

La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración

FERNANDO GARCIA VICENTE

Profesor del Departamento de Derecho Civil de la Facultad
de Derecho de Zaragoza
De la carrera Fiscal

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El vigente Código civil en su artículo 1.903 establece que: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda». Sin embargo, esta responsabilidad no es absoluta, ya que según el último párrafo «cesará cuando las personas en él mencionadas, prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» (1). El Código penal en el mismo sentido (2) dispone que: «son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el menor de dieciséis años, los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal». Sin embargo, también pueden quedar exentos de responsabilidad los padres «cuando constare que no hubo por su parte culpa ni negligencia» (3)

Por ello, incluso cuando las condiciones de existencia de esta obligación *ex lege*, son indiscutiblemente cumplidas, el padre y la madre pueden sustraerse a la obligación de reparar el daño, probando que han actuado con la debida diligencia.

Esta posibilidad, sin embargo, no siempre ha existido a lo largo de nuestro derecho histórico. Así sucedió con las acciones noxales del

(1) Antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, el Código civil establecía que: «El padre, y por muerte o incapacidad de éste la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía». El último párrafo era idéntico al actual.

(2) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, t. II, Murcia 1947, págs. 118. Considera que: «La medida de esa diligencia que se debe de emplear en el cuidado y vigilancia de las personas cuya guarda o tutela no está encomendada, ha de establecerse teniendo en cuenta el criterio normativo fijado por el art. 1.903 del Código civil en su último párrafo».

(3) Antes del Código penal de 1944, la Ley empleaba la expresión de «a no hacer constar». En 1944 el Código la sustituye por la actual. Para ver con más detenimiento cómo se hizo este pequeño cambio, ver CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario al Código penal vigente*, en R.G.L.J. 1945, pág. 345.

Derecho romano. También en la Partida Séptima, título XV. Pero donde más clara fue la responsabilidad objetiva de los padres fue en la Edad Media, donde regía el principio de solidaridad del grupo familiar frente a terceros por los actos de los hijos emparentados. Algunos Fueros de esta época que propiciaron esta postura son entre otros los de Teruel, Alcalá, Molina, Cuenca, Soria, Ucles, Zorita, Béjar, Alcorcón, Alcázar, Santa María de Albarracín y el de Toro dado por Alfonso de León en 1194. Establecieron sin embargo algunas limitaciones el de Medinaceli, dado por Alfonso el Batallador, el de Calatayud de 1131 y el de Peralta de 1145 (4).

El Código penal de 1822, en su artículo 27, fue el texto legal que por primera vez admitió de forma clara la exoneración del padre y limitó su responsabilidad al importe de la legítima del hijo. Los Códigos penales posteriores de 1848, 1870, 1928 y 1932 recogieron este principio. En el mismo sentido, el Proyecto de García Goyena de 1851 en su artículo 1.901.

Volviendo a la regulación actual, tanto en el Código civil como en el penal, se establece una presunción de culpabilidad. Según los términos del artículo 1.902 del Código civil, la víctima para obligar a los padres a la reparación, tendría que demostrar que ha incurrido en culpa. Los artículos 20 del Código penal y 1.903 del Código civil, invierten la carga de la prueba. La víctima no tiene necesidad de demostrar la culpa de los padres, ya que se presume que éstos no han actuado con la debida diligencia mientras no demuestren lo contrario. Ahora bien, se trata de una presunción *iuris tantum*, no de una presunción *iuris et de iure*, que admite por tanto la prueba en contrario. Esta posibilidad, que no existe para otros supuestos recogidos en el mismo artículo, ha sido recogida por nuestra Jurisprudencia. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 29 de diciembre de 1962. También se han pronunciado así la Audiencia Provincial de Albacete en Sentencia de 5 de septiembre de 1969 y la Audiencia Provincial de Orense en Sentencia de 31 de enero de 1970. En esta última falló el tribunal que: «El padre es responsable de los perjuicios causados por los hijos que estén bajo su autoridad y viven en su compañía, cesando dicha responsabilidad cuando el padre prueba que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

En cuanto al objeto de la prueba liberatoria, pensamos con Rovelli (5) que no es demostrar la carencia en los padres de una culpa eficiente en la producción del específico evento dañoso, sino que más bien trata de demostrar que los padres no han sido la causa indirecta, por no haber cumplido en los deberes que la patria potestad le impone sobre el hijo.

(4) Es muy interesante para el estudio de esta época el trabajo de ORLANDIS, J., *El concepto de delito en la Edad Media*, «Anuario de Historia del Derecho español», 1945, pág. 154.

(5) ROVELLI, *La responsabilita civile da fatto illecito*, t. I, Torino, 1964, pág. 248.

Respecto al contenido de la prueba liberatoria, la posición que se adopta viene condicionada por la que se toma al plantearse el fundamento de este tipo de responsabilidad, porque es evidente que para exonerarse tienen que demostrar que no son culpables de todo lo que pueden ser. Todos los ordenamientos están de acuerdo en que la culpa *in vigilando* es motivo suficiente para responsabilizar al padre, por eso deberán demostrar que han vigilado bien a los hijos. Respecto a la culpa *in educando*, rechazada como causa de responsabilidad en el Derecho alemán y portugués, ha sido admitida jurisprudencialmente en Francia e Italia. Nuestro Tribunal Supremo ha considerado culpable al padre que no ha educado bien al hijo. Ello obliga a probar la buena educación del hijo. La postura es correcta, si se parte de la base de que es una responsabilidad personal del padre por no haber cumplido los deberes y facultades que la patria potestad le confiere, uno de los cuales es la educación.

Lo dicho es cierto, pero distinto de que en la práctica sea muy difícil probar que se ha actuado con la suficiente diligencia para conseguir la exoneración. Tomando al pie de la letra los artículos 154 y 155 del Código civil, raramente podría autorizarse la exoneración, en tanto es posible afirmar que la patria potestad confiere siempre a los padres el poder de impedirle el cometer actos perjudiciales.

Pensamos con Carbonnier (6) que es necesario entender la presunción en un sentido más humano, de acuerdo con las costumbres sociales vigentes y de una manera que no desanime a los padres y que no impida que dejen cierto grado de independencia a los hijos (7)

Parece excesivo obligar a los padres a probar la ausencia de culpa en la educación. Es difícil demostrar que el deber de educación se ha cumplido sin fallos, ya que supone la prueba de un número considerable de actos, que se realizan a lo largo de toda la vida del niño. Por todo ello, si queremos que la posibilidad de exoneración sea real, proponemos una reforma del Código en la que se diga que los padres son responsables por la mala vigilancia de sus hijos. Al menos, defendemos un cambio de orientación jurisprudencial, posible dada la ambigüedad de los artículos 20 del Código penal y 1.903 del Código civil. Si no, resulta que lo que teóricamente es responsabilidad por culpa, en la práctica se convierte en responsabilidad objetiva, solución ésta que es completamente contraria a lo dispuesto por nuestro ordenamiento, que admite la posibilidad de exoneración. Si en razón de una determinada política legislativa se quiere optar por la responsabilidad objetiva hay que tener el valor de declararlo, como ha hecho el legislador belga con

(6) CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, núm. 183, 1.^a ed., París, pág. 630.

(7) MAZEAUD-TUNC afirman: «La prueba que les incumbe a los padres será difícil de realizar. Prácticamente, la presunción de falta de vigilancia, por ir acompañada por una cierta obligación de garantía, apenas si liberará a los padres, más que si el hijo estaba confiado a la vigilancia de un tercero». Añaden: «Suele suceder también que el hijo llega a burlar la más cuidadosa de las vigilancias; en efecto, los padres no pueden, al menos cuando el hijo tiene ya alguna edad, seguirlo paso a paso. MAZEAUD-TUNC, *La responsabilidad civil*, t. I, vol. II, traducción LUIS ALCALÁ ZAMORA, Buenos Aires, 1962, pág. 519, núms. 773-775.

la reforma de 1977. Ganaríamos en coherencia jurídica y evitaríamos pleitos alimentando falsas esperanzas (8).

Otra cuestión se plantea en torno al objeto de la prueba liberatoria. Se trata de determinar si la exoneración debe consistir en probar que se ha actuado prudente y de forma diligente en la educación y vigilancia o si por el contrario debe exigirse al padre que demuestre la imposibilidad de prevenir y de impedir el daño (9).

Nosotros pensamos que si no existiera el juego en contrario de la presunción la primera postura sería más liberal y la segunda más severa. Ahora bien, al existir una presunción en contra del padre, basta con que exista culpa en la prevención del hecho para que el padre deba ser castigado. Recordemos que el artículo 1.903 se refiere a «probar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

II. LA PRUEBA DE LA VIGILANCIA

Indicar los elementos que permiten a los padres dar la vuelta a la presunción de mala vigilancia constituye una tarea delicada, porque ninguna circunstancia tiene un carácter absoluto. Tales premisas no deben sorprender. Como dice Ollier (10), la culpa se aprecia en abstracto, pero este principio no impide tener en cuenta las contingencias de cada caso. La edad, el carácter, la salud, los antecedentes, el medio familiar, el momento y la cosa con la que se produjo el daño, son otros tantos elementos en funcionamiento, con los cuales se debe apreciar la conducta presuntamente culpable de los padres.

Conviene insistir en que al declarar la diligencia del padre, estamos juzgando sobre una conducta. Lo mismo que en Derecho penal, para determinar su licitud o no, la apreciación de las circunstancias de hecho que la rodean tiene un valor decisivo. La diligencia que deba tener un buen padre de familia no es un concepto teórico, sino que tiene valor en cuanto que se aplica a unas circunstancias determinadas.

Así lo entiende también la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de fecha 17 de junio de 1980, en la que textualmente dice que «La responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos ejecutados por los hijos constituidos *in potestate* se justifican tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe con inversión consiguiente de la carga de la prueba, de manera que la demostración del empleo de las precaucio-

(8) A primera vista es posible otra solución, declarar que basta con probar que se educó o vigiló bien al niño para liberar al padre. Cuando el niño fue bien educado pero no estaba vigilado en aquel momento se debería liberar al padre. Esta solución produciría, en gran número de casos, la indefensión de la víctima, postura que tampoco es buena en cuanto que el más perjudicado y el que menos culpa tiene es la víctima.

(9) BLANC, *La responsabilité civile des parents*, París, 1953, núm. 95, página 137.

(10) OLLIER, *La responsabilité civile des père et mère*, París, 1961, página 139.

nes adecuadas para impedir el efecto dañoso ha sido entendida por la doctrina jurisprudencial en concepto de marcada severidad, exigiendo una rigurosa prueba de la diligencia empleada atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso concreto».

Ningún factor puede ser considerado como exoneratorio. Sin embargo tiene, en este caso más que en otros, interés llevar a cabo un balance de los precedentes judiciales. Pero los tribunales están obligados a unirse a la evolución de las costumbres. Sentencias antiguas y modernas no pueden ser consideradas con el mismo criterio. Una autorización juzgada imprudente hace treinta años parece hoy necesaria para una buena educación. Así, por ejemplo, el 20 de marzo de 1923 el Tribunal de Valence establecía la responsabilidad de un padre por no haber prohibido a su hijo ser miembro de un equipo de rugby. Hoy esta postura no sería fácilmente admisible.

Vamos a estudiar la jurisprudencia española, que empezó siendo muy escasa y todavía hoy lo es en aquellos casos en los que la responsabilidad no deriva de un accidente automovilístico (11). También lo haremos con la jurisprudencia italiana y francesa, que parten de supuestos legales semejantes al nuestro y son mucho más avanzadas, en especial la francesa, que es exhaustiva en los supuestos tratados.

1. *Los juegos*

Empecemos estudiando los juegos. En el caso de daños causados entre niños participantes en el mismo juego, pueden distinguirse: entre juegos peligrosos por sí mismos, respecto de los cuales la misma participación en los mismos representa que el padre ha incurrido en culpa, y juegos que en sí mismos no son tan peligrosos pero de los que puede derivar un daño si se actúa casualmente de forma imprudente.

Así, nuestro Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 30 de abril de 1969, que no se había actuado con la diligencia debida cuando un grupo de niños, divididos en dos bandas, se lanzaban piedras recíprocamente. En el mismo bando estaban la víctima y el que lanzó la piedra, con tan mala fortuna de que el primero, inopinadamente se cruzó en la trayectoria de ésta, causándole lesiones la pedrada que determinaron la pérdida de un ojo. La Sentencia confirma en este punto la del Juzgado de Primera Instancia y la de la Audiencia. Aunque para Rogel Vide (12) las lesiones se debieron a un acontecimiento desgraciado en el que se hace cuesta arriba establecer la culpa de alguien. A nuestro

(11) La escasez de la indemnización concedida por nuestros tribunales, hasta que se creó el seguro obligatorio del automóvil, unida a la insolvencia en muchos casos de los padres de la víctima, ha hecho que se acudiera poco a los Tribunales, para resolver estas situaciones. En algunos casos ha sido la Administración la que ha hecho frente a estas situaciones reponiéndolas al estado en el que se encontraban antes de suceder el daño; pensemos en aquellos casos en que se ha prestado gratuitamente la asistencia sanitaria en sus propios centros o en los de la Seguridad Social, o en aquellos otros en los que se ha vuelto a plantar el bosque quemado, argumentando que cumplía una finalidad social.

(12) ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pág. 142.

juicio la idea que subyace —aunque no se diga en la Sentencia— es que no se debe permitir a los hijos jugar de forma peligrosa.

Mantiene la misma postura la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1981, en la que consideró la responsabilidad del padre de un niño que en el lanzamiento de un dardo alcanzó en el ojo a una niña de cuatro años.

Esta misma postura es mantenida por la Sentencia de 30 de enero de 1970 de la Audiencia Provincial de Orense, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia. Cuando se encontraban dos niños de catorce años haciendo una pelea, dado el cariz que la misma iba teniendo, se acercó para separarles una tercera persona, siendo empujada por uno de ellos, cayendo al suelo y sufriendo lesiones de las que tardó en curar cuarenta y siete días. El Tribunal consideró que el empujón tuvo que ser realizado de forma voluntaria por uno de ellos. Hizo civilmente responsable al padre «en atención de no haber siquiera tratado de demostrar que empleó diligencia alguna para prevenir el hecho»

Como la situación es diferente, la justicia italiana (13) excluyó la responsabilidad del padre por los daños causados por un niño que hace caer a otro con el que iba amigablemente conversando al ponerle una zancadilla o darle sin querer un empujón

La jurisprudencia francesa es estricta en este punto. Así, condenan al padre cuando deja a un menor de siete años jugar con una caja de cerillas (14), o cuando dejan a un niño de diez años un hacha (15), o cuando permiten que luchen en la calzada (16).

Pero también es cierto que se está produciendo una reacción tendente a liberalizar la prueba, porque hoy es generalmente admitido que se debe dejar a los menores un mínimo de libertad de acción y de iniciativa para su propio esparcimiento. La jurisprudencia tiende a admitir que los padres no son culpables cuando autorizan a sus hijos ciertos juegos adaptados a su edad y capacidad. Pero todo juego por anodino que sea comporta riesgos. Cuando no van más allá de ciertos límites, los daños que sobrevienen deben ser considerados como imprevisibles, y ello debe bastar para que la presunción se destruya.

En este sentido liberalizador, se ha llegado por algunos tribunales a soluciones excesivas. El Tribunal Civil del Sena (17) ha considerado «que la madre no puede ser considerada responsable por haber comprado una carabina de aire comprimido a su hijo. Este hecho no constituye en sí mismo una falta grave e inexcusable. El uso de este objeto no presenta un peligro especial si se cumplen los reglamentos de policía».

(13) S. María Capua Vetere, 22 julio 1956, *Arch. respon. civ.* 1958, pág. 76.

(14) Tribunal Civil de Le Havre, 7 mayo 1926, *G. P.*, 1926, t. II, pág. 289.

(15) Court civil, 9 mayo 1960, *J. C. P.*, 1960, t. IV, pág. 48.

(16) Tribunal civil Belfort, 3 octubre 1956, *J. C. P.*, 1956, t. II, nota ESMEIN, pág. 9591.

París, 9 febrero 1942, *G. P.* 1942, t. I, pág. 225.

Chambery, 27 abril 1953, *J. C. P.* 1953, t. II, pág. 7696, nota de SAVATIER.

(17) Tribunal Civil del Sena, 6 diciembre 1951, *G. P.* 1952, t. I, pág. 97. Comenta esta Sentencia MAZEAUD, en *R. T. D. civ.*, 1952, págs. 370-371.

2. *Actividades peligrosas*

Otra cuestión a tener en cuenta por los tribunales a la hora de fijar la responsabilidad del padre, es si la actividad que estaba desarrollando el menor era o no peligrosa.

Es ciertamente natural mantener la responsabilidad del padre cuando deja a su hijo objetos netamente peligrosos para su edad; o en circunstancias que entrañan riesgo; o cosas que siendo en principio inofensivas, por no reunir todas las condiciones de seguridad que la ley señala para ellas, se convierten en peligrosas.

Tanto la doctrina como los tribunales son unánimes al considerar que dejar en manos de un menor tanto armas como fósforos supone una imprudencia.

En este sentido es significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1962. El supuesto es así: un niño causa lesiones al demandante, al disparar una escopeta de aire comprimido, con tan mala fortuna que un perdigón hace perder la visión a la víctima. El Juez de Primera Instancia hace responsable civil subsidiario al padre; la Audiencia confirma la Sentencia; interpuesto recurso de casación la Sala de lo civil declara no haber lugar al mismo. El demandado fundó su defensa en que ni tener en casa una escopeta de aire comprimido, ni ausentarse de casa para ir a trabajar suponen una imprudencia. Frente a ello el Tribunal consideró que: «Los propios razonamientos del demandado suponen una grave imprudencia, al dejar al alcance de unos menores irresponsables una escopeta de aire comprimido apta para funcionar, con unos sesenta y cinco metros de alcance, y sin que pueda servir de disculpa la alegación de que los dejó solos porque tenía que trabajar para atender al sustento de la familia, porque esto ocurre actualmente a todos los padres. Si se estima esta tesis, se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados». Este razonamiento es muy significativo.

Todavía tiene más interés la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975. El supuesto es así: El actor junto con el menor demandado y otras dos personas fueron a cazar a un coto, y una vez terminada la cacería, el actor se hallaba sentado en el coche y el menor demandado llegó con la escopeta cargada y al recostarse en el coche se le disparó, alcanzando el disparo en el pie del actor.

El demandado, tutor del ocasionante de la desgracia, alegó su falta de culpa, pues ni siquiera sabía que su pupilo iba de caza, cosa que por otra parte tenía prohibida. El Juzgado de Primera Instancia condenó como responsable civil al tutor. La Audiencia y el Tribunal Supremo confirman la Sentencia.

Este fallo es interesante, porque además del problema del que nos estamos ocupando plantea otros dos: el valor del caso fortuito, y si la prohibición es motivo de exoneración. De estos dos últimos nos ocuparemos luego.

Considera el Tribunal que: «La responsabilidad derivada del ar-

título 1.903 del Código, en sus diversos apartados, en cuanto a aquellos que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidos, no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilancia a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de otra».

Añade: «Se apoya la Sentencia en el hecho de no haberse adoptado por el tutor en relación con el menor todas las medidas necesarias para evitar que éste originara un daño por su falta de idoneidad». Dice también: «que el deber de educar que es común de los padres y tutores se extiende a la vigilancia preventiva del daño específico» (18).

En este mismo sentido la Sentencia ya citada de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1980. Confirmó otra de la Audiencia de Pamplona, que a su vez revocaba otra del Juzgado de Tudela que admitió la prescripción. El supuesto es el siguiente: en una discusión entre dos niños de ocho años, uno de ellos sacó una navaja con la cual hirió en el ojo al otro menor, a consecuencia de lo cual perdió la visión. El Tribunal Supremo condenó al padre del menor argumentando que el uso y empleo de una navaja por un menor que no pasa de los ocho años, en modo alguno puede calificarse de un juego de niños, como no es menos evidente la culpa *in vigilando* de quien ejerciendo la potestad paterna se despreocupa de que un hijo de corta edad porte un instrumento tan peligroso, que utilizó en presencia de otros chicos no mayores que él.

Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó este tipo de responsabilidad cuando el menor, autor material del disparo, no era hijo de quien con su negligencia en la vigilancia de un arma de fuego había propiciado el daño. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de febrero de 1959, confirmando las del Juzgado de Primera Instancia y de la Sala de lo Civil de la Audiencia. Estimó el actor que el hecho de dejar el demandado un arma de fuego cargada, en un poblado, a su hijo menor de edad, y no en el hecho de dispararla, es donde se encuentra la causa generadora del daño; daño por tanto imputable al demandado, tanto por ser titular del arma que lo causó, como por haberla dejado en manos de su hijo, sin adoptar las medidas pertinentes de precaución. Frente a ello el Tribunal Supremo consideró que no cabía alegar la violación del artículo 1.903 del Código civil, «ya que la Sala de Instancia ha declarado, quedando firme que quien efectuó el disparo, causa inmediata del desgraciado accidente no es el hijo del demandado, y que el propio lesionado fue su causante inmediato al coger la escopeta de la habitación en la que se guardaba, por lo que el judicialmente interpelado, hoy recurrido, no viene sujeto a la responsabilidad prescrita en el mencionado precepto sustantivo, por no haberse apreciado en su hijo menor de edad culpa alguna como causa ocasional de la lesión que sufrió el hijo del recurrente».

(18) Comentando esta Sentencia, ROGEL VIDE dice que esta alusión al deber de vigilancia y a la educación preventiva no deja de ser un poco confusa. Nosotros creemos que la educación preventiva y la vigilancia tienen relación.

Esta presunción de culpabilidad de los padres se entiende también reforzada cuando el daño lo causan con fuego, fósforos u otros elementos inflamables (19).

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia de Huelva de 5 de mayo de 1971, en la que hizo responsable civil a un padre de un menor de edad por cuya cuenta trabajaba, que a pesar de que las ordenanzas municipales lo prohibían y del viento reinante, hizo una hoguera a menos de 200 metros de un pinar.

Mantiene la misma postura la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1977. El supuesto de hecho es el siguiente: Una hija menor, después de encender un cigarrillo, arroja la cerilla a un lugar donde existía maleza reserca, provoca el incendio de ella, de unos pinos y de un chalet. El padre alegó que le tenía prohibido fumar a su hija. Tanto el Juez de Primera Instancia, como la Audiencia y el Tribunal Supremo consideraron la responsabilidad del padre, porque: «La responsabilidad que se extiende a los padres por los perjuicios causados por sus hijos menores de edad que vivan en su compañía, derivado de modo directo y no subsidiario del incumplimiento por su parte de deberes que impone la convivencia social y familiar de vigilar a las personas que están bajo su dependencia, les hace incurrir en culpa *in vigilando*, que no se puede limitar a prohibir fumar a una menor en su presencia o fuera de ella, sino que debe atemperarse a las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes al caso concreto de que se trate, presumiéndose de otra forma su responsabilidad, por lo que en este caso no es aplicable lo establecido en el último párrafo del artículo 1.903».

3. *Circunstancias peligrosas*

Junto a las cosas peligrosas, la doctrina entiende que hay circunstancias peligrosas, que presumen, cuando el menor se encuentra en ellas, una conducta más negligente de los padres. Así, el dejarles estar en la proximidad de lugares peligrosos, v. g., ríos, balcones. En este sentido la Sentencia de 24 de marzo de 1979 de nuestro Tribunal Supremo estableció la responsabilidad civil de un padre cuyo hijo arrojó una piedra en el momento de pasar una barca debajo de un puente sobre el río Pisuerga en Valladolid, golpeando en la cabeza a otro menor que quedó con una incapacidad permanente por causa de las lesiones sufridas.

En el campo es costumbre dejar a los niños ir solos a clase; esto sin embargo, según la distancia a recorrer en la ciudad, constituye una imprudencia (20). Si bien una madre puede dejar circular a su hijo en una bicicleta, es culpable en el caso de que le autorice a circular por la noche sin la debida madurez (21). Respecto al menor conductor, pen-

(19) Pau, 17 octubre 1957, S., 1958, t. II(pág. 96.

(20) París, 1 febrero 1950, J. C. P., 1951, t. II, 6245, nota de RODIERE.

(21) París, 22 octubre 1958, G. P., 1958, t. II, 347.

samos que el permitirle tomar el automóvil con nieve, hielo, o de noche pueden reflejar una cierta negligencia.

Hay también cosas que sin ser en principio peligrosas, se convierten más tarde, por no reunir las condiciones de seguridad. Como dice Ollier (22), a menudo las decisiones tomadas a propósito de los accidentes de bicicleta revelan, para mantener la responsabilidad de los padres, que la máquina no se encuentra dotada de todos aquellos instrumentos que aumentan su seguridad; v. g., la utilización sin frenos o sin faro, si hubiese de hacerse de noche (23).

Otra circunstancia que es frecuentemente tenida en cuenta es la finalidad que con la actividad se persigue. Suelen ser los Tribunales franceses mucho más benévolos con el padre cuando la actividad que está realizando el niño era necesaria, que cuando era un capricho. Así, cuando el menor ha causado un accidente con una bicicleta, se tiene en cuenta si la bici había sido utilizada para trabajar o para ir al colegio. El Tribunal de Colmar (24) tiene en cuenta otras circunstancias para fijar la responsabilidad de los padres: «Que el niño circulaba de noche sin necesidad, por distracción».

4. *La edad*

Otra circunstancia, una de las más importantes, a la hora de apreciar qué diligencia era exigible al padre es la edad (25).

Mientras que con los niños que carecen en absoluto de razón, el padre debe extremar su cuidado, porque al no poder discernir lo bueno de lo malo es más fácil que causen un daño. Por el contrario con los que están próximos a alcanzar la mayoría de edad la vigilancia no puede ser ni tan necesaria ni tan intensa porque pueden valerse por sí solos, tanto en la esfera personal, como en la patrimonial, teniendo además un ámbito de libertad mucho más amplio que el de sus antepasados, que socialmente se considera imprescindible y contra el que sus padres no pueden ir.

La distinta trascendencia de la edad, no ha sido recogida explícitamente en la jurisprudencia española, aunque se tiene en cuenta a la hora de condenar en la Sentencia de 26 de diciembre de 1962. Como causa de exoneración del padre no conocemos ninguna sentencia. Hay un supuesto en el que podía haberse planteado, por faltar escasos días para que el hijo alcanzara la mayoría de edad penal; pero el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de octubre de 1971, eludió el problema

(22) OLLIER, ob. cit., pág. 149, núm. 150.

(23) Así, la Chambre Criminelle en un arrêt de 8 de febrero de 1956 condenó a un padre cuyo hijo adolescente circulaba en una bicicleta vieja, desprovista de freno posterior, timbre, sin ser la rueda posterior libre, lo que dificultaba todavía más la conducción por ciudad. *J. C. P.*, 1956, t. IV, pág. 42.

(24) Colmar, 13 marzo 1956, *J. C. P.*, 1956, t. IV pág. 72.

(25) En este sentido BLANC, ob. cit., pág. 135. J. BORE, *La responsabilité des parents pour les fait des choses ou des animaux dont leur enfant mineur a la garde*, *J. C. P.* 1968, pág. 2180.

pues consideró que el padre había cometido un delito de malversación de caudales públicos al no haber vigilado bien a su hijo.

Sin embargo, la trascendencia de la edad a la hora de fijar la responsabilidad civil es algo admitido por la jurisprudencia francesa. Un supuesto en el que se ve con claridad es cuando el accidente ha sido causado con una bicicleta o ciclomotor. Cuando el menor está próximo a los dieciocho años la exoneración es casi de rigor. Los jueces hacen frecuente utilización de diversos argumentos: «El uso de un vehículo de motor por un hombre joven de dieciocho años tiene un carácter normal y no exige por parte del padre una vigilancia constante» (26).

A veces esta solución se defiende con una motivación detallada. El Tribunal de Burdeos (27) considera: «Que la bicicleta es un medio de locomoción muy generalizado, cuyo uso es normal en un hombre de dieciocho años. Esta edad supone tener el suficiente discernimiento; así, se considera a efectos penales y a efectos administrativos, ya que con ella se puede obtener el permiso de circulación. En este caso el uso de la bicicleta se imponía dado lo alejado que estaba el colegio del domicilio de los padres. Por otra parte, el joven realizaba hacía años ese trayecto sin haber sido nunca causa de un accidente». Pero también se ha alegado por otros tribunales otras circunstancias: la ausencia de otro medio de transporte (28), el ejercicio por el hijo de otra profesión, el hecho de que la bicicleta haya sido comprada con los medios propios del hijo (29).

Cuando el niño es más joven, dice Ollier (30) el debate judicial se presenta en principio en las mismas condiciones, pero su resultado es mucho más aleatorio, y ello es más bien natural. El Juez hace bien en no esperar de un adolescente de catorce años o menos el mismo uso racional de una bicicleta que de parte de un joven de veinte años. De ello deduce que la obligación que tiene el padre de vigilar a su hijo, deba ser más intensa. A consecuencia de ello es más riguroso a la hora de fijar las circunstancias que pueden exonerar al padre.

¿Es posible fijar una edad tope? Creemos que no es posible. Mazeaud (31) cita a una Sentencia del Tribunal Correccional de Colmar en la que se exonera a un padre de un niño de trece años. Hay otras en las que en catorce y quince años se produce la exoneración (32). Sin

(26) Colmar, 17 octubre 1952, *D.*, 1953, pág. 104. En el mismo sentido París, 10 junio 1966, *Gaz Pal* 1966, II, pág. 205, estableció que la autorización dada por un padre a un hijo de dieciocho años para usar un coche en compañía de un amigo es completamente normal, tanto más cuanto el hijo se encontraba cumpliendo el servicio militar. El padre no podía normalmente prever, dado el comportamiento habitual de su hijo, que iba a beber en exceso y cometer un delito de omisión del deber de socorro.

(27) 5 junio 1946, *J. C. P.*, 1947, t. II, nota de COSTE, pág. 3382.

(28) Court Criminal, 27 julio 1944, *D.* 1945, nota LALOU, pág. 76.

(29) Tribunal civil del Sena, 25 de abril de 1951, *G. P.* 1951, t. II, pág. 132.

(30) OLLIER, ob. cit., núm. 145, pág. 145.

(31) MAZEAUD, comentario a una Sentencia del Tribunal Correccional de Colmar de 17 octubre 1952, *Revue Trimestrèlle du Droit civil*, 1953, págs. 326-327.

(32) Tribunal civil de Metz, 13 abril 1956, *J. C. P.* 1956 t. IV, pág. 172. Court civil, 18 enero 1957, *G. P.* 1957, t. I., pág. 410.

embargo, en esta edad de los trece a los quince años no es posible hablar de un criterio uniforme en la jurisprudencia. Depende de las circunstancias de cada caso y de la severidad del Tribunal para que el fallo sea en un sentido o en otro.

5. El carácter del niño

Otro factor a tener muy en cuenta es el carácter del niño. Como dice Rovelli, parece evidente que la inmadurez de carácter debe ser suplida con una vigilancia más estrecha del menor (33). Una particular deficiencia en la formación del carácter viene demostrada por los actos anteriores del menor, especialmente por haber cometido delitos dolosos o preterintencionados contra las personas o las cosas. También tiene una particular relevancia el que el menor haya realizado con anterioridad actos ilícitos culposos, por ejemplo cuando sin querer causar lesiones con su conducta tiende directamente a reñir, golpear, ofender, causar un susto (34).

En el mismo sentido Deschenaux y Tercier (35), refiriéndose al Derecho suizo, mantienen que para determinar el grado de vigilancia tienen que tenerse en cuenta dos factores: el tipo de actividad y la personalidad del niño o incapaz. Respecto a la última la doctrina suiza mantiene: «que el grado de diligencia depende en primer lugar de la personalidad del autor. Según su edad, desarrollo físico y mental, sus aptitudes, su carácter, su formación, sus antecedentes, el medio en el que vive, la vigilancia deberá ser más o menos intensa». La Ley exige en Suiza una diligencia especial para las personas enfermas o débiles de espíritu (art. 333 del Código civil).

Respecto a la jurisprudencia, debemos advertir que este factor no ha sido ni reconocido ni negado por la española. El Tribunal de Casación (36) francés, ha mantenido la postura de los Jueces de Instancia, que establecieron la responsabilidad del padre de un muchacho de diecisiete años que había herido a un peatón de varios disparos, porque era culpable de haber dejado salir solo y por la noche, a este muchacho, nervioso y enfermo, que había sido condenado por robo dos años antes. El comportamiento pasado del hijo podía haberle incitado a extremar la prudencia. Contrariamente (37), en el caso de una muerte causada en crisis de demencia, permite el juego de la excusa exonerativa, si los padres a los primeros síntomas de nerviosismo habían confiado su hijo a un médico que le hacía objeto de la debida diligencia (38).

(33) ROVELLI, ob. cit., pág. 250.

(34) ROVELLI, ob. cit., págs. 251-252.

(35) HENRI DESCHENAUX y PIERRE TERCIER, *La responsabilité civile*, Berna 1975, pág. 111.

(36) Sentencia de la Sala de lo Civil de la Court de Cassation de 4 de febrero de 1954, *J. C. P.* 1954, t. IV, pág. 38. Ha sido comentada por MAZEAUD, en *Revue Trimestrelle de Droit civil*, 1955, pág. 106.

(37) Tribunal Correccional de Niza, 13 noviembre 1953, comentada por MAZEAUD en *Revue Trimestrelle de Droit civil*, 1954, pág. 304.

(38) Para estudiar la jurisprudencia suiza e italiana, DESCHENAUX y TERCIER, ob. cit., págs. 111-112. ROVELLI, ob. cit., págs. 240 ss.

6. *La autorización paterna*

Una cuestión que suele plantearse ante los tribunales es la de determinar si la autorización dada por los padres para que el hijo cumpla con un acto determinado puede ser tomada en cuenta como constitutiva de una falta de vigilancia, y en consecuencia para impedir la aplicación de la excusa exonerativa.

Pensamos en Mazeaud (39) que cae por su peso que si los padres han autorizado un acto reprobable, su responsabilidad queda comprometida: tal es el caso de los padres que dejan a su hijo un automóvil o una motocicleta sin estar provisto de permiso de conducir, o cazar sin licencia. Con este motivo, dice, si el acto autorizado es un acto particularmente peligroso.

En este mismo sentido Ollier (40) afirma que si el acto no es lícito no solamente la exoneración debería de ser negada, sino que la presunción resulta reforzada.

Pero la cuestión es más delicada cuando el acto permitido al hijo no posee un carácter peligroso tan señalado: por ejemplo, una autorización para andar en bicicleta por la calle, en motocicleta o en automóvil con permiso de conducir, la de cazar con licencia de caza, la de entregarse a un deporte violento. Todo dependerá de las circunstancias de hecho en cada caso; se tendrá en cuenta factores a los cuales antes nos hemos referido, tales como edad, naturaleza, estado de la cosa, carácter, antecedentes, tipo de actividad. Hay que tener en cuenta que la evolución del ambiente social desempeña en esto un papel importante.

El mismo principio permite resolver la cuestión de determinar si los padres se liberan por el solo hecho de haber prohibido al hijo el acto dañoso.

En nuestro país, dos veces se ha alegado que el padre había prohibido al hijo la actividad que dio lugar al daño, pero en las dos veces se ha condenado al padre. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975, el menor demandado llegó de una cacería con la escopeta cargada y al recostarla en el coche se le disparó, alcanzando el disparo en el pie del actor. El tutor alegó que tenía prohibido al pupilo el ir de caza. De otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1977, en la que se juzgaba el caso de un menor que causa un incendio al arrojar una cerilla en un pinar, el padre alegó que le tenía prohibido fumar. El Tribunal no lo tuvo en cuenta.

Aunque no se diga en ninguna de las dos Sentencias, el Tribunal se basa en un criterio justo: no basta con prohibir, sino que es necesario tomar aquellas medidas necesarias para que la prohibición se cumpla. La vigilancia es precisamente eso, asegurar que el niño no hará algo perjudicial.

Acabamos con una última consideración de carácter general. De todos los factores antes citados ninguno es decisivo, pero la concurrencia de varios aumenta su valor y facilita la labor del Juez. La diligencia no

(39) MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. II, pág. 521.

(40) OLLIER, ob. cit., págs. 149 ss.

puede concretarse de otra manera, porque no es posible acudir a un principio teórico que sirva para solucionar todos los casos posibles. En definitiva, se está tratando de juzgar no sobre las relaciones jurídicas, sino sobre conductas que no se valoran por el resultado directo que producen, sino por la influencia que tienen en un tercero, lo cual aumenta esta dificultad.

III. LA PRUEBA DE LA EDUCACION

1.º) *Su relación con la vigilancia. Ambito de aplicación*

Aunque ni el Código penal, ni el civil lo digan expresamente, la culpa *in educando* es otro de los motivos por los que puede exigirse la responsabilidad del padre. La presunción se extiende, y así lo ha sido ya reconocido por nuestra jurisprudencia (41) a todo defecto de la actuación paterna que pueda exigirse en base del artículo 154 del Código civil. Por ello, el probar que se ha actuado con la suficiente vigilancia no basta para asegurar a los padres el fracaso de la acción intentada contra ellos en aplicación del artículo 1.903 ó 20 del Código penal. Parece, pues, que el estudio de este medio de defensa debe hacerse de forma sistemática y complementaria con la vigilancia.

En este sentido, De Cupis (42) afirma que la idónea vigilancia para impedir los hechos perjudiciales no concluye, en lo que se refiere al padre y al tutor del menor, con la vigilancia inmediatamente anterior al momento de producirse tales hechos, sino que debe entenderse en el sentido de comprender una obra reiterativa de educación moral, adecuada a las condiciones personales y sociales de cada ambiente. Correlativamente con ello la culpa *in vigilando* comprende también la omisión culpable de esta acción educativa, susceptible de alcanzar óptimos resultados y que debe desarrollarse con especial cuidado respecto a los menores (43) (44).

Más aún, hay una tendencia doctrinal que considera que en muchos casos la prueba de una buena educación debería bastar para liberar al padre, cada vez al menos que el accidente dañoso resultara de un gesto inoportuno, de la mala suerte, o de un simple error en la conducta del padre. En este sentido, un Tribunal francés, cuando un niño hirió a un compañero en el curso de un juego y el padre alegó que era un

(41) Sentencias ya citadas de 15-II-75; 24 marzo 1979.

(42) DE CUPIS, *El daño*, traducción por ANGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, 1975, pág. 683.

(43) DEMOLOBRE, *Cours du Code de Napoleon*, t. XXXI, *Traite des contrats*, París, 1882, pág. 471.

BAUDRY. LACANTINERIE, *Les obligations*, t. IV, París, 1908, pág. 623.

CONTURSI, LISI, *Responsabilità civile dei genitori e violazione dell obbligo di educare la prole*, «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1949, págs. 979-980.

(44) La omisión de la debida atención a la educación influye negativamente no sólo en la personalidad del menor, sino también en su correcto comportamiento en la vida social. Por ello somos contrarios a negarle eficacia causal respecto a los daños causados por el menor a los terceros.

muchacho serio, sumiso, trabajador, de naturaleza tranquila, de una conducta ejemplar, que había recibido una educación superior a la de su medio familiar, la exoneración debía producirse según el Tribunal: porque no era necesario probar la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho. Basta con probar que la educación dada, en función de elementos tales como el medio social, la edad, los antecedentes y ocupaciones del niño, es tal que no puede reprocharse ninguna falta al niño. Esta es una decisión aislada de los tribunales franceses. Recoge, sin embargo, una idea que a nuestro juicio es muy aprovechable, que es relacionar el grado de vigilancia con el de educación. A nuestro juicio, contra mejor educado está un niño menos vigilancia puede exigírsele al padre para permitir la exoneración.

Somos conscientes de que esto en la práctica no es fácil de realizar. La prueba de la educación no es concluyente y es muy difícil de tener en cuenta. Compensarla en la vigilancia lo es todavía más. Sin embargo, es posible dado el silencio de nuestro Código en este punto. Más aún, es incluso más porque nuestro ordenamiento se basa en la responsabilidad por culpa y dadas las condiciones sociales actuales que hacen que la vigilancia física y permanente sea imposible; nos preguntamos: ¿En qué culpa puede incurrir el padre? Otra cosa es que por defender una política legislativa en favor de la víctima no interese mantener esta postura.

Se plantea el problema de fijar si la prueba se debe limitar a una falta en una faceta concreta de la educación, la que se manifiesta al causar el daño, o tiene que hacer referencia a toda la vida del menor.

El dilema tiene enorme importancia práctica porque mientras que la demostración de que una persona está globalmente educada es muy difícil, casi imposible, es más viable cuando se trata de demostrar que se le educó bien para aquel tipo de actividad. Se trata en definitiva de facilitar la prueba, porque no es lo mismo, cuando un menor produce un atropello, tener que demostrar que gracias a la educación percibida era un buen conductor, que demostrar que era un niño bien educado para todo.

Ni la Doctrina ni la Jurisprudencia están claramente definidas. Para Rovelli (45) el padre, para exonerarse, basta con que pruebe que había educado correctamente a su hijo para desarrollar la actividad que produjo el evento dañoso. El argumento que utiliza es el de la causalidad: es necesario que exista relación entre la conducta del padre y aquel específico hecho dañoso.

También pensamos que no figurando en la dicción legal la educación como elemento integrante de la presunción, su inclusión supone de hecho una ampliación; admitirla en su grado más amplio es extender mucho la regulación legal.

Es evidente, como luego veremos, que la falta delictual o el delito penal del menor hacen suponer un defecto general de su educación. Pero junto a ello hay muchas faltas civiles que sólo suponen un fallo

(45) ROVELLI, ob. cit., pág. 258.

en un punto concreto. Si el acto del menor procede de una actividad peligrosa o de una actividad especial cuyo ejercicio requiere especiales precauciones o conocimientos. En estos casos lo que debe exigirse es que el padre haya dado la suficiente instrucción a su hijo para que pueda ejercitar bien la actividad permitida. Hay que tener en cuenta que en la práctica, con el juego en contrario de la presunción, esto no es muy sencillo.

Respecto a la jurisprudencia, la española, que ha reconocido —como vimos— este tipo de culpa como fundamento de la responsabilidad, no se ha planteado este problema. La francesa, que es la única en estudiarlo, tiende a extender a todos los aspectos la prueba de la educación (46). Hay, sin embargo, sentencias aisladas que mantienen la tesis contraria (47).

2.º *Los delitos y la educación*

Los franceses son muy severos con el padre. Incluso en casos en los que el hijo no vivía con la familia, se ha procurado justificar por todos los medios esta ausencia, para hacer responsable al padre de un niño que ha cometido un delito contra la vida. Consideran que el matar a otro es un acto de tal gravedad que refleja una falta enorme en la educación que hasta aquel momento se había impartido.

Esta postura de severidad es corriente en los casos de difamación que suponen delitos contra el honor. En Francia ha sido frecuente que los tribunales declaren que la misma comisión del hecho demuestra que el niño no había sido educado convenientemente. Sin embargo, existe una postura doctrinal que considera que extremar la dureza en la admisión de la prueba en contrario no es bueno, porque hay que admitir —dice— que si hay ciertos actos que moralmente son afrentosos, no son consecuencia de la mala educación recibida a nivel familiar, porque es muy probable que esta educación sea incapaz de impedir este tipo de actos.

En los casos de delitos contra los bienes la doctrina también se encuentra dividida. Para Mosco (48), si se prueba la omisión de la educación cuando el menor ha cometido determinados delitos, la presunción de culpabilidad hay que entenderla agravada. Justificando esta postura, Ollier (49) afirma que: «Encargados por el Creador de enseñar a sus hijos la distinción entre el bien y el mal, los padres deben ser considerados como personalmente responsables de las desviaciones que ellos han provocado o han dejado sin reprender. Realizado un delito ellos deben de tratar de demostrar que no lo han provocado con su inter-

(46) París, 11 octubre 1971, *Rev. trim. Dr. civ.* 1973, comentada por DURRY, pág. 349.

En el mismo sentido, París, 3 marzo 1969, *GAZ PAL* 1969, II, Somm 31.

(47) París, 10 junio 1966, *GAZ PAL*, 1966, t. II, pág. 205.

Angers, 5 febrero 1970, *D.* 1970, pág. 376.

(48) Mosco, *Il dovere di educare i figli a la responsabilita del genitori per il illecito dei figli minori capaci*, «*Foro pen.*», 1956, pág. 127.

(49) OLLIER, *Ob. cit.*, pág. 73.

vención. Ninguna vigilancia bastaría para impedir la perpetración de actos que suponen un *mínimum* de independencia. La educación es el medio natural para conseguir la honestidad de los niños».

Como indica Rovelli, una particular deficiencia en la formación de carácter se manifiesta en los actos intencionalmente directos contra la integridad personal de los otros, integrantes de delitos dolosos y preterintencionales contra las personas.

Señalaremos cómo para los Tribunales, la educación implica omisión de lo que se exige para hacer conocer al menor de los peligros y ser respetuoso con los bienes ajenos. A esta postura opone Trabuchi (50) que en estos casos la responsabilidad no puede ser fijada sobre la educación más que cuando circunstancias especiales ponen en evidencia que hay una falta de educación. En estos casos, hay algunos en los que se produce una reacción psicológica ciertamente imprevisible y no asimilable a una actitud que la educación de los padres hubiera podido evitar.

IV. CONCURRENCIA CON CIRCUNSTANCIAS QUE EXONERAN PENALMENTE AL HIJO

De acuerdo con la teoría tradicional sobre el fundamento de este tipo de responsabilidad, que hace depender la responsabilidad del padre de la culpa del hijo, no cabe la posibilidad de exigir la responsabilidad del padre en aquellos casos en los que con una falta en la educación y vigilancia había también coadyuvado al daño, la fuerza mayor, el caso fortuito, o en general otras circunstancias que como las comprendidas en el artículo 8 del Código penal permiten exonerar al menor de toda culpa.

En efecto, para la tesis clásica el padre se responsabilizaba del acto, doloso o culposo, de un tercero. Si el acto no era tal, sino sólo un hecho que había producido unos efectos imprevisibles, por la concurrencia de una circunstancia ajena a su voluntad, era técnicamente imposible exigir la responsabilidad del padre, ya que fallaba el presupuesto básico.

La tesis clásica parte de un presupuesto que es inexacto. El padre no responde por culpa ajena sino por culpa propia en la vigilancia y educación. No se trata de una responsabilidad por acto ajeno sino por un acto propio. De aquí deriva una conclusión que es importantísima: no es imprescindible la culpa del menor para que se dé la responsabilidad del padre, basta con que se produzca un daño o lesión, en virtud de lo que se llama un acto objetivamente ilícito, para que el padre deba responder, si hubo culpa suya por permitir una determinada conducta del niño.

Partiendo de esa base, tenemos que considerar que el padre sólo podrá exonerarse de su responsabilidad cuando su conducta, siendo

(50) TRABUCHI, *Instituzioni di diritto civile*, Padova 1966, pág. 227.

diligente, no ha podido impedir el daño por haber concurrido alguna de las circunstancias del artículo 8 del Código penal.

Con todo ello queremos concluir que las circunstancias exoneratorias de la responsabilidad sólo podrán liberar al padre, cuando hayan incidido en la relación de vigilancia o educación, haciéndola imposible, pero no tendrán ese valor si actúan sobre la conducta del niño.

El padre que abandonando a sus hijos y desentendiéndose provoca el estado de necesidad de ellos, no puede ampararse en él para exonerarse de su responsabilidad, que supone la convivencia social o familiar y vigilar a las personas que están bajo su dependencia.

Esta misma postura, porque realmente también hubo caso fortuito, es la mantenida por la Sentencia de 29 de diciembre de 1962 en los que al dispararse casualmente una escopeta de un niño, y habiéndose alegado el caso fortuito por su padre o tutor el Tribunal no lo consideró, al declarar que el dejar en manos de un menor una escopeta supone de por sí no vigilarlo adecuadamente.

En definitiva esta es la postura admitida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1977, en la que por la cerilla arrojada por un menor se produce un incendio de un bosque y edificios colindantes. Por la defensa se alegó que el incendio había sido fortuito. El Tribunal rechazó este motivo y consideró que se produjo por falta de diligencia en la conducta del padre y textualmente, en su considerando, dijo: «Para nada influye en estos casos la mayor o menor graduación de culpa atribuida al agente productor del daño, ni las circunstancias que puedan rodear el hecho cometido por él en virtud del principio general de derecho «quod est causae, est etiam causae causati» y porque conforme a lo prevenido en el Código, la responsabilidad se extiende a los padres por los perjuicios causados por sus hijos menores de edad que vivan en su compañía, derivando de un modo directo y no subsidiario del incumplimiento por su parte de deberes».

V. LOS DELITOS SEXUALES. QUIEBRA DE LA PRESUNCION

Ante una situación como esta, en la que todas las sentencias españolas antes citadas han negado a los padres la posibilidad de exonerarse en base a haber actuado con la suficiente diligencia en la vigilancia y educación, cabe preguntarse si hay razones para mantener en la práctica que se trata de una responsabilidad por culpa, o si el principio de protección de la víctima pesa tanto sobre los tribunales, que en la realidad del caso concreto se ha convertido en una obligación de garantía.

La misma cuestión se plantea M. Bessone (51) en Italia. Allí la

(51) MARIO BESSONE, *Il diritto di famiglia e delle persone*, julio-septiembre 1982, Milano, págs. 1011 a 1015. En el mismo sentido, G. Viney, en fecha bien reciente, llega a la conclusión respecto al Derecho francés que la presunción que establece el artículo 1.384 de su Código puede indiscutiblemente ser rechazada.

GENEVIEVE VINEY, *Traité de Droit civil*, Les obligations. Responsabilité, París, 1982, pág. 968.

solución es más sencilla porque, aunque se actúa con rigor por los tribunales a la hora de tener en cuenta cuál es la diligencia exigible, hay sentencias recientes que permiten la exoneración. Una de 15 de enero de 1980 dictada por el Tribunal de Casación en la que se establece que el deber de vigilancia impuesto *ex lege* debe de ponerse en relación con el grado de previsibilidad del evento dañoso, debiendo de ceder la presunción del artículo 2.048 al verificarse la imprevisibilidad. En otra de 7 de julio de 1979 el Tribunal de Apelación de Roma estableció: que no incurre en culpa quien no previene lo imprevisible, de forma que libera de responsabilidad a unos padres por considerar que se encuentra «fuera del radio de acción» del sujeto investido del deber de vigilancia. En base a esto, el citado autor considera esta responsabilidad como una obligación de garantía que surge *ex lege* y que grava a los padres, tutores y maestros, y en la que la prueba liberatoria es simplemente el límite.

Con relación a España pensamos que esta tesis es aplicable. De una parte porque nunca los Tribunales han establecido la responsabilidad objetiva de los padres, por el contrario implícita e explícitamente la responsabilidad la fundan siempre en la culpa *in vigilando* o *in educando*. De otra, la modificación introducida en el Código civil por Ley 11 de 1981, al establecer la patria potestad conjunta extendió la responsabilidad civil a ambos padres sin modificar en nada la posibilidad de exoneración. En el mismo sentido el proyecto de Código penal de 1979.

Pero por lo que supone de quiebra del principio jurisprudencial ya visto, el supuesto más interesante es el de los llamados delitos sexuales. El artículo 444 del Código penal, según la redacción dada por la Ley de 27 de junio de 1983, establece que los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados a indemnizar a la víctima.

En buena técnica jurídica el tipo de delito o falta cometido por el hijo no debería de tener trascendencia a la hora de hacer responsable al padre. Sin embargo, una constatación se impone con evidencia; ni los tribunales franceses, italianos, ni españoles consideran al padre civilmente responsable de los delitos sexuales.

Hay una Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 29 de febrero de 1961. En ella el Juzgado de Primera Instancia de Yecla condenó a un hijo, menor de edad, del demandado como culpable de un delito de estupro, entre otras penas, a que abonara por vía de dote la cantidad de diez mil pesetas, así como a que reconociera la prole y la mantuviera. Requerido el condenado para el cumplimiento de la condena, manifestó que carecía de medios económicos. Se reclamó entonces al demandado, responsable como padre de los daños causados por el hijo menor. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia condenando al demandado a dotar a la víctima en la cuantía de diez mil pesetas y a alimentar al hijo de ésta durante el tiempo legal, en la cuantía que se fijara en los trámites de ejecución de sentencia. Apelada la sentencia fue revocada por la Audiencia Territorial que absolvió al demandado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

La Sentencia no entra en el fondo de la cuestión y libera al padre por razones procesales. Considera que: «Pertencen a los Tribunales de orden penal el cumplimiento de los casos en que recae sanción sobre el acto ilícito o culposo realizado y, por el contrario, si se pone término a la causa por absolución o sobreseimiento, muerte o rebeldía del inculpado o cuando al perjudicado le quede reservada la acción, en todos estos casos queda expedita, por determinación del artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la jurisdicción a los órdenes civiles, cuanto porque la responsabilidad civil subsidiaria por razón de delito o cuasi delito, declarada en el artículo 21 del Código penal a los padres, en defecto de los directamente obligados, sólo alcanza a las infracciones que los directamente obligados cometan en el desempeño de sus funciones, circunstancia que en el caso de autos no ha ocurrido». Considera también: «Que no es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias o rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a otra jurisdicción».

Al final hace una alusión muy interesante, al decir que el artículo que se invoca —1.903— queda para supuestos distintos de aquellos a los que se quiere aplicar. Este último razonamiento es lo más significativo de la Sentencia.

La jurisprudencia francesa (52) considera que el padre y la madre de un hijo menor que habita con ellos, no pueden ser declarados responsables de las consecuencias de las relaciones sexuales tenidas por sus hijos, si no hay seducción dolosa y ruptura desleal de los esponsales. Cierta parte de la Doctrina de este país justifica esta postura, alegando que en la realización ha intervenido también la seducida. Nadie, dicen, puede quejarse de un acto en el cual voluntariamente ha tomado parte. Frente a ello se puede argumentar que precisamente lo que hoy se entiende que se protege en los delitos sexuales es la libertad de la voluntad de la víctima. En unos casos como en la violación, ésta no existe y en otros como en el estupro o en el rapto se encuentra viciada. Por otra parte, se puede argumentar, pese a que ya no es tan claro como antes de la reforma, que la indemnización no sólo tiene por objeto compensar a la seducida, sino también amparar al hijo que va a tener. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia italiana (53).

A mi juicio, esta postura es técnicamente inexacta y discriminatoria. Los padres deben de responder de los daños y perjuicios causados por sus hijos, cualquiera que sea el tipo de delito o infracción que los provoque. Es posible que en este tipo de delitos la vigilancia del padre se haga más difícil, por la dificultad de controlar una esfera tan íntima de los hijos como es ésta, pero ello no es razón para eximir a los padres. Si la vigilancia es difícil, lo que deben de hacer los padres es extremarla, se diría por la tesis clásica.

(52) París, 20 mayo de 1958, *J. C. P.* 1959, t. IV, pág. 8. Court de Cassation, 19 mayo 1953, *D.* 1953, pág. 15. Comentada por MAZEAUD en *R. T. D. Civ.*, 1953, pág. 697.

(53) Suprema Corte, 8 julio 1954, en *Resp. civ.*, pág. 32.