

## La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor

**Autor:** Iñigo Alfonso Navarro Mendizábal

Profesor Propio Adjunto de Derecho civil

Departamento de Derecho privado. ICADE - Universidad Pontificia Comillas de Madrid

1. ¿Responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor? 2. ¿Relevancia penal de la responsabilidad civil? 3. Responsabilidad del menor. 4. Naturaleza de la responsabilidad de padres, tutores, acogedores, guardadores legales o de hecho. 5. La facultad de moderación cuando no hay dolo ni negligencia grave del guardador. 5. 1. Dolo o culpa grave. 5. 2. La «responsabilidad podrá ser moderada». 6. Responsabilidad de los guardadores. 6. 1. Los padres. 6. 2. Tutores. 6. 3. Acogedores. 6. 4. Guardadores legales. 6. 5. Guardadores de hecho. 6. 6. Otros responsables: centros de enseñanza no superior, centros de internamiento y empresarios. 6. 7. El orden: «padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho». 6. 8. Responsabilidad de los aseguradores. 7. Responsabilidad civil solidaria. 8. Procedimiento. 9. Valor de la sentencia.

### 1. ¿Responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor?

Lo primero que hay que escribir cuando se toca una materia como la presente, recuerda a la letra de una canción muy conocida en la época de la llamada «movida madrileña». Un grupo de rock urbano llamado Burning cantaba «¿qué hace una chica como tú en un sitio como éste? ¿qué clase de aventura has venido a buscar?». La mejor regulación sustantiva que podría tener la responsabilidad civil en esta ley es que el artículo 61 dijera: «La responsabilidad civil derivada de hechos regulados en esta ley se regirá por el Código civil». Lo que tenemos, en cambio, nos lleva a preguntarnos, ¿qué hace la responsabilidad civil en un sitio como éste? El problema no es tanto el sitio, sino que además se regula de manera diferente la responsabilidad civil en el artículo 1903 y en esta ley, lo que únicamente puede producir, como veremos, distorsiones y no pocas aventuras jurídicas<sup>1</sup>.

Por otro lado, y para decirlo al principio de la exposición, considero acertado el hecho de que se pueda enjuiciar en el mismo procedimiento la responsabilidad penal y civil del menor. Como recuerda MORENO MARTÍNEZ, «en el ámbito al que se circunscribía la jurisdicción especial de

---

<sup>1</sup> Sobre esta «injustificada dualidad normativa» vid. YZQUIERDO en sus múltiples escritos sobre la materia y muy acertadamente en *Sistema...*, p. 57. También, en cuanto a los proyectos de Código penal se refiere, *La responsabilidad civil en los últimos...*, pp. 35 y ss y *Aspectos...*, pp. 29 y ss. La posición doctrinal es unánime: esta situación resulta completamente absurda. Vid. en cuanto a la responsabilidad civil de los menores por ejemplo CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Madrid 1993 pp. 1002 y ss. e incidiendo sobre los problemas de la doble regulación en estos supuestos ALASTUEY, *La consecuencia...*, pp. 496 y ss, CONDE PUMPIDO, *Los problemas...*, pp. 88 y ss,

menores con anterioridad a la LORPM, no cabía la posibilidad de sustanciarse ante la misma el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, viéndose en la obligación el perjudicado se entablarla ante los tribunales ordinarios, y con la particularidad de su sometimiento, en cuanto a su régimen jurídico, a las previsiones del Código civil sobre responsabilidad extracontractual. Razones de economía procesal y de favorecer la reparación del daño a la víctima hacen elogiable la medida adoptada por la LORPM acerca de su sustanciación en un mismo procedimiento»<sup>2</sup>. Pero claro, como señala este autor, «distinto juicio nos merece el derecho regulador incorporado, dado que el legislador de la LORPM debía haberse remitido, coincidiendo en ese sentido con el criterio seguido por la práctica judicial anterior, a las normas civiles de responsabilidad civil. Así lo hacía uno de los Anteproyectos anteriores a la Ley sobre la responsabilidad penal de menores. Ha sido una espléndida oportunidad, nuevamente desaprovechada por el legislador, para atenuar la disparidad normativa que existe sobre este sector jurídico»<sup>3</sup>.

Vale la pena detenerse brevemente en la situación existente en la letra de la ley antes de la entrada en vigor de la LORPM. El art. 1903 del Cc establece la responsabilidad civil directa de padres y tutores con presunción de culpa («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»), por los «daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda» y por «los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía». La responsabilidad civil del artículo 1903 se había convertido desde hacia ya mucho tiempo en objetiva, pues como señalaba ROGEL «sólo cuando los daños no han sido causados por el menor no responde el padre o tutor; en todos los demás casos, responde siempre. No es ya que se presuma la culpa; de facto, en ocasiones, se prescinde de ella para

---

DÍAZ ALABART, *La responsabilidad por los actos...*, pp. 796 y ss, GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres*, pp. 79 y ss y *La responsabilidad civil del menor*, pp. 93 y ss.

<sup>2</sup> También pone de manifiesto DOLZ LAGO: «por la doctrina se había expresado que en este procedimiento la víctima era la gran olvidada, por cuanto que en aras al interés del menor, no se permitía introducir en el mismo cuestiones económicas derivadas de la reparación del daño causado o del perjuicio o de la indemnización civil», *La nueva responsabilidad...*, p. 237.

<sup>3</sup> MORENO MARTÍNEZ, *Responsabilidad...*, pp. 419 y 420. En el mismo sentido señala DÍAZ ALABART: «El título VIII de la Ley (cuyo texto se corresponde exactamente con el del Proyecto de Ley) está rubricado «De la responsabilidad civil. Lo que en principio podría sorprender, pues si estamos ante una ley de contenido puramente penal parece que la responsabilidad civil se debería regular por una ley civil, ya que la responsabilidad civil no varía porque el hecho dañoso pueda calificarse de ilícito civil o penal. Sin embargo, el legislador de 2000 no hace otra cosa sino seguir el criterio legislativo seguido desde la codificación: dejar la regulación de la responsabilidad civil por ilícito penal al Código penal, y la dimanante de ilícito civil al Código civil. Esto se pudo explicar por todos los problemas de la codificación civil en España, que no pudo culminar hasta 1889, mientras que la penal, que no tuvo esas dificultades, se produjo en 1822, y se ha ido manteniendo hasta nuestros días. La nueva Ley instaura pues su propio régimen de responsabilidad civil, permitiendo que la naturaleza de ilícito civil o penal del hecho dañoso pueda determinar un régimen diferente de la responsabilidad civil nacida del mismo», *La responsabilidad en la Ley...*, p. 187.

establecer la responsabilidad»<sup>4</sup>. Efectivamente, dice la STS de 11 de marzo de 2000 (EDE 2156) que «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 (SSTS. 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, 1-6-1980, 10-3-1983, 7-1-1994 y 29-5-1996)». Incluso el TS llega a decir «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 a criterios de riesgo en no menor proporción que 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 1.978, 24 de Marzo de 1.979, 17 de Junio de 1.980, 10 de Mazo de 1.983, 22 de Enero de 1.991 y 7 de Enero de 1.992)» (STS de 30 de junio de 1995 – EDE 3620). Vamos, que el último párrafo del artículo 1903 debe ser de otro artículo.

En STS de 22 de enero de 1991 (EDE 505) se afirman cosas como que «tal criterio de responsabilidad por riesgo, con matiz objetivista, fue puesto ya de relieve en sentencias anteriores, como las SS 14 marzo 1978 y 24 marzo 1979; sin que exonere de responsabilidad el dato de no hallarse presente el padre o la madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, como dice la S 29 diciembre 1962, se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad; y, por otro lado, se quebrantaría el criterio de equidad, al dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños que le privan de

---

<sup>4</sup> ROGEL, *La responsabilidad...*, p. 144. Estas consideraciones las hizo ROGEL ya en el año 1976, en una obra que fue uno de los principales puntos de partida de la responsabilidad civil moderna en nuestro país. Sobre los factores que se deben tener en cuenta para una correcta interpretación de este artículo, en lo que se refiere a su último párrafo en relación con los padres, GARCÍA VICENTE, *La responsabilidad civil de los padres...*, pp. 1033 y ss. y sobre la objetivación que representa DE ANGEL, *Comentario...*, p. 2009, DÍAZ ALABART, *Responsabilidad civil por*

una capacidad laboral plena». La responsabilidad por riesgo tiene su origen en un razonamiento según el cual, si una persona realiza una actividad que genera riesgo y se lucra de ella, en el fondo se está lucrando del riesgo generado. Quienes soportan el riesgo de alguna manera están «subvencionando» el lucro de aquella y por ello si el riesgo se consuma debe pechar con los daños en consonancia con el brocardo *ubi emolumentum ibi onus*. Pues por lo visto esto es aplicable a los padres. ¿Se puede mantener sin sonrojarse que los padres generan un riesgo para la sociedad del que se lucran al tener un hijo?

Esta objetivación además choca con la autonomía que se va concediendo cada vez más al menor. Como señala DÍAZ ALABART sobre esta interpretación jurisprudencial del art. 1903, «no es, desde luego, por ese camino por el que va la evolución de nuestra sociedad. Más bien todo lo contrario. Nuestra sociedad concede mayor ámbito de autonomía a los menores» y es que, efectivamente, «nos encontramos, pues, ante una línea jurisprudencial errónea que desnaturaliza totalmente la figura y que sería aconsejable modificar cuanto antes»<sup>5</sup>.

Para el caso de que no hubiese una tutela instituida el artículo 229 prescribe que «estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados». Se establece por tanto una responsabilidad objetiva y solidaria<sup>6</sup>.

En el caso de delito o falta, la cuestión se complicaba. El artículo 19 del Código penal de 1995 prescribe que «Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código», pero lo cierto es que, de acuerdo con la Disposición derogatoria única, seguían en vigor los arts. 8. 2, 9. 3, la regla 1ª del art. 20 en lo referido al número 2º del art. 8 y el segundo párrafo del art. 22. La edad penal seguía en los dieciséis años (art. 8. 2º) y en estos supuestos era de aplicación el art. 116 según el cual «Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios». Es decir, que si un menor de edad, pero mayor de dieciséis años, cometía un delito o falta, la responsabilidad civil era únicamente suya, mientras que si no había delito o falta por medio, respondían sus padres directamente. Así las cosas, la víctima de un atropello realizado por un joven de diecisiete años pediría la responsabilidad civil únicamente al joven si además existía un delito (el joven conducía bajo los efectos del alcohol) y a los padres si era una responsabilidad civil de la llamada «pura» por

---

*hechos...*, p. 137, GARCÍA RIPOLL, *Comentario...*, pp. 234 y ss, LACRUZ, *Elementos...*, p. 525, LASARTE, *Principios...*, p. 357, LEÓN GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, pp. 275 y ss, YZQUIERDO, *Sistema...*, pp. 255 y ss.  
<sup>5</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad por los actos...*, p. 804 y 805.

no mediar delito. Y a nadie le escapa que no suele ser lo mismo el patrimonio de un joven de diecisiete años que el de sus padres.

Por otro lado el número 1º del artículo 120 plantea una norma cuyo supuesto de hecho es muy difícil de comprender, si no imposible<sup>7</sup>. Dice el artículo que «son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1º 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». Lo que es fácil de entender es que se trata de una responsabilidad subsidiaria y subjetiva en la que hay que probar la culpa. Lo difícil es todo lo demás, pues ¿cuántos mayores de dieciocho años sujetos a tutela o patria potestad prolongada son responsables criminalmente?<sup>8</sup>

Además, si el joven era menor de dieciséis años estaba exento de responsabilidad criminal, pero esto no era óbice para que el Código penal dictara una norma de responsabilidad civil. Así, la regla 1ª del art. 20 del Código del 73 (en vigor hasta la existencia de la LORPM, por la prescripción de la Disposición derogatoria única citada) decía: «De los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 8, serán responsables civilmente quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere mediado por su parte culpa o negligencia». Nótese que no es lo mismo decir «La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia...», supuesto en el que se presume la culpa y habrá que probar la diligencia, que «siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia», pues la culpa en este caso es un hecho constitutivo de la pretensión de resarcimiento que hay que probar. Es decir que en el Código civil hay presunción de culpa y en el Código penal no<sup>9</sup>. Por último, el párrafo segundo de la regla 1ª antes citada señalaba 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, dentro de los límites que para

---

<sup>6</sup> Vid. NAVARRO, *Comentarios...*, pp. 1801 y ss y en especial lo referente a la responsabilidad prevista en el artículo 229 en pp. 1820 y ss.

<sup>7</sup> Las múltiples correcciones del artículo han sido puestas de manifiesto por YZQUIERDO, *Aspectos...*, pp. 265 y ss y *Sistema...*, pp. 259 y ss.

<sup>8</sup> Se ha dicho que este artículo es reflejo de la «considerable jurisprudencia en torno a la comisión de infracciones por hijos que utilizan el vehículo de los padres» (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 684), pero esto sería una tremenda incorrección y además para ese supuesto parece que se hizo el último párrafo del artículo.

<sup>9</sup> No resulta preciso detenerse en señalar que no se trata de una cuestión de presunción de inocencia exigible en el Código penal. En las normas de responsabilidad civil insertas en el Código penal no violaría la presunción de inocencia el hecho de que hubiese una presunción de culpa como en el artículo 1903, que desde luego tampoco es inconstitucional, DE ANGEL (con amplísima cita jurisprudencial), *Tratado...*, pp. 193 y ss, YZQUIERDO, *Sistema...*, p. 258. Sin embargo no siempre lo tiene tan claro algunos autores dedicados en profundidad al Derecho penal. Por ejemplo, opinan MAPELLI y TERRADILLOS que la regla del art. 20 no puede tildarse de inútil ya que «en justa aplicación de la presunción de inocencia, carga con la obligación de prueba a las partes acusadoras», *Las consecuencias...*, p. 244.

el embargo de bienes señala las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal». El menor o incapaz es responsable subsidiario de una manera objetiva<sup>10</sup> de su padre o guardador. El primer responsable es por ello el ajeno al hecho y el segundo el que realiza el hecho propio dañoso.

¿Qué resulta escandaloso de esta última norma? Pues algo muy sencillo de ver: no es que exista dualidad entre responsabilidad civil pura y derivada de delito, es que además hay diferente normativa para la responsabilidad civil pura del Código civil y la igualmente pura del Código penal. Si el agresor es menor de dieciséis años, la responsabilidad es toda lo pura que puede ser, pues en ningún supuesto habrá delito o falta.

Así las cosas recapitulemos lo que ocurría:

a) responsabilidad civil «pura» del menor de edad recogida en el artículo 1903 del Código civil: responden los padres directamente con presunción de culpa.

b) responsabilidad civil «pura» del menor de dieciséis años regulada en el Código penal: responden los padres debiéndose probar la culpa y el menor subsidiariamente.

c) responsabilidad civil «ex delicto» del menor de edad (por tanto entre dieciséis y dieciocho años): responde el menor únicamente.

Con estas soluciones legales, la doctrina y la jurisprudencia produjeron variadísimas interpretaciones todas ellas destinadas a trasvasar soluciones de uno a otro ámbito<sup>11</sup>. Así, ha sido muy habitual intentar utilizar la teoría del concurso de normas frente al concurso de pretensiones. La cuestión sería la siguiente: en primer lugar hay que averiguar si se trata de dos pretensiones diferentes, responsabilidad civil pura y «ex delicto», o si estamos ante un concurso de normas para una única pretensión de resarcimiento de daños causados. En este último caso, todas las normas

---

<sup>10</sup> GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil del menor*, pp. 123 y ss.

<sup>11</sup> Por ejemplo GARCÍA RIPOLL considera que «el perjudicado por el delito puede reclamar posteriormente en vía civil contra los padres del autor del daño, si éste es menor de edad civil y está sujeto a patria potestad. Y lo puede hacer porque, aun cuando se estimen aplicables al caso los preceptos del Código penal, éste no se lo impide. En ningún sitio afirma expresamente que los padres no responden por los mayores de dieciséis años, en cuyo caso no habría cuestión», *Comentario...*, p. 228. En este sentido en la STS de 11 de octubre de 1990 (EDE 9254) se dice: «cuando la acción causante está tipificada y reúne los requisitos para ser calificada de infracción penal, la obligación de ella nacida se rige, como dice el art. 1092 CC, por las normas del Código penal, y ello comporta, normalmente, el ejercicio conjunto de la acción civil y la penal y, en todo caso, la subordinación de la vía civil, sólo ejercitable separadamente cuando se produce la terminación o archivo de las actuaciones penales. Cuando la sentencia penal es condenatoria como la que origina el presente pleito, se condena al resarcimiento de los daños y perjuicios de todo tipo sufridos por el perjudicado, se establece en su caso la responsabilidad civil subsidiaria y se agota la vía civil, pero cuando las circunstancias personales del autor no permiten encontrar un responsable civil subsidiario por no existir personas de las comprendidas en el art. 22 CP, y el autor está en alguna de las relaciones intersubjetivas contempladas en el art. 1903 CC, es posible que el perjudicado, que no ha sido resarcido de los daños sufridos, ejercite la acción civil directa, no subsidiaria, derivada de la responsabilidad extracontractual por hechos ajenos que contempla dicho artículo. Su contenido podría haber sido satisfecho por el juez penal si hubieran concurrido los requisitos del art. 22 CP, pero si éstos no concurren y sí los del art. 1903 CC, queda expedito este cauce de restauración del orden patrimonial alterado por violación del deber "neminem laedere" y que tiene su fundamento en la culpa "in vigilando" o "in eligendo"».

tratarían un mismo supuesto de hecho, de tal modo que se podrían aplicar unas u otras a conveniencia<sup>12</sup>. Siguiendo a YZQUIERDO considero por mi parte que la tesis del concurso de acciones es «sin duda más respetuosa con el Derecho escrito que la tesis del concurso de normas, que, sobre la base de una explicación histórica de los lamentables desafueros del codificador civil, prefiere ignorar lo que el codificador quiso»<sup>13</sup>.

Actualmente, tras la entrada en vigor de la LORPM, continúa parte del esquema anterior. La responsabilidad civil «pura» sigue en el artículo 1903, mientras que la «ex delicto» se rige por lo dispuesto en dicha ley. Además, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la Disposición final primera, «tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código penal y las leyes penales especiales».

La escena que se produjo cuando esta ley llegó a las manos de los diversos cultivadores del Derecho civil, en muchos casos fue la siguiente: primero, buscar el capítulo dedicado a la responsabilidad civil, con la profunda esperanza de no encontrarlo, segundo, al ver que existía, albergar la segunda esperanza de que no dijera nada sustantivo y se remitiese al Código civil y tercero, con el desánimo producido por la frustración de las dos esperanzas anteriores, comenzar a leerla y estudiarla. Así me ocurrió a mí al menos. Mejor habría sido, como ya he dicho antes, el tratamiento unitario de la responsabilidad civil pura y la derivada de delito, pero qué le vamos a hacer.

## **2. ¿Relevancia penal de la responsabilidad civil?**

Hay un tema que va cobrando cada vez más importancia y que por estar justo entre el Derecho civil y el penal no siempre ha sido estudiado con el detenimiento y el carácter interdisciplinar que merece: la posible relevancia penal de la responsabilidad civil. Entiéndase bien, nadie duda de la naturaleza civil de la responsabilidad civil, derive de delito o no<sup>14</sup>. Pero «ello no quiere decir que los aspectos civiles carezcan de relevancia jurídico penal». La responsabilidad civil se tiene en cuenta para dejar en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 81. 3ª CP), la cancelación de antecedentes delictivos (art. 136. 2. 1º), puede ser una circunstancia atenuante (art. 21. 5ª CP), además de muchos otros aspectos que suele considerar la doctrina penal,

---

<sup>12</sup> Tesis mantenida para el supuesto de los menores por ejemplo por CONDE PUMPIDO, *Los problemas...*, pp. 96 y ss, GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres*, pp. 120 y ss, *La responsabilidad civil del menor*, pp. 113 y ss y *Comentario a la STS de 27 de septiembre de 1990*, p. 1030 y PANTALEÓN, *Comentario...*, pp. 1973 y ss.

<sup>13</sup> YZQUIERDO, *Sistema...*, p. 74. y también en *La responsabilidad...*, pp. 42 y ss. En el mismo sentido DÍAZ ALABART, *La responsabilidad por los actos...*, pp. 860 y ss.

<sup>14</sup> La naturaleza civil de la responsabilidad civil «ex delicto» es, como no podía ser de otra manera, la tesis mayoritaria de la doctrina penal, COBO, *Derecho...*, p. 877, GARCÍA-PABLOS, *Derecho...*, pp. 71 y ss, GRACIA y ALASTUEY, *Las consecuencias...*, pp. 36 y ss y pp. 465 y ss respectivamente, LANDROVE, *Las consecuencias...*, pp. 146 y ss y MUÑOZ CONDE y GARCIA ARÁN, *Derecho...*, pp. 686 y ss

como su eficacia intimidatoria sobre el sujeto, que puede ser un medio de aproximación de la víctima al delincuente e incluso su efecto pacificador<sup>15</sup>. Se trata, como señala MIR, que si bien «las prescripciones reguladoras de la responsabilidad civil no podrán considerarse parte del Derecho penal», ello no obsta «a que pueda resultar oportuno contemplar la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la Política criminal, como un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito»<sup>16</sup>. De esta manera la responsabilidad civil, no sería Derecho penal, pero sí una herramienta de la Política criminal. También es habitual decir que «el que la responsabilidad civil sea una consecuencia jurídica del delito, no quiere decir, en absoluto, que tenga que ser forzosamente también una consecuencia penal del delito y que pertenezca, por ello, al concepto de Derecho penal»<sup>17</sup>. Cuando menos es interesante el lenguaje utilizado, pues la responsabilidad civil es civil y a la vez es un instrumento de la Política criminal y una consecuencia jurídica (hemos de entender que jurídica-civil) del delito...

Efectivamente, es doctrina de muchos autores penales modernos que la reacción jurídica penal debe variar, en determinados casos, en función de la responsabilidad civil. Así, señala CERZO que la responsabilidad civil «contribuye también, a mi juicio, parcialmente a la realización de los fines derivados de la pena. La reparación voluntaria del perjuicio causado a la víctima contribuye a la reafirmación del ordenamiento jurídico y pone de manifiesto, además una menor necesidad, o incluso la falta de necesidad, de pena desde el punto de vista de la prevención especial, sobre todo cuando obedezca a un móvil de arrepentimiento. Desde el punto de vista de la prevención general, la reparación no puede satisfacer plenamente la función de ejemplaridad de la pena, pues el bien jurídico lesionado es siempre un bien del Derecho aunque su portador sea una particular»<sup>18</sup>. ¿Qué ocurre entonces con la relación entre pena y reparación? Pues que cuanto mayor importancia se quiera dotar a la prevención especial, más posibilidades se abrirán para sustituir la pena por la reparación. Si tenemos en cuenta que en materia de jóvenes delincuentes se dota de tremenda importancia a la prevención específica y a la reeducación del menor, está claro que la responsabilidad civil adquiere todavía superior relevancia como vamos a ver a continuación.

El artículo 19 de la LORPM, referido al sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación, señala como una de las circunstancias que en determinadas condiciones puede dar lugar a dicho sobreseimiento el «que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito». A

---

<sup>15</sup> MAPELLI y TERRADILLOS, *Las consecuencias...*, pp. 235 y ss.

<sup>16</sup> MIR, *Derecho...*, p. 14.

<sup>17</sup> GRACIA, *Las consecuencias...*, p. 36.

<sup>18</sup> CERZO, *Curso...*, p. 40.



continuación este artículo prescribe que «se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada de delito o falta, regulada en esta Ley».

En estos supuestos el cumplimiento de una obligación tan civil como la responsabilidad civil puede tener ventajas penales. Y todavía más, si no se cumple la obligación civil y se había obtenido el beneficio del sobreseimiento, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente (de acuerdo con el art. 19. 5). Es decir el cumplimiento de la obligación de alguna manera está garantizado con la continuación del expediente.

Todas estas cuestiones ya venían anunciadas en la Exposición de Motivos, en la que se puede leer que se está «haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución». Es decir, que de alguna manera dotar de relevancia penal a la reparación del daño es una interpretación flexible del principio de intervención mínima.

Más adelante, en el número 13 de la Exposición de motivos se continúa diciendo que «la reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado».

No es éste el sitio apropiado para el estudio desde la responsabilidad civil de todas estas cuestiones, pero sí quería cuando menos dar noticia de su existencia, pues se abren muchos interrogantes. Si la reparación del daño causado termina con el conflicto jurídico que existía, ¿para

qué hace falta la reacción penal si el menor se niega de primeras a aceptar la reparación? O lo que es lo mismo, cada vez que una persona cause un daño y no quiera repararlo, ¿debería haber una reacción penal? Por otro lado, un menor con gran capacidad económica tendrá más fácil llegar a un acuerdo con su víctima que otro de clase desfavorecida. El primero podrá llegar antes al sobreseimiento que el segundo, ¿es esto justo?

En fin, dejo estas cuestiones para un deseable futuro debate multidisciplinar, en el que los cultivadores del Derecho civil tendremos nuestro sitio, pues en algunos supuestos da la impresión de que se está criminalizando el Derecho civil, y si no es así, esa impresión debe borrarse claramente<sup>19</sup>.

### 3. Responsabilidad del menor

El artículo 61. 3 es en el que se encuentra regulada la responsabilidad civil de esta ley: «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».

La primera cuestión que conviene clarificar es qué ocurre con los mayores de edad. De acuerdo con los artículos 1. 2 y 4 de la Ley, ésta es aplicable a algunos supuestos de mayores de edad y menores de veintiún años. En estos casos será responsable el propio delincuente, pero no de acuerdo con el artículo 1902 y ss del Cc, sino conforme a los artículos 109 y ss Cp. Igualmente ocurrirá con los menores de edad emancipados, pues como advierte DÍAZ ALABART, el art. 61. 3 se refiere a menores que están sometidos a alguna institución de guarda, lo que no ocurre con los

---

<sup>19</sup> El Derecho penal se encuentra sumido en una cierta crisis, como el resto de las disciplinas jurídicas, siendo consecuencia entre otras cosas de la necesidad de acomodar el viejo Derecho liberal a las sociedades postindustriales donde se producen reacciones, que ha puesto de manifiesto SILVA en su magnífica obra *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, como la «la identificación de la mayoría social con la víctima del delito». Manifiesta este autor que existe un cierto «descrédito de otras instancias de protección», pues por ejemplo «es más que discutible que cierta evolución del Derecho civil del «modelo de la responsabilidad» al «modelo del seguro» esté en condiciones de garantizar, por un lado, que éste cumpla efectivamente funciones de prevención y, por otro, que garantice a los sujetos pasivos una compensación, si no integral (cuya propia posibilidad práctica resulta cuestionable), al menos mínimamente próxima ésta» (pp. 44 y ss). Y es que actualmente en Derecho penal, siguiendo a SILVA, «el conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (convertido en un indeseable *soft law*) y un Derecho penal mínimo y rígido –seguramente imposible- debe hallar una solución en el «punto medio» de la configuración dualista» (pp. 124 y ss). SILVA propone que «en la medida en que la sanción sea privativa de libertad, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez, procedería –precisamente por lo dicho- mantener un claro sistema de imputación individual (personal). Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea privativa de libertad, sino privativa de derechos o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal» (pp. 126 y 127). Si tiene razón este autor, es previsible que en este Derecho penal algo desdoblado se produzcan muchos más acercamientos entre la responsabilidad civil y la criminal.

emancipados<sup>20</sup>. Se deberán aplicar las normas de responsabilidad civil contenidas en el Cp por tratarse de una responsabilidad «ex delicto». Sin embargo, aquí la cuestión no produce demasiadas distorsiones, pues si respondiesen de acuerdo con el Cc lo harían por el 1902, de tal manera que en cualquier caso el responsable es el propio menor emancipado. En esta materia LACRUZ, por su parte, planteaba la posibilidad de que «la víctima puede demostrar que aquél –el guardador- ha incurrido en culpa precisamente al dotar de independencia a quien no estaba preparado para ella»<sup>21</sup>.

En cuanto a los menores, en la LORPM se regula «la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la omisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o las leyes penales especiales». Por otro lado, de acuerdo con el art. 10 del Cp «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley». De lo anterior resulta una cosa clarísima, esos menores son imputables penalmente y como tales son capaces de incurrir en dolo e imprudencia penal, lo que es el prerrequisito para que opere la responsabilidad civil «ex delicto».

La responsabilidad civil del menor es algo que ya existía en el Cp de 1973, como hemos visto. En la responsabilidad civil pura también hay mucha doctrina que considera que el menor debe responder<sup>22</sup>. Como afirma YZQUIERDO, «caigamos en la cuenta de que el art. 1902 no exige capacidad de obrar para que el que causa un daño esté obligado a repararlo, sino sólo que su conducta sea negligente: la capacidad que se precisa en el campo extracontractual no es la capacidad de obrar propia del ámbito contractual» y es que «si los *grandi minori* 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 del menor que tiene un notable desarrollo de su personalidad, el menor que sale de noche, el menor del ciclomotor, el menor rebelde, en suma. Y ni siquiera leyendo el art. 1902 C.civ. en clave de responsabilidad basada exclusivamente en la culpa resulta realista la idea de la total

---

<sup>20</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad en la Ley...*, p. 193.

<sup>21</sup> LACRUZ, *Elementos* (1985), p. 571. Sobre esta materia vid. PARRA LUCAN, *Comentario...*, pp. 775 y ss.

<sup>22</sup> CASTÁN habla de «conceder al Juez un amplio margen de arbitrio para, en su caso condenar de modo directo al menor» en los casos de los «grandes menores», *Derecho...*, p. 978. LACRUZ, *Elementos...*, p. 468, LASARTE, *Principios...*, p. 343. ALBALADEJO señala que debe haber imputabilidad, lo que no significa que el sujeto tenga capacidad para obligarse contractualmente, sino que al menos «ha de poseer la aptitud natural para entender y querer» *Derecho...*, p. 521. Este autor se muestra contrario, por otro lado, a que pueda existir una responsabilidad sin culpa del menor y afirma «probado (art. 1903, último párrafo) que se observó tal vigilancia (es decir que no hay acto dañoso del vigilante) responde –a tenor del art. 1902 del Cc o de la ley 488, 2ª de la Comp. Navarra- el vigilado que tenga suficiente discernimiento, porque entonces el acto dañoso es imputable a él», p. 544. Diversas argumentaciones se encuentran en GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres*, pp. 23 y ss. DE ÁNGEL, *Comentario...*, pp. 2012 y ss, CONDE PUMPIDO, *Los problemas...*, p. 82 y ss, DÍAZ ALABART, *La responsabilidad por los actos...*, pp.

irresponsabilidad»<sup>23</sup>. Sin duda tiene razón GÓMEZ CALLE cuando afirma que la imputabilidad civil «supone capacidad de entender y querer o, lo que es igual, madurez intelectual y volitiva: a los efectos de la responsabilidad civil extracontractual, es imputable quien tiene la suficiente capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y prever sus posibles consecuencias, hallándose además en condiciones de actuar de acuerdo con dicho entendimiento para evitar el daño previsto»<sup>24</sup>.

En este sentido, DÍAZ ALABART considera que «para poder responder civilmente no es preciso ser mayor de edad, sino ser imputable, y un menor normalmente desarrollado física y psicológicamente que ha cumplido catorce años lo es»<sup>25</sup>. Además opina que «el ser menores de catorce años, que automáticamente los convierte en inimputables a efectos penales, no tiene el mismo sentido para los efectos civiles. Así como es cierto que los mayores de catorce años son imputables civilmente, no todos los menores que se encuentran por debajo de esa edad son inimputables civiles, y por lo tanto no serán necesariamente irresponsables en este aspecto. No puede establecerse una regla rígida que determine exactamente desde que edad puede considerarse imputable civil a un menor de catorce años, y habrá que analizar el caso concreto. Probablemente la edad en que pueda empezarse a considerar imputables civiles a los menores, sean los doce años»<sup>26</sup>.

Entre los argumentos que puedan servir para la imputabilidad del menor destacan dos líneas argumentales. La primera de ellas, que afectaría a todos los menores, es la que trata de unir la

---

872 y ss, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, p. 589, LEÓN GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, pp. 307 y ss, YZQUIERDO, *Aspectos...*, pp. 238 y ss, *Estudios...*, pp. 155 y ss y *Sistema...*, pp. 230 y ss.

<sup>23</sup> YZQUIERDO, *Sistema...*, p. 229. También en Derecho comparado se han buscado soluciones como ha puesto de manifiesto GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil del menor*, pp. 90 y ss. Por mi parte, considero destacable la redacción dada al artículo 1114 del Código civil argentino por la ley 23.264 (de 25 de septiembre de 1985) que modificaba el régimen de la patria potestad: «el padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de 10 años». También el Código chileno establece, en su artículo 2319 que «no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia» e idéntico el artículo 1320 del uruguayo, pero fijando la edad en los diez años.

<sup>24</sup> GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil del menor*, p. 95.

<sup>25</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad en la Ley...*, p. 192.

<sup>26</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad en la Ley...*, p. 193. La referencia concreta a los doce años tiene un fundamento legal como señala esta autora, pues «En el cc son varios los preceptos que establecen que los menores que superen dicha edad han de ser oídos en todos los procedimientos en los que estén directamente implicados, y que conduzcan a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, lo que implica que tal edad conlleva un cierto grado de madurez. Es cierto que tratándose de menores de catorce años el nivel de diligencia de sus guardadores habrá de ser muy estricto, por lo que generalmente serán éstos quienes respondan por ellos, pero no veo problema en que respondan los propios menores imputables civiles (no antes de los doce años), con sus guardadores. Obviamente la cuestión no tiene gran trascendencia práctica porque esos menores serán insolventes en la mayor parte de los casos». También en *La responsabilidad por los actos...*, pp. 845 y ss.

responsabilidad civil con la capacidad jurídica y no con la capacidad de obrar<sup>27</sup>. Efectivamente, la capacidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y nadie discute que toda persona, por el mero hecho de serlo, la tiene. Estos derechos y obligaciones pueden nacer de la relación entre el patrimonio del menor o su persona con otros patrimonios o personas, pues bien, qué mayor relación puede tener el menor con el patrimonio de otro que romperlo. En este caso surgiría una deuda de responsabilidad civil, de la que el propio menor debería ser el deudor, si cumple todos los requisitos para ello, como haber sido negligente si es una responsabilidad subjetiva.

Por otro lado, aun cuando se partiese de la idea de que la responsabilidad civil es una muestra más de la capacidad de obrar, también existen razones de sobra para poder fundamentar la posible responsabilidad del menor. La concepción italiana de los *grandi minori* como aquellos menores que, aun siéndolo, se aproximan mucho a la mayor edad, ha calado en nuestra doctrina como una de las vías de explicación de lo que en la realidad social es incuestionable. No se puede mantener jurídicamente que la incapacidad de obrar dura hasta la mayoría de edad, momento mágico en el cual se adquiere la capacidad plena. La realidad social nos muestra unos menores que contratan e incluso que son un clarísimo objetivo dentro del mercado. ¿Cuántos cantantes, grupos de música, marcas de ropa... tienen como público a estos incapaces de obrar y desaparecerían del mercado si no pudieran comprar sus productos? La excepción primera del párrafo segundo del artículo 162 se refiere a «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar el mismo». Este artículo interpretado conforme al criterio de la realidad social del tiempo en que vivimos (art. 3) lleva a considerar que los menores de edad tienen una capacidad de obrar creciente, que aumenta de manera pareja a su madurez<sup>28</sup>. Siendo esto así, que la capacidad de obrar es creciente, también va sido creciente su

---

<sup>27</sup> Vid. DE ANGEL, *Tratado...*, pp. 307 y ss., ALBALADEJO, loc. cit., LACRUZ, loc. cit., DIEZ-PICAZO y GULLÓN, loc. cit., PANTALEÓN, Comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1983, CCJC nº 2 (abril-agosto 1983), pp. 447 y ss e YZQUIERDO loc. cit.

<sup>28</sup> Refiriéndose a la guarda, señala GARCÍA RIPOLL, «frente a la situación cuando se promulgó el Código Civil, ahora no hay una división tajante entre la situación de dependencia e independencia de la persona, dada por la mayoría de edad, sino que hay que atender a las condiciones personales del hijo, pues conforme aumenta su madurez, aumenta su campo de libre actuación. Verdaderamente, desde el punto de vista técnico-jurídico, resulta más complejo y menos seguro, desde luego, el jurista se encuentra más cómodo entre moldes rígidos e inflexibles que ante situaciones elásticas y conceptos de difícil valoración, pero es indudable la intención del legislador en este sentido. De manera que «los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda», pero sólo hasta el ámbito en que se extienda dicha guarda; es decir, sólo en el caso de que el comportamiento, la actividad del menor, se encuentre en el círculo de actividades en los que el menor está bajo la dependencia y potestad paterna. Pero, en buena lógica, no pueden responder los padres por los actos de los hijos que se encuentren fuera del ámbito de dicha guarda legal, conforme establecen los preceptos relativos a la patria potestad (más aún cuando se ha suprimido el usufructo paterno sobre los bienes de los hijos)», *Comentario...*, p. 232. Quizás por este deseo de mayor seguridad lamenta DÍAZ ALABART que «no deja de ser un problema el hecho de que no haya una norma específica que señale el momento en que se es imputable civilmente», *Responsabilidad civil por hechos...*, p. 23.

responsabilidad.

La responsabilidad es reverso de la libertad del individuo en su faceta moral y filosófica. Del mismo modo, jurídicamente, la responsabilidad civil debe ser reverso de la libertad para actuar de la persona. Si un menor puede contratar de acuerdo con su madurez, también estará obligado a cumplir el contrato y, en caso contrario, será responsable de su incumplimiento. También, si causa un daño a otro interviniendo culpa o negligencia deberá ser responsable del resarcimiento. Por que resulta indudable que un menor que puede ser imprudente penalmente, también puede incurrir en negligencia civil.

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto hay que entender que el menor de edad sea responsable civilmente en la LORPM, lo cual me parece acertado e incluso considero que sería deseable que alguna solución semejante se prescribiera en el Código civil cuando se reforme para unificar la responsabilidad «pura» y la «ex delicto» (como se puede apreciar soy un optimista irredento). No creo que sea lógico mantener un sistema en el que los menores de edad ven crecer su capacidad de obrar de acuerdo con su madurez, pero no su responsabilidad, de tal modo que la mayoría de edad signifique culminar su adquisición de la capacidad de obrar y, de golpe, convertirse en responsable tras dieciocho años de irresponsabilidad total.

#### **4. Naturaleza de la responsabilidad de padres, tutores, acogedores, guardadores legales o de hecho**

La responsabilidad civil de todas las personas mentadas en el artículo es también directa y solidaria con la del menor. Esto establece una primera distinción con el art. 1903 Cc en el que los padres y tutores responden solos y no junto a los menores. En el art. 1903 la responsabilidad es de las clásicas por hecho ajeno, es decir responde una persona por la acción dañosa realizada por otro, por que existe alguna relación que fundamente esa responsabilidad. En el caso de padres y tutores es común hablar de la culpa *in vigilando* o *in educando*. El esquema sería el siguiente: los padres tienen una omisión de la diligencia, caldo de cultivo para que el menor realice la acción dañosa. No es exactamente causalidad lo que media entre la omisión de diligencia y la acción del menor, pero sí hay alguna relación. Por otro lado, la responsabilidad civil de los padres es subjetiva con presunción de culpa en la letra del artículo 1903, aunque la interpretación jurisprudencial que de este artículo se ha realizado es de responsabilidad claramente objetiva.

La naturaleza de la responsabilidad de los padres en la LORPM yo la calificaría de objetiva, aunque también tiene un factor subjetivo, lo que es una nueva categoría en nuestro ordenamiento. Esta responsabilidad no se encuadra totalmente dentro de la responsabilidad objetiva por la incidencia que tiene en ella la presencia o no en el caso concreto de negligencia grave o leve. Por

otro lado, el art. 61. 3 en ningún momento menciona la culpa como factor de atribución, por lo que resulta claro su carácter objetivo.

Por el contrario DÍAZ ALABART considera que esta responsabilidad es subjetiva y razona: «El mero hecho de hablar de responsabilidad solidaria entre los guardadores y el menor infractor no determina automáticamente una responsabilidad objetiva. Ciertamente que en el precepto no se menciona la culpa de los guardadores, como sucedía en el art. 20 CP 1973, ni tampoco que su ausencia les exonere de responsabilidad, pero con eso no significa que no se tome en cuenta como criterio de imputabilidad». Las razones que a continuación aduce esta autora para fundamentar su tesis, según la cual la responsabilidad civil es subjetiva en la LORPM, son: 1º los antecedentes legales son de responsabilidad por culpa y si se hubiese cambiado el criterio «lo normal habría sido señalar el cambio: dando una redacción al precepto en el que con toda claridad se reflejara que se trata de una responsabilidad objetiva, y glosándolo en la Exposición de Motivos de la Ley»; 2º habida cuenta que para hacer responsable al menor «en la Ley se le exige algún tipo de culpa o negligencia. Siendo dos sujetos que responden solidariamente, resultaría bastante extraño que, sin una razón suficiente, el criterio de imputación fuera distinto en cada uno de los dos casos. No existe razón para ello»; 3º la regla general en nuestro sistema es de responsabilidad por culpa, por lo tanto «en los supuestos en que no aparezca con claridad que se trata de responsabilidad por riesgo, hay que entender que se trata de una responsabilidad por culpa». Además, considera esta autora que a la responsabilidad de los guardadores por los hechos de los menores no les es aplicable la doctrina del riesgo, «pues falta la contrapartida normal en este tipo de responsabilidad que es la obtención de un lucro o ventaja con la creación de ese riesgo»; 4º el art. 118 Cp que regula la responsabilidad de los guardadores por los hechos causados por los incapaces fija una responsabilidad por culpa y carecería de sentido que sea diferente la solución para los menores de edad; 5º para DÍAZ ALABART, otra razón más para mantener su tesis es que existe una amplísima enumeración de guardadores responsables en el art. 61. 3 y por ser tan dispares «es difícil que a todos ellos se les pudiera imputar la responsabilidad objetivamente, mientras que el criterio de la culpa no ocasiona tales problemas»; y 6º «La moderabilidad de la responsabilidad de los guardadores, recogida en el art. 61, 3, no tiene sentido más que en una responsabilidad por culpa. La responsabilidad objetiva suele acompañarse de un límite máximo de responsabilidad, pero no es moderable». Por todo ello concluye: «los guardadores del art. 61, 3 LORPM responden pues por culpa o negligencia (si bien les corresponderá a ellos la carga de la prueba de su comportamiento intachable»<sup>29</sup>.

Sin embargo, el artículo dice lo que dice y calla lo que calla. Entender que se trata de una

---

<sup>29</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad civil en la Ley...*, pp. 196 y ss.

responsabilidad por culpa, supone introducir un hecho constitutivo más de la pretensión de resarcimiento contra los guardadores, lo cual sólo se podría hacer integrando el artículo con alguna otra norma. Así, que la Exposición de Motivos nada diga al respecto o que la legislación derogada fuera de otro tipo no es suficiente para incluir la culpa en el art. 61. 3. Que la regla general de la responsabilidad civil es que sea por culpa o que sea también subjetiva la responsabilidad del art. 118 Cp sería de gran utilidad para un supuesto en el que no hubiese una regla especial, pero no es el caso. Tampoco considero que afecte en nada a la naturaleza de la responsabilidad el hecho de que la enumeración de responsables sea más o menos amplia.

Del hecho de que respondan solidariamente el menor y su guardador tampoco creo que se pueda extraer el requisito de la culpa, ni de que exista una posible moderación por parte del Juez. Efectivamente una responsabilidad objetiva, solidaria con otra subjetiva, y que además es moderable en caso de negligencia leve, no parece lo más correcto desde el punto de vista técnico, pero de ahí no se puede inducir la presencia de la culpa. Es más, si la ley quisiera que la responsabilidad fuera por culpa, bastaría con que lo hubiese señalado, pero si nada dice, la culpa no es requisito de esta responsabilidad.

En conclusión, es una responsabilidad objetiva en la que el factor culpa tiene especial incidencia: si no hay negligencia o ésta es levisima o leve el guardador podrá ver moderada su responsabilidad de tal manera que acrecerá la del menor que será el «mayor responsable», y si hay dolo o culpa grave la responsabilidad del guardador será mayor, pero en todos estos casos habrá responsabilidad solidaria de todos ellos. Es decir, el guardador responde aun sin culpa, lo cual le convierte ya en deudor solidario aunque sea por una mínima cuota, pero la culpa se tiene en cuenta para graduar la cuota de responsabilidad. Por ello es una responsabilidad objetiva extraña<sup>30</sup> en la que el elemento subjetivo tiene una cierta función moderadora<sup>31</sup>.

##### **5. La facultad de moderación cuando no hay dolo ni negligencia grave del guardador**

El artículo 61. 3 dice textualmente «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». Así las cosas queda claro que si hay dolo o culpa grave los padres tienen su responsabilidad

---

<sup>30</sup> También considera que es objetiva DOLZ LAGO pero dice algo que no puedo compartir, pues afirma que «esta responsabilidad tiene un carácter objetivo y quiebra el principio de culpabilidad civil o penal, sustrato de toda responsabilidad civil, en nuestro ordenamiento jurídico», *La nueva responsabilidad...*, p. 239. Una cosa es que la regla general sea de responsabilidad civil subjetiva y otra muy distinta que esa característica sea sustrato de toda responsabilidad, además de que una norma de responsabilidad civil objetiva en nada, repito, en nada afecta a la culpabilidad penal.

<sup>31</sup> En este mismo sentido señala MORENO MARTÍNEZ que el inciso final del artículo 61. 3 «no modifica el carácter objetivo de su responsabilidad, sino opera como simple reducción judicial de la reparación, en los supuestos en los que la negligencia no mereciera el calificativo de grave», *Responsabilidad...*, p. 422.



íntegra, mientras que en todos los demás casos se puede moderar, lo cual no hace más que plantear más preguntas.

Conviene destacar que esta regla es similar a la que se encuentra en el artículo 1103 del Código civil<sup>32</sup>. En el 1103 se habla de «la responsabilidad que proceda de negligencia», lo que es prácticamente igual que cuando no hubiese «dolo o negligencia grave». En ambos casos se faculta al Juez para moderar, pero no es lo mismo lo que se modera. En el 1103 la moderación es de «la responsabilidad», mientras que en el 61. 3 es de «su responsabilidad», es decir de su cuota en la responsabilidad. Referido a la legislación anterior, DÍAZ ALABART ya consideraba que «cuando el daño lo causen esos menores con capacidad de entender y querer, existe la posibilidad de moderar judicialmente la responsabilidad paterna de acuerdo con el artículo 1103 CC, artículo que encaja perfectamente con el artículo 3. 2 CC, pues es un supuesto en el que la ley expresamente permite que la resolución judicial se base exclusivamente en la equidad. Así queda la posibilidad de resolver conforme a derecho, sin que la víctima quede privada de toda indemnización. Así cabe evitar que los padres sean necesariamente y en cualquier caso las «víctimas patrimoniales» del accidente provocado por sus hijos»<sup>33</sup>.

### **5. 1. Dolo o culpa grave**

En cuanto al art. 61. 3, la primera duda es: dolo y culpa grave respecto a qué. Sobre esta cuestión hubo alguna discusión en la tramitación parlamentaria. El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida presentó la enmienda número 59 con la que se pretendía la supresión del apartado 3 del artículo 61 y la motivación era: «Se trata de dejar la responsabilidad solidaria según su propia naturaleza civil, pues además la expresión «con dolo o negligencia grave» debe ser civil pues en otro caso podría acarrear responsabilidades penales a los padres, etcétera Además ésta es una buena medida contra el gamberrismo urbano y grupos violentos de diversa índole»<sup>34</sup>. Asimismo el senador IGLESIAS del Grupo Parlamentario Socialista indicaba al defender sus posiciones respecto de la redacción del proyecto: «si hay responsabilidad de los padres o tutores en dolo o negligencia respecto de la conducta de los menores, es evidente que estarán también encausados penalmente y, desde luego, tendrán que responder civilmente de las consecuencias de los actos de los menores que están bajo su guarda o bajo su tutela»<sup>35</sup>. Posteriormente CUESTA MARTÍNEZ del Grupo Socialista del Congreso también señaló que «si los mayores hubieren favorecido con dolo la conducta delictiva del menor, estarían más próximos a la autoría, a la inducción, a la aplicación del

---

<sup>32</sup> Sobre el art. 1103 y su habitual utilización incorrecta, vid. YZQUIERDO, *Sistema...*, pp. 233 y ss.

<sup>33</sup> DÍAZ ALABART, *Responsabilidad por hechos...*, p. 139.

<sup>34</sup> Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A: 16 de marzo de 1999 Núm. 144-10 Proyectos de Ley.

Código Penal y no a un concepto para introducir los criterios de cómo modular la disminución de esa responsabilidad objetiva y solidaria de los adultos, padres, tutores o guardadores de hecho»<sup>36</sup>.

No creo que se pueda hablar de un dolo o culpa grave respecto de la concreta acción dañosa, sino respecto de la específica diligencia que fundamenta la moderación de la responsabilidad<sup>37</sup>. La Ley dice «que no hubieren favorecido la conducta del menor». Si los padres favorecen la conducta dañosa del menor, por ejemplo, prestándole ayuda para que la realicen, no estaríamos ante un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, sino de responsabilidad por hecho propio. Tendríamos una responsabilidad del artículo 1902 si su actuación no fuera relevante penalmente y «ex delicto» en caso contrario. No podemos olvidar que de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 28 del Código penal, «También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado». Por lo anterior, un favorecimiento de la conducta del menor podría situar al padre, no en la esfera de la responsabilidad civil, sino como autor del delito.

Dolo en el artículo 61 no es favorecer la acción dañosa del menor, sino una dejación intencionada de sus labores de vigilancia y educación que favorecen ese comportamiento. Así, la imprudencia grave y el dolo se predica claramente de la diligencia que podría dar lugar a esa moderación: la diligencia *in vigilando e in educando*. Quiero recordar aquí el artículo 2321 del Código civil chileno, según el cual «los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir». En este mismo sentido hay que entender el dolo y la culpa grave a que se refiere este artículo.

El actuar diligente de los guardadores se refiere a la diligencia *in vigilando e in educando*. Esta diligencia que en el art. 1903 Cc debería servir para exonerar a los padres y tutores de su responsabilidad, en estos casos no exonera, pero sí modera. Para la apreciación de la diligencia en este momento cobrará mucha importancia la edad del causante del daño. En este sentido escribe

---

<sup>35</sup> Diario de Sesiones del Senado, Sesión del Pleno del 16 de diciembre de 1999.

<sup>36</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. Año 1999, VI Legislatura Núm 217.

<sup>37</sup> En este sentido señala DÍAZ ALABART: «estamos hablando de responsabilidad por hecho de otro. En concreto de la de los guardadores de un menor que responden de los daños causados por no haber cumplido correctamente las funciones de educación y vigilancia que les son, propias, lo que de una forma u otra ha incidido en la realización del hecho dañoso. Este es el único sentido que puede tener la expresión empleada por el art. 61, 3 LORPM, al decir que es posible que el juez modere la responsabilidad de los guardadores cuando, «éstos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave», pues es palmario que la carencia de toda vigilancia, la falta de educación, y los ejemplos corruptores favorecen las conductas antisociales y delictivas de los menores. No es admisible dar a ese «favorecimiento» de las conductas ilícitas de los menores por parte de sus guardadores el sentido de poder tipificarse como inducción, complicidad o encubrimiento en el delito, pues entonces la cuestión quedaría fuera del puro ámbito de la responsabilidad por hecho de otro. Si así fuera habría de seguirse un procedimiento penal ordinario contra el

DÍAZ ALABART que «en cuanto a las circunstancias que conforme a la equidad pueden llevar al Juez a moderar la responsabilidad de los guardadores, una de especial importancia es la edad del menor infractor, puesto que el deber de vigilancia de los guardadores ha de ir adecuándose al mayor nivel de madurez que los menores van adquiriendo al acercarse a la mayoría de edad. La propia LORPM hace algunas diferencias en cuanto a las medidas puramente sancionadoras aplicables a los menores de 14-16 años, y las correspondientes a los que superen los 16 años»<sup>38</sup>.

Lo referente al dolo y la culpa grave puede llevarnos a otra cuestión íntimamente ligada: la privación de la patria potestad o la remoción del tutor<sup>39</sup>. El padre o el tutor que incumpla dolosamente o con grave imprudencia las obligaciones de educación y vigilancia, está incumpliendo los deberes inherentes a la patria potestad o tutela, por lo que, de acuerdo con los artículos 170 y 247 respectivamente, podría ser privado de la guarda legal por sentencia firme. Lo cual significa, en mi opinión, que cuando ese dolo o culpa sea acreditado en el proceso establecido en la LORPM, se debería a continuación seguir un procedimiento que estudiara los incumplimientos de la patria potestad o de la tutela. Resultaría gravemente perturbador que un Juez declarase que el padre intencionalmente ha dejado de educar y vigilar a su hijo y que esto no tuviese ninguna repercusión en el ámbito de la patria potestad.

## **5. 2. La «responsabilidad podrá ser moderada»**

Si los guardadores no hubieren favorecido la conducta del incapaz con dolo o culpa grave, el Juez podrá moderar su responsabilidad. Se trata del supuesto de imprudencia leve, levísima e incluso no imprudencia, pues todos estos casos son los que se encuentran dentro del artículo. Nótese además que la Ley en ningún momento dice que esto pueda ser una causa de exoneración, sino simplemente de moderación. Así las cosas, en los casos en los que se demostrara que no hay dolo ni culpa grave (incluyendo, repito, también el supuesto de no imprudencia) el guardador sigue siendo responsable, si bien su responsabilidad se moderará.

Lo que no queda claro es qué se modera, sobre todo teniendo en cuenta que la responsabilidad es solidaria. DÍAZ ALABART refiriéndose a las diversas interpretaciones señala que «si se reclama al guardador la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados (aún cuando el menor infractor sea solvente), lo que es posible en una obligación solidaria, una vez hecho el pago nacería para el guardador la acción de regreso contra el menor propia de la relación interna de solidaridad. Si el menor fuera solvente podría tener eficacia real la moderación, pues recuperaría la parte que el Juez rebajó de su cuota. Si no es así, la moderación efectuada no tendría efectos prácticos para el

---

guardador cómplice, inductor, o encubridor», *La responsabilidad civil en la Ley...*, pp. 207 y 208.

<sup>38</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad civil en la Ley...*, p. 210.

guardador. Otra posibilidad es que la redacción del precepto no sea la más correcta, y se haya pensado simplemente en una moderación de la responsabilidad por hecho ilícito que disminuye no la cuantía de lo que debe un solo deudor, sino el total de la deuda. Un argumento a favor de esta segunda lectura del precepto puede encontrarse en la facultad de moderación para la responsabilidad de los incapacitados y sus guardadores, recogida en el art. 118, 1, 1ª, segundo párrafo Cc que deja muy claro que la moderación (graduación equitativa, en los términos del artículo) afecta a la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos. Por último, se puede considerar que la mencionada solidaridad entre menores y guardadores no es absoluta, sino —como resulta más razonable—, parcial hasta el punto en que coincida la cuantía de sus obligaciones. Así la moderación efectuada tiene efectos reales sin que, por efecto de la solidaridad total, signifique rebajar la deuda del menor. Esta interpretación es la que considero más atinada»<sup>40</sup>.

De acuerdo con el art. 62 de la LORPM «la responsabilidad civil a la que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal vigente», lo que comprenderá, de acuerdo con el artículo 110, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. También, la regla 8ª del artículo 64 exige que en el contenido civil de la sentencia se ajuste el Juez a lo indicado en el artículo 115 del Código penal, es decir, que se establezcan las bases en que se fundamenta para imponer la cuantía de daños y perjuicios, aunque la concreta fijación se puede realizar en ese momento o en la ejecución. La extensión de la responsabilidad civil es por tanto la reparación del daño.

En mi opinión, se trata de una obligación solidaria y la moderación se debe referir lógicamente a su cuota dentro de las relaciones internas propias de la solidaridad pasiva, pues no olvidemos que el art. dice que podrá ser moderada «su responsabilidad», no *la* responsabilidad. Si esta solidaridad es lo que en el Cc se llama solidaridad, y yo así lo creo, la moderación de la cuota afectará a las relaciones internas propias de la solidaridad pasiva. No creo que se pueda hablar de una solidaridad parcial, que sea únicamente tal en la cantidad concurrente y no en el resto, porque simplemente no hay cantidades concurrentes, hay cuotas de una única obligación solidaria. Así las cosas, el menor y el guardador serán responsables de una única deuda de responsabilidad civil que abarca, de acuerdo con la remisión que el artículo 62 realiza, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (conforme al artículo 110 del Código penal).

---

<sup>39</sup> Sobre la remoción del tutor, vid. NAVARRO, *Comentarios...*, pp. 1916 y ss.

<sup>40</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad civil en la Ley...*, pp. 210 y 211.

La extensión de esta responsabilidad no se puede moderar por la inexistencia de culpa grave o dolo en el padre, de tal manera que lo único moderable es su participación en ese todo, es decir, su cuota. Por ello el guardador es responsable solidario, junto con el menor, de todo el daño causado, pero su cuota en las relaciones internas se modera. De puertas afuera, de cara a la víctima todo sigue igual, pues el menor y los otros responsables son deudores solidarios, por lo que la víctima seguirá pudiendo reclamar todo a quien le convenga.

## **6. Responsabilidad de los guardadores**

De acuerdo con la LORPM responden los «padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden». La enumeración, tal y como está hecha, no parece del todo afortunada y desde luego tampoco el orden, pero vamos a verlo más detenidamente.

### **6. 1. Los padres**

Los padres son los primeros responsables dentro de la enumeración, pero no se dice nada más. En el art. 1903 del Cc los padres responden «por los hijos que se encuentren bajo su guarda» y en el antiguo art. 20 del Cp de 1973 las personas que respondían eran «quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal». Como vemos se hecha en falta que se especifique algo sobre la patria potestad. Pudiera no quedar claro si responden los padres sea la que sea su relación paterno filial o si por el contrario, al decir el artículo «padres» se debe entender que hace referencia a la patria potestad. El problema que se podría plantear es: habiendo padres ¿siempre responden éstos antes que el tutor, o, si hay tutor y los padres están privados de la patria potestad, responde aquél?

En mi opinión es preferible pensar que el factor de atribución es la patria potestad más que el hecho biológico de la paternidad. Así, quien no ostenta la patria potestad de su hijo, no creo que deba ser responsable de los daños que cause. Es en el hecho de esa patria potestad dónde se encuentra el auténtico factor de atribución. Esta interpretación sería posible si por el término «padres» entendiésemos padres con patria potestad. De lo contrario, solo en el caso de menores huérfanos se continuaría con el orden establecido en el artículo.

Ahora bien, al tratarse de una responsabilidad objetiva, cuyo factor de atribución es la patria potestad, se presentan otros muchos casos complicados. Y es que además existe el factor subjetivo de la culpa *in educando* e *in vigilando*, que sirve para moderar la cuota de responsabilidad de los padres. Por ejemplo, ¿quién responde por un daño causado por un hijo de padres separados o divorciados? En estos casos, el divorcio o la separación no tienen porqué significar la privación de la patria potestad y lo que se altera es el régimen de convivencia que, atribuido a uno de los progenitores, además se modaliza con el régimen de visitas. Conviene detenerse un momento con la doctrina sobre la responsabilidad civil pura en estos supuestos. La aplicación del artículo 1903 a

casos de divorcio y separación depende de cuál sea el auténtico factor de atribución que haya en ese artículo. Como señala CASTÁN, «el contraste entre el fundamento nominal de la responsabilidad de los padres (culpas *in educando* e *in vigilando*) y el fundamento real (responsabilidad cuasi objetiva) permite dudar sobre a quién ha de corresponder la obligación de resarcir el daño»<sup>41</sup>. Las diferentes soluciones pueden ser las siguientes:

a) si el factor de atribución es únicamente la patria potestad, da igual la situación concreta en la que se encuentre el menor, pues responderán todos los que ostenten la patria potestad.

b) si el factor de atribución es la violación de la diligencia *in vigilando* o *in educando*, al existir presunción de culpa, los que ostenten la patria potestad se presumen culpables, salvo que consigan demostrar que ellos cumplieron diligentemente sus deberes<sup>42</sup>. En estos casos se podría llegar incluso a una exoneración de ambos progenitores si demostrasen su diligencia, lo cual no puede dejar de extrañar, pues si en los supuestos en los que no hay divorcio de por medio, el Tribunal Supremo siempre condena a los padres sin admitir la exoneración, ¿sí cabría demostrar la diligencia en los supuestos de divorcio?

c) si se entiende que fundamentalmente hay una violación del deber de vigilancia, la responsabilidad la tendría aquel progenitor con quien se encontrase en ese momento el menor: con quien convive, salvo que esté en régimen de visita<sup>43</sup>. En este sentido considera YZQUIERDO que es preferible «como criterio de atribución el doble requisito patria potestad-guarda del menor, de tal modo que haya de ser responsabilizado quien, teniendo la patria potestad, se halle con el menor en el momento del daño, excluyéndose así la responsabilidad del que ostenta la patria potestad pero no tiene la guarda en ese momento concreto»<sup>44</sup>.

d) si se quiere ahondar más en el carácter subjetivo de la responsabilidad, también habría que analizar la culpa *in educando*, de tal manera que, por ejemplo, sería responsable de los daños causados con una escopeta el progenitor que se la regaló<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> CASTÁN, *Derecho...*, p. 977.

<sup>42</sup> Considera que hay responsabilidad de ambos progenitores, pero que puede exonerarse quien demuestre su diligencia, LACRUZ, *Elementos...* (1985), p. 570.

<sup>43</sup> En un caso de separación la STS de 11 de octubre de 1990 (EDE 9254) condenó al progenitor con quien estaba el menor cuando se produjo el daño: «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, 17 años, se la autorizaba a acudir y permanecer, según su voluntad, en las esferas de relación paterna y materna. Y la sentencia recurrida ha declarado hecho probado que el accidente se produjo cuando el hijo estaba bajo custodia del padre».

<sup>44</sup> YZQUIERDO, *Sistema...*, p. 257.

<sup>45</sup> Considera DE ANGEL que «cónyuge responsable es aquel que tenga encomendada la guarda del menor (art. 90 a) y 91 CC), si bien hay que tener presente que si se considera la culpa *in educando* como fundamento (o la menos uno de

Teniendo en cuenta que una cosa es lo que dice el Código y otra lo que leen los tribunales, tiene razón DÍAZ ALABART al señalar que «si la responsabilidad se exigiera por los Tribunales de verdad tal como es en nuestro Código, es decir, basada en la culpa, el responsable por los daños causados por el hijo, en el caso de padres separados, divorciados sería aquel con el que convive». Ahora bien si se tiene en cuenta el carácter objetivo «la responsabilidad debe corresponder a ambos padres»<sup>46</sup>. Por otro lado es muy habitual en la doctrina decir que, desde el punto de vista práctico, lo más aconsejable será demandar a ambos cónyuges<sup>47</sup>.

En el caso de la LORPM creo que las posibles interpretaciones se reducen a dos, dejando siempre a salvo la posibilidad de moderar la responsabilidad cuando únicamente exista culpa leve. Si se entiende que el factor de atribución es la patria potestad, responderán quienes la tengan. Por el contrario si se entiende que es la patria potestad y la guarda del menor, lo que creo que es más conveniente, el responsable será quien la tenga asignada en el momento en que el menor realizó la acción delictiva. La razón para ello es que de la enumeración del art. 61. 3 no sería difícil inducir que responden todas las personas mencionadas en cuanto que son, de una u otra manera, guardadores, que es el mínimo común a todos ellos. Por ello opino que de manera general en el artículo el factor de atribución es la guarda, modalizándose para cada uno de los mencionados. Así tendremos la guarda que deriva de las situaciones citadas en el artículo: padre, tutor...

## 6. 2. Tutores

Actualmente, dentro de la tutela conviven diversas formas junto con la tutela clásica ejercida por una sola persona física. Puede haber tutela de una persona jurídica de acuerdo con el artículo 242. En estos casos, la persona jurídica, lógicamente, actúa a través de personas físicas. En mi opinión son supuestos en los que la actuación de las personas físicas en la tutela de la persona jurídica se produce de una manera totalmente vicarial, de tal manera que la responsabilidad corresponderá a la persona jurídica que es realmente el tutor<sup>48</sup>.

En los casos de tutela plural se pueden dar diversos supuestos. Por un lado existe la posible tutela de los padres (nº 2 del art. 236), de los tíos (nº 3 del art. 236), casos en los que la responsabilidad debe ser conjunta<sup>49</sup>. En los supuestos en los que exista una tutela plural aconsejada por «circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio», considero que si existen diversas esferas de actuación, también deberá estar dividida en esas esferas la

---

ellos) de la responsabilidad que nos ocupa, podría hacerse extensiva esa responsabilidad al otro progenitor, en cuanto hubiere participado en la educación del hijo», *Comentario...*, p. 2010.

<sup>46</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad por los actos...*, p. 823.

<sup>47</sup> CASTÁN, *Derecho...*, p. 977.

<sup>48</sup> NAVARRO, *Comentarios...*, p. 1872.

<sup>49</sup> NAVARRO, *Comentarios...*, pp. 1881 y ss.

responsabilidad, de tal manera que cada tutor será responsable de lo que haga dentro de su ámbito de consecuencias<sup>50</sup>. Por ello, normalmente «la responsabilidad por el hecho ilícito corresponderá al tutor de la persona, que será aquel en cuya compañía viva el tutelado la mayor parte de los casos y a quien corresponda la guarda de la persona de éste»<sup>51</sup>. La razón para ello, en mi opinión, vuelve a ser la misma que la manifestada anteriormente para los casos de separación y divorcio: el auténtico factor de atribución que existe en el artículo es la guarda en cualquiera de sus formas.

### **6. 3. Acogedores**

Respecto de los acogedores conviene tener en cuenta las diversas formas de acogimiento que pueden existir de acuerdo con el art. 173 bis del Cc. En este artículo encontramos que puede haber: 1º acogimiento familiar simple, que siempre tiene un carácter transitorio, 2º acogimiento familiar permanente y 3º acogimiento preadoptivo. Además, en el artículo 173 encontramos que el documento de formalización del acogimiento familiar incluirá «el sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros». Por ello, en primer lugar habrá que acudir a dicho documento para averiguar el sistema de garantías.

Estudiando las diversas formas de acogimiento DÍAZ ALABART llega a las siguientes conclusiones que comparto plenamente: «la responsabilidad para los acogedores en régimen familiar simple ha de ser la de los empleados o dependientes (art. 1.903, 4 cc), pues aquí la actuación de los acogedores, mediando compensación económica o no, no es sino la de personas que materialmente se ocupan de los menores, con arreglo a las instrucciones que al respecto den los padres o la entidad pública, que es quien tiene la guarda legal del menor y que, por tanto, es quien debe responder en primer lugar de los daños que cause él mismo. Por lo que respecta al acogimiento familiar permanente, —con sus características de situación estable, y si se conceden a los acogedores facultades de la tutela—, entiendo que aún es más claro que exista esa responsabilidad, pues de hecho la guarda —al menos parcialmente— pasa de la entidad pública a los acogedores. Ello no significa que en esa responsabilidad no pueda incluirse a la entidad pública, en tanto que sigue conservando unas ciertas funciones de guarda. El acogimiento preadoptivo es la situación que más se asemeja a la tutela o patria potestad. No es pensable que en esta situación sea la entidad pública quien corra con los gastos del menor, ni que reciban emolumentos por cuidarse de él, ni que su familia biológica dé instrucciones en cuanto al cuidado, ni que lo visite. Así que, aunque el acogimiento preadoptivo siga siendo una situación no definitiva, creo que este tipo de acogedores

---

<sup>50</sup> NAVARRO, *Comentarios...*, p. 1880.

<sup>51</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad por los actos...*, p. 828.



pueden ser los únicos responsables civiles de los menores acogidos. No solamente en el ámbito de la LORPM: ilícitos tipificados penalmente, sino también en el del art. 1.903 CC: ilícitos civiles. Pues, aunque los acogedores no aparezcan mencionados entre los posibles responsables enumerados en ese precepto, entiendo que es posible su aplicación analógica a los acogedores. Por último, si nos referimos al acogimiento convencional, es decir aquél que pactan libremente entre los padres o tutores y acogedores, si no hay pacto expreso sobre la responsabilidad civil por los daños del menor, ésta ha de corresponder a quien tiene la guarda efectiva que es el acogedor»<sup>52</sup>.

En todos estos casos habrá que acudir, una vez más al factor de atribución guarda y las diversas modalidades que se pueden presentar. Así, en el acogimiento familiar simple en el que no se pierde la patria potestad o la tutela, el acogedor realiza una función para otro que es el auténtico responsable. Cuando el acogimiento sea permanente el doble factor tutela-guarda es más complicado y habrá que averiguar caso por caso la responsabilidad de cada uno de los intervinientes siguiendo ese criterio. Por último, en el acogimiento preadoptivo la guarda ya corresponde plenamente a los acogedores y la relación es cuasi-tutelar, por lo que deberán responder los acogedores.

Lo deseable en cualquier caso es que la previsión del artículo 173 sobre la necesidad de incluir el sistema de cobertura de la responsabilidad civil en el documento de formalización de acogimiento familiar se cumpla. Asimismo, hay que tener en cuenta la muy loable tarea que realizan mucho de los acogedores y que la LORPM va a ser aplicada a menores delincuentes. Por ello, considero que estos acogedores deben ser tratados con especial mimo por la legislación y las instituciones públicas como mínimo reconocimiento social a la tarea que realizan. Recuerdo que conforme con la letra i) del artículo 7 de la LORPM una de las medidas que se pueden imponer a los menores es la de «convivencia con otra persona, familia o grupo educativo», con lo que se pretende orientar al menor en su proceso de socialización. Sería desde luego tremendo imponer la responsabilidad civil a esas personas que están intentando colaborar en la reinserción del menor y eludir la de las Entidades públicas.

#### **6. 4. Guardadores legales**

Sorprende en primer lugar que tras los padres y los tutores se cite expresamente a los guardadores legales. Así, señala YZQUIERDO «si los padres, los tutores y los guardadores de hecho están ya comprendidos nominalmente en la relación, ¿quiénes son los “guardadores legales”? Sólo queda como posibilidad que la expresión se refiera a la mal llamada “tutela administrativa” de menores desamparados del art. 172.1 C.civ. (que lleva consigo la suspensión de la patria potestad o

---

<sup>52</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad civil en la Ley...*, p. 206.

de la tutela ordinaria, art. 172.1 p<sup>o</sup> 39), y también a la guarda administrativa del art. 172.2 (que no suspende la patria potestad ni la tutela ordinaria, pero sí supone un traspaso de la guarda, y creo que también de la responsabilidad)»<sup>53</sup>

No se encuentran dentro del concepto de guardador legal los curadores cuya labor asistencial está fuera de ese concepto de guardador, además de que el curatelado siempre será un individuo capaz y responsable únicamente él. En los casos de le LORPM solamente estarán en esta situación «los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley» y «los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad» (artículo 286 del Código civil).

En los casos de defensor judicial habrá que averiguar en qué supuesto nos encontramos. De acuerdo con el artículo 299, se nombrará defensor judicial cuando exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o guardadores y en «el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo». En el caso del conflicto de intereses, existe un representante legal, que sigue siéndolo, y que será el responsable de los daños causados por el menor. Sin embargo, cuando el defensor judicial ha sido nombrado por la falta de desempeño de sus funciones por el tutor, el defensor judicial actúa como un tutor, o lo que es lo mismo, es guardador legal con las mismas funciones que un tutor y por ello también responsable como si fuera el tutor<sup>54</sup>.

En los casos de tutela automática y ex lege de la Entidad pública de los menores desamparados<sup>55</sup> y en los de guarda del menor a solicitud de los padres o tutores que por circunstancias graves no pueden desempeñarla, DÍAZ ALABART afirma que «como dispone el art. 172.3 cc la guarda del menor que corresponda a la entidad pública, ya sea a consecuencia de la tutela automática legal o por solicitud de los padres, se llevará a cabo mediante el acogimiento familiar o residencial. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde esté acogido el menor. En este supuesto efectivamente hay un guardador legal, la Administración Pública, de la que depende el Director del Centro, y por ello —como recuerda el art. 61, 4 LORPM—, para dilucidar su responsabilidad se aplicarán también las normas específicas de la responsabilidad de las Administraciones públicas»<sup>56</sup>.

## **6. 5. Guardadores de hecho**

---

<sup>53</sup> YZQUIERDO, *Sistema...*, p. 259.

<sup>54</sup> En el mismo sentido DÍAZ ALABART, *La responsabilidad civil en la Ley...*, p. 200.

<sup>55</sup> Vid. sobre esta materia NAVARRO, *Comentarios...*, pp. 1892 y ss.

<sup>56</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad civil en la Ley...*, pp. 199 y 200.

Conviene distinguir entre la que podríamos llamar guarda de hecho y guarda formal. La primera sería la «guarda efectivamente ejercida, asumida al margen de las formalidades legales»<sup>57</sup>, mientras que la guarda formal es la que, «ligada o no a una tutela, curatela o patria potestad está encomendada a determinada persona o personas de manera expresa, por contraposición a la que sólo es de hecho»<sup>58</sup>. DÍAZ ALABART considera por su parte que a la expresión guarda de hecho se le pueden dar dos sentidos, uno técnico y estricto y otro más amplio. Así considera que «en el primero el guardador de hecho se correspondería con la figura de ese nombre regulada en los arts. 303-304 Cc. En estos preceptos se dibuja una figura bastante difusa, que se corresponde con una situación «de facto», en la que una persona actúa —sin nombramiento legal alguno— como algo similar a un tutor, y responderá de su negligencia en el cuidado del menor». El sentido amplio sería el de persona que desempeña las funciones de guardador de «motu proprio, o por acuerdo con los padres o tutores, y nos permitiría incluir en el precepto como responsables a los centros docentes durante el período de tiempo en el que se les confía a los menores. Obviamente una acepción tan amplia nos podría llevar a plantearnos si entonces por guardadores de hecho podemos entender verdaderamente a cualquier persona que temporalmente por acuerdo (gratuito u oneroso) con los padres o tutores se ocupa de la guarda del menor. Estoy pensando en servicio doméstico encargado de cuidar menores, o bien en familiares del menor (abuelos, tíos, primos) o vecinos de los padres del menor, o incluso padres de compañeros de colegio del menor, que tienen al menor a su cuidado un fin de semana, unas vacaciones, o durante el trayecto de ida y vuelta al centro docente, etc. Creo que no».

Efectivamente, permítaseme la tautología, la guarda de hecho la tiene quien de hecho asume la guarda del menor. Y guarda del menor no es igual a estar con el menor. Si los padres confían al menor al hijo algo mayor de un vecino para poder ir a cenar con los amigos, ese cuidador no es el guardador del menor, ni el primo que lleva al menor a ver el último estreno de Walt Disney. Por eso tiene razón esta autora cuando considera que «en estos supuestos la responsabilidad civil —en su caso—, será de los que tengan en general la guarda del menor, y el régimen legal que corresponderá en relación con esos guardadores que podríamos llamar accidentales o instrumentales será el del art. 1.903, 4 CC: quien delegó responde de los actos de aquél en quien lo hizo (se trata de «culpa *in eligendo*»), sin perjuicio de la responsabilidad que el propio delegado pueda tener ex art. 1.902 Cc»<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> ROGEL VIDE, *La guarda...*, p. 83

<sup>58</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentario...*, p. 295.

<sup>59</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad civil en la Ley...*, pp. 200 y 201.

## **6. 6. Otros responsables: centros de enseñanza no superior, centros de internamiento y empresarios**

En la LORPM se echan en falta referencias a otros sujetos que también deberían ser responsables. Tras la enumeración del artículo 61. 3 se plantea la cuestión de ¿dónde están los centros de enseñanza no superior, los centros de internamiento e incluso los empresarios del menor? No se trata de supuestos tan extraños como se puede imaginar, sino de muchos casos que el legislador no ha incluido de manera clara. Cabe preguntarse, ¿qué significa el olvido del legislador? No creo que por este olvido se pueda exonerar a los centros docentes, a los centros de internamiento o al empresario en perjuicio de los padres. Lo que ocurre es que el legislador se ha olvidado de que los menores de edad van al colegio, momento en el que pueden cometer delitos y faltas que causen daños (así nos lo muestra el incipiente matonismo juvenil que lamentablemente está entrando en nuestras escuelas), tras regular los centros de internamiento parece no decir claro que los menores que en ellos están pueden causar daños y que los menores también pueden trabajar y causar daños en ese momento.

### **A) Centros de enseñanza no superior**

En primer lugar no aparecen los centros de enseñanza no superior. El artículo 1903 del Código civil establece la responsabilidad civil de los centros de enseñanza no superior para los daños «que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares, extraescolares y complementarias»<sup>60</sup>. También el antiguo artículo 22 del Código penal de 1973 establecía la responsabilidad civil subsidiaria de 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»<sup>61</sup>.

En la propuesta de responsabilidad civil presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, existía un apartado 3 del artículo 36 con referencia expresa a los centros docentes donde se decía: «Las personas o entidades públicas o privadas, que sean titulares o de las que depende un Centro de enseñanza, serán responsables civiles subsidiarios por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los menores que sean alumnos del Centro, durante los períodos en que éstos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del mismo, desarrollando actividades escolares o extraescolares

---

<sup>60</sup> Sobre el alcance de este artículo vid. DE ANGEL, *Tratado...*, pp. 522 y ss.

y complementarias, si existiese negligencia en dicha vigilancia». Sin embargo, el debate en ningún momento se centró sobre este punto, quedando los diputados y senadores ensimismados únicamente con la cuestión de la solidaridad versus subsidiariedad<sup>62</sup>. Todos entendieron lo que no es tan evidente de entender, que los centros docentes (o sus maestros, que tampoco quedó claro) estaban incluidos en la mención a los guardadores de hecho. Así, el senador socialista IGLESIAS MARCELO preguntaba «¿se imagina lo que va a pasar con los guardadores de hecho, que son por ejemplo los profesores de los centros educativos, bajo cuya tutela y guarda hay alumnos menores de 18 años, que durante seis o siete horas están en el centro y cometen una infracción, no por negligencia ni por dolo ni porque haya ninguna inducción, sino simplemente porque ocurre, aunque los profesores sean celosos en el cumplimiento de sus tareas, que sean declarados responsables solidarios de las responsabilidades y de las compensaciones que la conducta de los menores pueda provocar? La decisión del Legislativo en ese punto es muy grave; obligará inmediatamente a todos los colectivos de profesores a exigir a sus autoridades competentes la suscripción de pólizas de responsabilidad civil para poder defenderse, en el caso de que les toque alguna de estas incidencias que la ley contempla». A lo cual el senador CAÑELLAS respondió dando por supuesto que los maestros estaban dentro del grupo, afirmando que el precepto «les da a los jueces la posibilidad de reducir esta responsabilidad civil, incluida la de los maestros a los que su señoría como docente se refería, cuando se demuestre que éstos no han favorecido con su dolo o con su negligencia el hecho cometido por el menor»<sup>63</sup>.

MORENO MARTÍNEZ, refiriéndose a los centros docentes, también se pregunta si dicha omisión puede tildarse de cierto olvido y responde él mismo: «en modo alguno. Si se consultan los debates legislativos se puede extraer que la intención del legislador fue la de incluirlos, aunque sin mayores precisiones, dentro de la denominación de guardadores de hecho. No obstante, no deja de ser curioso que una tipología de responsabilidad civil, que encuentra una frecuente aplicación por los tribunales y que siempre ha merecido una regulación detallada por parte de nuestro legislador – la última fue reformando, entre otros, el anterior art. 22 Cp a través de la conocida Ley 1/1991, de 7

---

<sup>61</sup> Sobre la diferente regulación de la responsabilidad civil pura y la ex delicto en esta materia, vid. GÓMEZ CALLE, *Responsabilidad...*, pp. 269 y ss.

<sup>62</sup> MORENO MARTÍNEZ, *Responsabilidad...*, p. 420. DÍAZ ALABART se lamenta del escaso debate que se produjo sobre la responsabilidad civil en general y afirma: «ante un texto como éste, lleno de dudas y problemas, llama la atención que no se haya debatido más en su tramitación parlamentaria. Lo que pone de relieve, entre otras cosas, como la responsabilidad civil en la LORPM prácticamente se ha pasado por alto, reservándose el interés de los parlamentarios en lo que es la esencia de la nueva Ley: la responsabilidad penal del menor. Tal cosa habría sido lógica si no se hubiese puesto empeño en regular particularmente la responsabilidad civil, haciendo una mera remisión a las reglas generales. Pero una vez que se ha elegido regularla era debido haberlo hecho con cuidado, y desde luego tomando en cuenta las otras normas vigentes sobre responsabilidad civil de los menores para conseguir un sistema coherente. No ha sido así.», *La responsabilidad civil en la Ley...*, p. 194.

de enero-, ahora no se haya ni detenido en incluir dicha denominación entre los posibles responsables civiles»<sup>64</sup>.

Si se interpreta que el centro docente es un guardador de hecho, la siguiente cuestión es si el guardador en realidad es el profesor o el centro. Se refiere a esta cuestión MORENO MARTÍNEZ señalando que «ciertamente, en los debates legislativos se empleó el término profesor como presunto sujeto responsable. No obstante, entendemos que tal referencia debe ser atribuida al titular del centro docente, quien tras las últimas reformas, tanto en la vertiente penal como en la civil, aparece como únicamente responsable de los daños producidos por los alumnos, sea por defecto de vigilancia de los profesores, sea por defecto de sus medidas organizativas; ello con independencia de que la conducta seguida por el profesor en el caso en cuestión pudiera comportar un hecho delictivo»<sup>65</sup>. Claro está, salvo que se haya pretendido volver a la situación anterior a la reforma de 7 de enero de 1991. El guardador en estos casos es el Centro y no el profesor. Lo que ocurre es que más valdría haber incluido una mención expresa a los centros de enseñanza no superior, porque su inclusión como guardadores de hecho no deja de ser un parche interpretativo a un agujero legal.

#### B) Centros de internamiento

Tampoco aparece ninguna mención a los centros de internamiento, salvo que sea la referencia al art. 145 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que realiza el 61. 4 de la LORPM. Considero que en estos casos la responsabilidad corresponde al propio Centro de internamiento. Los daños que pueden causar los menores internados son muy variados, pues pueden dañar a los trabajadores del Centro, a otros menores internados o fugarse del Centro y cometer el delito con daño entonces. Hay que tener en cuenta que, con algo de histeria egoísta por parte de algunos ciudadanos que se rigen por el principio de «que se haga lo que sea, pero en mi patio no», una de las cuestiones que más ha preocupado a la opinión pública es la de los centros de internamiento y las facilidades de fuga que tienen los menores en ellos recluidos.

Probablemente los Centros de internamiento pretenderán exonerarse señalando que no tienen la guarda legal del menor, pero por muchísimo mayor motivo que los colegios, creo que deben ser considerados guardador de hecho<sup>66</sup>. Anteriormente ya se discutía por ejemplo la responsabilidad

---

<sup>63</sup> Diario de Sesiones del Senado, Sesión del Pleno del 16 de diciembre de 1999.

<sup>64</sup> MORENO MARTÍNEZ, *Responsabilidad...*, p. 420.

<sup>65</sup> MORENO MARTÍNEZ, *Responsabilidad...*, p. 424.

<sup>66</sup> De manera más que curiosa se consideró la responsabilidad civil de la Administración por los daños causados por un menor internado fundándose en el artículo 120. 1º del Código penal. En la STS de 26 de marzo de 1999 (Sala 2ª - EDE 1597) se dice: «veamos ya si se puede fundar la responsabilidad civil subsidiaria de la Comunidad Autónoma recurrente en el art. 120.1º CP. La Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social del Gobierno de La Rioja, por Resolución de 3 de octubre de 1.995, declaró el desamparo del condenado en la Sentencia recurrida, que a la sazón aún

directa de los establecimientos psiquiátricos por los daños causados por los enfermos mentales que estaban bajo su guarda<sup>67</sup>. Así los daños que pudiera cometer el menor dentro del centro de internamiento o incluso en el supuesto de fuga debe corresponder a aquél solidariamente con el menor y no a los padres o tutores.

La razón de esta responsabilidad vuelve a ser el factor de atribución guarda, aunque el caso de los centros de internamiento merece detenerse un momento. Las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores, de acuerdo con el art. 7 de la LORPM son entre otras: internamiento en régimen cerrado, internamiento en régimen semiabierto, internamiento terapéutico. Así, en los casos del régimen cerrado la guarda del menor desde luego la tiene el Centro de internamiento que es quién debe responder solidariamente por los daños causados. En los de régimen semiabierto responderá el centro de internamiento, salvo que esté realizando fuera del centro actividades educativas, en cuyo caso deberá responder el Centro educativo por ostentar en ese momento la guarda del menor. Los internamientos terapéuticos en centros que realizan una atención educativa especializada o algún tratamiento específico, normalmente de desintoxicación de diversas dependencias, tienen la guarda del menor mientras esté internado de la misma manera que si estuviera en régimen cerrado.

---

no había cumplido los quince años, por lo que a partir de esa fecha asumió su tutela y, con ella, la obligación de adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda de acuerdo con lo previsto en el art. 172.1 CC. Dichas medidas, entre las que se encuentran las encaminadas a la consecución de dos finalidades enunciadas en el art. 269.2º y 3º CC, esto es, las de educar al menor y procurarle una formación integral, así como promover su mejor inserción en la sociedad, no parece que fueran adoptadas en modo suficiente por la mencionada Consejería. No se trata de imputarle a dicho Organismo el fracaso en la educación del condenado, puesto que el éxito o el fracaso de todo esfuerzo educativo es siempre un resultado aleatorio. Lo que cabe reprocharle es no haber hecho frente con la debida diligencia, una vez asumida por la misma la tutela, a la regresión y conflictividad que presentaba la conducta del sentenciado tras el cese de la medida judicial que le había sido impuesta por el Juez de Menores cuando aún no había sido declarado su desamparo. Según se deduce de la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida -y del contenido de los autos que esta Sala ha examinado en el ejercicio de la facultad que le concede el art. 849 LECr.- durante los catorce meses que transcurrieron entre la declaración de desamparo del acusado y la comisión del delito por el que ha sido condenado, estuvo éste en varios centros de protección de los que sistemáticamente se fugaba, sin que fuese posible retenerlo en ellos por la propia naturaleza de dichos centros y la índole meramente protectora de la función en cuyo desempeño se acordaba su ingreso. Si se hubiese tenido en cuenta que el sentenciado necesitaba una atención y un control más cercanos, que su conducta era cada vez más peligrosa para sí mismo y para los demás, puesto que frecuentemente era detenido por delitos contra la propiedad, y que el ambiente que claramente exigían las características de su personalidad era uno en que la autoridad y normas de régimen interior hubiesen compensado sus escasos mecanismos de autocontrol y de responsabilidad, el organismo tutelar, que lógicamente no podía cumplir la condición legal de la convivencia con el tutelado, sí hubiese podido sustituir la inserción voluntaria del mismo en centros de protección, cuya inoperancia constantemente se ponía de manifiesto, por su puesta a disposición del Juez de Menores para que el mismo pudiese acordar de nuevo su internamiento en un centro de reforma. Permitir que, a lo largo de más de un año, el que entonces era todavía menor de dieciséis años llevase una vida errática, de marginación, fugas y conducta delictiva, llegando a consentirse pasivamente, tras la última fuga, el anuncio de que no pensaba ingresar en ningún otro establecimiento, no puede decirse que representase el puntual cumplimiento de los deberes de guarda que incumbían al Organismo que tenía su tutela por ministerio de la ley, por más que sus agentes o funcionarios no dejaran de comunicar la situación a la Policía o a la Fiscalía. En la observancia de tales deberes cabe advertir un cierto nivel de negligencia que guarda con el delito cometido una relación de causa/efecto, lo que autorizaba al Tribunal de instancia a condenar a la Consejería tantas veces mencionada como responsable civil subsidiaria de los daños producidos».

En estos casos estaremos ante la previsión del art. 61. 4, como he señalado anteriormente, y habrá que acudir al procedimiento administrativo de la Ley 30/92. Los conflictos procesales que se puedan plantear son los mismos que con el art. 121 Cp, que es la norma supletoria en este caso por expresa previsión de la Disposición Final 1ª de la LORPM<sup>68</sup>.

### C) El empresario

La responsabilidad civil derivada del delito del dependiente menor no viene recogida en la LORPM. En este caso no creo ya que se pueda acudir a una concepción amplia de guardador de hecho, porque por más amplia que se quiera hacer, el empresario no es un guardador. ¡Suficientemente se ha retorcido ya la figura del guardador de hecho! Los intentos de solución pueden ser: acudir al art. 120 Cp como norma supletoria o reservarse la acción para un procedimiento civil, lo que en la LORPM, como veremos, supone cambiar también la normativa aplicable y acudir al art. 1903 Cc.

La no inclusión de esta responsabilidad proviene probablemente del mismo hecho de introducir la responsabilidad civil. Resulta fácil que al legislador se le olvide recoger todos los casos de responsabilidad civil posibles en una ley especial como ésta. Por ello, mucho más sencillo sería unificar en un solo texto, el Código civil, toda la responsabilidad civil y no tener que ir parcheando, trasvasando soluciones de un sitio a otro constantemente. Y es que hay que tener en cuenta el absurdo que supone que la norma supletoria sea la del Cp, mientras que si se reserva la acción estaríamos en el Cc.

No obstante ambas soluciones me parecen posibles. Aquí sí se podría aplicar supletoriamente el art. 120 sin tener que acudir a ninguna teoría del concurso de normas. El art. 61. 3 regula la responsabilidad civil del guardador del menor por actos delictivos de éste, no toda la responsabilidad del menor en estos supuestos. Por ello, en lo que se refiere a la responsabilidad civil del empresario hay una auténtica laguna en la LORPM que se debe integrar con el derecho supletorio.

### **6. 7. El orden: «padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho»**

El art. 61. 3 dice que la responsabilidad de los enumerados es por el orden en que se encuentran citados. La cuestión del orden probablemente no tenga muchos problemas en los primeros supuestos, pues o hay padres con patria potestad o hay tutores, sin embargo, posteriormente la cosa se complica. Podemos pensar que la literalidad del art. no tiene vuelta de hoja, que se ha establecido un orden y hay que seguirlo. Así, dice MORENO MARTÍNEZ,

---

<sup>67</sup> YZQUIERDO, *Aspectos...*, p. 248.

<sup>68</sup> Sobre los problemas derivados del art. 121, vid. YZQUIERDO, *Aspectos...*, pp. 327 y 328.



centrando su estudio en los centros de enseñanza como unos de los posibles guardadores de hecho, «de seguir la aplicación de este criterio, es evidente que la responsabilidad civil de los docentes se vería en la práctica muy reducida, en función de su cobertura dentro del término guardadores de hecho que aparece enunciado en el precepto en último lugar. Pudiera defenderse como solución razonable que pese a la literalidad de dicho precepto, el espíritu del legislador, a través del mismo, es la simple enumeración de los posibles responsables, si bien haciéndose depender la responsabilidad en el caso concreto de quién tenga en ese momento la guarda del menor. Sin embargo en un análisis de los debates legislativos se disipa cualquier duda a favor del tenor literal del precepto, toda vez que cabe extraer, al plantearse el caso específico de los profesores, la clara intención del legislador de situarlos en último lugar, bajo la denominación de guardadores de hecho»<sup>69</sup>.

MORALES MARTÍNEZ intenta encontrar alguna razón que justifique esta preeminencia de los padres en la responsabilidad y señala que «pudo atender, según creemos, fundamentalmente a la gravedad del hecho cometido por el menor, atribuible más a un defecto formativo que a un defecto de vigilancia o quizás también educacional del propio centro, aunque en este último caso siempre de menor entidad que la que pudiera corresponder a los padres. Aun con todo, nos parece que hubiera sido solución más razonable y más acorde con la propia normativa civil, atribuirle, aun con el carácter objetivo –como ocurría con el anterior art. 22. 2º Cp- a los titulares de centros docentes, dado que, en función de su guarda o medidas organizativas, pueden contar siempre con mayores posibilidades para evitar el daño»<sup>70</sup>.

Por otro lado también se puede pensar que el orden que establece no es tal. DÍAZ ALABART señala sobre esta cuestión que «verdaderamente no se instaura orden alguno, sino que la responsabilidad corresponderá a quien tenga en el momento la guarda del menor. Es decir, si hay padres o tutores, y tienen la guarda de los menores a ellos, si los menores, aún teniendo padres o tutores, se encuentran en régimen de acogimiento, a los acogedores, si lo que hay son otros guardadores legales o de hecho, serán ellos los que tengan que responder.. Obviamente eso no excluye la posibilidad de que en algún caso pueda existir una responsabilidad compartida entre algunos de los sujetos mencionados. Así por ejemplo acogedores familiares simples y entidad de protección de menores»<sup>71</sup>.

En este sentido, concluye YZQUIERDO: «obsérvese también lo impreciso que resulta eso de “*por este orden*”, que lo que parece querer decir es que en el consorcio participarán los padres, y a

---

<sup>69</sup> MORENO MARTÍNEZ, *Responsabilidad...*, p. 423.

<sup>70</sup> MORENO MARTÍNEZ, *Responsabilidad...*, p. 424.

falta de éstos, los tutores si los hay, y si no, los acogedores o los guardadores legales o de hecho. Pero más correcto resulta entender que la determinación del responsable depende del dato de quién desempeña la guarda en el momento concreto, y que el precepto se limita a hacer una simple enumeración de posibles responsables, juntando a todas estas personas casi a modo de fórmula de estilo (justo como sucede en el art. 118. 1ª C.pen)»<sup>72</sup>.

Por mi parte coincido plenamente con estos últimos autores. La razón para ello es que el factor de atribución del art. 61. 3 es la guarda del menor en cualquiera de sus posibles formas. Por ello, si la guarda la tiene uno de los mencionados, excluye la del otro. Se trata de la guarda en el concreto momento en el que se realiza la acción delictiva dañosa. Si el menor se encuentra bajo la guarda del Centro docente, a pesar de que habrá otra guarda legal, en ese concreto momento la guarda con las obligaciones de vigilancia que de ella derivan corresponden al Centro de enseñanza.

También hay que tener en cuenta que podría darse el caso de una responsabilidad conjunta de varios de los mencionados. Desde luego la doctrina, en lo que se refiere al 1903, nunca ha negado tajantemente esta posibilidad normalmente admitida<sup>73</sup>. Supongamos que el daño se produce estando el menor con un acogedor, pero que sea imputable a los padres: probablemente la responsabilidad la compartirían todos ellos, junto con el menor

#### **6. 8. Responsabilidad de los aseguradores**

El artículo 63 de la LORPM se dedica a la responsabilidad civil de los aseguradores estableciendo, de manera idéntica al 117 del Código penal, que estos «serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda». Como se aprecia, también se habla de convencionalmente pactada y legalmente establecida lo que no es otra cosa que una referencia al seguro obligatorio y al voluntario. Merece un aplauso la claridad con que se ha expuesto en la regla 2ª del artículo 64 que «podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil», quedando definitivamente resuelto en este campo la polémica sobre la legitimación pasiva de los seguros obligatorios en los procedimientos penales<sup>74</sup>.

Quizás los mayores problemas se van a plantear cuando el menor realice una actividad para la cual el padre tiene un seguro obligatorio, del que el menor está excluido. Es decir el menor utiliza el

---

<sup>71</sup> DÍAZ ALABART, *La responsabilidad civil en la Ley...*, p. 198.

<sup>72</sup> YZQUIERDO, *Sistema...*, p. 259.

<sup>73</sup> DÍAZ ALABART, *Comentarios a las SSTs de 18 de octubre de 1999* (p. 320), *15 de diciembre de 1994* (p. 640) y *3 de diciembre de 1991* (p. 120); GÓMEZ CALLE, *Comentario a la STS de 10 de diciembre de 1996*, p. 398.

<sup>74</sup> Los problemas que planteaba esta legitimación pasiva se encuentran reflejados en YZQUIERDO, *Aspectos...*, pp. 199 y ss y *Sistema...*, pp. 537 y ss.

coche de su padre y causa daños. Por no tener, el menor en este caso no tendrá ni el carnet de conducir. De acuerdo con el artículo 120 5º del Código penal son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, «las personas naturales o jurídicas titulares de vehículo susceptible de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas». Así, en el supuesto de autorización para conducir por parte del padre, será este responsable<sup>75</sup>.

### **7. Responsabilidad civil solidaria**

La solidaridad establecida en esta ley es una de las pocas cuestiones referentes a la responsabilidad civil que motivó algún debate en el Parlamento. El Grupo Parlamentario Socialista presentó la enmienda número 146 cuya motivación era el «mantenimiento de la regulación de la responsabilidad civil «ex delicto» tal como está contemplada en el Código Penal para los mayores de edad penal responsables de la comisión de un infracción penal». Una de las cuestiones que quedaría regulada de manera muy diferente era la referente a la solidaridad, pues de acuerdo con el artículo 32. 2: «Los padres, tutores o guardadores serán responsables civiles subsidiarios de los daños y perjuicios que se deriven de los hechos delictivos cometidos por los menores que tengan bajo su potestad, tutela o guarda, y que vivan en su compañía, siempre que hubiere mediado negligencia por su parte en el ejercicio de dichas facultades». Es decir, se pretendía una responsabilidad subsidiaria y subjetiva con la necesidad de probar la culpa o negligencia. El senador IGLESIAS MARCELO expuso al defender la enmienda de su grupo: «a nosotros nos parece, primero, que es una novedad que va a constituir un considerable galimatías en la aplicación porque entra en contradicción formal con el contenido del Código Civil. El Código Civil en el artículo 1903 establece un conjunto de normas en las que la responsabilidad de los padres, etcétera, el último escalón, es siempre subsidiaria, porque si hay responsabilidad de los padres o tutores en dolo o negligencia respecto de la conducta de los menores, es evidente que estarán también encausados penalmente y, desde luego, tendrán que responder civilmente de las consecuencias de los actos de los menores que están bajo su guarda o bajo su tutela. Pero en el caso de que no haya dolo, ni imprudencia, ni negligencia de ninguna clase, sino que los padres o tutores se hayan comportado, como dice el Código Civil, con el celo de un buen padre y la diligencia de un buen padre de familia, ya me dirá por qué esos padres, guardadores o tutores tienen que responder solidariamente de las consecuencias de las infracciones de los menores»<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> La jurisprudencia anterior ya intentaba llegar a esta solución de la manera más peregrina. La interpretación de este art. en los supuestos de autorización por parentesco, amistad... sigue teniendo cierta complejidad que puede consultarse en YZQUIERDO, *Aspectos...*, pp. 294 y ss.

<sup>76</sup> Diario de Sesiones del Senado, Sesión del Pleno del 16 de diciembre de 1999.

Conviene recordar que en el art. 1903 Cc se establece una responsabilidad directa de los padres y tutores, no subsidiaria, basada en una culpa suya *in vigilando* o *in educando*. Lo que no se entendería es que habiendo una culpa personal del padre o del tutor su responsabilidad fuera subsidiaria. Es decir, entiendo que una responsabilidad subsidiaria sea objetiva y parecería más alambicada si además de subsidiaria fuese subjetiva por culpa propia. Otra cosa es que la solución de una responsabilidad solidaria objetiva tampoco parezca lo más correcto y que para intentar mitigarla se introduzca la moderabilidad de la cuota, como hemos visto.

Ésta es una de las cuestiones de las que se muestra más orgulloso el legislador, hasta el punto que llega a decir en el número 8 de la Exposición de Motivos que «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...». El legislador se cree que haciendo esto es «en cierto modo revolucionario»<sup>77</sup>. Sin comentarios<sup>78</sup>. En nuestra doctrina había muchos autores que entendían que, siendo el menor imputable y por ello responsable por el artículo 1902, podía concurrir con sus padres responsables por el 1903 y esa obligación plural se debía regir por la solidaridad<sup>79</sup>.

En Derecho comparado, esta norma tiene grandes similitudes con lo establecido en el Código civil brasileño, concordante con el Estatuto da Criança e do Adolescente (ley nº 8.069 de 13 de septiembre de 1990. En su artículo 156 se dice que «el menor, entre dieciséis y veintiún años, se

---

<sup>77</sup> Por ejemplo PANTALEÓN sostenía hace tiempo que la responsabilidad civil de los menores imputables civilmente por tener suficiente madurez de juicio era solidaria con la de sus padres o guardadores, *Comentario a la STS de 10 de marzo de 1983*, pp. 447 y ss. En este sentido DÍAZ ALABART señala que «se podría tachar de tal si nos referimos al tenor literal de las normas sobre responsabilidad civil de los menores vigentes con anterioridad a la LORPM, pero no tanto si (...) atendemos a la elaboración doctrinal sobre las mismas pues ya los autores han puesto de manifiesto como la responsabilidad en el cc del menor inimputable y sus guardadores negligentes no se articula únicamente en el art. 1.903 cc, sino en este precepto para la responsabilidad de los guardadores, y en el art. 1902. cc para la del propio menor infractor. Lo que sí resulta ser una novedad es que un precepto diga con toda claridad que un menor de edad imputable responde por sí mismo: Otra cosa es que en la práctica son raros los casos en los que un menor tiene patrimonio para poder responder, con lo que en la mayor parte de las ocasiones quien pagará la indemnización será el guardador. Así pues nos encontramos ante una responsabilidad para el menor imputable de carácter directo, pues no está limitada a la inexistencia o insolvencia de los guardadores, o al hecho de haber podido éstos eximirse de responsabilidad (de acuerdo a lo que se preceptuaba en el art. 20 regla 1ª del CP de 1973, vigente hasta la entrada en vigor de la LORPM)», *La responsabilidad civil en la Ley...*, p. 195

<sup>78</sup> Señala MORALES MARTÍNEZ como esta solución no dista mucho «de la que viene ya siendo una práctica cada vez más habitual en sede civil, donde, como ya pusimos de relieve, la responsabilidad del menor imputable –art. 1902Cc- y demás responsables –art. 1903 Cc- se viene a configurar con el carácter de solidaria, y no de subsidiaria, como así, en cambio, se vino a afirmar en alguna ocasión durante el *iter* parlamentario, pecando con ello de cierto desconocimiento de las nuevas pautas judiciales y doctrinales sobre el menor, en sede civil. Tampoco creemos que sea tan revolucionaria la incorporación de dicho principio en relación con la normativa de nuestro Código penal que con anterioridad resultaba aplicable a la víctima, donde su interés quedaba, según creemos, igualmente protegido al amparo de una responsabilidad subsidiaria», *Responsabilidad...*, pp. 422 y 423.

<sup>79</sup> En este sentido GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil del menor*, pp. 96 y ss y *La responsabilidad civil del menor*, pp. 121 y ss, GARCÍA RIPOLL, *Comentario...*, pp. 229 y ss.

equipara al mayor en cuanto a las obligaciones resultantes de los actos ilícitos de las que fue culpado». Por otro lado, de acuerdo con el artículo 1521 «Son también responsables de la reparación civil: I. Los padres por los hijos menores que estuviesen bajo su poder y en su compañía. II. El tutor o curador, por los pupilos o curatelados que se hallaren en las mismas condiciones...». Es esta responsabilidad solidaria con los autores y cómplices del daño (art. 1518).

En cualquier caso, conviene tener en cuenta qué se deriva de esta solidaridad. La solidaridad es una manera de regular el supuesto en el que existen varios titulares de la parte activa o pasiva de una obligación. Es decir, sólo hay una obligación, pero en el lado pasivo existen diversos deudores. Los deudores tienen diversas cuotas de la obligación, pero no existen diversas obligaciones diferentes cada una de una cuota. La obligación es única. En nuestro caso la obligación que existe es la de reparar daños y perjuicios con la extensión que la propia ley prescribe. Dentro de esta obligación, y con efectos fundamentalmente en las relaciones internas, existen diversas cuotas que se fijarán, como hemos visto anteriormente, de acuerdo con el tipo de culpa o negligencia que hayan tenido los guardadores. Lo característico de la solidaridad pasiva es que cada uno de los deudores está obligado a prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación. Así, un deudor cuya cuota fuera por ejemplo de un uno por ciento de la deuda estaría obligado a prestar el cien por cien si el acreedor a él le reclamara. Esto es algo que conviene resaltar por la posible moderación de la responsabilidad de los guardadores, que en ningún caso alcanzará la exoneración, por lo que siempre concurrirán con el menor, siempre estarán en el conjunto de deudores solidarios. De esta forma, aun cuando en las relaciones internas se pueda establecer la responsabilidad de cada uno, frente a la víctima/acreedor, todos ellos son deudores solidarios.

Por otro lado, tras el pago por parte de uno de los codeudores solidarios, éste puede ejercitar contra los demás una acción de regreso por las cuotas que pagó, pero que no le correspondían. En nuestro caso, suponiendo que el padre pague por su hijo, posteriormente podrá ejercitar la acción de regreso contra éste. La acción de regreso nace de la propia obligación solidaria no necesitando en absoluto de interpretaciones analógicas o cosas más o menos raras en relación con el artículo 1904. Es decir se trata de una acción del 1145.

Realmente no creo que vaya a ser lo más habitual, pero aunque no se ejercite hay que darle cierta relevancia jurídica a esa deuda que el hijo tiene con el padre. Como mínimo habrá que tenerlo en cuenta a la hora de la sucesión, pues la posible condonación será colacionable y formará parte de la legítima que recibió en vida si es legitimario. En los casos en que la responsabilidad civil es directa de los padres, por ejemplo en el 1903, no se podrá «pedir la colación de la reparación

pagada por los padres, pues la responsabilidad de éstos es propia y no ajena»<sup>80</sup>. Sin embargo, en los casos en que pagó el padre como deudor solidario, por la cuota del menor sí será posible la colación.

## **8. Procedimiento**

En la LORPM se regula un procedimiento para pedir la responsabilidad civil. Previamente conviene recordar las remisiones que hace la propia ley al art. 145 de la Ley 30/1992, que tendrá importancia en todos los casos en los que el responsable civil sea una Administración pública y la referencia a la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias.

Al inicio del procedimiento, de manera análoga a lo que prescribe el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el agraviado puede hacer tres cosas respecto de la acción civil de acuerdo con el artículo 61. 1 de la LORPM: ejercitarla, renunciarla o reservarla para un procedimiento civil posterior. El ejercicio se realiza por el Ministerio Fiscal, lo cual es un tanto desconcertante desde el punto de vista de los principios clásicos del Derecho procesal civil, pero ya estábamos acostumbrados por la LECrim. Efectivamente, el principio de justicia rogada válido para la responsabilidad civil en general, no lo es cuando se trata de responsabilidad civil derivada del delito. Esto está conduciendo a algo que se denuncia cada vez más por Jueces, Magistrados y abogados honestos: se utiliza la vía penal que es más barata y más sencilla con la única intención de pedir responsabilidad civil, lo que conduce de facto a una criminalización del instituto resarcitorio. Por ello, en no pocas ocasiones encontramos sentados en el banquillo de los acusados penalmente a personas que como mucho serían agresores civiles e incluso, a veces, su único «error» ha sido tener suscrita una póliza de seguro apetecible para la víctima.

El procedimiento para pedir la responsabilidad civil en la LORPM, ni siquiera precisa de letrado ni procurador y, si fuera solicitado, se designará letrado de oficio, pudiendo ser defendidos los representantes legales del menor por el letrado del menor en el procedimiento principal, de acuerdo con la regla 11ª del art. 64. El procedimiento para pedir la responsabilidad civil, regulado en el art. 64, es otro de los puntos que el propio legislador considera como una de las joyas de la corona y así la propia Exposición de Motivos declara en su número 8 que «la Ley tampoco puede olvidar el interés propio del perjudicado o víctima del hecho cometido por el menor, estableciendo un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento, en su caso, de daños y perjuicios, dotando de amplias facultades al Juez de menores para la incorporación a los autos de

---

<sup>80</sup> GARCÍA RIPOLL, *Comentario...*, p. 235.

documentos y testimonios relevantes de la causa principal»<sup>81</sup>. El procedimiento es efectivamente breve, pero el problema que se puede plantear es si no será en ocasiones demasiado breve para la responsabilidad civil. Hay que tener en cuenta que la capacidad de dañar de un menor hoy en día puede ser muy grande, o, lo que es lo mismo, en este procedimiento se puede presentar reclamaciones que sean muy elevadas económicamente. Si así ocurre, la brevedad de los plazos no sé si será virtud o defecto y más bien me inclino por esto último.

También puede ocurrir, de acuerdo con el artículo 18 de la LORPM, que el Ministerio Fiscal desista de la incoación del expediente «cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código penal o en las leyes especiales», pero todo esto «se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil». En estos casos se estará tramitando una pieza de responsabilidad civil independiente que no será derivada de delito y todo ello al amparo de la LORPM.

El perjudicado también puede reservarse la acción de responsabilidad civil para ejercitarla en un procedimiento posterior ante la jurisdicción ordinaria, pero en este caso se dicta una norma sorprendente: se regirá por los preceptos del Código civil (art. 61. 1). Resulta totalmente inaceptable desde el punto de vista de la más mínima técnica del Derecho. La norma, siempre nos han explicado en Teoría General del Derecho, contempla un supuesto de hecho al que es aplicable. De tal modo que si al mismo supuesto de hecho le fueran aplicables diversas normas estaríamos ante un caso de conflicto de normas. Aquí no parece que estemos ante un caso de conflicto de normas, sino, mal que nos pese, ante dos pretensiones distintas: la responsabilidad civil derivada de delito y la pura. Pues bien, si cambiamos la jurisdicción, de una manera mágica se cambia la norma aplicable. Así las cosas, cuando en muchos casos de los que hemos visto en los que puede ser difícil el encuadre de un determinado responsable civil dentro de la LORPM, lo más sencillo que se puede recomendar a la víctima es que si le satisface más la solución adoptada por el Código civil, se reserve la acción y se acabaron los problemas de interpretación y de querer forzar el art. 61. 3. Si por ejemplo en un futuro se consolidase una jurisprudencia que excluyese a los Centros de enseñanza de la responsabilidad civil de la LORPM, bastaría con acudir al 1903 Cc en el procedimiento posterior.

### **9. Valor de la sentencia**

Por último conviene mencionar el valor (o falta de valor) de la sentencia dictada en el procedimiento recogido en esta ley. Una pareja de humoristas de nuestro país han repetido en multitud de chistes la siguiente frase: «si hay que venir se viene, pero venir pa' na' es tontería».

---

<sup>81</sup> Sobre el procedimiento, vid. DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad...*, pp. 241 y ss.

Pues ésta es la sensación que puede quedar tras acudir a un procedimiento derivado de la LORPM en lo referido a la responsabilidad civil. La regla 9ª del artículo 64 señala que «Contra la sentencia indicada en el apartado anterior cabrá recurso de apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, que se sustanciará por los trámites de la apelación regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil que por la cuantía corresponda. Una vez firme la sentencia, podrá ser ejecutada de acuerdo con las normas del Código Penal y de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil». Hasta aquí todo transcurre correctamente, pero es la siguiente regla la que nos da un bombazo en plena línea de flotación, pues dice: «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». La cuestión no puede ser más asombrosa y espero que se me perdone haberla dejado para el final, pero es que claro, si empiezo por ella habría habido quien dejase de leer el artículo, porque total, si no produce cosa juzgada, para qué me voy a preocupar. Máxime si además ocurre que el cambio de jurisdicción cambia la normativa aplicable. Pues así es y no sé qué arreglo puede tener, porque la ley es terminante en este punto. Esto recuerda lo que ARISTÓTELES dice en su *Ética Nicomáquea*: «si se quiere deliberar siempre, se llegará hasta el infinito»<sup>82</sup>. Esta frase la utilizó posteriormente FRANCISCO DE VITORIA en la *Relectio de Indis* con la siguiente traducción en la versión castellana: «si a cada momento hubiérase de consultar, no terminaríamos jamás»<sup>83</sup>. Con la LORPM no se llegará hasta el infinito, pero sí se prolongará innecesariamente el conflicto jurídico, pues habrá que consultar más veces de las que haría falta. Me imagino que nos tendremos que acostumbrar a procedimientos que, si no satisfacen a alguno de los interesados, den lugar a un nuevo procedimiento con otra legislación aplicable. Pero eso sí, deja claro la Ley que los hechos probados seguirán considerándose probados. Pues menos mal, porque todavía podía ser peor.

### **Bibliografía citada**

ALBALADEJO, Derecho civil II Derecho de obligaciones, vol. 2º Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, Madrid 1989.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Tratado de Responsabilidad civil, Madrid 1993.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Artículo 1903 en Comentario del Código civil, Madrid 1993.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, trad. por Julio Pallí Bonet, Madrid 2000.

---

<sup>82</sup> ARISTÓTELES, *Ética*, III, 3, 1113ª. Utilizo la traducción de Julio Pallí Bonet en la Editorial Gredos, Madrid 2000.

<sup>83</sup> Se trata de «la traducción española del texto crítico publicado en la colección Corpus Hispanorum de Pace, el cual recoge las variantes de códices y ediciones durante veinticinco años de evolución y transformaciones que siguen a la lectura de 1539», publicada por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1989.



CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, común y foral, t. IV Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, Madrid 1993.

CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español. Parte general, I Introducción, Madrid 1996.

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, Derecho penal. Parte general, Valencia 1996.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces, en Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas, t. II, Pamplona 1969, pp. 75 y ss.

DÍAZ ALABART, Comentario a la STS de 18 de octubre de 1999, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil nº 52, pp 309 y ss.

DÍAZ ALABART, Comentario a la STS de 15 de diciembre de 1994, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, pp. 631 y ss.

DÍAZ ALABART, Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1991, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil nº 28, pp. 115 y ss.

DÍAZ ALABART, La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, Responsa Iurisperitorum Digesta, vol. II, pp. 185 y ss.

DÍAZ ALABART, La responsabilidad por los actos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela, Anuario de Derecho civil 1987, pp. 795 y ss.

DÍAZ ALABART, Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad (Comentario a la STS, Sala primera de 22 de enero de 1991), Poder Judicial nº 23, pp. 135 y ss.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, Sistema de Derecho civil, vol. 2º, Madrid 1988.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Derecho penal. Introducción, Madrid 2000.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Comentario a la STS de 22 de enero de 1991, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, 25 enero-marzo 1991, pp. 219 y ss.

GARCÍA VICENTE, La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración, Anuario de Derecho civil, Octubre-Diciembre 1984, pp. 1033 y ss.

GETE ALONSO Y CALERA, Comentario a los artículos 229 y 232 en Comentarios a las Reformas del Código civil, Madrid 1993.

GÓMEZ CALLE, Comentario a la STS de 4 de mayo de 1999, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil nº 51, pp. 1187 y ss.

GÓMEZ CALLE, Comentario a la STS de 10 de diciembre de 1996, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil nº 43, pp. 385 y ss.

GÓMEZ CALLE, Comentario a la STS de 27 de septiembre de 1990, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil nº 24, pp. 1023 y ss.

GÓMEZ CALLE, La responsabilidad civil del menor, Derecho privado y Constitución, nº 7 Septiembre-Diciembre 1995, pp. 87 y ss.

GÓMEZ CALLE, La responsabilidad civil de los padres, Madrid 1992.

GÓMEZ CALLE, Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos civil y penal en materia de profesorado. Ley 1/1991, de 7 de enero, BOE del 8 de enero, Anuario de Derecho civil, enero-marzo 1991.

GRACIA MARTÍN (coordinador), BOLDOVA PASAMAR y ALASTUEY DOBON, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, Valencia 1996.

LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho civil II Derecho de Obligaciones, vol. 2º Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito, Madrid 1999. También la edición en la que era Elementos II, vol 1º Parte general. Delito y cuasidelito, Madrid 1985.

LANDROVE DÍAZ, Las consecuencias jurídicas del delito, Madrid 1996.

LASARTE, Principios de Derecho civil, t. 2º Derecho de obligaciones, Madrid 1994.

LEÓN GONZÁLEZ, La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad en Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas, t. VI, Pamplona 1969, pp. 269 y ss.

LÓPEZ SÁNCHEZ, El menor, sus juguetes y la responsabilidad civil en Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio coordinado por el Prof. Moreno Martínez, Madrid 2000.

MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO, Las consecuencias jurídicas del delito, Madrid 1996.

MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Barcelona 1996.

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 coordinado por el Prof. Moreno Martínez, Madrid 2000.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte general, Valencia 2000.

NAVARRO MENDIZABAL, Comentario a los artículos 222 a 258 en Comentarios al Código civil II, vol. 2º coordinados por el Prof. Rams, Barcelona 2000.

PANTALEÓN PRIETO, Artículo 1902 en Comentario del Código civil, t. II, Madrid 1993.

PANTALEÓN PRIETO, Comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1983, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 2, pp. 447 y ss.

PARRA LUCÁN, Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, 44 abril-agosto 1997, pp. 775 y ss.

ROGEL VIDE, La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español, Madrid 1976.

ROGEL VIDE, La guarda de hecho, Madrid 1986.

SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid 1999.

FRANCISCO DE VITORIA, Relectio de Indis, Madrid 1989.

YZQUIERDO TOLSADA, Aspectos civiles del nuevo Código penal, Madrid 1997.

YZQUIERDO TOLSADA, Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares, Madrid 1984.

YZQUIERDO TOLSADA, La responsabilidad civil en los últimos Proyectos de Código penal (en especial, el de 1994): más de los mismo, Iniuria Revista de Responsabilidad civil y Seguro, nº6 Abril-junio 1995, pp. 35 y ss.

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.

YZQUIERDO TOLSADA, Responsabilidad civil y guarda legal, Documentación jurídica, enero-marzo 1984, pp. 77 y ss.

YZQUIERDO TOLSADA, Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual, Madrid 2001.