

¿POR FIN MENORES CIVILMENTE RESPONSABLES? REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LAS REFORMAS DE 2015 *

Mariano M. YZQUIERDO TOLSADA

Departamento de Derecho Civil
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
Consultor Académico de CMS Albiñana & Suárez de Lezo
m.yzquierdo@der.ucm.es

RESUMEN

El sistema español en materia de daños causados por menores e incapaces es el más complicado del mundo, pero hay recientes novedades legislativas que permiten, de manera explícita y más allá de lo dispuesto en el Código Civil, que los autores materiales de los daños sean también responsables de los mismos y no solamente los padres y los guardadores.

Palabras clave: menores, responsabilidad extracontractual, Derecho civil, reformas de 2015, imputabilidad.

ABSTRACT

The Spanish legal system regarding injuries caused by minors and legally incapacitated is the most complex in the world, but there are some recent legal news which clearly allow that—way beyond the rules penned in the Civil Code—those offenders who committed the injuries are also responsible for the latter and not just the parents or the keepers.

Keywords: Minors, extra-contractual liability, Civil Law, 2015 reforms, imputability.

ZUSAMMENFASSUNG

Das spanische Rechtssystem ist in Bezug auf Schäden, die von Minderjährigen verursacht werden, das komplizierteste weltweit; aber es gibt aktuelle gesetzliche Änderungen, die ausdrücklich und jenseits des im spanischen Bürgerlichen Gesetzbuchs Dargelegten bestimmen, dass die Schadensurheber für ihre verursachten Schäden verantwortlich sind und nicht nur die Eltern oder das Aufsichtspersonal.

Schlüsselwörter: Minderjährige, außervertragliche Haftung, spanisches Bürgerliches Gesetzbuch, Reformen von 2015, Straffähigkeit.

* Texto de la conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 14 de junio de 2016. Dedico este texto a la memoria de Carmen Alcoz, que falleció unas horas después de pronunciada esta conferencia en la que estaban presentes su marido Mariano y su hija María, queridos amigos y profesores de Derecho civil. El recuerdo de Carmen siempre estará presente también.

SUMARIO: I. PROPÓSITO.—II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE PADRES Y GUARDADORES EN EL CÓDIGO CIVIL. LA FALACIA DE LA CULPA PATERNA.—III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE PADRES Y GUARDADORES EN LAS LEYES PENALES.—1. La transición desde el Código Penal de 1973 hasta la LORPM.—2. El art. 118.1.1.^a CP: la responsabilidad por los daños causados por el inimputable penal.—3. El art. 120.1.^o CP: la responsabilidad por los daños causados por delinquentes mayores de edad pero sujetos a patria potestad o tutela.—4. La responsabilidad civil de padres y guardadores en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores.—IV. LLAMADA DE ATENCIÓN SOBRE UN NUEVO PRECEPTO SORPRENDENTE INTRODUCIDO POR LA LEY 26/2015 QUE MODIFICA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA.—V. ¿RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROPIOS MENORES?—VI. LAS NOVEDADES APORTADAS POR LA LEY ORGÁNICA 8/2015, DE 22 DE JULIO, DE REFORMA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA.

I. PROPÓSITO

Me van a permitir que, a modo de presentación, inicie esta reflexión con tres botones de muestra de muy distinto origen y naturaleza. Uno está sacado de la página de sucesos. Otro es un pavoroso ejemplo cinematográfico. El tercero es, lamentablemente, un episodio familiar.

1. Hace escasamente tres meses, España entera se sobrecogía por los hechos ocurridos la tarde del 4 de marzo en la rotonda de intersección entre las carreteras N-240 y N-123 a su paso por Barbastro, en Huesca. La pareja de la Guardia Civil había dado el alto a un turismo, cuyo conductor hizo intención aparentemente de detenerse, por lo que el agente se dirigió hacia el vehículo para realizar la prueba de alcoholemia. Fue la última actuación profesional de José Antonio Pérez, de cincuenta y cinco años, y a quien le faltaba algo más de un año para pasar a la reserva. Cuando introdujo sus brazos en el interior del automóvil para ofrecerle el alcoholímetro, el conductor, un joven de diecisiete años, atrapó los brazos del agente contra el volante y aceleró súbitamente, iniciando la fuga del lugar y arrastrando al guardia 460 metros. El agente murió a causa de las heridas que le produjo el contacto con el asfalto. Los restantes ocupantes eran también menores de edad. En su interrogatorio, el fiscal preguntó al primero: «¿Por qué agarró al agente por los brazos y se dio a la fuga?». «No lo sé [...] yo soy menor», respondió.

2. *Demonlover* es un curioso y desasosegante *thriller* francés sobre el espionaje industrial en el mundo de las grandes firmas del entretenimiento en Internet. Estrenada en 2002, Olivier Assayas nos presenta a una joven

ejecutiva de la corporación Volf que negocia la adquisición de una empresa japonesa que hace furor en Internet con su producto de dibujos animados pornográficos en tres dimensiones. Son dos las firmas que buscan adquirir los derechos de distribución, y ambas hacen lo posible por sabotear los esfuerzos de su rival. El problema es cuando se descubre que una de ellas mantiene un macabro negocio adicional. El internauta puede ver en directo desde su ordenador las torturas y el sufrimiento de la secuestrada de turno, y si está bien provisto de tarjeta de crédito puede él mismo dar la orden *on line* para que le arranquen en vivo y en directo un dedo con unos alicates o le hagan otras lindezas por el estilo.

El tenebroso final nos muestra a un niño encerrado en su habitación, cuyos padres creen que está haciendo los deberes, pero que en realidad está formando parte del aquelarre y dando rienda suelta a su oculto sadismo. «¿Has terminado ya? La cena esta lista». «Sí, papá, ya he terminado, ahora mismo bajo». En ese momento la película termina.

3. Por último, les planteo el caso de un familiar cercano. Hace diez años su hijo tenía diecisiete años y diez meses, y salió una noche de viernes con sus amigos. No se sabe cuál fue el insensato que tiró la colilla dentro del contenedor, pero el caso es que el contenedor ardió y también ardieron varias naves industriales. El seguro de incendios se hizo cargo del siniestro pero a continuación, haciendo uso de la doctrina del daño causado por miembro indeterminado de un grupo, ejercitó la acción prevista en el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro para repercutir lo pagado contra los dos mayores de dieciocho años y contra los diez padres de los cinco menores. Diez años después, el chico, ya con veintiocho años, tiene un negocio interesante de jardinería, pero a su padre le restan de su sueldo una cantidad equivalente a la tercera parte de sus ingresos netos cada mes.

En los últimos tiempos ha habido algunas modificaciones legislativas que pueden resultar interesantes de cara a plantear si el estado actual de la regulación sobre responsabilidad civil por los daños causados por menores de edad se encuentra adaptado a la actual realidad social o si necesita de alguna suerte de mejoramiento. Habrá que revisarlas al final después de ver de dónde partimos.

Desde luego, el problema comienza cuando caemos en la cuenta de que nuestro país tiene una normativa al respecto que con seguridad es la más complicada del planeta. Recuérdese que nuestro Código Penal tiene la original característica de contener normas puramente civiles, de estricto Derecho de obligaciones, algo que no pasa en ningún sitio. En todos los países del mundo tienen claro que no existe eso que se da en llamar «res-

ponsabilidad civil derivada del delito». Así, el juez penal italiano, que también tiene competencia para enjuiciar la responsabilidad civil, utiliza el Código Penal para imponer la pena y el Código Civil para la responsabilidad civil. La responsabilidad civil deriva del daño, y si la acción dañosa es delictiva, ello no altera la naturaleza de la obligación de resarcimiento: que una acción genere el deber de indemnizar el daño causado nada cambia cuando además merece una pena, o una multa, o un despido. En España, por razones que ahora no vienen al caso, no sucede así¹.

Y en el tema que hoy nos ocupa contamos, en efecto, con un régimen de responsabilidad civil de los padres y guardadores en el Código Civil, a su vez diferente en parte del previsto para los tutores (el consabido art. 1.903 CC); hay también dos regímenes diferentes en el Código Penal: uno para los daños causados por inimputables penales que lo son por razón distinta de la edad (art. 118.1.1.ª CP) y otro para los causados por delincuentes mayores de edad bajo la patria potestad de sus padres (art. 120.1.ª CP), y un régimen más en el art. 61.3 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM) para los daños causados por mayores de catorce años y menores de dieciocho condenados como autores de delitos.

Un *quíntuple sistema*, en fin, en el que la responsabilidad de unos y otros a veces es directa, a veces subsidiaria y a veces conjunta y solidaria; a veces se basa en la culpa, a veces en la culpa presunta y a veces es de responsabilidad objetiva o sin culpa; a veces se exige que el llamado a responder conviva con el menor y a veces no. Trataré de explicar someramente tan injustificable situación, sus problemas y sus deficiencias, pero también adelanto una conclusión: es llegada la hora de que el legislador establezca sin ambages la necesidad de que, al menos los *grandes menores*, sean responsables de verdad. Si el art. 9.bis.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor habla de que los menores «deberán asumir y cumplir los *deberes, obligaciones y responsabilidades* inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social» (art. 9.bis.1), no deberían limitarse esos *deberes*, esas *obligaciones* y esas *responsabilidades* a ser una figura retórica en forma de pleonasma.

Debo decir que los profesores de Derecho civil de la Universidad Complutense han estado muy atentos a la evolución seguida por esta materia:

¹ Puede verse M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 63 y ss.

Rogel Vide ya denunciaba en 1977 que algo fallaba en el sistema²; es conocido y reconocido el trabajo de Díaz Alabart en 1989³; yo mismo me ocupé de ello en 1984⁴, 2001⁵, 2011⁶ y 2015⁷, y Muñoz García ha señalado hace escasamente tres meses que algo deben significar para la responsabilidad civil las modificaciones introducidas en la legislación de menores de 2015. Y no me olvido tampoco del torneo nacional de debate universitario brillantemente ganado por nuestros alumnos hace dos meses (Pablo Méndez y Patricia Muñoz), uno de los cuales versó sobre si los padres deben responder siempre ellos y solo ellos o si los menores mayorcitos han de responder también de sus gamberradas.

Veamos previamente la situación de la que partimos. El cuadro de la página siguiente puede servir de guía al lector.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE PADRES Y GUARDADORES EN EL CÓDIGO CIVIL. LA FALACIA DE LA CULPA PATERNA

El párrafo final del art. 1.903 pone de manifiesto cuál es el fundamento de la responsabilidad que quiso en su momento el legislador: la culpa *in vigilando* y la culpa *in educando*. Culpa que, además, se presume: si el niño ha dañado será porque no le han educado o vigilado con la diligencia debida. Y que sean los padres quienes demuestren lo contrario.

No se piense que el sistema es común en el panorama comparado. Frente al modelo que, como sucede en los Códigos Civiles español, alemán e italiano —así también en los Principios Europeos de Responsabilidad Civil, art. 6.101—, presume la culpa de los padres, existen otros en

² C. ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Civitas, 1976, p. 140.

³ S. DÍAZ ALABART, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, núm. 3 (1987), pp. 795-894.

⁴ M. 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 incapitación e instituciones tutelares*, Madrid, ICAI, 1984, pp. 155 y ss.

⁵ M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 255 y ss.

⁶ M. YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», en M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II)*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 891 y ss.

⁷ M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general...*, *op. cit.*, pp. 276 y ss.

<i>Art. 1.903.2.º CC</i>	<i>Art. 1.903.3.º CC</i>	<i>Art. 118 CP</i>	<i>Art. 61.3 LORPM</i>	<i>Art. 120.1.º CP</i>
Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.	Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.	En los casos de los núms. 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.	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.	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.
Responsabilidad directa de los padres.	Responsabilidad directa de los padres.	Responsabilidad solidaria de los menores con quien proceda.	Responsabilidad solidaria de los menores con quien proceda.	Responsabilidad subsidiaria de padres o tutores, para el caso de insolvencia del autor.
Culpa presunta.	Culpa presunta.	Culpa a probar por la víctima.	Objetiva o sin culpa, con posibilidad de moderación por el juez.	Culpa a probar por la víctima.
Precisa convivencia.	No precisa convivencia.	No precisa convivencia.	No precisa convivencia.	Precisa convivencia.

los que no se presume la culpa, sino que la carga de la prueba pesa sobre el demandante (así, Austria o Suecia), y hasta los hay que directamente prescinden de la culpa para dilucidar la responsabilidad, pues ésta se presenta como de carácter rigurosamente objetivo, como sucede en Francia⁸.

¿Es cierto —se preguntaba Rogel hace ya casi cuarenta años— que es ése el fundamento de la responsabilidad? Y contestaba diciendo que sólo hay una manera segura de averiguarlo: comprobar si en alguna sentencia los

⁸ Vid. al respecto M. MARTÍN CASALS, J. RIBOT y J. SOLÉ FELIÚ, «Children as Tortfeasors under Spanish Law», en *Children in Tort Law, Part I, Children as Tortfeasors. Tort and Insurance Law*, vol. 17, Wien, Springer, 2006.

padres o tutores han sido absueltos por lograr aportar con éxito la prueba de la debida diligencia. Y lo cierto es que jamás sucede una cosa así.

Al igual que los empresarios responden civilmente por el hecho de que sus instalaciones crean un riesgo en la sociedad, los padres también lo han de hacer, y por la misma razón, pues dar un hijo a la sociedad supone introducir en ella otro «elemento de riesgo». Tener un hijo menor y ponerle en la sociedad es lo mismo que tener laboratorios de isótopos radiactivos, fabricar reactores nucleares o fabricar ácido sulfúrico.

Se hace prácticamente imposible encontrar un solo caso en el que hayan logrado unos padres demostrar que fueron diligentes en la vigilancia o educación del menor o incapaz: responden los padres, sencillamente, porque son padres. Y dígase lo mismo de los tutores. Diríase que se trata de una auténtica obligación derivada de la patria potestad o de la tutela. Pero como semejante obligación, con ese automatismo, no se encuentra en ningún artículo de ninguna ley, los jueces tienen que dictar sus sentencias acomodándose a aquello de lo que disponen: unos preceptos que, como el art. 1.903 CC, basan *nominalmente* la responsabilidad sobre la culpa o negligencia. Sería más realista decir que los padres y los tutores son responsables aunque no sean culpables, pero una cosa así sería formalmente una atrocidad, chocaría con el art. 1.090 CC (las obligaciones legales no se presumen) y supondría un expediente de auténtica equidad contra ley.

En ocasiones sí se ve clara la negligencia paterna. Pero veamos algunas de las sentencias que analizaba Rogel en su trabajo. Muy curiosa, por ejemplo, resultó en su momento la STS de 30 de abril de 1969 (RJ 1969, 2411). Un numeroso grupo de niños, divididos en dos bandos, se lanzaban piedras recíprocamente. En el mismo bando estaban Juan Ramón y Miguel, lanzando el primero una piedra hacia sus rivales con la mala fortuna de que el segundo se cruzó en la trayectoria. Las lesiones provocaron la pérdida de un ojo. El menor que había tirado la piedra había estado siempre a cargo del abuelo materno, que lo cuidaba como si fuera su hijo a todos los efectos. Sin embargo, quien resultó condenada fue la madre. Resulta difícil atribuir culpa alguna a la madre, ni en la vigilancia ni en la educación, luego más bien parece que la razón de la responsabilidad, aunque no se diga, se encuentra no en la culpa, sino en la patria potestad. Ello aunque no lo diga la sentencia (porque no puede decirlo). Evidentemente, si todo hubiese sucedido igual —el mismo niño, el mismo grupo, la misma víctima, el mismo parque, la misma piedra y el mismo ojo—, pero modificásemos un dato, las cosas habrían sido muy distintas: ¿qué habría pasado si el abuelo fuera tutor y no mero guardador de hecho?

La única forma de exonerarse es la demostración de que la pedrada la dio otro niño. En los últimos veinte años se ha desenmascarado el auténtico fundamento de la responsabilidad de padres y tutores, afirmándose su carácter *cuasiobjetivo*. Así, en la STS de 30 de junio de 1995 (RJ 1995, 5272) se llega a decir, ignorando el último párrafo del artículo, que «la responsabilidad declarada en el art. 1.903 [...] *no menciona tal dato de culpabilidad (?)*». Y entonces, ¿qué menciona? «Responsabilidad por semirriesgo con proyección de cuasiobjetiva» es el curioso eufemismo, próximo a la cursilería, que utiliza la STS de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1520). En fin, yo, personalmente, no acabo de entender dónde está la falta de diligencia de los padres en el caso de unos niños de catorce años que fotografían desnudo al compañero de la misma edad cuando se está duchando en el vestuario del club deportivo al que pertenecen y luego la colocan en el tablón de anuncios de una plaza pública. De la intromisión ilegítima en la intimidad hace responsable a los padres por culpa *in vigilando* la STS de 13 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8068).

En vez de encontrar otra justificación, el Tribunal Supremo prefiere proclamar: los padres responden por ser negligentes, descuidados, ligeros e imprudentes en la educación o en la vigilancia de sus hijos. En suma, por ser malos padres. *No sólo se condena a los padres, sino que, además, se les insulta*. Como ha dicho Gómez Calle: «El recurso al criterio del riesgo es inútil, no aporta nada y sólo viene a enturbiar el fundamento culpabilístico de la responsabilidad paterna»⁹.

Es verdad que en los últimos años se ha podido encontrar alguna sentencia en que los padres demandados son finalmente absueltos, pero no es precisamente porque lograran demostrar la no concurrencia de culpa, sino más bien porque faltaba la relación de causalidad. Así, cuando se entiende por la STS de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3094) que el daño fue resultado de una «actividad lúdica inocua» (en el caso, saltar a la comba) de la que derivó «un fatal accidente», no es que no haya negligencia, sino que falta la imputación objetiva, vistas las cosas desde el criterio del riesgo general de la vida: «la vida comporta riesgos por sí misma», dice la STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895), y no existe un «derecho subjetivo a la felicidad».

⁹ E. GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad de padres y centros docentes», en L. F. REGLERO CAMPOS y J. M. BUSTO LAGO (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 1201.

Evidentemente, el Tribunal Supremo ha ido demasiado lejos. No es exagerado decir, con García-Ripoll, que «los tribunales han confundido a los padres con una compañía de seguros»¹⁰. Y no está de más advertir que ese extraordinario rigor que los jueces tienen con los padres no lo tienen con aquellos en quienes los padres delegan sus deberes de vigilancia cada día laborable, esto es, los titulares de los centros de enseñanza no superior, pues no se encuentran pocas sentencias que exoneren a los colegios.

Quede claro que no estoy defendiendo que los padres no deban responder. Sólo digo que, a la vista de la jurisprudencia, el criterio de atribución de su responsabilidad no se encuentra precisamente en la culpa. Y debe además tenerse muy en cuenta que los padres españoles, si hay que estar a lo que decía y dice ahora el Código Civil, tienen prácticamente impedida la labor de educación y socialización de sus hijos menores. «Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos». Así terminaba, sabiamente, el art. 154 (y el 268 para los tutores) hasta que la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, ordenase la supresión de ese periodo final del párrafo 4.º Una modificación que causó estupor cuando fue conocida, pero todavía más cuando se pudo leer cómo se trató de justificar en la Exposición de Motivos, en la que se aduce que «se da respuesta de este modo a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que obliga a que los Estados “adopten todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”».

El legislador español entendió que eso de que los padres puedan corregir moderada y razonablemente a los hijos es una fascistada retrógrada. Si el niño insiste por séptima vez en meter los deditos en el enchufe, darle un cachetito en la mano puede violar la Convención: lo que hay que hacer es darle una *formación integral*. Es decir, explicarle los efectos nocivos de la energía eléctrica, y que si la energía parece magia, en realidad es calor, movimiento, trabajo y potencia, es algo que está en todas partes, en todo lo que se mueve. Hay que explicarle al niño, cuando vuelve a hacer su octavo intento de suicidio, que el julio es una unidad de cantidad de calor desprendido, que equivale al trabajo producido por una fuerza de un newton cuando el objeto al que se aplica dicha fuerza se desplaza un metro. Hay que contarle de paso

¹⁰ M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Responsabilidad civil de los padres por el delito de su hijo mayor de edad penal pero menor de edad civil. Responsabilidad de la compañía aseguradora no condenada en vía penal. Cosa juzgada. Sentencia de 22 de enero de 1991», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 25 (1991), p. 234.

quién era lord Kelvin. En fin, la patria potestad se debe ejercer en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, ya saben.

La pregunta es cómoda y la respuesta también: ¿dónde está la culpa *in educando* si no se puede corregir razonable y moderadamente a un niño? Como ha dicho hace un mes el conocido juez Calatayud, si se suprime la facultad de corregir, es decir, de educar, habrá que cambiar el chip de la culpa *in educando*.

Y pensemos además en la variada tipología de situaciones que hoy día se presentan día a día en las familias. No hablemos aún de separación, divorcio, nulidad (o ruptura de la pareja no casada). En los supuestos de normalidad habrá que conjugar los preceptos de la responsabilidad con los que regulan el ejercicio de la patria potestad. Me refiero, naturalmente, al art. 156 CC. No puede ser lo mismo el ejercicio conjunto de la potestad (art. 156.1.º) que la distribución de funciones realizada por el juez en los casos de desacuerdos entre los padres¹¹. Por no hablar de la ausencia, la incapacidad o imposibilidad de ejercicio por uno de los padres. O de los padres que viven separados *solo corpore* (por razones laborales o profesionales, por ejemplo). A mi juicio, carece de sentido que el padre de familia que pasa un año en Estados Unidos impartiendo o recibiendo un curso de especialización dejara de responder de las tropelías hechas por su hijo en suelo español. Una cosa es que la madre del ejemplo sea quien ejerza las funciones que comportan convivencia —que son seguramente a las que quiere referirse el precepto en su último párrafo— y otra que el padre no tenga que participar en tareas de representación para cuestiones no ordinarias, en el otorgamiento de una autorización para determinados actos médicos o en el deber de responder por los daños causados por el niño.

En fin, que si la culpa paterna es el auténtico presupuesto de la responsabilidad *tomémosla en serio*, integrada en la sociedad de nuestros días y en sus circunstancias. Ténganse en cuenta las atinentes al propio menor (la edad, el carácter, los hábitos, el estado mental, el grado de desarrollo intelectual, la formación recibida...), las que afectan a los propios padres (número de hijos menores, recursos económicos...) o las puramente objetivas o de contexto (medio rural o urbano, práctica más o menos extendida de determinados juegos u objetos peligrosos como son las cerillas o los

¹¹ Puede verse al respecto M. YZQUIERDO TOLSADA, «La patria potestad», en M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II)*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 64 y ss.

petardos...). Pero todas ellas, a la vista de la jurisprudencia de los tribunales, parecen más mecanismos de defensa de abogados *de causas perdidas* que auténticas circunstancias que sirvan para algo.

Pero si ahora nos movemos en el terreno de los daños causados por el hijo de padres separados o divorciados, aún son más visibles las dificultades. La tradicional atribución a uno de ellos de la custodia de los hijos menores y al otro del régimen de visitas [arts. 90.1.A), 91 y 94 CC] invita a que aparezcan muchas dudas, dado que la patria potestad sigue siendo compartida por ambos salvo en circunstancias muy extremas (art. 92.3.º). En definitiva, ¿seguirán respondiendo los dos? ¿También responderán ambos titulares de la patria potestad, separados o divorciados, si el niño que vive con la madre daña a terceros cuando se encuentra con el padre durante el régimen de visitas?

No está de más, por todo ello, preferir entonces como criterio de atribución el doble requisito «patria potestad-guarda del menor». Durante el régimen de visitas existe un traspaso de la guarda del padre custodio sobre el no custodio, y mal puede vigilar quien no tiene al niño consigo. Tal vez la excepción a la regla se hallaría en los casos en los que se pueda demostrar culpa *in educando* en el otro progenitor. Si se me permite el ejemplo *chusco*, en la conducta de una madre que instruye a su hijo acerca de cómo se puede rajar con una navaja los neumáticos de los vehículos estacionados en la acera del edificio donde el niño pasa el fin de semana en compañía de su padre no se apreciará culpa *in vigilando* si el menor se decide a poner en práctica lo aprendido, pero sí mucha culpa *in educando*. Siempre se podrá decir que uno *vigila*, pero también que ambos *educan*.

Y no habría resultado inconveniente, por cierto, que el legislador hubiera tomado explícitas cartas en el asunto con ocasión de la Ley 15/2005, de 8 de julio, cuando reguló de forma expresa en nuestro Derecho común la fórmula de la custodia o guarda compartida, lleno de buenas intenciones («que ambos progenitores perciban su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia»), pero que no se tradujo en modificación alguna del régimen de la responsabilidad por daños y perjuicios. Otra ocasión perdida.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE PADRES Y GUARDADORES EN LAS LEYES PENALES

1. La transición desde el Código Penal de 1973 hasta la LORPM

Interesa dedicar alguna atención al régimen existente para la materia en el Código Penal de 1973, que, aunque ya no se halle vigente desde que el 13 de enero de 2000 entró en vigor la LORPM, tuvo un curioso itinerario legislativo del que son fruto algunas de las disfunciones existentes en la actualidad.

Mientras que el art 1.903.2.º CC habla de «los hijos que se encuentren bajo su guarda», en el Código Penal de 1973 tal responsabilidad solamente existía durante la minoría de edad penal: los padres respondían por los daños causados por el menor de dieciséis años (art. 20.2.^a), pero si el mayor de dieciséis era condenado como autor de un delito o falta aparecía él como único responsable civil, pues «todo responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente» (art. 19).

Como lo más habitual es que un joven mayor de dieciséis y menor de dieciocho años sea insolvente, doctrina y jurisprudencia discutieron y discutieron. Si el juez utilizaba el Derecho aplicable, el perjudicado no era resarcido, dado que a los padres y guardadores no había forma de encontrarles en las normas civiles del Código Penal (salvo que, además de padres, fueran empresarios del joven). Pero si el juez prefería hacer justicia y hacer Derecho *con renglones torcidos*, no le quedaba más remedio que utilizar normas que no eran de aplicación y condenar a los padres de espaldas a la ley¹².

La única solución consistía en incluir a los padres y tutores en la lista de responsables civiles del Código Penal. Y eso es lo que se terminó haciendo, pero de un modo caótico. Como es bien sabido, fue con la entrada en vigor de la LORPM cuando en nuestro país se produjo la trascendental modificación de la edad penal. En efecto, el art. 19 CP de 1995 establece que los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código y que cuando tales menores cometan un hecho delictivo, su eventual responsabilidad será la que disponga la ley que regule la responsabilidad penal del menor.

¹² Concretos y curiosos detalles de uno y otro argumentario en M. YZQUIERDO, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general...*, op. cit., pp. 71 y ss.

Y hay dos preceptos en el vigente Código Penal que interesan aquí. Uno es el art. 118.1.1.^a y el otro es el art. 120.1.^a Ambos compiten entre sí para saber cuál es el más defectuoso de los dos.

2. El art. 118.1.1.^a CP: la responsabilidad por los daños causados por el inimputable penal

El art. 118.1.^a no se aplica para resolver los problemas de los menores de edad, sino para quienes por su estado psíquico se hallen bajo la potestad o guarda de otra persona. Dice el precepto: «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».

La regla, después de sufrir curiosos avatares en su elaboración parlamentaria, es de muy difícil comprensión. Unas personas que no responden criminalmente por ser inimputables aquí se denominan «imputables». Y su responsabilidad civil es «directa», pero aparecen respondiendo «también» otras personas. No se sabe si la responsabilidad de todos es directa y solidaria, o subsidiaria la de unos y directa la de otros, ni, de ser esto último, quiénes van en primer lugar y quiénes en segundo. De hecho, ha habido quien directamente prefiere entender que el legislador se equivocó diciendo «imputables» cuando lo que quería decir era «inimputables»¹³.

La interpretación más acorde es la que da al precepto el mismo sentido que tiene la responsabilidad que vino después a declararse en el art. 61.3 LORPM. Pero para ello hay que entender que esos imputables son los que, siendo inimputables penales, son imputables civilmente por tener suficiente capacidad de entender y querer, esto es, personas con discernimiento suficiente para valorar mínimamente las consecuencias de sus actos. Se trataría, en efecto, de imputables en cuanto susceptibles de culpa. Así, ante el daño causado por quien, siendo penalmente inimputable, es, sin embargo, susceptible de culpa civil, habría responsabilidad directa de todos ellos. Ciertamente, a la luz de la escasa calidad técnica

¹³ Así, y sin más explicaciones, *vid.* F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

del Código Penal en materia de responsabilidad civil, es ésta una interpretación demasiado sutil como para pensar que haya sido la deseada por el legislador, pero ofrece un resultado que, discutible o no, al menos tiene alguna coherencia.

Por lo demás, el art. 118.1.1.^a CP adolece de los mismos defectos que ya se apreciaban en el art. 20 del Código Penal de 1973: la responsabilidad de los guardadores por el daño causado por el inimputable aparece reconocida con la condición, *aparentemente inexcusable*, de que hubiere mediado culpa o negligencia por su parte. Es el perjudicado quien tiene que demostrar la culpa de los padres, a diferencia de lo que sucede en el Código Civil, donde la culpa se da por probada. Hasta la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, los dos Códigos coincidían, pero la reforma del Código Penal dio lugar a que dejaran de coincidir. Y la anécdota sirve para poner de manifiesto la ofuscación o el despiste del legislador. Sus señorías, unánimemente, aprobaron la enmienda promovida por un grupo parlamentario minoritario que decía que en un Código Penal no puede haber culpas presuntas porque ello se opone a la presunción de inocencia garantizada por la CE. Los conspicuos diputados no cayeron en la cuenta, y siguen sin hacerlo, de que la presunción de inocencia no opera en las normas civiles.

3. El art. 120.1.º CP: la responsabilidad por los daños causados por delinquentes mayores de edad pero sujetos a patria potestad o tutela

El art. 120.1.º es una de las normas más lamentables y vergonzosas de cuantas el Código Penal contiene en materia de responsabilidad civil. Lo mismo que en todas las reglas contenidas en el mismo artículo, tenemos a un autor material del daño que, como responsable criminal, lo es también civil. Pero su posible insolvencia es salvada con la introducción de unos responsables civiles subsidiarios. Lo incomprensible es quién aparece en primer lugar: «Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía».

Si vamos a los *Diarios de Sesiones* encontramos algún amago de explicación. De hecho, López Garrido, portavoz de su grupo parlamentario en la elaboración del Código y, en esa medida, uno de sus intérpretes auténti-

cos, dice que la norma está pensando en el «frecuentísimo supuesto de la utilización del vehículo paterno por parte de los hijos, que forzosamente se incluía en las reglas del Código anterior»¹⁴.

Pero es que no debemos pasar por alto que esta primera regla exige que se trate de mayores de edad sometidos a patria potestad o tutela, lo cual sólo puede suceder porque, a pesar de la mayoría de edad, el sujeto sufre una enfermedad o deficiencia física o psíquica que le impide el auto-gobierno (art. 200 CC) y que provoca la necesidad de prorrogar la patria potestad (art. 171). La pregunta es obligada: ¿cuántos mayores de edad con enfermedades o deficiencias psíquicas o físicas suficientemente persistentes y graves como para que sigan sometidos a guarda legal utilizan el coche de sus padres, o lo utilizan tanto que merecen la atención del legislador? ¿Es que en España los dementes van alegremente realizando actos de conducción temeraria con el vehículo familiar? Parece ser que en España, a juzgar por lo que se deduce de los trabajos publicados por algún parlamentario que intervino en la elaboración del Código Penal vigente, debe haber personas impedidas para gobernarse por sí mismas que, sin embargo, conducen el coche paterno.

Es evidente que no. Si la norma se dictó para eso piensa en conductores plenamente capaces. Pero entonces, el resultado es estremecedor: el legislador español manejó un concepto de patria potestad o tutela que no es el técnico-jurídico, sino más bien el de «dirección, amparo, protección o defensa» a que se refiere el *Diccionario de la RAE*. Se trata de los padres de tantos jóvenes españoles mayores de dieciocho años que siguen viviendo en compañía de sus progenitores porque se encuentran cursando estudios universitarios, preuniversitarios o de formación profesional, o preparando oposiciones, o a la espera de conseguir un trabajo, o ahorrando para casarse, o buscando un novio o novia de buena familia. Patria potestad en sentido coloquial.

Un catedrático italiano me confesó que le daban escalofríos cuando leía esta norma. Así que, para evitar los escalofríos, prefiero pensar en que el precepto tiene otra explicación que, aunque no estremece, es vergonzante: el Código Penal español vigente deriva del Proyecto de 1994. En los Proyectos anteriores, la mayoría de edad penal seguía colocada en dieciséis años, y llevábamos más de un siglo sin que los padres aparecieran como responsables civiles subsidiarios.

¹⁴ D. LÓPEZ GARRIDO y M. GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 79.

Lo único que hacía falta para despejar las dudas era que el propio Código Penal contuviese un precepto que permitiese condenar subsidiariamente a los padres en esos casos tan frecuentes de insolvencia del hijo mayor de dieciséis y menor de dieciocho años. Y eso justo se hizo en el Proyecto de 1992. La norma tenía su razón de ser.

Sin embargo, una vez colocada la mayoría de edad penal a los dieciocho años, el legislador se olvidó de suprimir una norma que ya no hacía falta, o mejor, que carecía de sentido: el mayor de dieciocho años va a resultar criminal y civilmente responsable, no pudiendo comprometer la responsabilidad de otras personas por razón de su condición o estado civil. La norma sobraba por no tener campo de aplicación.

Yo no sé si de esto se apercibieron las cámaras legislativas, pero el caso es que, en vez de suprimirse la norma, el periodo «delitos o faltas cometidos por los sujetos a su patria potestad» del proyecto del gobierno (que era sencillamente perfecto —insisto— en un esquema de no coincidencia de edades civil y penal) cambió a «delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad». Y el caso es que para no seguir sonrojándonos ante nuestros colegas europeos es urgente una inmediata derogación del art. 120.1.º Si se les olvidó quitarlo en 1995 ya han tenido veintinueve años para hacerlo.

4. La responsabilidad civil de padres y guardadores en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores

Conforme al art. 3 LORPM, para los hechos del menor de catorce años se aplicará no esta ley, sino el Código Civil. Pero para los daños causados por un mayor de catorce y menor de dieciocho años como consecuencia de actos penalmente típicos se aplica el art. 61.3. Desde luego, la norma resulta mucho más severa que las de los Códigos Civil y Penal, algo que dicen de manera explícita numerosas sentencias: «La intención del legislador ha sido introducir un sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad, objetivo, sin fisuras ni excusas, que implique a los padres en el proceso de socialización de los menores imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que éstos cometan».

Responsabilidad objetiva, pues, y a diferencia del modelo de los Códigos. Pero hay dos cuestiones problemáticas en el texto del precepto. Por ejemplo, esa facultad de moderación en función de la negligencia ¿sirve para reducir la indemnización y que el perjudicado cobre menos o solo

opera a efectos de reducir las cuotas de algunos de los responsables de cara a sus relaciones internas? Hay jurisprudencia en los dos sentidos, en la que no voy a entrar aquí¹⁵, pero puestos a escoger aspectos problemáticos del precepto elegiré solamente uno. La expresión «por este orden» provoca serias dudas. ¿Hay una prelación de posibles responsables? Si hay padres, ¿son ellos los llamados a responder y nadie más? Esa es una posible interpretación.

La otra alternativa consiste en entender que la ley quiere llamar a quien en el momento de cometerse la acción productora de daños tenía la guarda del menor: responderá el menor, desde luego, pero lo hará junto con sus padres, o sus tutores, o sus acogedores, o sus guardadores, dependiendo de cada supuesto. Es la tesis del «control efectivo», que es, en mi opinión, mucho más convincente. Debe prevalecer una interpretación finalista de la norma: el legislador ha querido elaborar una relación de responsables *en potencia*.

La consulta de la jurisprudencia no añade demasiada luz. Hay respuestas como la dada por la SAP de Tarragona de 25 de julio de 2005 (JUR 2006, 213811): si un menor tiene padres pero se encuentra bajo la guarda de la Administración en el momento de cometer la infracción, son los padres y solamente los padres los llamados a responder. No deja de ser curioso que la misma Audiencia dictara pocos meses antes la Sentencia de 12 de abril de 2005 (JUR 2005, 123453), en la que coinciden dos de los tres magistrados firmantes, pero que prefiere otra solución bien distinta: «Quien ejerce efectivamente el deber de guarda del menor desplaza a los restantes por ser ajenos a la custodia; el deber de prevenir la conducta delictiva del menor es obviamente de quien lo controla». Responde, pues, la entidad pública que ostentaba la tutela y no los padres.

La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores tiene muchas zonas de sombra y la jurisprudencia es muy poco uniforme, pero al menos tiene una zona de luz: el menor responde civilmente de sus actos dañosos.

Y no falta una tercera interpretación, la de «*acumulación de responsables*», según la cual es posible la responsabilidad solidaria del menor con varios de los sujetos integrados en la lista del art. 61.3. Evidentemente, no puede darse el caso de que el menor esté sometido a patria potestad y a tutela al mismo tiempo, pero lo común es que junto con los padres (o tuto-

¹⁵ Puede verse M. YZQUIERDO, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general...*, *op. cit.*, pp. 301 y 302.

res) coincidan durante buena parte de la minoría de edad unos centros de enseñanza. Y si el centro de enseñanza guarda y vigila (dígase algo parecido del resto de los casos), si los padres han participado por su cuenta en el proceso de formación y si el menor *ya no lo es tanto*, concurren en el caso, respectivamente, una «culpa *in vigilando*», una «culpa *in educando*» y una «culpa *in operando*». Por tanto, nada debería impedir la condena solidaria de los tres [SSAP de Málaga de 9 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 211336) o de La Rioja de 8 de enero de 2015 (ARP\2015\112)].

El art. 61.3 LORPM deja, en fin, mucho que desear, pero por lo menos se puede decir que es la norma más clara del ordenamiento jurídico español en la que se proclama, sin margen de duda, que los menores son responsables. Al menos los que son mayores de catorce años.

IV. LLAMADA DE ATENCIÓN SOBRE UN NUEVO PRECEPTO SORPRENDENTE INTRODUCIDO POR LA LEY 26/2015 QUE MODIFICA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

Explicado en forma de compendio, el régimen de la responsabilidad civil de padres y guardadores, y la severa crítica que merece tan dispersa y contradictoria regulación, y antes de concluir viendo lo que sucede con la responsabilidad de los propios menores, quiero llamar la atención sobre una reforma del Código Civil de las muchas ocurridas en 2015 que ha pasado desapercibida. Por lo demás, y siempre sin pasar por alto el reducidísimo número de tutelas que se constituyen en nuestro país, debe pensarse que, dentro de ese número, no son infrecuentes los casos en que el tutelado no vive en compañía de su tutor, sino que lo hace, por ejemplo, en una residencia especializada en el tipo de enfermedad o deficiencia que sufre.

Veamos. Como es sabido, es posible que existan los padres y el menor desamparado se encuentre bajo la *tutela de una entidad pública*. Una tutela que conlleva la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria y que hasta puede comportar la privación de una u otra.

Junto a esa figura está la del menor acogido, que es diferente: se trata de la forma o cauce propio de la *guarda administrativa*, solicitada por padres o tutores que se encuentran en circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas que no les permiten cuidar al menor. Una guarda que no podrá sobrepasar dos años, que no supone suspensión de la patria

potestad o tutela, y que se formaliza a través del acogimiento familiar en un documento en el que se han de incluir los derechos y deberes de cada una de las partes.

Lo que, a mi juicio, no tiene ninguna lógica es que en la constitución de esa suerte de *pool* o fondo de cobertura de eventuales responsabilidades el nuevo art. 172.ter.4 CC disponga:

«En los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la entidad pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, *así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos*».

Obsérvese bien: la norma asimila el caso de la guarda administrativa con el de la tutela administrativa. Repito que en este segundo caso nos hallamos ante padres que tienen suspendida la patria potestad (y hasta pueden haber sido privados de ella) y a quienes, como no pueden ocuparse de su hijo por razones excepcionalmente graves, se les hace copartícipes de una responsabilidad civil que no se sabe siquiera si llegará a nacer. En fin, es ésta una manera muy tosca de decir que, en efecto, los progenitores (de *progenie*, término puramente biológico), sean padres —término puramente jurídico: se puede ser padre sin ser progenitor (por ejemplo, los padres adoptivos)— o no lo sean, responden por haber *puesto* nuevos seres humanos en el mundo. Se conoce que eso es una negligencia intolerable.

V. ¿RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROPIOS MENORES?

Llegados hasta aquí, solo procede lamentarse de que ninguna reforma legislativa haya querido poner orden ante el triste espectáculo que ofrece el Derecho español en esta materia. Se hace difícil explicar esta complicada situación a los alumnos en las aulas españolas.

Pero hay una cosa cierta: para que en una conducta pueda hablarse de culpa o negligencia es necesario que el agente sea subjetivamente imputable o, lo que es lo mismo, que tenga voluntad libre y capacidad de entender y querer. Nadie me podrá convencer de que no *cabe plantearse una responsabilidad civil del propio incapaz* que venga a reforzar o, simplemente,

a acompañar a la responsabilidad de los guardadores por el hecho ajeno. Caigamos en la cuenta de que *el art. 1.902 no exige capacidad de obrar para que el que causa un daño esté obligado a repararlo, sino sólo que su conducta sea negligente* (es imputable todo aquel que tenga «suficiente capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos»).

Si los «*grandes menores*» se encuentran legalmente habilitados para conducir determinados vehículos de motor, ser contratados laboralmente, poseer licencia de caza, etc., es porque el legislador no tiene delante el panorama del menor de los Campos Elíseos proustianos que paseaba de la mano de la institutriz, sino el del menor que tiene un notable desarrollo de su personalidad, el menor que sale de noche, el menor del ciclomotor, el menor de la litrona, el menor rebelde, en suma. Creo que se puede plantear desde dos escenarios diferentes:

1. En primer lugar, resulta fácil plantearlo en términos de *subsidiariedad*: si no existen padres ni tutores ni persona alguna obligada a la promoción de la constitución de la tutela, o existen pero son insolventes, o en el caso en el que unos u otros lograsen demostrar que utilizaron la debida diligencia para evitar el daño, hay, a mi juicio, suficientes argumentos para defender la responsabilidad subsidiaria del incapaz. Los he desarrollado en diferentes publicaciones¹⁶, pero el argumento más interesante es el de la *relación de especialidad* que guarda el art. 1.903 respecto del 1.902. El sistema del Código español es idéntico al utilizado en el Código francés: se responde civilmente por los actos u omisiones propios (art. 1.902), pero, además, por los actos u omisiones llevados a cabo por determinadas personas que mantienen con el responsable unas concretas relaciones de dependencia familiar, cuasifamiliar, laboral, educativa, etc. (art. 1.903). Bien puede entenderse que cuando falla la norma especial de la responsabilidad por el hecho ajeno (inexistencia de padres, insolvencia, etc.), sigue en pie la norma general, que conduce a que el menor o incapaz responda por sus actos propios *ex art. 1.902*.

2. Pero es que se puede ir más lejos y defender la responsabilidad *directa* del menor o del incapaz, entendiendo que no es que haya norma general y norma especial, sino que son dos los reproches que cabe hacer: el que merece la persona que tenía bajo su guarda o custodia al incapaz autor material del daño y el que pueda merecer éste. No es descabellado sugerir la responsabilidad solidaria del menor *que sea susceptible de culpa* y de sus padres. «Se

¹⁶ *Ibid.*, pp. 248 y ss.

trata de dos responsabilidades diferentes —dice Gómez Calle—, cada una sujeta a sus propios presupuestos y ambas directas»¹⁷. Y acaso haya querido ser ésta la solución ofrecida por el art. 118 CP, como antes vimos.

Llamo la atención de un dato que suele pasar desapercibido. El art. 32 CC se limita a decir que la personalidad civil se extingue por la muerte. Hice ver en un trabajo de hace más de treinta años lo siguiente¹⁸: el precepto suprimía la lista de personas que tenían alterada o podían ver alterada su capacidad de obrar (*menor de edad, demencia, sordomudez...*). Esta vez, el legislador suprimió más de lo que quería suprimir. No solamente la lista, sino de paso lo que decía a continuación: que los *que se hallaren en alguno de estos estados son susceptibles de derechos y de obligaciones*.

Naturalmente. Es una completa obviedad. Y basta con que el art. 32 diga únicamente lo que ahora dice: «*La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas*». En eso consiste la personalidad jurídica, lo diga explícitamente el legislador o no lo diga: «ser persona» para el Derecho consiste precisamente en tener atribuida la susceptibilidad de derechos y obligaciones. Mientras la personalidad jurídica exista —y existe mientras no se produzca el fallecimiento—, pueden nacer obligaciones en el patrimonio de toda persona, tenga ésta la más precoz inteligencia imaginable o sea un demente furioso. El mensaje elemental sigue en pie a pesar de la supresión del precepto.

En fin, en los últimos treinta años la cuestión ha comenzado a plantearse ya en clave de responsabilidad concurrente. La última aportación ha sido la de Muñoz García¹⁹. El nuevo Código Civil argentino presenta la responsabilidad de los padres como algo que opera «sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos». Resulta llamativo el Código Civil ruso de 1994, cuyo art. 1.074 hace responsables, sin contemplaciones, a los autores de un daño cuya edad se sitúe entre catorce y dieciocho años, y sus padres solamente aparecen como responsables subsidiarios.

Y sin llegar tan lejos, en nuestro Derecho los jóvenes comprendidos en ese tramo de edad son considerados responsables junto con sus guardadores en el art. 61.3 LORPM. El precepto, que, como antes pudimos ver, deja

¹⁷ E. GÓMEZ CALLE, «La responsabilidad civil del menor», *Derecho privado y Constitución*, núm. 7 (1995), pp. 96 y 97.

¹⁸ M. YZQUIERDO, *Estudios sobre incapacitación...*, op. cit., pp. 162 y ss.

¹⁹ C. MUÑOZ GARCÍA, «Responsabilidad civil de los grandes menores a la luz de las últimas reformas. Algo falta por hacer», *Diario La Ley*, núm. 8719 (2016).

bastante que desear, al menos deja claro que estas nuevas tendencias son sólo una traducción en sede de responsabilidad civil de un general *debilitamiento de la autoridad familiar* en relación con los menores de edad propio de la sociedad moderna.

En la jurisprudencia no hay una línea uniforme:

i) La STS de 10 de abril de 1988 (RJ 1988, 3116) se planteaba un caso de muerte de un niño en una piscina y se demandaba al arrendatario de la piscina, al ayuntamiento y al socorrista de diecisiete años, pero se absuelve a este último.

ii) En cambio, la STS de 15 de febrero de 1975 (RJ 1975, 566) condenó al menor que se había ido de caza sin permiso de su tutor y a éste mismo. El niño causó lesiones a una persona porque se le disparó el arma al finalizar la cacería. Resulta llamativo que la condena del tutor fuera subsidiaria. Esa misma circunstancia curiosa se da en la STS de 22 de enero de 1991 (RJ 1991, 304), en la que al joven ciclista de quince años se le hizo responsable civil directo del daño causado al motociclista con el que colisionó, pero a su madre se le consideró responsable subsidiaria.

iii) Distintamente, y para otro accidente de caza, la STS de 9 de julio de 1998 (RJ 1998, 5547) condena solidariamente al menor y a sus padres.

iv) También la STS de 22 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7014) contiene condena solidaria del menor conductor del coche paterno y de los padres, desconocedores de que su hijo había tomado su vehículo. Igual sentido tiene la STS de 30 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10565), con la diferencia de que, además, el padre había autorizado el uso del coche.

v) Igualmente, la STS de 12 de abril de 1994 (RJ 1994, 2795) contiene una condena solidaria —ciertamente, muy poco motivada— del menor junto con sus padres en otro supuesto de accidente de circulación. Y en el caso de la STS de 8 de marzo de 2002 (RJ 2002, 1912), el Tribunal Supremo se plantea la negligencia del joven de diecisiete años que jugaba al fútbol con un balón de cuero en un jardín municipal. El balonazo hizo perder la visión de un ojo a la niña, y la sentencia, con buen criterio, confirma la de la Audiencia Provincial, que había condenado al menor y a sus padres.

vi) Es muy interesante la reflexión contenida en la SAP de Valencia de 20 de noviembre de 1995 (AC 1995, 2056): «El autor del hecho enjuiciado, estudiante de 2.º de BUP, tendría quince o dieciséis años de edad, suficiente para entender lo que estaba haciendo, para querer o no querer hacerlo y para saber qué es dañar a otra persona, todo lo cual implica la

existencia de discernimiento bastante para poder imputarle las consecuencias de su actuación». Convendría que cuando el legislador se esmera en decir que los menores tienen deberes, obligaciones y responsabilidades, nos convenza de que estos términos se manejan en pleno sentido jurídico y se ocupe de modificar los arts. 1.902 y 1.903 del Código Civil para que podamos decir que no se trata de normas que se excluyan mutuamente, sino que se complementan. Así sucede en la LORPM y en diferentes Códigos Civiles, y así lo viene entendiendo reiteradamente la doctrina.

vii) Sólo a título de ejemplo sobre si un menor puede tener o no capacidad de culpa, la SAP de Barcelona de 19 de enero de 2012 (JUR 2012, 92111), que condenó a la madre y al hijo, requiere poco comentario: aquellos *descerebrados* tenían la mala costumbre de bajar con sus bicicletas a toda velocidad por una cuesta con pendiente de 8,5 por 100 hasta derrapar en el último instante con una frenada brusca, pero es que el accidente de uno de ellos, que resultó muerto al embestir a un automóvil, se debió a que sus colegas habían inutilizado previamente los frenos de su bicicleta. La edad del gamberro (doce años) no fue obstáculo para su condena.

En definitiva, si se trata de un menor susceptible de culpa —eso es, repito, lo único que pide el art. 1.902— responderá con sus padres o guardadores. Y ya sé lo que quien me escucha estará pensando: ¿y qué hacemos si son insolventes? Y les contestaré que:

i) En la responsabilidad del deudor del art. 1.911 CC existen los salarios y los bienes futuros.

ii) También están en el art. 1.904 las acciones de regreso del principal que ha pagado el daño causado por su dependiente, y no estaría mal que el precepto recogiera explícitamente la posibilidad de estas acciones. No sería la primera vez que en el Código Civil se usaran mecanismos que no favorecen precisamente la paz familiar. Por ejemplo, el art. 1.932 prevé que, como la prescripción corre contra los incapaces, el niño que sufre un daño en un accidente, por ejemplo, y que no se lo reparan porque sus padres dejaron prescribir la acción, puede reclame de sus padres cuando cumpla dieciocho años. Una broma macabra, pero lleva 126 años en el Código Civil y nadie se ha quejado aún.

iii) Tiene poco sentido que la responsabilidad civil del menor esté expresamente prevista en la LORPM y no lo esté en el Código Civil, como lo está en otros Códigos extranjeros. La norma tiene que ser clara y explícita, sin fisuras, y aunque en la práctica no juegue todos los días, debe servir como aviso a navegantes.

VI. LAS NOVEDADES APORTADAS
POR LA LEY ORGÁNICA 8/2015, DE 22 DE JULIO,
DE REFORMA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN
A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece, después de la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que «los menores, de acuerdo a su edad y madurez [madurez, por cierto, que la propia ley presume desde los doce años en numerosas ocasiones; por todas ellas, véase el art. 9.2.1.º LOPJM], deberán asumir y cumplir los *deberes, obligaciones y responsabilidades* inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social» (art. 9.bis.1).

Dice también que «los poderes públicos promoverán la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los *deberes y responsabilidades* de los menores en condiciones de igualdad» (art. 9.bis.2). Y que «los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo» (art. 9.ter.2).

Y si el art. 9.querter.2 dice, en fin, que «los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso», alguien me tendrá que explicar por qué cuando un señorito de diecisiete años no cumple el deber de no acosar a sus compañeros, ello va a traducirse necesariamente en la responsabilidad de sus padres y de nadie más.

Debemos felicitarnos de estas novedades, pero habría que felicitarse aún más si se vieran acompañadas de una modificación en los arts. 1.902 y 1.903 CC que, aunque no añadiera nada a lo que ya puede decirse, sí contuviera un *apoyo explícito* a la idea. No puede ser que lo de «padres sin derechos, hijos sin deberes» vaya más allá de ser el afortunado título de una obra de mi compañera De La Válgoma.

Personalmente, creo que hay mucho que agradecer al maestro que nos enseñó a leer: el abuso de la palabra «responsabilidad» es manifiesto en nuestros días. En la tragedia del *camping* de Biescas, el telediario se abrió

aquella noche diciendo que «el *responsable* había sido el río». El viernes pasado escuché decir en televisión que Francia tiene la *responsabilidad* de ganar esta Eurocopa. En la campaña electoral ahora en marcha oímos anoche que «los españoles necesitan un gobierno responsable». Pero es que, si abandonamos el lenguaje coloquial, «ser responsable» no significa «ser buenecito», sino asumir las consecuencias de los actos. Y no necesito recordar a los presentes que deuda y responsabilidad como caras distintas de la misma moneda es la primera lección del curso de derecho de obligaciones y contratos. Casi desde que el mundo es mundo.

Es decir, que si no viene a casa la empleada de hogar, el menor no tiene «la responsabilidad» de hacerse la cama, sino «el deber» de hacérsela. Y si no, la responsabilidad vendrá a continuación, cuando le dejen el sábado sin salir. Los menores no tienen «la responsabilidad» de respetar a sus profesores y de evitar el acoso y el ciberacoso escolar, sino el deber de respetarles y de no acosar ni violar a nadie. Si no lo hacen serán responsables de sus actos dañosos. O deberían serlo.

