad con base en títulos de atribución distintos: responsabilidad del menor por la realización del hecho dañoso y responsabilidad de los padres por hecho propio (cfr. art. 1.902 del Código Civil) (13).

miento jurídico (art. 1.902 del Código Civil y arts. 109 a 126 del CP, en especial, art. 116).

Incluso el artículo 1.903 del Código Civil, que sanciona la responsabilidad por actos de aquellas personas de quienes se debe responder (v.gr., hijos), declara exenta esta responsabilidad "cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño", justificación que no se admite en la nueva responsabilidad solidaria del artículo 61.3 de la LORRPEME», mientras que otros autores se plantean la posibilidad de imputar de forma objetiva la responsabilidad, y advierten que la solución no es sencilla (EGUSQUIZA BALMASEDA, *op. cit.*, pág. 4), a la par que no faltan posicionamientos que optan por residenciar la responsabilidad de los progenitores en el parámetro subjetivo de la culpa. En este último sentido, DÍAZ ALABART, «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*, Madrid, 2000, pág. 99: «En dicha Ley no hay mención alguna a la responsabilidad de los centros docentes. En su artículo 61.3 se establece que, junto al propio menor de dieciocho años, responderán solidariamente de los daños causados sus padres, tutores, acogedores, 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.

El criterio de imputación de esta responsabilidad no puede ser otro sino la culpa o negligencia».

(13) La moderación de la responsabilidad como instrumento para reducir la reparación a que viene obligado quien actúa de forma negligente, pese a que como se ha afirmado en el texto supone un problema de causalidad, se previene en el artículo 114 CP («Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización»), en el artículo 61.3 LO 5/2000 («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

La segunda perspectiva que conviene tomar en consideración es la relativa al fundamento que justifica la responsabilidad de los padres. Por lo que se refiere al fundamento originario de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, debe enlazarse la regulación existente con la reforma que se ha producido en el ámbito del derecho de familia. Así, con anterioridad a la reforma de 1981, el menor de edad se encontraba sujeto a una férrea potestad, que ejercía el padre, y donde el principio de obediencia por parte del hijo ocupaba un lugar preeminente. Con esas coordenadas, el Código Civil, en el artículo 1.903, establecía la responsabilidad del padre por los daños causados por sus hijos con fundamento en clave subjetiva. Se entendía que si el hijo, sujeto a potestad, había causado un daño, ello se justificaba en la falta de vigilancia o de educación por parte de sus padres. Y, se prevenía que esa culpa o negligencia se presumía, pudiendo liberarse el padre, o la madre, en su caso, de responsabilidad si acreditaban el empleo de la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño.

Pues bien, esa regulación originaria se estructuraba en torno a unos criterios definitorios. En primer término, la responsabilidad por los actos de los hijos se reputaba una responsabilidad no por acto propio, sino por hecho de otro (cfr. art. 1.903 principio). En segundo término, el criterio de imputación era netamente subjetivo, aunque al igual que las demás hipótesis del artículo 1.903 del Código Civil, se actuaba con una presunción de la negligencia por parte de los sujetos responsables que podía ser desvirtuada si se acreditaba la diligencia abstracta en su actuar. Y ello porque se trataba de proteger a las víctimas de aquellos daños producidos por sujetos de ordinario insolventes (dependientes, hijos, etc..) (14). Y, por último, porque la atribución de responsabilidad se efectuaba con base en la noción de potestad, sustituida en 1981 por la de guarda, mucho más acorde con la instauración de un sistema de responsabilidad por culpa, aunque presumida.

La referida norma fue modificada por la Ley de 13 de mayo de 1981, que determinó la responsabilidad de ambos progenitores, sustituyendo la expresión relativa a los hijos menores de edad que vivan en su compañía por la noción de guarda. Sin embargo, a salvo esa modificación de la literalidad del precepto, que suponía la extensión de la responsabilidad también a la madre, al ser la patria potestad compartida y la sustitución de la noción de compañía por la de guarda, la interpretación del precepto debía haber tenido en cuenta otros extremos enormemente relevantes. Así, por un lado, la patria potestad

del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos» y la utiliza el propio Tribunal Supremo (cfr. entre otras, SSTs de 15-2-1999 y 15-12-1999).

(14) Así, DE ANOEL YAGÜEZ, *Comentario del Código Civil, artículo 1.903 del Código Civil*, Madrid, 1991, II, pág. 2004 y 2005, quien pone de manifiesto cómo ese fue el fundamento que inspiró a los redactores del artículo 1.384 del Code Civil.

ya no constituía el ejercicio de un poder atribuido al padre, donde al hijo poco más le quedaba que obedecer, sino que la patria potestad pasa a conceptuarse como el ejercicio de un derecho-deber, precisamente en beneficio del hijo, para así promover y atender al libre desarrollo de su personalidad y de conformidad con su dignidad (cfr. arts. 10.1., 27.2 y 39 CE), lo que supone la atribución al menor de edad de un mayor ámbito de libertad e independencia según la edad y su grado de madurez. Por consiguiente, ya en el propio Código Civil se tomaba en cuenta la voluntad del menor y la posibilidad del mismo para llevar a cabo determinadas actuaciones, sobre todo a partir de los dos últimos decenios. Así, en el ámbito del derecho de familia podía el menor contraer matrimonio, aunque con dispensa (art. 48 del Código Civil), otorgar capítulos matrimoniales (art. 1.329 del Código Civil) y, en el ámbito de la filiación, se le permitía llevar a cabo el reconocimiento de un hijo menor de edad (arts. 121 y 124), a la par que en la adopción se precisaba su consentimiento en cuanto adoptando mayor de doce años y escuchar su parecer si fuese menor de la citada edad (art. 177). Asimismo, en el ámbito del derecho patrimonial, si bien se le niega la capacidad para manifestar el consentimiento contractual (arts. 154, 162 y 1.263 del Código Civil), cuando el contrato pueda suponer la realización de prestaciones personales por parte del hijo, se exige que, además de la representación legal, medie el consentimiento del menor (art. 162) (15). De acuerdo con ello, no

(15) Otras manifestaciones de este mayor reconocimiento de la capacidad de actuación del menor se encuentran en las Leyes 11/1990, de 15 de octubre, y 18/1990, de 17 de diciembre, que modifican el Código Civil en materia de vecindad civil y nacionalidad, respectivamente, atribuyendo una actuación relevante al menor en cuanto a la adquisición de la nacionalidad o vecindad civil mediante opción (arts. 14.3, 20.2.6 y 21.3.b). Por último, no puede desconocerse la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que, de conformidad con lo dispuesto en su Exposición de Motivos («El ordenamiento jurídico español y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás»), impone la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar del menor (art. 2) y reconoce el derecho de éste a ser oído, en relación con todas las decisiones que puedan afectarle, no sólo en el ámbito familiar sino en cualquier proceso, ya sea administrativo o judicial (art. 9). Por último, la propia Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor, acorde con la nueva orientación de la situación del menor, mantiene una horquilla entre catorce y dieciocho años, al ser en estos casos la actuación del menor comprensible por él, dado su grado de desarrollo y madurez en que responde civilmente, y de forma directa, por los daños causados (E. de M. 4. **El art. 19 del vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fija efectivamente la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una ley independiente. También, para responder a esta exigencia, se aprueba la presente Ley Orgánica, si bien lo dispuesto en este punto en el Código Penal debe ser**

parece desacertado poder imputar responsabilidad al menor de edad que goza de la suficiente madurez o grado de discernimiento para comprender la entidad de sus actos. Y ello llevaría consigo, en estos casos, la responsabilidad del menor por los actos llevados a cabo, al devenir imputable civilmente, y, en su caso, la de sus progenitores, que, en este caso, no se articularía como una hipótesis de responsabilidad por hecho ajeno (art. 1.903) sino como hecho propio ex artículo 1.902 del Código Civil.

En tercer y último lugar, y para completar la triple perspectiva desde la que debe enfocarse el análisis de la responsabilidad de los padres, se torna necesario conocer las respuestas que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha barajado al respecto. Con ese enfoque, puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha caracterizado por establecer una doctrina que participa de las siguientes notas: En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantuvo inicialmente que la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos era una responsabilidad por culpa (entre otras muchas, SSTs de 24-3-1979, 18-5-1981, 22-4-1983, 10-5-1985, 10-7-1985 y 7-2-1991) y que resultaba posible liberarse de la misma mediante la prueba de que los padres actuaron conforme a la diligencia abstracta, de conformidad con lo que se contempla en el artículo 1.903 *in fine*. No obstante, esa prueba de la diligencia se ha exigido de forma tan rigurosa y severa que deviene prácticamente imposible a los padres liberarse de su responsabilidad con base en ella: (**«...pues como señaló esta Sala en senten-**

complementado en un doble sentido. En primer lugar, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable. En segundo término, 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 aquéllas 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) y la diferenciación de dos tramos en el interior de esa horquilla que permiten la adopción de medidas diversas (E. de M. 10. Conforme a los principios señalados, se establece, inequívocamente, el límite de los catorce años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal y se diferencian, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas).

cia de 17 de junio de 1980, 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"...», STS de 10-3-1983). Asimismo, es necesario manifestar que a partir de la sentencia de 17-6-1980, el Tribunal Supremo comenzó a sostener, en aras de la consecución de una reparación a ultranza, que la responsabilidad de los padres constituye un supuesto de responsabilidad por riesgo u objetiva (cfr. SSTs de 17-6-1980, 10-3-1983, 4-5-1983, 22-9-1984, 22-1-1991, 7-2-1991, 30-6-1995 y 1-3-2000. En esta última resolución se tilda la responsabilidad de semiriesgo).

En segundo lugar, ninguna relevancia se atribuye a la imputabilidad o inimputabilidad civil del menor que lleva a cabo el hecho que genera el daño y que ocasiona la atribución de responsabilidad a sus progenitores (cfr., entre otras, STS de 22-9-1984: («**CONSIDERANDO que efectuada esta fijación del tema en el aspecto fáctico, ya invariable en esta vía, es de recordar, por de pronto, que según ha declarado este Tribunal en sentencias de 17 de junio de 1980 y 10 de marzo de 1983, la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos realizados por los hijos que están bajo su potestad se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a aquéllos incumbe, que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad y la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, de manera que la responsabilidad dimana de omisión propia del padre, madre o tutor de dicho deber de vigilancia, con independencia del nivel de discernimiento del que se encuentra *in potestate*»), 7-2-1991 («...habida cuenta del contenido del artículo 1.903 antes citado, que contempla el legislador estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inserción de un matiz objetivo en la responsabilidad, obediente a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que pueda exonerar de aquélla el dato de no hallarse presente el padre cuando se comete el hecho ilícito, ya que de seguirse otro criterio se llegaría a la total irresponsabilidad civil en los hechos realizados por los**

menores de edad...»), y STS de 30-6-1995: «Es doctrina de esta Sala la de que la responsabilidad declarada en el artículo 1.903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad, y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, sentido que siguen numerosas sentencias de esta Sala, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *in potestate*, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer de criterios de riesgo en no menor proporción de los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia). Y esta consideración llama necesariamente la atención, no sólo porque es contraria a la realidad social, en cuanto destinataria de las normas jurídicas (cfr. art. 3 del Código Civil) o porque en algún ordenamiento jurídico de nuestro entorno, como el alemán, se toma en consideración el grado de madurez y discernimiento del menor en orden a la atribución de responsabilidad a sus padres, sino además porque el propio legislador ha promulgado normas en que la actuación del menor se toma en consideración, pese a su inimputabilidad (16).

2. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NORMA:
DE LA PRESUNCIÓN DE CULPA A LA RESPONSABILIDAD
OBJETIVA. LA INUTILIDAD DEL PÁRRAFO FINAL
DEL ARTICULO 1.903 DEL CÓDIGO CIVIL FRENTE
A LA REPARACIÓN A ULTRANZA. LA FALTA ABSOLUTA
DE ACOMODO ENTRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES
Y EL RECONOCIMIENTO DE UN MAYOR. ÁMBITO
DE ACTUACIÓN DEL MENOR

Como resulta de la lectura de alguna de las sentencias transcritas, es dable constatar que el Tribunal Supremo ha ido más allá en el establecimiento de la jurisprudencia, acerca de la responsabilidad de los padres, de lo que le permite la función de complemento que le atribuye el artículo 1.6 del Código Civil. En ese sentido, si se analizan las resoluciones judiciales que se han ocu-

(16) En el sentido del texto, examínese el Anexo, introducido por la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, en el que se establece como criterio (primero.2), a los efectos de exclusión o reducción de la indemnización. «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».

pado del presente tema, puede concluirse que el Tribunal Supremo, si bien admite en línea de hipótesis, y de conformidad con la previsión legal del último párrafo del artículo 1.903 del Código Civil, la exoneración de responsabilidad de los progenitores que actuaron de forma diligente, del examen particularizado de las diferentes ocasiones en que los progenitores argüían su actuación conforme a los parámetros exigibles de diligencia, se concluye el rechazo por parte del Tribunal Supremo de la acreditación de la falta de *culpa in vigilando* o *in educando* (cfr. entre otras muchas, SSTs de 21-4-1964, 29-12-1962, 14-4-1977, 10-3-1983, 22-4-1983). De ahí que en los supuestos en los que los padres trataban de acreditar su falta de negligencia, el Alto Tribunal exigía que la demostración de la diligencia empleada en la vigilancia o en la educación se tornase en extremo severa (cfr. STS de 10-3-1983). Por consiguiente, la facultad de exoneración de los padres en un régimen de responsabilidad civil por los actos de los hijos, donde el legislador presumía la culpabilidad de éstos, venía *de jacto* eliminada por la rigurosidad de la prueba de la diligencia requerida por el Tribunal Supremo, que conducía a la inviabilidad de la referida pretensión de los progenitores, y ello se tornaba en extremo grave si la citada jurisprudencia se ponía en consonancia con los siguientes extremos. En primer término, el propio Tribunal Supremo se encargaba de repetir que era irrelevante (17) e intrascendente la facultad de discernimiento del menor en relación con la responsabilidad de los progenitores. En segundo término, enlazada con la anterior afirmación, resultaba cuando menos chocante que mientras el legislador, a partir de las reformas del Derecho Civil en los ámbitos del Derecho de familia y de la persona, se decantaba claramente por atribuir una mayor preponderancia a las posibilidades de actuación del menor y un necesario respeto al consentimiento del mismo, o cuando menos a su opinión, que se inician en los años 81 y que han acontecido a lo largo de las dos últimas décadas, el Tribunal Supremo siga predicando la Írrelevancia de la capacidad de discernimiento o la madurez del menor de edad. Sin duda, la explicación, que no justificación, de mantener una interpretación que se enfrenta a la realidad social y al propio ámbito de actuación que las normas han ido paulatinamente reconociendo al menor, se encuentra en la voluntad de proteger al dañado por los actos de los menores, a menudo insolventes, y extender así la responsabilidad de los progenitores por los actos de los menores de edad. Sin embargo, ese análisis económico no consigue justificar la consolidación de la doctrina judicial enunciada.

En efecto, ello se enfrenta no sólo con la literalidad del precepto, sino además con las orientaciones, presentes en algún ordenamiento jurídico de

(17) Véase al respecto y en profundidad, DÍAZ ALABART, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *ADC*, 1987, págs. 845 a 848.

nuestro entorno, como el alemán, que propugnan la exoneración de los progenitores por los actos de sus hijos cuando éstos se hallan cercanos a la mayoría de edad, los denominados grandes adolescentes o grandes menores. En efecto, en el ordenamiento alemán es la norma legal (cfr. § 832.1 BGB) la que determina la exoneración de los padres si éstos acreditan que llevaron a cabo de forma correcta su deber de vigilancia o que, pese a no haberlo hecho, el resultado hubiera acontecido de igual forma. Criterio que la jurisprudencia alemana ha acogido, valorando la conducta de los padres, no sólo según la edad y circunstancias del menor, sino además de acuerdo con las circunstancias personales y económicas de los progenitores (18). En Italia, por el contrario, si bien en alguna ocasión los Tribunales han eliminado la responsabilidad de los padres por los actos de los menores de edad (grandes menores), no es la tónica general, toda vez que la jurisprudencia italiana se muestra reacia a la exoneración de los progenitores por los actos de sus hijos (19).

Por otra parte, como se desprende de la lectura de las referidas sentencias, la intención del Tribunal Supremo al extender la responsabilidad de los progenitores por los actos de sus hijos e impedir su exoneración, se encuentra en el intento de proteger a la víctima ante la habitual insolvencia de los menores de edad. Y ello, si bien puede obedecer a la finalidad de proteger a la víctima, no lo es menos que se lleva a cabo a costa del patrimonio de los progenitores, y contraviene la interpretación no sólo literal del artículo 1.903 del Código Civil, sino además la sistemática, pues la modificación de la regulación de la patria potestad y de las posibilidades de actuación del menor, en consonancia con el desarrollo de la personalidad del menor, exigen la atribución de una mayor autonomía e independencia al menor, que supone un menor control sobre el mismo, y, por ende, la producción de daños por la actuación del menor, pese a la correcta educación y vigilancia de sus progenitores, y no se adecúa en demasía con la interpretación de las normas de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. En ese orden de ideas, no puede convertirse a los progenitores en la Aseguradora de todos aquellos que sufran daños a consecuencia de la actuación de los menores de edad (20), ni tampoco parece adecuado hacer respon-

(18) Un análisis detallado de la legislación, doctrina y jurisprudencia alemana, puede consultarse en GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, 1992. En particular, en relación con la responsabilidad de los padres y acerca de su contenido y extensión, véase págs. 224 y 225, 289 y 318 a 344.

(19) DÍAZ ALABART, *op. cit.*, págs. 847 y 848. Asimismo, la Cour de Cassation se ha decantado, al igual que entre nosotros el Tribunal Supremo, por la configuración de la responsabilidad de los padres como objetiva. En particular, examínense al respecto las sentencias de fecha 9 de mayo de 1984 y las de 19 de febrero de 1997. Con detalle, y acerca de ese extremo, cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 97 a 101.

(20) Como hace años señaló BLANC (*La responsabilité des parents*, París, 1952, pág. 3). Certeramente ha puesto de relieve PANTALEÓN PRIETO («Comentario a la STS

der a los padres por hechos de otro, cuando si el hecho lo hubiera llevado a cabo un mayor de edad, no cabría imputar responsabilidad.

Por otra parte, a partir de 1980 (STS de 17-6-1980) el Tribunal Supremo ha establecido y mantenido que el fundamento de la atribución de la responsabilidad a los progenitores no descansa sólo en la culpa o negligencia de los mismos, sino también en una responsabilidad objetiva que responde a criterios de riesgo (con esa misma orientación, SSTs de 10-3-1983, 4-5-1984, 22-9-1984, 22-1-1991, 7-2-1991, 30-6-1995 y 1-3-2000). Ante ello es necesario criticar la citada doctrina jurisprudencial por diversos motivos. Primero, porque no parece muy correcto determinar que la responsabilidad de los padres es subjetiva, o por culpa, y a la vez señalar que responde a criterios objetivos (**«Del contenido del artículo 1.903 antes citado, que contempla el legislador estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inserción de un matiz objetivo en la responsabilidad, obedeciendo a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad...»**, STS de 22-1-1991). En efecto, la atribución de responsabilidad puede descansar en una exigencia subjetiva, como la falta de diligencia, presumida o no, que es la que fundamenta el artículo 1.902 y 1.903 del Código Civil, o bien en la ausencia de ésta, imponiéndose la obligación de reparar cuando el daño causado se deriva de la realización de hechos respecto de los que el legislador considera que debe responderse, pese a la ausencia de culpa, actuando únicamente como criterio exonerador la denominada fuerza mayor. En ese sentido, la normativa específica sobre accidentes nucleares, circulación de vehículos a motor, navegación aérea, ejercicio de la caza o daños ocasionados por productos defectuosos constituye un claro ejemplo. Pero es que, al margen de la existencia de supuestos legales de responsabilidad objetiva, la jurisprudencia ha empleado la denominada responsabilidad por riesgo, para atribuir la obligación de reparar el daño ocasionado a quien, no obstante la ausencia de culpa, lleva a cabo una actividad que es potencialmente peligrosa y que ocasiona daños con base en que quien se beneficia o lucra de esa actividad, debe asumir también la reparación de los daños que genera (*ubi commodum, ibi incom-*

de 22-9-1984», en *CCJC*, 6, pág. 1990): **«No tengo nada en contra de que las víctimas inocentes sean indemnizadas; el problema es quién debe pagar la indemnización y por qué. No hay ninguna razón de justicia, a mi juicio, por la que los padres inocentes tengan hoy que responder por los hechos dañosos de sus hijos menores (al menos, a partir de una cierta edad): la "solidaridad familiar" es ya un mito o, peor, un prejuicio. Una cosa es "socializar el riesgo" y otra muy distinta "hacer caridad a costa del bolsillo ajeno" (...) Los hijos han dejado de pagar por los "pecados" de sus padres. Va siendo hora, pues, de que los padres dejen de pagar por los "pecados" de sus hijos»**. A favor también de exonerar o reducir la obligación de indemnizar de los progenitores cuando no media por su parte culpa o negligencia y se trata de un «gran menor», puede examinarse el excelente trabajo de DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 857.

modum). Responsabilidad por riesgo que ha sufrido además una relevante extensión por parte del Tribunal Supremo, al predicar la obligación de reparar con ocasión del daño originado no sólo por el riesgo derivado de una actividad que produce beneficios, sino también por toda actividad, lucrativa o no, que sea susceptible de generar el daño. Por tanto, se incluye en el ámbito de la responsabilidad por riesgo el denominado riesgo-beneficio y el riesgo-creado (21). De ahí que sea incoherente el tratar de justificar la responsabilidad de los padres en ambos fundamentos, puesto que si realmente la responsabilidad fuera por riesgo, sobraría la exigencia de un parámetro subjetivo como la culpa. Y, en cambio, si la responsabilidad se funda en la falta de diligencia de los padres, el criterio del riesgo, sin perjuicio de incidir de nuevo sobre ello, no justificaría la atribución de responsabilidad a los mismos.

En segundo lugar, es oportuno advertir que la responsabilidad por riesgo u objetiva (22), amén de que es innecesario fundarla en la infracción de los

(21) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, 1988, págs. 96 a 102.

(22) En las últimas resoluciones judiciales del Tribunal Supremo se emplea la denominación de responsabilidad cuasi-objetiva: STS de 1-3-2000: «**Los hechos probados conforman culpa del artículo 1.902 del Código Civil y, según la jurisprudencia de esta Sala, resultan responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía, tratándose de una responsabilidad por semi-riesgo con proyección de cuasi-objetiva que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho** (sentencias de 10-3-1983, 22-1-1991 y 7-1-1992). Se trata de culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad (sentencias de 24-3-1979, 17-6-1980, 10-3-1983, 7-1-1992 y 29-5-1996)» o STS de 30-6-1995: «Es doctrina de esta Sala la de que la responsabilidad declarada en el artículo 1.903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, sentido que siguen numerosas sentencias de esta Sala, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *in potestate*, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer de criterios de riesgo en no menor proporción de los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia (sentencias de 14 de marzo de 1978, 24 de marzo de 1979, 17 de junio de 1980, 10 de marzo de 1983, 22 de enero de 1991 y 7 de enero de 1992). Doctrina jurisprudencial que conduce a la desestimación del motivo al no resultar desvirtuado el elemento fáctico, la omisión del deber de vigilancia que pesaba sobre el recurrente respecto de su hijo menor de edad, fundamento de la declaración de la responsabilidad que se atribuye en la sentencia impugnada al padre del menor lesionado».

Compárese la rigurosidad y exigencia en cuanto a la aplicación de la responsabilidad por riesgo se refiere, respecto a los progenitores por los actos de sus hijos, desde la óptica del principio *pro damnato*, con la doctrina del propio Tribunal Supremo acerca de la responsabilidad por riesgo para otras hipótesis, en que su empleo se efectúa con

deberes de vigilancia de los padres, porque para eso ya existe la responsabilidad por *culpa in vigilando* del artículo 1.903 del Código Civil, se enfrenta con el último apartado del artículo 1.903 del Código Civil, según el cual: **«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»**. El dato legislativo permite mantener, contra el parecer del Tribunal Supremo, para quien el artículo 1.903 del Código, aunque sigue a un precepto basado en la culpa, no precisa la culpabilidad (explícitamente lo afirma así la STS de 30-6-1995), que la responsabilidad de los padres descansa en la noción de *culpa in vigilando* o *in educando*, pero que no constituye una hipótesis de responsabilidad objetiva. Y ello es tanto más importante, puesto que si se parte de la literalidad del artículo, ausencia de responsabilidad de los padres si acre-

mayores cautelas: STS de 9-3-1998: «TERCERO.—En relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, encontrándose en la línea jurisprudencial indicada, las sentencias, entre otras, de fechas 29 de marzo y 25 de abril de 1983; 9 de marzo de 1984; 21 de junio y 1 de octubre de 1985; 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986; 19 de febrero y 24 de octubre de 1987; 5 y 25 de abril y 5 y 30 mayo de 1988; 17 de mayo, 9 de junio, 21 de julio, 16 de octubre y 12 y 21 de noviembre de 1989; 26 de marzo, 8, 21 y 26 de noviembre y 13 de diciembre de 1990; 5 de febrero de 1991; 24 de enero de 1992; 5 de octubre de 1994; 9 de marzo y 9 de junio de 1995; 4 y 13 de febrero de 1997 y 28 de abril, 9 de junio y 26 de septiembre de 1997, así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículo de motor. El conjunto de tales declaraciones jurisprudenciales en su proyección a la posible responsabilidad a imputar a los centros hospitalarios por la vía indicada, tendría que ser indagada a través de las medidas de seguridad, control y vigilancia adoptadas, para cada caso concreto, en definitiva, por *culpa in eligendo* o *in vigilando*, es decir, exigiéndoles, desde el punto de vista de organización de los servicios, una individualización en la adopción de las medidas o medios materiales y personales en orden al caso particular de que se trate».

ditan su diligencia en la vigilancia o educación, el resultado que se obtiene se adecúa con la regulación actual del derecho del menor, que exige el reconocimiento de una mayor actuación eficaz del mismo y la necesidad de un menor control y una mayor autonomía según su edad y grado de madurez, así como con la realidad social en que la norma, el artículo 1.903 del Código Civil, debe ser aplicado.

Por último, no sólo las consideraciones anteriores, respecto a la incongruencia de exigir dos fundamentos para la responsabilidad de los padres que se excluyen entre sí o el destierro del inciso final del artículo 1.903 del Código Civil para poder predicar la responsabilidad por riesgo, justifican el rechazo de la doctrina jurisprudencial, sino es que además la persecución a ultranza de la reparación de la víctima, a costa en todo caso de los patrimonios de los progenitores, no puede técnicamente residenciarse en una responsabilidad por riesgo. Y ello, no sólo porque no existiría ningún beneficio económico que justificara la condena de los progenitores, a la par que si se intenta argüir que el beneficio es de índole moral o no material, basta con destacar que el ejercicio de la patria potestad, de la que derivan las obligaciones de educación y vigilancia (art. 154 del Código Civil), no se actúa en beneficio de los progenitores, sino al contrario, es el beneficio e interés del menor el principio rector que atraviesa la regulación de la patria potestad desde la reforma de 1981. Añádase, por último, que de la lectura de las sentencias del Tribunal Supremo se desprende que se razona con argumentos propios de la responsabilidad por riesgo-beneficio y con claro sustento en la responsabilidad del empresario (las alusiones a la complejidad de la vida y al aumento de riesgos, presentes en las STS de 10-6-1983) (23), y que además se alcanza siempre, a través del referido expediente, la condena de los progenitores por los actos de sus hijos, aún cuando hayan actuado de forma diligente y adecuada, para así proteger a la víctima desde la consideración que existe un riesgo atribuible a los padres por el simple hecho de ser tales.

3. LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA EL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD. ESPECIAL ATENCIÓN A LA IRRELEVANCIA DE LA MADUREZ DE LOS HIJOS SUJETOS A POTESTAD Y EL CONCEPTO DE GUARDA. ¿RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO O RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO?

A partir de la modificación del artículo 1.903 del Código Civil, derivada de la instauración de un nuevo régimen de la patria potestad, filiación y

(23) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pág. 99.

régimen económico-matrimonial, los requisitos que deben concurrir para que pueda exigirse responsabilidad directa a los progenitores por los actos de sus hijos son los que siguen. En primer lugar, se precisa, a diferencia de la anterior regulación, que exigía que se tratara de un hijo menor que habitase en compañía de su padre, que el menor que ha causado el daño se encuentre bajo la guarda de los padres. Y, en segundo lugar, es de ver cómo el precepto, modificado en 1981, no toma en cuenta, ni de ello extrae consecuencias, la diferencia que existe, a mi juicio notable, entre que el hecho dañoso lo haya cometido un menor de edad inimputable civilmente o, por el contrario, el daño derive de la realización de un hecho dañoso por un menor de edad imputable civilmente, por ejemplo, un adolescente cercano a la mayoría de edad. De ambas cuestiones parece necesario ocuparse en este momento.

Por lo que atañe a la noción de guarda, conviene poner de relieve que mientras bajo la anterior normativa los padres respondían por los daños causados por los hijos menores de edad que estuviesen en su compañía, y bajo una conceptualización de la patria potestad como poder que el padre, y en su defecto la madre, ejercitaban sobre los menores, ahora, en cambio, de conformidad con una patria potestad diseñada en beneficio e interés del menor, no se requiere que el hijo esté en compañía de los progenitores, sino bajo su guarda, a la par que al suprimirse la anterior referencia a los menores de edad, se incluye hoy en el supuesto de hecho del precepto, sin dificultad, la hipótesis de la patria potestad prorrogada o rehabilitada (art. 171 del Código Civil). Asimismo, entiendo que el menor emancipado queda fuera del precepto (24), toda vez que la emancipación origina la extinción de la potestad y además habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (arts. 154 y 323 del Código Civil y art. 2 LO 1/1996, de 15 de enero). Y todavía una precisión más. El concepto de guarda no debe presuponer necesariamente la convivencia, aunque en la mayoría de ocasiones sea así, lo que lleva consigo la posibilidad de exigir responsabilidad a los padres por los hechos dañosos de los hijos cuando, pese a no convivir con ellos, por diferentes motivos, se encuentren no obstante bajo su guarda (25).

(24) En el sentido del texto, YZQUIERDO TOLSADA, «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, págs. 838 y sigs.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pág. 67, y GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad*, págs. 299 y 300.

(25) Entienden que la convivencia debe concurrir para la exigencia de la responsabilidad, al ser un presupuesto de la guarda, DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1985, pág. 645; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, II, Madrid, 1984; *Comentario al artículo 154*, pág. 1049, y ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 486 y 487. En cambio, admiten la posibilidad de que existan supuestos de guarda, sin presuponer en todo caso la convivencia, SANTOS BRIZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*,

Y ello no es baladí, puesto que va a evidenciar que la *culpa in vigilando* no puede actuar como fundamento de la responsabilidad paterna, al no existir convivencia, mientras que sí puede basarse la misma en la *culpa in educando*.

Por otra parte, si bien ambos progenitores responden, de forma directa y solidaria, cuando ejercen conjuntamente la patria potestad (cfr. art. 156 del Código Civil), conviene detenerse, siquiera de forma breve, en aquellos supuestos en que el ejercicio de la potestad corresponde sólo a uno de los padres. Así podría entenderse que en aquellos supuestos en que la patria potestad se ejerce exclusivamente por uno de los progenitores, ya sea por ausencia, incapacidad o imposibilidad (cfr. art. 156.4 del Código Civil) o bien a resultas de una crisis matrimonial, sea de hecho o judicial, debe responder aquel progenitor que ostenta la guarda y custodia de los hijos. Y únicamente pareciera que puede responder el otro progenitor, cuando en ejercicio del denominado derecho de visita el hijo lleve a cabo un hecho dañoso (26). Es de notar que esa solución encuentra su fundamento en la denominada *culpa in vigilando*, por cuanto sólo cabe exigirle responsabilidad a quien con su falta de diligencia en la vigilancia permite que el menor lleve a cabo el daño. En cambio, si se opta por residenciar la atribución de responsabilidad en la *culpa in educando*, es obvio que el hecho de que el menor se encuentre en compañía de uno de los progenitores, mientras se lleva a cabo el derecho de visita o de relación, no impediría la responsabilidad del otro progenitor (27).

XXIV, Madrid, 1984, pág. 571. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pág. 62, y GÓMEZ CÁELE, *La responsabilidad*, pág. 305.

(26) Así, GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, págs. 304 a 314; DÍAZ ALABAR?, *op. cit.*, pág. 823. En contra, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pág. 128 a 137, para quien el no ostentar la guarda, en supuestos de crisis matrimoniales, no puede determinar automáticamente la liberación del progenitor, mientras que DE ÁNGEL YAOÜEZ afirma que «Respecto a daños causados por el menor durante el desarrollo del llamado "derecho de comunicación" por parte del cónyuge bajo cuya guarda no está el hijo, si se adopta como criterio justificativo de la responsabilidad el de la *culpa in educando*, parece que habrá de exigirse al cónyuge que tiene bajo su guarda al menor, salvo que el otro consorte hubiera participado antes en la labor educativa, en cuyo caso respondería también. Si se sigue el criterio de la *culpa in vigilando*, la responsabilidad sería del cónyuge con el que se halla de hecho el menor en ese momento».

(27) De ahí que con acierto ASÚA GONZÁLEZ manifieste que «¿Debe ser ese progenitor guardador el único responsable? La respuesta afirmativa a la pregunta planteada puede resultar insatisfactoria incluso desde la perspectiva subjetivista de la letra del precepto. Y mucho más lo es desde la lectura objetivadora que, en la actualidad, se realiza del mismo. La guarda comprende únicamente el derecho-deber de tener a los hijos consigo y atender a sus necesidades materiales, afectivas y educativas, en la medida que se encuentren vinculadas a esa convivencia que la guarda implica; pero la dirección de la vida del menor en todos los aspectos relacionados con su formación integral constituye un deber y facultad integrado en

El Tribunal Supremo, en sentencia de 27-9-1990, determinó, con ocasión de los daños que había ocasionado un menor de edad que se encontraba con el padre, que al haberse conferido la guarda y custodia a la madre, la interpretación de la noción de guarda debe llevarse a cabo de modo flexible y, por tanto, la atribución de responsabilidad al progenitor con quien se encontraba el menor no vulnera el artículo 1.903 del Código Civil: **«Tampoco se ha conculcado el artículo 1.903, puesto que en el caso de autos su aplicación ha sido correcta por concurrir todos los requisitos en él exigidos. Dice el recurrente que el texto legal vigente establece que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda y que el menor hijo del recurrente, por separación judicial de sus progenitores, quedó, según convenio regulador, bajo la guarda de la madre. Siendo ciertas estas afirmaciones del recurrente, 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, dada la edad del menor, diecisiete años, se le autorizaba a acudir y permanecer, según su voluntad, en las esferas de relación paterna y materna. Y la sentencia recurrida ha declarado probado que el accidente se produjo cuando el hijo estaba bajo la custodia del padre»**. Como es de ver, ningún pronunciamiento efectúa el Tribunal Supremo acerca de la responsabilidad del otro progenitor y del fundamento en el caso concreto de la responsabilidad paterna, y ello si bien es explicable dentro de los límites en que se desenvuelve el recurso de casación planteado, en relación con el principio de congruencia (anterior art. 359 LEC y vigente art. 218 LEC), al impugnarse la sentencia de la Audiencia por aplicar el artículo 1.903, sin que concurra el requisito de estar bajo la guarda del progenitor condenado, deja sin resolver la cuestión aquí planteada: ¿cabría en casos como el presente fundar una condena del otro progenitor por *culpa in educando*, toda vez que deviene inviable por la falta de vigilancia del menor? En mi opinión, al llevar consigo la patria potestad el deber de procurar la formación y desarrollo integral del menor, y dado que ese deber no se agota con las funciones de guarda, sino que corresponde a ambos padres, en cuanto titulares de la patria potestad, nada debería obstar para exigir responsabilidad al progenitor que no ostenta la guarda, precisamente con base en ese deber de dirección y formación integral del menor que le incumbe en cuanto padre, lo que supone, en su caso, el nacimiento de la responsabilidad por *culpa in educando*.

el ejercicio de la patria potestad (SEISDEDOS). Si se imputara responsabilidad por *culpa in educando* o *in vigilando*, habría muchos casos en los que, desde la perspectiva de la diligencia, no se vería más razón para atribuir tal responsabilidad al guardador que al otro coejerciente de la patria potestad».

Por último, en cuanto a los límites de la guarda de los progenitores, es preciso entender, sin perjuicio de examinar más adelante la posibilidad de que concurren ambas responsabilidades, que la guarda de los padres cesa cuando se inicia el deber de vigilancia y educación por parte de los centros docentes, y, en este orden de ideas, el Tribunal Supremo suele referirse en estos supuestos a delegación de la guarda, a la par que entiende que la guarda que corresponde a los centros docentes no cabe interpretarla de forma rígida, sino flexible y en atención a las circunstancias del caso y a la confianza que la actuación del centro hubiera generado en los padres, lo que, a no dudar, supone una importante dosis de inseguridad en cuanto a los parámetros temporales de la responsabilidad de los centros docentes (cfr. STS de 3-12-1991: «**TERCERO.—El motivo segundo, por la vía del artículo 1.692.5 LECiv., acusa infracción del inciso segundo del artículo 1.903 del Código Civil en relación con su inciso último. Se desarrolla, argumentando que el padre de la menor no tenía ni la guarda inmediata ni mediata de su hija porque la había confiado al centro escolar donde recibía educación; que la prueba practicada ha revelado que era habitual tener el patio de recreo abierto, después de terminada la jornada de mañana y la de la tarde durante un margen de tiempo antes del cierre (lugar y espacio temporal en el que ocurrió el accidente); y que, en consecuencia, el deber de guardia y custodia sobre los menores era exclusivo del centro en ese tiempo. El motivo ha de ser acogido. En efecto, el accidente se produjo en las circunstancias antedichas y así lo reconoce como hecho probado la sentencia de instancia en el ámbito del centro escolar a donde iban como alumnos el menor lesionado y la menor causante de la lesión. Es claro que el padre de ésta no ejercía su labor de guarda, que se entiende por la común experiencia que delega en el centro, y de ahí que mal puede fundarse su responsabilidad en el párrafo 2 del artículo 1.903 del Código Civil. Esta obligación de guarda renace desde el momento en que el centro escolar acaba la suya, que no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase, cosa por completo absurda, sino con la suficiente flexibilidad que cada caso demande. Si es habitual en el centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuenten con que hasta entonces están en el centro y vigilados por su personal. Distinto hubiera sido si el centro recurrido tuviese establecido como norma el cierre inmediato de todas sus instalaciones acabada la jornada, porque entonces sí estaban obligados los padres a prever este hecho y la guarda inmediata de sus hijos menores. En el caso de autos, las pruebas practicadas ponen de relieve que era la primera de las situa-**

ciones la que se daba, por lo que era el centro escolar el que exclusivamente tenía a su cargo el deber de vigilancia, y no, como establece la sentencia recurrida, los padres además; superprotección que no se explica porque hubiera de darse en ese momento solamente».

El segundo de los requisitos que cabe exigir para que los padres puedan ser considerados responsables no se encuentra explicitado en el artículo 1.903 del Código, a diferencia de lo que acaece en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano (art. 2.046 del Codice Civile de 1942) o el alemán (§832 en relación con el §276 BGB), consistente en que el hecho del menor que ocasiona el daño pueda ser objetivamente imputable (28). Y acerca de este extremo, debe una vez más ponerse de manifiesto la disconformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, ya se ha expuesto que, de forma reiterada, el Tribunal Supremo considera que la falta de imputabilidad del menor de edad deviene irrelevante y no puede ser opuesta para liberar a los padres de la responsabilidad que les impone el artículo 1.903 del Código Civil. Sin embargo, no cabe, a mi juicio, predicar la irrelevancia o intrascendencia de la imputabilidad o inimputabilidad del menor de edad, sino que la misma repercute en la solución que deba darse a la atribución de responsabilidad a los menores.

Si se parte de las anteriores consideraciones y se ahonda en el problema, no es posible convenir con la doctrina del Tribunal Supremo, expuesta, entre otras, en las sentencias de 14-4-1977, 10-3-1983, 22-9-1984 y 30-6-1995. Y ello por las razones que a continuación se enuncian. Según la conceptualización que de la responsabilidad de los progenitores ha llevado a cabo el Alto Tribunal, caracterizada como responsabilidad por riesgo y objetiva, la conclusión que se alcanza es que siempre que un menor de edad cause un daño, los padres van a responder de forma directa por los daños causados por aquél, sin posibilidad de liberarse, y sin que importe la imputabilidad o no del menor, puesto que responden por culpa (cuando de hecho se trata de una responsabilidad objetiva) propia (29). Si se mantiene la tesis jurisprudencial, las conclusiones que se obtienen no son de recibo, por cuanto si el hecho dañoso lo comete un mayor de edad imputable, éste va a responder, conforme al artículo 1.902 del Código Civil, si media culpa o dolo, mientras que si lo comete un menor de edad, y se prescinde de si el acto generador del daño y llevado

(28) Aunque sí como hemos visto en uno de los criterios (primero, dos) establecidos por la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de supervisión y ordenación de los seguros privados.

(29) Nótese no obstante que mientras el Tribunal Supremo predica la responsabilidad objetiva de los padres, con base en la noción de riesgo (sic), en los supuestos de crisis matrimoniales donde el mantenimiento de esa concepción debería llevarle a atribuir la responsabilidad a ambos padres, limita la obligación de responder a quien se le ha conferido la guarda y custodia del menor (cfr. STS de 27-9-1990).

a cabo por el menor puede tildarse de culposo o negligente (acto ilícito en la terminología del BGB —&832—), se posibilitaría, y realmente así sucede en algunas resoluciones judiciales, que un acto que constituiría un caso fortuito y exoneraría a un mayor de edad, va a originar la condena de los progenitores, al ser irrelevante el grado de imputabilidad en el menor y al no poderse liberar los padres de su responsabilidad, de conformidad con la mutación de la responsabilidad por culpa del artículo 1.903 del Código Civil en responsabilidad objetiva, mediante, entre otros expedientes, la inutilidad práctica de intentar acreditar que se actuó con la diligencia debida.

De ahí que sea conveniente afirmar, en primer lugar, que me parece adecuado entender que la responsabilidad de los progenitores sólo puede imponerse cuando la actuación del menor pueda ser considerada negligente o culpable desde un punto de vista objetivo y, por consiguiente, cuando el daño se debió a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor (cfr. art. 1.105 del Código Civil) no cabría atribuir la responsabilidad del acto del menor fortuito a los progenitores, puesto que en tal caso ninguna falta de diligencia en la vigilancia o educación de su hijo menor cabe atribuirles (30). Y, en segundo lugar, que la forma en que responden depende de si pueden ser considerados o no como imputables. Así, es preciso sumarse a la opinión de que la inimputabilidad civil no se situaba bajo la vigencia del anterior Código Penal en los dieciséis años (31), ni bajo el actual en los dieciocho, sino que la imputabilidad civil debe determinarse caso a caso, según el grado de discernimiento y madurez del menor en relación con la comprensión de las consecuencias de sus actos.

De ahí que si el menor de edad puede considerarse inimputable civilmente, la responsabilidad de los padres del mismo deberá imponerse cuando el hecho llevado a cabo por el menor pueda ser considerado como negligente, desde un punto de vista objetivo, lo que significará la responsabilidad directa de los progenitores y que hallará su justificación en la falta de vigilancia o educación del menor de edad. En cambio, si el menor de edad puede reputarse imputable, en atención a su edad y grado de madurez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil, cabrá atri-

(30) Pese a que la jurisprudencia española e italiana se decantan por imponer la responsabilidad a los padres, en atención al principio *pro damnato*, aunque se trate de una actuación del menor que podría ser calificada como no negligente desde una óptica objetiva, en la doctrina española se han pronunciado en pos de la ausencia de responsabilidad de los padres, LEÓN GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, IV, Pamplona, 1969, pág. 288; PANTALEÓN PRIETO, *Comentario a la STS de 10-3-1983*, cit., págs. 452 y sigs.; DÍAZ ALABART, *op. cit.*, págs. 874 y sigs., GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, págs. 290 y sigs.

(31) PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, págs. 455 y 456, y DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 876, nota 222.

buirle responsabilidad directa al propio menor por los daños originados y asimismo a sus progenitores, siendo esta responsabilidad, no por hecho propio como en el supuesto anterior, sino por hecho ajeno, lo que permitiría, en línea de principio, la posibilidad de repetición que se contempla en el artículo 1.904 del Código Civil (32).

Añádase, por último, que con esta solución que se propone se obtiene una respuesta homogénea entre el imputable civil y el imputable penal, entre catorce y dieciocho años, puesto que la vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor establece la responsabilidad solidaria del menor y de sus padres (art. 61.3: **«3. 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»**), con fundamento en la falta de diligencia de los padres, al igual que en la lectura que se propugna del artículo 1.903 del Código Civil, lo que justifica que el precepto conceda a los tribunales la facultad de moderar la responsabilidad de los padres, en aquellos casos en que no exista culpa grave o dolo, lo que si bien permite afirmar que se está ante una responsabilidad por culpa, al concebirse la posibilidad de moderar la indemnización que se deriva de culpa (cfr. art. 1.103 del Código Civil), mayores dificultades presenta sustentar que realmente se está ante una facultad moderadora, puesto que lo que hará el Tribunal será determinar el grado de intervención que cabe atribuir en la causación del daño al menor y a sus progenitores.

(32) PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, págs 452 y 453, y DÍAZ ALABART, *op. cit.*, págs. 876 y 877. Apuestan ambos autores por la responsabilidad solidaria del menor imputable civilmente con sus progenitores. No obstante, la autora citada consideraba, bajo la vigencia del Código Penal anterior, en el que se determinaba la imputabilidad penal en los dieciséis años, que era necesario distinguir: **«Por ello, me inclino por una solución intermedia del problema. Es decir, creo que los civilmente inimputables responden objetivamente y en forma subsidiaria.**

Los civilmente imputables responden solidariamente con sus guardadores hasta los dieciséis años, con una responsabilidad basada en la culpa, porque, efectivamente, así puede entenderse a tenor del artículo 1.902 del Código Civil en relación con el artículo 1.903 del Código Civil. Los imputables civiles de más de dieciséis años, menores, responden también por culpa, pero ni subsidiariamente ni tampoco en forma solidaria, sino que responden ellos solos por aplicación analógica del artículo 19 del Código Penal».

No obstante, téngase en cuenta que la atribución de la acción de regreso precisa, para aquellos supuestos en que la responsabilidad exigida a los padres derive de la comisión por el mero hecho de un acto que pueda ser reputado delito o falta, la adopción del criterio de concurso de normas, lo que permitiría la aplicación del artículo 1.904 del Código Civil.

4. LA POSIBILIDAD DE EXIGIR DE FORMA DIRECTA A LOS HIJOS LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS ORIGINADOS.
ANÁLISIS DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO PENAL Y DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR DE 12-1-2000

El régimen de responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos, contenido en el artículo 1.903 del Código Civil determina la atribución de responsabilidad directa de los progenitores por los actos de sus hijos que se encuentran bajo su guarda. Ya se ha indicado en el epígrafe anterior que la noción de guarda, si bien habitualmente presupone la convivencia, ello no tiene por qué acontecer en todo caso, lo que origina, en línea de principio, que los daños causados por los menores de edad sometidos a la guarda de sus padres ocasiona la responsabilidad directa y solidaria de los mismos. Por el contrario, ahora se trata de examinar en qué casos es viable exigir de forma directa la responsabilidad a los hijos.

En primer lugar, en el ámbito civil es adecuado reseñar que respecto de los hechos que originen daños llevados a cabo por el menor emancipado (arts. 154 y 323 del Código Civil), al haberse extinguido en relación con el mismo la patria potestad, la responsabilidad del menor emancipado podrá serle exigida conforme al artículo 1.902 del Código Civil, siendo inoperante, al no hallarse el emancipado bajo la guarda de sus padres, la exigencia de responsabilidad de los padres según el artículo 1.903 del Código Civil.

Por lo que atañe a los menores de edad que se encuentran bajo la patria potestad, se ha tenido ocasión de analizar cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece la condena de los padres con fundamento en una interpretación del artículo 1.903 del Código Civil que reputaría la responsabilidad de los padres como una hipótesis de responsabilidad por riesgo y objetiva, sin distinguir la edad ni el grado de madurez de los menores sujetos a potestad (véanse, entre otras, las SSTs de 22-1-1991, 7-2-1991 y 22-8-1992), lo que supone una aplicación homogénea de la línea jurisprudencial establecida, que se enfrenta no sólo a la realidad social, en cuanto destinataria de la aplicación del artículo 1.903 del Código Civil, en la que los menores de edad, con un determinado grado de madurez y discernimiento, requieren de una cierta dosis de autonomía de actuación y donde el control de los padres ha de ser mucho más flexible, sino a la propia evolución legislativa que nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido en materia de menores, y a la que antes ya se ha hecho referencia.

Con anterioridad, bajo la vigencia del anterior Código Penal, al amparo de lo que prevenía el artículo 20.1 del citado texto legal, y mediante la aplicación analógica del mismo, se proponía la responsabilidad subsidiaria del menor de edad, cuando sus padres acreditaban su actuación diligente o bien éstos eran insolventes. Aunque existían autores que, certeramente, di-

ferenciaban según se tratase de un menor de edad imputable civilmente o no, para proclamar en el primer caso la responsabilidad directa, y no subsidiaria, del menor y solidaria con sus progenitores (PANTALEÓN, DÍAZ ALABART, GÓMEZ CALLE) (33), se trataba de una opinión doctrinal minoritaria. En cambio, en la actualidad, con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, se determina, para los ilícitos penales cometidos por el menor de edad, entre catorce y dieciocho años, la responsabilidad directa del menor y solidariamente la de sus padres, si medió por parte de éstos culpa o negligencia. Y asimismo el vigente Código Penal (cfr. art. 118 y 120.1 CP) consagra también la responsabilidad directa de los incapaces y de los sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada (34). Pues bien, esa regulación penal, respecto de menores e incapaces, admite la misma solución que se propugna con parte de la doctrina en relación con la responsabilidad directa del menor debido a los ilícitos civiles cometidos.

Por consiguiente, a mi entender, lo adecuado sería diferenciar entre aquel menor que deviene imputable civilmente, sin que pueda fijarse la referida imputabilidad en una edad concreta, como se hace en la regulación penal del menor —a partir de catorce años—, esto es, aquél que según su grado de discernimiento pueda comprender el acto generador del daño y las consecuencias del mismo, y el que no lo es. En el primer caso, al igual que lo hacen las normas penales ya referidas, cabría imputarle responsabilidad directa al menor, ex artículo 1.902 del Código Civil, y respondiendo sus padres ex artículo 1.903 del Código Civil, si medió por su parte culpa o negligencia (para el Tribunal Supremo siempre), con la admisión, en este caso, del derecho de retorno a favor de los padres que previene el artículo 1.904 del Código, puesto que se responde por el hecho de otro que es imputable, mientras que si el menor es inimputable, cabría exigir responsabilidad directa a los padres, derivada de la falta de diligencia propia en la vigilancia o educación del menor. De este modo, se conseguiría una cierta homologación entre dos regímenes diversos: la responsabilidad civil derivada de delito o falta y la responsabilidad derivada de ilícito civil, cuando el

(33) También apuesta por esta solución, ASÚA GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Civil II*, Madrid, 2000, pág. 476.

(34) El artículo 118.1 dispone: «En los casos de los números 1.º y 3.º son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables», mientras que el artículo 120.1 establece que «Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos 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».

causante del daño es un menor imputable, en cuyo caso se mantendría por ambas regulaciones la responsabilidad directa del menor de edad y la de sus padres de forma solidaria (art. 61.3 de la LO 5/2000 y art. 118 CP) (35). Las diferencias existentes se derivarían no sólo de la imputabilidad civil, que no se establecería conforme a los criterios de la regulación penal, sino que requeriría de un examen particularizado en cada caso, sino además porque, a diferencia de la regulación civil que presume la negligencia de los padres (art. 1.903 del Código Civil), trocada en responsabilidad por riesgo u objetiva por el Tribunal Supremo, los artículos 118 y 120.1 del Código Penal, en su literalidad, exigen la prueba de la culpa o negligencia, y no la presumen (siempre que haya mediado por su parte culpa o negligencia), mientras que el artículo 61.3 LO 5/2000, como se indicará, parte de la configuración objetiva de la responsabilidad de los padres.

5. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN LA LRPM: IMPUTACIÓN OBJETIVA O SUBJETIVA DE LOS PROGENITORES, COMPATIBILIDAD DE RESPONSABILIDADES Y EXISTENCIA DE LA ACCIÓN DE REGRESO CONTRA LOS CAUSANTES DEL DAÑO

La vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores, suscita una serie de problemas que inciden sobre extremos diversos. Sin ánimo de exhaustividad (36), pretendo

(35) En cambio, el artículo 120 CP, respecto de los daños causados por los mayores de edad sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada, establece la responsabilidad de los padres, pero ésta se configura como subsidiaria («en defecto de»).

(36) Solamente se intenta en este artículo poner de relieve aquellas cuestiones, como las reseñadas en el texto, que se proyectan de forma directa sobre la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos. Sin embargo, la promulgación de la Ley 5/2000 supone la aparición de otro orden de problemas que, si bien no puede ser objeto de análisis en este momento, no puede ser desdeñado en un estudio en profundidad de la nueva normativa sobre responsabilidad civil de los menores, como el relativo a la creación de un nuevo proceso de exigencia de la responsabilidad civil, cuya tramitación es paralela al proceso penal y que debe ser resuelto por el mismo Juzgado de Menores, la ausencia de los centros docentes en el elenco de responsables solidarios que realiza el artículo 61.3 de la Ley 5/2000, o la limitación de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que se dicte en el proceso civil, que deja abierta la vía a la incoación de un proceso declarativo, aun cuando expresamente se establezca que **«La sentencia dictada en este procedimiento no producirá fuerza de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover juicio ordinario sobre la misma cuestión, en el cual se considerarán hechos probados los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados, así como la participación del menor (art. 64.10)»**, lo que obliga a interpretar de forma flexible el concepto de «hechos probados» si realmente se pretende que la posibilidad de plantear un nuevo proceso no sea, en cuanto

abordar aquí algunas de esas cuestiones problemáticas derivadas de la aplicación de la Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor y, fundamentalmente, las relativas a la determinación del criterio de imputación de responsabilidad a los padres por los actos de sus hijos menores, la plausibilidad o no de la compatibilidad de la responsabilidad de los padres con otros obligados a responder, como los centros docentes, no obstante la ausencia de éstos en el artículo 61.3 de la Ley, o la posibilidad de conferir a los padres la acción de regreso, contemplada en el artículo 1.904 del Código Civil, lo que se enlaza inextricablemente con el mantenimiento de la tesis del concurso de normas, mas no con el posicionamiento del Tribunal Supremo, proclive a la adopción del concurso de pretensiones.

El primero de los extremos objeto de análisis es el relativo al criterio de imputación de responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos, de entre catorce y dieciocho años, a los que les resulte aplicable la Ley Orgánica 5/2000. Acerca de ello, existen diversos pareceres doctrinales. Para algunos, la responsabilidad de los padres se atribuye sin necesidad de culpa o negligencia, esto es, el criterio de imputación es el objetivo (37), mientras que no faltan opiniones que defienden que el criterio de atribución de

al resultado, meramente ilusoria. Así, en pos de la interpretación amplia de la expresión «hechos probados», véase VAQUER ALOY, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación», en *La Ley*, 5224, 2001, págs. 1 y sigs. En contra de la limitación legal de la eficacia de la cosa juzgada, examínese GIMENO SENDRA, «El proceso penal de menores», en *La Ley*, 1 de octubre de 2001, págs. 4 y sigs., y LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 440 a 442. Sin embargo, nótese que si se participa de la tesis del concurso de pretensiones, y no de normas, como lleva a cabo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y como parece que apunta el triple régimen normativo existente con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, no cabría mantener la existencia de cosa juzgada, por cuanto se trataría de pretensiones diversas con distinta *causa petendi* (cfr. PANTALEÓN. «Comentario a la STS de 10-3-1983», en *CCJC*, 2).

(37) DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000, págs. 239 y 240: «**Esta responsabilidad tiene un carácter objetivo y quiebra el principio de culpabilidad civil o penal, sustrato de toda responsabilidad civil, en nuestro ordenamiento jurídico**» (art. 1.902 del Código Civil y arts. 109 a 126 del CP, en especial, art. 116).

Incluso el artículo 1.903 del Código Civil que sanciona la responsabilidad por actos de aquellas personas de quienes se debe responder (v.gr., hijos), declara exenta esta responsabilidad «cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», justificación que no se admite en la nueva responsabilidad solidaria del artículo 61.3 de la LORPEME. Con la misma orientación se pronuncian VAQUER ALOY, *op. cit.*, págs. 1 y sigs.; MORENO MARTÍNEZ, «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*, Madrid, 2000, págs. 421; DURANY PICH, «Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo Derecho Penal de Menores», en *InDret* 2, 2000, pág. 9, y LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 408 a 411.

responsabilidad debe ser subjetivo, esto es, la falta de diligencia de los padres (38). A mi entender, las claves para determinar la solución pretendida por el artículo 61.3 exigen el análisis de los antecedentes legislativos de la Ley Orgánica del Menor, lo que arroja luz acerca del criterio de imputación que se ha deseado establecer, así como otro precepto de la mencionada ley, que suele pasar desapercibido cuando se aborda el carácter de la responsabilidad, que es el artículo 5, según el cual: **«1. Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal»**. En efecto, el régimen de responsabilidad civil previsto en el artículo 61.3 no será de aplicación cuando concurra en el menor alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad criminal, en cuyo caso la responsabilidad deberá regularse por los preceptos del Código Penal (art. 118 CP), lo que introducirá, como se observará, una importante disfunción, toda vez que frente a la responsabilidad directa y subjetiva del menor y directa y objetiva de los padres, respondiendo éstos con aquél de forma solidaria, la aplicación del Código Penal de 1995, va a significar la responsabilidad directa, en su caso, del menor, y la responsabilidad directa, pero en clave subjetiva, de los padres o guardadores.

De conformidad con estos parámetros, y pese a que el criterio de imputación objetivo debería reservarse para aquellas parcelas del Derecho de daños en que existen intereses específicos que motivan el apartamiento respecto de la culpa como criterio básico de imputación de responsabilidad, y que encontraría su justificación en aquellos sectores en que deviene necesaria la socialización del riesgo y la asunción compartida de la responsabilidad, debido al riesgo inherente que el desarrollo de tales actividades genera para la sociedad, y que suelen caracterizarse por la imposición forzosa del seguro y por la existencia de fondos específicos para garantizar la reparación de los daños originados en todo caso (39), lo cierto es que el legis-

(38) En este último sentido, DÍAZ ALABART, «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*, Madrid, 2000, pág. 99: «En dicha Ley no hay mención alguna a la responsabilidad de los centros docentes. En su artículo 61.3 se establece que junto al propio menor de dieciocho años responderán solidariamente de los daños causados sus padres, tutores, acogedores, 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.

El criterio de imputación de esta responsabilidad no puede ser otro sino la culpa o negligencia».

(39) En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 29 de junio de 2000, dictaminaba que «...a medida que evolucionaron los presupuestos de partida,

lador ha optado por establecer un sistema de responsabilidad de corte objetivo, respecto de los padres, para de esa forma socializar el riesgo y garantizar la reparación de los perjudicados, sin tomar en consideración que todavía no existe la obligación de asegurar los actos de los hijos y que la idea de beneficio o lucro es ajena al desarrollo de las funciones de la potestad (40). En ese orden de ideas, aun cuando lo adecuado, a mi juicio, hubiera sido mantener un criterio de imputación con base en la culpa o negligencia de los padres, y permitir la liberación de éstos cuando se acredita su falta de diligencia en la educación, pese a la comisión de un daño por los menores de catorce a dieciocho años, lo que se adecúa con el mayor ámbito de libertad que cabe reconocer a los menores, ha primado decisivamente el principio de reparación a ultranza (*pro damnato*), lo que ha llevado consigo la instauración de una responsabilidad objetiva.

el llamado derecho común de la responsabilidad civil ha experimentado una profunda transformación tanto cuantitativa como cualitativa, hasta el punto de convertirse en un genuino Derecho de daños, abierto al concepto más amplio de la responsabilidad colectiva y que, en su proyección a ciertos sectores de la realidad, ha tendido a atenuar la idea originaria de culpabilidad para, mediante su progresiva objetivación, adaptarse a un principio de resarcimiento del daño (*pro damnato*)» F.J. 6, y «Tales regulaciones especiales coinciden al configurar una responsabilidad por riesgo o de carácter objetivo (responsabilidad como regla, salvo causas tasadas de exoneración o, en otros casos, inversión de la carga de la prueba), prescindiendo de la idea de culpa del agente causante del daño, con limitación o topes cuantitativos de las indemnizaciones, y, normalmente, insertando en el sistema resarcitorio, así configurado, una obligación de aseguramiento del riesgo, al tiempo que disponen la creación de fondos de garantías específicos.

Entre los sectores en que ha surgido este particularizado régimen de responsabilidad civil cabe mencionar el de accidentes ocurridos en la navegación aérea, regulados por la Ley 48/1960, de 21 de junio, sobre Navegación Aérea; los denominados daños nucleares o derivados de la utilización de instalaciones de energía nuclear regidos por la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear; los irrogados a consumidores y usuarios de servicios, regulados por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y finalmente, los ocasionados por productos defectuosos, objeto de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos».

(40) En cambio, en una parcela dominada por la responsabilidad por riesgo, como es la derivada de la circulación de vehículos a motor, el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, contraviene la regulación legal, por lo que a la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito o falta por un menor de catorce a dieciocho años se refiere, al permitir la exoneración del progenitor, propietario de un vehículo, si acreditan su actuación diligente, lo que presupone la exigencia de responsabilidad en clave subjetiva (art. 1.3: «El propietario no conductor de un vehículo asegurado responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con éste por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal. Esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»).

Y que esa es la solución escogida lo pone de relieve el trámite parlamentario que culminó con la génesis de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. En efecto, frente a la respuesta del Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil del Menor, de 27 de abril de 1995, en la que se adoptaba el criterio de la responsabilidad de padres, tutores o guardadores, según el parámetro de la subsidiariedad y con fundamento en la noción de culpa (41), el artículo 61.3 del Anteproyecto de Ley Orgánica, reguladora de la justicia de menores de 1 de julio de 1997, desecha la anterior solución e introduce la responsabilidad solidaria y objetiva de los padres; criterio que se mantendrá en el vigente artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000 (42).

Desde esa óptica, la aseveración contenida en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, que tilda de revolucionaria la instauración de la solidaridad en el sistema de responsabilidad civil, debe ser corregida, en el sentido de que lo verdaderamente revolucionario es la consagración de un sistema de responsabilidad objetiva de los padres por los actos de sus hijos, desconocido en el propio Código Penal de 1995, e introducido para la responsabilidad fundada en el artículo 1903.2 del Código Civil por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En cambio, el establecimiento de la responsabilidad solidaria cuando existen diferentes agentes responsables, sin que pueda concretarse su grado de participación, nada tiene de revolucionario, sino que es la respuesta acogida tanto legal como jurisprudencialmente.

No obstante la afirmación anterior, según la cual la Ley Orgánica 5/2000, introduce un sistema de responsabilidad objetiva y directa para aquel elenco de comprendidos en el artículo 61.3, con fundamento, a mi entender en una equivocada comprensión de la socialización del riesgo y de la solidaridad en la reparación, éste no actúa cuando, según lo previsto en el artículo 5.1 no concurra ninguna causa de exención o extinción de la responsabilidad criminal, en cuyo caso la normativa aplicable será la contenida en el Código Penal. Por consiguiente, la ausencia de responsabilidad penal no elimina la responsabilidad civil (art. 118.1 CP), pero la aplicación de los artículos 14, 20 y 118 del Código Penal conducen a una respuesta esencialmente diversa de la contenida en la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En efecto, se debe diferenciar según la causa de exención que con-

(41) Artículo 37.2: «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 hubiese mediado por su parte culpa o negligencia».

(42) En el sentido del texto, véase el informe del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de noviembre de 1997, y el debate parlamentario, en el que el Grupo Socialista abogó por el establecimiento de una responsabilidad subsidiaria y subjetiva, frente a las tesis del Grupo Popular. Con detalle, acerca de esta cuestión, consúltese LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 405 a 416.

curra (43), y así resulta que cuando la exención consiste en anomalía psíquica o alteración grave de la conciencia de la realidad desde el nacimiento o la infancia (art. 20.1 y 3, respectivamente), además de la posible responsabilidad civil directa de los inimputables penalmente, responderán los titulares de la potestad, si media culpa o negligencia por su parte (art. 118.1.1.^a) (44), mientras que si la exención se deriva de hallarse el autor en estado de intoxicación plena, la responsabilidad debe exigirse directamente a éste (art. 118.1.2.^a). Baste aquí, por tanto, con señalar las incoherencias a que conduce la dualidad de regímenes diseñado, toda vez que en los supuestos enumerados en que el menor se halle exento de responsabilidad, o bien va a responder directamente (art. 118.1.2.^a), o bien, junto a él, responderán los titulares de la potestad si medió culpa o negligencia, con lo que la intención de garantizar en todo caso la responsabilidad al dañado se diluye en los presentes supuestos, al aumentar el riesgo de que el responsable sea insolvente o que los padres puedan exonerarse, si acreditan su diligente actuación.

Por último, es de notar también que en aquellos supuestos en que no concurra causa de exención o extinción de la responsabilidad penal y sea, por ende, aplicable la Ley Orgánica 5/2000, va a ser indiferente quien ejerza la guarda del menor, dado que la responsabilidad no descansa en una negligente vigilancia o educación, sino en atribuir la responsabilidad por el solo hecho de ser los progenitores de quien causa el daño, lo que va a significar que, en supuestos de ejercicio de la guarda y custodia por uno de los progenitores y derecho de visitas por el otro, o en supuestos de incapacidad o ausencia, nada impedirá atribuir responsabilidad a ambos progenitores y rechazar así la solución que el Tribunal Supremo había acogido, relativa a limitar la responsabilidad exclusivamente al progenitor bajo cuya vigilancia se encontraba el menor (cfr. STS de 27-9-1990), máxime cuando el artículo 61.3 LORPM no toma en consideración el requisito de la guarda.

La segunda cuestión problemática que merece abordarse es la relativa al elenco de sujetos responsables enumerados en el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, a los efectos de determinar el modo en que responden y, por lo que aquí atañe, si en aquellas hipótesis en qué deben responder los padres por los actos de sus hijos, si es posible exigir responsabilidad, junto a éstos, a otros responsables, entre los que cabría incluir a los titulares de centros docentes.

Bajo la óptica del artículo 1.903 del Código Civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había admitido la compatibilidad de responsables (a modo

(43) GETE-ALONSO Y CALERA, *Manual de Derecho Civil, 1, Introducción y derecho de la persona*, Madrid, 2001, págs. 174 a 176.

(44) En pos de la acreditación de la culpa como requisito de la responsabilidad subsidiaria de los padres con base en los artículos 118 y 120 del Código Penal, véase la STS de 26 de marzo de 1999.

de ejemplo, las SSTs de 15-10-1995, 18-10-1999 o de 22-12-1999) cuando se trataba de profesores o centros docentes y la Administración, pero, en cambio, era reacia a considerar responsables, cuando el menor se encuentra en un centro docente no superior, junto al titular de éste, a los padres, con fundamento en la delegación de la guarda de los padres al centro —cfr. SSTs de 10-11-1990, 3-12-1991, 15-12-1994 y 10-12-1996 (45). A favor de la compatibilidad, véase la STS de 23 de febrero de 1996) y en que la obligación de guarda de los centros docentes debe ser objeto de una interpretación flexible. En mi opinión, la respuesta jurisprudencial es criticable desde dos puntos de vista diversos. En primer término, porque el señalar que la guarda de los centros se ha de considerar de forma flexible, genera una situación de inseguridad respecto de los titulares de los mismos, al no determinarse el ámbito temporal de su responsabilidad (46), y, en segundo término, porque es posible que los padres deban ser considerados responsables, junto con el titular del centro docente (y la aseguradora o, en su caso, la Administración), cuando el daño producido por el menor deriva de una falta de diligencia de los mismos (cfr. STS de 10-12-1996, daños causados por una menor con un broche de alfiler o STS de 3-12-1991, menor que con una ballesta hiere a otro menor). En estos supuestos, si media la falta de diligencia de los padres, lo que ocurrirá al permitirles llevar al centro docente objetos o artefactos que, *a priori*, puedan considerarse como susceptibles de causar daños por el uso de los mismos por el menor (ballesta) o por su inadecuada utilización debido a la corta edad del menor (broche), resulta sumamente difícil comprender, desde un punto de vista técnico, por cuanto desde un análisis económico del derecho ya existe patrimonio responsable que garantice la reparación de la víctima, cómo en estos casos los padres son exonerados de responsabilidad, pese a su negligente conducta, y cuando no media ningún otro responsable, se objetiviza su responsabilidad respondiendo en todo caso de los daños originados por sus hijos (47).

(45) En esta última Resolución citada, acorde con la doctrina ya manifestada por el Tribunal Supremo en sentencias anteriores, se afirma que **«Desde el momento de la entrada en el centro hasta su salida del mismo, al finalizar la jornada escolar, las funciones de vigilancia de los padres sobre sus hijos menores se traspasan a los profesores y cuidadores del colegio (véase, en este sentido, sentencias de esta Sala de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991 y 15 de diciembre de 1994); por ello no puede atribuirse a la madre de la menor, autora del evento dañoso, culpa alguna en la producción del mismo, al amparo del artículo 1.903.2 del Código Civil».**

(46) Así, DÍAZ ALABART, «Comentario a la STS de 3-12-1991», en *CCJC*, núm. 28, págs. 118 y 119. En contra, GARCÍA VICENTE, «Comentario a la STS de 20-5-1993», en *CCJC*, 32, pág. 635, para quien la responsabilidad del titular del centro docente se concreta cuando el daño se produzca con ocasión de la realización de actividades escolares, extraescolares y complementarias.

(47) A favor de la exigencia de responsabilidad a los titulares de centros docentes y a los padres, cuando ambos sean causantes de la producción del daño, se pronuncian

En cambio, frente a la interpretación que del artículo 1.903.5 del Código Civil lleva a cabo el Tribunal Supremo, con exclusión de la responsabilidad solidaria de los padres cuando el menor se encuentra en el centro docente, llama poderosamente la atención que la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, en el elenco en cascada de responsables que efectúa en el artículo 61.3, no aparezcan expresamente designados los titulares de centros docentes como responsables civiles. En efecto, en el artículo mencionado se establece, junto con el menor, la responsabilidad directa y solidaria de los enunciados en el mismo, pero como el mismo precepto se encarga de señalar «por este orden», lo que supone, cuando menos literalmente, y sin que ello deje de ser criticable, un orden de prelación excluyente, lo que elimina la pluralidad de posibles responsables, a la par que al descansar la prelación, no en las funciones de guarda, sino en el orden fijado, va a generar la atribución de responsabilidades a los padres de menores que se encuentran acogidos en familia o en residencia (cfr. art. 172 del Código Civil), y con independencia de la responsabilidad de los acogedores o de la Administración. Además, los titulares de los centros docentes no aparecen contemplados en el artículo 61.3, a diferencia de lo que acontecía en el Código Penal de 1973, cuyo artículo 22.2, según redacción otorgada por Ley 1/1991, de 7 de enero, determinaba la responsabilidad subsidiaria de los titulares de un centro docente de enseñanza no superior (48), y ante el silencio del Código Penal de 23 de noviembre de 1995, comprensible a la espera de la promulgación de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad de los menores (49). Ello significa que, o bien se incluyen en la categoría de guardadores de hecho, lo que, a no dudar, se enfrenta con el carácter de continuidad en el ejercicio de la función y con el presupuesto de que el guardador no actúa por encargo o delegación de los representantes legales (50) o bien, ante la

también DÍAZ ALABART, «Comentario a la STS de 3-12-1991», en *CCJC*, 28, págs. 120 y 121, y GÓMEZ CALLE, «Comentario a la STS de 10-12-1996», en *CCJC*, 43, pág. 398. En contra, GARCÍA VICENTE, *op. cit.*, pág. 634 y 635; BÁRCELO DOMENECH, *La responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, 1995, pág. 270, y NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, pág. 121.

(48) El artículo 22.2 disponía que **«Igualmente, será extensiva dicha responsabilidad subsidiaria a 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, 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».**

(49) Cfr. en el sentido del texto, LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 420.

(50) Destaca como notas de la guarda de hecho, GIL RODRÍGUEZ (*Manual de Derecho Civil I, Introducción y derecho de la persona*, Madrid, 2001, págs. 255 y 256): **«Para dibujar el contorno de esta figura fáctica han de seleccionarse tres ángulos: 1.º Una cierta proximidad y continuidad en los cuidados y atenciones al correspondiente menor o (presunto) incapaz. 2.º Falta de título o nombramiento**

ausencia de regulación, se acude al artículo 1.903.5 del Código Civil y al artículo 145 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (51), aunque ello precisa la asunción de la tesis del concurso de normas y no de pretensiones; tesis que no acoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o bien se acude a la aplicación analógica de los artículos 120.3 y 121 del Código Penal, según se trate de centros docentes privados o públicos (52). Quizá de las opciones propuestas, la más aconsejable sea la segunda, toda vez que si se adopta la primera y se asimilan los centros docentes a los guardadores de hecho, solamente responderán en defecto de los enumerados preferentemente en el artículo 61.3, lo que en la práctica va a suponer que respondan en contadas ocasiones (53), mientras que si se opta por la aplicación de las normas del Código Penal, se introduce una disfunción más en el régimen diseñado por la Ley Orgánica 5/2000, si se quiere criticable, pero que pretende establecer, a salvo la concurrencia de causa de exención o extinción de la responsabilidad penal, una responsabilidad solidaria y directa entre el menor y los enumerados en el artículo 61.3, lo que se conseguiría si se aplicara el artículo 1.903.5 del Código Civil, aun cuando en éste se contempla una responsabilidad subjetiva, presumiendo la negligencia (*culpa in vigilando o in eligendo*) de los titulares de los centros docentes, al no haber adoptado las medidas oportunas de organización, si bien las últimas sentencias del Tribunal Supremo que se han ocupado de este extremo resuelven todavía conforme al artículo 1.903.5 del Código Civil anterior a la reforma, en esos fallos ya se observa la rigurosa exigencia en la diligencia que sitúa la norma del artículo 1.903.5 del Código Civil (54), más cercana a un criterio de imputación objetivo que el subjetivo que formalmente acepta.

Por último, es necesario, para finalizar el examen de algunas de las cuestiones problemáticas, plantearse el posible derecho de repetición de los padres respecto de los hijos. En ese orden de ideas, la primera cuestión que suscita el análisis de la normativa contenida en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, es si deviene aplicable en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de delito o falta, la aplicación del artículo 1.904 del Código Civil para, en segundo lugar, tomar en consideración el alcance de la reclamación de los padres respecto de sus hijos y la incidencia de ésta según el

para la guarda legal. 3.º Que no se actúe por "encargo o delegación" del representante legal». Asimismo, DÍAZ ALABART, *La responsabilidad de los centros docentes...*, pág. 101.

(51) DÍAZ ALABART, *ult. op. cit.*, pág. 102.

(52) DURANY PICH, *Las reglas de responsabilidad civil...*, pág. 7.

(53) LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 425.

(54) Véase en detalle, DÍAZ ALABART, *La responsabilidad de los centros docentes...*, págs. 83 a 94.

empleo por el Juez de Menores de la facultad moderadora, prevista en el artículo 61.3 de la LO 5/2000.

Lo primero sobre lo que es preciso detenerse es que el artículo 1.904 del Código Civil, que contempla el derecho de repetición del empresario contra sus dependientes y de los titulares de los centros docentes, contra los profesores que, en el ejercicio de sus funciones, hubiesen incurrido en dolo o culpa grave (55), y ninguna mención efectúa respecto a la atribución a los padres de esa facultad de repetición. En ese sentido, y sin perjuicio de poner de relieve que el precepto parece partir de una hipótesis de responsabilidad objetiva, al permitir el regreso por el total de las cantidades satisfechas (56), cuando la literalidad del artículo 1.903 acoge, como criterio de imputación, la negligencia o la incoherencia de posibilitar el regreso frente a los dependientes, cualquiera que sea el grado de su culpa, mientras que para los profesores se requiera el dolo o la culpa grave (57), resulta admisible, en aquellos casos en que el menor pueda ser considerado imputable civilmente, la concesión a los padres de la acción de repetición (58). Pero, al encontrarlos ante un supuesto de responsabilidad de los padres, objetiva y solidaria, por la comisión de un delito o falta por parte del hijo, siendo de aplicación la Ley Orgánica 5/2000, la admisión de la facultad de repetición supone participar de la tesis del concurso de normas que resuelven una única pretensión de responsabilidad civil, con idéntico fundamento y finalidad, cuyas normas legales se encuentran en textos normativos distintos: Código Civil, Código Penal y Ley Orgánica 5/2000. Por el contrario, si como parece que es el criterio imperante en la jurisprudencia se acoge la tesis del concurso de pretensiones, el recurso a la aplicación del artículo 1.904 del Código Civil quedaría vedado, a salvo la doctrina contenida en las SSTs de 27-9-1990, 11-10-1990 y 7-2-1991.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, los padres van a poder repetir contra sus hijos, por la reparación que hayan debido satisfacer, con base no en el artículo 1.904 del Código Civil, sino en la acción de regreso que atribuye el artículo 1.145 a los deudores solidarios o con apoyo en la subrogación legal, contemplada en el artículo 1.210.3 del Código Civil. Por consiguiente, si los padres satisfacen la indemnización por los daños causa-

(55) El artículo 1.904 dispone: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho».

Cuando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño».

(56) Así, DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 164.

(57) Así, DÍAZ ALABART, *op. cit.*, págs. 162 y 163.

(58) GARCÍA CANTERO, «Comentario a la STS de 4 de mayo de 1984», en ADC, enero-abril de 1985; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil...*, págs. 195 a 198, y GARCÍA RIPOLL, *op. cit.*, pág. 231.

dos por su hijo, van a poder, en la vertiente interna de la solidaridad, al haberse extinguido por pago la relación obligatoria solidaria (cfr. art. 1.143 del Código Civil), dirigirse contra el hijo causante del daño y nivelar así su situación patrimonial. El problema más relevante estriba en determinar si los padres pueden dirigirse contra el menor por el todo o sólo por parte de lo satisfecho. A mi entender, la solución a esta cuestión exige tomar también en consideración la posibilidad de moderación que el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, atribuye al Juez de Menores.

A mi juicio, la facultad de repetición a los padres debería conferirse por el total, cuando resultan condenados al pago, pese a su actuación diligente, mientras que, si media culpa o negligencia por su parte, la repetición procedería en atención al grado de culpa en la producción del evento dañoso. Sin embargo, el artículo 61.3, con una dicción inadecuada, determina la posibilidad del Juez de Menores de moderar la responsabilidad, cuando no se ha favorecido la conducta del menor con dolo o culpa grave (59). Acerca de ello, pueden sentarse una serie de conclusiones, siquiera provisionales y sujetas a una posterior reflexión. En primer término, parece que, salvo la prueba del dolo o culpa grave de los progenitores, hay que presumir que su actuación ha sido diligente y no negligente (60). Por lo tanto, al tratarse de un supuesto configurado como de responsabilidad objetiva, y existir la comisión de un delito o falta por el menor, sea doloso o culposo (art. 1.1 de la LO 5/2000) que justifica su responsabilidad penal y civil, derivada de delito, y la objetiva y directa de los padres, cabrá reconocer a éstos el regreso en la vertiente interna de la solidaridad por el todo, por cuanto su posición de garantes, en aras a la satisfacción de la reparación de la víctima, y en virtud de la garantía que supone la solidaridad pasiva, les ha llevado a sufragar la indemnización de un daño, sin que les corresponda, en esa relación interna, parte alguna de la deuda. Y ello entiendo que es así porque la facultad de moderación debe dejarse para aquellos supuestos en que concurran a la génesis del daño diversas conductas, que en cuanto concausas, puedan ser valoradas como negligentes. En otro caso, si se moderase en supuestos de actuación diligente de los padres, se les estaría imponiendo, pese a su actuación de todo punto diligente, la asunción frente al único deudor de parte de su deuda. En segundo término, si se determina la concurrencia de una actuación negligente de los padres, siempre que no se trate de una negligencia grave, el Juez de Menores puede moderar, según las concretas circunstancias que concurran, la responsabilidad de los padres.

(59) En este supuesto, al margen de prohibirse la facultad moderadora, cabría plantearse la posibilidad por los padres de incidir en las conductas descritas en los artículos 27 a 29 CP.

(60) Así, MARTÍ SÁNCHEZ, «Protección de la víctima y responsabilidad civil», en *Actualidad Penal*, 2001, pág. 74, y LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 427.

Considero que si no se produce la moderación, dado que la misma se conceptúa como una facultad discrecional del Juez de Menores, al tratarse de deudores solidarios, la facultad de regreso habrá de limitarse a la mitad de la indemnización satisfecha, mientras que si se emplea la facultad moderadora, ello permitirá a los padres reclamar contra el menor la indemnización satisfecha, menos la porción que el Juez de Menores considera que deben soportar. Por último, en cuanto al plazo de prescripción de la acción de regreso, ya se considere con la mayoría de la doctrina que, al tratarse de una acción de reembolso, el plazo de prescripción es el contenido en el artículo 1.964 del Código Civil, esto es, quince años, o se entienda que la acción de regreso debe participar de la naturaleza de la acción principal de que depende, al tratarse en este caso de una acción de responsabilidad civil, derivada de delito o falta, el plazo, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, sería asimismo de quince años (61).

6. CONCLUSIONES

De lo que se ha expuesto y analizado en los anteriores epígrafes, conviene, como conclusión del presente estudio, extraer una serie de corolarios que reflejen cuál es la situación actual respecto de la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos. Con esas premisas de partida, el primer corolario que puede enunciarse consiste en que, pese a que la mayoría de la doctrina aboga por un único régimen de responsabilidad civil, ya derive ésta de la comisión de un delito o falta o no, dada su idéntica naturaleza, fundamento y finalidad, la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000 ha venido a añadir al régimen previsto en el Código Civil, e interpretado en clave objetiva por el Tribunal Supremo, y al del Código Penal (arts. 118 y 120 CP, aplicables asimismo a los menores en virtud de lo previsto en el art. 5 de la Ley Orgánica 5/2000), un nuevo régimen regulador de responsabilidad civil, derivado de la comisión por el menor, de edad comprendida entre catorce y dieciocho años, de un delito o falta. La existencia de un triple régimen regulador de la responsabilidad civil supone la existencia de mayores trabas a la admisión de la tesis del concurso de normas, rechazada mayoritariamente por la jurisprudencia, lo que va a obstar en determinados casos la elección del derecho aplicable para la única pretensión existente. A ello añádase que la nueva regulación de la congruencia en el ámbito civil

(61) Consúltase la crítica que efectúa DÍAZ ALABART en relación con la posibilidad de aplicar el plazo de prescripción de un año a la acción de regreso derivada de ilícito civil, con el rechazo a la tesis mayoritaria de considerar la acción de regreso como acción que no deriva de la responsabilidad aquiliana.

(art. 218.1.2 LEC) puede ser interpretada, aunque creo que no es ésta la intención del precepto, como revela el inciso final de este apartado, como una alteración de la congruencia cuando el Tribunal resuelve con base en fundamentos de derecho distintos de los alegados por las partes (62).

El segundo corolario que es dable extraer deriva de las incoherencias y disfunciones que origina la concurrencia de tres bloques normativos distintos para resolver la misma pretensión de reparación del daño producido. Así, mientras en el régimen del Código Civil (art. 1.903) la responsabilidad de los padres halla su fundamento en una *culpa in vigilando* o *in educando*, con posibilidad de exoneración si se acredita la diligencia de los mismos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado de forma rigurosísima esa prueba de la diligencia, lo que ha venido en convertir, como así lo ha manifestado explícitamente en diversas Resoluciones el propio Tribunal Supremo (cfr. SSTs de 30-6-1995 y 1-3-2000), la responsabilidad de los padres en objetiva (63). Por el contrario, en el Código Penal de 1995 existen normas, como los artículos 118 y 120 CP (este último precepto respecto de los delitos o faltas cometidos por mayores de dieciocho años, pero sujetos a patria potestad o tutela) que regulan la responsabilidad civil, en los que se atribuye a los padres la reparación, ya sea de forma directa o subsidiaria, pero, en todo caso, en clave subjetiva («siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte». Art. 118 CP), a la par que se destaca la posibilidad de exigir responsabilidad civil de forma directa (art. 118) a los exentos de responsabilidad penal y causantes del daño. Por último, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero (art. 61.3), apuesta por el establecimiento de un régimen de responsabilidad más enérgico que el que se contempla en el Código Penal, respecto de los padres, como es la atribución de responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas cometidos por sus hijos de entre catorce y dieciocho años, de forma directa y objetiva, siendo deudores solidarios, junto con los menores, de la reparación.

Las disfunciones que resultan del triple régimen normativo son diversas. Baste aquí con destacar algunas de ellas. Del análisis de las normas expuestas se concluye que la responsabilidad civil de los padres se estructura en dos regímenes distintos, según concurra en el menor causa de exención o extinción de la responsabilidad penal. En este último caso, son de aplicación

(62) Artículo 218.1.2: «El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

(63) YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, pág. 254. Certeramente señala que se configura como presunción sin posibilidad de ser desvirtuada por el párrafo final del artículo 1.903 del Código Civil.

(art. 5) las normas del Código Penal (art. 118), lo que lleva consigo que el régimen de atribución de la responsabilidad civil mute de objetivo a subjetivo, a la par que cuando se trate de un hijo mayor de dieciocho años, sujeto a patria potestad prorrogada o rehabilitada, al no ser aplicable el artículo 61.3 LORPM, la responsabilidad de los padres no es directa, solidaria y objetiva, sino subsidiaria y subjetiva (art. 120.1.º CP). Por otra parte, si deviene aplicable el Código Penal, al concurrir causa de exención o extinción de responsabilidad criminal, resulta que el régimen de responsabilidad, al fundarse en un criterio de imputación subjetivo, resulta más beneficioso para los padres que el régimen civil, lo que no se adecúa con el nivel de reproche social que lleva asociado la comisión de un ilícito penal. En tercer lugar, el elenco de responsables civiles que se contiene en el artículo 61.3 es incompleto, al no incluir a los titulares de centros docentes, lo que genera enormes dificultades interpretativas para tratar de conseguir una solución armónica, además de que el inciso contenido en el artículo citado (por este orden) supone la inviabilidad de contar con más de un grupo de responsables civiles, cuando en el orden civil la concurrencia de diferentes responsables civiles es perfectamente viable.

Por último, y sin ánimo de exhaustividad, la regulación de un proceso, paralelo al penal, que se ventila ante el mismo Juez de Menores que resuelve la responsabilidad penal, si bien elimina las carencias de las regulaciones anteriores, que no permitían la exigencia de la reparación por parte del perjudicado, va a originar problemas en cuanto a la limitación de la Ley en relación con la producción del efecto de cosa juzgada, pero admitirse, en cambio, la vinculación de los hechos probados en el posterior proceso civil. Añádase, ya para finalizar este extremo, que el propio texto articulado de la Ley Orgánica 5/2000 parece optar en alguna ocasión por la tesis del concurso de pretensiones, toda vez que de acogerse el concurso de normas, la reserva de la acción civil por parte del perjudicado, debería significar el ejercicio de la misma en el proceso civil declarativo, pero al derivar de delito o falta, tendría que ser resuelta aplicando las normas sobre responsabilidad civil de la LORPM. Por el contrario, sorprende que la propia Ley Orgánica, en el pórtico de la regulación de la responsabilidad civil, manifieste que **«La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil»** (art. 61.1).

El tercer corolario, que es conveniente destacar, tiene relación con la finalidad que la regulación de la responsabilidad civil, tanto la derivada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al interpretar (*rectius*, corregir) el

artículo 1.903 del Código Civil, como la que diseña la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. En efecto, ambas parten de la instauración de una responsabilidad objetiva y directa de los padres para así posibilitar, en todo caso, la reparación de la víctima del ilícito, al contar con mayores garantías de solvencia (*principio pro damnato*). No obstante, la atribución a los padres de la obligación de reparar el daño causado por sus hijos, prescindiendo de la culpa o negligencia de los progenitores, choca con el mayor grado de libertad y el reconocimiento de las posibilidades de actuación que corresponde a los menores a partir de la adolescencia y que encuentra respaldo legal en las diversas normativas que a lo largo de 1981 y hasta ahora se han ido promulgando y en la realidad social, en cuanto destinataria, esta última, de las normas examinadas (art. 3 del Código Civil).

A mi juicio, mientras que el Derecho Penal acoge el criterio biológico de la imputabilidad, de tal modo que por debajo de los catorce años es aplicable el régimen civil de responsabilidad, y el Derecho Civil requiere un análisis concreto del grado de discernimiento o madurez del menor para determinar su imputabilidad, la responsabilidad objetiva si bien la acoge la jurisprudencia francesa (sentencias de la Cour de Cassation de 9 de mayo de 1984 y de 19 de febrero de 1997), se rechaza por el Derecho italiano (cfr. arts. 2.046 a 2.048 Codice Civile) y por el Derecho alemán (& 832). Y esta última respuesta parece más adecuada. En efecto, en la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, es habitual la condena a los padres con fundamento en un criterio de atribución objetivo, prescindiendo de la relevancia de la edad del menor (a salvo la STS de 5-10-1995). A mi juicio, lo adecuado sería diferenciar entre aquellos casos en que el menor causante del daño es imputable o no, y exigir, en todo caso, la ilicitud del acto. De ahí que, mientras la imputabilidad tiene que ver con la posibilidad de atribución de responsabilidad, la ilicitud del acto constituye un presupuesto o requisito para que la responsabilidad nazca. Así, en aquellos supuestos en que el menor es inimputable, los padres van a ser responsables, sin derecho de regreso, y el fundamento de esa responsabilidad radica habitualmente en la falta de vigilancia del menor, dado que su falta de madurez exige una atención y un control del mismo constante por sus progenitores o por aquél a quien se haya delegado la guarda (vgr. Centros docentes) (64). Por el contrario, si el menor es imputable, éste va a responder directamente —ex art. 1.902 del Código Civil (65) o art. 61.3 LORPM—, y solidariamente con sus padres, y pese a la garantía que el patrimonio de éstos significa respecto

(64) En cambio, tanto NAVARRO MICHEL (*op. cit.*, pág. 86) como LÓPEZ SÁNCHEZ (*op. cit.*, pág. 265) consideran que la responsabilidad de los padres es objetiva.

(65) La responsabilidad directa del menor ha sido, en ocasiones, admitida por el Tribunal Supremo (cfr. entre otras, SSTS de 22-9-1992 y 12-4-1994).

de los perjudicados, que conduce a la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo y al legislador (art. 61.3 de la LO 5/2000) a imponer la responsabilidad objetiva de los mismos, debería ahogarse por la eliminación de la misma en aquellos casos en que su actuación es diligente, máxime cuando la propia realidad social se muestra acorde con la concesión de una mayor flexibilidad en su control y una mayor libertad de actuación. La adopción de la solución contraria va a conducir a la socialización del daño en esta parcela de la responsabilidad civil y a la proliferación de las pólizas de seguros que cubran los daños de los menores como único mecanismo de salvaguarda del patrimonio de los padres, toda vez que si bien el derecho de regreso es una opción teóricamente viables, serán las menos las ocasiones en que los padres decidan repetir contra sus hijos.

JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona