

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela

SILVIA DIAZ ALABART

Catedrática de Derecho Civil

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Evolución histórica de los preceptos de responsabilidad civil de padres y guardadores contenidos en el Código civil y en el Código penal.* 1. *Proyecto de Código penal de 1821.* 2. *Código penal de 1822.* 3. *Proyecto de Código civil de 1836.* 4. *Código penal de 1848.* 5. *Proyecto de Código civil de 1851.* 6. *Código penal de 1870.* 7. *Proyecto de Código civil de 1882-88.* 8. *Conclusiones.* III. *Quiénes responden y por quiénes lo hacen a tenor del artículo 1.903 del Código civil y del artículo 20 del Código penal.* 1. *Personas responsables de acuerdo con el artículo 1.903 del Código civil.* A) *Padres.* B) *Otros parientes.* C) *Tutores y otros cargos tutelares.* a) *Tutores.* b) *Responsabilidad de los que habiendo debido promover la constitución de la tutela no lo hicieron.* c) *Tutela institucional.* d) *Curador.* e) *Defensor judicial.* f) *Guardador de hecho.* 2. *Personas responsables según el artículo 20 del Código penal.* 3. *Personas por cuyos ilícitos penales o civiles se responde a tenor del artículo 1.903 del Código civil y del artículo 20 del Código penal.* A) *Artículo 1.903.* a) *Emancipados.* b) *El menor de vida independiente.* c) *Incapacitados.* B) *Artículo 20 del Código penal.* a) *Menores.* b) *Incapacitados.* IV. *Importancia de la edad dentro de la minoridad.* 1. *Introducción.* 2. *Situación en nuestro país.* 3. *Algunas soluciones posibles.* V. *La responsabilidad de padres y tutores por los ilícitos realizados por sus hijos o pupilos: ¿directa o subsidiaria?* 1. *La responsabilidad del artículo 1.903 del Código civil.* 2. *La responsabilidad del artículo 20 del Código penal. La aplicación del artículo 1.093 del Código civil al menor, mayor de dieciséis años, que haya cometido un ilícito penal.* 3. *Examen de la jurisprudencia.* VI. *Responsabilidad con el patrimonio del menor o incapacitado.* 1. *Según el artículo 20 del Código penal.* 2. *Según el artículo 1.903 del Código civil.* VII. *Carácter de la responsabilidad de los padres por los ilícitos de sus hijos. Forma en que esta responsabilidad afecta a los bienes gananciales.* 1. *Responsabilidad de los padres y solidaridad.* 2. *Responsabilidad de los padres y el régimen de gananciales.* VIII. *El plazo de prescripción*

de la acción para exigir la responsabilidad civil. 1. Introducción. 2. Opinión mantenida por la Jurisprudencia. 3. Opinión de la doctrina. 4. Crítica de las posiciones jurisprudenciales.

I. INTRODUCCION

La responsabilidad civil extracontractual es hoy un tema atractivo para cualquier jurista. Una parte importante de las sentencias de nuestro T.S. recaen sobre esa materia, y hay todavía muchos extremos de su amplia problemática que no han sido suficientemente estudiados por la doctrina española.

Dentro de ese extenso campo, me interesa aquí ocuparme tan sólo de algunos puntos referentes principalmente (1) a la responsabilidad civil de los padres o tutores por los actos ilícitos (penales o civiles) realizados por sus hijos o tutelados (1 bis).

Se trata de una materia que presenta en nuestro ordenamiento gran cantidad de problemas, quizá en su mayor parte nacidos de que se encuentra regulada no sólo en el Código civil (arts. 1.902 a 1.910), sino que también lo está en el Código penal (arts. 19 a 22).

Aunque sea el propio Código civil en sus artículos 1.092 y 1.093, respectivamente, el que establece que se regulará la responsabilidad civil en el Código penal si los daños que hay que reparar proceden de un delito o falta, y en el Código civil si nacen de ilícito civil, no existe ninguna razón de fondo válida que determine la necesidad de una legislación doble, puesto que la responsabilidad civil es única (2), sin que tenga trascendencia alguna que proceda de ilícito civil o penal.

Que las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código penal, aun incluidas en un texto legal penal, son normas civiles, es algo que actualmente nadie duda. No solamente piensan así los espe-

(1) Aunque efectivamente mi estudio versa principalmente sobre algunos puntos de la responsabilidad civil de los padres o tutores, ni recoge todos los problemas de esa situación, ni solamente eso, porque también me ocupo de algún extremo, como el del plazo de prescripción de la acción, que, aunque afecte a la responsabilidad civil en general y no exclusivamente a la de padres y tutores, nace de la doble regulación legal de la citada responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, que es otro de los temas sobre los que gira este trabajo.

(1 bis) La responsabilidad civil nace del daño y no del delito. Normalmente emplearé una expresión en que eso quede claro, pero en otras ocasiones, por brevedad, utilizaré la de «responsabilidad derivada de delito», aunque no sea correcta en puridad.

(2) Aunque sea este un punto en el que la mayor parte de la doctrina está de acuerdo, la jurisprudencia no da la impresión de opinar lo mismo, sino más bien que son distintas la responsabilidad civil derivada de delito y la de ilícito civil. El optar por una u otra tesis conducirá a dar una u otra solución a muchos de los problemas que se plantean en este campo.

cialistas (3) en Derecho civil, sino también la mayor parte de los penalistas actuales (4).

Las razones son múltiples. La más importante deriva de la propia naturaleza de las cosas. La responsabilidad civil no es una pena que se imponga al que realizó la conducta delictiva, junto a la que le corresponda por su responsabilidad criminal, sino que simplemente trata de resarcir los perjuicios que con esa conducta se causaron.

Precisamente por ser así, es por lo que resulta posible que alguien que no realizó conducta delictiva alguna (padres o tutor), ni en concepto de autor, ni de cómplice o encubridor, y al que, por lo tanto, no se le puede imponer ninguna pena (5) (5 bis), sin embargo, responde civilmente en ciertos supuestos de los perjuicios causados por otro con su conducta delictiva.

Otras razones a favor del carácter civil de estas normas son:

1) Aunque el artículo 1.092 del Código civil remite al Código penal para la regulación de las obligaciones que nazcan de los delitos

(3) Entre otros, ROGEL VIDE: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 31. SANTOS BRIZ: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, t. XXIV, 1984, p. 575. LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1.º, 1985, p. 583. ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, 7.ª ed., 1982, p. 472. ESPIN: *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 5.ª ed., 1974, p. 479.

(4) OCTAVIO DE TOLEDO: *Sobre el concepto de Derecho penal*, 1981, pp. 59 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho penal*, Madrid, 1984, p. 120. SANTIAGO MIR: *Derecho penal, parte general*, 1984, p. 7. RODRÍGUEZ DEVESA: *Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual*, en libro-homenaje al profesor Guasp, 1984, p. 511. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, 2.ª ed., anotada y corregida por Hernández Guijarro y Benyéted Merino, 1986, p. 645. BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal español*, 1984, p. 466. Considerándolos de naturaleza mixta. QUINTANO RIPOLES: *La «acción tercera» o «cuasi criminal», propia de la responsabilidad civil dimanante del delito*, en «RDP», 1946, pp. 935 y ss.

(5) Ni aunque ésta fuera pecuniaria, ya que también sería pena.

(5 bis) SALVADOR VIADA y VILASECA: *Código penal reformado en 1870*, 4.ª ed., t. I, Madrid, 1980, p. 394. Este autor, al comentar el art. 19 del Código penal de 1970 (equivalente al vigente art. 20), se pregunta si al que se le impone una indemnización como responsable civil subsidiario [se equivoca el comentarista, los padres responderían directamente por los menores], podrá condenársele a la prisión subsidiaria, en caso de insolvencia: «En cierta causa de lesiones menos graves, seguida contra un menor de quince años, pero mayor de nueve, al que se declaró exento de responsabilidad criminal por haber obrado sin discernimiento, la Sala de lo criminal de la audiencia de Madrid condenó al padre del niño a una indemnización de 13 pesetas al perjudicado, y a la prisión subsidiaria caso de insolvencia. Mas interpuesto contra dicha sentencia por el Ministerio Fiscal, en beneficio del padre, recurso de casación por infracción de ley, citando como infringidos los arts. 19, 20, 21 y 50 del Código, porque fue aquél indebidamente condenado a la prisión subsidiaria por vía de sustitución y apremio, declaró el Tribunal Supremo haber lugar al expresado recurso, fundándose en que la responsabilidad civil, impuesta subsidiariamente a las personas que mientan los arts. 19, 20 y 21 del Código, no puede extenderse a la responsabilidad personal para reparar los daños o indemnizar los perjuicios causados por los locos, menores, etc., por estar limitada por el art. 50 a los sentenciados, y por lo tanto, la Sala, condenando al padre del niño a la indemnización de 13 pesetas, y en defecto de pago a la prisión subsidiaria correspondiente, infringió con este último pronunciamiento los arts. 19, 20 y 21 del Código penal. (Sentencia de 19 de mayo de 1879, publicada en la *Gaceta* de 9 de agosto).»

o faltas, antes, el artículo 1.089 del Código civil enumera entre las obligaciones civiles las procedentes de «actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», sin distinguir con claridad (6) entre ilícito penal o civil.

2) La posibilidad de transmitir a los herederos del responsable la obligación de responder civilmente ante el perjudicado o sus herederos.

3) La acción del perjudicado para ser indemnizado es renunciabile siempre.

4) La responsabilidad civil es una obligación asegurable.

El propio Código penal reconoce el carácter civil de las citadas disposiciones en su artículo 117 (7), que dispone que la responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinga del mismo modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas del Derecho civil.

6) Aun naciendo de delito o falta, es posible, si se reserva la acción oportunamente, que de esa pretensión conozcan los Tribunales civiles (8).

Del elenco de argumentos expuestos más arriba creo que se desprende con claridad que las de responsabilidad civil son inequívocamente (9) normas civiles, aunque parte de ellas se encuentren en un texto legal penal.

Siendo así que solamente hay una responsabilidad civil, la primera pregunta a hacerse es el porqué de la existencia de una doble regulación de la materia en nuestro ordenamiento jurídico.

La razón es histórica. Durante el período codificador español, desde el célebre *desideratum* recogido en el artículo 258 de la Constitución de 1812: «El Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la monarquía...», hasta 1889, fecha de promulgación de nuestro Código civil, fueron muchos e infructuosos los inten-

(6) Se trata efectivamente de una terminología confusa la que emplea aquí el Código civil. Pero tradicionalmente, la doctrina ha entendido que con la mención de los «actos y omisiones ilícitos», el art. 1.089 del Código civil se refería a los delitos o faltas. Y con la de «actos u omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia» a los actos no penados por la ley, es decir, a los ilícitos civiles.

(7) «La responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil» (art. 117 del Código penal).

(8) «Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercerla después de terminado el juicio criminal si a ello hubiese lugar. Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse, sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal» (art. 112 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

(9) Aunque como señala S. MIR: *ob. cit.*, p. 9, «Ello [el que la responsabilidad civil no tenga naturaleza penal] 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».

tos de codificar la legislación civil. En cambio, la codificación de la legislación penal siguió caminos muy diferentes, pues ya en 1822 se promulgó el primer Código de esa materia. Ello explica (10) seguramente que la responsabilidad civil por daños derivados de delitos o faltas se contemplara en textos legales penales, en lugar de regular toda la responsabilidad civil (sin que importe que los daños a resarcir los causara un ilícito penal o civil), en el Código civil, como ocurre en casi todas las legislaciones europeas (11).

Una vez promulgado el Código civil en 1889, probablemente por inercia, por las dificultades que lleva consigo deshacer lo ya hecho, se conservó la normativa sobre responsabilidad civil contenida en el Código penal e incluso el propio Código civil consagró esa doble regulación en los artículos 1.092 y 1.093, dedicando otros artículos (del 1.902 al 1.910) al tema de la responsabilidad, pero sin mencionar en ellos, al menos explícitamente, los ilícitos penales.

Una de las razones para seguir con la doble regulación es la de la economía procesal. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 108 de la L.E.Cr., «la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio fiscal, haya o no en el proceso acusador particular...».

La víctima de un ilícito penal que haya ocasionado daños, no tiene que utilizar expresamente dos acciones: una penal (12) para que se imponga al responsable la pena correspondiente, y otra civil para resarcirse de los daños.

Al entablar la acción penal el Ministerio fiscal automáticamente entablará también la civil. De ese modo, en un único procedimiento se solventarán las cuestiones tanto penales como las de la responsabilidad civil.

Pero la economía procesal no choca con una única regulación de la responsabilidad civil, pues, aunque ésta se encuentre recogida en un único texto legal, nada obsta para que, si los daños nacieron de falta o delito, su indemnización pueda conseguirse en el mismo procedimiento penal.

En segundo término, resulta discutible la bondad del único proce-

(10) Así lo afirmaba ya J. F. PACHECO: *Código penal, concordado y comentado*, t. I, Madrid, 1948, p. 295.

(11) Código civil francés, art. 1.382, «Todo hecho humano de cualquier clase que sea, que cause a otro un daño, obliga al culpable a repararlo», Código civil italiano de 1942, art. 2.043, resarcimiento por hecho ilícito, «cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otros un daño injusto, obliga al que ha cometido el hecho a resarcir el daño»; Código civil portugués 1966, art. 483. «1.º Aquel que con dolo o mera culpa violara ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al perjudicado por los daños resultantes de la violación. 2.º) Sólo existe obligación de indemnizar independientemente de la culpa en los casos especificados en la ley.»

(12) En los delitos perseguibles de oficio, el particular no tiene que interponer acción penal alguna, pues eso lo hace de oficio el Ministerio Fiscal.

so, porque, aunque sea cierto que puede economizar esfuerzo, tiempo y dinero, también es verdad que puede ser contraproducente. Es posible que si el Juez impone una pena fuerte, tienda inconscientemente a ser más suave en lo tocante a la responsabilidad civil. Al contrario, una condena de responsabilidad civil fuerte puede ser compensada con una pena más suave de lo debido.

Otra razón en pro de la conservación de la legislación por partida doble sería el atender a la diferencia existente entre el ilícito penal y el civil y la mayor gravedad (13) de aquél sobre éste.

A este respecto, si bien es cierto que el ilícito penal suele ser de mayor gravedad que el civil, se trata de una gravedad en cuanto a la valoración moral y social de la conducta delictiva, valoración que no es esencial en cuanto a la responsabilidad civil. En este campo, la evaluación de la mayor o menor gravedad de los daños causados se mide primordialmente por criterios económicos, para los que resulta inoperante el que la conducta sea delictiva o no.

Está fuera de toda duda que el ilícito penal es de distinta naturaleza que el civil. Pero lo que determina la obligación de indemnizar no es el hecho de cometer un acto ilícito penal o civil simplemente, sino el que ese ilícito haya originado unos daños. Son los daños, pues, los que hacen que nazca la obligación de indemnizar, y los daños en sí mismos no son de naturaleza penal o civil, sino sencillamente daños.

En cualquier caso, la permanencia de una regulación doble origina muchos y graves problemas (14).

De las normas contenidas en el Código penal, aunque no tengan un carácter propiamente penal, tienden a ocuparse los penalistas. Pero les ocurre lo mismo que a los civilistas con las normas contenidas en el Código civil y que no son civiles. No se suelen ocupar a fondo de su estudio, porque ello implica realmente meterse a investigar en

(13) Aunque el ilícito penal suele ser más grave social y moralmente que el ilícito civil, también es verdad que la actual regulación del Código penal es tan amplia en tema de faltas que ha quedado muy restringido el campo del ilícito civil.

(14) No pensaba lo mismo PACHECO: *Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1848, p. 245, cuando decía: «Algunos han pensado que por más cierta y útil que esta doctrina fuese [la expuesta por este mismo autor de que toda persona criminalmente responsable lo es también civilmente, pero puede haber responsabilidad civil y que, sin embargo, no se responde criminalmente] se hallaba fuera de su lugar en el Código que examinamos [el penal]. La ley penal, según ellos, no debía comprender estas responsabilidades, que ella misma proclama como no procedentes de delito, aunque lo sean de hechos que tienen su apariencia. Sólo el Código civil debe ocuparse de tales obligaciones.—No llevamos tan allá, por nuestra parte, las ideas de rigorismo; sobre todo cuando no existe, y tardará todavía algún tiempo, el Código civil que se invoca. No vemos ningún mal en que se complete y perfeccione aquí esta materia (...). La translimitación nos parece bien pequeña, y bien inocente: el mal que de ella derive, no pueden distinguirlo nuestros ojos.» El tiempo y la regulación contenida en los dos Códigos no han dado la razón a Pacheco: los problemas creados por la doble regulación en absoluto son pequeños.

una parcela que no es la propia específicamente, con las mayores dificultades y riesgos que eso lleva consigo. Los especialistas en Derecho civil por su parte, aunque se ocupen de esos preceptos, tampoco lo hacen en general con la misma profundidad o al menos con la misma extensión que emplean para estudiar la responsabilidad procedente de ilícito civil. En consecuencia, esa regulación a dos bandas ocasiona una menor investigación cualitativa y cuantitativa de los preceptos incluidos en el Código penal.

A la hora de reformar (14 bis) ambos cuerpos legales, aunque por tratarse de una materia común a los dos precisaría al menos de una cierta coordinación, ésta no se da en absoluto (15).

Por último, al establecerse ciertas diferencias en la regulación contenida en el Código penal con respecto a la del Código civil, siendo la responsabilidad civil única y, por tanto, la misma en ambos casos, se producen consecuencias injustas, alguna de las cuales examinaré a lo largo de este trabajo.

Entre estas diferencias injustas se encuentra la de entender — como hace nuestra jurisprudencia— que el plazo de prescripción de la acción es distinto según que los daños los cause un ilícito civil (un año según el art. 1.968-2.º C.c.) o un ilícito penal (15 años *ex* art. 1.964 C.c.). Si solamente hay una responsabilidad civil, también debería haber un único plazo para la acción de reclamación por los daños causados.

(14 bis) Uno de los extremos que pueden ilustrar esta apreciación que hago es muy reciente. En la reforma del Código penal realizada en 1983, se cambió la redacción de la posibilidad de exculpación contenida en el art. 20 del Código penal. De estar redactado en el mismo sentido que la del Código civil, es decir, de tener invertida la carga de la prueba, diciendo «...a no hacer constar que no hubo por su parte [la de los guardadores] culpa o negligencia». A decir actualmente, «...serán responsables civilmente (...) siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia...».

Esta modificación ha sido resaltada por algunos autores especialistas en Derecho penal, como BUSTOS RAMÍREZ: *ob. cit.*, p. 469, y DÍAZ VALCÁRCEL: *El menor en el Código penal vigente y en el proyectado*, en *La tutela de los derechos del menor*, publicación del I Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1984, p. 119, como si hubiera supuesto un cambio en cuanto a que ahora corresponde probar la negligencia del guardador a la víctima.

Efectivamente es lo que parece si nos quedamos en la letra de la norma. Pero la verdad es que carece de sentido que, si se trata de un daño causado por un ilícito civil, sea el guardador quien tenga que probar que obró con la diligencia necesaria, mientras que si se trata de un daño causado por un delito o falta, sea la víctima la que tenga que probarlo.

Está claro que no se ha podido querer semejante reforma.

Siguiendo el camino parlamentario de la modificación del artículo en cuestión, nos encontramos con que de verdad no se quiso reformar en ese sentido, y que todo se debe a un simple error. Así lo ha puesto de manifiesto RUIZ VADILLO: *Comentario al art. 20 del Código penal*, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1.º, 1985, pp. 370, 371 y 372.

Seguramente, si para reformar el art. 20 del Código penal se hubiera tenido en cuenta el art. 1.903 del Código civil y el estudio previo lo hubieran realizado especialistas en Derecho civil y penal, no hubiera existido ese error.

(15) Ni se da en la actualidad ni, como puede comprobarse a través de los textos legales históricos, se ha dado en ningún momento.

Otro tema de conflicto entre las normas del Código civil y las del Código penal, es el que se produce porque parece, al menos en principio, que estos dos textos legales establecen distinto tope de edad en los menores para que sus padres o tutores respondan por ellos.

Según el artículo 20 del Código penal en relación con el 8.º-2 (16) y el 19 del mismo Código, los padres o tutores responden por los actos de los menores de 16 años. En cambio, el artículo 1903 del Código civil no menciona edad determinada, y habla tan sólo de que se responde de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda y habiten en su compañía, expresión ésta que se entiende actualmente como equivalente a la de no emancipado. Por tanto, no se encuentran incluidos entre aquéllos por los que se responde los emancipados, cualquiera que sea la causa por la que se produjo la emancipación (mayoría edad, matrimonio o concesión).

Con este planteamiento resulta que, si los daños los causó un ilícito penal de un muchacho de diecisiete años, su padre no responde por él; en cambio, si se tratara de un ilícito civil, sí que respondería el padre de ese menor.

No cabe duda que es cuanto menos sorprendente esa diferencia de trato a la hora de responder civilmente simplemente por el hecho de que los daños los haya causado una conducta tipificable como penal o no. El tema se complica cuando sobre conductas inicialmente consideradas como penales, sin que haya habido absolución, no llega a recaer sentencia condenatoria, como ocurre en el caso de muerte del presunto criminal, indulto (17), etc. En estos últimos casos resulta aún más flagrante la contradicción del distinto tratamiento en uno y otro texto legal, puesto que el que responda el propio menor o sus guardadores dependerá sólo de algo accidental.

Es ilógico que no se considere al menor (de más de dieciséis y menos de dieciocho) que a los ojos de la ley es capaz para sufrir el reproche social que su conducta ilícita penal acarrea, y, que, por lo tanto, responde de ella tanto civil como penalmente (18), capaz para

(16) «...Primera. De los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 8.º serán responsables civilmente quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia...» (art. 20 del Código penal). El núm. 2.º del art. 8 del Código penal dice: «Están exentos de responsabilidad criminal: ...2.º) el menor de dieciséis años...». Y el art. 19: «Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente.»

(17) Como ocurrió en el caso contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1981, examinada en este mismo trabajo en el apartado V, aun cuando en este campo se le aprecie a efectos sólo penales el atenuante de su edad.

(18) Arts. 9-3.º y 65, ambos del Código penal. El primero de ellos señala que el hecho de ser menor de dieciocho años es una de las circunstancias que atenúa la responsabilidad criminal, y el segundo, permite que al mayor de dieciséis años, y menor de dieciocho, se le aplique la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, pudiendo el Tribunal, atendiendo a las circunstancias, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable.

lo mismo si su conducta ilícita es de naturaleza civil. Hay que tener en cuenta que desde un punto de vista moral o social el ilícito civil es menos grave y que además no lleva aparejada pena alguna.

Ya fuera de los problemas producidos por la doble regulación legal, otra de las cuestiones cruciales que surgen en este tema de la responsabilidad de padres y tutores por los ilícitos de los menores incapacitados, es el de si dicha responsabilidad es de carácter objetivo o por culpa.

A la vista de los preceptos legales que se ocupan de la citada responsabilidad (arts. 1.903 C.c. y 20 C.p.) parece claro que se responde por culpa. Dice el artículo 20 del Código penal que los guardadores responderán «...siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia». Y el 1.903 del Código civil *in fine*: «...la responsabilidad cesará... cuando las personas... mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia». Hay una clarísima posibilidad legal de exculpación si se actuó con la diligencia debida.

La regulación contenida en nuestros textos legales coincide con lo que es posible exigir a padres y tutores: una vigilancia y educación ejercitadas con toda la diligencia de un buen padre de familia, adecuadas a la edad y circunstancias del menor o incapacitado. Vigilancia y educación que son exigibles en base a las facultades que corresponden a padres y tutores sobre menores e incapacitados.

Por eso, a la hora de apreciar si existió o no negligencia de los guardadores en el caso concreto hay que tener muy en cuenta la edad y circunstancias de los menores o incapacitados.

La conducta de cualquiera de los guardadores, que referida a un niño de siete años puede ser de gravísima negligencia, referida a un menor, mayor de dieciséis años, puede ser absolutamente irreprochable: por ejemplo, permitir la utilización de un ciclomotor de los de menor cilindrada. En el primer caso sería un dislate. En el segundo, algo perfectamente normal.

Lo mismo sucede en cuanto a las circunstancias que rodean al menor o incapacitado. Podría tacharse de imprudente al padre que permite a su hijo de nueve años ir y volver solo del colegio si se trata de un medio urbano, cosa que, en cambio, podría ser normal si se tratase de un medio rural.

Si no hay posibilidad de reprochar nada al guardador, éste no tendrá que responder, pues el guardador no responde propiamente de la realización del daño, ya que no fue él mismo quien obró. Responde únicamente de la negligencia que permitió que el menor o incapacitado causase el daño.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, nuestros Tribunales entienden que se trata de una responsabilidad objetiva, pues, aunque no lo di-

cen expresamente (19), lo que sería ir frontalmente contra las normas, en ningún supuesto han apreciado que padres o tutores actuaran con la diligencia debida, y mucho menos tienen en cuenta la edad (20) o circunstancias del menor o incapacitado.

Se exige, pues, a los padres y tutores, a tenor de esta postura jurisprudencial, lo que éstos no pueden realizar: una vigilancia y educación de tal tipo que dé como resultado la imposibilidad material de que se produzca ningún hecho dañoso. Porque si se produce, según nuestros Tribunales, es porque no ha existido la diligencia debida. Dicha vigilancia supondría excederse en las potestades que padres y tutores tienen sobre menores e incapacitados, negando a éstos el ámbito de la libertad personal que les corresponde por su edad de acuerdo con el sentir social.

No es, desde luego, por ese camino por el que va la evolución de nuestra sociedad. Más bien todo lo contrario. Nuestra sociedad concede cada mayor ámbito de autonomía a los menores. Fiel reflejo de esa tendencia ha sido la reforma del derecho de familia de 1981. En ella, entre otras muchas cosas (21), se han reducido algunas de las facultades que correspondían a los padres junto con la patria potestad.

El antiguo artículo 156 del Código civil, desarrollando la facultad que atribuía a éstos el antiguo artículo 155 del Código civil de corregir razonable y moderadamente a los hijos, les permitía «...impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado en apoyo de la propia autoridad..., ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren. Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el visto bueno del Juez, para que la detención se realice...»

Hoy ha desaparecido ese largo precepto, y es el actual 154 del Código civil *in fine* en el que dice simplemente (22): «... los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos».

(19) Pero sí dicen, como en las Sentencias de 22 septiembre 1984 y 10 marzo 1983, «que la dureza en la exigencia de la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad [la de los padres o tutores]».

(20) A los efectos que aquí nos interesan, al contrario, el Tribunal Supremo ha dicho en más de una ocasión que no importa a efectos de la responsabilidad cuál sea la edad del menor. De hecho, en muchas ocasiones ésta no figura en la sentencia. Así lo han hecho últimamente la de 10 marzo 1983 y 22 septiembre 1984.

(21) La reforma enfoca la relación de filiación, como ya de hecho se vivía en nuestro país, tomando en cuenta más al menor y, por tanto, escuchándole en la mayor parte de las situaciones de cierta trascendencia que le afectan.

(22) Me parece que aquí precisamente se hace evidente el cambio y su filosofía.

Fuera de las puras normas jurídicas, socialmente la autoridad paterna se ha visto socavada desde los más diversos frentes. En la actualidad es totalmente impensable la férrea vigilancia y el estricto control que parece exigir el Tribunal Supremo, especialmente para los menores cercanos a la mayoría de edad, a los que en otros países se ha dado en llamar muy gráficamente «grandes menores».

Si es la propia sociedad la que ha querido la actual situación, y en ese mismo sentido sigue evolucionando, sería totalmente ilógico que en lugar de hacerse cargo esa sociedad de los riesgos que ello implica se pretendiera que los soportaran únicamente padres y tutores.

Entender la responsabilidad del artículo 1.903, párrafos 2.º y 3.º del Código civil como si estableciera una responsabilidad objetiva supondría tratar a los padres y tutores igual (o incluso peor) que a los patronos en su responsabilidad para con sus empleados. Supondría equiparar así una relación empleado-patrono, establecida para obtener un lucro, con otra, guardador-custodiado, establecida como un servicio para la parte más débil, menor o incapacitado. Sumándose a esto que en el caso de patrono-empleado, aquél tiene acción de regreso frente a éste, cosa más que discutible (23) en el caso del padre o tutor con respecto al menor o incapacitado.

La única defensa que les queda a los guardadores a la vista de la actual tendencia jurisprudencial es contratar un seguro que les cubra de este tipo de responsabilidad; lo que, desde luego, aunque injusto, no cabe duda que sería útil para las posibles víctimas y para las compañías de seguros. Pero aun así, una mínima coherencia legal obligaría a modificar previamente los dos conceptos antes mencionados de forma que se reflejara claramente el carácter objetivo de esta responsabilidad, y desapareciera la (al menos hasta ahora) teórica posibilidad de exculpación.

Nos encontramos, pues, ante una línea jurisprudencial errónea que desnaturaliza totalmente la figura y que sería aconsejable modificar cuanto antes.

II. EVOLUCION HISTORICA DE LOS PRECEPTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE PADRES Y GUARDADORES CONTENIDOS EN EL CODIGO CIVIL Y EN EL CODIGO PENAL

Dado que la responsabilidad civil extracontractual es una, independientemente de que el hecho origen de los daños de los que nace sea de naturaleza penal o civil, pero que en la actualidad se encuentra

(23) No es este el lugar adecuado para tocar este tema, pero, desde luego, si la responsabilidad del guardador se produce *por su propia actuación negligente*, basada en las obligaciones que tiene con el custodiado por razón de la potestad o tutela, se hace muy dudosa la posibilidad de la acción de regreso. De otra parte, los antecedentes históricos tampoco apoyan esa posibilidad.

regulada tanto en el Código civil como en el penal, el estudio objeto de este trabajo se extiende a las normas contenidas en ambos textos legales (24). Por esa razón, dentro de los precedentes (25) de las normas actualmente en vigor estudiaré las de los dos Códigos.

1. Proyecto de Código penal de 1821

En 1821 ve la luz un proyecto de Código penal que no llega a cristalizar como tal, pero que es interesante especialmente por ser el primero y por lo que influyó en general (26) sobre el Código penal de 1822.

En este texto es el artículo 28 (27) el que se ocupa de enumerar las personas obligadas a responder por otros, y las circunstancias en que existía tal obligación. Decía así:

(24) Como dice DE CASTRO: *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, 1952, p. 189; «En materia de delitos y cuasidelitos, las doctrinas civil y penal han ido tan estrechamente unidas que sólo puede ser causa de confusión el no tener aquí en cuenta los preceptos penales».

(25) Como precedentes anteriores al proceso codificador es obligado señalar: P. 6, Tit. 19, L. 4: *Como el menor se puede excusar de los yerros que ouiere fecho por razón de la edad*: «Si el mayor de catorze años, e menor de veynte e cinco, fuesse acusado que auia fecho adulterio; si conosciere alguna cosa en juyzio, seyendo acusado de tal yerro, empescerle ha lo que conosciere, e recibira porende la pena que manda la ley; e non se puede excusar, por dezir que non es de edad cumplida. Mas si fuesse menor de catorze años, non podría ser acusado de tal yerro, nin de otro de luxuria, por que non cae aun tal pecado en el. E porende, si el fiziesse conocencia deste yerro en juyzio, non seria valedera, nin ha por que demandar restitución por razon della. Mas de todos los otros yerros, así como omicidio o furto, o de los otros semejantes, que fiziesse non se puede excusar por razon que es menor, solo que sea de edad de diez años e medio arriba, quando los faza; porque el moço de tal tiempo, tenemos, que es mal sabido, e que entiendo estos males quando los faze. Pero non les pueden dar tan grand pena, como a los mayores».

P. 7, Tit. 14, L. 5: *De los daños que fazen los que están en poder de otro, por mandato de sus Mayores, que no son tenudos ellos de lo pechar*. «Fijo que etuuiesse en poder de su padre, o vassallo, o sieruo que estuuiesse en poder de su señor, o el que fuesse menor de veynte e cinco años, uque ouiesse guardador... cada uno destes que fiziesse daño en cosas de otro mandado de aquel en cuyo poder esouiesse, non seria tenudo de fazer enmienda del daño que assi fuesse fecho... Pero si alguno destes sobredichos que estan en poder de otro, fiziesen tuerto, o daño a alguno, sin mandado de aquel en cuyo poder estouiesse; entonce cada uno de los que fiziesen, serian tenudos de fazer la enmienda, non aquellos en cuyo poder estouiesen. Fueras ende el señor, que es tenudo de fazer enmienda, por su sieruo, o desampararlo en logar de la enmienda, a aquel que recibió el daño del».

P. 7, Tit. 1, L. 9: «Eso mismo decimos que non pueden ser acusados de ningún yerror que serie del loco et del furioso et del desmoriado... Pero non son sin culpa los parientes dellos, quando non los facen guardar de guisa que non puedan facer mal a otri». Novissima Recopilacion, Lib. XII, Tit. 14, L. 3.

(26) Esa influencia del Proyecto de 1821 en el Código penal de 1822 no se refleja en el tema objeto de este estudio, cosa que puede constatarse con la simple lectura de ambos textos.

(27) Texto completo del art. 28, P.C.p. 1821: «Además de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas a responder de las acciones de otros, serán responsables cuando estos delincan ó cometan alguna

«Además de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas a responder de las acciones de otros, serán responsables cuando éstos delincan o comentan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. Los que están obligados a responder de las acciones de otros son los siguientes: Primero, el padre y la madre viuda, el abuelo o bisabuelo, la abuela o bisabuela viudas, respecto de los hijos, nietos o biznietos menores de edad que tengan bajo su autoridad y en compañía. Segundo, los tutores y curadores, los jefes de colegios u otras casas de enseñanza a pupillage, respecto de los menores que tenga a su inmediato cargo. Tercero, los obligados a guardar la persona del que esté en estado de demencia o delirio, respecto del daño que éste cause, por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia...»

De este texto me parece interesante subrayar algunos extremos:

1.º La responsabilidad por las acciones de otros da la impresión de ser más amplia que lo que hoy entendemos por responsabilidad civil (28). Obsérvese que el precepto dice: «...las personas que están obligadas a responder de las acciones de otros, serán responsables cuando éstos delincan o cometan alguna culpa, de los *resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que corresponda; pero esta responsabilidad será puramente civil...*». Hoy, la responsabilidad civil no incluye, desde luego, *penas pecuniarias*, pues son eso, penas y, por lo tanto, incluidas en la responsabilidad penal.

culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. Los que están obligados a responder de las acciones de otros, son los siguientes: *Primero: el padre y la madre viuda, el abuelo o visabuelo, la abuela o visabuela viudas, respecto de los hijos, nietos o viznietos menores de edad que tengan bajo su autoridad y en su compañía. Segundo: los tutores y curadores, los gefes de colegios, u otras casas de enseñanza á pupillage, respecto de los menores que tengan á su inmediato cargo. Tercero: los obligados á guardar la persona del que esté en estado de demencia ó delirio, respecto del daño que este cause, por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia. Cuarto: los ayos y maestros, respecto del daño que causen sus alumnos, discípulos ó aprendices menores de 17 años, cuando se hallen al cargo inmediato de aquellos. Quinto: los amos y los gefes de cualquier establecimiento, respecto del daño que causen sus criados, dependientes, operarios o comisionados, con motivo ó por resultados del servicio ó del trabajo en que aquellos les empleen. Sexto: los maridos respecto de sus mugeres, en cuanto alcancen los bienes que correspondan á estas. Séptimo: los fiadores respecto de la person que hayan fiado, y con arreglo á las circunstancias y condiciones de la fianza. Octavo: los mesoneros, fondistas y cualesquiera otros que reciban huéspedes, aunque sea por obsequio, responderán también mancomunadamente con el huésped que tengan en su casa, de las resultas pecuniarias del delito que este cometiere entonces, siempre que omitan el asiento verídico, ó dejen de dar á la autoridad competente el aviso puntual que respectivamente les estén ordenados por las leyes ó reglamentos dentro del término que en ellos se prescriba».*

(28) Digo «da la impresión» porque sería así, sin duda, si la expresión *pena pecuniaria* tuviera el mismo sentido que tiene actualmente.

2.º La obligación de responder de los menores no sometidos a tutela recaía sobre los ascendientes (29), en primer lugar los de grado más cercano, y después los demás (30), correspondiendo esa carga a los parientes femeninos sólo en el caso de inexistencia de los masculinos del mismo grado, y para todos con la doble condición de que los menores se encontrasen bajo su autoridad y en su compañía.

3.º En cuanto a tutores y curadores, exige simplemente que los menores estén a su inmediato cargo.

En estos dos apartados (1.º y 2.º del art. 28 C.p.) no parece, a tenor de la letra de la norma, que sea precisa por parte de ascendientes o guardadores ningún tipo de culpa en su gestión, y, por lo mismo, tampoco existe posibilidad alguna de exculpación. En cambio, ese parece ser el sistema adoptado en lo tocante a los guardadores de los locos (31).

2. Código penal de 1822

El primer Código penal español, el de 1822, introduce en el punto que nos ocupa importantes cambios con respecto al Proyecto de 1821.

El artículo 27 (32) de aquel Código decía: «Además de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores de los delitos, las personas

(29) En el D. de Partidas, vigente en el momento de la redacción del Proyecto de Código penal, en la P. IV, Tit. XVII, *Del poder que han los padres sobre sus hijos, de qual natura quier que sean*, L. 1 y 2, se menciona que la patria potestad de los padres podía recaer sobre sus hijos, nietos y bisnietos. En cambio, el mismo texto deja bien claro, de acuerdo con sus antecedentes romanos, la imposibilidad de la madre u otros parientes femeninos para tener la patria potestad. En el Proyecto de Código penal, parece, como si se hubiera tomado la posibilidad del abuelo o bisabuelo de tener la patria potestad para hacerle responder por los nietos o bisnietos, y que como el proyecto incluía a la madre viuda como responsable, paralelamente al caso de los ascendientes masculinos, ha establecido la responsabilidad de la abuela o bisabuela viudas.

(30) Pues aunque la enumeración del artículo termina con la mención de los abuelos o bisabuelos, parece que la idea latente es que respondan todos los ascendientes en línea recta, y que si no se mencionan concretamente en el precepto es posible que se deba a lo raro del caso de que vivan a la vez que sus descendientes (de los que les corresponda responder), y que si viven a la vez se encuentren en condiciones físicas, y mentales, de tenerlos bajo su autoridad y compañía, y además que no vivan ninguno de los ascendientes en línea recta más cercanos en grado. Pero suponiendo que todas las anteriores condiciones se cumplieran, creo que también respondería por los actos del tataranieto menor que esté bajo su patria potestad o su autoridad y viva en su compañía, el tatarabuelo o la tatarabuena viuda.

(31) Pues para ese supuesto dice el artículo 28-3.º del Proyecto de Código penal de 1821: «Los obligados a guardar la persona del que esté en estado de demencia o delirio, respecto del daño que éste cause, *por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia*».

(32) Texto íntegro del artículo 27 del Código penal de 1822: «Además de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas a responder de las acciones de otros serán responsables, cuando estos delincan ó cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningun-

que están obligadas a responder de las acciones de otros serán responsables, cuando éstos delincan o cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. Los que están obligados a responder de las acciones de otros son los siguientes: Primero, el padre, abuelo o bisabuelo, respecto de los hijos, nietos o biznietos menores de veinte años de edad que tengan bajo su patria potestad y en su compañía; entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente, y que nunca se ha de extender a mayor cantidad que la que importe la porción legítima de bienes que el hijo, nieto o biznieto heredaría de su padre, abuelo o bisabuelo. Segundo, la madre, abuela o bisabuela viudas, respecto de los hijos, nietos o biznietos menores de diecisiete años, que tengan también en su compañía y bajo su inmediata autoridad, con las mismas circunstancias expresadas en el párrafo precedente. Tercero, los autores y curadores, los jefes de colegios u otras casas de enseñanza a pupilaje, los ayos, amos y maestros respecto de los menores de diecisiete años que tengan igualmente en su compañía y a su inmediato cargo, en cuanto no alcancen los bienes que a éstos pertenezcan. Cuarto, los obligados a guardar la persona del que esté en estado de demencia o delirio, respecto del daño que éste cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia...».

na caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. *Los que están obligados á responder de las acciones de otros son los siguientes: Primero: el padre, abuelo o bisabuelo, respecto de los hijos, nietos ó biznietos menores de veinte años de edad, que tengan bajo su patria potestad y en su compañía; entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente, y que nunca se ha de estender á mayor cantidad que la que importe la porcion legítima de bienes que el hijo, nieto ó biznieto heredaría de su padre, abuelo o bisabuelo. Segundo: la madre, abuela ó bisabuela viudas, respecto de los hijos, nietos ó biznietos menores de diez y siete años, que tengan también en su compañía y bajo su inmediata autoridad, con las mismas circunstancias espresadas en el párrafo precedente. Tercero: los tutores y curadores, los gefes de colegios, ú otras casas de enseñanza á pupilage, los ayos, amos y maestros respecto de los menores de diez y siete años que tengan igualmente en su compañía y á su inmediato cargo, en cuanto no alcancen los bienes que á estos pertenezcan. Cuarto: los obligados á guardar la persona del que esté en estado de demencia ó delirio, respecto del daño que este cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia. Quinto: los amos y los gefes de cualquiera establecimiento respecto del daño que causen sus criados, dependientes ú operarios, con motivo ó por resultados del servicio ó trabajo en que aquellos los empleen; debiendo ser esta responsabilidad mancomunadamente con los que causen el daño, y sin perjuicio de que el amo ó gefe pueda repetir despues contra ellos si se hubieren escedido de sus órdenes. Sexto: los maridos respecto de sus mugeres, en cuanto alcancen los bienes que correspondan á estas, inclusa la mitad de gananciales. Sétimo: los fiadores respecto de la persona que hayan fiado, y con arreglo á las circunstancias y condiciones de la fianza. Octavo: los mesoneros, fondistas y cualesquiera otros que reciban huéspedes, aunque sea por obsequio, responderán tambien, mancomunadamente con el huésped que tengan en su casa, de las resultas pecuniarias del delito que este cometiere entonces, siempre que omitan el asiento verídico, ó dejen de dar á la autoridad competente el aviso puntual que respectivamente les esten ordenados por las leyes ó reglamentos dentro del término que en ellos se prescriba».*

Se mantiene en este precepto, al igual que en el Proyecto de 1821, la inclusión dentro de la responsabilidad civil de las penas pecuniarias y la preferencia para responder por los menores de los ascendientes masculinos sobre los femeninos.

A diferencia de lo establecido en el artículo 28 del Proyecto del Código penal, la preferencia para responder por los menores de sus parientes masculinos no se da dentro de igual grado de parentesco, sino que es general. Además, la responsabilidad de los parientes masculinos se prolonga más en el tiempo que la de los femeninos: aquéllos responden hasta que el menor cumpla los veinte años, y éstos únicamente hasta los diecisiete. Para unos y otros, el artículo especifica que se trata de *responsabilidad subsidiaria*, y también limitada, ya que «nunca se ha de extender a mayor cantidad que la que importe la porción legítima de bienes...» que el menor heredaría de cada uno de esos parientes. La responsabilidad de los parientes se limitaría, en su caso, a adelantar (33) la legítima.

En este artículo, como ocurría en el Proyecto de 1821 se exige para que los *parientes masculinos* respondan por el menor, que esté bajo *su patria potestad y en su compañía*, y, si se trata de parientes femeninos, que lo *tengan en su compañía y bajo su inmediata autoridad*.

Los tutores y curadores responden también en forma subsidiaria de los menores de diecisiete años que *tengan en su compañía y a su inmediato cargo*.

Tanto para ascendientes como para tutores y curadores no se prevé posibilidad de exculpación alguna: pero es que, a tenor del precepto, tampoco parece que su responsabilidad se base en un comportamiento culposo (33 bis).

El guardador del loco responde directamente. Pero aquí sí que parece existir posibilidad de exculparse, en cuanto que la responsabilidad se da «respecto del daño que éste —el loco— cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia». Obsérvese además que el guardador del loco, a diferencia de los parientes del menor, no tiene su responsabilidad limitada.

3. Proyecto de Código civil de 1836

En el Proyecto de Código civil de 1836, su artículo 1.855 (34) se refiere a la obligación de reparar los perjuicios causados por delito

(33) El sistema de limitar la responsabilidad a la legítima presunta no resulta un sistema práctico, ya que el cálculo de la misma presenta serias dificultades, empezando porque, al no especificarlo el texto, surge la duda de si se refiere a la legítima corta o a la larga.

(33 bis) Igual que sucedía en el Proyecto de Código penal de 1821.

(34) «Los delitos, esto es, las acciones prohibidas por la ley, en virtud de las

y por cuasi delito (art. 1.857) (35), señalando para los primeros que «estas obligaciones [las procedentes de delito] se demarcan con más especificación en el Código penal».

El artículo 1.859 (36) del mismo Proyecto enumeraba las personas que respondían por el hecho de otro diciendo: «En su consecuencia la ley declara: 1.º Que el padre, o por su muerte o ausencia la madre, son responsables de los perjuicios causados por sus hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía. 2.º Que los tutores son responsables de los perjuicios causados por sus pupilos, en quienes concurren las circunstancias del párrafo precedente. 3.º) ...».

Hay que destacar que en este Proyecto de Código civil: primero, no se hace referencia a más ascendientes que a los padres del menor; segundo, no sólo responde la madre viuda, sino también cuando el padre esté ausente (37); tercero, la referencia a la edad tope es indirecta («hijos bajo su potestad y que vivan en su compañía»); cuarto, no se hace referencia expresa a los guardadores (38) de locos, y quinto, lo mismo para padres que para tutores, ni se pone límite alguno a la responsabilidad, ni se dice nada de subsidiariedad.

En cuanto a posibilidad de exculpación, la recoge el artículo 1.861: «Podrán liberarse de las responsabilidades contenidas en los tres primeros párrafos del artículo anterior los padres, madres, tutores, directores y maestros que justifiquen no haber podido impedir el hecho que hubiere dado ocasión a las indicadas responsabilidades». Esta redacción es copia casi literal de la del artículo 1.884 del Código civil francés y no menciona en concreto, como harán otros textos legales posteriores, la culpa o negligencia, o la falta de la diligencia de un buen padre de familia.

cuales se causa perjuicio a un tercero, imponen al que las comete la obligación de reparar aquel perjuicio; ya sea reponiendo las cosas cuando fuere posible, al estado que tenían antes del hecho ilícito, ya indemnizando los daños que no se pudieran reparar de otra suerte. Estas obligaciones se demarcan con más especificación en el Código penal». Art. 1.844, P.C.c. 1836.

(35) Art. 1.857 del Proyecto del Código civil de 1836: «Los cuasi delitos imponen al culpado o negligente la obligación de indemnizar los perjuicios que por estas causas se hubiesen irrogado a un tercero».

(36) Texto íntegro del art. 1.859 del Proyecto de 1836: «En su consecuencia la ley declara: 1.º *Que el padre, o por su muerte o ausencia la madre, son responsables de los perjuicios causados por sus hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía.* 2.º *Que los tutores son responsables de los perjuicios causados por sus pupilos, en quienes concurren las circunstancias del párrafo precedente.* 3.º Los directores y maestros son responsables de los perjuicios causados que causen sus discípulos o aprendices durante el tiempo que estuvieren bajo su dirección y vivan en su compañía. 4.º Los dueños de un establecimiento o los jefes y directores de una empresa son responsables de los perjuicios causados por sus domésticos o dependientes en el servicio del establecimiento por el cual estuviesen constituidos.

(37) Es lógico que en los textos penales no se haya hecho referencia al supuesto de ausencia, ya que esta figura escapa del estudio de los penalistas.

(38) En el citado Proyecto la guarda de los locos se encomendaba no a los tutores, sino a los curadores ejemplares (arts. 466 y 467 del Proyecto) como en el art. 1.859 del mismo texto no se hace referencia alguna a curadores ni a dementes, todo parece indicar que no se contemplaba este supuesto.

4. Código penal de 1848

El Código penal de 1848, tan cercano en el tiempo al Proyecto de Código civil de 1851, disponía en su artículo 16 (39) que: «La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 7.º y 10.º del artículo 8.º, no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: 1.ª) En el caso del número 1.º [el loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón] *son responsables civilmente por los hechos que ejecuten los locos o dementes, las personas que los tengan bajo su guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia*. No habiendo guardador legal, responderá con sus bienes el mismo loco o demente, salvo el beneficio de competencia (40) en la forma que establece el Código civil (41). 2.ª) En los casos de los números 2.º y 3.º [menores de nueve años y mayores de nueve y menores de quince, a no ser que hayan obrado con discernimiento] responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la Ley. Si no tuvieren bienes, responderán sus padres o guardadores en la forma expresada en la regla 1.ª [es decir, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia]...».

En este extenso artículo ya no hay diferencias explícitas (42) por razón del sexo de los guardadores, ni en cuanto a establecer que no

(39) Texto íntegro del art. 16 del Código Penal de 1848: «La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 7.º y 10.º del art. 8, no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: 1.ª En el caso del núm. 1.º son responsables civilmente por los hechos que ejecuten los locos o dementes, las personas que los tengan bajo su guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo guardador legal, responderá con sus bienes el mismo loco o demente, salvo el beneficio de competencia en la forma que establece el Código civil. 2.ª En los casos de los números 2.º y 3.º responderán con sus propios bienes los menores de 15 años que ejecuten el hecho penado por la ley. Si no tuvieren bienes, responderán sus padres o guardadores en la forma expresada en la regla 1.ª. 3.ª En el caso del núm. 7.º son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal a proporción del beneficio que hubieren reportado. Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder. Cuando no sean equitativamente asignables, ni aun por aproximación, las personas o sus cuotas respectivas, o cuando la responsabilidad se extienda al Estado o a la mayor parte de una población, y en todo caso siempre que el daño se hubiese causado con intervención de la Autoridad, se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes o reglamentos especiales. 4.ª En el caso del número 10.º responderán principalmente los que hubieren causado el miedo, y subsidiariamente y en defecto de ellos, los que hubieren ejecutado el hecho».

(40) Expresión que, como es sabido, significaba la limitación de que disfrutaba en ciertos casos el deudor para que el embargo de sus bienes o derechos no alcanzase a determinados de ellos.

(41) El Código civil poco podía establecer porque no había tal Código, aunque sí estaban avanzados los trabajos del Proyecto de 1851; pero ese beneficio de competencia no llegó a figurar en el Código sino que halló eco en las disposiciones que establecen en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la insecuestrabilidad de ciertos bienes.

(42) Digo explícitas, pues implícitas sí parecen existir, ya que la guarda legal correspondía normalmente a los varones (tanto en la patria potestad, como en la tutela y curatela).

responderán los femeninos si hay masculinos, ni en cuanto a que, según el sexo del guardador, se responda por el menor hasta que éste cumpla una u otra edad.

Se establece responsabilidad directa para el guardador del loco, «a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia». El propio enajenado responderá con sus bienes en caso de no haber guardador (art. 16-1.º, 2.º párrafo), y aunque no lo diga explícitamente el artículo, es de suponer que también responderá si el guardador pudo hacer constar que, por su parte, no hubo culpa ni negligencia.

Los menores responden directamente con sus bienes. Sólo si no tienen bienes, lo harán en forma subsidiaria sus padres o guardadores, «en la forma expresada en la regla 1.ª», es decir, salvo que puedan probar que no hubo por su parte culpa ni negligencia; en cuyo caso parece que la víctima quedará sin indemnizar, puesto que si el padre o guardador que iba a responder subsidiariamente (al no tener bienes el menor) ha podido exonerarse de esa responsabilidad, no queda nadie que pueda responder.

La diferencia de tratamiento entre ambos casos es pequeña, por cuanto sólo alcanza a que la responsabilidad de los guardadores de los locos es *directa*, con posibilidad de exonerarse (43), y la de los padres o guardadores de los menores es *subsidiaria*, a su vez con posibilidad de exonerarse. El distinto tratamiento entre ambos casos (menores y locos) lo justifica Pacheco (44) por la mayor necesidad

(43) PACHECO, en *El Código penal comentado y concordado*, T. 1, 1848, pp. 297 y 299, sufre en este punto una confusión. Este autor hace su comentario como si en el caso del curador del loco el art. 16 del Código penal de 1848 no contemplara la posibilidad de exoneración para el caso de que no hubiera habido por parte del guardador culpa ni negligencia, cuando lo cierto es que el artículo en cuestión sí que lo prevé (*vid.* texto del art. 16). Llevado de su apreciación errónea Pacheco escribe: «13. Pero ¿qué diremos si el curador fuese absolutamente inculpable? ¿Qué diremos, si él hubiere puesto todo el esmero, toda la diligencia posible; y solo bien á pesar suya, sin falta de ninguna clase, solo por una desgracia ó por un hecho ajeno se hubiese escapado de su poder, ó causado el daño, aquel demente confiado á su guarda y custodia?»

14. Para nosotros no hay en esto dificultad ninguna. La ley no puede querer absurdos; y absurdo sería ciertamente imponer responsabilidad á un curador que hubiese cumplido sus obligaciones. El que hubiese puesto en el desempeño de su cargo la oportuna y debida diligencia, ese no puede tener responsabilidad. Sucedería entonces lo que con el loco que no tuviese guardador, ó que no le tuviese rico: sus propios bienes repararían el mal que él hubiese causado.

4. Otra diferencia es que en este número [el 2.º del art. 16, que se refiere a los menores] se exige de responsabilidad á los padres ó tutores, cuando consta que no hubo en ellos culpa ó negligencia, mientras en el anterior nada se dice que sea semejante. Sin embargo, nosotros hemos dicho que no puede imponerse ninguna responsabilidad al guardador de un loco que ha cumplido con su obligación, y persistimos siempre en la misma idea. La diversidad consiste en que esa obligación es mas estrecha que en el tutor comun ó padre de familia; y que no se presta solo la negligencia y la culpa, sino la diligencia tambien. Lo contrario, repetimos, sería ininteligible».

(44) *El Código penal comentado y concordado*, T. 1, 1848, p. 299: «No ha de ser una misma custodia de que se rodée á un jóven, que la que debe seguir á un

de vigilancia del loco, junto a la mayor posibilidad real de llevarla a cabo por su guardador, en relación con la menor necesidad y menor posibilidad de hacer lo propio con los menores.

5. Proyecto de Código civil de 1851

Llegamos a 1851, y en ese momento hubiera parecido lo lógico que los redactores del Proyecto de Código civil, a más de examinar preceptos de Códigos de otros países, tomaran muy en cuenta también las normas que ya existían en nuestro ordenamiento sobre responsabilidad civil, aunque se encontraran incluidas en el Código penal; bien para acomodar de alguna manera a éstas las que se iban a redactar para el Código civil o bien para eliminar la regulación existente en el Código penal, dejando una única en el Código civil, que contemplara tanto los supuestos nacidos de delito o falta como los debidos a simple ilícito civil. Pero nada de eso ocurre; los redactores del Proyecto de 1851 parece como si actuaran de espaldas a las normas contenidas en el Código penal vigente sobre responsabilidad civil. De hecho, en el mencionado Proyecto de Código civil no existe norma paralela a los vigentes artículos 1.092 y 1.093 (45).

Únicamente cabe señalar el artículo 1.900 del Proyecto, que dice que «Todo el que ejecuta un hecho en el que interviene algún género de culpa o negligencia, *aunque constituya delito o falta*, está obligado a la reparación del perjuicio ocasionado a tercero», sin que mencione siquiera la existencia de normas contenidas en el Código penal, que se ocupan de la responsabilidad civil cuando el daño fue causado por un delito o falta. En el artículo siguiente, el 1.901, se hace el elenco de las personas obligadas a responder civilmente por otros «*La obligación expresada* en el artículo precedente no se limita a la reparación de los perjuicios ocasionados por un hecho propio, sino que se extiende a la de los causados por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia, o por las cosas de que uno se sirve o tiene a su cuidado. En su consecuencia, el padre y la madre viuda son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y en su compañía. Esta disposición se extiende a los curadores de los locos o dementes. La responsabilidad de que se trata en todos los casos de este artículo, cesará cuando las personas en ellos mencio-

demente. Si puede hacer daño el primero, el segundo es mas fácil que lo haga, sobre todo cuando la demencia es furiosa. A aquel no se le puede encerrar; á éste no hay necesidad alguna de dejarlo suelto. Respecto al uno no se puede pedir á su padre ó tutor mas que la culpa leve; en lo tocante al otro, por la naturaleza misma de las cosas, puede llegarse hasta la levisima».

(45) Artículos que, como sabemos, se ocupan de señalar que las obligaciones nacidas de ilícito penal se regirán por las disposiciones del Código penal, y las nacidas de ilícito civil por las disposiciones del Código civil.

nadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.» Es importante subrayar que la razón por la que alguien responde por un hecho no propio, sino de otras personas, es precisamente porque esas personas están «bajo su dependencia».

Con respecto al de 1836, este Proyecto de 1851 subsana el olvido de los locos o dementes, estableciendo que la disposición referente a los tutores se extienda a los curadores de los locos; y al hablar de cuáles son los casos en que responde la madre, no toca más que el de cuando sea viuda (olvidando el caso del padre ausente, que sí mencionaba el Proyecto de 1836).

Con respecto al Código penal en vigor en 1851, el de 1848, las diferencias más sobresalientes son:

1.º) El proyecto de Código civil no hace mención de distintas edades dentro de la minoridad (cosa que sí hacía el Código penal en su artículo 16).

2.º) La exigencia para que respondan los padres o los tutores de que los menores se encuentren bajo su autoridad o potestad y en su compañía (qué recoge el artículo 1.901) es ligeramente distinta en el artículo 16 del Código penal, pues solamente habla de guarda y guarda legal, sin decir nada de vivir en su compañía. Creo que es solamente una diferencia de redacción, puesto que dicha convivencia se presume generalmente, tanto en el caso de los padres como en el de los tutores, y de no existir, puede darse el caso de que tengan que responder también porque hayan incumplido sus obligaciones para con sus hijos o pupilos.

3.º) En el Código penal, la responsabilidad de padres y tutores por los menores era subsidiaria (no así en el caso de los locos, cuyos guardadores respondían directamente). En cambio, en el Proyecto de 1851, según la letra de su artículo 1.901, eso no está claro. Ya al imprimirse el Proyecto en la revista *El Derecho Moderno* (tomo X, Madrid, 1851), se decidió por Real Orden de 12 de junio del mismo año someterlo a información pública. De entre las muchas personas y entidades relevantes que respondieron a esta invitación, figura la Universidad de Salamanca (46), que en un informe de 182 páginas de letra menuda, al tocar el tema, mantenía que «para la recta inteligencia del artículo 1.901 debería traerse el concepto de responsabilidad civil por delito que definía el artículo 16 del Código penal, pues sin ella podía dudarse, por ejemplo, si los padres o tutores son responsables antes que sus hijos menores o subsidiariamente cuando éstos no tengan bienes propios». García Goyena (47) solventa esa duda en sus *Comentarios, motivos y con-*

(46) Así lo cita LASSO GAITE en *Crónica de la Codificación española*, Codificación civil, 4.º, vol. I, Madrid, 1970, p. 283.

(47) Comentario al art. 1.901 del Proyecto de Código civil de 1851.

cordancias, señalando que, aunque no lo diga el Proyecto, «la responsabilidad de padres y tutores debe ser subsidiaria, pues lo es, según el número 2 del artículo 16 del Código penal [Código penal de 1848], no va a ser la responsabilidad más fuerte por simple culpa o negligencia que la procedente de falta o delito».

4.º En cambio, Goyena no comenta la diferencia de trato que el Código penal de 1848 da a locos y a menores: los primeros sólo responden en forma subsidiaria, y los segundos lo hacen directamente (48). Sin embargo, el Proyecto de Código civil no se fija en eso y parece dar a todos el mismo trato.

5.º Tampoco se ocupa García Goyena de las diferentes expresiones utilizadas en ambos Códigos para la posibilidad de exculparse, diferente redacción que puede resultar confusa si se trata de decir lo mismo con distintas palabras, o si hay una mayor exigencia al respecto en uno de los dos textos. En el comentario que el repetido autor (49) hace al artículo 1.901 dice: «No se pierda de vista que en este capítulo 3 [capítulo donde está incluido el artículo 1901] se trata de la responsabilidad civil que nace de culpa o negligencia: la civil que, por delito o falta de los menores sujetos a curadería, criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de su obligación o servicio, alcanza a los padres, a los amos, maestros y personas dedicadas a cualquier género de industria, se regirá por lo dispuesto en los artículos 16 y 18 del Código penal, que en lo *posible y racional deben conciliarse con éste* [con el Código civil]». Y tiene razón García Goyena: debieron haberse conciliado, pero no se hizo.

6. Código penal de 1870

En 1870 se produce una importante reforma en el Código penal que afecta a los preceptos que se ocupan de la materia aquí estudiada.

El nuevo artículo 19 (50) del Código penal dispone que: «La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º,

(48) Consecuentemente los guardadores de los locos respondían directamente y en cambio padres y tutores lo hacían en forma subsidiaria.

(49) Ob. cit. loc. cit.

(50) Texto íntegro del art. 19 del Código penal de 1870: «La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 7.º y 10.º del art. 8.º no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: Primera: En los casos 1.º, 2.º y 3.º son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco o imbecil y el menor de nueve años, o el mayor de esta edad y menor de quince que no haya obrado con discernimiento, los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes los mismos locos, imbeciles o menores, salvo el beneficio de competencia, en la forma que establezca la ley

3.º, 7.º y 10.º del artículo 8.º no comprende la de responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: Primera. En los casos 1.º, 2.º y 3.º son responsables civilmente por los hechos que ejecutara el loco o imbecil y el menor de nueve años, o el mayor de esta edad y menor de quince que no haya obrado con discernimiento, los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos locos, imbeciles o menores, salvo el beneficio de competencia, en la forma que establezca la Ley civil...»

Este precepto del Código penal de 1870, que para De Castro (51) es el antecedente directo del artículo 1.901 del Código civil, será el que esté en vigor cuando se redacta el Proyecto de Código civil de 1882-88, en el que existen dos antecedentes inmediatos de los actuales 1.092 y 1.093 (artículos 1.108 y 1.109 del Proyecto), y otro, el 14 del Título correspondiente. «De las obligaciones que se contraen sin convención», antecedente inmediato y prácticamente igual en la redacción a la del artículo 1.903 en el momento de promulgarse el Código civil.

El artículo 19 del Código penal de 1870 elimina las diferencias de trato que hasta el momento existían en los Códigos penales para los locos y los menores. Pasan los guardadores de todos ellos a responder directamente, salvo en el caso de los menores, si éstos eran mayores de nueve años y menores de quince, y obraron con discernimiento. En este último caso responderán los mismos menores. También responderán en cualquiera de los casos si pudieron los guardadores hacer constar que «no hubo por su parte culpa o negligencia».

Se establece la responsabilidad subsidiaria de todos los guardados para el supuesto de que no exista o sea insolvente la persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal.

Si comparamos el precepto del Código penal con los Proyectos de Código civil de 1836 y 1851, parece como si éstos hubiesen influido algo en él, pues el primero de ellos no establecía régimen diferente para los locos (realmente se olvidaba de su existencia), y el segundo daba igual trato a dementes y menores.

civil. Segunda: En el caso del número 7.º son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal a proporción del beneficio que hubieren reportado. Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder. Cuando no sean equitativamente asignables, ni aun por aproximación, las cuotas respectivas, o cuando la responsabilidad se extienda al Estado o a la mayor parte de una población, y en todo caso, siempre que el daño se hubiere causado con el asentimiento de la Autoridad o de sus agentes, se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes o reglamentos especiales. Tercera. En el caso del núm. 10 responderán principalmente los que hubiesen causado el miedo, y subsidiariamente y en defecto de ellos, los que ejecutado el hecho, salvo, respecto a estos últimos, el beneficio de competencia.»

(51) *Derecho civil de España*, T. II, Madrid, 1952, p. 190.

Permanecen como características, ya resaltadas con respecto a Códigos penales anteriores: 1.º) El señalar diferentes edades dentro de la minoridad con relevancia a la hora de responder. 2.º) Especificar que, no habiendo persona que los tenga bajo su guarda legal o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los propios locos o menores. 3.º) El texto del precepto penal sigue sin pedir explícitamente que, además de que el menor o loco tenga que estar bajo la potestad o guarda legal, sea precisa la convivencia con su guardador.

7. Proyecto de Código civil de 1882-88

El Proyecto de Código civil de 1882-88 establecía, en su artículo 14 (52) del título «De las obligaciones que se contraen sin convencción»: «La obligación que impone el artículo anterior [la de reparar el daño causado] es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se deba responder. En su consecuencia, el padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables por los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan la misma morada. La responsabilidad de que trata este artículo, cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Con ligerísimas variantes de redacción en lo que para este estudio importa, el más arriba transcrito artículo 14 del Proyecto de Código civil de 1882-88 es el que será el artículo 1903 en el momento de promulgarse nuestro Código civil en 1889.

En relación a preceptos de proyectos anteriores, conviene resaltar que la madre responde de los hijos menores no sólo en caso de fallecimiento del padre, sino también en caso de incapacitación, olvidan-

(52) Texto íntegro del art. 14 del Título correspondiente del P.C.c. de 1882-88: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. En su consecuencia el padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en la misma morada. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa, respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones. El Estado es responsable, en este concepto, cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiere sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior. Son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios, respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia. 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».

do otra vez la posibilidad, de igual alcance práctico, de que el padre se encuentre ausente. Se sigue sin mencionar para nada qué ocurre si no hay guardador legal de locos o menores o si, habiéndolo, éste es insolvente; cosa que en cambio recogen los Códigos penales, disponiendo para esos supuestos la responsabilidad subsidiaria de los guardadores.

8. Conclusiones

Del conjunto de los textos históricos que he manejado podían sacarse algunas conclusiones de orden muy general que pueden facilitar el mejor entendimiento del tema.

Cabe observar la siguiente evolución hasta el sistema vigente en la actualidad: de una responsabilidad objetiva (como parecía ser la contemplada en el artículo 28 del Proyecto de Código penal de 1821, y la del artículo 27 del Código penal de 1822) a una responsabilidad por culpa (53) (53 bis), y de una responsabilidad subsidiaria para padres y guardadores de los menores (como la establecida en el artículo 27 del Código penal de 1822, en el 16 del Código penal e 1848, y en el artículo 1901 (54) del Proyecto de Código civil de 1851) a una responsabilidad directa.

Por otra parte, es una constante en todos los textos examinados (en la mayor parte en forma explícita y en los otros implícitamente) que la responsabilidad de los padres o tutores por los hechos de los menores o incapacitados tenga dos premisas: 1.º Que dichos menores o incapacitados se encuentren bajo la potestad de aquel que responde por ellos. 2.º Que además habiten en su compañía. Me parece decisivo subrayar estas dos condiciones para que se dé la responsabilidad, puesto que determinan cuál es el último sentido de ésta.

Para finalizar, el examen histórico confirma la necesidad de estudiar conjuntamente los textos del Código penal y Código civil vigentes, si se pretende obtener una visión completa de la responsabilidad civil por los hechos de los menores e incapacitados.

(53) Nuestro sistema, de acuerdo con los Códigos civil y penal, es sin lugar a dudas un sistema de responsabilidad por culpa. Otra cosa es que los Tribunales, a la hora de aplicar las normas, lo hagan como si se tratase de una responsabilidad de carácter objetivo.

(53 bis) En cambio, era objetiva y lo sigue siendo ahora la responsabilidad de los inimputables.

(54) Aunque el artículo no lo dice explícitamente, así lo entiende García Goyena en su comentario al repetido precepto.

III. QUIENES RESPONDEN Y POR QUIENES LO HACEN A TENOR DEL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL Y DEL ARTICULO 20 DEL CODIGO PENAL

1. Personas responsables de acuerdo con el artículo 1.903 del Código civil

A) *Padres*

Según la antigua redacción del artículo 1.903 del Código civil, «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 (55). Los tutores lo son de los perjuicios causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda», sin especificar si habitan en su compañía».

El paralelismo que la redacción de la norma establecía entre padres (respondían éstos de los actos de «sus hijos menores de edad que viven en su compañía») y tutores (respondían y responden ahora de «los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía») parece haberse roto con la nueva redacción del precepto reformado por ley de 13 de mayo de 1981. Ahora, según esa nueva redacción, «los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda», sin especificar si se trata de menores o mayores, y no exigiendo tampoco la convivencia. En cambio, el párrafo que se refiere a los tutores no fue alterado en la reforma.

No hay referencia a la edad de los hijos de forma directa porque se dice «que estén bajo su guarda»; pero ya se comprende que se refiere a los menores y a los mayores (56) sometidos a la patria potestad prorrogada.

Otra variación del antiguo al vigente artículo es que en aquél la madre respondía de los actos ilícitos de sus hijos sólo para el caso de que no existiera el padre o éste fuera incapaz. Actualmente, sin embargo, dice «*padres*». Este es el cambio fundamental. La otra variación mencionada (la referencia a vivir en compañía), que parece eliminar el preexistente paralelismo entre padres y tutores, fue probablemente tan sólo de estilo (57) y sin pretender un cambio de fondo.

En el vigente precepto se habla de *padres* porque en la reforma del Código civil de 1981 se transforma la patria potestad: de corres-

(55) No hacía falta mencionar, como hace para los tutores, que esos hijos estén bajo su autoridad, puesto que su condición de hijos que no habían llegado a la mayoría de edad los sometía a la patria potestad.

(56) A partir de ahora, salvo que del contexto se desprenda otra cosa, cada vez que hable de hijos menores, entiéndase también incluidos los mayores sometidos a patria potestad prorrogada.

(57) Así lo piensa también SANTOS BRIZ. *La responsabilidad civil*, 4.ª ed., 1986, p. 438.

ponder al padre, y sólo en su defecto a la madre, pasa a los dos conjuntamente (57 bis). Así que es lógico que ambos respondan también del ilícito civil realizado por el hijo.

Responden todos los padres (58), ya sean por naturaleza o adoptivos, y estén o no unidos en matrimonio.

Antes de la reforma del derecho de familia de 1981, los autores se planteaban la duda de a cuál de los progenitores correspondía la responsabilidad civil de los ilícitos de sus hijos menores, en el supuesto de nulidad del matrimonio o separación de los cónyuges (en ese momento el divorcio aún no existía en España), cuando los hijos menores eran confiados a la madre, aun sin tener ésta la patria potestad sobre ellos.

Esa duda de si, de acuerdo con la letra del antiguo 1.903, en esos casos respondería solamente el padre, es recogida por Rogel Vide (59). Este autor enumera las diversas soluciones que en ese momento ofrecía la doctrina. Bien entendiendo que el fundamento de la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos es la culpa *in vigilando*, en cuyo caso responde quien los tenga a su cuidado, aunque no le corresponda la patria potestad sobre ellos. Bien observando que atribuir el cuidado de los hijos a la madre implica de alguna forma atribuirle asimismo ciertos deberes y facultades de la patria potestad. O por último, estimando incluidos dentro del supuesto de incapacidad del padre (60), todos los casos en que de hecho se ocupaba de ellos la madre. Rogel Vide (61) critica las tres posibles soluciones por chocar con el *numeros clausus* del artículo 1.903, o con la referencia específica (62) que el artículo 20 del Código penal hace a la patria potestad, pero no ofrece ninguna solución diferente.

Ya después de 1981, con patria potestad compartida por los dos padres y mayor variedad de supuestos, pues a la nulidad y separación se une el divorcio tres autores se ocupan especialmente del asunto: Yzquierdo (63), Lacruz Berdejo (64) y De Angel (65) (66).

(57 bis) Esa modificación acomoda el precepto al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución de 1978.

(58) En este sentido, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 1.º, 2.ª ed., 1985, p. 570, y LEÓN GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad*, en «Estudios de Derecho civil», en honor del Prof. Castán, vol. VI, Pamplona, 1969, p. 294.

(59) *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho española*, 1976, p. 134.

(60) Esta solución es la propuesta por LEÓN GONZÁLEZ, en ob. cit., p. 292.

(61) Ob. cit. loc. cit.

(62) Realmente el art. 20 del Código penal dice simplemente *potestad*, no *patria potestad*.

(63) *La responsabilidad civil de menores e incapacitados*, en Estudios sobre incapacidad e instituciones tutelares, 1984, p. 178.

(64) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 1.º, 2.ª ed., 1985, p. 570.

(65) Comentario al art. 1.903 del Código civil, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, vol. II, 1984, pp. 1.975 y 1.976.

(66) Recoge y sigue a DE ANGEL, GETE ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 1985, p. 60.

Para el primero, como actualmente en todos los supuestos de cesación de la vida matrimonial, salvo que se acuerde la privación o limitación de la patria potestad, ésta continúa siendo compartida, es dudoso si en esos casos la responsabilidad civil seguirá siendo de ambos esposos. Pero él opta por la postura negativa diciendo: «Creemos que no, pues al designarse qué hijos menores o incapacitados deben quedar al cuidado de cada uno de los cónyuges, y siendo fundamento de esta responsabilidad (la en estudio) la omisión de determinados deberes respecto de los hijos que conviven con los padres o tutores, es claro que la reparación del daño debería corresponder a quien tenga consigo el hijo cuya conducta produjo el resultado dañoso.» No obstante, este autor se muestra dudoso de cuál sería la opinión de los tribunales al respecto, dada la tendencia manifestada por ellos a objetivar la responsabilidad civil.

Para Lacruz (67), el nuevo texto del artículo 1.903, al no exigir la convivencia, sino tan sólo «la guarda», hace posible entender que «el padre que no habita constantemente con los hijos... no está exento de responsabilidad. Igualmente, una separación arbitraria no le autoriza para descargar sobre el otro esposo o progenitor las consecuencias desfavorables del cuidado de los hijos: hay que suponer, entonces —continúa Lacruz— que si uno sólo vela por los hijos y los tiene en su compañía, no es él responsable exclusivo, y que aun ejerciendo el progenitor que convive con los hijos la patria potestad en virtud del artículo 156-5.º, el separado, en alguna medida o por el todo, sigue respondiendo conjuntamente con él.

Esta responsabilidad —sigue Lacruz— cesa si se demuestra positivamente (no mediante presunciones de culpa) la negligencia del guardador».

De Angel (68) cree que: «En el caso de separación judicial, nulidad y divorcio, parece que cónyuge responsable es aquel que tenga encomendada la guarda del menor [art. 90 A) y 91 del Código civil], aunque hay que tener presente que si se considera la culpa *in educando* como fundamento (o al menos uno de ellos) la responsabilidad a que nos venimos refiriendo, podría hacerse extensiva la responsabilidad al otro progenitor, en cuanto hubiere participado en la educación del hijo. La letra del precepto, sin embargo, parece abonar la tesis restrictiva».

Otro problema actual en conexión con el anterior, y que indican dos de los autores últimamente mencionados, es el de los daños causados por el menor o incapacitado durante el período en que éste se encuentra en compañía del padre bajo cuya guarda no está (el derecho de visita contemplado en el artículo 94 del Código civil). Yzquierdo (69), sin resolverlo, plantea el interrogante de si en ese ca-

(67) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 1.º, 2.ª ed., 1985, p. 570.

(68) *Ob. cit.*, p. 1.975.

(69) *Ob. cit.*, p. 178.

so «¿responderán, siguiendo la línea objetivadora de nuestro Tribunal Supremo, los dos progenitores, dado que ambos son quienes ejercen la patria potestad?» De Angel Yagüez (70) ofrece dos posibles soluciones al problema según el criterio que se haya adoptado previamente para justificar la responsabilidad civil de los padres por los hechos ilícitos realizados por sus hijos, diciendo: «Si se adopta... el de la culpa “in educando”, parece que habrá de exigirse al cónyuge que tiene bajo su guarda al menor, salvo que el otro consorte hubiera participado antes en la labor educativa, en cuyo caso respondería también. Si se sigue el criterio de la culpa “in vigilando” (que es el que más se cita en la escasa jurisprudencia que existe al respecto), la responsabilidad sería del cónyuge con el que se halla de hecho el menor en ese momento».

Por mi parte, pienso, que si la responsabilidad se exigiera por los Tribunales de verdad tal como es nuestro Código, es decir, basada en la culpa, el responsable por los daños causados por el hijo, en el caso de padres separados, divorciados, etc., sería aquel con el que convive.

De los daños causados por el menor o incapacitado mientras el progenitor que no convive con él ejerce su derecho de visita, sería este progenitor el que respondiera, pues es él en ese momento el que ejerce la guarda del menor.

Ahora bien, tomando en cuenta que nuestros tribunales aplican la responsabilidad civil del artículo 1.903 del Código civil y 20 del Código penal de una forma objetiva, creo que lo único razonable sería opinar, como hace Lacruz (71), que la responsabilidad debe corresponder a ambos padres. Pero ello no por razón —como dice este autor— de que el precepto, al utilizar hoy tan sólo la expresión *bajo su guarda*, sin mencionar la convivencia, permita pensar que ésta no se exige en la actualidad, cosa que sería quedarse en la pura letra de la ley, sin entrar en su espíritu que la sigue exigiendo. Tampoco porque —como escribe De Angel (72)— se pueda llegar a esa conclusión utilizando la culpa «in educando» como fundamento de la responsabilidad, pues es bastante difícil en la mayor parte de las ocasiones poder fundar en esa base la negligencia de los padres. La razón, parece, hay que buscarla en esa interpretación objetiva de la responsabilidad civil en la práctica judicial.

B) Otros parientes

Otra cuestión interesante es la de si también pueden responder, aun no mencionados en la letra del artículo 1.903, otros parientes

(70) Ob. cit., p. 1.976.

(71) Ob. cit. loc. cit.

(72) Ob. cit. loc. cit.

del menor o incapacitado sin ser tutores (73) del mismo (pues entonces responderían en ese concepto a tenor del tercer párrafo del 1.903, y no en el de parientes). La doctrina al respecto no es unánime (74). Los que estimen que el 1.903 contiene una enumeración *no exhaustiva* de los casos de responsabilidad civil por acto de otro, entenderán que, aunque sólo sea por analogía con el supuesto de padres y tutores, pueden responder otros parientes, que, de hecho, bien que sea temporalmente, cumplan las funciones de guarda correspondientes a aquéllos.

Más bien parece que el artículo 1.903 contiene una enumeración cerrada. La «ratio» de la responsabilidad de padres y tutores se apoya sobre dos pilares. Uno, la obligación de unos y otros de ocuparse de menores y tutelados, por mor de la relación de filiación o tutela que les une con ellos, tanto para cuidar de esos mismos menores o incapacitados como para que no causen daño a otros. Y otro, la posibilidad de ejercitar esas funciones por medio de los poderes y facultades que sobre aquéllos les concede la ley y la sociedad. Esta razón no se da más que en el caso de padres y tutores, y no en el de los demás parientes, pues a éstos les falta la obligación y los correlativos poderes que ésta lleva consigo.

El artículo 1.903 es un precepto largo y minucioso. De haber estimado el legislador la oportunidad de que respondieran otros parientes, podría haberlos incluido en el precepto, cosa que no hizo.

En ninguno de los textos legales penales o civiles que han regulado este tema se ha hablado nunca de otros parientes. Tan sólo en el Proyecto de Código penal de 1821 y en el Código penal de 1822 se mencionaba a los ascendientes. Pero ya he dicho en el apartado II que creo que la razón de esa mención estriba en la posibilidad de que los ascendientes, de acuerdo con la legislación civil vigente (75) en este momento ejerciesen la patria potestad o cierto poder sobre los menores. El caso es que esa mención de los ascendientes desapareció en el Código penal del 48 y no ha vuelto a incluirse en ningún otro texto.

Los partidarios de entender que la enumeración del artículo 1.903 del Código civil es simplemente «ad exemplum», y no cerrada, podrían seguramente emplear en apoyo de su tesis el hecho de que en el mismo precepto, en su penúltimo párrafo, se menciona la respon-

(73) O sin ser guardadores de hecho, defensores judiciales o curadores, pues también en estos casos su responsabilidad o carencia de la misma vendría dada por su carácter de guardador, defensor judicial, etc., y no por el de pariente.

(74) La mayor parte de los autores piensan que la enumeración de personas responsables contenida en el art. 1.903 es exhaustiva, como DE ANGEL, *Lecciones de responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, p. 61; LEÓN GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 289; ROGEL VIDE, *ob. cit.*, p. 127; SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, T. XXI, 1961, p. 471; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil española común y foral*, T. IV, 11.ª ed., 1981, p. 941; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil*, T. IV, vol. 2.º, 1966, p. 577.

(75) P. IV, Tit. XVII, L. 1.

sabilidad de los maestros por los ilícitos de sus discípulos. Si los maestros responden como los padres, ¿por qué no van a responder también como los padres los parientes cuando de hecho en el momento del ilícito se estén ocupando de los menores o incapacitados? La respuesta a este argumento sería el fijarse en que, aunque la responsabilidad de padres y maestros se encuentra recogida en el Código civil en el mismo artículo, el 1.903, se trata de dos tipos de responsabilidad diferentes. La de padres y tutores es mucho más fuerte que la de los maestros por dos motivos:

1.º) La de padres y tutores es una responsabilidad nacida de una obligación legal. La que por el hecho de tener la patria potestad o la potestad del tutor obliga a padres y guardadores a educar y vigilar a los menores incapacitados.

Los maestros carecen de esa obligación legal y de la potestad que sobre incapacitados y menores tienen sus padres o tutores.

2.º) La responsabilidad de padres y guardadores, tanto en las normas contenidas en el Código civil como en el Código penal es *directa*. En cambio, la de los maestros es *subsidiaria*. En el vigente Código penal lo dice expresamente su artículo 22. Además, ese mismo criterio es el que han seguido los distintos Códigos penales españoles ya derogados (75 bis).

El artículo 1.903 del Código civil enumera en su texto una serie de casos de responsabilidad civil por hecho de otro. No especifica en ninguno de ellos si se trata de una responsabilidad directa o subsidiaria. Lo que puede hacer surgir la duda de si la de los maestros es de uno u otro tipo. Los distintos Proyectos de Código civil no aclaran nada al respecto. En cambio sí lo hace García Goyena en su comentario al artículo 1.901 del Proyecto de 1851, en el que dice que, debe tenerse «presente el artículo 18 del Código penal [el del Código penal de 1848]. En él se declara *subsidiaria* la responsabilidad civil de los amos, maestros y personas dedicadas a cualquier género de industria por los delitos o faltas de sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de su obligación o servicio. Subsidiaria, pues, debe ser también la responsabilidad civil en los casos de los párrafos 4 y 5 de este artículo [dichos párrafos hacen referencia a los dueños o directores de establecimientos o empresas y a los maestros o directores de artes y oficios], porque no debe ni puede ser más fuerte e intensa la responsabilidad por simple culpa o negligencia que la procedente de falta o delito».

Entiendo que el artículo 1.903 no se aplicará, por ejemplo, a los abuelos, tíos u otros parientes que de forma temporal (y como ya he dicho, no en conceptos de tutores) se ocupen *de facto* (76) del

(75 bis) C.p. de 1822, art. 27; C.p. 1848, art. 18, y C.p. 1.870, art. 21.

(76) Los parientes no responden simplemente por su condición de parientes, pero si en ellos se da además la de guardador de hecho, responderán como y en los casos en que lo haría cualquier guardador de hecho (ver el apartado dedicado en este mismo trabajo a los guardadores de hecho).

menor. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de abril de 1969, absolvió al abuelo de un menor que de una pedrada ocasionó la pérdida de visión de un ojo de otro menor. El menor en cuestión, hijo natural, convivía con su abuelo, quien, de hecho, se ocupaba del niño. Sin embargo, a él se le absuelve, y se condena a la madre (77) codemandada con el abuelo. Hay que señalar, no obstante, que la demanda contra el abuelo no se basaba en el artículo 1.903, sino en el artículo 1.902 (78) (responsabilidad por acto propio). El Tribunal Supremo desestima la petición porque «el resultado lesivo cuya reparación se pretende no ha sido causado por acto u omisión propia del demandado señor X.» (79).

Otra sentencia del Tribunal Supremo que sirve al tema es la de 23 de febrero del 76, aunque no recayó en un caso exactamente como el que me ocupa. Se trataba de una chica que prestó su coche a su novio, ocasionando éste un accidente del que se derivaron daños indemnizables. El Tribunal Supremo falló que la novia respondía por el novio en base al artículo 1.903, entendiendo que no todos los casos de responder por otro están explicitados en dicho artículo, y que los que recoge son *ad exemplum*. Esta sentencia la citan y critican autores como Albaladejo (80), De Angel (81) y también Castán (82), porque, aun admitiendo la enumeración del artículo 1.903 como una lista abierta, incluir la relación existente entre dos novios para que uno responda por los actos del otro es, por lo menos, sorprendente (83). De cualquier modo, hay que advertir —como señala Albaladejo (84)— que el propio Tribunal Supremo no se siente seguro de

(77) Obsérvese que en el caso contemplado en la Sentencia la patria potestad sobre el niño la tenía la madre, aunque de hecho el menor vivía con el abuelo. Es posible, aunque no lo diga la Sentencia, que la condena a la madre se debiera precisamente a que era ella quien tenía la patria potestad sobre el menor, aunque no conviviera con él.

(78) Quién sabe si el Tribunal Supremo habría resuelto lo mismo de haber sido demandado el abuelo en base al art. 1.903, aplicado analógicamente, sobre todo si él hubiera tenido patrimonio para responder y la madre no.

(79) La argumentación del Tribunal Supremo en la repetida Sentencia de 30 de abril de 1969, de que «el resultado lesivo no ha sido causado por acto u omisión propia del señor X», no es del todo correcta, puesto que cuando se responde por «hecho de otro» el hecho dañoso efectivamente no lo realiza el que responde, sino el menor o incapacitado, pero la culpa o negligencia es achacable al responsable; por lo que verdaderamente no se puede decir en puridad que se responde de acto ajeno, sino propio. El razonamiento más adecuado hubiera sido que el señor X no respondía porque no estaba incluido en la lista del art. 1.903, y el supuesto no era subsumible en el art. 1.902, al no existir culpa.

(80) *Derecho civil*, T. 11, vol. 2.º, 1982, p. 94.

(81) *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pp. 71 y 72.

(82) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, T. IV, 11.ª ed., 1981, p. 942, nota 1, señala que en la Sentencia en cuestión fue definitivo que se tratara de un vehículo asegurado y se tratara en el fondo de un pleito entre compañías de seguros. Diferente, posiblemente, habría sido la decisión del Tribunal Supremo si el objeto prestado no hubiera estado asegurado.

(83) Aun así, alguno como SOTO NIETO, *La responsabilidad civil de ilícito culposo*, Madrid, 1982, pp. 184, 185 y 186, considera que se trata de una Sentencia progresiva.

(84) *Ob. cit., loc. cit.*

la razón de lo que dice, y por eso añade en su último considerando, «que no se debe casar la sentencia del tribunal de instancia, en la que se condenaba a la novia, aunque hubiera que estimar que el artículo 1.903 del Código civil había sido indebidamente aplicado al caso controvertido».

Volviendo al caso del abuelo, lo que no ofrece duda es que, de haberse producido un acto negligente por parte de tal abuelo o de otro pariente que se ocupara en ese momento del menor, estarían obligados a indemnizar el daño causado, pero no por su condición de pariente, sino por el hecho puro y simple de haber realizado un acto negligente; con lo que entraríamos de lleno en la órbita del artículo 1.902 del Código civil.

La diferencia de trato entre los sujetos contemplados en el artículo 1.903 y los parientes que, en su caso, podrían responder de los daños causados por el menor (o incapaz) a través del artículo 1.902 requiere las siguientes consideraciones:

1. En el artículo 1.903 existe previamente una obligación legal (de educación y guarda), mientras que en el artículo 1.902 esa obligación no existe, de ahí que en el artículo 1.903 se presuma la culpa mientras que en el artículo 1.902 haya que probarla.

2. Pero la evolución jurisprudencial ha alterado esa diferencia al invertir la carga de la prueba sobre la existencia de culpa en el artículo 1.902. Ahora también en el artículo 1.902 el hipotético responsable tiene que probar que actuó sin culpa si quiere liberarse de la responsabilidad.

3. Lo que ocurre ahora es que mientras en el artículo 1.903 la prueba de que no existió negligencia es prácticamente imposible (de ahí que se pueda hablar de una responsabilidad que la jurisprudencia ha transformado en objetiva), en cambio no ocurre lo mismo en el artículo 1.902.

4. Quizá lo que habría que concluir actualmente, admitiendo que en ambos casos se presuma la culpa, es que la prueba en contrario debería ser más fácil en el artículo 1.902 que en el artículo 1.903, porque la previa existencia en éste de una obligación legal debe implicar en el fondo la exigencia de un mayor grado de diligencia.

C) *Tutores y otros cargos tutelares*

El artículo 1.903 redactado en 1889 y modificado en 1981, antes de que se produjera la reforma del Código civil en materia de incapacitación y tutela de 24 de octubre de 1983, menciona únicamente a *los tutores*, con lo que no incluía expresamente a los otros cargos tutelares existentes antes de la reforma, es decir, protutor o miembro del consejo de familia, o defensor judicial en el sentido que esta figura tenía antes de la reforma citada.

Dadas las funciones de estos cargos en el antiguo régimen de tutela, era lógica su no inclusión en el artículo 1.903. Hoy, sin embargo, se nos plantea la duda de si dentro del término *tutor* del artículo 1.903 pueden tener cabida todos o al menos algunos de los nuevos cargos tutelares. No se trata aquí de ampliar por analogía una norma que tiene, como ya he dicho, carácter de cerrada, sino de averiguar, por medio de la interpretación, si dentro del espíritu de la norma entran esos nuevos cargos.

a) *Tutores*.—A tenor del artículo 1.903-3.º, responden ciertamente los tutores de los menores o incapacitados de que se trate. Ahora bien, cuando en lugar de uno haya varios tutores, si éstos no tienen sus campos de actuación determinados (unos se ocupan de los bienes y otros de la persona del tutelado), la responsabilidad puede corresponder, si no es posible determinar las responsabilidades individualmente, a todos ellos. Si existen uno o varios por cada campo me parece que normalmente (85) la responsabilidad por hecho ilícito corresponderá al tutor de la persona, que será aquel en cuya compañía viva el tutelado la mayor parte de los casos (86) y a quien le corresponda la guarda de la persona de éste. En cuanto al supuesto del artículo 236-3.º, tutela plural ejercida por el tío del tutelado y su cónyuge, creo que, considerando que los dos son tutores, la responsabilidad ex artículo 1.903 corresponde por igual a los dos (87).

Cuando el tutor no haya cumplido las formalidades exigidas para tomar posesión de su cargo y, sin embargo, cumpla las funciones de tal, o cuando, debiendo cesar, no lo hace a tiempo, es decir, en los supuestos de tutor aparente, creo que, para la responsabilidad civil que le corresponda por actos del sometido a tutela, habrá que aplicarle las mismas reglas que al tutor, puesto que está ejerciendo la guarda de hecho en uno de los casos de ésta (ver apartado dedicado a la guarda de hecho) en que el guardador debe responder civilmente por el guardado.

b) *Responsabilidad de los que habiendo debido promover la constitución de la tutela no lo hicieron*.—Además de los tutores, también responderán las personas que, teniendo obligación de promover la constitución de la tutela no lo hayan hecho. El antiguo artículo 293-2.º

(85) Digo *normalmente*, porque el art. 236-1.º, in fine, del Código civil, dice que, aunque el tutor de la persona y el de los bienes actuarán cada uno independientemente en el ámbito de su competencia, «Las decisiones que conciernen a ambos deberán tomarlas conjuntamente». Es posible que si la actuación dañosa del menor se produjo por una de esas decisiones conjuntas la responsabilidad sea de los dos tutores.

(86) Pues aunque en el art. 269 del Código civil no se impone específicamente dicha obligación, y es posible que no se dé la convivencia, lo normal es que sí se dé. Como dice GÓMEZ LAPLAZA, Comentario al art. 269 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, p. 508, «Las obligaciones de tipo personal impuestas verían su forma si no única, sí más adecuada, para desenvolverse a través de ese domicilio unitario».

(87) Para ver las razones por las que se estima que se trata de dos verdaderos tutores, *vid.* DÍAZ ALABART, Comentario al art. 236 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, pp. 328 y ss.

y el actual 229, ambos del Código civil, disponen para ese caso que dichas personas «serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados». Los ocasionados a un tercero por un hecho ilícito civil o penal, parece que pueden entenderse incluidos en el espíritu de esos artículos, como ha estimado la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1984.

En el caso contemplado por esta sentencia, un enfermo mental, cuyo estado de salud conocía su familia (madre y hermanos), a pesar de lo cual no habían promovido la constitución de la pertinente tutela, causa la muerte violenta de una mujer. Con bastante posterioridad al hecho criminal se constituye el organismo tutelar. El Tribunal penal declaró la irresponsabilidad criminal del enajenado a tenor del artículo 8-1.º del Código penal. A continuación, los hermanos de la fallecida reclamaron daños y perjuicios por su muerte a la madre y hermanos del autor del hecho delictivo ante la jurisdicción civil. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. En apelación se confirmó la sentencia del Juzgado, y los demandados interpusieron recurso de casación que el Tribunal Supremo desestimó. En él los recurrentes alegaban que, dado que en el momento del hecho delictivo no tenía tutor el enfermo mental autor del mismo, era de aplicación la regla 1.ª del artículo 20 del Código penal. «...No habiendo persona que los tenga [a los incapaces de responsabilidad penal de los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 8 del Código penal (entre los que se encuentran los enajenados)] bajo su potestad o guarda legal..., responderán con sus bienes las propias personas a las que hace referencia el párrafo anterior...». Por lo tanto —concluían los recurrentes— era al enajenado y no a ellos a quien había que pedir la responsabilidad civil.

Frente a semejante tesis, el Tribunal Supremo opone que los recurrentes conocían desde hacía tiempo (antes de la comisión del hecho criminal) el estado mental de su hijo y hermano, y al no constituir la tutela incumplieron lo establecido en la disposición que a ello les obligaba —el artículo 239-2.º del Código civil (tanto en el momento de los hechos como en la fecha de la sentencia aún no se había modificado la parte del Código civil referente a la tutela)—, precepto que se relaciona con el artículo 20 del Código penal, determinando esa infracción la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos por el enfermo mental dada su irresponsabilidad penal.

En la actualidad, el artículo equivalente al derogado 293 es el 229, y aunque literalmente su texto no es el mismo, eso no impide la interpretación que dio la sentencia que he expuesto; antes bien, la letra del nuevo artículo 229 del Código civil es más amplia que la del precepto derogado en cuanto a la responsabilidad que establece.

c) *Tutela institucional*.—En los artículos 239 y 242 del Código civil se recogen las dos posibilidades de lo que podríamos llamar tutela institucional. «Si se tratase de un menor acogido en un establecimien-

to público, la tutela podrá ser atribuida al Director del establecimiento» (art. 239) (88). «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa, y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 42).

En el caso contemplado en el artículo 242, en el que la condición de tutor se le otorga a la propia persona jurídica, no parece que exista inconveniente alguno a que responda por el ilícito realizado por el menor o incapacitado, siempre que se den las circunstancias exigidas por el artículo 1.903-2.º, o las que pide el artículo 20 del Código penal: es decir, además del hecho de ser tutor, que esos menores o incapacitados... habiten en su compañía». Lo que puede ser equivalente al acogimiento del tutelado en algún centro dependiente de dicha persona jurídica. Acogimiento que, según opina Bercovitz (89), no es preciso que se dé aunque en la práctica sea lo más frecuente.

Si a pesar de ser el tutor una persona jurídica no se considera necesario que se dé el acogimiento (90), parece dudoso que exista responsabilidad civil por parte de esa persona jurídica: o bien se trata de una tutela con un ámbito de actuación del tutor muy pequeño, porque el tutelado puede en gran parte gobernarse por sí mismo (por eso no se considera necesario el acogimiento), o bien la institución no es el único tutor (91) y existe otro que se ocupa de la persona del tutelado, en cuyo caso es este último el que será responsable de su conducta a efectos de responsabilidad civil.

Hay que considerar que en cualquier caso, aunque el tutor sea una persona jurídica, como es lógico, el ejercicio de esa tutela estará encomendada a personas físicas (empleados o funcionarios). Estas no tienen la condición de tutores y no responderán ex art. 1.903, puesto que esa responsabilidad seguirá correspondiendo a la persona jurídica, independientemente de las acciones que a ésta pueden corresponder frente a sus empleados si la actuación de éstos fue incorrecta (91 bis).

(88) Artículo este cuyo precedente inmediato es el antiguo art. 212, «Los jefes de las casas de expositos son los tutores de los recogidos y educados en ellas. La representación en juicio de aquellos funcionarios, en su calidad de tutores estará a cargo del Ministerio fiscal».

(89) BERCOVITZ, Comentario al art. 242 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, p. 363, «La tutela del art. 242 del Código civil no está supeditada a acogimiento alguno del tutelado en un establecimiento del que sea titular la persona jurídica, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del art. 239 del Código civil. No obstante, ello no impide, como es lógico, que se pueda aplicar también en tales supuestos, que serán además los más frecuentes.

(90) Siempre y cuando no suponga que con ello la institución de que se trate no esté incumpliendo sus obligaciones para con el menor o incapacitado. Pues si así fuera, parece que habría que dar a este supuesto el mismo tratamiento que al del tutor persona física que, aun no estando específicamente obligado a convivir con el tutelado, no lo hace en detrimento del cumplimiento de las obligaciones personales que tiene para con éste.

(91) Aunque el Código no lo recoge en concreto en ninguno de los apartados del art. 236, tampoco lo excluye. No hay obstáculo, pues, a que exista una pluralidad de tutores, siendo uno de ellos una persona jurídica.

(91 bis) Responderá en este caso la persona jurídica, aplicando el mismo art. 1.903, párrafos 4.º y 5.º.

Por lo que toca a la posibilidad establecida en el artículo 239 del Código civil, aunque en puridad no es tutela ejercida por persona jurídica, ya que recae sobre persona física, el director del establecimiento, de alguna manera, se trata de tutela de persona jurídica, o mejor dicho, de una situación intermedia (92) (92 bis).

Dicho tutor será responsable en nuestro caso. El artículo 229 del Código civil, al enumerar quiénes están obligados a promover la constitución de la tutela, cita a «las [personas] mencionadas en el artículo 239 del Código civil», disponiendo que, «si no lo hicieran, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados». Si responden en ese caso, también responderán a tenor del artículo 1.903 del Código civil o del artículo 20 del Código penal, aunque —como señala Bercovitz (93)— al hablar de la diligencia exigible al director del establecimiento en el desempeño de la tutela, «hay que medirla [la diligencia] dentro de las circunstancias que derivan del establecimiento y de su condición de director».

De esta idea se desprende en general que este tutor, director del establecimiento, podrá exculparse con más facilidad que los padres o tutor normal, precisamente porque su diligencia no puede ser la misma. Pero no hay que olvidar que también responderá la Administración pública titular del establecimiento (art. 1.903 del C.c.; 106 C.E.; 121 L. Exp. For.; art. 133 de su Reglamento y art. 40 L.R.J.A.E.).

d) *Curador*.—En general, se puede decir que el curador no responde (94) ex artículo 1.903 por los actos ilícitos que hayan realizado los sometidos a curatela. No puede decirse que el curatelado esté sometido en modo alguno a la autoridad del curador; éste no obra por él ni lo representa. Su labor consiste en completar la capacidad del sometido a curatela para realizar ciertos actos. Tampoco es preciso para nada que convivan curador y curatelado.

De acuerdo con los preceptos del Código civil hoy en vigor, procederá la curatela para: 1.º) los menores emancipados cuyos padres, por cualquier razón, no pueden ejercer la asistencia prevenida por

(92) Vid. BERCOVITZ, Comentario al art. 239 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, pp. 345 y ss.

(92 bis) En el momento de corregir las pruebas de este trabajo está a punto de ser aprobada la Ley por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. En ella se prevé (artículo 5.º) el siguiente cambio de redacción del artículo 239 del C.c.: «La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172 (párrafo 1.º)». «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores.»

(93) *Ob. cit.*, p. 348.

(94) YZQUIERDO TOLSADA que toca el tema, *Responsabilidad civil y guarda legal*, en «Documentación jurídica», núm. 41, enero-marzo 1984, p. 89, de la misma opinión: «Evidentemente, no puede hablarse de ninguna manera de responsabilidad del curador por los actos dañosos de los sometidos a curatela, ya que su única misión como guardadores “ad casum”, es intervenir en aquellos actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos (art. 288)».

la Ley; 2.º) los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad; 3.º) los declarados pródigos; 4.º) aquellos a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esa forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

Creo que no ofrece duda que lo dicho en general con anterioridad es plenamente aplicable a los supuestos de los números 1.º y 2.º, y que, por lo tanto, efectivamente, el curador no responderá por ellos ex artículo 1.903, sino que responderán los mismos emancipados o los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad.

Los contemplados en el número 3.º, los declarados pródigos, también responderán de sí mismos. A las razones generales enumeradas al principio de este apartado, se une que, aunque pueda discutirse (95), la prodigalidad no es causa de incapacitación, y tan sólo afecta a los actos de carácter económico.

Por último, hay que considerar el caso de los incluidos en el número 4.º (96), los incapacitados a los que la sentencia de incapacitación haya colocado bajo esa forma de protección. Nos encontramos aquí ante una institución de guarda cuya creación obedece a una de las ideas presentes en la reforma que sobre incapacitación y tutela se llevó a cabo en 1983, la de acomodar la guarda a las necesidades de cada caso concreto, lo que podríamos llamar conseguir una incapacitación «a la medida». Es la más suave de las figuras de guarda, pero, aun así, el artículo 287 del Código civil es tajante: se trata de incapacitados.

Si la sentencia que decide la incapacitación nada dice, el curador intervendrá en los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial. El supuesto no es igual, por tanto, al de los menores y los pródigos. Después de examinar los artículos 271 y 272 del Código civil, que son los que enumeran los actos en que el tutor necesitará autorización judicial, pienso que, aun actuando el curador en un campo mucho más amplio que en los otros casos, sigue sin haber razón suficiente para que el curador responda por este curatelado.

La sentencia de incapacitación podrá decir expresamente en qué actos tendrá que prestar su asistencia el curador. Estos, evidentemente, pueden ser muchos o pocos, de mayor o menor importancia, y por supuesto nada obliga a que se trate sólo de actos patrimoniales, sino que pueden ser de cualquier tipo.

Aquí creo que ya no es posible dar una respuesta general afirmati-

(95) Aunque efectivamente parece desprenderse de los preceptos del Código civil, que el legislador no consideraba que la curatela de los pródigos se dé por un tipo de incapacitación, de hecho la curatela por prodigalidad limita la capacidad de obrar del pródigo.

(96) Sobre el tema de los incapacitados sometidos por la Sentencia de incapacitación a curatela, *vid.* GETE ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar*, 1985, pp. 227 y ss.

va o negativa, pues para darla sería preciso ver cada caso concreto. Aun así, creo que en la mayor parte de los casos habrá que optar por la tesis de *no* responsabilidad del curador, pues parece raro que, si se limita mucho la capacidad, no se recurra a la tutela en vez de a la curatela.

e) *Defensor judicial*.—El vigente artículo 299 contempla tres casos distintos en los que procede el nombramiento del defensor judicial. De ellos los que ahora me interesan son únicamente los dos primeros:

1.º) Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador.

2.º) En el supuesto de que el tutor o el curador por cualquier causa no desempeñaren sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

En el supuesto contemplado en el número 1.º del artículo 299 es evidente que el defensor judicial no responde de los ilícitos realizados por el menor o incapacitado, puesto esto no queda bajo la guarda del defensor judicial. La naturaleza de la gestión que les está encomendada, un asunto concreto (97) (con lo que el menor o incapacitado no está bajo su autoridad ni convive con él) y las facultades que para su cumplimiento se le otorgan (únicamente las necesarias para resolver ese asunto) determinan esa carencia de responsabilidad del defensor.

En cambio, en el caso contemplado en el número 2.º, aunque desde luego en forma transitoria, mientras no entre en funciones el nuevo tutor o se reincorpore a ellas el antiguo, el defensor judicial actúa como un tutor.

Resulta lógico que en tanto en cuanto es un verdadero tutor por tiempo limitado, en ese tiempo responda en los términos del artículo 1.903-3.º de los daños causados por el menor o incapacitado que tenga a su cargo. En este sentido opina Yzquierdo Tolsada (98), señalando que no se trata de una interpretación analógica, sino de interpretación extensiva, «en un intento de búsqueda del verdadero significado del concepto de «tutor», tal como debe ahora entenderse en el marco de la responsabilidad por hecho ajeno descrita en el tantas veces referido artículo 1.903».

Está claro que en la práctica pocos casos se van a plantear, ya que hay pocas tutelas y menos defensores judiciales que ejerzan transitoriamente la función de tutor.

(97) Pues si el asunto tuviera tal trascendencia como para que el incapacitado quedara bajo la guarda del defensor judicial, en realidad estaríamos ante el supuesto del art. 299-2.º.

(98) *Responsabilidad civil y guarda legal*, en «Documentación jurídica», núm. 41, enero-marzo, 1984, p. 80.

f) *Guardador de hecho*.—Antes de la repetida reforma del Código civil de 24 de octubre de 1983 no se recogía en ese cuerpo legal la figura de la guarda de hecho, pero la doctrina se ocupaba de la tutela *de facto* estimando que lo que regiría para ella serían las normas de la tutela en general.

Rogel Vide (99), ya después de la reforma, considera que debería responder el guardador de hecho por el guardado *ex* 1.903, pero que al contener este artículo una lista cerrada ello no es posible. Con los mismos argumentos, pero inclinándose por la responsabilidad, Conde Pumpido (100) justifica su postura diciendo: «No sólo por la identidad de fundamento jurídico con el caso del tutor, sino incluso, el guardador de hecho, al asumir voluntariamente la obligación de custodia, perturba la normal constitución del instrumento jurídico de guardaduría legal, con lo cual el cumplimiento de aquél debe serle exigido más estrictamente».

En cambio, Martínez de Aguirre (101) dice que, «tras la reforma de los artículos del Código civil relativos a la tutela, en el término tutores del artículo 1.903, deben entenderse incluidos tanto el tutor pleno como el tutor personal y *también el guardador de hecho*». En el mismo sentido, aunque referido al supuesto ilícito penal (102), se manifiesta Ruiz Vadillo (103).

Por último, Santos Briz (104) mantiene la misma opinión que los anteriores: «Los guardadores de hecho, si bien jurídicamente no son tutores, creo que han de equipararse a éstos en cuanto a la responsabilidad por los actos sometido a esta tutela fáctica, dado que el defecto de vigilancia crea un riesgo para terceros, suficiente para imponerles la responsabilidad, en defecto de bienes del menor (arg.; art. 32, párrafo 2 del Código civil y artículo 20 del Código penal)».

No estimo válido, por el razonamiento que he hecho más arriba (apartado C principio), el argumento de Rogel (105) de la lista cerrada del artículo 1.903, pues no se trata de añadir algo no incluido en el artículo, sino de ver hasta dónde llega su espíritu, exactamente lo que distingue la interpretación extensiva de la analogía.

(99) *La guarda de hecho*, Madrid, 1986, p. 135. Creo que no es argumento el que no figure el guardador de hecho en el art. 1.903, pues cuando se redactó no existía tal figura.

(100) En *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, T. II, Pamplona, 1969, p. 105.

(101) *En torno al nuevo art. 220 del Código civil*, «RGLJ», 1984, octubre, p. 507, nota 15.

(102) Aunque este autor no lo diga en forma expresa para el ilícito civil, lo más seguro es que, si lo piensa así para el penal, tenga la misma opinión para el civil.

(103) Dice este autor: «La responsabilidad a la que se refiere el artículo 20, regla 1.ª, del Código penal, conforme a la redacción de la Ley de 25 de junio de 1983, es exigible a los tutores y guardadores de hecho, no a los curadores». En *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, T. V., vol. I, 1985, p. 381.

(104) *Ob. cit.*, p. 571, nota 13.

(105) *Ob. cit.*, *loc. cit.*

Se trata, desde luego, de un tema que no es sencillo, porque, como dice Bercovitz (106): «La regulación de la guarda de hecho introducida por los artículos 303, 304 y 306 del Código civil es totalmente insuficiente y equívoca. No ha solucionado ninguno de los problemas básicos que planteaba la figura: delimitación de los supuestos contemplados y régimen jurídico aplicable a los mismos». Pues bien, es esa falta de límites precisos en la figura la que hace difícil dar una respuesta segura en el tema que me ocupa. ¿Qué es un guardador de hecho? ¿Está clara la diferencia de esa figura con el gestor de negocios ajenos? Quizá, como opinan Bercovitz (107) y Moreno Quesada (108), uno de los datos para distinguir una de otra sea el ánimo de permanencia que existe en el guardador de hecho y del que puede carecer el gestor de negocios ajenos.

Dentro del concepto de guardador de hecho pueden existir variantes dependientes de circunstancias muy diferentes, y no me parece procedente aplicar en todos los casos el mismo tratado. Algunos de ellos pueden ser asimilables al tutor, en cuya hipótesis creo que sería acertada la postura de entender que no hay razón para dar mejor trato al tutor de hecho que al de la tutela constituida legalmente, y en base a ese principio estimar que el guardador de hecho puede responder por los ilícitos realizados por su guardado, siempre y cuando esa guarda sea asimilable a la que realizaría un tutor en el caso de existir. Está claro que determinar cuáles son esos casos dentro de la guarda de hecho es una cuestión de hecho que tendrá que decidir el juez.

Por otra parte, no hay que olvidar que el guardador de hecho se encuentra entre las personas obligadas a promover la constitución de la tutela. Si no lo hizo, a él corresponde —a tenor del artículo 229— el indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la falta de su constitución. Estos, además de ser los padecidos por el patrimonio del menor (109) serán también los producidos por el guardado a un tercero.

(106) En *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 786.

(107) En *ob. cit.*, p. 788.

(108) *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, en «RDP», abril 1985, p. 325.

(109) De este tema, ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986, p. 129, dice que el guardador de hecho, aunque a su juicio no es lo más deseable, puede estar contemplado en el art. 229 del Código civil, pero que en todo caso esa inclusión hay que interpretarla restrictivamente, y los daños de los que respondería el guardador, a tenor del mismo, serán en todo caso los producidos al propio menor o incapacitado. Creo que, aun razonando como lo hace Rogel el resultado final es el mismo. Si no responde el guardador de hecho de los perjuicios que el menor o incapacitado causó a un tercero, pero sí de los causados en el propio patrimonio del menor, resultará que éste, al no responder el guardador, lo hará con su propio patrimonio (ex art. 20 C.p. y por analogía 490 C.c.). Eso supondrá un perjuicio en el patrimonio del menor, del que tendrá que responder su guardador por no haber constituido la tutela.

2. Personas responsables según el artículo 20 del Código penal

Dice el artículo 20 del Código penal: «La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º 7.º y 10.º del artículo 8.º no comprende la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: 1.ª) De los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 8.º, serán responsables civilmente *quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal*, siempre que hubiera por su parte culpa o negligencia». No hay, pues, una enumeración específica de personas, como la del 1.903 del Código civil (pues éste menciona «padres y tutores»), sino que el Código penal se limita a hacerlo indirectamente, al mencionar a «quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal». Aun así, se entiende que aquellos que los tienen bajo su potestad son los padres, cualquier tipo de padres (por naturaleza o adoptivos) y los tutores (109 bis).

Quizá en este precepto se vea con más claridad que en el 1.903 del Código civil que, fuera de los padres, otros parientes no responden civilmente por ilícitos de los menores. Para que exista esa responsabilidad, el artículo 20 del Código penal exige que los repetidos menores estén bajo la «*potestad o guarda legal*» de la persona en cuestión. Evidentemente, el menor que por una temporada más o menos larga se encuentre al cuidado de un pariente (abuelo, tío, etc.) no se encuentra bajo la potestad de éste, sino que continúa bajo la de sus padres.

Los parientes, en ese caso, todo lo más que tienen sobre el menor es «la guarda», pero no la exigida con toda claridad en el artículo, que es la *guarda legal*. Esta lo sería cuando a su condición de pariente se sumara la de cualquiera de los cargos tutelares que la llevan consigo; cosa que, como ya dije para el artículo 1.903, les haría responder, pero no por su condición de parientes, sino por ocupar un cargo tutelar.

A quienes corresponde la guarda legal sobre menores o incapacitados es a los que ejercen la tutela sobre ellos. No repetiré aquí todo lo expuesto sobre dichos cargos para el artículo 1.903 del Código civil. Véase, pues, allí todo lo referente a tutores, personas sobre quienes recae la obligación de constituir la tutela, curador, defensor judicial y guardador de hecho. Las razones expuestas allí son igualmente válidas aquí.

(109 bis) Las dos expresiones utilizadas en el artículo 20 del Código penal, «bajo su potestad» o «guarda legal» son predicables tanto de padres como de tutores. Ambos tienen bajo su potestad a hijos y pupilos, y también los dos ejercen una guarda legal sobre ellos. Aun así, tradicionalmente parece que al hablar de potestad entendemos más bien que se refiere a los padres, que son los que ejercen la patria potestad. Y al mencionar la guarda legal, a los tutores; cuya potestad sobre los pupilos no se debe a vínculos de filiación sólo, sino al hecho de su nombramiento legal como guardadores.

Las personas llamadas a responder por los menores o incapacitados en el ámbito familiar y cuasi familiar son las mismas, se trate de ilícito civil o penal, cosa que opinaban también los autores (110) antes de la reforma del artículo 1.903 del Código civil y del artículo 20 del Código penal.

El que se trate de idénticas personas, como se desprende del estudio de los dos artículos, a pesar de su distinta redacción, no es ninguna sorpresa, sino más bien algo perfectamente lógico. Sólo hay una responsabilidad civil, y el hecho de que los daños que dan lugar a su nacimiento se hayan producido por un ilícito civil o por una falta o delito es algo totalmente accesorio. En lo fundamental, como es el determinar quiénes son las personas que responden por otro, no puede haber diferencias.

3. Personas por cuyos ilícitos penales o civiles se responde a tenor del artículo 1.903 del Código civil y del artículo 20 del Código penal

A) Artículo 1.903

Según la antigua redacción del repetido precepto, los padres lo hacían por los hijos menores de edad que vivieran en su compañía. Actualmente se refiere tan sólo a los hijos que se encuentren *bajo su guarda*. ¿Qué hijos son esos? Desde luego, sin duda, los menores no emancipados, al igual que antes de la reforma del artículo en 1981, ya que son esos los que se encuentran sometidos a la patria potestad. También responderán de los mayores de edad si están sometidos a la patria potestad prorrogada. Y seguramente en atención a esa figura, novedad de la reforma de 1981, se eliminó de la letra del nuevo precepto la palabra «menores» que no los incluía.

Sin embargo, la responsabilidad ex artículo 1.903 del Código civil de los padres por los daños causados por los actos ilícitos civiles de sus hijos no emancipados, pero mayores de dieciséis años, no me parece razonable, presupuesto que, como luego veremos, no responden por los daños causados por los ilícitos penales de aquéllos. En efecto, aunque en la responsabilidad civil lo que importa es el daño causado, sin tener en cuenta que proceda de ilícito penal o civil, de lo que no cabe duda es de que no respondiendo los padres del daño producido por un ilícito penal, no hay razón mayor para que respondan del causado por uno civil, que en cualquier caso es menos censu-

(110) Expresamente alguno, como ROGEL VIDE, *La responsabilidad extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pp. 132 y 133, y SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, T. III, 1975, p. 600. Otros no lo dicen expresamente, pero se desprende tácitamente de sus trabajos, como CONDE PUMPIDO, *Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces*, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Castán*, T. II, 1968, p. 75.

rable. Así que yo diría que más que extender, apoyándose en el artículo 1903 del Código civil, hasta los dieciocho años, la responsabilidad de los padres por los daños causados por ilícitos penales de sus hijos, lo procedente es reducirla hasta los dieciséis años, apoyándose en el artículo 20 del Código penal.

a) *Emancipados*.—Los menores emancipados, de acuerdo con el texto del antiguo artículo 1.903, podía ser dudoso si estaban o no incluidos, ya que éste se refería sólo a menores que «vivieran en su compañía», lo que no resultaba demasiado aclaratorio. Parte de la doctrina (111) (de antes de 1981), según recoge León (112), distinguía según cuál fuera la causa de la emancipación. «Si era por matrimonio —dice este autor— se entendía que al cesar la patria potestad y los deberes de educación y vigilancia, debe cesar también la correlativa responsabilidad. Si la emancipación era por concesión, se consideraba que el padre no puede exonerarse de las consecuencias del daño desde el momento en que la conducta lesiva del menor viene a demostrar su propia imprudencia al haber emancipado a quien no merecía serlo. Se ha dicho, por otra parte —continúa León— que de no ser así les sería fácil a los padres, mediante una emancipación apresurada, librarse de la rigurosa obligación que sobre ellos pesa, que la ley se refiere a menores sin diferencias, y que los padres conservan el deber de velar por sus hijos pese a la emancipación». Pero como concluye el mismo León (113), «la distinción es artificiosa y si la emancipación por concesión también pone fin a la patria potestad, no es posible aplicarle a estos menores la regla del 1.903».

En la actualidad, los autores que se ocupan de este punto, como Lacruz (114), Yzquierdo Tolsada (115), Rogel Vide (116), De Angel (117) y Santos Briz (118), opinan unánimemente que el menor emancipado responderá civilmente de los actos ilícitos que cometa, y ello sea cual sea la forma de lograr esa emancipación, por matrimonio o por concesión. Creo que la postura de estos últimos autores

(111) Concretamente PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol. 2.º 1956, p. 689, que dice: «Respecto al hijo emancipado, seguramente debe tenerse en cuenta que se halla incluido en el expresado criterio normativo si efectivamente vive en compañía del padre, o en su caso de la madre. Y DÍAZ PAIRO, *Teoría General de las Obligaciones*, La Habana, 1943, T. II, pp. 58 y ss., que señala que hay que tener en cuenta que los daños causados por el hijo emancipado implican imprudencia paterna en su emancipación. Otros autores, también de antes de la reforma del 81, no compartían esa opinión, así, por ejemplo, SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, T. XXXI, 1961, p. 474; CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad*, Madrid, 1960, p. 320; BORRELL MACÍ, *Responsabilidad derivadas de culpa extracontractual civil*, 2.ª ed., 1958, p. 159; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, T. IV, vol. 2.º, 1951, p. 578.

(112) *Ob. cit.*, p. 297.

(113) *Ob. cit.*, p. 241.

(114) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, 2.ª ed., 1985, p. 571.

(115) *Ob. cit.*, p. 177.

(116) *Ob. cit.*, p. 1239.

(117) *Ob. cit.*, p. 61.

(118) *Ob. cit.*, pp. 571 y 572.

es la más acertada, ya que el dato fundamental es el de la guarda. Sólo quien tiene patria potestad puede mandar. Carecería de toda lógica el imponer una responsabilidad por la actuación del menor que no se relacione con el tener potestad sobre él. El menor emancipado ha salido de la patria potestad. Sería un contrasentido que no respondiera civilmente por sí alguien al que la ley permite contraer matrimonio, reconocer hijos no matrimoniales y también ostentar y ejercer la patria potestad sobre ellos, e incluso responder por esos hijos a tenor del artículo 1.903 del Código civil y del artículo 20 del Código penal, comparecer en juicio, ser testigo de testamento (si tiene dieciséis años) en ciertos supuestos. Y lo mismo que lo dicho para el menor emancipado, aplíquese al que haya recibido el beneficio de la mayor edad.

El Código civil italiano de 1942, en su artículo 2.048 (equivalente a nuestro artículo 1.903) especifica que los padres responden del daño ocasionado por el hecho ilícito de los hijos menores *no emancipados* (119).

En cuanto a la posibilidad de que el padre responda de los daños causados por el hijo menor emancipado en consideración a que la concesión de la emancipación fue imprudente (120), por conceder la independencia a quien no estaba preparado para ello, no es aceptable que la prueba de dicha imprudencia fuera la realización por el menor emancipado de un acto que dé lugar a responsabilidad. Avanzando por semejante línea de argumentación cuando el acto ilícito lo realizara un mayor de edad, de algún modo podría pensarse que debería responder también su padre, al haber obrado «imprudentemente» por no instar un procedimiento de incapacitación cuya oportunidad *demonstraría* precisamente el acto dañoso realizado por el hijo. En cambio, sí es aceptable, como dice Lacruz (121), que la víctima pueda demostrar que hubo culpa (no hay, pues, presunción alguna, sino que es preciso probarlo) por parte del padre de la víctima al emancipar indebidamente a éste. pero, en el caso, además de la dificultad de semejante prueba, que señala Yzquierdo (122), en ese supuesto respondería el padre por el artículo 1.902 y no por el artículo 1.903.

b) *El menor de edad de vida independiente.*—Hasta la reforma del 13 de mayo de 1981, el artículo que recogía esta figura era el 160 (123) del Código civil y en base a su texto la doctrina se dividía,

(119) El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por hecho ilícito de sus hijos menores no emancipados o de las personas sujetas a tutela, que viven con ellos...» (art. 2.048-1.º del Código civil italiano de 1942).

(120) Argumento éste manejado por DÍAZ PAIRO, *Ob. cit., loc. cit.*, y recogido a su vez por PUIG BRUTAU, *Ob. cit., loc. cit.*

(121) *Ob. cit.*, p. 241.

(122) *Ob. cit.*, p. 177.

(123) «Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o a la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres viviere independiente de éstos, se le reputa-

como recoge Bercovitz (124), en dos bloques. Los que estimaban que se trataba de un supuesto de emancipación tácita, y los que pensaban que el del antiguo artículo 160 era un menor equiparado al emancipado, pero sólo en lo referente a ciertos bienes de su patrimonio. Aun apreciando los argumentos (especialmente históricos, pero también los derivados de una interpretación literal y sistemática) que llevaría a aceptar la segunda postura, el citado autor opta por «una interpretación más amplia del precepto legal, que no hay razón para rechazar. Por el contrario, existe un buen número de argumentos a favor de la misma». Concluye Bercovitz (125) que «la vida independiente del menor no emancipado es una situación jurídica intermedia entre la emancipación y la sumisión normal a la patria potestad» y que «el hijo, por el hecho de la vida independiente, no queda emancipado, y por ello queda sometido a la patria potestad, pero con un contenido disminuido, consistente en una subsistencia virtual de su contenido normal, para el caso en que se ejerza eficazmente (justificadamente) la revocación del consentimiento en que se basa la vida independiente, y en una subsistencia actual de un contenido reducido de la misma, sometido al control de la adecuación de su ejercicio en cada caso concreto».

Para el supuesto del artículo 1.903 objeto del presente trabajo, León González (126) no encontraba razones para equiparar al menor de vida independiente con el menor emancipado, y se mostraba partidario de entender que «la capacidad del menor de vida independiente se da sólo en cuanto a la administración de sus bienes»; por lo que responderá, a los efectos del artículo 1.903, por él sus padres o tutor.

De la misma opinión eran Rogel Vide (127) y Gullón (128), siguiendo a De Castro (129) (nótese que ambos autores opinan no en base al actual artículo 319, sino al antiguo artículo 160 del Código civil).

El actual artículo 319 dice: «Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento.» Este nuevo texto más claro que el anterior abona la postura mantenida ya con el del antiguo artículo

rá para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración» (antiguo art. 160 del Código civil).

(124) Para ver el problema a fondo véase «La vida independiente del menor no emancipado», «ADC», octubre-diciembre 1972, pp. 1083 y ss., y recogido en forma resumida en BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pp. 48 y ss.

(125) *Ob. cit., loc. cit.*

(126) «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en «Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán», Pamplona, 1969, vol. VI, p. 298.

(127) «La responsabilidad civil extracontractual por los hechos de las personas sometidas a patria potestad o tutela», en «ADC», octubre-diciembre 1976, p. 1239.

(128) *Curso de Derecho civil, Contratos en especial, Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, p. 48.

(129) *Derecho civil en España*, Parte general, T. II, Madrid, 1955, p. 198.

por Bercovitz (130), y esa es ahora la opinión común entre los modernos tratadistas (131).

A los efectos concretos de la responsabilidad del menor de vida independiente ex artículo 1.903, hay que considerar que, aunque ese menor de vida independiente no sea exactamente un emancipado, es algo bastante similar. La diferencia básica estriba en la posibilidad de revocar el consentimiento por parte de los padres (132). Ese carácter de casi-emancipado basta para opinar que debería responder por sí sólo a los daños derivados del ilícito civil que realice. Si la edad precisa para poder realizar esa vida independiente es al menos la de dieciséis años, y con esa misma edad ya se considera al menor aún no emancipado responsable (aunque se le aprecie atenuante de menor de edad) de actos penales y responsables también por sí de la responsabilidad civil que derive de éstos (133) (arts. 8, 19 y 20 del Código penal), parece lógico que el menor de vida independiente responda por ilícito civil.

Por otra parte, el menor de vida independiente puede tener con qué responder, puesto que por definición tiene autonomía económica. Que los menores de vida independiente pueden ser aquellos de más de dieciséis años a quienes se lo permitan sus padres es algo que está claro. Lo que no lo está tanto es si será aplicable por analogía la disposición del 319 a los sometidos a tutela mayores de dieciséis años a los que de hecho su tutor permita llevar dicha vida independiente. En cuanto a esos menores mayores de dieciséis años sometidos a tutela, a los que su tutor permite de hecho llevar esa vida independiente, es razonable opinar que se impone la aplicación analógica del artículo 319 del Código civil (134).

c) *Incapacitados*.—En el tercer párrafo del repetido artículo 1.903 del Código civil, cuando se señalan quiénes tienen que ser los causan-

(130) Obs. cit.

(131) Esta es la opinión de la generalidad de la doctrina. Así, LACRUZ, *ob. cit.*, p. 571; DIEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 5.^a ed., 1984, p. 254; ALBALADEJO, *Derecho civil*, T. I., vol. I, 10.^a ed., 1985, p. 251; SANTOS BRIZ, Comentario al art. 1.903 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, T. XXIV, p. 572; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, T. I, 1986, pp. 220 y 221; BERCOVITZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*; YZQUIERDO, en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, La responsabilidad civil de menores e incapacitados, 1984, p. 177; PUIG FERRIOL, *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, Tecnos, vol. II, Madrid, 1984, p. 1236; DELGADO ECHEVARRÍA, en *Elementos de Derecho civil*, LACRUZ y otros, T. I, vol. II, 1983, p. 77.

(132) Cosa que, con la mayor parte de los autores (así, LACRUZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*; DIEZ PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 255; BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, p. 53. En el mismo sentido, aunque dice que no se desprende así de la redacción del art. 319, PUIG FERRIOL, en *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, p. 1239), estimo que los padres no pueden hacer sin un fundamento objetivo.

(133) *Vid.* en este mismo trabajo apartado VI.

(134) La doctrina no es unánime al respecto. A favor PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, p. 1237; DIEZ PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 48; y BERCOVITZ, *ob. cit.*, p. 255. En contra de la aplicación analógica del art. 319 del Código civil, LACRUZ, *ob. cit.*, p. 278.

tes de los perjuicios, para que por ellos respondan los tutores, dice: «...lo son [responsables los tutores] de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía».

Para averiguar quiénes son los incapacitados, lo inmediato es recurrir al artículo 200 del Código civil, que enumera las causas de incapacitación. A tenor de dicho artículo, éstas son: «... las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Dentro de estas causas se puede encuadrar la senilidad avanzada (135) que aqueja a muchos ancianos produciéndoles demencia, enfermedad o, lo que es más frecuente, simplemente una progresiva limitación de las facultades físicas o psicológicas, que les impiden valerse por sí mismos y que, por tanto, hacen oportuna su incapacitación. Se trata de una causa de incapacitación importante, porque afecta a un colectivo muy amplio y que, dada la tendencia de la actual sociedad española al envejecimiento, es previsible que crezca aún más. Una gran parte de estos ancianos se encuentran internados en establecimientos que se ocupan de la atención de las personas de la tercera edad. Frecuentemente sus tutores, en caso de incapacitación, serán o los mismos establecimientos o sus directores (arts. 239 y 242 del Código civil).

¿Se responderá ex artículo 1.903 por *todos* los incapacitados? Aunque creo que en general la respuesta debe ser afirmativa, hay alguna excepción.

De acuerdo con el vigente sistema, los incapacitados pueden tener tutor, curador o defensor judicial (art. 215 del Código civil). Dejo aparte el caso del defensor judicial, pues ya en el apartado dedicado a los distintos cargos tutelares, creo haber dejado claro que o bien su actuación es intrascendente a efectos de responder por su defendido ex art. 1.903 (supuesto del art. 299-1.º), o bien se trata de una situación asimilable totalmente a la del tutor, por cuanto por un periodo más o menos largo hace las veces de éste (supuesto del art. 299-2.º). Así que el defensor judicial responderá ex art. 1.903 de su defendido cuando desempeñe las funciones del tutor por cualquier causa.

Si el incapacitado fue sometido a curatela, no parece que el curador tenga que responder por él, puesto que no se puede decir que el curatelado esté bajo la autoridad de su curador, que en ningún caso va a obrar por él, sino que tan sólo le asistirá «...en aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido» (136).

(135) Sobre este tema *vid.*, BERCOVITZ, *Problemas en torno a la incapacidad y el fallecimiento de los ancianos institucionalizados*, en «Documentos Técnicos del Instituto Nacional de Servicios Sociales», núm. 42, 1986.

(136) Art. 289 del Código civil.

Los tutores responderán, en general, por los incapacitados sujetos a tutela. Se plantea la duda de si lo harán también cuando el incapacitado es mayor de edad y la incapacitación se produjo por enfermedad o defecto físico persistente, que le impida gobernarse por sí mismo (física o materialmente), pero no afecte para nada a sus facultades de discernimiento, pues es la disminución o falta de éstas la razón de su inimputabilidad. Este supuesto que acabo de mencionar me parece altamente improbable, pues lo normal es que los defectos o enfermedades que impiden a una persona mayor gobernarse por sí misma, afecten a esas facultades de discernimiento, o al menos, como dice el artículo 8.3 del Código penal, produzcan una alteración grave de la conciencia de la realidad.

B) Artículo 20 del Código penal

a) *Menores*.—El artículo 8 del Código penal, al que remite el artículo 20 del mismo Código dice en su número 2: «Están exentos de responsabilidad criminal: 2.º) El menor de dieciséis años...». Por tanto, está claro que la legislación penal establece una edad tope menor que la del Código civil y que se es responsable penalmente a partir de los dieciséis años, aunque con la consideración de que el no haber cumplido los dieciocho es una circunstancia atenuante (artículos 9-3.º y 62 del Código penal). Por eso, aquí no se plantea la duda en cuanto al emancipado por concesión ni tampoco el del menor que vive con independencia, puesto que en ambos casos es preciso que hayan cumplido los dieciséis años y, por tanto, su responsabilidad a tenor del Código penal, tanto en cuanto a la pena como a la indemnización civil, le corresponde a él sólo. Pero la duda puede surgir en el caso de un emancipado por matrimonio, que, habiendo obtenido la dispensa de emancipación, contraiga matrimonio antes de los dieciséis años y, por lo tanto, al casarse resulta emancipado antes de alcanzar la edad de responsabilidad criminal. Evidentemente, dadas las características propias del Derecho penal, aunque se haya emancipado, mientras no cumpla los dieciséis años, sigue sin tener responsabilidad criminal. Pero no ocurre lo mismo en cuanto a la responsabilidad civil. Habrá de entenderseles incluidos en el tercer párrafo del artículo 20 del Código penal, que dice: «No habiendo persona que los tenga (a los menores o tutelados) *bajo su potestad o guarda legal* [y, desde luego, un emancipado por matrimonio tenga la edad que tenga no está bajo la potestad ni la guarda legal de nadie], o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia al párrafo anterior, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las leyes de Enjuiciamiento civil y criminal». Aunque no existiera ese tercer párrafo del artículo 20, la solución sería la misma, porque, una vez probada la existencia y la comisión del ilícito penal, la falta de capacidad criminal exoneraría al menor de dieciséis años de responsabilidad penal, pero no de la civil. Claro está que para lograr el resarcimiento de

los daños y perjuicios ocasionados habría que ejercitar la acción civil correspondiente.

b) *Incapacitados*.—Dispone el artículo 20 del Código penal que serán responsables civilmente quienes tengan bajo su potestad o guarda legal a las personas señaladas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 8 del mismo Código. Este precepto en su apartado 1.º, párrafo 1, menciona al «...enajenado y al que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir». El apartado 2.º se refiere al menor de dieciséis años. Por último, el tercer apartado se refiere al «...que, por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada la conciencia de la realidad».

Lo primero que se aprecia tras la simple lectura de este artículo 8 del Código penal es su falta de coincidencia con el contenido del artículo 200 del Código civil

Topamos aquí de nuevo con otro inconveniente de esa falta de una única regulación de la responsabilidad civil. Cabe plantearse si esa distinta formulación lleva consigo el que se contemple aquí a personas distintas de las mencionadas en el Código civil.

¿Se responde realmente por los actos ilícitos penales de todas las personas mencionadas en el artículo 8 del Código penal, números 1.º y 3.º? Creo que no. Desde luego, sí responderá por los del enajenado quien lo tenga bajo su potestad o guarda legal. En cambio, el que se halle en situación de trastorno mental transitorio no se encuentra bajo la potestad o guarda legal de nadie, precisamente porque se trata de una situación que se presenta de improviso. Por tanto, quien en esa situación realice algún ilícito penal, responderá civilmente por razón del párrafo 2.º de la regla 1.ª del artículo 20.

Evidentemente, por las personas que sufran alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad, sí que responderán los que los tuvieran bajo su potestad o guarda legal.

Relacionando los artículos 1.903 y 200 del Código civil con los artículos 20 y 8 del Código penal, se aprecia que los preceptos contenidos en el Código penal no contemplan el supuesto de personas que sufran alteración de la percepción o tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad a partir de un momento posterior al nacimiento o a la infancia.

A pesar de ese olvido, se trata de una situación asimilable a la anterior y, por lo tanto, producirá idénticos efectos.

Aun con las diferencias de redacción que he ido señalando, las personas por cuyos actos ilícitos se responde, en cuanto son inimputables, no por razón de edad, sino por otras causas físicas o psicoló-

gicas, son en el fondo las mismas, tanto para el caso de ilícito civil como para el de naturaleza penal.

Es inexcusable que así sea ya que la razón de la responsabilidad de padres y tutores es la misma en ambos casos.

IV. IMPORTANCIA DE LA EDAD DENTRO DE LA MINORIDAD

1. Introducción

Desde hace bastante tiempo la jurisprudencia francesa, al pronunciarse sobre la responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores de edad (artículo 1.384 del Código civil francés) (137) toma en cuenta que dentro de esa minoridad pueden darse diferentes situaciones según cual sea la edad del hijo, entendiendo que la posibilidad real de control que los padres tienen sobre sus hijos no se da por igual durante toda la menor edad. Efectivamente, no es lo mismo un niño en el estricto sentido de la palabra «*infans*» que un adolescente. Sobre el primero el control es y debe ser prácticamente total, no sólo para evitar que dañe a otros, sino incluso para impedir que lo haga a sí mismo; en cambio, no es posible ejercer ese mismo tipo de vigilancia sobre un adolescente, no sólo porque resulte impensable (138) en la realidad cotidiana, sino porque al tener una mayor capacidad es necesario (y no constituye ninguna imprudencia de los padres) darle un mayor ámbito de actuación, el que corresponda a lo normal (139) en su medio social para su edad. Por estas razones la citada jurisprudencia ha creado una nueva categoría los llamados por la doctrina francesa «*grands adolescents*» y por la italiana «*grandes menores*» (140), en la que se encuentran incluidos

(137) El antiguo art. 1.384 del Código civil francés decía: «Se es responsable no solamente del daño causado por hecho propio, sino además del causado por hecho de las personas de las que se debe responder, o de las cosas que se tienen en guarda. El padre, y la madre después de la muerte del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que vivan con ellos».

Este artículo se reformó en 1970, estableciendo la responsabilidad simultánea del padre y la madre.

(138) Como dice DE ANGEL, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pp. 63 y 64, «...la vida del sujeto a patria potestad o tutela se desenvuelve ordinariamente —se tiene que desenvolver, salvo casos de inhumanidad— en un margen tal de libertad y autonomía que nos resistimos a la fácil y apresurada conclusión de que si el menor o incapacitado produjeran un daño fue porque su padre o tutor no lo vigilaran adecuadamente».

(139) ESMEIN, en PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit civil Français*, T. VI, 1.^a parte, París, 1952, pp. 890 y 891: «... pero el padre no incurre en culpa, cuando deja a su hijo hacer lo que es habitual que un niño esté autorizado a hacer, lo que varía según la edad...».

(140) La expresión «*grandes menores*» es la traducción literal de la empleada por

aquellos cuya edad se acerca a la de la mayoría legal. Obviamente se trata de una categoría sin límites fijos, y será la propia decisión del Juez la que estimará en cada caso concreto si el menor está o no dentro de ella. Estos «grandes menores» tienen capacidad de entender y querer y el ordenamiento les concede una esfera de actuación cada vez más amplia; lo que responde a la propia realidad social de nuestro tiempo. La suma de estos dos factores hace mínimo o imposible el control que los padres pueden ejercer sobre su conducta (141).

Si bien fue la jurisprudencia francesa la pionera en este tema, también la doctrina (142) de este mismo país se muestra partidaria de esa construcción, especialmente Ollier, cuyo trabajo *La responsabilité civile des père et mère*, publicado en 1961 (es decir, bastante anterior a la reforma francesa del Derecho de familia realizada en 1970), examina exhaustivamente el artículo 1.384, párrafos 4 y 7 del Código civil francés, con las sentencias recaídas sobre el tema. Dicho autor concluye, al fin de su estudio, que la jurisprudencia francesa da distinto tratamiento, según los casos, a la responsabilidad civil de los padres por ilícito de su hijo menor: si se trata de un niño en sentido estricto, «*infans*», dado el riesgo que su propia irresponsabilidad lleva consigo, el padre responderá prácticamente siempre, y la posibilidad de exoneración que contempla el artículo 1.384 no se dará nunca (143) en la realidad; en cambio, si se trata de un adolescente, es habitual que el Tribunal exonere a los padres, salvo que se constate que haya existido una falta (en sentido civil) de los mismos.

Ante esa situación propone el citado autor un cambio legislativo que eliminaría la inseguridad del criterio judicial, estableciendo que los padres respondan de los hechos de sus hijos menores hasta un momento determinado de la minoridad, que Ollier fija en los dieciséis años (144), dejando que los daños cometidos por los mayores de esa edad sigan el régimen común.

la doctrina italiana, «*grand minori*». Quizá en castellano sería más correcto hablar de «menores mayores», pero la que utilizo me parece mucho más elocuente y por eso he optado por ella.

(141) No sería posible hoy imaginar la vida diaria de un joven, por ejemplo, de 16 años, sin un amplio margen de libertad de acción, cosa que es más que razonable, si pensamos que a los 18 años es mayor de edad, y por lo tanto plenamente capaz; con lo que no parece lógico que se le prive de una esfera de libertad adecuada a su capacidad de entender y querer que le vaya preparando para la plena capacidad.

(142) H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6.^ª ed., París, 1962, p. 208; OLLIER, *La responsabilité civile des père et mère*, París, 1961, pp. 225 y ss.; LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, París, 1982, p. 674; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, T. II, vol. 1, 6.^ª ed., 1978; ESMEIN, en PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, T. VI, 1.^ª parte, París, 1952, pp. 890 y 891.

(143) Salvo casos de fuerza mayor.

(144) También DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.^ª ed., 1985, p. 661, opinan que «...a partir de los 16 años la imputabilidad es plena».

El criterio de la jurisprudencia y la doctrina francesas han tenido buena acogida en otros países como Italia (145) y Alemania (146).

A pesar de que hace tiempo que la jurisprudencia francesa ha seguido mayoritariamente (147) la línea mencionada, creo que respecto al tema que me ocupa hay que tomar en cuenta un hecho muy importante común a la mayor parte de los sistemas jurídicos europeos: la reforma más o menos reciente (según los casos) del Derecho de familia ha cambiado básicamente el panorama del mismo. Por lo que toca a lo que aquí más nos interesa, en orden a las relaciones paterno-filiales, se ha ido produciendo un debilitamiento de la autoridad paterna (148); lo que, unido a la mayor injerencia del Estado en la educación de los menores, antes reservada casi exclusivamente a los padres, hace que la posibilidad real de éstos en cuanto a la educación y vigilancia de los hijos menores pero de cierta edad resulte muy menguada, cuando no prácticamente inexistente. No es dudoso que la responsabilidad civil de los padres por los ilícitos realizados por sus hijos menores está en íntima relación con el contenido de la patria potestad, y que no es posible entender las dos cosas separadamente. Por tanto si una de ellas cambia sustancialmente es necesario que se produzca a la vez una modificación en la otra. Así que lo adecuado hubiese sido que el legislador de cada uno de estos países, que han reformado su Derecho de familia, hubiese procedido a acoplar a continuación la normativa sobre la responsabilidad civil de los padres. Pero por la razón que sea esto no ha ocurrido en ninguno de ellos, y ha tenido que ser la práctica judicial la que ha debido subsanar el olvido del legislador.

La jurisprudencia italiana, aun cuando los preceptos que regulan la repetida responsabilidad civil en el Código civil italiano se inspiraron en el Código Napoleón, no ha tomado ejemplo de la evolución francesa, y son raras las sentencias en las que, apreciando esa situación de los menores de edad (los llamados «grandes menores») (149),

(145) Por ejemplo: BONVICINI, *La responsabilità civile*, T. I, 1971, pp. 544 y ss.; RESCIGNO, *Manuale de Diritto privato italiano*, Napoli, 1973, p. 656; PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, pp. 238 y ss.; FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983, p. 48. Y las Sentencias de: Cass. civ., 11 julio 1978, en «RCP», año 1979, vol. XLIV, Milano, 1979; Cass. civ., 30, octubre 1984; Trib. Siracusa, 10 octubre 1977; Trib. Appello Catania, 16 abril 1983. Todas éstas en «Rivista de Responsabilità civile e previdenza», año 1985, vol. I, Milano, 1985, p. 385.

(146) Donde la Sentencia, citada por PATTI, *ob. cit.*, p. 246 («BGH»), 27 noviembre 1979, en «NJW», 1980, pp. 1004 y ss), comienza una nueva línea jurisprudencial.

(147) Así gran número de Sentencias recogidas por LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, París, 1982, pp. 675 y ss.

Por supuesto también se han dictado otras Sentencias, en las que era mayor la exigencia para exonerar a los padres, pero, como menciona LE TOURNEAU, *ob. cit.*, p. 674, núm. 2093, autorizar a un niño a montar en bicicleta, era antiguamente fácilmente considerado como una imprudencia: así, ROUEN, 30 déc. 1913, S., 1914-2-225.

(148) LE TOURNEAU, *ob. cit.*, *loc. cit.*, «El debilitamiento de la autoridad paterna conduce progresiva y paralelamente a atenuar la responsabilidad de los padres, lo mismo que la evolución del modo de vida».

(149) Hay una del 11 de julio de 1978, Cass. Civ., en «Responsabilità civile e

se ha exonerado a los padres. Sin embargo, la doctrina sí que recoge la tendencia francesa, que considera acertada. Algún autor, como Patti (150), al observar que ese criterio no es atendido jurisprudencialmente, sugiere que se adecúe a la tónica de Francia, Alemania o Quebec (151); o, si eso no se lleva a cabo, modificar el Código civil italiano regulando como objetiva (152) la responsabilidad civil de los padres, puesto que es así como la exigen en realidad los Tribunales.

2. Situación en nuestro país

En nuestro país, con preceptos muy similares a los franceses e italianos (nuestro artículo 1.903 del Código civil tiene sus antecedentes directos en el artículo 1.384 del Código civil francés, que también inspiró los actuales artículos 2.047 y 2.048 del Código civil italiano), aunque con la originalidad de que parte de la regulación de la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos menores está contenida en el Código penal (lo que no afecta al punto que ahora trato), nos encontramos también con un gran cambio legal, pues en 1981 se transforma profundamente nuestro Derecho de familia sin que se modificara a la vez la responsabilidad civil de los padres.

Después de examinar la jurisprudencia recaída (153) sobre el tema

previdenza», año 1979, vol. XLIV, Milano, 1979, pp. 48 y ss. En ella se exonera a los padres de un menor que en el momento de producirse el hecho ilícito tenía 19 años (era el año 1971, y la mayoría de edad a los 18 no llegó para los italianos hasta la Ley de 8 de marzo de 1975) y vivía con la familia de su novia, aunque sin el consentimiento de sus padres. El Juez exonera a sus padres, en lugar de por su cercanía a la mayor edad, que permitiría encuadrarlo en la categoría de «grandes menores», apoyándose en la falta de convivencia con los padres (cosa que no parece tan clara, ya que la parte perjudicada alega que la convivencia con la familia de la novia fue sólo por unos días, y los inculpados no lo niegan). El Tribunal razona —que es lo que a nuestros efectos importa— que por su edad los padres no podían vigilarlo y que de su capacidad para vivir sólo es buena prueba el coche con el que se produjo el accidente lo había comprado el menor con dinero obtenido de su trabajo.

En cambio, otra Sentencia, de 8 de abril de 1975, dice que el mero hecho de tener 18 años y carnet de conducir (cosa que sólo tiene efectos administrativos) no equipara a ese menor con un emancipado y por lo tanto los padres responden por él.

(150) *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 285.

(151) También allí (su Código procede del de Napoleón) —según recoge PATTI, *ob. cit.*, p. 242— ha evolucionado la jurisprudencia en ese sentido.

(152) Aunque esta es una posibilidad muy criticada por los autores, como el mismo PATTI, *ob. cit.*, p. 284, o BONVICINI, *La responsabilità civile*, T. I, 1971, p. 546.

(153) Es incluso raro que en las Sentencias sobre actos dañosos de menores se mencione la edad de los mismos ni la de sus víctimas, cosa que resulta curiosa teniendo en cuenta además que la edad, combinada con la capacidad de discernimiento del menor, se tenía en cuenta a la hora de atribuir responsabilidad penal (y la civil correspondiente) en nuestros antiguos Códigos penales (así, Proyecto del Código penal de 1821, en su art. 21; Código penal de 1822, art. 23; Código penal de 1848, art. 8.2, y Código penal de 1870, art. 8-2.º).

Antes bien, es frecuente que las Sentencias del Tribunal Supremo digan expresamente que la responsabilidad es independiente del grado de discernimiento del menor,

desde 1980 hasta el momento actual, no he encontrado un solo caso en el que se exonerase a los padres o al menos se moderase la responsabilidad de éstos por las razones que antes he mencionado.

En cuanto a la doctrina, no se ha ocupado ningún actor específicamente de este punto, aunque alguno, como primero León González (154) y más recientemente Pantaleón (155), se acercan al tema. Opina el segundo que «En el campo de la responsabilidad civil extracontractual deben diferenciarse dos supuestos: a) El menor causante del daño es capaz de culpa civil. Supuesto éste en que los padres deben responder del daño salvo que prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenirlo. El menor, por su parte, debe responder también del daño solidariamente con aquél o aquéllos en base a lo dispuesto en el artículo 1.902.b). En cambio, el menor civilmente inimputable sólo responderá subsidiariamente cuando no tenga padres o éstos sean insolventes, o cuando hayan conseguido exonerarse porque emplearon la diligencia necesaria». Pantaleón, aunque sin entrar de lleno en el tema que estoy tratando, sí que señala (como León) la transcendencia de la edad, no por ésta en sí, sino como exponente de la imputabilidad o inimputabilidad civil. También García Vicente (156), aunque sin profundizar, pues no es éste el tema central de su trabajo, señala que «Una de las circunstancias más importantes, a la hora de apreciar qué diligencia era exigible al padre, es la edad». Luego continúa este autor exponiendo algunos casos de jurisprudencia francesa en que se toma en cuenta esa circunstancia, observando que la jurisprudencia española no la ha recogido explícitamente, aunque (según él) lo tiene en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1962 (157).

Lacruz (158) intuye algo de lo que aquí trato cuando dice: «La diligencia exigible para librarse de responsabilidad en los casos en que la ley lo permite es la que estima la gente que debe emplear

como hacen entre las últimas las de 10 de marzo de 1983 y la de 22 de septiembre de 1984.

(154) *La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad*, en «Estudios en honor del Profesor Castán», vol. VI, Pamplona, 1968, pp. 305 y ss.

(155) En Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1983, en «Cuaderno de Jurisprudencia civil Civitas», núm. 2, pp. 452 y ss.

(156) *La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración*, en «ADC», T. XXXVII, fascículo IV, octubre-diciembre 1984, p. 1042.

(157) Por mi parte, no encuentro en dicha Sentencia trazas de que en ella se tenga en cuenta la edad de los menores. Se trataba de dos menores (no se dice de qué edad), que disparando una escopeta de aire comprimido hieren en un ojo a un mayor de edad, ocasionándole la pérdida total de la visión en dicho órgano. La víctima cifra «la indemnización que solicitaba en la cantidad de 500.000 pesetas, o en la que se determinara en ejecución de Sentencia». El Juez de Primera Instancia condena a abonar 27.209 pesetas en concepto de daños y además al abono de los perjuicios que se fijasen en la ejecución de la Sentencia. La Audiencia confirma la Sentencia, y el Tribunal Supremo no admite el recurso de casación sin que en los considerandos en que basa dicha decisión se mencione para nada moderación alguna.

(158) *Ob. cit.*, p. 580.

un padre de familia cuidadoso, un maestro diligente, etc., pero nada más: un guardador no podría limitar desusadamente la autonomía de las personas que custodia y educa. La regla acaso podría aplicarse en los accidentes causados por adolescentes que circulan en bicicleta o en velomotor, entendiéndose que no constituye negligencia del padre autorizar a su hijo a usar prudentemente tales vehículos (si consta la habitual prudencia del hijo), necesarios a veces, por ejemplo, para ir a la escuela o el trabajo».

Albaladejo (159), hablando ya más en concreto de la edad, estima que «...da lo mismo que el vigilado tenga o carezca de discernimiento, pues, aun en este caso, estima la ley que en principio una vigilancia adecuada habría evitado el daño». Esta opinión parece opuesta a todo lo que estoy diciendo en este apartado; pero resulta aceptable, matizándola a base de puntualizar *en cada caso la vigilancia adecuada exigible, de acuerdo con la edad y circunstancias del menor*. Esa vigilancia debe ser más exigente si se trata de un niño que si se trata de un adolescente.

Hablando de la patria potestad, Díez-Picazo (160) comenta: «el artículo 154 del Código civil dice que los padres tienen potestad sobre los hijos no emancipados y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad. Esta obligación de obediencia será de fácil realización cuando el obligado es un niño pequeño, al que se puede dar un cachete, pero no es fácil hacer efectiva la obligación con un muchacho de dieciséis años».

La situación española es, en cuanto a los preceptos legales que regulan el tema, muy similar a la del resto de los países europeos, como ya hemos dicho más arriba. Aunque los autores que he mencionado toquen algo de él, ninguno se ha ocupado concretamente de ese extremo. La jurisprudencia de nuestro país aplica, como la italiana (161), una responsabilidad prácticamente objetiva, sin que ese sea

(159) *Ob. cit.*, p. 495.

(160) *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 35.

(161) Más dura es aún la línea jurisprudencial española que la italiana, ya que ésta, al menos en ocasiones, a pesar de que no sea esa su posición habitual, exonera a los padres porque no faltaron a sus deberes de vigilancia y educación de los menores. Por ejemplo, S. Cass. civ. de 30 de octubre de 1984. En un pueblo, un niño de 10 años, al salir de la escuela, en lugar de dirigirse directamente a una clase particular que recibe después de aquélla, pasea lanzando piedras al aire con un tirador, con tan mala fortuna que una de ellas alcanza en un ojo a otro menor que se encontraba en la terraza de su casa, ocasionándole importantes lesiones. El Tribunal exoneró a los padres porque apreció que la educación dada al niño era la correcta, y que tampoco había falta del deber de vigilancia, pues era perfectamente aceptable que a la edad del niño y en un medio rural volviese solo de la escuela. En cambio, en España desconozco la existencia de Sentencias exoneratorias. Aunque GARCÍA VICENTE (en *ob. cit.*, pp. 1051 y 1052) mencione que en los delitos sexuales quiebra la línea objetivista de nuestra jurisprudencia, no es así exactamente. El supuesto que menciona (Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 1961) se refiere a un delito (estupro) cometido por un menor de edad, mayor de 16 años, en cuyo caso claro

—creo— el sentido de los artículos 1.903 del Código civil y 20 del Código penal. Incluso afirma en varias ocasiones, como, por ejemplo, en la Sentencia de 22 de septiembre de 1984, que «la responsabilidad dimana de omisión propia del padre, madre o tutor de dicho deber de vigilancia, con independencia del nivel de discernimiento del que se encuentra in potestate».

Tras la reforma del Código civil en materia de familia, es claro que se ha producido una disminución en la autoridad paterna, al menos de como se entendía ésta en el momento de la promulgación del Código.

El antiguo artículo 156 del Código civil, desarrollando los efectos de la patria potestad sobre los hijos, decía: «El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Asimismo, podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el visto bueno del Juez, para que la detención se realice...»

En cambio, tras la reforma mencionada de 1981, ese largo artículo no tiene ya tal contenido, y tan sólo el actual artículo 154 del Código civil, tras decir (cosa que no se mencionaba antes de 1981) que «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad...» (161 bis), menciona en su último párrafo simplemente que «los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos».

Junto a este debilitamiento de la autoridad paterna, la reforma toma en cuenta en multitud (162) de ocasiones la opinión del menor desde los doce años, y eso lo hace porque considera que dicho menor tiene ya cierta madurez (162 bis), que es la que aconseja tomar en cuenta su opinión.

está que no prospera la responsabilidad civil del padre, pero no por la naturaleza sexual del ilícito penal, sino pura y simplemente por la edad del menor y el juego de los arts. 8, 19 y 20 del Código penal.

(161 bis) Lo dicho en este artículo no es más que el desarrollo del art. 10.1 de la Constitución española de 1978.

(162) Como ejemplo de lo dicho sirve lo recogido en los artículos 21-2.º, 92, 154, 162, 165-1.º, 273 del Código civil, etc.

(162 bis) Precisamente por esa madurez, ese «gran menor» no tiene por qué ser más peligroso que un adulto.

Si esto es así en los textos legales, lo es mucho más en la realidad social, que, como siempre, va por delante de las normas, y concede cada vez mayor ámbito de independencia a los menores.

Se puede concluir que hoy en día los menores, especialmente los «grandes menores», gozan, tanto en el plano social como en el jurídico, de un campo de actuación mucho mayor que el que tenían al entrar en vigor el Código civil y el penal. Es lógico, pues, que las normas sobre responsabilidad civil por los actos ilícitos realizados por esos mismos menores, que se basan en la posibilidad de padres y tutores de control sobre ellos, se adecúen a la situación actual.

3. Algunas soluciones posibles

Nuestros textos legales sobre responsabilidad extracontractual de los padres, tanto los contenidos en el Código civil como en el Código penal, no hacen referencia a distintas edades dentro de la minoridad ni a diversas categorías dentro de ésta por razón de aquéllas. A pesar de ello, creo no sólo posible, sino obligado, que la jurisprudencia aprecie en sus decisiones las diversas situaciones dentro de la menor edad y esa categoría de «grandes menores».

Las razones de fondo son las que antes he mencionado. Se ha modificado el Derecho de familia y, dentro de él, la relación de patria potestad. A la vez, la autoridad de los padres, y por ello su posibilidad de controlar a los hijos, ha ido decreciendo paulatinamente. Es preciso, en consecuencia, reformar la responsabilidad civil de los padres; pero no se ha hecho. Es a la jurisprudencia a la que toca «desfacer el entuerto», mientras que no se modifique la normativa legal sobre responsabilidad civil, en ese sentido de adecuar la diligencia debida de los padres al menor concreto de que se trate.

Por el contrario, de una forma errónea a mi modo de ver, nuestros Tribunales han transformado la responsabilidad de los padres en una responsabilidad objetiva, como la del artículo 1.905 del Código civil, puesto que hacen imposible la prueba de que se actuó con la diligencia debida.

Si se mantiene semejante criterio (que, insisto, creo equivocado), lo procedente, como han señalado Patti (163) en Italia y Rogel Vide (164) y Lacruz (164 bis) en España, sería modificar el artículo 1.903 del Código civil, recogiendo en él esa objetivación de la responsabilidad.

(163) *Ob. cit.*, p. 285.

(164) ROGEL, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, p. 140.

(164 bis) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, 2.ª ed., 1985, p. 568.

A tenor del artículo 3.º del Código civil, el Juez está obligado a interpretar las normas en «relación con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo a su espíritu». Lo que en nuestro caso obliga a tener en cuenta esa realidad incontrovertible de la reducida posibilidad de los padres de vigilar y educar (165) a sus hijos menores de *cierta edad*, y a no olvidar la relación directa que las normas sobre responsabilidad civil de los padres tienen con las facultades de éstos (166) para controlar a sus hijos menores.

El mismo artículo 3 del Código civil, en su segundo párrafo, dice que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas. Lo que exige que, aun tomando en cuenta la situación de la víctima a la que es justo indemnizar, ello se haga dentro de los límites de no crear nuevas víctimas a las que nadie indemniza, los padres. Aunque el mismo artículo 3 en su segundo párrafo, in fine, puntualice que «las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella [la equidad] cuando la ley expresamente lo permita», ello no es óbice para que los Tribunales fallen en este punto de acuerdo con la equidad, ya que el artículo 1.103 del Código civil, hablando de las obligaciones en general (bajo la rúbrica «De la naturaleza y efectos de las obligaciones»), dice que «la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, pero podrán moderarse por los Tribunales según los casos». Este artículo es aplicable *a toda clase de obligaciones*; por lo tanto, también a las extracontractuales que carecen de regulación específica en este punto. Pero es que, además, es doctrina continuada del T.S. que este precepto es aplicable a las obligaciones extracontractuales. Así se pronuncian, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 octubre 1981 (167), 27 junio 1983, 25 marzo 1980, 19 junio 1984, 18 octubre 1983, 22 febrero 1985, 15 diciembre 1984, etc.

Sin embargo, en las sentencias en las que se habla de moderar la responsabilidad extracontractual y se cita como fundamento el artículo 1.103 del Código civil (véanse, por ejemplo, las que acabo de citar), no se trata realmente de supuestos en que el Tribunal Supremo realice dicha función moderadora, sino que son casos en que el resul-

(165) No es que no exista esa posibilidad, pero con una vigilancia bastante más reducida.

(166) Díez-PICAZO, *Derecho y familia*, Madrid, 1984, p. 181, «El padre es responsable de los perjuicios que causan los hijos menores de edad que viven en su compañía; es verdad que el inciso final del art. 1.903 modula la responsabilidad haciéndola cesar cuando se pruebe que se ha observado la diligencia necesaria para prevenir un daño. Mas no por ello deja de ser cierto que el art. 1.903 está presuponiendo un padre que controla todo lo que ocurre dentro de su familia, y que tiene en su mano los resortes necesarios para que las cosas ocurran o no ocurran».

(167) La Sentencia de 13 de octubre de 1981 dice al principio de su primer considerando que «...afirmada por la Sentencia impugnada la realidad del daño sufrido por el demandante en los bienes de su propiedad y el alcance del mismo, moderado conforme a la facultad que los Tribunales concede el art. 1.103 del Código civil, *aplicable a la responsabilidad, sea o no contractual, nacida de negligencia...*».

tado dañoso se produjo por la conducta ilícita de varias personas, es decir, que existió concurrencia de culpas. Por lo tanto, el Tribunal no modera nada; se limita a atribuir a cada uno de los responsables la parte de culpa que le corresponda. Si uno de ellos resulta ser la víctima del daño, como éste se debió, en parte, a su propia culpa, al monto de la indemnización que le correspondería percibir habrá que restarle la parte de a su participación en el resultado dañoso.

El artículo 1.103 del Código civil no es preciso ni está pensado para fundamentar esa distribución de la indemnización por la concurrencia de culpas. Puede permitir, en cambio, que el Juez, aunque haya un único culpable, apreciando las circunstancias del caso, modere la responsabilidad. Una de esas circunstancias se da cuando los autores del ilícito son «grandes menores».

Por otra parte, conviene señalar que hasta el momento presente el Tribunal Supremo ni siquiera ha aplicado la concurrencia de culpas al caso de los padres que responden por el ilícito de sus hijos menores. Sin embargo, curiosamente nuestro más alto Tribunal la aplica sistemáticamente a otros casos de responsabilidad extracontractual: por ejemplo, en el de hechos de dependientes. Incluso lo hace de forma explícita en sentencias en las que la víctima era un menor.

En efecto, la sentencia de 27 junio 1983 contempla el supuesto siguiente: unos niños de edades comprendidas entre los once y los catorce años sustrajeron un artefacto de plástico y unas bengalas de una caseta donde se almacenaban efectos de pirotecnia producidos en una fábrica inmediata a la misma. Uno de los niños, de doce años, manipulando el artefacto, lo golpeó con una piedra, produciendo una explosión, lo que originó al referido menor la amputación traumática de su mano izquierda. En el momento de los hechos, la finca donde se encontraban instaladas fábrica y caseta no estaba vallada totalmente, puesto que la cerca existente estaba deteriorada en varios puntos, y la puerta de la caseta no se encontraba cerrada. El padre del menor herido formula demanda en base al artículo 1.902 para reclamar los daños y perjuicios sufridos por su hijo. El Juez de primera instancia desestima la demanda; la Audiencia confirma la sentencia, y el padre interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia, estimando en parte la demanda.

El Tribunal Supremo estima en su quinto considerando que «de lo razonado (anteriores considerandos) resulta que cooperaron a la producción del evento dañoso las culpas concurrentes de manera sucesiva, imputables, respectivamente, a la entidad demandada y al menor lesionado... No es dable predicar una total absorción de la culpa de la entidad demandada, en razón sobre todo del riesgo que su industria comporta, por aquella otra atribuible a la actuación de un niño de doce años de edad, se está en el caso de haciendo aplicación

de lo que al respecto autoriza el artículo 1.103 del Código civil, moderar la indemnización reclamada en la demanda» (168). Aquí el Tribunal Supremo sí que toma en cuenta la edad del menor y su malicia —los niños entraron procurando no ser vistos por los operarios— y aprecia concurrencia de culpas.

En el mismo sentido cabe citar la Sentencia 17 diciembre 1986. Un ciclista de quince años fue atropellado por un camión, falleciendo aquél a consecuencia de las heridas sufridas. La sentencia toma en cuenta «el comportamiento culposo de la propia víctima cogeneradora del daño», apreciando así la existencia de concurrencia de culpas del conductor del camión y del ciclista, y disminuyendo, por tanto, «sensiblemente la cantidad a satisfacer» en concepto de daños.

El no utilizar la posibilidad de apreciar la concurrencia de culpas puede llevar en algún caso a que la responsabilidad civil exigida a padres o tutores ex artículo 1.903, por hecho ilícito de sus hijos o pupilos, sea mayor que la que se exigiría a tenor del artículo 1.902 a aquellas personas si hubieran sido ellos los autores materiales del mismo hecho ilícito. Supongamos que varias personas mayores de edad con ánimo de juego se dedican a lanzarse piedras entre sí, una de ellas hiere a uno de los jugadores habiendo sido posible determinar quién la lanzó. Se le exigirá a éste responsabilidad civil ex artículo 1.902, pero los Tribunales en este caso aplicarían sin duda el artículo 1.103, ya que la conducta imprudente de la víctima colaboró al resultado dañoso. En cambio, si la pedrea se produce entre un grupo de menores —pongamos que de doce a catorce años— en las mismas circunstancias, el padre o tutor del que lanzó la piedra responderá ex artículo 1.903 de los daños causados, y responderá totalmente, ya que en nuestra jurisprudencia no se aplica el artículo 1.103 si el que produjo el daño es un menor. Se trata de un resultado absolutamente injusto, puesto que no es admisible que, sea como sea, se exija mayor responsabilidad civil por el hecho ilícito realizado por persona de quien se responde por el mismo hecho realizado por el propio responsable.

Además de la oportunidad de apreciar la concurrencia de culpas en los casos de los artículos 1.903, párrafos 2.º y 3.º del Código civil y 20 del Código penal, utilizando el artículo 1.103 del Código civil en el sentido que le es propio, hay que mantener, tomando en cuenta todo lo dicho hasta ahora sobre los «grandes menores», que sería necesario seguir la línea de la jurisprudencia francesa. Si el ilícito civil o penal que causó los daños fue realizado por un «gran menor», es lógico que se pueda exonerar, en su caso, a los padres o guardadores de la responsabilidad que les imponen los artículos 1.903 del Código civil y 20 del Código penal.

(168) El texto, aunque de redacción extraña, es literal.

Dicha exoneración no chocaría ni con la letra ni con el espíritu de ambos preceptos, pues los mismos permiten esa exculpación cuando se empleó toda la diligencia de un buen padre de familia. La forma de determinar cuál sea la diligencia exigible es la de constatar cuál *debe y puede* ser ésta en cada caso. En el de los «grandes menores» será la que permita la propia autonomía del menor, que la ley y la propia sociedad han venido ampliando. De acuerdo con estas premisas, en muchas ocasiones el padre podrá exonerarse, ya que, de acuerdo con la edad y circunstancias (169) del menor, no podrá decirse que existió por parte de aquél una conducta negligente.

Ya he dicho más arriba que la de los «grandes menores» es una categoría que carece de límites fijos, no es posible determinar previamente con exactitud desde qué edad se entra en ella. Son varios los factores que hay que tomar en cuenta para averiguarlo en cada caso, y en última instancia es al Juez al que corresponde apreciarlos.

En el trabajo de Ollier (170), repetidamente citado, proponía este autor como edad, a partir de la cual los padres no respondían civilmente de los ilícitos de sus hijos menores, la de los dieciséis años. Seguramente hoy habría que rebajar el listón en algunos casos. Téngase en cuenta que en la fecha del trabajo de Ollier (171), 1961, la mayoría de edad estaba situada en los veintiún años, y que en el tiempo transcurrido desde entonces hasta ahora la evolución social en el sentido más arriba mencionado ha sido especialmente intensa.

Hay que tomar en cuenta, además, que la edad del menor no es criterio único para exculpar o no a los padres, sino que hay que ponerla en relación con la actividad que éstos le permitan y que ocasiona el daño. Así, quince años es edad suficiente para que los padres de un muchacho permitan a éste circular en bicicleta, sin que ello pueda considerarse por su parte una actitud negligente en un medio rural. En cambio, lo mismo en Madrid puede considerarse una imprudencia.

Si es la propia sociedad la que permite, e incluso impone, una mayor autonomía a los menores que han alcanzado cierta edad y cierta madurez, no es aceptable en modo alguno que los riesgos provocados por esa actitud de toda la comunidad (172) social recaigan sólo

(169) Por ejemplo, la permisividad de los padres, en cuanto a que el niño vaya solo al colegio a determinada edad, puede ser irrepachable en un medio rural y una clara imprudencia si se da en un medio urbano. Así lo opina la Sentencia de 26 de junio de 1984, del Tribunal italiano de Cass. civ., en «Rivista de Responsabilità civile e previdenza», vol. L, 1985, p. 387.

(170) *La responsabilité civile des père et mère*, París, 1961, p. 226.

(171) *Ob. cit.*, loc. cit.

(172) Como dice BONVICINI, *ob. cit.*, p. 546, para el sistema italiano «existe un concepto de riesgo lícito que presupone una cierta confianza sobre una autosuficiencia y un autocontrol del mismo joven, por lo que serían hoy injustas las aplicaciones de los arts. 2.047-1.º y 2.048 (arts. que regulan la responsabilidad civil de los padres

sobre los padres, a los que esa misma comunidad ha impedido tener un control más efectivo sobre sus hijos menores, en lugar de recaer sobre toda la sociedad (incluidas las víctimas de los daños).

Parece lo más razonable no fijar una edad determinada, sino una banda amplia que comprenda desde la salida de la infancia y comienzo de la adolescencia hasta el momento en que se alcance la mayoría de edad. Dicha banda podría situarse, pues, entre los doce y los dieciocho años.

Los Tribunales deberían moderar en algunos casos la responsabilidad de los padres o incluso exonerarles de ella cuando se puede probar que *utilizaron toda la diligencia que un buen padre de familia podía poner dadas las circunstancias, y muy especialmente la edad de sus hijos*.

Todo lo dicho en este apartado podría decirse también si se trata de tutor y pupilo, ya que, evidentemente, también el tutor responde de su pupilo porque tiene sobre él unas facultades que le permiten controlarlo. Y si es cierto que la autoridad paterna se ha debilitado, la situación con respecto a la del tutor no es diferente.

El tema importantísimo de quién responde por los daños causados por ese «gran menor» si se modera la responsabilidad de los padres o incluso se les exonera, de acuerdo con lo que he expuesto más arriba, se resuelve como en los casos en que no existe padre o guardador, o éste es insolvente: responde el propio menor con sus bienes (173). en base a los artículos 1.902 del Código civil y 20 del Código penal por analogía. En el supuesto de que el menor carezca de bienes que, seguramente, será lo que suceda con más frecuencia, está claro que la víctima se quedará sin indemnización. Ello es lamentable, pero no más que lo es el que esto mismo suceda cuando el daño lo causó un mayor de edad insolvente (174). Lo que está claro es que, como dice Blanc (175), «la jurisprudencia ha confundido a menudo a los padres de los menores con una compañía de seguros de automóviles».

y tutores en el Código civil italiano), que no tuvieron en cuenta el cambio de la realidad social, en el ámbito de la cual se encuentra encuadrada la diligencia debida «in educando» y «in vigilando».

(173) Sobre el tema de cómo y cuándo responde el menor con su patrimonio ver apartado VI.

(174) En esta línea se manifiesta PANTALEÓN, en Comentario a la Sentencia de 22 de septiembre de 1984, en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil», núm. 6, p. 1990.

(175) *La responsabilité des parents*, París, 1952, p. 3.

V. LA RESPONSABILIDAD DE PADRES Y TUTORES POR LOS ILICITOS REALIZADOS POR SUS HIJOS O PUPILOS: ¿DIRECTA O SUBSIDIARIA?

1. La responsabilidad del artículo 1.903 del Código civil

La redacción del citado artículo nada nos aclara al respecto. Veamos, pues, los antecedentes del mismo para ver si arrojan algo de luz sobre este punto.

García Goyena, en su comentario al artículo 1.901 (176) del Proyecto de 1851 (artículo equivalente al actual 1.903 del Código civil), tratando del carácter de la responsabilidad civil que en el mismo se recoge, dice: «...Pero téngase presente el artículo 18 del Código penal [al Código penal al que hace referencia García Goyena es obviamente el entonces recién promulgado de 1848]. En él se declara *subsidiaria* la responsabilidad civil de los amos, maestros y personas dedicadas a cualquier género de industria por los delitos o faltas de sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de su obligación o servicio. *Subsidiaria*, pues, debe ser también la responsabilidad civil en los casos de los párrafos 4 y 5 de este artículo (177), porque no debe ni puede ser más fuerte e intensa la responsabilidad por *simple culpa o negligencia* que la procedente de *falta o delito*. Por la misma razón debe reputarse aquí *subsidiaria* la responsabilidad de los padres y tutores, pues que lo es según el número 2 del artículo 16 del Código penal». Efectivamente, el artículo 16.2 del Código penal de 1848 decía: «En los casos de los números 2.º y 3.º (178) responderán con sus bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley. Si no tuvieren bienes, responderán sus padres o guardadores en la forma expresada en la regla primera...» (179).

(176) «La obligación expresada en el artículo precedente [el 1.900 del Proyecto, que es el equivalente al actual 1.902] no se limita a la reparación de los perjuicios ocasionados por un hecho propio, sino que se extiende a la de los causados por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia, o por las cosas de que uno se sirve o tiene a su cuidado. En su consecuencia, el padre y la madre viuda son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad, y viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y en su compañía. Esta disposición se extiende a los curadores de los locos o dementes...». Art. 1.901, proyecto de Código civil de 1851.

(177) Los párrafos 4.º y 5.º del art. 1.901 del proyecto de 1851 decían así: «Lo son igualmente [responsables] los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus domésticos en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados. Y lo son, por último, los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia».

(178) Se refiere a los núms. 2.º y 3.º del artículo 8 del Código penal, que declara quiénes están exentos de responsabilidad criminal: 2.º El menor de 9 años, y 3.º El mayor de 9 años y menor de 15, a no ser que haya obrado con discernimiento».

(179) «Son responsables civilmente... a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia».

Pero sucede que este sistema de responsabilidad directa de los menores y subsidiaria de sus padres o tutores *no* era el que en el mismo artículo 16 número 1 del Código penal de 1848 se establecía para el caso de los locos o dementes, pues en este supuesto la responsabilidad de los guardadores era *directa*: «1.ª) En el caso del número 1.º son responsables civilmente por los hechos que ejecuten los locos o dementes, las personas que los tengan bajo su guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia». El artículo 16 del Código penal de 1848 establecía, pues, un sistema diferente para los que respondieran por menores (padres o tutores) —responsabilidad directa de los menores y subsidiaria la de los padres o tutores— y para los que respondieran de locos o dementes (personas que los tuvieran bajo su guarda legal), responsabilidad directa de los guardadores, y si éstos no existieran, del propio loco (180).

Goyena no toma en cuenta esta diversidad de regímenes. Parece como si entendiera que esa subsidiariedad alcanza a todos los supuestos del artículo 1.901 del Proyecto de 1851 (181), pues así lo señala en el Comentario al artículo 1.905 (182) del Proyecto, equivalente a nuestro actual 1.904. El comentario de García Goyena a este artículo dice: «Pero la acción que aquí se concede espresamente a los amos no puede negarse a todos los demás responsables por el artículo 1.901, porque todos lo son subsidiariamente, según he observado en los comentarios del mismo». Téngase en cuenta que en el artículo 1.901 del Proyecto, en cuanto nos interesa, habla de que «...el padre y la madre viuda son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y en su compañía. Esta disposición se entiende *a los curadores de los locos o dementes*». Así que todo parece indicar que Goyena olvidó el diverso tratamiento que daba el Código penal de 1848 a menores, por una parte, y a locos o dementes por otra, aplicando, con el único (y falso) argumento de que así lo hacía el Código penal, el régimen que éste establecía únicamente para los menores (sometidos a tutela o a la autoridad de sus padres) tanto a los menores como a los dementes.

García Goyena basa, pues, toda su argumentación de la subsidiariedad de la responsabilidad de padres y tutores, y también (aunque

(180) Art. 16 del Código penal de 1848, regla 1.ª, 2.º párrafo: «No habiendo guardador legal, responderá con sus bienes el mismo loco o demente, salvo el beneficio de competencia *en la forma que establece el Código civil*». Lo que he subrayado lo hago porque en aquel momento aún no había Código civil.

(181) Ya que cuando en el comentario al art. 1.901, dice que la responsabilidad de padres y tutores es subsidiaria, no menciona para nada (ni tampoco, claro, para excluirla de ese régimen) a la de los guardadores de locos o dementes, y eso me hace pensar que no se dio cuenta de que el Código penal de 1848, no imponía el mismo régimen para todos los casos.

(182) «El que satisface el importe de los daños causados por sus domésticos o dependientes adquiere acción para repetirlo contra el dependiente o doméstico que resulta verdaderamente culpable por su falta o negligencia».

erróneamente) la de los guardadores de los locos, en una única y exclusiva razón, que ese era el criterio del Código penal en el mismo punto y que es un absurdo dar tratamiento más duro a la responsabilidad civil procedente de ilícito civil que a la procedente de ilícito penal. Esto —repito— era admisible en el caso de los menores, pero no para locos o dementes.

Pero es que en 1870 se reforma el Código penal y justamente el tema de la responsabilidad civil cambia totalmente en cuanto a los menores, a los que el nuevo artículo 19 del Código penal va a dar el mismo trato que daba el derogado Código de 1848 a los locos o dementes, es decir: «1.^a) En los casos 1.º, 2.º y 3.º son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco o imbécil y el menor de quince años que no haya obrado con discernimiento, los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia». Y es precisamente este nuevo Código penal el que está en vigor cuando se termina el Proyecto de Código civil de 1882-88, y también al promulgarse por fin el Código civil de 1889. Ambos textos nada aportan en cuanto a que pretendan imponer para padres y tutores únicamente una responsabilidad subsidiaria, y, si el argumento manejado por García Goyena era el de que así lo establecía el Código penal, dicho argumento cae desde el momento en que el Código penal vigente al tiempo que ultimaban los trabajos preparatorios del Código civil y al momento de la promulgación de éste establecía que dicha responsabilidad no era subsidiaria, sino directa. Siendo esto así en el momento en que se promulgó el Código civil, y, no habiendo variación alguna al respecto, cabe afirmar que hoy sigue siendo directa y no subsidiaria la responsabilidad de padres y tutores por los actos ilícitos de naturaleza civil realizados por sus hijos o pupilos, menores o incapacitados.

2. La responsabilidad del artículo 20 del Código penal. La aplicación del artículo 1.903 del Código civil al menor, mayor de dieciséis años, que haya cometido un ilícito penal.

Históricamente, esa responsabilidad fue en un principio subsidiaria para el supuesto de los menores, y directa para los guardadores de los locos (ver Código penal 1822, artículo 27, y Código penal 1848, artículo 16) (183). Después, con el Código penal de 1870 (184) desa-

(183) Art. 27 del Código penal de 1822, «...el padre, abuelo o bisabuelo, respecto de los hijos..., entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente... Tercero: Los tutores y curadores... respecto de los menores de 17 años... en cuanto no alcancen los bienes que a éstos pertenezcan... Los obligados a *guardar a la persona del que esté en estado de demencia o delirio* respecto del daño que éste cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia...». Art. 16 del Código penal de 1848 «En el caso del núm. 1.º [el loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón] son responsables de las personas que los tengan bajo su guarda legal, a no hacer constar que no hubo por parte culpa

parece la subsidiariedad prevista para el caso de los menores, que pasa a ser directa como la de los guardadores de los locos; carácter que han conservado ambas responsabilidades hasta hoy en el artículo 20 del Código penal vigente. La afirmación que acabo de hacer está relacionada con un importante problema: el de si la responsabilidad civil del menor de edad, mayor de dieciséis años, por los daños ocasionados al cometer una falta o delito, solamente puede reclamarse al mismo menor, o si puede también exigirse a los padres o tutores de éste.

Si esta responsabilidad se rige, como estimo, tan sólo por las normas contenidas en el Código penal, teniendo en cuenta que, según el artículo 20-1.^a, los padres y tutores responden civilmente por los hechos ilícitos de naturaleza penal que hayan realizado sus hijos o tutelados, que carecen de responsabilidad penal, y que el artículo 8 del mismo Código penal dice que, entre estas personas, se encuentran los menores de dieciséis años, parece que se puede concluir que dicha responsabilidad penal alcanzará única y exclusivamente al propio menor, mayor de dieciséis años, sin que quepa por tanto dirigirse, ni siquiera en forma subsidiaria, contra los padres o tutores de éste.

En cambio, si se admite la posibilidad de aplicar al supuesto del menor, mayor de dieciséis años que haya causado daños cometiendo un ilícito penal, el artículo 1.903 del Código civil, podría entenderse que responderán sus padres o tutor si él resultara insolvente.

En la doctrina no existe una opinión unánime en cuanto a la solución de este problema. Se puede decir que la opinión mayoritaria es la de estimar que los padres, por un camino o por otro, responden también de los daños nacidos de ilícito penal cometido por un mayor de dieciséis años y menor de dieciocho. A mi juicio, en ese caso, los padres o tutores carecen absolutamente de responsabilidad.

Alonso Prieto (185) dice que el Código penal, guardando silencio sobre este problema, ha provocado la desorientación que hoy padecemos, y analiza a continuación las posibles soluciones (186) que la cues-

ni negligencia... 2.^a En los casos de los números 2.^o y 3.^o [menores de 9 años y mayores de 9 y menores de 15, a no ser que hayan obrado con discernimiento] responderán con sus propios bienes los menores de 15 años que ejecuten el hecho penado por la ley... Si no tuvieren bienes, responderán los padres o guardadores en la forma expresada en la regla 1.^a [es decir, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia]...».

(184) Art. 19 del Código penal de 1870.

(185) *Derecho sustantivo privado: por qué no están los padres en el art. 22 del Código penal*, en «Estudios de Derecho de la circulación», Gijón, 1972, p. 21.

(186) Dice ALONSO, *ob. cit., loc. cit.*, que: «1.^o El art. 22 del Código penal silencia a los padres porque los exonera de responsabilidad. El silencio es expresivo de radical y definitiva exclusión. Los padres, como tales padres, no son nunca responsables de las consecuencias civiles derivadas de ilicitudes penales cometidas por los hijos en potestad mayores de edad penal.

2.^o Los silencia, pero no los excluye. La omisión del art. 22 lo único que significa es que la responsabilidad no puede acordarse en el proceso penal, sino en el nivel

ción le sugiere. Finalmente, opta por pensar que, aunque el artículo 22 silencia a los padres a la hora de enumerar responsables subsidiarios, eso no es obstáculo para poder acudir a las normas del Código civil. Fundamenta este autor su opinión de que los padres y tutores responden subsidiariamente, por los daños causados por el delito o falta de un mayor de dieciséis años y menor de dieciocho que haya resultado insolvente, en dos argumentos: en cualquier caso se trata de responsabilidad civil y las condiciones sustantivas de la responsabilidad contenidas en uno y otro artículo (22 del Código penal y 1.903 del Código civil) son idénticas (187).

Soto Nieto (188) observa «una diferencia o falta de correlación entre sendas regulaciones penal y civil», y considera que es posible reclamar daños y perjuicios al padre o guardador del mayor de dieciséis años, menor de dieciocho, insolvente, ex artículo 1.903.

La argumentación (189) de Soto Nieto parte de la eficacia general

subiguiente. Este punto de vista lo que en definitiva viene a sostener es que se trata de acciones no acumulables a la penal, en función de la diversidad de supuestos en que se asientan respectivamente el art. 22 del Código penal y el 1.903 del Código civil, fundamentalmente en lo tocante al principio de responsabilidad y al modo de anudarse, objetiva y subsidiaria en un caso, subjetiva y directa en el otro.

3.º Los silencia, pero los incluye tácitamente, los comprende.

4.º Los silencia, pero ello no es obstáculo para acudir a las normas del Código civil. En este sentido, el artículo 22 no significa una exclusión, sino una duplicidad parcial, innecesaria y perturbadora. Por otra parte, las condiciones sustantivas de responsabilidad del artículo 22 y las del 1.903 son rigurosamente idénticas».

(187) *Ob. cit., loc. cit.* Dice ALONSO textualmente: «a) Que la fuente de la obligación es el hecho ilícito, y en este sentido la penalidad es una calificación inocua en la configuración sustantiva de aquella obligación, porque las condiciones sustantivas de responsabilidad civil nada tienen que ver con la adjetivación del ilícito; b) Que la penalidad es operante en materia de competencia y procedimiento, pero sólo en estos dos aspectos, y c) Que el contenido del art. 22, en lo tocante a las condiciones sustantivas de responsabilidad, es idéntico al 1.903, salvo en un matiz, y en consecuencia, la omisión de la relación padre-hijo en aquél no es quizá, más que una imprevisión, no una exclusión, no una definición; acaso sea una remisión. En conclusión, ha de allegarse a la afirmación fundamental de que la obligación de resarcir es una consecuencia de la ilicitud del hecho. La especificidad penal no añade ni resta nada a la configuración de aquella obligación. Lo que cuenta es el daño privado y su reparación. Que además la acción constituya un atentado a los intereses públicos, eso es cosa que tiene que ver con la represión, con la pena, no con el derecho de resarcimiento».

(188) *La responsabilidad civil del ilícito culposo*, Madrid, 1982, pp. 199 y ss.

(189) SOTO NIETO, *ob. cit., loc. cit.*, opina que: «La remisión general a las disposiciones del Código penal llevada a efecto por el artículo 1.092 del Código civil no supone que el legislador de 1888 incurriese en un espejismo. Quiso, de un lado, respetar regulaciones futuras que aquel texto sancionador pudiera acoger, y, de otro, respetar y otorgar preferencia a esta ordenación específica de la responsabilidad civil *ex delicto*, contando con que, en lo demás, habría de prevalecer la general proyección aplicativa del Código civil. Todo ello nos lleva como de la mano a la conclusión de que, fuera y además de las disposiciones del Código penal seleccionable en orden a la determinación y fijación de la responsabilidad civil derivada de ilícitos cometidos por menores de edad civil, la general ordenación contenida en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil debe conservar intacta su potencialidad aplicativa cuando aquellas prioritarias previsiones se muestren insuficientes o fallidas. Ha de eliminarse toda diferencia de trato entre unos y otros supuestos —ilícitos atribuibles a menores que

de las normas del Código civil, derecho supletorio general. Además, entiende que si el padre responde ex artículo 1.903 del ilícito civil de los menores hasta la mayoría de edad, debe hacerlo también en el caso del ilícito penal, que es más grave.

Conde Pumpido (190) señala que «lo cierto es que en el Código penal no hay base legal para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del padre o guardador legal del menor de edad civil, pero plenamente capaz, y que la responsabilidad por acto ajeno declarada en el artículo 1.903 del Código civil tiene, como ya hemos repetido, carácter principal y naturaleza puramente civil, basándose no en la existencia de una acción “ex delicto”, sino en la propia culpa civil del responsable». Sigue el mismo autor explicando que, aun así, es posible accionar en la vía civil en el caso que estoy estudiando, ya que, a juicio de Conde Pumpido, también las normas civiles regulan los actos ilícitos penales cuando se acude a la jurisdicción civil. Las razones en las que se apoya son que el Juez civil puede aplicar cualquier norma civil, y las contenidas en el Código penal sobre responsabilidad civil lo son. Los delitos o faltas no son más que un subgrupo de los ilícitos, luego las normas civiles de ilícitos se pueden utilizar como derecho supletorio.

Por último, entiende este autor también que si el padre responde por los ilícitos civiles del mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, sería absurdo que no lo hiciera por los penales, que son más graves.

Concluye Conde Pumpido (191): «No nos hallamos, pues, ante un conflicto de normas entre el artículo 19 del Código penal y el 1.903 del civil, como parece creer Antón, sino frente a dos regulaciones compatibles, cada una con su propio ámbito y que pueden ser aplicadas alternativamente según la vía y fundamento que se elija para ejercer la acción civil... La elección de una u otra vía será problema de oportunidad, en el que jugará factor importante la solvencia o insolvencia del menor responsable del delito».

Rogel (192) recoge y hace suyos los argumentos de Conde Pumpido.

queden dentro o extramuros del orden represivo penal—, máxime cuando, con frecuencia, circunstancias azarosas hacen caer el conocimiento del hecho en una u otra banda del orden jurisprudencial. Como afirma CONDE-PUMPIDO, resultaría anómalo y constituiría un contrasentido que el padre o guardador se le impusiera una responsabilidad por los hechos ilícitos de los menores de 18 años y mayores de 16, en el supuesto más leve y disculpable de que tales hechos constituyeran mero ilícito civil y, en cambio, se les exonerase de tal responsabilidad en el caso más grave de que el hecho, amén de su ilicitud civil, constituyera además un ilícito penal. Son dos regulaciones que no se repelen, sino que se complementan, siempre que se actúe en la esfera jurisdiccional propia de cada una de ellas».

(190) *Ob. cit.*, p. 96.

(191) *Ob. cit.*, p. 97.

(192) *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, pp. 136 y 137.

Lacruz (193) recoge distintas posturas a favor y en contra, y se muestra dubitativo. «En contra de tal gravamen [el de que los padres respondan subsidiariamente por los ilícitos penales de los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis] se alega que el Derecho de Partidas (7,15,5) no lo establecía, y en ese supuesto se redactó el Código penal de 1848 en términos semejantes al actual; además, no parece que pueda imponerse una responsabilidad no declarada por la ley; sin embargo, la aplicabilidad del artículo 1.903 a los supuestos de delito del hijo podría justificarse mediante la suplencia general del Código civil a través del artículo 4.º-3, y a “fortiori”, si el padre responde por ilícito civil, parece que con mayor razón debe responder por delito o falta del menor».

Pantaleón (194) opina que hay una sola acción para pedir la responsabilidad civil, y que «el juez civil o penal que decida sobre dicha única acción de resarcimiento del daño aquiliano puede escoger libremente (*iura novit curia*) la norma del Código civil o penal en que, atendidos los hechos probados, mejor pueda apoyarse la pretensión indemnizatoria del demandante».

Desde luego, no hay duda de que existe una única responsabilidad civil, ya nazca ésta de delito o falta o de ilícito civil. Pero creo que no es posible hablar de concurso de normas en este punto concreto que ahora examino.

Ninguno de los autores que he mencionado examina a fondo que en el Código penal de 1848 aparece una disposición conectada muy directamente con el tema en estudio, el entonces artículo 15, situado en el capítulo II del mismo, bajo la rúbrica «De las personas responsables civilmente de los delitos y las faltas». Decía así: «TODA persona RESPONSABLE CRIMINALMENTE de un delito o falta LO ES TAMBIEN CIVILMENTE». Esa regla ha existido en todos nuestros Códigos penales hasta el hoy día vigente (art. 19 del Código penal) y además con idéntica redacción. De acuerdo con este precepto, los mayores de dieciséis años, como no están exentos de responsabilidad criminal a tenor del artículo 8.2 del Código penal, responderán civilmente por las faltas o delitos que ellos hayan cometido. Se trata de una regla clara y tajante. Pero ¿cuál es su razón?, estima el legislador que el mayor de dieciséis años tiene la capacidad de querer y entender que le hace imputable. Luego, él cumplirá la pena que se le imponga por el delito o falta cometido. Y si su capacidad le permite cumplir esa pena, no hay duda de que también le permite *pagar* los daños causados. Otra cosa es que tenga o no patrimonio para hacerlo, pero eso es algo irrelevante para imponerle esa responsabilidad.

El razonamiento manejado por casi todos los autores, de que si el padre responde ex art. 1.903 hasta los dieciocho años por ilícito

(193) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 1, 2.ª ed., 1985, p. 569.

(194) *Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1983*, en «CCJC», núm. 2, p. 456.

civil con más razón habrá de hacerlo hasta esa misma edad si el ilícito que dio lugar a la responsabilidad es penal, que es más grave, es un razonamiento totalmente falso. Los padres, en realidad, no responden del ilícito civil ni del penal en sí del hijo. Los padres responden en ambos casos del daño, no del hecho que lo provoca. Por lo tanto, no hay más gravedad porque proceda de ilícito civil o penal. Dependerá de cuál sea el valor de dichos daños en cada caso.

El argumento de la aplicación a los supuestos de responsabilidad civil derivada de delito o falta de las normas contenidas en el Código civil por su carácter supletorio general, y porque, a fin de cuentas, los delitos o faltas son un subgrupo de la categoría general de actos ilícitos, tiene respuesta. El artículo 1.902 del propio Código civil dispone que «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal». Aun así, se me podría decir que, si no está regulado entre estas normas, lo regularán las del Código civil. Pero es que *sí* está regulado entre el artículo 19 del Código penal (que establece que los responsables penalmente lo son también a efectos de responsabilidad civil) y el artículo 20 del mismo Código penal (que determina quiénes son los *no* responsables penalmente en conexión con el artículo 8.º del Código penal).

Resumiendo, si el Juez civil se ocupa de un caso de responsabilidad civil por daños nacidos de un *ilícito penal*, no creo que sea posible que aplique tanto las normas que sobre este tema contiene el Código civil como las contenidas en el Código penal. A tenor del artículo 1.092 del Código civil y los artículos 8 y 19 del Código penal, tendrá que aplicar *necesariamente* las del Código penal. Evidentemente, si es el Juez penal quien se ocupa de la responsabilidad civil derivada de daños causados por *ilícito*, deberá aplicar las normas contenidas en el Código penal.

Por lo que toca a los argumentos manejados por Alonso Prieto (195) de que la responsabilidad subsidiaria de los padres silenciada en el artículo 22 del Código penal no excluye dirigirse al 1.903 del Código civil, y que las condiciones sustantivas de ambos artículos son rigurosamente idénticas, disiento de ellos. Desde luego, las condiciones sustantivas de ambos artículos no son rigurosamente idénticas. Por lo pronto, la responsabilidad de las personas contempladas en el artículo 22 del Código penal nunca ha sido directa, y sí siempre subsidiaria, tanto en los diversos Códigos penales como en los proyectos más importantes de Código civil (el de 1851 y el de 1882-88), y nada tiene que ver la relación que une a los responsables con aquellos por quienes responden en ambos casos. Por ejemplo, está claro que en la relación patrono-empleado o amo-criado se da el lucro que obtiene el responsable de la actividad que para él realizan aquellos por quienes responde, cosa que no ocurre en la relación paterno-filial, o de tutela. Así lo dice la Sentencia del Tribunal Supre-

mo (crim.) de 22 de febrero de 1980: «No hay infracción del artículo 22 del Código penal, al no declararse el padre del procesado responsable civil subsidiario, aunque viva el menor bajo la dependencia paterna, pues no se da el nexa previo del mandato, encargo, consentimiento o simple tolerancia para que el procesado condujera el tractor... sin que se pueda poner en relación el artículo citado con el 1.903 del Código civil, al establecer éste una *responsabilidad directa...*, mientras el 22 la establece subsidiaria». También hay que considerar que los mencionados en el artículo 22 del Código penal tienen posibilidad de regreso a tenor del artículo 1.904 del Código civil, algo que es más que dudoso en el caso de los padres y tutores. Aunque el artículo 1.903, auténtico «cajón de sastre», enumera un largo elenco de casos, eso no significa que sean supuestos iguales. Así se deduce del comentario de García Goyena al artículo 1.905 del Proyecto del 51, que es equivalente al actual 1.904 (196): «El lugar propio de este artículo es tras el 1.901 (equivalente al actual 1.903), a cuyos párrafos 4 y 5 se refiere tácitamente.» Esos párrafos 4 y 5 decían: «Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus domésticos en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados.

Y lo son, por último, los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos, mientras permanezcan bajo su custodia».

Mantienen también la tesis que defiende: Santos Briz (197), aunque sin dar argumento alguno para ello; Antón Oneca (198), y Ruiz Vadillo (199).

3. Examen de la jurisprudencia

La jurisprudencia parece que no ha seguido una única dirección, aunque en todo caso se inclina por entender que a los ilícitos derivados de delito o falta hay que aplicarles las normas del Código penal, y por tanto los padres no responden por los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis años. En ese sentido, se pronuncian las Sentencias de 17 diciembre 1914, 12 marzo 1934, 4 julio 1953,

(196) *Ob. cit.*, Comentario al art. 1.905.

(197) *Ob. cit.*, p. 572.

(198) *Derecho penal, Parte general*, 2.^a ed., Madrid, 1986, anotada y puesta al día por J. HERNÁNDEZ GUIJARRO y L. BENEYTES MERINO, p. 650, que señalan, «El problema está en si a virtud del 1.903 los padres o tutores no diligentes habrán de responder civilmente por los actos delictivos realizados por mayores de dicha edad y menores de 21 años [hoy al haberse rebajado la mayoría de edad sería «y menores de 18 años»]. Nos inclinamos por la negativa fundada en la especialidad de los preceptos del Código penal, que en el art. 19 declara la responsabilidad civil de todo responsable criminal y establece a continuación quiénes son responsables subsidiarios sin mencionar a padres ni a tutores».

(199) En *Comentarios a la Legislación penal*, Edersa, T. V, vol. 1, Madrid, 1985, p. 359.

9 febrero 1961, 12 junio 1970, 25 enero 1974 (crim, 22 febrero 1980 y 10 noviembre 1982. En sentido contrario se pronuncia la de 12 mayo 1981.

S. 8 febrero 1961.—Los hechos son los siguientes: un muchacho mayor de dieciséis años y menor de edad civil (en ese momento, la mayoría de edad en España estaba fijada en los veintiún años) es condenado por un delito de estupro. Además de la correspondiente pena de privación de libertad, el Juez penal le condena a dotar a la víctima con 10.000 pesetas, y a reconocer y a mantener a la prole. El menor resulta insolvente, y la víctima interpone entonces una demanda ante la jurisdicción civil contra el padre del menor (en ese momento la madre sólo respondía en defecto del padre) en base al artículo 1.903 del Código civil. Téngase en cuenta que el demandante (la víctima) no reservó oportunamente las acciones civiles, con lo que, a tenor del artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, párrafo 1, se entenderá ejercitada junto con la penal. En primera instancia, condenan al padre del menor a pagar la dote y a mantener a la prole. La Audiencia revoca la Sentencia. La víctima recurre en casación, pero el recurso no prosperó por estimarse que las obligaciones extracontractuales nacidas de ilícito penal «quedan subordinadas como consecuencia del acto delictivo a la jurisdicción penal, siendo ésta la que declara la responsabilidad civil...». El fracaso del recurso de casación en este supuesto se debió, como se desprende claramente del último considerando, a que «...el ofendido por el delito no puede ejercitar, cuando la acción civil no le ha sido reservada dentro de la causa criminal en procedimiento distinto, una responsabilidad no invocada en el momento procesal oportuno, ya que no es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias o rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra Jurisdicción (200).

Dentro de los considerandos de la citada Sentencia, aunque no es decisivo para el fallo, interesa señalar (201) que el Tribunal Supremo se «inventa» un nuevo artículo 21 del Código Penal, pues dice en el cuarto considerando: «...la responsabilidad civil subsidiaria por razón de delito o cuasi delito, declarada en el artículo 21 del Código penal a los amos, maestros, tutores, padres (ni los padres ni los tutores se encuentran mencionados en el artículo 21 del Código penal, y además su responsabilidad no es subsidiaria, sino directa) y empresas en defecto de los directamente obligados, sólo alcanza, como se dice en la Sentencia..., por las infracciones que los primeramente obligados cometan en el desempeño de sus deberes o por la prestación de sus servicios en los ramos en que se hallasen empleados o con

(200) Esta es la verdadera razón y no como sugiere GARCÍA VICENTE, porque se trata de un delito de naturaleza sexual, *La responsabilidad de los padres por los actos del hijo menor*, en «ADC», T. XXXVIII, Madrid, 1984, p. 1051.

(201) Como hace MAJADA, *Práctica procesal penal*, 1980, p. 1847.

ocasión de sus funciones, circunstancias que en el caso de autos no han ocurrido...».

Este despiste [que no se da únicamente en esta Sentencia, pues en la de 30 de junio de 1977 —en la que el que realiza el ilícito es mayor de edad—, se dice también en uno de los considerandos que «...la responsabilidad civil *subsidiaria* (202) en que incurren las personas que deben velar por la actuación de aquellos que de algún modo están sometidos a su representación, tutela o dirección, *padres, tutores, maestro, empresarios...*»] nos da idea del confusionismo que sobre el tema existe en el propio Tribunal Supremo, y que, sin duda, en parte al menos, es fruto de esa dualidad de regulaciones de nuestro sistema en materia de responsabilidad civil.

S. 12 junio 1970.—Aquí, el supuesto es el de un menor de edad, mayor de dieciséis años, que, conduciendo un camión sin conocimiento de su padre ni permiso oficial para ello, produce dos víctimas. Por ello se le condena penalmente a la privación de libertad correspondiente y a que indemnice los daños y perjuicios ocasionados. El menor resulta ser insolvente y la parte perjudicada (en este caso se trataba de una compañía de seguros), *que no reservó* oportunamente la acción civil, interpone una demanda ex art. 1.903 contra el padre del menor. En primera instancia se estima la demanda y se condena al padre del menor. La Audiencia le absuelve. Finalmente, el recurso de casación no se admite por razones similares a las de la Sentencia anterior. Dice en el penúltimo considerando que «el artículo 20 del Código penal [es decir, para este caso, en lo que toca a la responsabilidad de los padres por ilícitos de los hijos] es de aplicación en un supuesto totalmente distinto del de autos, cual es el caso de que el delito hubiera sido cometido por un menor de dieciséis años o por un incapaz, enajenado o sordomudo del que hubiera sido declarada la exención de responsabilidad al amparo del artículo 8 del Código penal.»

S. 22 febrero 1980 (Crim.).—La Sentencia de la Audiencia condenó en este caso al procesado mayor de dieciséis años y menor de edad que conducía, sin el permiso necesario para hacerlo, un tractor, y que causó lesiones a un peatón. La acusación particular recurre en casación, entre otros motivos, por violación del artículo 22 del Código penal, al no condenar como responsable civil subsidiario al padre del menor [téngase en cuenta que ni éste trabajaba con su padre ni siquiera el susodicho padre tenía conocimiento de que había cogido el tractor, que no era de su propiedad, sino alquilado]. El Tribunal Supremo desestima el recurso, diciendo en su último considerando que en el caso en cuestión «...no se da el nexo previo del mandato, encargo, consentimiento o simple mera tolerancia para que el procesado condujera el tractor..., por lo que faltan los presumpes-

(202) Responsabilidad que en el caso de padres y tutores no es en modo alguno subsidiaria, sino directa.

tos básicos para que exista la responsabilidad civil subsidiaria del citado artículo 22 del Código penal, sin que, por otra parte, se pueda poner en relación el tan citado artículo 22 del Código penal con el artículo 1.903 del Código civil, al establecer el artículo 1.903 una responsabilidad directa, en el que a la culpa del hijo se suma la culpa "in vigilando" del padre, mientras que en el artículo 22 del Código penal se establece una responsabilidad subsidiaria...».

Esta sentencia señala correctamente que la responsabilidad del padre por ilícito de su hijo menor es directa (tanto la contemplada en el artículo 1.903 del Código civil como la del artículo 20 del Código penal); en cambio, la del artículo 22 del Código penal es subsidiaria, y no podrá exigirse esta última al padre, salvo que, además de la relación paterno-filial, se dé otra, como, por ejemplo, de trabajo o siquiera mandato o cualquiera de las contempladas en el artículo 22 del Código penal.

S. 12 mayo 1981.—Un menor de edad, mayor de dieciséis años, comete un acto ilícito de naturaleza penal, pero, antes de recaer sentencia en el procedimiento penal, le alcanza a dicho menor un indulto, extinguiéndose por consiguiente la acción penal. Como la acción civil, en cambio, no se extingue, la víctima pide por esa vía la indemnización de los daños sufridos, que concede ex artículo 1.903 el Juez de primera instancia y confirma la Audiencia. El padre del menor interpone recurso de casación, basado en que, tratándose de un ilícito de naturaleza penal, había que haber aplicado, de acuerdo con el artículo 1.092 del Código civil, las normas contenidas en el Código penal. Según ellas, al ser el hijo mayor de dieciséis años, la responsabilidad civil de los ilícitos de naturaleza penal sólo a él le correspondería y no al padre. El Tribunal Supremo desestima el recurso argumentando que el padre del menor olvida «...no sólo que la limitación del artículo 20 del Código penal se refiere, literalmente, a los supuestos de exención de responsabilidad penal por razón de edad, y de ahí el límite de los dieciséis años a partir del cual la exención basada en el artículo 8 de aquel Ordenamiento está excluida, pero no a los de indulto de dicha responsabilidad de los menores penalmente no exentos, respecto de los cuales, extinguida la responsabilidad penal por indulto y hecha la oportuna reserva de acciones por el Tribunal, que es lo sucedido en el presente caso, es incuestionable que la responsabilidad civil del autor o de los terceros obligados legalmente a soportarla, puede sustanciarse ante la jurisdicción de este orden...».

Esta Sentencia es la única (de las más recientes al menos) en la que el Tribunal Supremo no aplica las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código penal a un caso de ilícito penal cometido por un menor de edad, mayor de dieciséis años. La razón es seguramente que en el supuesto que contempla la sentencia no concurre solamente que el autor del ilícito penal sea menor, mayor de dieciséis años, sino, además, el hecho de haberse concedido un indulto general que alcanzó al menor procesado. Esto es lo que en última instancia

determinó que el Tribunal Supremo aplicase aquí el artículo 1.903 del Código civil, e hiciese responsable al padre del menor, a pesar de ser éste mayor de dieciséis años y de tratarse *en principio* de un ilícito de naturaleza penal. La concesión de un indulto no tiene en realidad más efectos que los referentes a las consecuencias penales de la conducta delictiva realizada, pero en nada debería afectar a las consecuencias civiles de la misma (203).

S. 10 noviembre 1982.—Un menor de edad civil, mayor de dieciséis años, conduciendo sin permiso un vehículo, atropella a una señora que fallece a consecuencia de las heridas sufridas. El Juez penal le condena a la oportuna pena de privación de libertad; en cuanto a la responsabilidad civil, resulta insolvente. Los herederos de la víctima demandan al padre del menor ante la jurisdicción civil, pidiendo la aplicación del artículo 1.903 del Código civil. El recurso de casación interpuesto por los herederos de la víctima no se admite por excepción de cosa juzgada (téngase en cuenta que en este caso no se habían reservado acciones civiles).

La Sentencia dice en su penúltimo considerando: «...sin tener que aplicar los preceptos civiles que nacen de la culpa o negligencia, ni acudir a razones de analogía cuando *la misma es inaplicable por tratarse de supuestos diferentes, y existir una regulación ad hoc en el Código penal para la declaración de responsabilidad civil subsidiaria* que fue aplicada en el supuesto litigioso conforme a los artículos 19 a 22 del citado Código punitivo». Acierta esta Sentencia en cuanto que no es posible aplicar las normas del Código civil como supletorias, cuando el punto está regulado en el Código penal y, por lo tanto, esas reglas son las que hay que aplicar aun cuando la petición se presente ante la jurisdicción civil. Pero, como las otras Sentencias, sigue cayendo en el error de entender la responsabilidad civil de padres y tutores, recogida en el Código penal, subsidiaria cuando, como creo, ha quedado claro en este mismo apartado que se trata de responsabilidad directa y no subsidiaria.

Después del examen de las sentencias, se puede ahora concluir que el Tribunal Supremo entiende, en todos los casos estudiados, que, si no se reservaron a tiempo las acciones civiles, no es posible acudir a los tribunales civiles. Parece claro que esto debe ser así, puesto que el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que, si no se reservó dicha acción, ésta se entenderá ejercitada junto

(203) Así lo dice expresamente la Sentencia de 23 de octubre de 1983, en la que se trataba de la revocación de una donación por ingratitud de la donataria (art. 648-2.º del Código civil) consistente en un ilícito penal. Procesada la donataria, le alcanza un indulto (como en el caso de la Sentencia que comento). La donataria alega el hecho del indulto, estimando que por él ya no era revocable la donación. El Tribunal Supremo respondió acertadamente señalando «que la cual [la acción revocatoria] no puede quedar detenida, añadiendo al indulto —que es siempre un acto de gracia referido a la *conducta penalmente relevante*— un efecto adicional de carácter civil no querido por el legislador...».

a la penal. De todas las sentencias recogidas, solamente en un caso, en el de 12 mayo 1981, el Tribunal permitió la aplicación de normas de responsabilidad contenidas en el Código civil, a un supuesto en que los daños se causaron por un ilícito penal, aunque no se reservaron las acciones civiles. En el caso en cuestión se concedió un indulto, que alcanzó al procesado antes de que se dictara sentencia.

Parece claro que «no son indultables las responsabilidades civiles derivadas de delito, y ello por la razón obvia de que respecto de los mismos el Estado no puede perdonar, porque no forman parte de la relación jurídica correspondiente, la cual se establece entre el responsable del delito y la víctima o restantes perjudicados y sólo éstos podrían perdonar la obligación de resarcir o indemnizar. Por eso, ni el indulto ni la amnistía (perdones otorgados por el Estado) pueden comprender la responsabilidad civil...» (204).

En este mismo sentido, la Ley provisional de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, en su artículo 2.º, número 1.º, exceptúa de la posibilidad de ser indultados a «los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme», y en el artículo 6º, 2.º párrafo, exceptúa que el indulto pueda alcanzar a la indemnización civil.

Así pues, la responsabilidad civil no desaparece con el indulto. Pero de nuevo la doble regulación que esta figura tiene en nuestro sistema viene a crear problemas. Aun así, si el indulto, como sería deseable, se otorgara tan sólo a los ya condenados, no habría duda. Una vez condenados, por medio de la aplicación del indulto se les perdona la responsabilidad criminal, pero la civil permanece, y al ser su origen un daño causado por ilícito penal, ex 1.092, habrá que aplicarle el artículo 20 del Código penal y no el artículo 1.903 del Código civil. Pero como los indultos se han aplicado (así el de 14-3-1977, que se aplicó en el caso de la sentencia citada) a los meramente procesados (205) también, nos encontramos con que una vez que la presumible (y digo sólo presumible, pues no ha habido condena) responsabilidad criminal desaparece, sigue quedando viva la acción civil para responder también civilmente. Ahora bien, ¿qué normas se le aplicarán: las contenidas en el Código civil o las del Código penal? La duda surgida es eminentemente práctica al ser ambas diferentes en varios extremos.

Si entendemos que, aun no condenados cuando se les aplicó el indulto, los sucesos que dieron lugar al procesamiento no pierden su carácter de ilícitos penales, se aplicará el artículo 20 del Código penal, si no, sería el artículo 1.903.

Ninguna de las dos soluciones convence (206).

(204) J. E. SOBREMONTA MARTÍNEZ, *Indultos y Amnistía*, Valencia, 1980, p. 175.

(205) Incorrectamente.

(206) Para ver argumentos a favor de una y otra solución, PANTALEÓN, *Comentario a la Sentencia de 13 de julio de 1984*, en «CCJC», núm. 6, pp. 1959 y ss.

VI. RESPONSABILIDAD CON EL PATRIMONIO DEL MENOR O INCAPACITADO

1. Según el artículo 20 del Código penal

El segundo párrafo de la regla primera del artículo 20 dice que: «No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal [a los menores o incapacitados] (207), o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a las que hace referencia el párrafo anterior —menores, locos o dementes— dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal.»

La posibilidad de que en ciertas circunstancias responda civilmente el menor o incapacitado con sus propios bienes es algo que, con mayor o menor extensión, se ha explicitado siempre en los distintos Códigos penales que han estado en vigor en España.

En el Código penal de 1822 la responsabilidad de los menores era directa, y los padres o guardadores sólo respondían «en defecto de bienes propios del menor». En cambio, no se preveía en ningún caso la responsabilidad con sus bienes del loco o demente.

El Código penal de 1848 sigue la misma línea que el de 1822 para los menores (208). Pero para los locos o dementes establece que responda, por los daños que causan, su guardador legal, y, si no existiese, que responda con sus bienes el propio perturbado (209).

Por fin, el Código penal de 1870, aunque con alguna variante de redacción (210), dice lo mismo que nuestro Código penal vigente. Es decir, que responderán menores o incapacitados con sus propios bienes si no hay guardador legal o éste es insolvente.

(207) En el Código penal de 1822, el art. 27 establecía que la responsabilidad *subsidiaria* de los ascendientes por los ilícitos de sus descendientes se prolongaba hasta que éstos cumplieran 20 años, si los ascendientes eran masculinos, o hasta los 17, si eran femeninos.

(208) Es decir, que los menores (en este caso, son menores de 15 años) siguen respondiendo *directamente*, y sus padres o guardadores en forma *subsidiaria*.

(209) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1848, p. 297, comentando la posibilidad de la responsabilidad de los bienes del loco o demente dice: «En efecto, no hay aquí pena, no hay aquí castigo, no hay aquí expiación, como no le hay cuando se satisface una deuda que se contrajo. Razonable y justo es que respondamos de las consecuencias de nuestros hechos; y de esto no puede eximirnos el triste estado de nuestra inteligencia. Así como el demente ha de pagar lo que come, así también ha de reparar lo que daña. Sus semejantes no han de sufrir, porque él es loco, más de lo necesario, los desastrosos efectos de sus obras. Sus convecinos no han de llorar en la miseria lo que él en su delirio ejecutó. No se le puede igualar con el que obraba con derecho, porque él no ha tenido esta circunstancia: es una infelicidad, pero no es un derecho el carecer de juicio. 17. Todo lo que la Ley ha podido y debido hacer en su favor para semejante caso es concederle el beneficio de competencia y recordarlo aquí, para que nunca la responsabilidad traspase sus límites».

(210) Variantes de redacción que no recojo por carecer de trascendencia alguna en el tema que me ocupa.

En los tres Códigos penales precitados, los menores mencionados lo son sin distinguir entre lo penalmente inimputables (como los menores de nueve años), y los que, según si obraron o no con discernimiento (211), pueden sufrir alguna pena. Luego, en estos Códigos penales la razón por la que responde el patrimonio del menor o incapacitado no es la capacidad de discernimiento al ejecutar el hecho dañoso, sino pura y simplemente el hecho de haber ocasionado el daño.

Según el vigente Código penal responden los menores de dieciséis años (inimputables) subsidiariamente, mientras que los mayores de dieciséis años responden directamente.

Hoy, a la vista de los supuestos —insolvencia o inexistencia de padres o guardadores— en los que es posible la responsabilidad del patrimonio del menor o incapacitado, los autores se preguntan si una tercera hipótesis —la de que los padres o guardadores hayan obrado con toda diligencia— daría lugar también a esa responsabilidad del menor o incapacitado. La mayoría estima que sí, pero comenta al respecto Antón Oneca (212): «No se ha extendido la subsidiariedad [la de la responsabilidad del patrimonio del menor o incapacitado] a la carencia de culpa o negligencia. No sabemos si ello ha sido reiterado olvido de los legisladores o voluntad de basar la responsabilidad civil en una culpa, aunque no sea del propio responsable.» Parece más seguro pensar, con la mayoría de los autores (213), que en el caso en estudio, de padres que logren librarse de responsabilidad por haber obrado con diligencia, responderá el patrimonio del menor. En los Códigos penales antiguos ya he señalado que respondían directamente con su patrimonio, tanto los penalmente imputables como los inimputables. Luego, no parece que el fundamento de esa responsabilidad, antes directa y hoy subsidiaria, sea la culpa, sino tan sólo el hecho del daño.

Los dos supuestos mencionados en el artículo 20 del Código penal, la insolvencia y la inexistencia de guardador, tienen en común, a diferencia del de la exculpación del mismo, la posibilidad del menor o incapacitado de repetir lo pagado contra su guardador, aunque sea puramente teórica.

Si el guardador resulta insolvente, evidentemente no paga. Lo hace el deudor subsidiario (el menor o incapacitado). Pero como la res-

(211) Era el propio Tribunal el que tenía que pronunciarse sobre ese punto para, según los casos, imponerles pena (siempre más suave que la correspondiente a un mayor de edad en el mismo supuesto o declararlo irresponsable).

(212) *Derecho penal, Parte general*, puesta al día por Hernández Guijarro, Beneytez Merino, 2.^a ed., Madrid, 1986, p. 651.

(213) RUIZ-VADILLO, *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, T. V., vol. I, 1985, p. 368; CONDE PUMPIDO, *Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces*, en Estudios en honor del profesor Castán, T. II, 1969, p. 106; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.^a ed., 1985, p. 645; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, 2.^a ed., 1985, p. 571; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, T. II, vol. I, Madrid, 1952, p. 188.

pensabilidad del guardador está fundada en su negligencia, in educando o in vigilando, si viene a mejor fortuna, el menor o incapacitado podrá pedir le reintegre lo que pagó (214).

Si es que no existe guardador, el perjudicado podrá dirigirse contra el propio menor a tenor del artículo 20 del Código penal, en cuyo caso también podrá repetir ésta contra las personas que, estando obligados a constituir la tutela, no lo hicieron (art. 229). También podrá dirigirse directamente el perjudicado —como ocurrió en el caso de la Sentencia 13 septiembre 84 (215)— contra las personas obligadas a constituir la tutela. Si no existe ninguna de las personas obligadas por ley a la tutela, responderá el propio menor, sin poder repetir contra nadie.

2. Según el artículo 1.903 del Código civil

Ni en el artículo 1.903 del Código civil ni en los respectivos artículos de los diferentes proyectos de Código civil se ha contemplado la posibilidad de que no exista guardador legal o que éste sea insolvente. Tampoco se prevé la responsabilidad patrimonial del menor o incapacitado (215 bis) en el caso de exculpación de los padres o tutores. A pesar de ello, la doctrina, en su mayor parte, estima que el tratamiento debe ser el mismo que el dado en el artículo 20 del Código penal: el guardado responde con su patrimonio si el guardador pudo demostrar que actuó con toda la diligencia debida, si es insolvente o si no existe.

Los argumentos en que apoyan esta opinión son básicamente tres:

1.º El antiguo artículo 32 del Código civil, 2.º párrafo, que decía: «La menor edad, la demencia o imbecilidad... no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero» (216). Dicho precepto daba pie a los autores para mantener la posibilidad de que en ciertos casos respondiera el menor con su patrimonio. Aunque el citado artículo 32 del Código civil se modificó por Ley 13/1983, de 24 de octubre, desapareciendo su segundo párrafo, Yzquierdo Tolsada mantiene que, pese a la mencionada supresión, en el fondo nada ha cambiado (217).

(214) Dice RUIZ-VADILLO, *ob. cit.*, p. 368: «el enajenado menor o sordomudo, a través de los correspondientes representantes, podían exigir el resarcimiento por los daños producidos, pues en tal caso su responsabilidad era subsidiaria».

(215) Ver el caso de la Sentencia en el apartado III.

(215 bis) A partir de ahora, salvo que del contexto se deduzca otra cosa, al decir «menor» me refiero al menor o incapacitado.

(216) El subrayado es mío.

(217) La responsabilidad civil de menores e incapacitados, en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Madrid, 1984, pp. 162 y ss. En ellos Yzquierdo

2.º) Una razón de equidad, utilizada en otros derechos cercanos al nuestro (§ 829 BGB; art. 2.047 Código civil italiano; art. 1.310 Código civil austriaco, etc.), que autoriza a que en ciertos supuestos los inimputables respondan con su patrimonio del daño causado (218).

3.º) La aplicación por analogía del artículo 20 del Código penal, regla primera, a los supuestos de daños causados por ilícitos civiles.

Estos argumentos son casi unánimemente aceptados, aunque algún autor como Albaladejo opine que todos ellos son superables, y que en nuestro sistema no hay base para que el menor responda con su patrimonio en ningún caso (219).

De los autores que estiman que es posible en nuestro sistema jurídico la responsabilidad del patrimonio del menor por los daños causados por un ilícito civil no todos la conceptúan del mismo modo. La mayor parte de ellos piensan que esa responsabilidad en cualquier caso es igual a la contemplada en el artículo 20 del Código penal, regla primera, es decir, objetiva y subsidiaria (220).

estudia las circunstancias de la supresión del art. 32-2.º del Código civil, llegando a la conclusión de que dicha supresión se realizó porque la reforma del Código civil, al suprimir el catálogo de las causas de limitación de la capacidad de obrar, eliminó los preceptos del Código en los que figurara cualquier referencia a esa lista; sin ánimo, por lo tanto, de que significase que hoy los menores o incapacitados no sean tan susceptibles de derechos y obligaciones como antes de la reforma de 24 de octubre de 1983.

(218) En lugar de enumerar una serie de supuestos, como hace nuestro Código penal en su art. 20, regla 1.ª, los Códigos citados se refieren más genéricamente a los casos (los que sean) en que la equidad, atendidas las circunstancias del caso, aconseje no hacer soportar el perjuicio al dañado, dejando a salvo siempre los recursos necesarios para el sostenimiento del menor o incapaz de acuerdo con su situación.

(219) *Derecho civil*, T. II, vol. II, Madrid, 1982, pp. 495 y 496.

Este autor rebate los argumentos que he mencionado en el texto señalando que: 1.º) En nuestro Derecho, a diferencia de otros, «no hay base para mantener que, por equidad, pueda obtenerse resarcimiento a expensas del patrimonio del incapaz del daño que éste ocasionó a otra persona», porque —continúa Albaladejo— «tal cosa constituiría un supuesto de responsabilidad sin culpa, que, siendo excepcional en el Derecho civil español, no puede admitirse sino cuando la Ley lo establezca».

2.º) El que el antiguo art. 32-2.º del Código civil determine la posibilidad de que el incapaz quede obligado, sólo significa que la Ley puede establecer hechos que obliguen al incapaz, pero no prueba en absoluto que el caso que estudiamos sea uno de ellos.

3.º) El propugnar la aplicación analógica del art. 20 del Código penal, regla 1.ª, dado que nuestra Ley civil parte del principio de responsabilidad por culpa, supondría la aplicación por analogía de una norma excepcional, que derogaría los artículos 1.902 y ss. del Código civil.

(220) Así, LEÓN GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas», vol. VI, 1969, pp. 307 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.ª ed., Madrid, 1985, p. 645; ROGER VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho civil español*, Madrid, 1977, p. 131; CONDE PUMPIDO, *ob. cit.*, p. 93; SANTOS BRIZ, Comentario al art. 1.903 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, T. XXIV, Madrid, 1984, p. 575; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil y guarda legal*, en Documentación Jurídica, núm. 41, 1984, pp. 80 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, 2.ª ed., 1985, p. 571.

En cambio, alguno como Pantaleón mantiene que, aunque el menor responde en los casos enumerados más arriba, esta responsabilidad no siempre es del mismo tipo. Si se trata de menores imputables civilmente, no es objetiva, sino por culpa: culpa que puede existir precisamente porque se trata de *menores imputables*, o sea, capaces de culpa. Tampoco —según este autor— es de carácter subsidiario, sino que se añade a la del padre o guardador, y es de carácter solidario. Sin embargo, si el menor es inimputable, su responsabilidad será objetiva y subsidiaria (221). Por tanto, no sería posible aplicar el artículo 20 del Código penal, regla 1.ª, analógicamente a todos los supuestos de menores contemplados en el artículo 1.903 del Código civil.

Efectivamente, la aplicación analógica de un precepto precisa que el supuesto al que se trate de aplicar sea idéntico sustancialmente al regulado legalmente (222). Así pues, el artículo 20 del Código penal, regla 1.ª, que se ocupa de los inimputables penales para determinar en qué casos responderán con sus propios bienes, se aplicará analógicamente sólo a los inimputables civiles.

Por lo que toca a los menores de edad civilmente imputables, está claro que se trata de una responsabilidad por culpa, puesto que son capaces de ella (223). Ahora bien, en cuanto que sea de carácter subsidiario, como dice la gran mayoría de la doctrina, o bien solidaria, como sostiene Pantaleón, cabe decir lo siguiente.

No puede ser subsidiaria, como la del artículo 20 del Código penal, porque ésta es únicamente para los incapaces de entender y querer (inimputables), y no sería justo dar el mismo trato tanto a los capaces de entender y querer como a los que no lo son. En cuanto a si es solidaria con la de los padres o guardadores parece una opinión defendible basada en el artículo 1.902 del Código civil que no excluye a los menores de edad, pero (aunque no lo diga) implica la imputabilidad de los mismos, al mencionar que para responder es preciso que intervenga «culpa o negligencia». Aceptar esa postura supone entender que el Código civil tiene una regulación específica para este punto, ya que, si siguiéramos aplicando por analogía las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código penal, nos encontraríamos con que este texto legal dispone en su artículo 19 que «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente». Así que las personas penalmente imputables, aunque sean menores de edad, no responden solidariamente con sus guardadores, sino que responden ellos únicamente. En contra de aplicar analógica-

(221) Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1983, en «CCJC», núm. 2, pp. 455 y 456.

(222) Y desde luego es erróneo, como dice PANTALEÓN, *ob. cit., loc. cit.*, equiparar inimputable penalmente con menor de edad civil; la única posible equiparación sería inimputable penal con inimputable civil.

(223) El determinar a qué edad se es o no civilmente imputable es algo no regulado legalmente. Será el Juez quien pueda comprobar en cada caso si existe o no imputabilidad.

mente esta disposición del Código penal, podría alegarse que penalmente se es imputable a partir de los dieciséis años, edad en la que es bastante razonable que el menor responda por sí mismo, mientras que la edad en que se es imputable civilmente puede ser más temprana. Por ello, me inclino por una solución intermedia del problema. Es decir, creo que los civilmente inimputables responden objetivamente y en forma subsidiaria.

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

VII. CARACTER DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS ILÍCITOS DE SUS HIJOS. FORMA EN QUE ESTA RESPONSABILIDAD AFECTA A LOS BIENES GANANCIALES

1. Responsabilidad de los padres y solidaridad

Hasta la reforma del derecho de familia llevada a cabo en 1981, respondían «el padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre...». Con lo que parece quedar fuera de dudas que la responsabilidad de los padres jamás podía ser solidaria, pues uno de ellos sólo respondía en defecto del otro. Después de 1981, la nueva redacción del 1.903 dice: «Los padres son responsables de los daños...». Como nada concreta la letra de la norma, puede plantearse la duda de si dicha responsabilidad conjunta es mancomunada o solidaria. Para dilucidarlo, primero examinaré cuál ha sido el proceso parlamentario en el que se gestó la reforma.

A la redacción que en el Proyecto del Gobierno tenía el artículo 1.903 (que es la que tiene el actual artículo) se presentó una enmienda, la número 373, en la que el grupo parlamentario socialista pedía que el segundo párrafo del repetido artículo se añadiera la palabra «solidariamente», con lo que quedaría redactado así: «Los padres son responsables *solidariamente* de los daños...» La motivación de la enmienda era que «Conviene precisar el carácter solidario de la responsabilidad». En el informe de la Ponencia se rechaza la enmienda (sin que se dé razón alguna para ello) y, aunque no se retira, en el debate del pleno del Congreso se rechaza también. Al paso del Proyecto por el Senado, el grupo parlamentario socialista vuelve a presentar la misma enmienda (224), con idéntica motivación. En esta Cámara, la Po-

nencia acepta la enmienda; constituye una de las modificaciones que al texto aprobado por el Congreso propone el Senado; pero en aquella Cámara no se acepta dicha modificación, sin que tampoco se concreten las razones. Es posible que la razón de la no admisión de la enmienda se deba a que el Congreso entendió que estaba claro que se trataba de una responsabilidad solidaria y que, por tanto, resultaba repetitivo el «precisarlos», ya que si la *no* admisión de la modificación propuesta se hubiera debido a entender que se trataba de una responsabilidad no solidaria, sino mancomunada, lo más lógico hubiera sido que así se hubiera especificado en la discusión parlamentaria, cosa que, como hemos visto, no se hizo.

Aunque el artículo 1.138 del Código civil establece como regla la presunción de mancomunidad de las obligaciones con pluralidad de sujetos «si del texto de las obligaciones... no resulta otra cosa...», en este caso concurren una serie de razones que inducen a entender que la responsabilidad de los padres por los daños causados por hechos ilícitos de sus hijos menores es solidaria (225), aunque nada especifique el artículo 1.903 del Código civil.

Antes de la reforma del Código civil de 1981, una sentencia de primera instancia declaró que la responsabilidad civil de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos era solidaria. La confirmó la Audiencia; finalmente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 1 marzo 1984, no admitió el recurso de casación por haberse planteado como cuestión nueva la afirmación de los recurrentes de que, a tenor del artículo 1.903 en su redacción anterior a 1981, no era posible admitir la responsabilidad solidaria de los padres. Ciertamente, dicha afirmación era correcta, ya que, según el antiguo artículo 1.903 del Código civil, respondía el padre, y sólo en su defecto, la madre. La Sentencia es interesante, no por la doctrina que establezca en el punto que trata, puesto que no entra en él por ser una cuestión nueva, sino por lo que deja entrever sobre cuál era la opinión de los Tribunales en el tema, a pesar del tenor literal de la norma vigente en el momento de producirse los hechos.

Algunos autores españoles estiman que se trata de una responsabilidad solidaria, como Lacruz (226), Santos Briz (227) y Ruiz Vadillo (228). Creo que, en efecto, esa responsabilidad es solidaria por las siguientes razones:

(225) Presupuesto, claro está, que en el caso en cuestión sean responsables ambos progenitores. Si sólo responde uno de ellos, por la causa que sea, al otro no le alcanza responsabilidad ni siquiera subsidiariamente.

No veo obstáculo para que alguna vez puedan también determinar los tribunales cuotas de responsabilidad de los progenitores del menor que ocasionó el daño, aunque esto no será lo habitual.

(226) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, 2.ª ed., 1985, p. 570.

(227) «...en consonancia con el ejercicio conjunto de la patria potestad (art. 156), responderán *solidariamente* por los daños causados por sus hijos Sub potestate», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, T. XXIV, Madrid, 1984, p. 571.

1.^a) Una de las ideas latentes en la responsabilidad extracontractual en general es garantizar o asegurar el cobro de la indemnización por el dañado, cobro que —no cabe duda alguna— asegura mucho más la responsabilidad solidaria que la mancomunada.

2.^a) La jurisprudencia viene manteniendo en gran número de Sentencias —29 marzo y 6 noviembre 1980, 10 noviembre 1981, 4 y 28 mayo 1982, 28 febrero, 18 octubre y 28 noviembre 1983, 29 diciembre 1984, 9 enero y 11 febrero 1985, 19 febrero 1987, etc.— que es solidaria la responsabilidad de los causantes de un daño cuando éstos son varios y no fue posible determinar la cuota (229) que corresponde a cada uno de ellos en la producción del mismo. Aunque en este caso se trata de responder por el ilícito de otro, la razón es la misma y no hay por qué aplicar un criterio distinto al general para los progenitores responsables; por supuesto, si no fue posible determinar la cuota que corresponde a cada uno.

3.^a) En el Código civil francés, su artículo 1.834 (230) (reformado por la Ley 4 de junio de 1970) así lo dice expresamente también el C.c. argentino, en su artículo 1.114 (reformado en 1985) (230 bis). Aunque en el artículo 2.048 del Código civil italiano vigente no se recoge explícitamente que la responsabilidad de los padres sea solidaria, la doctrina de ese país (231) y su jurisprudencia (232) así lo entienden.

4.^a) Las obligaciones de los padres para con sus hijos se ejercen por éstos generalmente (233) en forma conjunta. Por lo mismo, es lógico que sea solidaria la responsabilidad derivada de esas obligaciones.

(228) En *Comentarios al Código penal*, Edersa, Madrid, p. 377.

(229) También aquí se trata de regla general que admite excepciones, pues alguna vez los tribunales fijan esas cuotas, como ha hecho la Audiencia Territorial de Albacete en una muy reciente Sentencia de 12 de mayo de 1986, en la que, durante una visita de alumnas de un colegio a unas bodegas, cae una de las niñas en una tinaja, falleciendo en el acto. Demandan los padres de la víctima al colegio, las bodegas y las profesoras que acompañaban a las niñas en la visita. La Audiencia falló estimando la pretensión y distribuyendo las cuotas entre los demandados responsables: 15 por 100 a las bodegas, 75 por 100 al colegio y 10 por 100 a las tres profesoras.

(230) «El padre y la madre, mientras que ejerzan el Derecho de guarda, son *solidariamente responsables* del daño causado por los hijos menores que convivan con ellos».

(230 bis) «El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten en ellos sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el efecto dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.» Puede verse sobre el tema KEMELMAJER DE CARLUCCI, «Las modificaciones introducidas en el Derecho argentino a la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores», en R.G.L.J., T. XCIII, noviembre 1986, pág. 643.

(231) ΠΑΤΤΙ, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 249; CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1981, p. 870.

(232) Por ejemplo, Trib. Foggia, 14 de agosto de 1962, *Dannia Giudiz.* 63,31; Trib. Firenze, 1 de diciembre de 1959, *G. Tosc.* 60,32.

(233) *Vid.* art. 156 del Código civil.

5.^a) En nuestro Código civil hay un caso, el del artículo 229 (234), en el que el propio texto legal establece la responsabilidad solidaria de varios sujetos de una misma obligación extracontractual de naturaleza cuasifamiliar, relacionada con la guarda y custodia de menores e incapaces.

Normalmente no se va a plantear el problema de la solidaridad o mancomunidad de la responsabilidad por los ilícitos de menores o incapacitados si éstos están sometidos a tutela. En ese supuesto, habitualmente faltará la pluralidad de sujetos, pues ya sabemos que como regla la tutela se ejercerá por un solo tutor (art. 236 Código civil, en principio). Pero podrá surgir el problema si, como admite excepcionalmente el mismo artículo 236, son varios los tutores. No parece dudoso que la responsabilidad será solidaria cuando la tutela corresponda al padre y a la madre (235) (art. 236-2.º Código civil); también si se designa tutor a alguno de los tíos del tutelado y se considera conveniente que el cónyuge de ese tutor ejerza también la tutela (art. 236-3.º Código civil). Si uno es un supuesto de responsabilidad de padres, que además son tutores, el otro es similar en su estructura al de los padres (236).

Si hay varios tutores, pero uno se ocupa de la persona del tutelado, y el otro, u otros, de sus bienes, lo normal es que responda sólo el que tenga como misión ocuparse de la persona del tutelado (237). Más dudoso es si hay varios tutores de la persona, tanto en el supuesto recogido por el artículo 236-1.º (cuando convenga nombrar varios tutores por concurrir circunstancias especiales, en la persona o patrimonio del tutelado), como en el del 236-4.º (cuando el Juez nombre tutores a las personas que hayan designado los padres del tutelado). Mi impresión al respecto es que, a tenor del artículo 237, primer párrafo, se podría pensar que la responsabilidad de esos tutores por los daños causados por el tutelado será solidaria, mientras que deban ejercitar de modo conjunto las facultades de la tutela. Si la actuación ha sido de un solo tutor, es lógico pensar que la responsabilidad será sólo suya, aunque haya varios tutores.

Después de ver lo que ocurre con el artículo 1.903 del Código civil se suscita la duda de si sucederá lo mismo o no en el caso de

(234) «Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que dé lugar a ella, los parientes llamados a la tutela, la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y las mencionadas en el art. 239, y, si no lo hicieren, *serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados*» (art. 229 del Código civil).

(235) Pues como dice el art. 236-3.º del Código civil, dicha tutela «...será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la Patria potestad».

(236) *Vid.*, al respecto, DÍAZ ALABART, Comentario al art. 236 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 328 y 329.

(237) Salvo que el daño se haya producido por una conducta del menor o incapacitado permitida por una decisión de las que, afectando a ambos tutores, deben tomar conjuntamente (art. 236, in fine).

que por haber ocasionado el daño un delito o falta sea aplicable el artículo 20 del Código penal.

El artículo 106 del mismo Código penal establece que «en el caso de ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno». A primera vista, puede parecer que este precepto obliga a entender que los padres o tutores que respondan por sus hijos o pupilos, ex art. 20 del Código penal, nunca podrán hacerlo de forma solidaria, sino cada uno por la cuota que le fijen los Tribunales. Pero no es así. Lo recogido en el artículo 106 del Código penal es una regla de carácter general. El propio artículo 107 del código penal dice que hay algún caso en que esa responsabilidad será solidaria. Además, evidentemente hay casos en los que no es posible determinar dichas cuotas.

La responsabilidad civil de los padres por el ilícito penal de los hijos menores no está concretada en el Código penal, en cuanto a que sea o no solidaria. Es más, el artículo 20 del Código penal ni tan siquiera menciona a los padres directamente, sino que se limita a designarlos en forma indirecta, hablando de la responsabilidad de las personas que tengan a los menores bajo «su potestad o guarda legal». Como opina Ruiz Vadillo (237 bis), la responsabilidad de los padres debe ser también para el ilícito penal solidaria, al igual que para el ilícito civil, puesto que la responsabilidad en ambos casos es la misma, y ninguna de las normas contenidas en el Código penal se opone a semejante interpretación. Los argumentos utilizados más arriba para defender que la responsabilidad de los padres por daños causados por un ilícito civil sea solidaria son también válidos aquí.

El tratamiento dado al problema de los tutores en el artículo 1.903 del Código civil es también aplicable a los mismos en el artículo 20 del Código penal.

2. Responsabilidad de los padres y régimen de gananciales

Siendo éste el régimen económico-matrimonial más frecuente, parece oportuno, aunque sea tan sólo hacer algún apunte sobre ello.

Si los padres no están casados o, aun estándolo, no se hallan bajo el régimen de gananciales, cada uno responde con sus bienes. Pero cuando, respondiendo los dos, están casados bajo el régimen de gananciales, cabe preguntarse si la indemnización que cada padre deba abonar puede hacerse efectiva sobre los gananciales y si la soportan definitivamente estos bienes.

Ni antes ni después de la reforma de 1981 se prevé expresamente por el Código que sea o deje de ser carga de los gananciales la in-

(237 bis) *Ob. cit., loc. cit.*

demnización correspondiente a la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de los hijos (art. 1.903 del Código civil). Tampoco se prevé que pueda hacerse efectiva sobre dichos bienes gananciales, aunque luego sea deducible de la parte de cada padre lo abonado por su responsabilidad.

Antes de la reforma, el artículo 1.410 del Código civil decía: «El pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer antes del matrimonio no estará a cargo de la sociedad de gananciales. Tampoco lo estará el de las multas y condenas pecuniarias que se les impusiere. Sin embargo, el pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer con anterioridad al matrimonio, y el de las multas y condenas que se les impongan podrá repetirse contra los gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1.408 del Código civil (238), si el cónyuge deudor no tuviese capital propio o fuese insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados». Así que no estaban entonces a cargo de los gananciales las «condenas pecuniarias que se les impusiesen a los cónyuges».

Una de las que el artículo 1.410 llama «condenas pecuniarias», por mucho que pueda no parecerlo, es la que proceda de la responsabilidad del padre o de la madre por los daños causados por sus hijos. Así lo señala García Goyena (239) en su comentario al artículo 1.331 del Proyecto de 1851, equivalente al 1.410 del Código civil antes de la reforma de 1981, y precedente del mismo. En efecto, decía García Goyena: «...Y *condenaciones* [el Proyecto decía *condenaciones* en vez de *condenas* como hace el Código civil] *pecuniarias*: «Como son las comprendidas en los artículos 46 al 48, y en el título 4, libro 1 del Código penal, así como las procedentes de la responsabilidad civil de que se trata en la sección 3, capítulo 3, título 5 y en el capítulo 3, título 21: porque la razón es una misma en todos estos casos: la responsabilidad debe ser tan personal como lo es el hecho de que procede».

Con lo que resulta que, antes de la reforma de 1981 —según el sentido del artículo 1.410 del Código civil determinado, por lo que García Goyena (240) decía de su precedente, el artículo 1.331 del Proyecto de 1851—, el padre responsable (o la madre cuando lo fuese) de los daños causados por el hijo debía hacer frente a tal responsabilidad con sus propios bienes, por ser de cargo privativo de ellos la correspondiente obligación de resarcir, y únicamente cuando no los tu-

(238) Dicho artículo, equivalente al actual art. 1.362 del Código civil, enumeraba las cargas de la sociedad de gananciales.

(239) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Comentario al art. 1.331.

(240) Ver también LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, 1963, p. 523; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, T. IX, p. 625; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil*, dirigidos por Albaladejo, T. XVIII, vol. II, pp. 290 y ss.

viesen en cantidad suficiente podía tal responsabilidad hacerse efectiva sobre los gananciales, siempre que éstos fuesen suficientes para atenderla después de dejar cubiertas sus cargas, e imputándose al liquidarse la sociedad, en la parte del padre que fuese responsable, lo satisfecho por aquélla.

En todo caso, para aplicar el criterio de obligación solidaria de los padres es más razonable la admisión de la responsabilidad ganancial, puesto que, debiendo los dos por igual (no se han podido determinar cuotas), parece natural el pago con bienes comunes. Este argumento sirve hoy bajo el nuevo 1.903 del Código civil, ya que ambos progenitores responden solidariamente, según hemos visto; pero, como dije, ciertamente no hay precepto alguno que atribuya expresamente a los gananciales la reparación del daño en nuestro caso. En la enumeración que hacen los artículos 1.362 del Código civil y siguientes «de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», se puede pensar que, como daños causados por otros riesgos o accidentes acaecibles a los miembros de la familia, el que estudio aquí de que un hijo ocasione un perjuicio a tercero entra dentro de las posibles atenciones que, tomando en un sentido lato, debe cubrir el «sostenimiento de la familia». De Angel Yagüez (241) entiende que la indemnización al dañado «será a cargo de la sociedad de gananciales, en elemental aplicación analógica del artículo 1.362-1.^a del Código civil».

También, para fundamentar la solución del pago ganancial del daño causado por el hijo, pienso que se pueden aducir otros dos textos, que sirven con más o menos esfuerzo. Aun no estando dictados específicamente para nuestro caso, de algún modo son utilizables en él. Se trataría de los artículos 1.366 y 1.367 del Código civil.

Dice aquél que «las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor». Las obligaciones extracontractuales de reparar los daños que el hijo causa son de alguna manera «consecuencia» [como pide el artículo] de su actuación [del cónyuge] en beneficio de la sociedad conyugal, o en el ámbito de la administración de los bienes. Vigilar, educar a los hijos y responder por los daños causados por ellos, a pesar de no ser, en un sentido económico del término, algo que claramente redunde en beneficio de la sociedad conyugal (en su aspecto patrimonial), cabe perfectamente dentro del espíritu del precepto. Este sólo excluye las obligaciones extracontractuales que superen el ámbito de actuación de cada uno de los cónyuges en la sociedad conyugal, o que nazcan de una actuación exterior a la propia sociedad conyugal; o perjudicando a ésta. Es obvio que la obliga-

(241) En *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, T. II, Madrid, 1984, p. 1975.

ción de responder por los ilícitos de los hijos no se encuentra en ninguno de esos casos. Así que serían «de la responsabilidad y cargo de aquella [la sociedad], salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor». Por ello, fuera del caso de que el daño lo haya causado el hijo por dolo o culpa grave de uno de los padres en particular (que entonces es posiblemente el único responsable del daño), el artículo 1.366 del Código civil permite cargar sobre los gananciales las obligaciones extracontractuales de los cónyuges derivadas de su responsabilidad solidaria correspondiente a los daños causados por sus hijos sometidos a patria potestad.

El artículo 1.367 dice que «los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges *conjuntamente...*». Aunque no está redactado pensando en el problema que estoy estudiando (más bien parece haberse pensado para obligaciones contraídas mediante contrato), no cabe negar que, responsables los dos padres de los daños causados por sus hijos, y *contraída* así, *conjuntamente* (que ciertamente la contraen en cuanto la ley se la atribuye) la obligación de repararlos, dichos bienes gananciales responderán de ella en todo caso.»

VIII. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Introducción

En relación con la prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad civil extracontractual, hay varios puntos que sería interesante señalar: momento en que comienza el cómputo del plazo, cuándo se interrumpe (242), etc. Pero en este apartado no me voy a ocupar de ellos (243). Me limitaré a estudiar cuál sea el plazo de prescripción de dichas acciones, si es el mismo o no según que los daños producidos lo hayan sido por un acto ilícito de naturaleza penal o civil, y los problemas y contrastes que ocasiona el considerar, como hace nuestro Tribunal Supremo, que son diferentes.

2. Opinión mantenida por la Jurisprudencia

Dentro de este apartado es preciso distinguir entre la opinión mantenida por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo y la que mantiene la Sala 2.^a del mismo Tribunal.

(242) Para el estudio de estos puntos, ver, entre otros, PANTALEÓN, en «CCJC», núms. 2 y 8. Comentario a las Sentencias de 27 de marzo de 1983 y de 6 de mayo de 1985.

(243) El tema de prescripción se sale del objeto central de este trabajo. Lo trato brevemente aquí en cuanto supone uno de los problemas que surgen de la doble regulación; lo que afecta al plazo de la prescripción, pero no a otros extremos de la misma.

La tesis mantenida por la Sala de lo civil es que el plazo de prescripción de la acción para reclamar los daños ocasionados por un ilícito civil y el de la acción para los causados por ilícito penal son diferentes. Para el primer caso, el plazo es de un año (art. 1.968-2.º del Código civil) y para el segundo es de quince años (244) (art. 1.964 del Código civil). El Tribunal Supremo (Sala 1.ª) llega a esta conclusión en base a las siguientes consideraciones:

- 1.ª) El artículo 1.092 del Código civil reenvía al Código penal.
- 2.ª) En el Código penal, su artículo 117 reenvía a su vez al Código civil, a las normas referentes a la prescripción de las acciones.
- 3.ª) En el capítulo que el Código civil dedica a dicha prescripción, no existe precepto alguno que se refiera expresamente al plazo de las acciones por daños nacidos de un ilícito penal.
- 4.ª) Parece que el artículo 1.968-2.º del Código civil no incluye en su letra ese supuesto.
- 5.ª) Luego, tratándose de una acción personal la que se ejerce para exigir la responsabilidad civil, se recurre al plazo general previsto para ese tipo de acciones en el artículo 1.964 del Código civil.

Esta opinión no resulta contradictoria para el Tribunal Supremo, pues parece considerar que hay dos acciones diferentes según que el ilícito que da lugar al nacimiento de los daños indemnizables sea penal o civil; con lo que no sería absurdo que tuvieran diferente plazo cada una de ellas.

La Sala 2.ª ha mantenido en varias sentencias (245) que la acción para reclamar los daños ocasionados por un ilícito de naturaleza penal está viva mientras que lo esté la existente para exigir responsabilidad penal. Se basa para ello en los artículos 112 (246) y 113 (247)

(244) Así lo han mantenido, entre otras, las Sentencias de 22 de enero de 1919, 12 de marzo de 1934, 4 de julio de 1953, 4 de julio de 1970, 27 de marzo y 2 de julio de 1979, 5 y 13 de noviembre de 1981, 7 de enero, 8 y 17 de marzo y 8 de octubre de 1982, 13 de abril, 10 de junio y 17 de julio de 1983, 21 de marzo de 1984 y 6 de mayo de 1985.

(245) Por ejemplo, Sentencias de 25 de abril de 1956, 3 de febrero de 1958, 18 de junio de 1968, 28 de septiembre de 1971, 29 de mayo de 1976, 21 de junio de 1985, etc.

(246) «La responsabilidad penal se extingue: 1.º Por muerte del reo. 2.º Por cumplimiento de la condena. 3.º Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos. 4.º Por indulto; será aplicable al indultado, por el tiempo que a no haberlo sido debería durar la condena, lo dispuesto para el desterrado sobre lugares de entrada prohibida. 5.º Por perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos solamente perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado. En los delitos contra menores o incapacitados, el Tribunal podrá rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena, con intervención del Ministerio fiscal» (art. 112 del Código penal).

(247) «Los delitos prescriben: A los veinte años, cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión mayor. A los quince, cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión menor. A los diez, cuando señalare una pena que exceda de seis años.

del Código penal, referente el primero a la extinción de la responsabilidad penal y el segundo a los diferentes plazos, según que se trate de un tipo u otro de delitos, para que se produzca la prescripción de dicha responsabilidad.

3. Opinión de la doctrina

No existe al respecto un criterio unánime. La mayor parte de los autores simplemente se deciden por una u otra postura sin abundar en argumentos. Santos Briz (248), Reyes Montereal (249), Guillón (250), Rodríguez Devesa (251) y Majada (252) opinan igual que la Sala primera del Tribunal Supremo. Díez-Picazo (253) señala la incongruencia de entender que los plazos son distintos, pero sin razonar en contra de la tesis mantenida por nuestro más alto Tribunal (Sala 1.^a). Alonso Prieto (254) y Pantaleón (255), que se han ocupado más concretamente del problema, mantienen que el plazo es para los dos casos el establecido en el artículo 1.968-2.º del Código civil.

4. Crítica de las posiciones jurisprudenciales

En mi opinión, la acción para exigir la responsabilidad civil extracontractual tiene un único plazo, y éste es el del artículo 1.968-2.º del Código civil, tanto si se trata de daños surgidos de ilícito civil como si lo son de ilícito penal. Es indiferente en este punto que el ilícito penal sea culposo o doloso. Dicha postura carece, como ya he señalado, de apoyo jurisprudencial.

Creo que en nuestro Derecho (256) el criterio mantenido por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de que la acción para exigir la res-

A los cinco, cuando señalare cualquier otra pena. Exceptuáanse los delitos de calumnia e injuria, de los cuales los primeros prescribirán al año, y los segundos, a los seis meses. Las faltas prescriben a los dos meses. Cuando la pena señalada sea compuesta, se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo (art. 113 del Código penal).

(248) *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 3.^a ed., Madrid, 1981, p. 949.

(249) *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, Madrid, 1955, p. 340.

(250) *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1972, p. 497.

(251) *La responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual*, en libro homenaje al profesor Guasp, Madrid, 1980, p. 522.

(252) *Práctica procesal penal*, T. I, 1980, p. 368.

(253) *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964, p. 236.

(254) *Acerca del régimen legal de prescripción de la acción civil de origen culposo extracontractual*, en «RDC», 1973, núm. 4, p. 333. Es de señalar que, como el título del propio trabajo indica, Alonso se refiere sólo a los ilícitos (penales o civiles) culposos, sin mencionar cuál sea el régimen aplicable a los dolosos penales.

(255) Lo dice en varios de sus comentarios a Sentencias en «CCJC», como el de la Sentencia de 13 de julio de 1984.

(256) En cambio, el Código civil portugués de 1966, en su art. 498, después de establecer como plazo general de prescripción de la responsabilidad civil el de tres años, en su número 3, dispone: «si el hecho ilícito constituyera un crimen para el que la Ley establezca prescripción sujeta a plazo más largo, es éste el plazo aplicable».

ponsabilidad civil, derivada de daños causados por falta o delito, está viva mientras lo esté la acción para reclamar la responsabilidad penal, es insostenible por varias razones:

1.º Porque, como dice Díez-Picazo (257), si hubiera querido el legislador que prescribieran las responsabilidades civiles con los delitos lo habría dicho en una norma del Código penal. Dicha norma ni existe en nuestro Código penal vigente ni siquiera ha existido en ninguno de los Códigos penales derogados.

2.º Porque la prescripción de los delitos lo que extingue única y exclusivamente es la responsabilidad penal, no la civil, que es una cosa totalmente distinta. Prueba de ello es, como señala Alonso Prieto (258) que «basta constatar el dato legal de que la comisión de un nuevo delito durante el curso de la prescripción de la pena (art. 116 del Código penal) es causa de interrupción, para advertir que la asimilación de las instituciones es inoportuna».

3.º El propio texto del artículo 117 del Código penal, que específicamente remite en forma inexcusable a las normas que regulan la extinción de las obligaciones civiles, cosa que nada tiene de particular puesto que la responsabilidad civil es, en cualquier caso, una obligación de naturaleza civil (259).

4.º Así como es lógico que los plazos que establece el artículo 113 del Código penal no sean iguales para todos los delitos, sino más largos cuando el delito se considera de mayor gravedad (260), resultaría absurdo utilizar el mismo criterio para la responsabilidad civil, pues los daños que dan lugar a su nacimiento no tienen por qué ser más importantes por el mero hecho de que el suceso que los causó sea más o menos grave penalmente hablando. Es acertado que la pena procedente de una falta prescriba, en cuanto a la propia pena, a los dos meses de su comisión, y en cambio un delito grave no lo haga hasta pasados quince o veinte años, pues el segundo, en un sentido penal y social, es mucho más grave que la primera. En cambio, es posible que la responsabilidad civil sea mayor (por tanto más grave a los meros efectos económicos de la responsabilidad civil) en el caso de la falta que en el de un delito.

5.º Aceptando la postura de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, ya que las faltas prescriben a los dos meses (art. 113, párrafo 6, del Código penal), ¿también prescribiría en ese mismo plazo la responsabilidad civil por los daños causados por éstas? (261). Hay que tener en cuenta que una de las razones por las que se trata de obviar el artículo 1.968-2.º del Código civil es justamente por la brevedad del

(257) *Ob. cit.*, pp. 238 y 239.

(258) *Ob. cit.*, p. 335.

(259) Ver el apartado I.

(260) La mayor gravedad se mide por la mayor condena impuesta.

(261) La Sala II del Tribunal Supremo lo que afirma es que la acción para reclamar los daños ocasionados está viva mientras lo esté la acción para perseguir el delito. No dice nada de si esta acción prescriba a la vez que la prevista para reclamar los daños. Pero de lo primero cabe deducir tal conclusión.

plazo que establece. El Tribunal Supremo, en su Sala 1.^a, ha aplicado a un caso de falta (cuya responsabilidad penal había prescrito) el plazo de quince años del artículo 1.964 del Código civil (S. 6 de mayo de 19 1985).

6.º) El propio Código civil establece en su artículo 1.968-2.º el plazo de un año para la prescripción de la responsabilidad civil de los daños causados por injuria y calumnia, mientras el artículo 113, párrafo 5, del Código penal señala para la responsabilidad penal de esos delitos uno más breve de seis meses.

También me parece incorrecto el criterio mantenido por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de que si los daños proceden de un ilícito civil, el plazo de la prescripción de la acción para exigir su resarcimiento es el que establece el artículo 1.968-2.º del Código civil, de un año, mientras que si éstos proceden de un ilícito penal su plazo es el de los quince años que establece el artículo 1.964 del Código civil para las acciones personales en general.

No hay diversas responsabilidades civiles según que el acto dañoso sea de naturaleza civil o penal, sino una única responsabilidad civil que deriva del daño (262), sin que le afecte que el hecho dañoso sea de un tipo o de otro.

Por eso creo que, como defienden Pantaleón (263) y Alonso Prieto (263 bis), se trata de una ÚNICA acción, ya que en ambas situaciones es igual el fundamento, la naturaleza jurídica, y la finalidad de la misma.

El hecho de la doble regulación de una y otra responsabilidad, unida a una desgraciada expresión o al menos a falta de claridad de los textos legales (que se da precisamente en su mayor parte por esta doble regulación), ha llevado a que nuestro más alto tribunal haga una interpretación errónea de las normas.

Mientras que el Tribunal Supremo siga estableciendo importantes diferencias de trato en los puntos que he mencionado, según que el daño se haya producido por un ilícito civil o penal, no es posible —creo— hablar de concurso de normas, so pena de provocar un grave deterioro en la seguridad jurídica.

El Tribunal Supremo justifica las diferencias que he citado entendiéndolo, como ya he dicho más arriba, que la acción de responsabili-

(262) PANTALEÓN, *Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 1983*, en «CCJC», núm. 2, p. 626, «La responsabilidad civil no deriva, como parece entender la Sala II del Tribunal Supremo, del delito, sino del daño». Y continúa este autor: «la vinculación de la prescripción de la acción de responsabilidad civil “derivada de delito” a la prescripción del delito, vigente en los Derechos francés e italiano, también en el Código portugués de 1966, art. 498-3.º, se deduce de textos legales determinantes en ese sentido (art. 10.1 del Code de procedure penal y art. 2.947-3.º del Codice civile). Textos legales completamente diferentes al art. 117 de nuestro Código penal, según el cual: «La responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas del Derecho civil».

(263) *Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 1983*, en «CCJC», núm. 2, abril-agosto 1983, p. 624.

(263 bis) *Ob. cit.*, p. 333.

dad civil, cuando el daño lo ocasionó un ilícito civil, es de distinta naturaleza que si el acto que lo causó fue un delito o una falta. Apoya esta opinión en que la responsabilidad civil por daños producidos por delito surge por el propio hecho del delito. El argumento es falso, pues, como ya he dicho antes, la responsabilidad civil nace del daño. Buena prueba de que no deriva del propio delito es que *no todos los delitos (264) dan lugar a responsabilidad civil*: no dan lugar a dicha responsabilidad los delitos que no producen *daño (265)*.

Basa esta tesis también el Tribunal Supremo en que la responsabilidad civil derivada del daño causado por un ilícito penal no sólo tiene, como la derivada de ilícito civil, una función indemnizatoria, sino además una función disuasoria o punitiva secundaria (266). Creo que no es así. Es difícil hablar de carácter punitivo, aunque sea secundario, cuando se trata de una responsabilidad asegurable y transmisible «*mortis causa*».

Pues bien, en base a esa concepción de que existen dos distintas acciones, establece la jurisprudencia los diferentes plazos de prescripción de las mismas. Ello plantea una serie de problemas a la hora de tratar de averiguar cuándo puede el Juez civil aplicar los preceptos que sobre responsabilidad civil contiene el Código penal y, en base a la remisión que hace el artículo 117 del mismo texto legal, aplicar en cuanto al plazo de la acción el señalado por el artículo 1.964 del Código civil. Pantaleón (267) y Alonso Prieto (268) se han ocupado de este punto.

El primero de estos autores que lo ha hecho con más extensión, distingue dos posibles alternativas:

1. El Juez civil podrá aplicar (269) los preceptos de responsabilidad contenidos en el Código penal, solamente en el caso de que el Juez penal haya declarado la existencia de delito o falta en sentencia condenatoria firme. Hay una serie de supuestos (270) (muerte del presunto delincuente, indulto, amnistía, etc.) en los que habiendo comenzado las actuaciones penales, al no haber sentencia condenatoria

(264) Quizá en parte la razón de este torcido entendimiento hay que buscarla en la incorrecta redacción del art. 19 del Código penal (dice textualmente: «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente»), que puede dar lugar a creer que todo delito o falta ocasiona siempre una responsabilidad civil. El artículo, para ser más correcto, debiera decir: «toda persona capaz de responsabilidad criminal por un delito o falta que haya dado lugar a daños es también responsable de ellos civilmente».

(265) Entiéndase, daño susceptible de ser indemnizado.

(266) SANTIAGO MIR, *Derecho penal, Parte general*, 1984, p. 7.

(267) *Ob. cit., loc. cit.*

(268) *Ob. cit., loc. cit.*

(269) Si se reservaron las acciones civiles, puesto que, si no, el propio Juez penal decidirá sobre la responsabilidad civil.

(270) Cuando la Sentencia penal sea absolutoria, exista sobreseimiento libre en base al art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prescripción del delito, indulto, amnistía, muerte del presunto responsable criminal, o cuando se paralice el procedimiento penal por la rebeldía del procesado, o demencia del mismo posterior a la comisión del delito.

firme, el Juez civil no podría aplicar los mencionados preceptos del Código penal.

2. Además de cuando existe condena penal firme, también sin ella el Juez civil podrá aplicar los preceptos de responsabilidad contenidos en el Código penal cuando llegue a la convicción, sólo a efectos de la responsabilidad civil, de que el hecho causante del daño es uno de los que la ley tipifica como delito o falta. En este caso, el Juez civil sí que podría aplicar las normas del Código penal, en los supuestos que se excluyen e la alternativa primera (indulto, amnistía, etc.).

Las dos posturas son defendibles (271), pero ninguna de las dos puede convencer totalmente; lo que justifica que la jurisprudencia no siga una línea clara y que haya sentencias en uno y otro sentido. Lo que solventaría de una vez el problema sería esa única regulación por la que desde hace ya tiempo viene abogando la doctrina y que es la que corresponde, porque evidentemente —insisto— se trata de la misma acción.

(271) Expone PANTALEÓN, en *Comentario a la Sentencia de 28 de enero de 1983, «CCJC»*, núm. 1, pp. 110 y ss., las razones que apoyan las dos alternativas. En favor de la primera menciona lo siguiente: «I) La incompetencia del Juez civil para declarar la existencia de falta o delito. II) El que los artículos del Código penal «parecen condicionar claramente la responsabilidad civil que regulan, a la previa responsabilidad criminal del causante del daño (art. 19: «toda persona responsable criminalmente...»; art. 21: «Son también responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente...»), y en los supuestos de amnistía, indulto, muerte del presunto responsable criminal y prescripción del delito o la falta, la responsabilidad criminal del dañante se ha extinguido. III) Sería ciertamente poco deseable que el Juez civil declarase una responsabilidad «derivada de delito» en casos de rebeldía o demencia sobrevinida del autor del daño, y reabriéndose posteriormente el proceso penal, éste finalizase con Sentencia absolutoria». «A favor de la segunda la inconsistencia de los argumentos a favor de la primera, I y III... Y porque no parece justo que por hechos no imputables al perjudicado se produzca una metamorfosis en la naturaleza de la responsabilidad civil».

Me parece fuera de toda duda que el Juez civil pueda calificar una conducta para decidir si el que la realizó incurrió en indignidad o en la ingratitud que da lugar a la posibilidad de revocar una donación. En estos supuestos, lo que hace a una persona indigna para suceder, o revocable la donación que le hicieron, no es el hecho de cometer un delito o falta en el sentido estricto penal del término, sino haber realizado una conducta ilícita de naturaleza civil, que además puede ser delito (pero que también puede no serlo, puesto que esta última circunstancia no tiene trascendencia a los efectos de la revocación de donaciones o de la indignidad).

En cambio, en el caso que ahora me ocupa, el que se trate o no de delito o falta en el sentido estricto penal del término va a determinar que se le apliquen unas normas u otras. Por ello el Juez civil carece de competencia al respecto.

Por lo que toca al argumento de que el art. 19 del Código penal parece condicionar la responsabilidad civil regulada en las normas de ese mismo Código a la previa responsabilidad criminal del causante del daño. Por tanto, en cualquier caso en el que no se tenga dicha responsabilidad (indulto o amnistía, etc.) no se podrán aplicar las reglas del Código penal sobre responsabilidad civil. Hay que decir que efectivamente «parece» condicionar, pero sólo lo parece, pues si nos fijamos más en el citado art. 19 del Código penal, en su relación con el art. 8 del mismo texto legal, veremos que lo que de verdad dispone el precepto es que las personas que *carecen de capacidad* para tener responsabilidad criminal (que obviamente es bastante distinto de quien teniendo capacidad, por otras causas, no responde criminalmente en un caso concreto), que son únicamente las enumeradas en el art. 8 del Código penal, no responden tampoco civilmente.

¿Cuál es la razón por la que puede parecer que existe una laguna legal (272) en la remisión que hace el artículo 117 del Código penal al Código civil, cuando resulta que en éste aparentemente no se contempla el plazo de la acción para exigir la responsabilidad civil procedente de un daño causado por delito o falta? Es importante, como en todo lo que tiene que ver con la responsabilidad civil derivada de delito o de ilícito penal, el hecho de que se promulgara primero un Código penal y sólo después de un largo tiempo se consiguiera codificar la materia civil. En los primeros Códigos penales anteriores al Código civil (Código penal 1822 y Código penal 1848) ni siquiera se mencionaba la prescripción de la responsabilidad civil. Sin embargo, uno de los Reales Decretos (272 bis) dictados para la aplicación del Código penal de 1848 disponía en su artículo 3.º (273) que, mientras no se promulgase el Código civil, en los temas civiles que surgiesen se aplicaría la normativa civil vigente. Hasta la promulgación del Código civil ésta era el Derecho de Partidas, donde no sólo no se distinguía entre responsabilidad civil nacida de delito o de ilícito civil en cuanto al plazo para pedir la indemnización, sino que, como indica García Goyena (274), el plazo era el mismo para exigir la responsabilidad civil y la responsabilidad penal: el de año y día (275) para ambos supuestos. Es decir, que a tenor del citado Decreto, el plazo para la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil, cualquier responsabilidad civil, era siempre el mismo, el de un año que se contemplaba en las Partidas.

En el Proyecto de Código civil de 1851, el artículo equivalente al actual artículo 1.986 (no existía ninguno equivalente al 1.964) era el artículo 1.976, que, por lo que nos interesa, era bastante similar al actual. Decía: «Prescribese igualmente por un año: 1.º) La responsabilidad civil que se contrae por injuria o calumnia, y por la culpa o negligencia de que se trata en el capítulo III, título XXI de este libro, desde que lo supo el agraviado...».

En el comentario que al citado artículo 1.976 hace García Goyena, menciona que «aquí [en el artículo 1.976] se habla de la responsabilidad civil, no de la penal», con lo que se deja bien claro que una

(272) Como dice DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 236.

(272 bis) Real Decreto de 22 de septiembre de 1948, art. 3. Las Cortes, previendo las dificultades de la entrada en vigor del Código penal de 1848, autorizaron al Gobierno, por Ley de 19 de marzo de 1948, para «resolver por sí las dificultades que no podrían menos de ofrecerse, si bien dando cuenta de las mismas a la primera legislatura».

(273) Siempre que el Código penal [el de 1848] se refiere a las disposiciones del Código civil, hasta tanto que éste se publique se entenderán las referencias a la legislación civil actual, y en su defecto a lo que se halle establecido por la jurisprudencia general, conforme a lo que se previene en la Ley VI, tit. II, Partida I. Si tampoco hubiera jurisprudencia fija sobre el caso, se entenderá consignada la disposición del Código, para cuando la Ley establezca lo consecutivo».

(274) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Comentario al art. 1.976.

(275) P. 7, tit. IX, l. 22, «Fasta quanto tiempo puede ome demandar emienda de la deshonra que recibio».

y otra son dos cosas diferentes. También dice que «compréndese también la [responsabilidad civil] de calumnia, porque ni una ni otra, ¡ni injuria ni calumnia!, pueden ser intentadas, según el artículo 391 (276) del Código penal, sino por la parte ofendida. Al discutirse dicho artículo se habló largamente de la prescripción y, por fin, se descartó por impropia de aquel lugar, por esta misma consideración sólo se hace aquí mérito de la responsabilidad civil». Es decir, que los redactores del Código penal, según Goyena, tenían claro que no era ese Código lugar adecuado para establecer los plazos de la responsabilidad civil, y por lo mismo el Código civil se ocupa de la prescripción de la misma. Recuérdese que, como he dicho más arriba, en el Código penal de 1848 no se hacía ningún tipo de referencia a la resprecripción de la responsabilidad civil.

Las frases de García Goyena explican también la inclusión de la prescripción de la responsabilidad civil del daño causado por injuria o calumnia, pero dicha inclusión no tiene más trascendencia a la hora de interpretar el artículo 1.968-2.º que la de su valor histórico (277).

Cuando se promulgó el Código penal de 1870 (aun no había Código civil) se incluye un precepto nuevo, el artículo 135, que disponía —como hace el actual en su artículo 117— la remisión expresa a las reglas que el Derecho civil establece para la extinción de las obligaciones.

Se trata de una remisión quizá no tan concreta como hubiéramos deseado. Pero téngase en cuenta que en 1870 no era posible concretar más la remisión (cosa que, por otro lado, tampoco era necesaria), porque NO HABIA TEXTO LEGAL, Y MUCHO MENOS PRECEPTO CONCRETO AL QUE HACERLA.

El precepto estrenado en el Código penal de 1870 ha ido pasando sin variación hasta llegar al actualmente en vigor, y así existía en el momento de promulgarse nuestro Código civil. Es claro que en él no había un precepto que hablara de responsabilidad por daños causados por un ilícito penal y plazo de prescripción de la acción para pedir su indemnización. La razón era seguramente esa falta de coordinación que se ha ido produciendo en todos los puntos a los que afecta la doble regulación en esta materia (277 bis).

(276) «Nadie será penado por calumnia o injuria, sino a querrela de la parte ofendida... El culpable de injuria o calumnia contra particulares quedará relevado de la pena impuesta mediando perdón de la parte ofendida...» (art. 391 del Código penal de 1848).

(277) Porque, como dice PANTALEÓN, en *Comentario a la Sentencia de 13 de julio de 1984*, «CCJC», núm. 6, 1984, p. 1963: «El comentario de GARCÍA GOYENA al art. 1.976 del Proyecto de 1981, antecedente del actual 1.968-2.º, nos prueba que la referencia expresa de éste a la injuria y calumnia es un puro residuo histórico. Y sobre un residuo histórico (por lo demás muy difícilmente compatible con lo que para la injuria establece el art. 113 del Código penal y con lo dispuesto en el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo), no cabe montar un, siempre inseguro, *inclusio unius, exclusio alterius*».

(277 bis) Creo que esa es la explicación más plausible, ya que la que ofrece DÍEZ-

¿Pero existe realmente una laguna legal? Pienso que no.

El artículo 1.092 del Código civil es tajante en cuanto a que las obligaciones nacidas de delito o falta se regirán por las disposiciones del Código penal. Luego, si el artículo 117 de ese texto legal dice que la responsabilidad civil se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil», y, a la hora de ver cuáles son estas reglas en el Código civil, nos encontramos que hay distintos plazos, resulta claro que la responsabilidad civil derivada de delito se extinguirá de igual modo que las obligaciones más similares (278), es decir, de igual modo que se extinguen las de responsabilidad civil derivadas de ilícito civil: por el transcurso de un año (art. 1.968-2.º). Plazo que, por cierto, es el que les correspondía —como hemos visto más arriba— en nuestro Derecho histórico. Pero es que, como señala Alonso Prieto (279), además del argumento de analogía, es que el artículo 1.968, en su letra, no excluye esta interpretación. Aunque diga textualmente: «...y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902...», está claro que nuestros Tribunales lo aplican a los demás supuestos del capítulo II (279 bis), «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia», siguiendo la pauta marcada por los antecedentes históricos del precepto, puesto que el artículo 1.976 del Proyecto de 1851, antecedente directo del actual 1.966-2.º, preveía su aplicación *a todas las obligaciones nacidas de culpa o negligencia* (280).

El propio artículo 1.902, aunque la terminología empleada sea confusa, puede comprender comportamientos ilícitos dañosos, tanto procedentes de dolo como de culpa. Para ambos supuestos, el plazo para ejercitar la acción de resarcimiento es de un año. Carece absolutamente de sentido, que simplemente por tratarse de actos dolosos o culposos, pero que están tipificados en el Código penal, ese plazo varíe.

Otro argumento interesante, manejado por Alonso, es el de la regulación del artículo 4.º del texto refundido de la Ley de Circulación

PICAZO, *ob. cit.*, p. 237, no me parece convincente. «...La dificultad de encontrar al delincuente cuando se encuentra desaparecido o rebelde» no justifica esa diferencia de plazo.

(278) Creo que no es discutible que las que presentan más similitud son las derivadas de ilícito civil.

(279) *Ob. cit.*, p. 336.

(279 bis) A este respecto es muy interesante la Sentencia de 11 de febrero de 1977, que para un caso del art. 1.905 del Código civil dice que, aunque el 1.968-2.º se refiere tan sólo al 1.902 del Código civil, su plazo es de aplicación a todos los supuestos del mismo capítulo del Código civil.

(280) Decía el art. 1.976-1.º, «prescribese igualmente por un año: 1.º La responsabilidad civil que se contrae por la injuria o calumnia, y por la culpa o negligencia de que se trata en el capítulo III, tit. XXI, de este libro, desde que lo supo el agraviado». El capítulo III, tit. XXI, de ese libro, responde a la rúbrica «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia».

de Vehículos de Motor de 1968, que decía (280 bis): «Para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño hasta el límite del seguro obligatorio, sin perjuicio de las demás acciones que le correspondan. *El plazo de prescripción de la acción es de un año*, a contar desde que se produjo el hecho que da lugar a la misma...» (281). Según este autor, el precepto citado indica la conciencia del legislador en cuanto a la existencia de un único plazo de prescripción para la responsabilidad civil (282).

A pesar de todas las razones expuestas, el Tribunal Supremo aplica la teoría de los distintos plazos probablemente porque, de una parte, es difícil superar la inercia de una línea jurisprudencial emprendida hace ya tanto tiempo, y de otra, el ánimo de hacer equidad y tratar de favorecer a la víctima empujan a dar una interpretación que alargue el plazo de un año. Efectivamente, como señala Pantaλέον, es comprensible que nuestro Tribunal Supremo considere excesivamente corto el plazo de un año establecido por el artículo 1.968, pero no por eso es razonable pasar a un plazo de quince años, a todas luces excesivo, que, además, no es el correcto. En todo caso, «de lege ferenda», creo que podríamos seguir la tónica general hoy en los derechos europeos, es decir, establecer como plazo general para la responsabilidad civil extracontractual (tanto si ésta procede de ilícito civil como si lo hace de ilícito penal), el de tres años. Con ello se solucionaría la excesiva brevedad del de un año que, a veces, perjudica a las víctimas, sin optar tampoco por el de quince años, excesivamente largo para el supuesto.

(280 bis) Tras la modificación R.D.L. de 28 de junio de 1986, el artículo es el 5.º, y modifica ligeramente el anterior 4.º.

(281) Según ALONSO PRIETO, dicho precepto se olvida con frecuencia porque generalmente no se aprecia que no afecta tan sólo a los ilícitos civiles, sino también a los ilícitos penales.

«Tampoco —continúa el autor— hay base firme para sostener que el plazo está ordenado en exclusividad para la acción frente al asegurador», aunque la responsabilidad de que habla el texto refundido es sólo responsabilidad asegurada, y aunque literalmente «habla de acción en singular a la hora de proveer sobre la prescripción y “de las demás acciones”, en plural, a la hora de enunciar los sistemas de protección, para dejarlas a salvo». «Nos parece ver —continúa el mismo autor—, sin embargo, que el legislador es consciente del plazo único, y es esta razón de uniformidad lo que le mueve, en armonía con los arts. 1.902 y 1.968 del Código civil, a insistir en el plazo de un año. Porque, ¿qué razones pueden justificar una nueva complicación? ¿A qué pautas acudió el legislador para señalar plazos de fenecimiento excepcionales en consideración al sujeto pasivo? ¿No se trata de acciones de idéntica naturaleza sustantiva? ¿Cómo se justificaría el privilegio del asegurador? Puestos a indagar razones, ¿no es cierto que, lejos de acortar el plazo en pro del asegurador, estaría justificado su alargamiento en función del origen contractual de la responsabilidad y del propósito cardinal de la Ley de lograr en favor del perjudicado la indemnización a ultranza?» *Ob. cit.*, pp. 336 y 337.

(282) *Ob. cit.*, *loc. cit.*