

GÓMEZ CALLE Esther: «La responsabilidad civil de los padres». Montecorvo. 1992, 440 páginas más apéndices.

Bajo el título de «La responsabilidad civil de los padres», la Doctora Gómez Calle, nos presenta una obra ambiciosa en su planteamiento y completa en su ejecución, en la que, como veremos, el título, a pesar de lo general, se queda corto para expresar el contenido de la obra.

Lo primero que hay que destacar es que se trata de un estudio comparado del Derecho alemán y el Derecho español, por lo que su contenido podemos decir que es en realidad triple, estudia completamente cada uno de estos Derechos y establece la comparación entre ambos.

En relación al tema objeto del estudio, es éste, en realidad el de la responsabilidad civil que nace de los daños causados por la actuación de un menor y por tanto no sólo la que pueda derivarse para sus padres, sino también para el propio menor e incluso para un tercero, en determinados supuestos. Se completa con el estudio de la responsabilidad del progenitor por otro título de imputación distinto de la paternidad y de la participación de la víctima en la causación del daño.

Un recorrido por sus distintos capítulos, nos dará mejor la idea de la magnitud de este estudio.

El primero de ellos: «Estudio de la cuestión», está dedicado a dar una visión panorámica de los posibles enfoques que puede tener tanto la responsabilidad del menor como la de los padres.

Respecto de la del primero, es fundamental el concepto de imputabilidad, que unos códigos incorporan a sus normas como una capacidad de entender y querer, y otros fijando límites de edad.

En países como el nuestro en que el ordenamiento no trata la responsabilidad del menor, pueden mantenerse tesis opuestas. De un lado la irresponsabilidad del menor en base a dos supuestos: que la actuación del menor es semejante al caso fortuito; o que, por ser inimputable no es culpable. De otro lado, la posibilidad de responsabilidad del infante, razonando que sus actuaciones no pueden considerarse casos fortuitos, por ser actuaciones humanas y además, porque puede existir tras ellos un patrimonio que puede responder. Esta responsabilidad del menor, independiente de la imputabilidad, puede basarse, o bien en razones de equidad, o bien, con la introducción de la culpa objetiva o culpa social. En esta culpa objetiva se valoran las circunstancias externas del sujeto, pero no las internas. La infancia es para algunos autores una circunstancia interna que no hay que tener en cuenta; a efectos de culpa se tiene en cuenta la ilicitud, pero no la imputabilidad. En cambio para otros autores, es una circunstancia externa que hay que tener en cuenta y por tanto habrá que determinar lo que es exigible a un niño de su misma edad y en sus mismas circunstancias.

Como solución proponen la exigencia de un seguro obligatorio. Si el fundamento de la responsabilidad del menor es la equidad, su presupuesto es la inimputabilidad. En este caso se configura como subsidiaria de la de terceras personas llamadas a responder por el acto del menor y se tiene en cuenta la culpa objetiva,

es decir, que se considera negligente toda actuación que no se realice conforme a las exigencias del tráfico, sin tener en cuenta la edad. La sola realización de un acto objetivamente culpable no hace que el menor esté obligado a responder, es preciso además, que el juez así lo estime por razones de equidad.

En cuanto a la extensión de la responsabilidad patrimonial del menor, si es por equidad, el juez la graduará con este criterio, y si responde por culpa, unos ordenamientos permiten al juez su graduación y otros no.

Trata a continuación de la responsabilidad de los padres por los hechos de su hijo menor y las dos posibles configuraciones: responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva.

Respecto a la responsabilidad por culpa, se encuentra consagrada en el derecho positivo desde la codificación, en relación con los deberes de vigilancia y educación de los hijos menores, aunque apunte también el deber de garantía frente a la víctima. La posibilidad de aportación de la prueba de la diligencia debida, se ha considerado también como indicio de la consagración de la responsabilidad por culpa. También se ha acogido esta solución en ordenamientos de influencia germánica.

Los ordenamientos examinados apoyan la responsabilidad de los padres, en la culpa propia en la vigilancia y en la educación de sus hijos. Habrá por tanto que relacionar estos deberes con las facultades que se conceden al padre, para saber cuando incurre en responsabilidad.

Las críticas a este razonamiento subjetivo de la responsabilidad de los padres se hacen desde la consideración de los profundos cambios que se han producido en el Derecho de familia y por la tendencia jurisprudencial a la objetivación de la responsabilidad.

En cuanto a la configuración objetiva de esta responsabilidad, se dice que su culpa es irrelevante, por tratarse de una responsabilidad por hecho ajeno. Su justificación puede ser el riesgo, pero no parece posible basarse en el principio «*ubi commoda ibi est incommoda*» ni en la creación de un peligro para los demás. Tampoco hay razón para que sea la equidad, pues no es éste el único caso en que la víctima puede quedar sin indemnización, y en cualquier caso no hay razón para que ésta la soporte el padre no culpable. También puede justificarse por razón de utilidad, o por la solidaridad familiar que no parecen tener suficiente fuerza.

Los partidarios de una configuración objetiva proponen un seguro obligatorio en contra del cuál se dice que diluye la función preventiva, pero que produciría otros buenos efectos como son: el cese de la discusión de si la responsabilidad de los padres es objetiva o subjetiva, y los razonamientos forzados sobre la existencia o no de culpa; se garantizaría la reparación; quedaría legalmente definido el riesgo; se acabaría con la pluralidad de seguros que cubren un mismo riesgo; liberaría la educación del niño de una vigilancia excesiva.

A pesar de todo no se prescinde por completo de la culpa pues se habla de reparación de los daños causados por el menor incapaz de culpa.

El capítulo segundo está destinado al estudio de la normativa española en esta materia, en concreto a la existencia de una doble regulación, la del Código Civil

y la del Código Penal. Lo divide en tres apartados: una introducción en la que analiza el origen histórico de esta duplicidad; otro más extenso para analizar los problemas que suscita, y el tercero, para hacer una propuesta de solución.

Con respecto a la problemática producida por la doble regulación, destaca en primer lugar la falta de coincidencia en los supuestos en que se hace responsable, tanto al padre como al propio menor, en el Código Civil y en el Código Penal, y también la diferencia en el propio contenido de la obligación de responder. En segundo lugar, el problema que supone la intervención posible de dos jurisdicciones, con un estudio de situaciones que pueden darse según que el damnificado ejercite conjuntamente la acción civil y la acción penal; se reserve la acción civil para ejercitarla una vez finalizado el proceso penal; o ejercite solamente la acción civil, en los casos en que esto es posible por tratarse de un delito perseguible sólo a instancia de parte.

Por último, en este análisis planteado por la doble regulación, trata el problema de la determinación de la norma a aplicar. Toma como punto de partida los Artículos 1.092 y 1.093 del CC, de los que destaca que no tienen un criterio delimitativo claro y que producen lagunas de inaplicación que no pueden ser queridas por el legislador, además de que hay supuestos en los que, aunque se cumpla el tipo penal, no da lugar a responsabilidad penal, como en los casos de sobreseimiento, prescripción, amnistía, etc...

A continuación trata las diferentes posibilidades de ejercicio de las acciones civiles y penales cuando el daño deriva de un hecho penalmente tipificado y las situaciones que pueden darse según la forma en que se ejerciten éstas.

Si el ejercicio de ambas acciones se hace de forma conjunta y la sentencia penal es condenatoria, el juez se pronunciará igualmente sobre la responsabilidad civil. Si la sentencia es absolutoria, queda abierta la vía civil, a no ser que se declare la inexistencia del hecho, en cuyo caso causará efecto de cosa juzgada. Este ejercicio conjunto se justifica por razones de economía procesal.

Proyectando esto al estudio que nos ocupa, hay que diferenciar dos supuestos distintos: que el delito o falta sea cometido por un menor imputable o por un menor de edad penal. En el primero de estos casos se producen soluciones judiciales distintas según se aplique el CC o el CP, y según entienda el juez que sólo se aplica el CP si existe responsabilidad penal o que estime que es suficiente con que se cumpla el tipo penal; ya que aunque las dos acciones se ejerciten de forma conjunta es posible, como hemos visto, que intervenga el tribunal civil tras hacerlo el tribunal penal.

En el caso de que el acto dañoso lo produzca un menor de edad penal, el artículo 20 del CP permite al juez pronunciarse sobre los aspectos civiles en algunos casos, pero hay que tener en cuenta la intervención de los TTTTMM y posteriormente de los civiles.

Si se ejercita la acción penal con reserva de la civil, la sentencia absolutoria produce los mismos efectos que cuando se ejercitan conjuntamente e igual en el caso de sobreseimiento libre, indulto, etc... Si la sentencia es condenatoria vincula al tribunal civil sólo en cuanto a los hechos probados y determina que las normas

a aplicar por el juez serán las del CP, salvo que como afirman algunas sentencias se le de opción al damnificado para elegir la acción que ejercita, la de responsabilidad civil o la de responsabilidad *ex delicto*.

Si se ejercita sólo la acción civil, el damnificado puede elegir la vía a seguir.

La propuesta de solución de todos los problemas aquí planteados se hace a través de la configuración de la relación entre las disposiciones del CP y del CC como un concurso de leyes fundamentadora de una única pretensión. Se destaca la unanimidad que existe en la doctrina en el sentido de que es una única responsabilidad, y que debería estar regulada únicamente en el CC (1). Contando con la regulación actual, los jueces civiles o penales deben decidir (*iura novit curia*) la norma que da mejor apoyo a la pretensión reparadora

Las proyecciones de la aplicación de este concurso de leyes son: una pretensión puede fundamentarse en dos normas, entre las que existe una relación tal que la aplicación de una excluye la de la otra. Mediaría así entre el CC y el CP una relación de especialidad. Ejercitada la pretensión produce efecto de cosa juzgada, lo que no se da en el concurso de acciones. Se unificaría igualmente el plazo de prescripción con aplicación del Artículo 1.968, 2.º CC.

El capítulo tercero se centra ya en el estudio de la responsabilidad del menor, tanto en Derecho alemán como en Derecho español.

Comienza con el estudio del Derecho alemán en el cual destaca que existen dos criterios de imputación distintos para declarar la responsabilidad del menor por sus propios actos: la culpa y la equidad.

La responsabilidad que aplica el primero de estos criterios se basa en los párrafos 828 y 276 del BGB. El 276 contiene el principio general de responsabilidad por culpa en el cual se define esta como una actuación que no se realiza con la diligencia exigible en el tráfico, e impone la carga de la prueba a la víctima del daño. El 828 regula la capacidad de imputación del menor, en los siguientes términos: el menor de 7 años no responde de los daños que ocasione por ser incapaz de comprender la trascendencia de sus actos. El menor de 18 y mayor de 7, es civilmente responsable a no ser que pruebe que no tenía el discernimiento necesario para comprender su responsabilidad.

Hay que ver la relación que media entre la capacidad de discernir y la diligencia exigible al tráfico, es decir, entre la imputabilidad y la negligencia.

El discernimiento es un concepto subjetivo que atiende a las circunstancias concretas del menor de que se trate y por tanto, a su grado de madurez respecto a los otros de su misma edad. En cambio la negligencia, se concibe en un sentido objetivo y general, pero, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemana, se establecen niveles de cuidado para grupos distintos de personas, atendiendo a tres criterios: ejercicio de una profesión u oficio; utilización de una fuente de peligro y lo elevado o lo reducido de la edad. Por

(1) Por desgracia no parece que esta opinión sea compartida por el legislador, incluso en la actualidad, a la vista de la completa regulación que en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal, introduce el proyecto de Ley del nuevo CP, en la que las diferencias con la regulación civil se agrandan manifiestamente.

tanto la menor edad es tenida en cuenta tanto para establecer la imputabilidad, como para la culpabilidad.

En cambio la prueba de la culpa corresponde al damnificado, mientras que la de la imputabilidad corresponde al menor.

En el estudio jurisprudencial que se hace sobre la delimitación de estos conceptos hay que destacar su evolución desde las tesis del RG hasta las actuales del BGH. Para este último, en el examen de la imputabilidad se prescinde de las particulares circunstancias del supuesto, para atender a las características individuales del menor y es en el examen de la negligencia donde se tienen en cuenta las circunstancias del caso.

Además el párrafo 828 sólo tiene en cuenta la madurez intelectual, no la volitiva, teniéndose en cuenta esta última en el marco del párrafo 276.

Hay que destacar también, que existe una enorme casuística sobre todo lo que se refiere a niveles de diligencia exigibles a cada grupo de edad y también, una marcada tendencia a declarar la imputabilidad del menor mayor de 7 años, con lo cual su responsabilidad se decide en el marco del párrafo 276.

En cuanto a las opiniones doctrinales en este tema, hay que destacar que la doctrina critica tanto la la tendencia jurisprudencial como la propia redacción del párrafo 828. Se critica el texto porque el concepto de discernimiento se extrajo del que entonces regulaba la imputabilidad penal, por ello se le tacha de anticuado. También se dice que toma en cuenta la capacidad de comprender la sanción jurídica de sus actos, la no ilicitud de los mismos. Mientras unos proponen la adaptación de este párrafo en el sentido de introducir en él consideraciones de capacidad de dirección, para de ese modo dispensar una mayor protección al menor; otros opinan que con la versión vigente, ya tiene suficiente protección.

Otras críticas se encaminaron a la extensión de la responsabilidad, ya que suele existir un gran contraste entre la insignificante culpa y la gran entidad del daño.

En cuanto a las críticas doctrinales a la jurisprudencia, podemos destacar la que se hace de la diferenciación de peligrosidad en abstracto y peligrosidad en concreto en un acto, a efectos de delimitar el discernimiento de la negligencia. También se critica que se ha desarrollado el examen de la culpa, pero se ha vaciado de contenido el discernimiento.

Como conclusiones de esta responsabilidad del menor por culpa propia en el Derecho alemán se extrae que el párrafo 828 es una norma excepcional de protección al menor de edad. Para esta responsabilidad del menor se analiza en primer lugar si su actuación ha sido negligente conforme al párrafo 276, en el que se tendrá en cuenta su edad. Por tanto, se ampliará el número de actos lícitos para los menores, ya que la diligencia exigible a este grupo, es inferior a la de los adultos. La imputabilidad se examinará sólo cuando la actuación del menor sea dolosa o negligente. Si se trata de un menor normal, no se ve que el análisis de la imputabilidad aporte nada nuevo, ya que su capacidad de discernimiento ya se había investigado. Sólo tendrá relevancia este análisis cuando la capacidad de discernimiento no sea la normal para su edad.

Completando el análisis de la responsabilidad del propio menor por sus actos culpables, se pasa al estudio de su responsabilidad con base en la equidad.

Esta responsabilidad se recoge en el párrafo 829 BGB según el cual «Quien según los párrafos 827 u 828 no es responsable del daño que cause en uno de los casos designados en los párrafos 823 a 826, debe, no obstante, y siempre que la reparación del daño no pueda obtenerse de un tercero obligado a la vigilancia, reparar el daño en cuanto la equidad, según las circunstancias y en particular según la situación económica de los afectados, exija una indemnización, y no quede desprovisto de los medios que precisa para su adecuado sustento, así como para el cumplimiento de sus obligaciones legales de alimentos».

Para el presente estudio nos interesa el caso en que la exclusión de la culpa del menor se produce con base en el párrafo 828.

El fundamento de esta responsabilidad es para algunos independiente de los otros dos existentes en el ordenamiento, responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva, mientras que para otros tiene unas veces su fundamento en una culpa atenuada y otras en cambio es objetivo. Parece que la razón del precepto es paliar las injusticias que el privilegio de la irresponsabilidad pueda producir.

Se ha puesto de relieve el carácter excepcional de este precepto, respecto de la irresponsabilidad de los inimputables, por ello, la carga de la prueba recaerá sobre quien lo alegue. No obstante, a pesar de su excepcionalidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido su aplicación analógica cuando el menor no responde por no haber actuado culpablemente conforme al párrafo 276 y cuando concurre culpa de la propia víctima, menor de edad, en la producción del daño, para reducir la indemnización.

En relación a los presupuestos para la declaración de esta responsabilidad por razón de equidad hay que considerar, en primer lugar que ha de tratarse de la comisión de alguno de los actos lesivos contenidos en los párrafos 823 a 826 por un menor inimputable en base al 828. El mayor problema en este punto se plantea cuando no se niega la responsabilidad del menor por ser inimputable, sino por no ser culpable, conforme al párrafo 276. Tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que es aplicable analógicamente, por el agravio comparativo que sufriría el menor de siete años, que siempre cumple este requisito. El segundo requisito es que no se obtenga la indemnización del daño de terceras personas obligadas a su vigilancia, es por tanto subsidiaria la de estos por hechos del menor. El tercero es que la reparación del daño se haga por exigencia de equidad.

Para la decisión de indemnización conforme a la equidad hay que ponderar todas las circunstancias de todas las partes afectadas y en particular la situación económica. El mayor problema, o por lo menos el que más polémica levanta, es si debe tenerse en cuenta o no la existencia de un seguro. El BGH limita su consideración a que se tenga en cuenta como una circunstancia más, no la única. Además hace una diferenciación importante según que se trate de seguro obligatorio o de voluntario; el primero se tomará en cuenta tanto para fundamentar la indemnización como para fijar su cuantía, mientras que la existencia del segundo no puede convertirse en hecho fundamentador, pero si puede servir para fijar su cuantía. La doctrina critica al BGH y parte de que ambos seguros son iguales, pe-

ro mientras para unos el seguro queda fuera de las circunstancias a valorar, para otro sector mayoritario, el BGH hace una interpretación demasiado estrecha respecto del seguro voluntario, ya que consideran que este es un bien patrimonial del asegurado. Por tanto ambos seguros han de ser tenidos en cuenta.

El momento en que las valoraciones económicas han de llevarse a cabo es el del último trámite oral.

Concluido el estudio de la responsabilidad del menor en el derecho alemán se pasa al correspondiente estudio en el Derecho español. Hay que separar en este caso tres grandes bloques: la responsabilidad civil del menor respecto al Código Civil; la responsabilidad conforme al Código Penal y la articulación entre ambas.

Conforme al CC esta responsabilidad nace de la aplicación del art. 1902, o en su caso del 1905.

En el 1902 se establece como principio rector la responsabilidad por culpa y su examen ha de abarcar también el de la imputabilidad como presupuesto de la culpa. La culpa se define en el art. 1104 y en él se hace referencia a la diligencia de un concreto sector y en unas circunstancias determinadas, lo cual permite que se tenga en cuenta la menor edad del agente y su capacidad de querer y entender. La imputabilidad se incluye en la culpa y no es necesario en nuestro ordenamiento un artículo semejante al parágrafo 828 BGB que por otro lado plantea problemas de articulación con el 276.

En la doctrina existe bastante confusión en este tema y en la jurisprudencia, cuando se analiza la culpa del menor, no suele ser para declararle responsable conforme al art. 1902, sino como presupuesto para la declaración de responsabilidad paterna conforme al art. 1903, de la que, de forma mayoritaria, la consideran requisito. Constituyen una excepción las SSTs de 24-V-1974 y 15-II-1975 en las que se mantiene la tesis de que el menor responde conforme al art. 1902.

En cuanto a la extensión de esta responsabilidad del menor cabría plantearse si es de aplicación el art. 1911 CC o puede tenerse en cuenta el art. 1103 CC que permite al Juez moderar la responsabilidad ateniéndose a las particularidades del caso. La ubicación de este artículo fuera de la regulación de la responsabilidad extracontractual hace que no sea una cuestión pacífica.

En lo que respecta al artículo 1905, estima la doctrina que consagra una responsabilidad objetiva. En la jurisprudencia prácticamente no se aplica ya que la responsabilidad se demanda de forma general de los padres.

La responsabilidad civil regulada en el Código Penal es la que corresponde a actuaciones del menor tipificadas como delito o falta sin la existencia de una causa de justificación.

Según el art. 19, el menor de edad, de 16 años, es responsable civil y penalmente de su actuación. Su responsabilidad es total y directa, como si de un mayor de edad se tratara.

Según el art. 20, 1.º prf. 2.º el menor de 16 años es penalmente inimputable, pero si su actuación encaja en alguno de los tipos penales tiene obligación de reparar el daño. Esta responsabilidad es subsidiaria la de los responsables directos y su finalidad es la reparación del daño. Se contemplan los casos de inexistencia de

personas que deban vigilar al menor y de insolvencia de éstos, pero prácticamente se admite también de forma unánime su aplicación en casos en que no hubiera culpa o negligencia por parte de los llamados a responder. Como en estos casos también serán responsables los encargados de su vigilancia, el menor podrá reclamar de ellos lo que pago en base al art. 168 CC. En lo que respecta a la jurisprudencia, no se encuentran sentencias en las que se haga aplicación de este artículo.

Aunque la doctrina coincide en afirmar que esta responsabilidad es objetiva, esto no resulta admisible teniendo en cuenta que se trata de unos hechos de los que el agente respondería civil y penalmente si no fuera por su menor edad, lo que indica que el factor culpa ha sido tenido en cuenta; además sería un agravio comparativo con los menores mayores de 16 años que, aunque en este caso de forma directa, sólo responden en caso de dolo o negligencia.

En lo que se refiere a la extensión de esta responsabilidad parece que el menor responde sólo con sus bienes presentes, como una excepción del art. 1911 CC. Parece que la razón es la equidad, pero sólo se tiene en cuenta la economía del menor.

En cuanto a la articulación de estas dos regulaciones, Código Civil y Código Penal, toma la autora como eje la imputabilidad o capacidad para entender y querer del sujeto. En el caso de un civilmente imputable, la doctrina mayoritaria entiende que es de aplicación el art. 20 1.^a prf. 2.^o tanto en el caso de que se trate de ilícito civil como en el de que se trate de ilícito penal; mientras que para un sector minoritario sólo debe de aplicarse en este segundo supuesto. La discusión entre ambos sectores ha sido continua y sigue siendo muy viva.

En la responsabilidad del menor civilmente imputable, si el acto dañoso no está tipificado como delito o falta, la doctrina mayoritaria entiende que es aplicable el art. 1902. Otros en cambio entienden que este artículo nunca debe aplicarse al menor ya que para ellos la menor edad se equipara a la inimputabilidad. Otros en cambio dicen que es siempre de aplicación el art. 20 CP (salvo que el acto dañoso esté tipificado como delito o falta y sea cometido por un menor imputable penalmente, en cuyo caso se aplicará el art. 19 CP). En caso de que el acto realizado esté tipificado como delito o falta, hay que tener en cuenta en primer lugar el art. 19 CP en relación con el art. 8, 2.^o; el mayor de 16 años es responsable civilmente, pero la mayoría de la doctrina entiende que subsisten las responsabilidades deducibles del art. 1903 CC. Si el menor civilmente imputable es menor de 16 años, la mayoría entiende aplicable el art. 20, 1.^a prf. 2.^o, sin embargo Panta León entiende que lo que importa es la capacidad de entender y querer del menor sin importar que su acto esté tipificado como delito o falta o no lo esté.

En opinión de la autora habría que unificar las normas. Con la normativa existente los principios que rigen son: 1.^o El menor de 16 años responde conforme al art. 1902 CC, el Juez deberá en cada caso decidir si es capaz de entender y querer. Según la interpretación jurisprudencial la ausencia de culpa habría de probarla el menor. Si es culpable responderá en base al art. 1902 CC, si no actuó negligentemente pero su actuación fue objetivamente culpable se aplicará el art. 20 1.^a prf. 2.^o CP. A partir de los 16 años deberá responder conforme al art. 1902 CC.

El capítulo cuarto es el dedicado a la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos menores de edad, en Derecho alemán y en Derecho español.

Lo desarrolla a través de cuatro grandes apartados, dentro de los cuales lleva a cabo el estudio comparativo de uno y otro Derecho. Como en el desarrollo anterior, se ocupa en primer lugar del Derecho alemán para compararlo después con el de nuestro país.

El primero de estos apartados está dedicado al fundamento y caracteres que destaca que son similares en ambos Derechos y que las divergencias se producen en la aplicación.

La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores se encuentra regulada en el párrafo 832, 1.^a del BGB. En él se establece la responsabilidad con carácter general de todas las personas con deber de vigilancia, ya sea impuesta por ley, ya pactada en contrato. La obligación de indemnizar no tiene lugar si cumplió con su vigilancia o si el daño se hubiera producido aun con la vigilancia adecuada. Es una responsabilidad basada en la propia culpa de los padres, ya que estos se liberan tanto probando su diligencia como la falta de nexo causal entre su negligencia y el daño. La carga de la prueba corresponde a los padres, por lo cual se considera un beneficio para el perjudicado. La justificación de esta inversión de la carga de la prueba se suele cifrar tanto en que la responsabilidad de los daños inferidos por menores a terceros es en primer lugar de los padres, como en que estos están en mejores condiciones de aportar pruebas, o en que la norma cumple un efecto preventivo.

En la práctica, la falta de nexo causal es poco empleada como causa de exoneración, pues se exige probar con absoluta seguridad que el daño se hubiera producido igualmente con la vigilancia. Respecto a la prueba del cumplimiento del deber de vigilancia, parece que la jurisprudencia no lo hace recaer completamente en los padres, pues viene exigiendo al demandante la prueba de que en el caso concreto era necesaria una vigilancia especial y que esto podía ser reconocido por cualquier obligado a la vigilancia que actuase diligentemente. Con esto se soporta mejor la carga de la prueba y la responsabilidad se fundamenta exclusivamente en la culpa.

Se trata de una responsabilidad directa y establecida para la protección de terceros, no del propio menor.

En Derecho español una vez más hay que diferenciar entre la normativa del Código Civil y la del Código Penal. En el primero de ellos se regula como sabemos en el art. 1903.

Una interpretación clásica de este artículo fundamenta la responsabilidad en la culpa *in vigilando e in educando*. El artículo prevé la exoneración probando que se empleó la diligencia debida, pero no hay obstáculo para admitir la prueba del nexo causal igual que en el párrafo 832 del BGB. Dado el paralelismo entre uno y otro derecho, los argumentos que justifiquen la inversión de la prueba pueden ser los mismos.

En la doctrina española, como en la de otros países se va abriendo paso una tendencia a la objetivación de la responsabilidad de los padres, con distintas explicaciones. Lo que si que es unánime en la doctrina es la consideración de que es una responsabilidad directa.

En cuanto a la jurisprudencia, considera la responsabilidad directa y razona en términos de culpa, pero, partiendo de la inversión de la carga de la prueba, viene condenando sistemáticamente a los padres por entender que no se aportan pruebas suficientes de la diligencia. Se ha procedido así a una objetivación de la responsabilidad que se hace descansar en criterios de riesgo, aunque luego se trate de explicar que el riesgo no se crea por el hecho de tener hijos, sino por el de no vigilarlos. Esta es la gran diferencia con la práctica judicial alemana.

En el artículo 1910 CC se contempla la responsabilidad de los padres por los daños causados por los objetos que se arrojen o caigan de sus casas. Se trata de una responsabilidad objetiva.

En la regulación del Código Penal, dos artículos: el 20 1.^º y 22 prf. 1.^º. Conforme al primero de estos preceptos se obliga a responder civilmente de los hechos tipificados como delictivos de los menores de 16 años a quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia.

La doctrina coincide en que su fundamento es el mismo que el del art. 1903 CC, ya sea para afirmar su carácter subjetivo u objetivo, según su criterio.

Partiendo de que se establece una responsabilidad por culpa, la dificultad se centra en determinar sobre quien recae la carga de la prueba. Mientras que para unos se mantiene la inversión contenida en el art. 1903, para otros, quien alegue la culpa deberá probarla. La supresión de la prueba liberatoria está desprovista de toda lógica ya que dificultaría más la articulación de la legislación civil y la penal y va en contra de la tendencia jurisprudencial que ha introducido esta inversión incluso para el art. 1902.

El segundo de los artículos del Código Penal es el 22 prf. 1.^º en el que se establece una responsabilidad subsidiaria. En principio este artículo no contempla las relaciones paterno filiales como base de establecimiento de una responsabilidad, pero los tribunales la han venido aplicando para proteger a la víctima en caso de daños ocasionados por un menor, mayor de 16 años e insolvente, sin tener que utilizar normas del Código Civil. Los presupuestos de este artículo 22 son la existencia de una relación de dependencia, entre quien actúa y el responsable, y que el daño se ocasione en la realización de la función encomendada. Estos presupuestos son interpretados por la jurisprudencia de forma laxa y ha hecho uso de este artículo de forma masiva para declarar la responsabilidad de los padres en accidentes de circulación causados por sus hijos, mayores o menores de edad, utilizando un vehículo de su propiedad.

Se declara en muchas de estas sentencias que no basta la relación paterno filial, sino que es necesario que el hijo realice una cierta actividad sometido en cierto modo al control paterno y que reporte a este algún tipo de beneficio. Es en la determinación de estos extremos donde se tiene en cuenta el vínculo familiar. Resulta excesivo e inapropiado el recurso en estos casos al art. 22 CP y

en todo caso resultaría más indicado acudir al art. 1903 CC como derecho supletorio.

Después del análisis del fundamento de la responsabilidad de los padres en el Derecho español se pasa a una revisión crítica de este fundamento. Estas críticas se centran en la objetivación que se hace al interpretar el art. 1903 CC y que suele explicarse por los cambios que ha experimentado el Derecho de familia, con la nueva configuración de la patria potestad, y por la pretendida imposibilidad de aportar la prueba exoneratoria.

Concluido el estudio del fundamento, se pasa al de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad de los padres. Comenzamos como siempre por el Derecho alemán y por tanto con el parágrafo 832 del BGB.

Tres son los presupuestos que han de darse para la aplicación de este parágrafo: 1.º Que el hijo realice un acto objetivamente culposo que cause daño a un tercero; 2.º Que los padres estén obligados a la vigilancia del hijo; y 3.º Que haya una infracción culpable del deber de vigilancia de los padres y un nexo de causalidad entre esta y el daño producido.

Los presupuestos en derecho español conforme a los artículos 1903 CC y 20. 1.ª CP son: 1.º Causación directa de un daño por el hijo; 2.º Que el hijo se halle bajo la guarda de los padres; y 3.º Acción u omisión culposa de los padres en el ejercicio de la guarda de su hijo y nexo causal entre aquella y la producción del daño. A pesar de las aparentes diferencias en los presupuestos se llega a la conclusión de que son idénticos y que las diferencias son sólo eso, aparentes, entre uno y otro ordenamiento.

Dentro del estudio de la regulación que el Derecho español hace de la responsabilidad de los padres, se dedica en este punto un epígrafe a la justificación del artículo 1903 CC y del 20 1.ª CP. Se hace esta a dos niveles distintos, el primero sobre la justificación del art. 20 1.ª CP en relación con el 1903 CC, llegándose a la conclusión de que el primero de ellos es totalmente inoperante. El segundo sobre la justificación del 1903 CC en relación con el 1902 CC, llegando a la conclusión de que aún cuando los padres responden por culpa propia es necesario el art. 1903, ya que en el se recoge como presupuesto de responsabilidad por hecho ajeno, sin lo cual, sólo podría hacerse responder si el ordenamiento contemplase en otro punto su obligación de prevenir el daño.

Como último apartado de este capítulo se pasa al estudio del contenido y extensión del deber de cuidado que los padres han de desplegar a fin de evitar daños a terceros.

En Derecho alemán, se reitera en las sentencias, que las medidas dependen de una serie de datos que varían con las peculiaridades del niño y con las circunstancias del hecho. En definitiva los obligados a la vigilancia han de observar la diligencia exigible conforme al parágrafo 276 BGB. Se analizan: los datos a ponderar, las medidas concretas de vigilancia y los límites en el ejercicio de la vigilancia sobre el menor.

Entre los datos que hay que tener en cuenta hay unos relativos al menor, otros relativos a la persona que ejerce la vigilancia y otros de carácter objetivo. En

cuanto a las concretas medidas de vigilancia pueden clasificarse en aleccionamiento, prohibiciones, seguimiento, etc... Los límites vendrán dados por razones pedagógicas que no recomiendan que estas sean agobiantes.

En el marco de nuestro ordenamiento han de valorarse las mismas circunstancias que en la RFA, sin embargo nuestros Tribunales no han seguido esta línea. Como regla los progenitores son declarados responsables siempre por el daño causado por su hijo menor, por estimar que no se ha aportado la prueba de la diligencia debida. La misma producción del daño por el menor, demuestra que los padres no adoptaron todas las medidas para impedirlo.

El quinto y último capítulo lo titula «la exigencia de responsabilidades» y estudia la articulación de las distintas responsabilidades que pueden nacer del daño ocasionado por los hechos de un menor. Al igual que en los capítulos anteriores, el tema se trata tanto dentro del Derecho alemán como del español. En ambos se distingue entre la relación externa, es decir, frente al damnificado, y la interna o existente entre los responsables.

Como epígrafes de este capítulo encontramos:

1.º La responsabilidad del menor y de los padres. Trata los casos en que ambas pueden ser concurrentes y la forma en que se articulan.

2.º La responsabilidad de los padres. Posibilidad de que uno de ellos quede exento de responsabilidad por recaer esta únicamente sobre el otro.

3.º Concurrencia de varios títulos de imputación en el progenitor. Los supuestos en que el propio padre es llamado a responder, no sólo como tal, sino por ser su hijo alumno suyo o cumplir un encargo bajo su dependencia.

4.º Posible responsabilidad de un tercero: su incidencia en la responsabilidad del menor o de sus padres. Contempla la posibilidad de que exista otra persona obligada a la vigilancia del menor en el momento en que éste causó el daño, su responsabilidad y la concurrencia de esta con la del menor y la de los padres.

5.º Participación de la víctima en la causación del daño: Referencia a la víctima menor de edad. Dos temas a analizar en este supuesto: la consideración de la imputación de la víctima menor a los efectos de la reducción de la indemnización y la eventual responsabilidad de los padres de la víctima menor por su inadecuado cumplimiento de su deber de vigilancia.

En el estudio de este capítulo se hace especial hincapié en las decisiones de los tribunales ya que al descender a situaciones tan concretas, es en ellas donde se pueden encontrar razonamientos para dar la solución a esta articulación.

En relación con la toma de postura de la autora ante los temas estudiados, nos permitimos destacar dos que afectan de forma general a nuestro Derecho de la responsabilidad.

En primer lugar sostiene que no existen dos responsabilidades distintas, la llamada *ex delicto* y la responsabilidad civil, sino una única responsabilidad, que debería regularse exclusivamente en el Código Civil. Pero dada la actual normativa y para evitar las disfunciones que pone de manifiesto, debería aplicarse a la acción resarcitoria un concurso de normas y no un concurso de acciones. Con esta opi-

nión se une la autora a la corriente doctrinal mayoritaria y se opone tanto a la doctrina jurisprudencial como a su aplicación.

En segundo lugar sostiene que tal como se encuentra regulada en nuestro ordenamiento, la responsabilidad de los padres por hechos dañosos de sus hijos es una responsabilidad por culpa propia y que como tal ha de tratarse. Si se quiere una responsabilidad objetiva, habrá que cambiar la norma reguladora, pero no forzar los razonamientos y llegar hasta lo imposible en la exigencia de prueba de diligencia. Con esta opinión se opone también abiertamente a la corriente jurisprudencial, y hay que decir que lo hace igualmente a una parte de la doctrina para la cual la tendencia a la objetivación de la responsabilidad debe hacerse en cualquier caso ya que queda justificada por la finalidad de protección de la víctima.

Este recorrido por el contenido del libro nos puede dar una idea de la amplitud de temas tratados, pero sólo su lectura nos mostrará la profundidad y acierto en su tratamiento.

Sus más de cuatrocientas páginas son ciertamente densas y en ellas no hay una sola licencia para la retórica, dice lo que quiere decir. Nos muestra el resultado de sus muchas horas dedicadas a esta investigación de forma clara y ordenada, por lo que la lectura es verdaderamente fácil, sin que esto quiera decir que no se necesite para ello de la máxima concentración, sino que ésta se consigue sin esfuerzo precisamente por el gran interés que despierta desde su comienzo.

Está realizada la obra con una extensa base de información, tanto en doctrina como en jurisprudencia y al mismo nivel respecto de los dos países. Esto hace que las referencias bibliográficas, las aclaraciones a pie de página y los comentarios paralelos al propio texto sean constantes, por lo cual sirve a la vez como una ayuda en la búsqueda de material para el estudio, que en el caso del Derecho alemán es particularmente interesante dado que, evidentemente, no son abundantes obras así en nuestro país.

Es, en resumen, una obra de recomendada lectura para aquellos que quieran de alguna manera profundizar en los temas tratados y casi diría que obligada para los estudiosos de los mismos.

ISABEL SIERRA PÉREZ

HERRERA CAMPOS, Ramón: «La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española», Universidad de Granada, Granada, 1991, 220 páginas.

El autor de la presente obra, Herrera Campos, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada, puede considerarse un experto en materia de filiación; baste en estos momentos recordar su amplio comentario a la reforma de la filiación que publicó en 1983 en la Revista de Derecho Privado, o su obra de 1987 «La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial». Y en la presente obra vuelve a abordar uno de los temas más apasionantes del Derecho Civil: las técnicas de reproducción asistida humana.