

La responsabilidad civil del menor derivada de ilícito penal. Análisis del artículo 61.3.º de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor

M.ª CARMEN NÚÑEZ ZORRILLA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los nuevos sistemas de responsabilidad civil o de reparación que pueden exigírsele al menor cuando éste incurra en un delito o falta penal. La aprobación de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero de 2000, ha supuesto cambios importantes en este ámbito. Dentro de estas innovaciones, es digna de mención la fuerte tendencia que la ley tiene a conseguir que el menor se responsabilice de sus propios actos, rebajando su límite de edad penal a los catorce años, aplicándole medidas que le reconocen una mayor madurez psicológica y una mayor capacidad para reparar por medio de sus propias actuaciones los daños que haya podido infringir a la sociedad. Se pretende ante todo una intervención educativa y preventiva orientada a su reinserción, claramente diferenciada del sistema sancionador aplicable a los adultos. Otra novedad que incorpora esta ley, es el establecimiento de una responsabilidad solidaria y objetiva de los padres, tutores, acogedores y guardadores del menor, frente a la responsabilidad subsidiaria y subjetiva de éstos, que se consagraba en el sistema anterior. Se analiza el concepto de «guarda» que debe darse para poder atribuir la responsabilidad a los titulares de la potestad sobre el menor y las medidas reparadoras que tienen como finalidad evitar el inicio de un proceso penal, así como las que pueden imponerse al menor una vez finalizado éste con sentencia.

ABSTRACT

The present work aims at the study of the new systems of public liability or of repair that can be required to the minor when this commits an offence or mistake penal. The approval of the Organic Law regulatory of the penal responsibility of the minors, of 12 January of 2000, has supposed important changes in this area. In these innovations, the strong trend that the law has to achieve that the minor makes himself for its own acts, reducing its limit of penal age at 14 years, applying it responsible is worthy of mention you measure that they recognise to him one senior psychological maturity and one senior qualified for repairing through its own performances the damages that it has been able to infringe to the company. First of all an educational and preventive intervention directed at its rehabilitation, clearly differentiated from the sanctionative system applicable to the adults, is aimed for. Another novelty that incorporates this law, is the establishment of a solidary and objective responsibility of the parents, tutors, cosy and protective of the minor, in the face of the subsidiary and subjective responsibility of these, which he consecrated in the former system. The concept of «guard» is analysed that the headlines of the authority about the minor and the fortifying measures that they have as a purpose has to be given to be able to attribute the responsibility to avoid the beginning of a penal process, as well as that they can be imposed to the minor once finished this with sentence.

SUMARIO: 1. *El tránsito de una responsabilidad civil subsidiaria y subjetiva hacia una responsabilidad solidaria y objetiva.*—2. *La modificación del límite mínimo de edad penal: el menor infractor.*—3. *La actuación legislativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña en el marco de la responsabilidad del menor:* 3.1 *La Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil.* 3.2 *La Ley 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social.* 3.3 *La Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias.*—4. *La guarda como factor determinante de atribución de la responsabilidad: los otros sujetos imputables:* 4.1 *Los padres.* 4.2 *Los tutores.* 4.3 *Los acogedores.* 4.4 *Los guardadores legales.* 4.5 *Los guardadores de hecho.* 4.6 *Los supuestos de delegación de las funciones paternas.*—5. *El contenido y extensión de la responsabilidad civil derivada de delito:* 5.1 *La responsabilidad del menor con anterioridad a la sentencia penal.* 5.2 *La responsabilidad del menor con posterioridad a la sentencia penal:* 5.2.1 *La restitución y la reparación del daño.* 5.2.2 *La indemnización de perjuicios materiales y morales.* 5.3 *Imposibilidad de llevar a cabo la reparación del daño causado.* 5.4 *La capacidad del menor para celebrar el acuerdo de reparación.* 5.5 *Las medidas de reparación en el ordenamiento catalán.*

I. EL TRÁNSITO DE UNA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA Y SUBJETIVA HACIA UNA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y OBJETIVA

La aprobación de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero del 2000 (en adelante LORPM), vino impuesta por exigencia del actual Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, en cuyo artículo 19.2.º dispone que: *«cuando un menor de dicha edad (de dieciocho años) cometa un hecho delictivo, podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor»*. Remitiendo así de forma expresa la regulación de la responsabilidad penal y civil derivada de delito de los menores de dieciocho años, a una futura legislación especial que debería regularla con detalle. Dicha regulación específica por fin se ha llevado a cabo en la actual Ley 5/2000, de 12 de enero. En el transcurso de tiempo que ha tenido lugar entre el actual Código Penal de 1995 y la aprobación de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, la responsabilidad de los menores de edad ha continuado regulándose por el Código Penal, pero no por el actual, dado que éste en su artículo 19.1.º dispone que *«los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código»*, sino por el anterior Código Penal de 1973.

Efectivamente, hasta la vigencia de la futura ley que regularía la responsabilidad penal del menor, nuestro actual Código Penal remitía mientras tanto dicha regulación a las normas de su predecesor (el Código Penal de 1973). Por ello, la Disposición Derogatoria Primera, letra a) del Código Penal de 1995 mantiene vigentes los artículos 8.2.º, 9.3.º, la regla 1.ª del artículo 20, el párrafo 2.º del artículo 22 y el artículo 65 del Código Penal anterior. De los preceptos citados, ahora debemos centrar nuestra atención, por un lado, en el ya derogado artículo 20, en cuya regla 1.ª contemplaba la responsabilidad civil subjetiva de las personas que tenían al menor bajo su potestad o guarda. Se trataba de una responsabilidad subjetiva porque supeditaba expresamente dicha responsabilidad al hecho de que existiera por parte de estas personas culpa o negligencia. Dicho precepto además, debía ponerse en relación con los artículos 118.1.º.1.ª y 120.1.º del vigente Código Penal, que en consonancia con el artículo 20 de su predecesor, contemplan igualmente un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa de los titulares de la potestad o guardadores legales.

En el ámbito de esta responsabilidad, la culpa o negligencia de los padres, tutores o guardadores debía ser probada por la víctima o

demandante para que aquéllos viniesen obligados a responder¹. Sólo si conseguía demostrar que el daño era debido a un defectuoso cuidado paterno, ya fuese en la educación o en la vigilancia del hijo, la víctima podía hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del delito o falta cometido por el menor. En consecuencia, con este sistema existía la posibilidad de que la víctima no fuese resarcida, en la medida en que la obligación de tener que demostrar la culpa del guardador exigía tener que acreditar, ya fuese con respecto a su deber de vigilancia o con respecto a su deber de educación, no sólo que el guardador pudo prever la conducta dañosa, sino además, que éste disponía de los medios necesarios para impedirla y no lo hizo (art. 1105 CC)². Factores que en ocasiones pueden resultar muy difíciles de probar. Esta dificultad del sujeto dañado a la hora de hacer efectiva la responsabilidad se agravaba todavía más por el hecho de que la responsabilidad civil *ex delicto* que consagran tanto el anterior como el vigente Código Penal con respecto a los padres, tutores o guardadores, es subsidiaria. Pues éstos sólo venían obligados a responder en el caso de que el menor infractor fuese insolvente. Lo que obligaba a la víctima a dirigir su acción en primer lugar contra el menor, y sólo en el supuesto de que no existiesen bienes en su patrimonio para responder, o que los existentes fueren insuficientes, podía el perjudicado dirigir su acción contra los guardadores, haciéndose de esta forma más lento y dificultoso el procedimiento para obtener la reparación del daño causado. Esta responsabilidad subsidiaria de los guardadores se desprendía del artículo 22 párrafo 2.º del anterior Código Penal, en relación con el artículo 120.1.º del Código Penal vigente³.

Pero este sistema ha quedado totalmente desplazado con la entrada en vigor de la *Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero de 2000* (LORPM), que actualmente consagra en su artículo 61.3.º un sistema de responsabilidad civil objetiva y solidaria.

El criterio de imputación objetivo se desprende claramente de la letra del precepto, al disponer que: «... cuando éstos (los guardadores) no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos». Lo que significa que aunque las personas que ten-

¹ Criterio que comparte LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, 2001, p. 453.

² El concepto de culpa viene integrado por dos elementos: el elemento de la previsibilidad y el de la evitabilidad del resultado dañoso; REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *Los sistemas de responsabilidad civil*, Capítulo II del *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por L. Fernando Reglero Campos, Navarra, 2002, pp. 191 y 193.

³ Así lo entiende también LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, cit., p. 453.

gan bajo su cuidado al menor, hayan observado una conducta correcta tanto en lo que respecta a su deber de vigilancia como de educación, de todas formas serán responsables, aun cuando el menor actúe totalmente fuera de la esfera de vigilancia y control de sus padres, y aun cuando sus actos sean en absoluto imprevisibles e inevitables⁴. De nada sirve que los padres y demás guardadores intenten probar que han actuado con toda la diligencia que les era exigible. O que pusieron todos los medios que tenían a su alcance para evitar el resultado dañoso, puesto que no cabe posibilidad alguna para ellos de exoneración. Aunque no haya dolo o culpa en estas personas, no quedan por ello excluidas de responsabilidad. Siempre que el menor infrinja un daño tipificado como delito o falta, vendrán obligados a responder junto con éste civilmente⁵.

Es decir, en el sistema que consagra el artículo 61.3.º LORPM, la culpa de los padres y guardadores ni siquiera se presume. No se trata de una presunción *iuris tantum* que admita prueba en contra porque no hay una inversión de la carga de la prueba. Y no la hay porque la norma ya parte de la base de que aunque no exista ningún grado de negligencia, igualmente se responde. A los padres o guardadores ni tan siquiera se les brinda la posibilidad de defenderse, asegurándose de esta forma la ley que la víctima va a ser indemnizada por el solo hecho de acreditar que se le ha producido un daño. Se garantiza al sujeto perjudicado que será resarcido siempre que se le origine un daño, y lo más rápidamente posible.

Ahora bien, al admitir el artículo 61.3.º que el Juez pueda moderar la responsabilidad de los padres y demás guardadores del menor cuando no hubieren favorecido la conducta de éste con dolo o negligencia grave, está introduciendo en este sistema un cierto grado de subjetividad. Es decir; si por un lado, en la relación externa y de cara a la víctima, el criterio de imputación de responsabilidad es, como hemos visto, totalmente objetivo, sin embargo, en la relación interna, a la hora de concretar la cuota de responsabilidad que corresponde a cada sujeto obligado, se admite que puedan existir atenuaciones que dependerán de las concretas circunstancias y de la valoración del comportamiento en lo que respecta al mejor o peor cumplimiento de los deberes de vigilancia y control que ostentan los padres y guardadores sobre el menor. Lo que será apreciado por el Juez caso por caso⁶. Así por tanto, cuando los

⁴ POLO RODRÍGUEZ, José Javier/HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús, *La nueva ley penal del menor*, Madrid, 2001, p. 62.

⁵ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El derecho penal de menores*, Valencia, 2001, p. 371.

⁶ Opinión similar es sostenida por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, dir. por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Madrid, 2001, pp. 500 y 501.

padres o guardadores no actúen con dolo o negligencia grave, porque por ejemplo pudo apreciarse en su comportamiento culpa leve o levísima, o incluso ningún grado de culpa, el Juez valorando el grado de negligencia procederá a reducir la cuota de responsabilidad de éstos, lo que comportará un aumento en la responsabilidad del menor. Por ello, el principal interesado en probar que ha habido dolo o culpa de los guardadores es el propio menor. Porque de producirse la moderación del Juez, la cuota que le correspondería abonar en las relaciones internas de la solidaridad se vería incrementada. Y es internamente donde opera el criterio subjetivo, porque en las relaciones externas con la víctima, estos criterios de moderación que se fundamentan en los distintos grados de culpa de los sujetos responsables, no operan en absoluto. En el sentido de que cualquiera de los sujetos responsables vendrá obligado a entregar a la víctima la prestación entera (art. 1137 CC), independientemente de que posteriormente en la relación interna éstos (padres, tutores o guardadores) reclamen al menor una cuota mayor⁷.

Efectivamente, si no hay negligencia en el comportamiento de los guardadores o ésta es leve o levísima, podrán ver moderada su responsabilidad de tal manera que acrecerá la del menor. Y si actuaron con dolo o culpa grave, su responsabilidad, al no verse reducida, se mantendrá igual. Pero en todos estos casos, en las relaciones con la víctima, los sujetos que enumera la norma vendrán obligados a responder por el todo, porque a nivel externo es una responsabilidad solidaria (art. 1137 CC) completamente objetiva. Los distintos grados de culpa sólo se tienen en cuenta para graduar la cuota de responsabilidad que corresponderá afrontar a cada uno de los sujetos obligados en las relaciones internas de la solidaridad. Por ello, puede afirmarse que se trata de un sistema de responsabilidad objetiva sólo a nivel externo, en el que el criterio de imputación subjetivo sigue desempeñando un papel importante a la hora de concretar finalmente la parte de responsabilidad que va a ser atribuida a cada obligado solidario. Así por tanto, cuando el sujeto que ha sufrido un daño tipificado como delito o falta penal por parte de un menor quiera hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del mismo, podrá dirigirse bien contra el menor o bien contra cualquiera de los otros sujetos que resulten obligados conjuntamente con éste en virtud de la solidaridad, para hacer responder a cualquiera de ellos por la prestación íntegra (arts. 1137 y 1144 CC). En este plano, el criterio de imputación para los padres, tutores o guardadores será plenamente objetivo, porque

⁷ A similares conclusiones llega LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *ob. cit.*, pp. 427 a 429.

vendrán obligados a responder siempre por el solo hecho de haber cometido un daño el menor que se encuentra bajo su cargo. Sin que éstos en ningún caso puedan quedar exonerados de dicha obligación de responder, al no permitirles la norma ni tan siquiera la posibilidad de demostrar que actuaron de acuerdo con los cánones de diligencia exigibles. A este nivel es indiferente que los padres o guardadores hayan actuado con culpa o sin ella, porque de todas formas responderán. No existe otra forma más segura de garantizar que el daño sea reparado, ante la posibilidad muy frecuente de que el menor sea insolvente.

En el plano externo de la solidaridad como se observa, las cosas son bastante sencillas y no plantean mayores problemas. Pero no sucede lo mismo a nivel interno; el sujeto que ha realizado la prestación íntegra después tiene acción de regreso para reclamar a los demás codeudores solidarios la parte que les corresponda según haya sido su grado de participación en la comisión del daño (art. 1145.2.º CC). Por consiguiente, el problema que inmediatamente se plantea es el de determinar como se distribuye la responsabilidad de cada uno de los co-obligados solidarios cuando los padres o guardadores hayan actuado con dolo o negligencia grave, o cuando pueda apreciarse en su comportamiento una imprudencia leve, levísima e incluso no imprudencia. El artículo 61.3.º LORPM no dice gran cosa al respecto. Sólo señala que *«cuando éstos (guardadores) no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos»*. Del precepto pueden extraerse a mi entender las siguientes conclusiones:

1.^a Si los padres o guardadores actuaron con dolo o negligencia grave, como según la norma su responsabilidad no se modera; es decir, no experimenta ninguna reducción ni graduación, entonces continuará siendo la misma. Esto es, responderán se entiende en la misma medida que el menor, presumiéndose dividida la deuda en partes iguales. Por consiguiente, cuando el menor o bien el guardador realice la prestación íntegra frente a la víctima, posteriormente tendrá derecho a reclamar al otro codeudor solidario la mitad de la misma (en el caso de que por ejemplo sean dos los responsables), por aplicación del principio general que consagra el artículo 1138 CC. Ahora bien, el principio general indicado es la regla que debe funcionar cuando se parta de la base de que entre los sujetos que responden conjuntamente con el menor, no existen diferentes grados de responsabilidad, por ostentar todos la misma participación en la conducta dañosa llevada a cabo por el menor. Pero esta misma regla (la división en partes iguales) no rige necesariamente así en todos los casos cuando son más de uno los sujetos responsables además del menor. Ya tendremos la oportunidad

de ver más adelante como en la mayoría de los supuestos en los que intervienen como sujetos responsables varias personas independientemente del menor, la parte de responsabilidad que corresponderá asumir a cada uno de estos partícipes no va a ser la misma, ya que dependerá de la incidencia que pueda tener la conducta de cada uno de ellos (padres, tutores o guardadores) sobre el comportamiento del menor que provoca el daño. Digamos que el principio general que consagra el artículo 1138 CC, conforme al cual todos los sujetos partícipes responden en la misma medida o por partes iguales, sólo regirá cuando en el caso concreto que se plantee deban responder de esta forma por la situación que ocupan frente al menor. Pero no en aquellos otros casos que ya veremos, en los que unos deberán asumir una cuota de responsabilidad mayor que otros, según sea el poder de dirección o de control que cada sujeto responsable haya podido ejercer sobre el menor. Así pues, la regla de la división en partes iguales sólo tendrá una aplicación estricta cuando junto al menor únicamente exista un responsable solidario, el cual responderá con el menor por partes iguales, pero no cuando sean más de uno, en cuyo caso, esta regla encuentra excepciones.

2.^a Si el grado de culpa de los padres o guardadores es menor que el dolo o la negligencia grave. Es decir en los casos de imprudencia leve o levísima, su cuota de responsabilidad podrá ser moderada por el Juez, que, valorando las circunstancias concretas y el grado de participación de éstos en el resultado dañoso, procederá a disminuir la cuota de responsabilidad, lo que conllevará un aumento en la parte de responsabilidad que asumirá el menor. Por consiguiente, si los padres o guardadores realizan la prestación íntegra frente a la víctima, después tendrán acción de regreso para dirigirse contra el menor para reclamarle una cantidad que será mayor a la mitad de la deuda. Si contrariamente es el menor el que abona la indemnización al sujeto dañado, posteriormente podrá reclamar en vía de regreso al guardador una cantidad que será inferior a la mitad de la deuda entera.

3.^a Si no interviene ningún grado de culpa o negligencia en los padres o guardadores por haber observado éstos un comportamiento absolutamente correcto, lo más justo y lógico hubiese sido que estuviesen facultados para repetir del menor la totalidad de la deuda. Pero parece ser que ésta no es la solución que ha establecido el artículo 61.3.º LORPM, dado que tan sólo contempla esta norma la posibilidad de «moderar» la responsabilidad, pero no de excluirla plenamente. De acuerdo con la redacción literal del precepto, la responsabilidad de los padres o guardadores podrá verse disminuida pero nunca excluida. Así que aunque no pueda apreciarse ni el más mínimo grado de imprudencia en el comportamiento de los guardadores, éstos de todas formas tendrán una cuota de responsabilidad en las relaciones internas, aunque sea por una ínfima cantidad ⁸.

⁸ En sentido similar se pronuncia NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo Alfonso, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor», en ICADE, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, Madrid, mayo-agosto, 2001, pp. 136, 139 y 140.

En todos los supuestos, la apreciación de los distintos grados de culpa será llevada a cabo por el Juez ayudándose de las pruebas aportadas por las partes; entre ellas también las que consiga aportar el propio menor, que ante la posibilidad de que su responsabilidad se vea incrementada por la moderación del Juez, en realidad, se convierte en el principal sujeto interesado en conseguir pruebas que demuestren la mayor negligencia posible en el actuar de las personas que lo tienen bajo su cuidado y vigilancia. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Juez no estará obligado a moderar la responsabilidad de los padres o guardadores en todos los casos en los que éstos no hayan actuado con dolo o negligencia grave. Sino que se trata de una facultad que queda al arbitrio judicial, como parece desprenderse de los términos del artículo 61.3.º, cuando señala que su responsabilidad «podrá» ser moderada por el Juez «según los casos»⁹. Cuando lo más justo hubiese sido que la norma hubiere contemplado el ejercicio de la moderación judicial, no como una facultad, sino como un deber del Juez en todos los casos en los que no exista dolo o negligencia grave por parte de los guardadores. De esta forma se compensaría la responsabilidad solidaria y objetiva de éstos con su moderación en los casos en los que el grado de negligencia sea menor. Y no sólo hubiese sido lo más justo, sino también lo más coherente y razonable en un sistema de responsabilidad civil derivada de delito, en el que se supone que debe prevalecer el principio de seguridad ciudadana. Personalmente considero que la norma está generando inseguridad jurídica al no permitir saber con certeza si el Juez va a proceder o no a reducir la responsabilidad en los supuestos de culpa leve o inexistencia de la misma. ¿En base a qué criterios entonces el Juez decidirá si ejercita o no la facultad de moderación? La respuesta a esta pregunta debería haber quedado bien clara. Ni siquiera los ciudadanos deberíamos cuestionárnosla. Tendríamos que saber a qué atenernos desde el principio para de esa forma actuar en consecuencia. Si el ejercicio de la moderación de la responsabilidad queda a la libre voluntad del juzgador, existiendo la posibilidad de que no la lleve a cabo aun en el supuesto de actuar con la máxima diligencia exigible, entonces el legislador está provocando que de alguna forma el ciudadano no se esfuerce demasiado en demostrar un comportamiento correcto en lo que respecta a la educación y vigilancia sobre sus hijos menores. Y no sólo se desincentiva de esta forma la autoexigencia de los padres o guardadores en el cumplimiento de sus

⁹ VAQUER ALOY, Antonio, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación», en *Revista Jurídica La Ley*, 2001, t. 1, p. 1635.

deberes de control y vigilancia sobre el menor, sino además también la motivación del propio menor para exigirse a sí mismo un comportamiento más respetuoso con las normas sociales. Pues aunque éste infrinja un daño, de todas formas es consciente de que su cuota de responsabilidad puede llegar a ser la misma, tanto si los padres se preocupan de poner todos los medios a su alcance para evitar la conducta dañosa del menor como en caso contrario.

Se observa así, como la propia norma entra en contradicción, al pretender, por un lado, que los menores, siendo cada vez más jóvenes, asuman las consecuencias de sus propios actos, y por otro, consiguiendo finalmente que dicha pretensión se convierta en papel mojado, al quedar fuertemente respaldada la conducta delictiva del menor por la responsabilidad que asumirán de todas formas sus padres o guardadores. Por ello, lo más justo y razonable, teniéndose en cuenta que la norma obliga a los padres o guardadores a responder siempre, al no brindarles la posibilidad de quedar exonerados de responsabilidad ni siquiera en los casos de inexistencia de culpa, hubiese sido que en los supuestos en los que aquéllos consiguiesen demostrar que no actuaron con dolo o negligencia grave, el Juez estuviese obligado a moderar la cuota de responsabilidad en las relaciones internas de la solidaridad en todos los casos, y no únicamente cuando al Juez le parezca.

2. LA MODIFICACIÓN DEL LÍMITE MÍNIMO DE EDAD PENAL: EL MENOR INFRACTOR

Mientras tanto no entrara en vigor la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, quedaban exentos de responsabilidad criminal los menores de 16 años. Así lo disponía el párrafo 2.º del artículo 8 del Código Penal de 1973, cuyo contenido se mantuvo vigente hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, por imposición de la disposición derogatoria primera, letra *a*), del Código Penal de 1995. Pero con la entrada en vigor de la Ley 5/2000, el límite mínimo de edad penal se rebaja a los catorce años (art. 1.1.º LORPM), con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son, en general, irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada, las medidas que se lleven a cabo en los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado. Así, por tanto, cuando el autor del hecho tipificado como delito o falta penal sea un menor de 14 años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a

la Ley 5/2000, sino que se le aplicarán las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual por los daños cometidos por el menor a terceros que no sean constitutivos de delito o falta penal, es decir; los artículos 1902, 1903.1.º, 2.º y 6.º, y 1904.1.º CC, que contemplan un sistema de responsabilidad civil objetiva únicamente en lo que concierne a la inversión de la carga de la prueba al demandado, que es quien deberá probar su diligencia. Pero que de todas formas se basa en el principio de culpa o negligencia, en la medida en que el demandado tiene la posibilidad de quedar exonerado de responsabilidad si logra acreditar su no culpabilidad, lo que no sucede de ninguna de las formas en el sistema que consagra la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, en la que la posibilidad de quedar exonerado de responsabilidad es impensable.

Es evidente, por tanto, que rebajando el límite mínimo de edad penal, el ordenamiento está reconociendo cada vez más al menor un mayor grado de discernimiento para entender y asumir las consecuencias de sus actos y a la vez una mayor capacidad de obrar para poder responsabilizarse y ser consecuente con las acciones que ha llevado a cabo. Por otra parte, seguramente esta reacción del legislador obedece también al hecho de que se está evidenciando cada vez más un aumento de la delincuencia entre la población menor de edad, y rebajándose el límite de edad penal, lo que se pretende es frenar de alguna forma este fenómeno social. Antes de la adolescencia el niño presenta un desarrollo incompleto, no sólo físico sino también psíquico en su doble vertiente intelectual y emocional. Hasta esa edad se sobreentiende que el niño no tiene capacidad suficiente de comprensión, ni un adecuado desarrollo de su voluntad. Conforme a lo sostenido por la psicología evolutiva, un niño no alcanza hasta aproximadamente los 14 años la capacidad de establecer juicios morales autónomos. Y a partir de esta consideración, el legislador toma la opción política de excluir de cualquier derecho penal a los menores de dicha edad, cuya responsabilidad no debe sobrepasar el ámbito familiar o educativo. No es sino a partir de la adolescencia cuando la persona joven comienza a desarrollarse en los aspectos cognitivo, afectivo, emocional y social¹⁰. Es en este período cuando comienza a comprender el alcance y significado de sus actos, dado que el crecimiento se acelera, produciéndose también una aceleración del desarrollo cogniti-

¹⁰ ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier, «Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo», en *ICADE, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, Madrid, mayo-agosto, 2001, p. 93.

vo y emocional que le dotan de una capacidad para, al menos, comprender y ser consciente de la injusticia de su actuar y para valorar su trascendencia ¹¹. Ahora bien, la responsabilización personal del menor, es decir, conseguir que el niño se haga cargo de las consecuencias de sus actos, vaya madurando y rectificando su conducta, es distinta de la simple responsabilización penal. En realidad el menor no se responsabilizará moralmente mientras no se dé un proceso de resocialización capaz de incorporarle las pautas básicas de la comunidad en la que se desarrolla. Es éste, ante todo, el tipo de responsabilidad que debe inculcársele para poder frenar su conducta delictiva, pues la cuestión no es sólo si posee las facultades psíquicas y la madurez necesaria para comprender el alcance normativo, sino si las normas que se le aplican le motivan hasta tal punto que pueda llegar a abstenerse de cometer la conducta prohibida o por lo menos rectificarla ¹².

La Ley 5/2000, de 12 de enero, gira en torno a este *principio de responsabilización personal*, dado que su finalidad es conseguir que el menor llegue a autorresponsabilizarse de sus actos tanto desde el punto de vista moral como en lo que concierne a la reparación efectiva del daño causado. Esto es lo que se desprende al menos claramente de su texto cuando afirma que, aunque tiene la naturaleza de disposición sancionadora, pretende ante todo una intervención educativa mediante la adopción de medidas que no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor. Consagra así su naturaleza *formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa*, tanto en lo que respecta al procedimiento como a las medidas aplicables a los menores infractores.

En su exposición de motivos sienta firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores debe distanciarse de la de los adultos por su carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación y que determina considerables diferencias entre las sanciones en uno y otro sector. Lo que se pone de manifiesto sin ir más lejos, en el hecho de que la presente Ley rechaza algunas de las finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como es la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, la intimidación del destinatario de la norma o el ejercicio de la acción penal por la víctima o por otros particulares, cuya participación en el procedimiento se contempla de un modo

¹¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina; *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, 2001, pp. 379 y 390.

¹² AA. VV.; *Los menores en el Derecho español*, coord. por Isabel Lázaro González, Madrid, 2002, pp. 89 a 91.

limitado (art. 25 LORPM). Con la finalidad de no obstaculizar los criterios educativos, resocializadores y de valoración del interés superior del menor, rige asimismo en esta Ley el principio de *intervención mínima*, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o de renuncia al mismo, mediante el establecimiento de medidas tales como el resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima (arts. 18 y 19), y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta (art. 40) o de sustitución de la misma durante su ejecución (arts. 14 y 51) por otra que se estime más adecuada.

El *criterio preventivo-resocializador* que predomina en la Ley, se lleva a término en la práctica a través de la imposición de medidas que responden más a una finalidad terapéutica que sancionadora. Así se observa claramente, por ejemplo, en la medida de *amonestación*, en la que el Juez manifiesta al menor las razones que hacen socialmente intolerables los hechos cometidos; le hace comprender la gravedad de los mismos y sus consecuencias para él y para la víctima, formulándole recomendaciones para el futuro [art. 7.1.º.l)]. En la medida de *prestaciones en beneficio de la comunidad*, en la que el menor debe realizar una actividad en beneficio de la colectividad en su conjunto o de personas que se encuentren en una situación de precariedad, relacionada con el bien jurídico afectado. Que se caracteriza porque el menor ha de comprender durante su realización, que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta que merece el reproche formal de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo [art. 7.1.º.j)]. En *la realización de tareas socio-educativas*, consistentes en que el menor lleve a cabo actividades específicas de contenido educativo que faciliten su reinserción social, como puede ser por ejemplo asistir a un taller ocupacional o a un curso de preparación para el empleo [art. 7.1.º.k)]. En *la convivencia con una persona, familia o grupo educativo*, adecuadamente seleccionados, que se ofrezcan para cumplir la función de la familia en lo que respecta al desarrollo de pautas socioafectivas prosociales en el menor [art. 7.1.º.i)]. O en *la asistencia a un centro de día*, donde se realizan actividades socio-educativas con el propósito de proporcionar al menor un ambiente estructurado que pueda compensar las carencias de su ambiente familiar [art. 7.1.º.f)]. O, asimismo, en la *medida de libertad vigilada*, encaminada a hacer un seguimiento de la actividad del menor y de su asistencia a la escuela o al lugar de trabajo, procurando ayudarlo a superar los factores que determinaron la infracción cometida [art. 7.1.º.h)].

E incluso *las medidas de internamiento* responden al objetivo prioritario de disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar las deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial [art. 7.1.º.a), b) y d)].

Dichas medidas se ejecutarán en centros específicos para menores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para los mayores de edad penal (art. 54.1.º). Y estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales del menor interesado (art. 54.3.º). Asimismo, toda la actividad de los centros en los que se ejecuten medidas de internamiento estará inspirada por el *principio de resocialización*, en virtud del cual, el menor interesado continúa formando parte de la sociedad y, como consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, y la participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social (art. 55). Para la elección de la medida adecuada, la Ley ordena atender no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, así como también a los informes emitidos por los equipos técnicos y, en su caso, por las entidades públicas de protección del menor.

La Ley Orgánica 5/2000, ha sido objeto de desarrollo reglamentario por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, que tiene por objeto el desarrollo parcial de dicha Ley en lo referente a la actuación del equipo técnico y de la Policía Judicial, a la ejecución de las medidas cautelares y definitivas adoptadas de conformidad con aquella y al régimen disciplinario de los centros para la ejecución de las medidas privativas de libertad. De acuerdo con el Reglamento, los profesionales y organismos que intervengan en la ejecución de las medidas ajustarán su actuación a los principios de *interés superior del menor; el respeto al libre desarrollo de su personalidad; aplicación de programas fundamentalmente educativos que fomenten el sentido de la responsabilidad y el respeto por los derechos y libertades de los otros; la prioridad de las actuaciones en el propio entorno familiar y social; el fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas, y la adecuación de las actuaciones a la edad, personalidad y circunstancias personales y sociales de los menores* (art. 6 Reglamento).

El equipo técnico es un órgano formado por un conjunto de profesionales especializados en la valoración de las circunstancias personales y familiares del menor, que cobra especial importancia

en el proceso de selección de la medida que deberá serle impuesta. Pues tiene como principal misión determinar lo que en cada momento puede resultar más beneficioso para el interés del menor, a través de la elaboración de un informe sobre su situación psicológica, educativa y familiar, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de la medida idónea. Dicho informe será requerido por el Ministerio Fiscal durante la instrucción del expediente (art. 27.1.º LORPM), el cual a su vez lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores (arts. 27.5.º LORPM y 4.1.º Reglamento). Y podrá ser complementado con el criterio de aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado (arts. 27.6.º LORPM y 4 Reglamento).

Éstas y otras medidas que contempla la Ley, así como todos y cada uno de los pasos que deben seguirse a lo largo del procedimiento hasta la ejecución de la sentencia, están orientados a la consecución de aquellos principios básicos que impregnan todo su articulado: el *principio de responsabilización personal*, el *principio de resocialización*, el *principio preventivo-educativo* y el *principio de intervención mínima*. Lo único que queda por ver es que en la práctica realmente se lleven a cabo estos criterios o pautas que informan toda esta normativa, y que no quede simplemente en un bonito enunciado literal o en papel mojado. Independientemente de ello, creo que la intención del legislador en este aspecto ha sido muy buena, como también lo es el hecho de que conforme a los principios señalados, se diferencien en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos; de 14 a 16 años, y de 17 a 18 años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren desde un punto de vista científico y jurídico un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de 16 años, la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas. Debe señalarse, asimismo, que al efecto de designar a las personas a quienes se aplica esta Ley, en el articulado de la misma se utiliza el término *menores* para referirse a los que no han cumplido 18 años, y el de *jóvenes* para referirse a los mayores de dicha edad (art. 1.4.º LORPM).

La Ley suscita la duda sobre si los *menores emancipados* responden o no civilmente. Penalmente sí que responden; así se desprende claramente de su texto cuando afirma que quedan comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, las personas mayores de 14 años y menores de 18 (art. 1.1.º). Pero en lo que respecta a la

responsabilidad civil *ex delicto*, la norma (art. 61.3.º) refleja alguna que otra contradicción, al hacer responsable de los hechos, por un lado, al menor de 18 años, y por otro, a las personas que ostentan la obligación de guarda sobre él (padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho). Efectivamente, la contradicción consiste en que, en primer lugar, la norma incluye en su ámbito de aplicación a todos los menores de 18 años, en cuyo caso, quedaría comprendido entonces también el menor emancipado. Pero posteriormente, hace responder solidariamente con él sólo a las personas que detentan su guarda, entre las cuales evidentemente no se encuentra el «curador». Pues la función de esta figura de protección no es ejercer la guarda sobre el menor emancipado, sino simplemente actuar como asistente prestándole su autorización para los actos previstos en los artículos 323.1.º CC y 159.1.º CF. La responsabilidad civil solidaria de los padres, tutores, acogedores y guardadores se fundamenta precisamente en la obligación de guarda que les corresponde ejercer sobre el menor. Pero cuando éste se emancipa, dicha obligación se desvanece y con ella, el fundamento de imputación de la responsabilidad. En consecuencia, si el curador no responde solidariamente con el menor porque no ostenta la obligación de guarda sobre éste, entonces ello significa que el menor emancipado, cuyo mecanismo de protección más típico es la curatela, no se encuentra incluido en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de delito o falta penal¹³. Por consiguiente, al menor emancipado se le aplicará la Ley 5/2000, de 12 de enero, para exigirle responsabilidad penal cuando cometa un hecho tipificado como delito o falta, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.1.º de la LORPM. Pero en lo que respecta a la responsabilidad civil derivada de dicho delito o falta penal, no le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 61.3.º de esta Ley, sino que se regirá por las disposiciones generales que contempla el Código Penal para los mayores de edad (arts. 109 y siguientes del Código Penal). En consecuencia, cuando se trate de exigir responsabilidad civil derivada de delito o falta penal a un menor emancipado, dicha responsabilidad deberá reclamarse, como ya he señalado, por los cauces que prevé el propio Código Penal para los mayores de edad; ambas reciben el mismo tratamiento.

La Ley 5/2000 también incluye en su ámbito de aplicación a *las personas mayores de 18 años y menores de 21*, de conformidad con

¹³ Con igual criterio se pronuncian VAQUER ALOY, Antonio, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación», en *Revista Jurídica La Ley*, T. 1, Madrid, 2001, p. 1632; y LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *ob. cit.*, p. 418.

lo establecido en el artículo 69 del Código Penal vigente, que contempla la posibilidad de que los «jóvenes» comprendidos en esta edad queden sometidos a la Ley que regule la responsabilidad penal del menor. Para que dicha Ley se les aplique deberán concurrir una serie de requisitos:

1. Que el hecho cometido sea una falta o delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas, ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas.
2. Que el imputado no haya sido condenado por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los 18 años.
3. Que sus circunstancias personales y grado de madurez aconsejen la aplicación de la Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe (art. 4).

Ahora bien, aunque pueden aplicárseles las normas reguladoras de la responsabilidad penal de los menores, quedan excluidos de las que contemplan la responsabilidad civil en esta Ley, y sometidos a las que el Código Penal contiene sobre la materia.

La responsabilidad que contempla la Ley 5/2000, de 12 de enero, no será exigible a *los menores en quienes concurra alguna de las causas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal* previstas en el vigente Código Penal (art. 5 LORPM). Debemos situarnos entonces en el ámbito del artículo 118.1.º CP, que contempla los criterios para hacer efectiva la responsabilidad civil. De conformidad con este artículo, cuando el menor haya protagonizado una acción típica antijurídica pero no culpable, serán responsables civiles subsidiarios quienes lo tengan bajo su potestad o guarda, siempre y cuando se pruebe que actuaron con culpa o negligencia¹⁴. No obstante lo anterior, a los menores en quienes concurren las circunstancias eximentes previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1.º letras *d*) y *e*) de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor. Tales medidas son: el *internamiento terapéutico* y el *tratamiento ambulatorio*, aplicables en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas, estados de dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o de alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. De conformidad con lo establecido en el artículo 5.2.º LORPM.

¹⁴ Opinión que comparte TESÓN MARTÍN, Fernando, «La responsabilidad civil en la nueva Ley Penal de Menores», en *Revista Jurídica. La Ley*, T. 7, Madrid, 2001, p. 2.

3. LA ACTUACIÓN LEGISLATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR

3.1 La Llei 27/2001, de 31 de diciembre, de Justicia Juvenil

La Ley 5/2000, de 12 de enero, faculta expresamente a las Comunidades Autónomas para asumir la ejecución de las medidas adoptadas por el Juez de Menores. Les atribuye competencia para la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley (art. 45). Y el ejercicio de dicha competencia, además de realizarse siempre bajo el control y vigilancia del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente (arts. 44, 49 y 53), deberá inspirarse en los criterios y principios que rigen la Ley estatal en esta materia. Esta competencia funcional ha sido concretada por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, en cuya virtud, corresponde a las Comunidades Autónomas, mediante las entidades públicas que éstas designen: *a)* la ejecución de las medidas cautelares adoptadas de conformidad con el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/2000; *b)* la ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores en sus sentencias firmes, previstas en los párrafos *a)* a *k)* del artículo 7.1.º de la LO 5/2000, y *c)* la ejecución del régimen de libertad vigilada y de la actividad socioeducativa a la que alude el artículo 40.2.º.c), de la Ley Orgánica 5/2000 (art. 8.1.º Reglamento). Cuando el Juez de menores o el Ministerio Fiscal remitan a la entidad pública de protección de menores testimonio de particulares sobre un menor de 14 años, será dicha entidad la competente para valorar la situación y decidir si se ha de adoptar alguna medida (art. 8.6.º Reglamento). Y sin perjuicio de las funciones de mediación atribuidas en el artículo 19.3.º LORPM a los equipos técnicos, también las entidades públicas podrán poner a disposición del Ministerio Fiscal y de los juzgados de menores, en su caso, los programas necesarios para realizar las funciones de mediación a las que alude el citado artículo (art. 8.7.º Reglamento). Dicha competencia ha sido asumida efectivamente por la Comunidad Autónoma de Cataluña, que a partir de la aprobación de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor y por mandato de la misma, se ha preocupado de regular las funciones que ha de cumplir la Administración de la Generalitat en lo que concierne a la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces en el marco de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y en el desarrollo de programas destinados a dar soporte a los procesos de reinserción, así como de establecer el régimen de participación y colaboración de las entidades públicas y

privadas en el ejercicio de estas funciones. Esta regulación ha quedado reflejada en una Ley reciente: *la Llei 27/2001 de 31 de diciembre, de justicia juvenil*, que deroga la Llei 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, en la parte que todavía estaba vigente.

La Llei catalana 27/2001, de 31 de diciembre, regula la actuación de la Administración de la Generalitat o de otras entidades públicas o privadas que intervengan sobre menores a los que la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal haya impuesto una actuación de los equipos técnicos o una medida en aplicación de la LORPM (art. 7). Su finalidad es promover la integración y la reinserción social de los menores a los que se aplica, mediante la articulación de programas y actuaciones que han de tener un carácter fundamentalmente educativo y responsabilizador (art. 2). Al igual que la Ley 5/2000, *la Llei catalana 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil*, gira en torno al principio básico de que las medidas impuestas han de ayudar al menor a sentirse responsable de sus propios actos y a comprender el efecto que éstos tienen sobre las otras personas, como forma de estímulo en el proceso de cambio de su conducta. Ante todo se pretende que la ejecución de las medidas se lleve a cabo en medio abierto, recurriendo al internamiento sólo como última opción. Procurando que todas las actuaciones se adecuen a la edad, psicología, personalidad y circunstancias personales y sociales de los menores. Y que los programas que se apliquen tengan un carácter fundamentalmente educativo, promotor y no represivo, destinados a fomentar el sentido de la responsabilidad, el respeto a los derechos y la libertad de los demás, y una actitud constructiva frente a la sociedad [art. 4 c), d) y e)]. Además, la Llei 27/2001 prevé una serie de actuaciones de soporte que serán llevadas a cabo por los profesionales correspondientes, dirigidas a facilitar la integración social de los menores que ya hayan cumplido las medidas impuestas. La finalidad de la Llei, por tanto, va más allá del estricto ámbito de ejecución de las medidas, al incluir también en su texto la regulación de una labor encaminada a ayudar al menor en su proceso de reinserción, una vez la medida que se le impuso haya llegado a su fin (art. 61).

3.2 La Llei 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social

Con posterioridad a esta Llei, el Parlamento de Cataluña aprobó la *Llei 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Llei 37/1991,*

de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, con la finalidad, esta vez, no de asumir competencias en materia de ejecución de las medidas impuestas en el marco de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sino de llevar a cabo una serie de actuaciones sobre los menores encaminadas prioritariamente a prevenir que éstos puedan acabar en la marginación o en la delincuencia. La Llei 8/2002, de 27 de mayo, regula, por tanto, la protección del menor en una fase previa o anterior a la producción efectiva del daño penal. Al tener por objeto la regulación de las medidas necesarias precisamente para evitar que el menor que se encuentra en una situación de riesgo, pueda llegar a cometer una infracción de este tipo. Motivo por el cual, se trata de una Llei que tiene una naturaleza civil, no penal, al igual que los incumplimientos que en ella se prevén y que las medidas correctoras que se establecen para tales incumplimientos, que no son más que la expresión de la potestad que ejerce el tutor en su función educativo-correctora de acuerdo con la legislación civil (art. 52.2.º).

Para la consecución de la finalidad indicada, esta Llei completa la regulación de la Llei 37/1991 de 30 de diciembre, al mismo tiempo que deroga el título V de la Llei 11/1985, mediante la actualización de 4 ámbitos concretos en materia de protección de menores:

a) Por un lado, en el ámbito de las medidas de protección del menor que contempla la Llei 37/1991 para las situaciones de desamparo, se lleva a cabo una actuación especializada y personalizada encaminada a desbloquear el miedo, la desconfianza y la resistencia frecuente que manifiesta la población adolescente frente a la aplicación de las medidas de protección que necesitan para su atención. Mediante una intervención técnica en principio en el entorno familiar y social, para proceder posteriormente a la determinación de las medidas de protección adecuadas a su problemática. Y es que de un tiempo a esta parte sucede que las entidades públicas de protección de menores deben atender cada vez más a chicos y chicas adolescentes que son reacios o que rechazan el acogimiento simple en familia o en un centro. Motivo por el cual, una de las respuestas de la Llei ha sido la creación de *los servicios de primer acogimiento*, que son centros o unidades especiales en los que se proporciona al menor sometido a la medida de acogimiento, una atención especial e individualizada, que es llevada a cabo por equipos de profesionales, dirigida a conseguir que aquél finalmente logre adaptarse a la medida que se le aplica. Por ello, estos cen-

tros o unidades especiales tienen la función de acogimiento inicial en el primer período de adaptación al sistema (art. 1) ¹⁵.

b) La Llei 8/2002, de 27 de mayo, por otra parte, completa la regulación de la Llei 37/1991 con una tipología de centro de urgencia necesaria y específica, tanto para la población adolescente con conductas de alto riesgo social, como para las situaciones de desamparo de personas menores que se produzcan, por ejemplo, por las noches o en los fines de semana, que pueden ser transitorias y que, en todo caso, son urgentes. La novedad de la Llei en este punto consiste en la previsión de medidas pensadas para atender al menor en situaciones de riesgo, pero en las que éste no requiere todavía el ingreso en una familia o en un centro de acogimiento, sino que precisa de un tipo de asistencia más puntual o de corta duración. Medidas éstas que se ponen en marcha justamente para evitar la derivación del menor a un centro de acogimiento o residencial, que debe ser siempre el último recurso a utilizar y que sólo podrá acordarse según la Llei, cuando no sea posible utilizar otro programa distinto (art. 45.3.º). De esta forma, la Llei trata de agotar otras alternativas antes de llegar a la aplicación de aquellas medidas que el menor rechaza. Entre estas otras medidas que articula la Llei con la finalidad de evitar la aplicación de la medida de acogimiento, se encuentran:

- La asistencia diurna a menores sin hogar, para que abandonen la permanencia en la calle.
- El alojamiento nocturno de corta duración, para satisfacer las necesidades asistenciales de los menores. Y
- El ingreso, por necesidades reeducativas, en centros o unidades con restricción o supresión de salidas, por un tiempo limitado, de forma que puedan desarrollarse programas individuales (art. 3) ¹⁶.

c) En tercer lugar, la Llei pone en marcha una serie de actuaciones dirigidas específicamente a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, que tienen como finalidad prevenir la marginación y la delincuencia, fomentar los procesos de integración social del menor y lograr que éste se responsabilice de sus propios

¹⁵ Véase al efecto, el apartado 5 bis que se añade al artículo 2 de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre. La Llei 8/2002, de 27 de mayo, también añade a este mismo artículo el apartado 4 bis, con la siguiente redacción: «*todos los centros de acogimiento deben prever en el proyecto educativo del centro y en el proyecto educativo individualizado, el conjunto de actuaciones socioeducativas encaminadas a la preparación para un trabajo, con la finalidad de que los adolescentes logren más recursos, más autonomía personal y más habilidades sociales*».

¹⁶ El artículo 3 añade un artículo 5 bis a la Llei 37/1991, en cuyo párrafo 2.º contempla las medidas indicadas.

actos. Al efecto, contempla la obligación para la red básica de servicios sociales de atención primaria, de promover programas educativos y preventivos destinados a potenciar la capacidad crítica, de autocontrol y el sentido de la propia responsabilidad de los adolescentes con conductas de alto riesgo social, así como la realización de todas aquellas prestaciones que apoyen la atención del adolescente en su propio entorno, siempre teniendo muy presente el interés superior del menor (art. 6) ¹⁷. Este tercer tipo de actuaciones van destinadas a los menores adolescentes cuya conducta altera de forma grave las pautas de convivencia y el comportamiento social generalmente aceptados, provocando un riesgo evidente de causarse daños a ellos mismos o a terceras personas ¹⁸. Son éstos los menores a los que la Llei denomina *población adolescente con conductas de alto riesgo social* (art. 43).

d) Por último, la Llei 8/2002 de 27 de mayo, adiciona un nuevo capítulo VI a la Llei 37/1991, en el que se contemplan, con carácter general, los derechos y deberes de los menores que son acogidos en centros de acogimiento, así como aquellas conductas de éstos que constituyen incumplimientos de tales deberes, y las medidas educativas correctoras que hay que aplicar a los mismos (arts. 48 a 52).

3.3 La Llei 18/2003 de 4 de julio, de apoyo a las familias

La labor del legislador catalán en esta materia ha sido completada finalmente con la Llei 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, que pendiente de un posterior desarrollo reglamentario para su aplicación, gira, al igual que la Llei 8/2002, de 27 de mayo,

¹⁷ Con este artículo, la Llei 8/2002, de 27 de mayo, adiciona un nuevo capítulo V a la Llei 37/1991, que versa sobre la «*atención especial a la población adolescente con conductas de alto riesgo social*», en cuyos artículos 44 y 45 se contemplan los mandatos mencionados.

¹⁸ Así lo dispone el nuevo artículo 43 de la Llei 37/1991, que ha sido incluido por el artículo 6 de la Llei 8/2002 de 27 de mayo, en el mencionado capítulo V dedicado a «*la atención especial a la población adolescente con conductas de alto riesgo social*». Dicho capítulo, en su artículo 45.2.º menciona cuáles son estas medidas preventivas y educativas:

- La atención en determinados centros abiertos, talleres y demás servicios comunitarios.
- La atención en su propio entorno.
- La ayuda profesional que tiende a proporcionar a los menores los medios pedagógicos que les faciliten la inserción en el mundo del trabajo.
- El seguimiento de las personas menores desinternadas de los centros con la oferta del apoyo sociopedagógico necesario.
- La atención psicoterapéutica.
- Las demás medidas de índole educativo o terapéutico que se consideren pertinentes.

principalmente en torno a una política de prevención de la marginación y de la delincuencia de los menores.

Es evidente que el mejor sistema para poner freno a las actuaciones delictivas de los menores no estriba tanto en el establecimiento de medidas sancionadoras para el castigo de conductas ya realizadas, sino precisamente en la creación de los instrumentos o vías que ayuden a evitarlas. Pues ciertamente, el daño que ya ha sido generado por un menor, ha sido consecuencia, la mayor de las veces, de una situación previa y de unas circunstancias que casi siempre lo han potenciado, y una vez que el menor ya se encuentra en esa situación que le lleva fácilmente a delinquir, es mucho más difícil erradicarla. Así que la mejor solución es evitar ante todo que nuestros menores puedan llegar en un futuro a encontrarse en ella, y éste ha sido una vez más el centro de atención de nuestro legislador autonómico, que siendo consciente del peligro y de las dificultades que cada vez más envuelven a los menores, ha decidido muy acertadamente continuar en la labor preventiva hasta sus últimas consecuencias por medio de la reciente aprobación de la Llei de apoyo a las familias, que incorpora unas directrices o principios que serán llevados a la práctica a través de las futuras reglamentaciones o disposiciones normativas que la desarrollen. De entre las distintas directrices en las que se mueve esta Llei, que en general tienen por objeto el apoyo a la familia, nos interesa concretamente para el tema que tratamos, aquellas que van encaminadas a evitar que las personas que tengan a su cargo a un menor no puedan desempeñar como es debido sus funciones familiares por la existencia de una situación cada vez más preocupante de pobreza y precariedad, que tiene una repercusión directa en la privación material de niños y jóvenes. Si el núcleo familiar en el que se desarrolla el menor carece de los medios económicos necesarios para procurarle la subsistencia, entonces lógico es que aquél intente procurárselos a través de la comisión de delitos contra el patrimonio, cayendo así progresivamente en la marginación, lo que le conduciría casi con toda seguridad en el futuro a llevar a cabo otro tipo de delitos contra la seguridad ciudadana en general, fruto de la desestructuración del núcleo familiar en el que ha crecido y del abandono que por parte del mismo ha sufrido.

Es por ello que nuestro Parlamento y por mandato del propio artículo 39 CE, que establece el principio general dirigido a todos los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, ha impulsado un conjunto de actuaciones e iniciativas a fin de que las familias puedan asumir con calidad de vida sus responsabilidades, para garantizar la igualdad de oportuni-

dades y para luchar contra la marginación crónica y el peligro de la exclusión social, así como para facilitar el ejercicio de una maternidad y paternidad responsables.

Son destinatarios de las medidas de apoyo, tanto las familias formadas por unión matrimonial como extramatrimonial y las familias monoparentales cuyos niños menores dependen económicamente de una sola persona, no existiendo discriminaciones entre los hijos por razón de la relación de filiación. Asimismo, también entran dentro del ámbito de la protección de la Llei las familias con niños en acogida o adopción; las familias con personas en situación de dependencia, cuando éstas, por motivo de alguna discapacidad física, psíquica, sensorial o mental, necesiten la ayuda de otra persona para llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria; los titulares de una relación de convivencia de ayuda mutua, que podrán acogerse a determinadas medidas y prestaciones, y las demás situaciones a las que las leyes atribuyan o reconozcan los mismos efectos jurídicos que a la familia (arts. 2, 3 y 4 Llei).

Las medidas inciden en todos aquellos aspectos que pueden llegar a convertirse en los verdaderos puntos débiles de una familia; ámbitos todos ellos capaces de generar fuertes conflictos y problemáticas en el seno de aquellas familias que no han sabido discurrir por caminos normales. La Llei que ahora comentamos, siendo plenamente consciente de todas estas posibles situaciones potencialmente generadoras de desestructuraciones familiares, trata de evitarlas y también de remediarlas mediante la concesión de una serie de prestaciones específicas al efecto. Prestaciones que además se reconocen en la misma medida a los supuestos de adopción o acogida permanente, al equipararse éstos al de la filiación natural (disposición adicional novena).

4. LA GUARDA COMO FACTOR DETERMINANTE DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: LOS OTROS SUJETOS IMPUTABLES

El artículo 61.3.º LORPM hace responsables civiles solidarios conjuntamente con el menor, por los daños cometidos por éste, a los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho. De la redacción del precepto se desprende que el criterio que ha sido tenido en cuenta por el legislador para atribuir la responsabilidad a aquellos otros sujetos que responden juntamente con el menor, es precisamente *el ejercicio de la guarda* por éstos. Tal es así, porque la norma incluye dentro de su ámbito de aplicación figuras de protección del menor que sólo abarcan o pueden abarcar

únicamente el ejercicio de la guarda sobre éste, como son: la Tutela de la Entidad Pública por Ministerio de la Ley, el Acogimiento, la Guarda legal y la Guarda de hecho.

Efectivamente, y por lo que respecta a la *Tutela de las Entidades Públicas*, debe señalarse que cuando la entidad tiene noticia de la existencia de un menor en situación de riesgo o desprotección, primeramente desempeña una función sólo meramente asistencial y de prevención con carácter urgente, asumiendo en este momento únicamente la *guarda* sobre el mismo, mientras se realiza una atenta investigación de las circunstancias y hechos que han dado lugar a esta situación. Y una vez analizadas las circunstancias se decida posteriormente la medida de protección más adecuada a aplicar (arts. 172.1.º.1.º CC, 2.1.º y 3.1.º Llei sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, de 30 de diciembre de 1991; en adelante LPMA). De esta forma, lo que se produce es una transmisión del ejercicio de la función de *guarda* a la entidad pública, quedando por el momento los titulares de la potestad anterior suspendidos temporalmente en el ejercicio de la misma. (arts. 172.3.º CC; 164 y 166 CF, y 3.2.º LPMA) hasta que finalmente se determine si procede o no la privación total de la potestad atendiendo a la situación real del menor.

Una vez valoradas las circunstancias del caso concreto, se fijará el ámbito de protección que será asumido por la entidad. Lo que podrá dar lugar, bien a una privación total de la potestad de los padres o tutores anteriores, en el caso de que las causas que originaron el abandono del menor sean de tal naturaleza que le hayan provocado una situación de desatención grave, o bien sólo a la suspensión de una parte del contenido de la potestad, cuando el análisis de los factores que han provocado la situación de desatención en el menor no evidencien una conducta tan grave o negligente como para provocar la privación de la potestad. Por consiguiente, en el caso en el que se prive totalmente a los titulares de su potestad, entonces la tutela de la entidad pública tenderá a abarcar todo el contenido de ésta, tanto en su ámbito personal como en el patrimonial. Mientras que el régimen de la suspensión dará lugar a que los padres o tutores queden despojados sólo de una parte del contenido de la misma, sin llegar a abarcar a la totalidad de las funciones¹⁹.

¹⁹ NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª Carmen, «La delegació de les funcions de pàtria potestat i les seves conseqüències sobre el menor», en *Documents de Treball i Investigació*, Publicación interna del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996, pp. 49, 50 y 55.

En lo que concierne a la figura del *Acogimiento*; la persona o familia acogedora asume únicamente el ejercicio de la *guarda*, que bien podrá ser transmitido por la entidad a partir de la previa tutela *ex lege* de los artículos 172.1.º CC, 2.1.º y 3.1.º LPMA, y 164 CF, o bien en los supuestos de previa guarda administrativa de los artículos 172.2.º CC, 9 LPMA y 165 CF. En todos estos supuestos, lo único que se transfiere a la familia acogedora es el ejercicio de la potestad de *guarda*, mientras que la titularidad de la misma seguirá correspondiendo a la entidad pública.

La diferencia entre los apartados 1.º y 2.º del artículo 172 CC, al igual que la diferencia que se establece entre los artículos 3 y 9 LPMA en el ámbito de la legislación catalana, radica en que mientras en los supuestos de los artículos 172.1.º CC y 3 LPMA, la situación de desprotección del menor va a desembocar generalmente en una situación de desamparo debida a la gravedad de las causas que la han provocado. Sin embargo, en los supuestos contemplados en los artículos 172.2.º CC y 9 LPMA (*Guarda Administrativa o Guarda Legal*), la situación de desasistencia del menor es bastante menos grave, dando lugar únicamente a la asunción de una guarda temporal por la entidad hasta que el menor pueda retornar a su anterior hogar, no llegándose a producir en este supuesto, por tanto, una situación de abandono.

Se caracteriza esta guarda por su provisionalidad, porque es asumida por la entidad pública sólo durante el tiempo estrictamente necesario, mientras subsistan las causas que impedían a los padres o tutores del menor atenderlo, siendo su destino natural la reintegración del total contenido de la potestad. Por este motivo precisamente se dice que «la guarda administrativa es excluyente de la adopción», porque no podrá originar situaciones irrevocables que impidan el restablecimiento de la situación familiar que la ha precedido.

Esta guarda legal o administrativa es ejercida, en primer lugar y preferentemente, por la persona o personas que determine la entidad pública (acogimiento familiar de los arts. 173 CC, 10 y 11 LPMA). Y sólo en el caso de que este tipo de acogimiento no sea posible, entonces será ejercida por el director del centro donde sea acogido el menor (acogimiento residencial o en institución de los arts. 172.3.º CC y 12 LPMA).

Finalmente, y por lo que respecta al *Guardador de Hecho*; esta figura de protección tiene lugar cuando alguien, careciendo de potestad o de título legal o convencional, ejerce de modo espontáneo y de forma completamente libre y voluntaria alguna de las funciones inherentes a la patria potestad o tutela (arts. 303 CC

y 253 CF) sobre un menor desamparado. En estas situaciones, al no existir título que legitime el ejercicio de dichas facultades, se dice que existe únicamente una guarda de hecho, por contraposición a lo que es la guarda legal, que comprendería aquellas en las que sí existe una potestad o título, ya sea legal o convencional que legitimaría su ejercicio. La figura abarca tanto el cuidado y custodia del menor como la administración de su patrimonio o gestión de sus bienes, aunque puede limitarse perfectamente a una u otra, siendo lo más normal en la práctica que el guardador se encargue de ejercer únicamente aquellas funciones inherentes a la *guarda* del menor ²⁰.

Una vez explicados los motivos que llevan a concluir que el elemento de la *guarda* ha sido el factor utilizado por el legislador para atribuir la responsabilidad a los demás sujetos que van a responder junto con el menor, queda ahora por definir qué es lo que se entiende por *guarda*, o más, concretamente, por *ejercer la guarda sobre el menor*. Porque lo cierto es que no existe ningún precepto en nuestro ordenamiento que aluda a su concepto de forma explícita. Pese a ello, sin embargo, sí que es posible averiguar su significado y contenido a partir de una serie de normas que la contemplan de manera indirecta cuando se dedican a definir figuras de protección del menor que implican o llevan consigo el ejercicio de la potestad de guarda. Tales preceptos son, por un lado, en el ámbito de la legislación estatal, el artículo 172.3.º CC cuando dispone que «la guarda que es asumida a solicitud de los padres o tutores, o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial». Y el artículo 173.1.º CC cuando señala que «el acogimiento impone a la familia acogedora que recibe a un menor las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». Y a la misma conclusión se llega en el ámbito de la normativa civil catalana a partir de la lectura conjunta de los artículos 2, 3, 9 y 10 LPMA. Pues según el artículo 10 LPMA, «el menor que deba ser separado de su hogar por las causas contempladas en los artículos 2, 3 y 9 LPMA, y 165 CF, debe ser confiado a una familia acogedora que ejercerá sólo la guarda sobre el menor mientras se mantenga la situación que provocó la adopción de la medida». Y de acuerdo con el artículo 10.2.º LPMA; «las personas que reciben a un menor en acogimiento tienen la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». De lo

²⁰ NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª Carmen, «La delegació de les funcions de pàtria potestat ...», cit., pp. 68, 69, 75, 80, 85, 86, 98 y 99.

que se desprende que el contenido de la potestad de guarda se encuadra exclusivamente en el *ámbito personal* de la protección del menor, coincidiendo plenamente con las funciones inherentes al *contenido personal* de la patria potestad o tutela ordinaria (arts. 154.1.º y 269 CC, 143.1.º y 207.1.º CF) ²¹.

La guarda, en definitiva, es el deber que tienen los padres de velar por sus hijos menores. Consistiendo su contenido fundamental en la dispensación de toda clase de cuidados, asistencia y protección que en cada momento de la vida de éstos requiera su crianza y formación ²². El deber de velar es un deber inherente a la guarda que consiste en la asistencia tanto material como moral, y en la prestación de todas las atenciones necesarias para el desarrollo físico, intelectual y afectivo del menor ²³. Este deber genérico que engloba los restantes deberes que le siguen relativos a la esfera personal de la protección del menor, comprende una serie de deberes que se encuentran en estrecha relación con la obligación de responder por los daños que cause el menor a terceras personas. Dado que precisamente el quebrantamiento de tales deberes es lo que va a originar el resultado dañoso del menor. Los deberes a los que me estoy refiriendo son concretamente:

– El *deber de vigilancia y control* que ostentan los titulares de la potestad de guarda sobre el menor, que tiene como finalidad impedir que éste se haga daño a sí mismo o a otras personas.

– El *deber de educación y procurar una formación integral*, que comprende la instrucción básica y la formación moral, cívica y religiosa que facilite al menor su adecuada adaptación a la vida en sociedad. La finalidad de este deber es proporcionar al menor la formación intelectual, profesional y cívica adecuadas para convertirlo en un ser con comportamientos, creencias y valores que respeten a la Comunidad y se adapten a las normas de la misma, con el objeto de evitar conductas que se aparten de las pautas sociales o que originen daños a las demás personas. La educación que el menor reciba condicionará toda su personalidad e influirá en su forma de actuar, por lo que ésta se convierte en un factor de enorme importancia a la hora de determinar a quién debe atribuírsele la responsabilidad cuando el menor infrinja un daño a tercero.

²¹ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, «La delegació de les funcions de pàtria potestat ...». cit., p. 49.

²² Véase, a propósito del concepto de guarda, A.A.VV., *Los menores en el Derecho español*. coord. por Isabel Lázaro González, Madrid, 2002, pp. 162, 194, 230 y 360.

²³ ESPIAU ESPIAU, Santiago/VAQUER ALOY, Antoni, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 139.

– El *deber de corrección* (arts. 154, párr. último, y 143.3.º CF), es un deber que debe ejercitarse necesariamente para poder educar al menor, por lo que se encuentra íntimamente relacionado con el anterior. Si bien, en este caso, el derecho-deber que la potestad de guarda atribuye a su titular se centra más en aquel aspecto que se refiere a la imposición de sanciones y castigos al menor con la finalidad de corregir sus comportamientos; sanciones que, como bien dice la norma, en ningún caso podrán ser humillantes ni atentar contra los derechos del menor. La forma como los titulares de la potestad ejerzan este deber va a tener muchísima trascendencia en el desarrollo de la personalidad del menor y en sus conductas con respecto a las demás personas. Por lo que también es un factor a tener muy en cuenta a la hora de imputar la responsabilidad.

– El *deber de compañía* en principio implica que los hijos deben convivir con sus padres, pero no siempre este deber exige la unidad de domicilio, pues se entiende que la compañía es algo más que la inmediatez física e intelectual, siendo perfectamente compatible con separaciones físicas transitorias. Efectivamente, caben en la vida real situaciones en las que puede resultar más conveniente para el menor estar alejado de sus padres o tutor y éstos, siendo conscientes de ello, opten por traspasar a terceras personas de forma temporal su custodia. Por ello, este deber debe interpretarse en sentido amplio y flexible, dando cabida también a aquellos supuestos en los que los padres o tutores, sin perder el control sobre la persona del menor, lo llevan a otra residencia en base a las más variadas motivaciones laborales, educativas, correccionales, sanitarias, etc. Pues la ley deja margen a los titulares de la potestad de guarda para cumplir su función teniendo al menor en su casa o en otra, o en una institución idónea, cuando las circunstancias impongan el alejamiento de la casa paterna o simplemente sea lo más conveniente para la guarda y educación del hijo²⁴. Por otra parte, cuando el progenitor no pueda tener al hijo en su compañía ya sea, por ejemplo, por motivos de separación, divorcio, imposibilidad o incapacidad, no por ello quedará privado de este derecho-deber, sino que el mismo se traducirá en un derecho de comunicación o visita que podrá ejercer con la finalidad de relacionarse con el menor (arts. 160.1.º CC y 135.1.º CF). El deber de compañía en sus diferentes modalidades es otro de los índices que contribuirán a determinar a quién corresponde la responsabilidad. Probablemente sea éste el elemento más relevante, por la sencilla razón de que la persona que se encuentra más cercana físicamente al menor es la

²⁴ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, *ob. cit.*, p. 28.

que puede ejercer un control real sobre el mismo y una vigilancia más directa e inmediata. Es esta persona que está en contacto físico directo con el menor la única que, efectivamente, en un momento determinado, puede llegar a evitar el resultado dañoso, porque precisamente el menor se encuentra bajo su esfera de actuación y supervisión. Así que en aquellos supuestos en los que los padres o tutores transmitan temporalmente y por motivos de necesidad la custodia del menor a terceras personas, o cuando por causa de separación, imposibilidad o incapacidad el progenitor no pueda tener al menor en su compañía y ostente un derecho de visita, el tercero a quien se le ha atribuido provisionalmente la custodia y el progenitor que tiene el derecho de visita serán responsables por los daños que cause el menor estando éste bajo su custodia o compañía justamente en el preciso momento de producirse la infracción penal. Al respecto, ya veremos más adelante como se reparte esta responsabilidad entre la persona que tiene atribuido el ejercicio de la potestad de guarda y aquella otra que sin ostentar el contenido entero de la potestad, desempeña sólo alguna o algunas de las funciones que la integran. Al margen de ello, lo que está claro es que quien se encuentre en compañía del menor en el momento en que éste comete el daño, responderá. En mayor o menor medida si se quiere, dependiendo de si esta persona ostenta la totalidad del contenido de la potestad de guarda o sólo alguna de las funciones que lo integran, pero en cualquier caso, como digo, será responsable.

Así, por tanto, los deberes hasta aquí mencionados, que forman parte integrante del contenido de la obligación de velar por el menor y en consecuencia de la potestad de guarda, van a ser en la práctica, la mayoría de las veces, los elementos o factores más determinantes, porque realmente son los que van a influir de manera directa en la conducta del menor, llevándole a cometer infracciones que causan daño a terceras personas. Justamente el incumplimiento de tales deberes o su mal desempeño es lo que originará en definitiva el resultado dañoso. Incumplimiento que será llevado a cabo de forma más directa por la persona que tenga al menor en su compañía en el instante de producirse el daño. Y de una forma más indirecta por aquella que sin estar en un contacto físico tan directo con el menor en ese preciso momento, sin embargo sigue ostentando la potestad de guarda y, por consiguiente, los deberes que de ella se derivan. Por ello, es importante aclarar que en algunas ocasiones, dependiendo de la situación en la que se encuentre el menor, la responsabilidad se va a repartir entre varias personas: por un lado, en aquella o aquellas que estén en compañía del menor en el momento de producirse el ilícito penal, y por otro, en aquella o

aquellas que sin tener la compañía del menor en ese momento, ostentan sobre él la potestad de guarda o algunas de sus funciones.

Ahora bien, si nos basamos en el concepto de guarda tal y como lo hemos configurado hasta ahora, para atribuir la responsabilidad a aquellas personas que deben responder solidariamente con el menor, obtendríamos como resultado que aquel progenitor privado de la patria potestad también vendría obligado a responder en virtud de las obligaciones que todavía sigue ostentando, y que encuentran su fundamento en la relación paterno-filial. Pensemos, por ejemplo, en los casos en los que el menor se encuentra bajo el cuidado de un tutor, estando los padres privados de la patria potestad. Aquí la responsabilidad siempre se repartiría entre los padres y el tutor porque aquellos, aun privados de la patria potestad, siguen conservando el deber de velar por el menor y de prestarle alimentos (arts. 110 y 111, párr. último, del CC y 136.1.º CF), así como el derecho a relacionarse con él (arts. 160, párr. 1.º, CC y 135.1.º CF). Derechos-deberes éstos que forman parte del contenido de la potestad de guarda y que corresponden a los padres aun privados de su titularidad y ejercicio, por ser una consecuencia de la relación paterno-filial. Y lo mismo sucedería cuando la privación de la potestad afectase a uno solo de los progenitores, quedando el ejercicio de la guarda en manos del otro. Resulta que, como los deberes de velar y de alimentos son deberes inherentes a la potestad de guarda y en este caso el progenitor los sigue ejerciendo con fundamento en la relación de filiación, entonces podría afirmarse que el progenitor privado de la patria potestad conserva aun así la guarda sobre el menor, en la medida en que continúa obligado a ejercer aquellos deberes. Si bien los ejerce en este caso de una forma mucho más distante, debido a la privación de la potestad que le impide tener al menor bajo su custodia. Pero lo cierto es que este resultado no deja de ser injusto para un padre que no tiene apenas o ningún contacto con su hijo, en la medida en que no puede ejercer sobre éste ningún poder directo de control o vigilancia. Cierto es que continúa ostentando una serie de derechos-deberes que se enmarcan dentro del concepto de la guarda, pero aun así, no parece muy acertado permitir que venga obligado a responder por unas obligaciones que a duras penas puede desempeñar materialmente en la práctica. La privación de la potestad es una sanción que puede mantener al padre muy alejado del hijo, llegando incluso en ocasiones a impedir que pueda relacionarse con éste en aquellos supuestos en los que el Juez suspende el derecho de visita y comunicación (arts. 170 CC, y 135.1.º y 3.º CF), entendiéndose que puede resultar perjudicial para el hijo relacionarse con su progenitor.

Piéñese por ejemplo, en el supuesto en el que el padre es privado de su potestad por el incumplimiento grave de sus deberes paternos y que además se encuentra ingresado en prisión por sus reiteradas conductas delictivas. En este caso, el Juez considerará que lo más conveniente sea cortar las relaciones personales entre ambos por lo menos hasta que el progenitor privado de la potestad modifique su conducta. ¿Qué tipo de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes de guarda podría exigírsele entonces, si ni siquiera puede relacionarse con el menor, el cual escapa totalmente de su esfera de dirección? En estos casos en los que los deberes de guarda son más ficticios que reales, por la propia imposibilidad del padre de poder ejercitar en alguna de sus modalidades el derecho de vela sobre el hijo, lo más justo y razonable es eximirle de toda responsabilidad por los daños que este último pueda infringir a otras personas. Distinto sería el supuesto en el que el padre privado de la potestad conservase el derecho a relacionarse con el hijo, y que justamente cuando estuviese ejercitando el derecho de visita, el menor cometiese el resultado dañoso. Aquí, el delito o falta es llevado a cabo bajo la vigilancia del progenitor que aunque privado de la potestad, sigue ostentando aquellos deberes derivados de la relación de filiación que entran en juego justamente ahora, al poder desempeñar en la práctica las funciones inherentes a la guarda. El padre que puede ejercitar el derecho de visita y comunicación con el hijo puede desempeñar el deber de control y vigilancia sobre el mismo, por lo que si en este concreto instante en el que el menor se encuentra bajo su compañía, éste infringe un daño a tercero, el padre aun privado de la patria potestad debe responder por el mal desarrollo de las funciones de guarda. Porque es en este momento únicamente cuando el padre puede llevar efectivamente a la práctica el derecho-deber de vela que le obliga a hacer todo lo posible para evitar que el menor produzca un daño.

Otro supuesto que puede plantearse en la práctica, es aquel en el que el padre privado de la potestad sigue conservando el derecho de visita, pero el daño es llevado a cabo por el menor estando en compañía ahora de otra persona que tiene atribuida su custodia, y que puede ser tanto el otro progenitor como un tutor o un tercero acogedor. Aquí el padre privado de la potestad puede ejercer algún tipo de influencia sobre la conducta del menor, en la medida en que si puede comunicarse con él, puede perfectamente inculcarle ideas o valores extraños o marginales que le lleven a atentar contra la sociedad. Pero en este caso sería muy difícil averiguar hasta qué punto ello ha sido así. El problema vendría dado por la dificultad de desentrañar si realmente el progenitor privado de la potestad,

que se comunica de tanto en tanto o periódicamente con su hijo, ha sido capaz de mediatizar el comportamiento de éste hasta el extremo de conducirlo a la producción del daño. Así que ante los problemas que se plantearían por la necesidad de la investigación de tal extremo, lo más práctico y seguro es que el progenitor que se encuentra en estas circunstancias no venga obligado a responder.

Respecto al supuesto ya mencionado en el que el progenitor privado de la potestad responde por los daños que cometa el menor estando en su compañía, cabe señalar que la responsabilidad será compartida entre este progenitor y la persona que ostente la custodia, la cual vendrá obligada a responder por el hecho de ejercitar directamente las funciones de guarda y por tener al menor bajo su cuidado y protección; circunstancia ésta que impide que pueda quedar exenta de toda responsabilidad. Otra cosa distinta es concretar en qué proporción o medida responderá, para lo que habrá que ponderar todos aquellos índices o factores que influyeron en la conducta del menor. Pero esto es algo que examinaré con más detenimiento en páginas posteriores de este trabajo.

Si continuamos con el estudio de los distintos supuestos en los que puede darse una concurrencia de responsabilidades por concurrir a su vez varias potestades de guarda, se observa como en los casos de separación, divorcio, ausencia, imposibilidad e incapacidad de alguno de los padres o de ambos, en los que el ejercicio de la guarda corresponde exclusivamente a uno de ellos (arts. 156.4.º y 5.º CC, 137.3.º y 139.1.º y 3.º CF) o a una tercera persona que tiene asignada la custodia del menor, igualmente la responsabilidad será conjunta. Pues esto no implica de ningún modo que se asigne a este último de forma exclusiva, ni el deber de velar y cuidar a los hijos, ni el de tenerlos en su compañía, privándose al otro progenitor o progenitores del ejercicio de dichas funciones. La atribución de la custodia a uno solo de los padres o a un tercero no afecta al deber que siguen ostentando el otro u otros de atender las necesidades cotidianas de sus hijos (arts. 92.1.º, 94 CC y 103.1.º CC). De una forma más abstracta o menos cercana si se quiere, pero siguen teniendo la obligación de cuidarlos aun cuando no los tengan consigo²⁵. Es el que convive con el hijo quien asume la idea de guarda de una forma más directa y personal, pero el privado de dicho ejercicio sigue conservando sin embargo las obligaciones de velar y alimentar, y el derecho a relacionarse con él, y en esta medida sigue conservando, por lo tanto, la potestad de guarda. Estos supuestos en los que por motivos de separación, divorcio,

²⁵ AA.VV., *Los menores en el Derecho español*, coord. por Isabel Lázaro González, Madrid, 2002, p. 231.

imposibilidad o incapacidad de alguno de los padres o de ambos, la custodia corresponde a uno solo de los progenitores o a un tercero (tutor o acogedor), deben diferenciarse de aquellos otros en los que el titular de la potestad sufre la sanción de privación de la misma. Como ya se ha explicado, el padre privado de la patria potestad únicamente puede venir obligado a responder por los daños que cometa el menor estando éste en su compañía justamente en el preciso momento de producirse la infracción penal. Tal es así, porque la sanción de privación impide casi de forma absoluta al padre llevar a cabo en la práctica el deber de vela que deriva de la relación de filiación (arts. 110 CC y 136.1.º CF), por lo que, exceptuando el supuesto anteriormente mencionado, no tendría sentido exigírsele responsabilidad por el incumplimiento de un deber que ni siquiera tiene la oportunidad de ejercitar. Pudiendo afirmarse que en estos casos el progenitor no ostenta la potestad de guarda, al quedar completamente en el aire esta función. Pero diferente es cuando la persona que ostentando la guarda sobre el menor, no tiene su custodia en un momento dado por otros motivos distintos de la privación, como en los supuestos de separación, divorcio, incapacidad, imposibilidad, custodia compartida, etc., en los que la persona que no tiene al menor en su compañía en el momento de producirse el daño, responderá de todas formas, porque en este caso, a diferencia del anterior, sí que se ostenta la potestad de guarda. Y se ostenta dicha potestad porque la persona que no tiene la custodia del menor debe y puede seguir ejerciendo perfectamente las otras funciones propias de la guarda. Entre ellas, cabe mencionar que tiene la obligación de seguir educándolo, alimentarlo, procurarle una formación, cuidarlo y, en general, velar por su estado físico y psicológico. Además, en muchos de estos supuestos las decisiones que se adopten sobre el menor en todos los aspectos relativos a su desarrollo en la esfera personal serán compartidas e incluso tomadas únicamente por la persona que no tiene en ese momento su custodia, la cual puede llegar a ejercer como se verá, una fuerte influencia en las actuaciones tanto de la persona que tiene la custodia como en las del propio menor. Por lo que no puede quedar al margen de la responsabilidad.

Otro supuesto en el que la potestad de guarda se bifurca, es aquel que tiene lugar cuando la entidad pública encargada de la protección de menores asume la tutela sobre un menor en situación de desamparo (arts. 172.1.º CC y 3.1.º LPMA), o cuando asume solo su guarda a solicitud de sus padres o tutores (arts. 172.3.º, 173 CC, 9 LPMA y 165 CF). En el primero de los supuestos mencionados, cuando el organismo competente aprecie la existencia de

una situación de desamparo en el menor, deberá indicar el régimen jurídico aplicable al caso concreto, que podrá consistir en la privación o suspensión de las funciones de la potestad anterior y, además, consiguientemente deberá decretar la constitución de la tutela en la entidad pública. Mientras tanto se llega a esta solución, ambas potestades: la de la Administración y la de los padres o tutores anteriores coexisten y son perfectamente compatibles, al pertenecer una al ámbito del derecho privado y la otra al ámbito del derecho público. Pues la tutela administrativa consiste en un poder jurídico de carácter excepcional que el ordenamiento confiere directamente a la Administración y que genera relaciones de especial sujeción, con menoscabo o desplazamiento de las relaciones o situaciones jurídicas ordinarias de derecho privado de los sujetos afectados. Menoscabo o desplazamiento cuya intensidad dependerá de la extensión del acto concreto de ejercicio de la potestad que en cada caso, realice la Administración, y que dejará de producirse recobrando todo su contenido las potestades familiares ordinarias de derecho privado, en cuanto cese la actuación administrativa. Por el contrario, la patria potestad y tutela ordinaria son potestades familiares de derecho privado que el ordenamiento atribuye directamente a los particulares como consecuencia del establecimiento de una filiación legal, o bien por la carencia de potestad. En consecuencia, la tutela de la entidad pública es compatible con las otras potestades originarias cuyo contenido y ejercicio variará dependiendo del ámbito de protección que haya sido asumido por el órgano administrativo. Lo cual podrá dar lugar, bien a una *privación* total de la potestad anterior, o bien sólo a una *suspensión* de una parte del contenido de la misma.

En el supuesto de *privación*, tanto la titularidad como el ejercicio de la potestad de guarda serán transferidos a la entidad, que asumirá a partir de este momento la totalidad de las funciones tuitivas sobre el menor. La privación total de la potestad, que supone la exclusión de la titularidad, normalmente tendrá lugar cuando las causas que hayan motivado el abandono sean muy graves y además hayan sido culposas, operando así a modo de sanción por la conducta negligente de los guardadores anteriores. Mientras que si el Juez declara sólo la *suspensión* de la potestad, entonces los padres o tutores quedarán despojados solo de una parte de su ejercicio o de algunas funciones de la misma que serán asumidas por la entidad. Conservando, por tanto, los padres o tutores su titularidad y el resto del ejercicio de las funciones que no hayan sido transferidas al órgano administrativo. En este supuesto, la entidad pública tiene

la titularidad de la potestad conjuntamente con los padres o tutores y el ejercicio de una parte del contenido de aquélla ²⁶.

Así las cosas, resulta evidente que el acto administrativo de ejercicio de la potestad se encuentra necesariamente limitado por la finalidad que persigue el precepto, que no es otra que poner término a la situación de desamparo en el menor. De este modo, si los padres o el tutor le prestan la adecuada asistencia moral pero no la material, entonces la actuación administrativa deberá limitarse a atender al menor en el aspecto material o viceversa. Por ello, el acto administrativo que declare la situación de desamparo y ejercite la potestad, no puede tener siempre los mismos efectos e idéntico contenido y consecuencias para el menor y para sus padres o tutores. Naturalmente, si lo que conviene al menor es, por ejemplo, su permanencia junto a sus padres, es obvio que serán ellos los que le procuren alimentos, guarden y eduquen, aunque sea con la colaboración y bajo la vigilancia de la entidad pública. Si por el contrario, se acordase el internamiento del menor o su acogimiento, la guarda será ejercida por el director del establecimiento o por la persona o personas que lo hubiesen acogido. Pero si esta medida no hubiese derivado del indigno ejercicio de la patria potestad o tutela ordinaria, sino de la imposibilidad de cumplir los deberes de ellas derivados, entonces nada justifica que los padres o tutores vean menoscabada su función como representantes legales del menor. Sin embargo, en otras situaciones el interés del menor exigirá la asunción por la entidad de todo el contenido posible de la potestad: la prestación de alimentos, la guarda, la educación, la representación legal y la administración de sus bienes, y así sucederá, desde luego, cuando los padres o tutores hubiesen sido privados de la misma. Aquí, al igual que en los supuestos anteriores, deben diferenciarse claramente las consecuencias cuando el titular de la potestad es privado o bien suspendido de la misma: en el supuesto de privación; tanto la titularidad como el ejercicio de la guarda pasan a ser asumidos por la entidad pública, y aunque según la norma sus titulares originarios siguen conservando las obligaciones de velar y alimentar al menor (arts. 110 y 111 párr. último CC y 136.1.º CF), únicamente podrá hacérseles responsables de los daños que cometa éste cuando se encuentre en su compañía en el momento de su comisión, lo que sucederá en aquellos casos en los que a los titulares anteriores de la guarda se les permita, aun privados de la misma, relacionarse con el menor (arts. 160.1.º CC y 136.1.º CF). La solución será distinta cuando el régimen al que

²⁶ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, *ob. cit.* pp. 50, 54 y 55.

queden sometidos los padres o tutores anteriores sea el de la suspensión, pues en este caso, la titularidad de la potestad de guarda sigue siendo ostentada por éstos conjuntamente con la entidad pública, que además de tener la titularidad de la potestad, asumirá aquella parte de su ejercicio que no puedan desempeñar con normalidad por sí mismos sus titulares. En este último supuesto, las funciones inherentes al contenido de la guarda que siguen conservando sus titulares, tienen una fuerza o dimensión mucho mayor que en el caso anterior, al traer su causa el régimen de la suspensión en una serie de circunstancias que impiden a los padres o tutores llevar a cabo adecuadamente el ejercicio de la guarda, que revisten menor gravedad y que en consecuencia, no provocan una situación de desatención tan trascendente como la que da lugar al régimen de la privación, teniendo por este motivo como finalidad el reingreso del menor en su familia de origen (arts. 172.4.º CC, 5.3.º y 10.3.º CF). Por ello, a diferencia de la privación, en la suspensión es posible que la entidad asuma sólo algunas funciones relativas a la potestad de guarda, pero no todas. Sólo aquellas que precisamente los padres o tutores originarios no puedan desempeñar por ellos mismos. En definitiva, el régimen de la suspensión sigue manteniendo a los padres en estrecha vinculación con sus hijos a todos los niveles, pues éstos seguirán conservando todas las funciones inherentes a la guarda, exceptuando aquellas que hayan tenido que ser traspasadas a la entidad, pero respecto de las cuales seguirán teniendo poder de decisión en cuanto a la forma de ejercerlas. En la medida en que siguen conservando la potestad de guarda, y esta circunstancia debe ser respetada y tenida en cuenta por la entidad, que en este supuesto se limitará a llevar a la práctica aquellas funciones que haya asumido, siempre bajo la dirección y vigilancia de los padres. Todo lo cual indica que éstos deben responder cuando el menor cause daños a terceros, aun en el supuesto de que éste no se encuentre en su compañía en el momento de su producción.

Y por lo que respecta a la segunda de las medidas mencionadas (Guarda Administrativa); tiene su origen en los supuestos de imposibilidad de cumplimiento de las funciones de guarda, que pueden venir provocadas por ejemplo, por la incapacidad, ausencia, enfermedades físicas o psíquicas, el déficit económico, etc, que llevan a los titulares de la potestad a solicitar el auxilio de la Autoridad Pública con la finalidad de evitar que el menor pueda llegar a encontrarse en una situación de desatención. Aquí el ente público asistente asumirá únicamente como regla general su protección en el ámbito personal, y además, de manera sólo temporal. Esta medi-

da permite a los padres o tutores, no sólo la conservación de la titularidad de sus funciones, de manera que será perfectamente compatible con la guarda de la patria potestad o tutela, sino también el ejercicio de las no asumidas por dicho ente, pudiendo revocar el consentimiento. Además, al tratarse ahora de circunstancias mucho menos graves que las que contemplan los artículos 172.1.º y 2.2.º LPMA, el ejercicio de esta guarda por la entidad se llevará a cabo generalmente con una mayor intervención o participación de los padres o tutores, cuyas instrucciones y recomendaciones relativas al ejercicio de la misma deberán ser respetadas al máximo por aquélla ²⁷.

Los supuestos hasta ahora analizados nos permiten configurar o realizar una aproximación de aquel concepto de guarda que realmente es tenido en cuenta por el legislador a la hora de atribuir la responsabilidad.

En su momento ya se explicó que la guarda expresa una función que incluye dentro de sí una serie de derechos-deberes a través de cuyo ejercicio se hace efectiva, pero debe concluirse que no por el mero hecho de ostentarse estos deberes se viene obligado a responder. Tal es así, porque el concepto de guarda en el que se basa el ordenamiento para identificar al responsable queda ceñido o restringido a aquellos supuestos en los que dichos deberes pueden ejercitarse efectivamente en la práctica, dado que sólo partiendo de este presupuesto de hecho podría derivarse la existencia de un incumplimiento de los mismos. Ciertamente es que aunque se desempeñen correctamente tales deberes, la norma de todas formas no libera a los guardadores de responsabilidad, de manera que parece como si la ley prescindiese totalmente de la existencia o no de un incumplimiento de tales deberes para atribuir la responsabilidad. Pero lo cierto es que ello no es así, pues si recordamos, en las relaciones internas de la solidaridad la responsabilidad de los guardadores podía ser moderada si éstos probaban que habían llevado a cabo un comportamiento correcto en el desempeño de las funciones de guarda sobre el menor, lo cual introduce un cierto criterio de subjetividad, porque la norma esta entrando a valorar el comportamiento para discernir los distintos grados de responsabilidad. La norma, por tanto, no es absolutamente objetiva, y en estos casos, cuando obliga a los padres a responder aunque en menor medida, aun habiendo desempeñado como es debido sus funciones de guarda, de alguna manera nos está dando a entender que si el menor ha infringido un daño es porque sus padres o guardadores no han observado un buen cumplimiento de sus fun-

²⁷ *Ibidem*; pp. 68 y 70.

ciones de guarda. Es decir; por mucho que se acredite el buen comportamiento o diligencia de los padres, el daño producido por el menor siempre habrá sido debido a un mal desempeño de alguno o algunos de los deberes que componen la guarda. Y es por este motivo precisamente por el que la norma hace responder igualmente a los guardadores que prueben un comportamiento plenamente diligente. Porque en el fondo la ley parte de la base de que nunca pueden haber sido diligentes del todo si el menor ha infringido un daño. Partiendo de estas consideraciones, entonces sólo puede hacerse responder a aquella persona que ha tenido por lo menos la posibilidad de incumplir con los deberes de la guarda. Teniéndose en cuenta que dicho incumplimiento sólo será posible cuando la guarda pueda ser materialmente ejercida, y no en otro caso. De ahí que el padre privado de la potestad que de acuerdo con la norma sigue conservando aquellas funciones derivadas de la relación de filiación, no venga obligado a responder por el incumplimiento de unos deberes que ni si quiera tiene la posibilidad de ejercitar. Porque el concepto de guarda al que nos referimos, no es aquel que viene determinado por el hecho de incluir en abstracto las funciones inherentes a la guarda. En cuyo caso, el progenitor privado de la patria potestad también vendría obligado a responder, sino aquel en el que la potestad de guarda se circunscribe a su posibilidad real de ejercicio efectivo, porque sólo así puede tener influencia en la conducta del menor y en consecuencia afirmarse que ha existido un mal desarrollo de dicha función. Y dentro de este concepto del que parte la norma, también deben incluirse aquellos casos en los que los titulares de la potestad en algún momento se encuentran suspendidos en su ejercicio, porque aquí, aunque la función de la guarda sufre un debilitamiento, no por ello deja de ejercerse.

Lo dicho hasta ahora pone de manifiesto que en ocasiones la responsabilidad civil derivada de la infracción penal cometida por el menor, va a corresponder no sólo a las personas que lo tengan en su compañía o bajo su custodia, sino también a aquellas otras que aunque no se encuentren en permanente contacto directo con él, de todas formas deben encargarse de su cuidado. Se tratará de un cuidado o vigilancia más indirecta o abstracta, pero en cualquier caso, lo que si es cierto es que no por ello dejan de ostentar estas personas el deber de guarda. Un deber de guarda ciertamente más debilitado o difuminado en lo que respecta a su ejercicio efectivo, pero que en todo caso existe, y que por lo tanto obliga a repartir la responsabilidad a la que nos estamos refiriendo. Queda por tanto ver a continuación de forma más detallada cómo se distribuye esta responsabilidad, que dependerá de la influencia que puedan ejercer

sobre la conducta del menor cada una de estas personas a través del desempeño de sus correspondientes funciones de guarda.

Antes conviene aclarar que el artículo 61.3.º LORPM parece establecer un orden de prelación entre los sujetos que responderán conjuntamente con el menor, al disponer que «...*responderán solidariamente con él... sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden*». Lo que vendría a significar que en el caso de que el menor tuviese padres pero, por ejemplo, el mismo hubiese sido dado en acogimiento a una familia, entonces según la redacción literal del precepto, en este caso, la responsabilidad correspondería únicamente a los padres, por ser los primeros de la lista, con exclusión de todas las demás figuras de protección que pudiesen existir sobre el menor en el momento en que éste llevase a cabo el resultado dañoso. Sin embargo, a mi parecer, esta interpretación no resulta ser la más coherente, ni con el significado del precepto en su conjunto, ni tampoco con el principio básico que intenta proteger la ley a toda costa, que no es otro que el «*interés superior del menor*». Y no es coherente, como digo, por los siguientes motivos: por un lado, porque si el criterio o elemento utilizado por el legislador para atribuir la responsabilidad es la guarda, entonces lo más lógico es que se haga responder a aquella persona o personas que efectivamente la ejercen sobre el menor en el momento de producirse el daño. Estas personas pueden ser los acogedores, tutores o guardadores legales o de hecho, independientemente de que el menor tenga además padres. Y por otro, esta interpretación no contribuye ni lo más mínimo a garantizar la protección del interés del menor, puesto que si estas otras personas no responden por la sencilla razón de que el menor tiene padres, entonces la consecuencia lógica es que las que pueden realmente ejercer un control y vigilancia más directos sobre el menor, aun habiendo podido contribuir a la producción del daño, sin embargo no responderán. Y sabiéndolo, lógico es pensar que este criterio puede llevarles fácilmente a adoptar la actitud de no esforzarse demasiado en vigilar o educar al menor para prevenir que haga daño a otras personas. Es decir, la norma, al haber introducido el término «por este orden», lo que está haciendo es desincentivar que las personas que tienen al menor bajo su custodia, se interesen realmente en controlarlo o vigilarlo, pues de todas formas saben que su conducta no va a acarrearles ninguna consecuencia negativa mientras el menor tenga padres que asuman la responsabilidad.

Otra interpretación posible sería entender que aunque la norma no establezca orden alguno, sin embargo debería atribuírsele una mayor proporción de responsabilidad al sujeto que en ella aparezca mencionado con anterioridad. Es decir; que aunque no se contem-

ple un orden excluyente de preferencia a la hora de responder, no obstante debería asumir una cuota mayor de responsabilidad aquel que se encuentre enunciado con antelación. Así por ejemplo, si el menor teniendo padres es dado en acogimiento, aunque tanto los padres como los acogedores serían responsables por ostentar la guarda sobre él, sin embargo, el contenido de la responsabilidad de los primeros debería ser más amplio, por la sencilla razón de ocupar un puesto anterior en el enunciado de la norma.

No obstante, esta interpretación tampoco me parece convincente, porque la persona que tiene al menor en su compañía y que ejerce materialmente la guarda sobre él, es quien realmente puede educarlo, o en su caso, vigilar sus comportamientos, por lo que no sería equitativo que la persona que no tuviese ningún control sobre el menor tuviese que acarrear con una mayor responsabilidad. Pensemos por ejemplo, en el supuesto de un padre que se encuentre totalmente imposibilitado para cuidar a su hijo por sufrir una grave discapacidad, y que como consecuencia de ello, el menor se encuentre acogido por una familia. En este caso, hacer responder en mayor proporción al padre que se encuentra imposibilitado sería totalmente injusto e ilógico. Por este motivo, creo que la interpretación que debe extraerse del precepto es la de considerar que en realidad no instaura orden alguno; ni en lo que concierne a la determinación del sujeto responsable, ni en lo referente al grado de responsabilidad. Y que la concreción del responsable dependerá de quien desempeñe la guarda en el momento en el que el menor produzca el daño. Por lo que debe entenderse que el precepto se limita a hacer una simple enumeración de los posibles responsables, sin que pueda entablarse ningún orden de prelación entre ellos ²⁸.

4.1 Los padres

El artículo 61.3.º LORPM menciona en primer lugar a los padres como sujetos que responderán solidariamente con el menor causante directo del daño. El término hace referencia tanto a los padres biológicos como adoptivos, ya exista entre ellos relación matrimonial o extramatrimonial ²⁹.

²⁸ Comparte este criterio NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo Alfonso; *La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. En ICADE. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Núm. 53. Madrid, Mayo-Agosto, 2001. p. 153.

²⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con Jurisprudencia y normativa complementaria*. Dir. Por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Madrid, 2001. p. 503.

Cuando el menor haya sido dado en adopción, debe tenerse en cuenta que esta figura de protección da lugar a la atribución de la patria potestad sobre el adoptado, quedando extinguidos completamente todos los vínculos con su familia de origen, lo cual dará lugar al decaimiento de todos los derechos y deberes tanto de orden personal como patrimonial en los padres biológicos. Por lo que si el menor es adoptado por una nueva familia y no se encuentra sometido a ninguna otra figura de protección, sólo sus padres adoptivos serán los responsables de los daños que cause a otras personas.

Si los padres viven juntos en circunstancias normales, no se plantearán mayores problemas a la hora de imputar la responsabilidad. Ésta corresponderá a ambos por partes iguales, por aplicación de la regla general que consagra el ejercicio conjunto de la patria potestad (arts. 156.1.º CC y 137.1.º CF). Pero si alguno de ellos se encuentra ausente, incapacitado o imposibilitado para ejercerla, entonces el Juez debe proceder a descargar la responsabilidad en la medida de lo posible al padre que no tiene atribuido el ejercicio, y dirigir la obligación de responder en la mayor parte contra el padre que más directamente haya influido en la causación del daño, que es aquel que ejercía la guarda material en el momento de los hechos³⁰. Por aplicación de la regla que consagran los artículos 156.4.º CC y 137.3.º CF, en virtud de los cuales, la potestad será ejercida exclusivamente por uno de los padres en los casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro.

Cuando los padres vivan separados por causa de separación, divorcio, motivos laborales, etc., la ley permite que puedan llegar a acuerdos de determinación voluntaria del ejercicio de la potestad (arts. 90.1.ºA) CC, 76.1.ºb) y 139.1.º CF). En los que podrá, bien atribuirse el ejercicio de la guarda a uno solo de los progenitores o bien, establecer un régimen de guarda compartida en el que los padres se distribuyen las funciones de la potestad, indicando si lo desean, el tipo de actos que quedan encomendados a cada uno. En este último supuesto, se producen estancias continuadas del hijo sucesivamente con ambos progenitores, proporcionando así el contacto continuado y diario por largos períodos de tiempo con cada uno de ellos, al tiempo que a través del régimen de visitas se mantiene la relación con quien, en cada período determinado no tenga la guarda. Aunque esta forma de guarda compartida es excepcional, por el riesgo tan elevado que conlleva de que se produzcan decisiones contradictorias debidas a la falta de convivencia de los

³⁰ Véase en lo referente a la facultad moderadora del Juez; LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *ob. cit.*, p. 417.

padres, siendo considerada por lo general contraria a la estabilidad que necesita el hijo para su desarrollo. Por lo que requiere para su viabilidad práctica un consenso básico y una relación de confianza entre los padres ³¹. Si los padres no llegasen a un acuerdo, el Juez decidirá al cuidado de qué progenitor quedará el hijo (arts. 159 CC y 139.2.º CF). Y cuando el convenio regulador formalizado por los padres o la sentencia judicial no contuvieren normas sobre el ejercicio de la patria potestad, ésta será ejercida por el progenitor conviviente (arts. 156.5.º CC y 139.3.º CF). Puesto que el ejercicio de la patria potestad mediando separación no es fácil en la práctica, en defecto de acuerdo de los padres o del Juez, la concentración de su ejercicio en uno solo resulta ser la medida más favorable para el hijo, dado que la patria potestad presupone o exige una relación inmediata entre padre e hijo. Faltando ésta, como sucede cuando no se convive con el hijo, forzosamente el grueso de las funciones que la integran van a tener que ser ejercitadas de manera casi exclusiva por el padre conviviente ³².

Así por tanto, en los supuestos de separación deben tenerse presentes fundamentalmente dos tipos de situaciones a la hora de proceder al reparto de la responsabilidad:

1. Aquella situación en la que el ejercicio material de la guarda queda atribuido con carácter exclusivo a uno solo de los padres, que será con quien el hijo conviva, o en la que conviviendo el hijo con uno solo de ellos, se procede a la distribución de funciones. De manera que el padre conviviente ejercerá aquellas funciones que requieran un contacto más habitual o continuado con el menor, y el otro llevará a término aquellas otras que puedan ejercerse sin necesidad de convivencia. En estas situaciones, el padre que no convive con el hijo, para empezar tendrá los derechos-deberes de velar por él, alimentarlo y tenerlo en su compañía (arts. 110, 111 párr. último y 160.1.º CC, 135.1.º y 136.1.º CF). Este último derecho-deber; el de mantener relaciones personales con el hijo, que posibilita tenerlo consigo durante ciertos períodos de tiempo, resulta muy relevante a la hora de concretar la responsabilidad, porque cuando el padre no conviviente ejerce el derecho de visita, tiene la vigilancia y el cuidado más inmediato sobre el menor. Lo que significa que si durante el ejercicio de este derecho el menor comete una infracción, el progenitor visitante va a resultar el principal responsable, con independencia de que al otro progenitor también se le atribuya su parte de responsabilidad por el desempeño de aquellas funcio-

³¹ FERRER RIBA, Joseph, «Comentario al artículo 139 CF», en *Comentaris al Codi de Família*, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua. Dir. Por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba. Madrid, 2000. pp. 666 a 669.

³² CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, José, «Patria potestad, infancia y familia: delimitación de la materia», en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por Juan Francisco Delgado de Miguel, t. IV, Familia, vol. 1.º, Madrid, 2001, pp. 676 y 677.

nes de guarda que también pueden tener influencia sobre la conducta del menor. Pero en cualquier caso, lo cierto es que aquel que lo tenga en su compañía justo en el momento de producirse el daño, será el que normalmente acarree con una mayor responsabilidad. Contrariamente, si el menor comete el ilícito penal estando en compañía del progenitor conviviente, lógicamente es a éste a quien deberá imputársele una cuota más amplia. Por otra parte, el ordenamiento establece un límite al ejercicio individual de la potestad, al facultar al progenitor que no tiene bajo su custodia al menor para oponerse a ciertas decisiones importantes que pueden tener una incidencia profunda en su desarrollo, como son las relativas a su cuidado, educación, formación intelectual o administración de su patrimonio. Se trata de un derecho-deber de supervisión o vigilancia que el ordenamiento reconoce al progenitor no ejerciente, que le permite oponerse a las decisiones más relevantes que adopte el otro sobre el hijo. Y como contrapartida a este derecho-deber de oposición, la ley impone al padre que tiene la guarda del menor, la obligación de tener informado al otro no guardador cada vez que proceda a adoptar una decisión de este tipo. Junto a éste, el ordenamiento también reconoce al progenitor no conviviente o no ejerciente, el derecho-deber de participación o de cooperación en la labor efectuada por el otro. Que se concreta en una serie de atenciones que el progenitor custodio puede reclamar del otro en circunstancias concretas, como puede ser por ejemplo, en caso de enfermedad, accidente, necesidad de apoyo moral hacia el hijo o cualquier otro tipo de problema que le afecte, etc., que exigirán una posición activa del padre apartado del ejercicio. Estos derechos-deberes de oposición y de colaboración corresponderán al padre o a la madre que no tenga el ejercicio material de la guarda, ya sea porque ésta haya sido atribuida de forma exclusiva a uno de ellos, o porque exista un reparto de las funciones [arts. 90 A), 92, 94 y 156.5.º CC, 139.4.º y 140 CF]. Y en el caso de privación de la potestad estos derechos subsistirán si se mantiene el derecho de relación personal con el hijo³³. Se observa de esta forma, como el padre, aun apartado del ejercicio, puede ejercer una influencia notable sobre las situaciones o estados en los que llegue a encontrarse el menor, así como mediatizar profundamente sus actitudes o comportamientos, al facultarle y al mismo tiempo imponerle la norma unos derechos-deberes que van a influir sobre los aspectos más trascendentales en el desarrollo de su personalidad, como lo es el participar en todo momento en las cuestiones más importantes relativas a su cuidado, al tipo de enseñanza o formación que debe recibir o incluso el domicilio donde debe habitar. Cuestiones éstas que deberán ser analizadas y consentidas por ambos padres. Siendo lógico en consecuencia, que la responsabilidad se reparta entre los dos a través del sistema de la moderación judicial, que faculta al Juez, no solo para aminorar la responsabilidad del guardador que no haya actuado con dolo o negligencia grave, sino también ade-

³³ FERRER RIBA, Joseph, «Comentario al artículo 139 CF», cit., pp. 673-678.
ECHARTE FELIÚ, Ana M.^a, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*. Granada, 2000, pp. 102-105.

más, para distribuirla entre los guardadores (en el caso de que hayan varios), atendiendo al grado de influencia o de participación que haya tenido cada uno en la comisión del daño.

2. También puede darse en la práctica, aunque de forma más excepcional, aquella situación en la que el menor queda sometido a un régimen de guarda compartida entre sus padres. En la que éstos ostentan su custodia por períodos de tiempo alternos. Aquí, el progenitor que en cada momento se encuentre apartado del ejercicio seguirá ostentando aquellos derechos-deberes mencionados: derecho-deber de vela, de compañía, de alimentos, de información y de cooperación en el ejercicio de la guarda del padre custodio. Lo que conducirá a que deba procederse aquí también al reparto de responsabilidad entre ambos, siendo lo más razonable en este supuesto, que el padre que ostente la custodia en el momento de producirse el hecho dañoso, asuma una responsabilidad mayor, excepto cuando el ilícito se produjese estando el menor en compañía del padre no custodio que se encontraba ejercitando precisamente en ese momento su derecho de visita. En cuyo caso, la responsabilidad de éste acrecerá en proporción a su grado de negligencia o de culpabilidad en los hechos.

4.2 Los tutores

El precepto abarca tanto la tutela civil ordinaria de los artículos 222 y siguientes del Código Civil y 167 y siguientes del Código de Familia, como la que es ejercida por la entidad pública sobre los menores en situación de desamparo (arts. 172.1.º CC, 146.1.º CF y 3.1.º LPMA).

Comenzando por el estudio de la primera de las figuras mencionadas, debe señalarse para empezar, que el tutor al que se refiere el precepto, es el que ejerce la tutela sobre la esfera personal del menor, sin que esta responsabilidad alcance al que tenga la administración de sus bienes cuando la tutela se haya desdoblado en este segundo cargo. Ya que sólo el tutor de la persona es el que tiene el deber de velar por el tutelado y el de tenerlo en su compañía, y por consiguiente, a quien corresponde la guarda de este último (arts. 269 CC y 207 CF) ³⁴.

El tutor persona física o jurídica, es el responsable primordial de la crianza y formación del menor, al venir obligado a facilitar a

³⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con Jurisprudencia y normativa complementaria*. Dir. por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Madrid, 2001. p. 504.

VAQUER ALOY, Antonio, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación», en *Revista Jurídica. La Ley*, t. 1, 2001, p. 1634.

éste todas las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral de su personalidad ³⁵. Como en la potestad del padre y la madre, entre los deberes propios del cuidado del menor se encuentra el deber de educación y formación integral, que afecta a todos los ámbitos de la persona. Es decir; no sólo a la formación intelectual, sino también a la moral, social, cívica y religiosa. Porque de lo que se trata es de formar al menor como persona, de educarlo para que sea capaz de conocer la verdad y de discernir entre el bien y el mal ³⁶. La tutela se caracteriza por ser el régimen más completo e intenso de los sistemas de guarda y protección que contempla nuestro ordenamiento para suplir las carencias de los menores que no se encuentran sometidos a la patria potestad. Constituyendo por este motivo, un mecanismo paralelo y subsidiario de esta última, porque tendencialmente comprende al igual que la patria potestad, la guarda, protección y representación del sometido a ella y la administración de su patrimonio ³⁷. En definitiva, en manos del tutor se encuentran aquellos deberes de los que dependía básicamente la atribución de la responsabilidad civil derivada de delito, y que originarán, sin duda alguna, que éste asuma la mayor parte de la responsabilidad, sino toda, por los daños que cometa el tutelado bajo su cargo: –el deber de vigilancia y control sobre la persona del menor el deber de tenerlo en su compañía y el deber de educarle y procurarle una formación integral junto con el deber de corregirlo de manera justa y razonable–. Deberes todos ellos que traen su causa en la función genérica que ostenta el tutor de velar por el menor, al tener atribuida la guarda de este último (arts. 268 y 269 CC, 207.1.º, 213, 214.1.º y 2.º y 215.1.º CF). Y en el caso de que la tutela se instaure sobre el menor con motivo de haber sido privados los padres de la patria potestad, es evidente que en este supuesto el tutor cargará con toda la responsabilidad, excepto en los casos en los que el ilícito penal hubiese sido cometido por el menor estando éste en compañía de sus padres cuando éstos ejercitasen su derecho de visita o comunicación. Pues siendo así, la responsabilidad se distribuirá entre ellos (padres y tutor), siendo la responsabilidad de los padres mayor que la del tutor, al no encontrarse en este caso el

³⁵ LAUROBA LACASA, M.^a Elena, «Comentario al artículo 213 CF», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions conviencials d'ajuda mutua*, Dir. por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba, Madrid, 2000, p. 906.

³⁶ SANCHO GARGALLO, Ignacio, «Comentario al artículo 215 CF», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions conviencials d'ajuda mutua*, Dir. por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba, Madrid, 2000, pp. 911 y 912.

³⁷ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, *ob. cit.*, p. 90.

menor bajo la esfera de control y vigilancia de este último en el momento de los hechos.

El artículo 61.3.º LORPM también alude a la Tutela de las Entidades Públicas por Ministerio de la Ley; para poder llevar a cabo la asistencia al menor, la entidad va a necesitar de otras personas o instituciones. Por lo general, la guarda se ejercerá a través de establecimientos públicos o privados, o con el auxilio de núcleos familiarmente estructurados. Las familias de apoyo y personas particulares en general, actuarán en calidad de colaboradoras de los servicios públicos de asistencia social en el área de protección de menores (arts. 172.3.º CC, 2.5.º y 32 LPMA). Y en todos estos supuestos, la nota distintiva y diferenciadora con el acogimiento que no se deriva de la previa guarda administrativa, es que en este último, los deberes tuitivos se ejercerán con una mayor autonomía decisoria y de responsabilidad por la familia acogedora. Mientras que aquí, por el contrario, es en la propia persona jurídica pública y sus representantes, en quien recae el peso de la responsabilidad y la toma de decisiones³⁸. Es decir, aunque para el cumplimiento de sus funciones tuitivas la entidad va a servirse de la colaboración de otras personas o instituciones, sin embargo en este supuesto, el titular de la tutela es la propia entidad pública. Por lo que puede perfectamente afirmarse que el ejercicio de la guarda sigue correspondiendo aquí a la misma entidad, que será la encargada de vigilar en todo momento la situación del menor, controlando que estas otras personas designadas para ejercerla cumplan correctamente con sus funciones. El órgano público es quien dirige a sus órganos colaboradores elegidos, y quien se encarga de adoptar las decisiones más importantes relativas al cuidado del menor, lo que conlleva que a la hora de exigir responsabilidades, se le atribuya a éste una mayor proporción³⁹.

Las medidas de protección que puede acordar la entidad, que serán puestas en marcha por sus órganos (personas o instituciones colaboradoras) son:

- El acogimiento familiar, que será ejercido por la persona o familia que determine la entidad pública.
- El acogimiento residencial, que será ejercido por el Director del Centro donde sea acogido el menor.

El acogimiento familiar ostenta carácter prioritario o preferente respecto del residencial, dado que la ley procura ante todo que el

³⁸ NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª Carmen, *ob. cit.* pp. 48, 50 y 51.

³⁹ GARRIDO CHAMORRO, Pedro, «Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción», en *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, Familia, vol. 2.º, Madrid, 2002, pp. 752 y 759.

menor permanezca internado el menor tiempo posible, teniendo en cuenta que es necesario para él la experiencia de vida en familia principalmente en la infancia.

En el ámbito de la legislación civil estatal el acogimiento familiar puede adoptar cuatro formas:

1. El acogimiento temporal (art. 173 bis.1.º CC), cuando se dan las condiciones de temporalidad en las que es relativamente previsible el retorno del menor a su propia familia de origen.
2. El acogimiento permanente (art. 173 bis.2.º CC), en aquellos casos en los que la edad u otras circunstancias del menor o su familia aconsejan dotarlo de una mayor estabilidad.
3. El acogimiento preadoptivo (art. 173 bis.3.º CC), cuando tenga como finalidad la adopción del menor por la familia acogedora.
4. El acogimiento provisional (art. 173.3.º párr.2.º CC), que podrá ser acordado por la entidad cuando los padres no consientan o se opongan al acogimiento, y que subsistirá hasta tanto se produzca la resolución judicial.

Y en el ámbito de la legislación civil catalana, las medidas de protección podrán ser las siguientes:

1. La asistencia a la propia familia del menor, mediante ayudas de tipo psico-social, personal o económicas de la Administración (art. 5.1.º.1.ª LPMA). Que podrá consistir también en la vigilancia protectora a cargo de un delegado de asistencia al menor, el cual, siguiendo las instrucciones de la autoridad judicial llevará a término la vigilancia de los padres o guardadores del menor, con la finalidad de garantizar el cumplimiento exacto de los deberes de guarda y protección.
2. El acogimiento simple del menor por una persona o familia, que pueda sustituir provisional o definitivamente su núcleo familiar natural (art. 5.1.º.2.ª LPMA).
3. El acogimiento simple en un centro público o colaborador (art. 5.1.º.3.ª LPMA), consistente en ingresar al menor en un centro adecuado a sus características para que reciba la educación y atención necesarias mientras dure la situación familiar que haya provocado la adopción de esta medida.
4. El acogimiento familiar preadoptivo (art. 5.1.º.4.ª LPMA), que tiene como finalidad la plena integración del menor en la nueva familia como consecuencia de la gravedad de las causas que lo han originado.

Pues bien, de todas las medidas mencionadas hasta ahora, generalmente la Administración Pública acabará adoptando aquellas que tengan como finalidad la plena integración del menor en la familia acogedora, ya sea para su posterior adopción por ésta (acogimiento preadoptivo), o bien para convivir con ella con carácter permanente, sin necesidad de que su nueva familia lo adopte (aco-

gimiento permanente). Y ello es así, porque precisamente el acogimiento que trae su causa en la tutela de la entidad pública, es el que tiene lugar como consecuencia del estado de abandono en el que se encuentra el menor, que deriva del incumplimiento voluntario y consciente de los deberes paternos, por lo que lógicamente lo que se desea es precisamente una larga duración del mismo, que desembocará normalmente en la adopción del menor por una nueva familia. Lo que se pretende es, entonces, la total y definitiva sustitución de la familia natural u originaria con la subsiguiente integración física y jurídica del menor en el seno de la familia acogedora.

Pensemos sin ir más lejos, en las causas que dan lugar a la asunción de las funciones tutelares por la entidad. Los artículos 2.2.º LPMA y 9.2.º R.P.M.A las especifican de manera precisa (malos tratos físicos o psíquicos, abusos sexuales, explotación, incumplimiento o ejercicio inadecuado de los deberes de protección, ausencia de las personas a las que por ley corresponda ejercer las funciones de guarda, etc), cosa que no hace el artículo 172.1.º CC, que alude a ellas con carácter muy general. Pero lo cierto en cualquier caso, es que las mismas son capaces de generar una situación de grave peligro para el menor; concretamente una situación de desamparo en el mismo, que tiene su origen en una falta de asistencia efectiva, real y constatable provocada de forma intencionada y culpable por sus padres o tutores iniciales, y que origina la inmediata intervención del órgano público para remediarla ⁴⁰.

La tutela automática que contemplan los artículos 172.1.º CC, 164.1.º CF y 3.1.º LPMA viene caracterizada en la ley por su provisionalidad o transitoriedad, porque deberá ejercerse sólo por el tiempo imprescindible hasta que tenga lugar el retorno del menor a su familia de origen, o bien hasta que sea acogido con carácter permanente o adoptado por otra nueva familia, o se proceda al nombramiento de un tutor ordinario (arts. 172.4.º CC y 5.3.º LPMA). Pero hasta que esto ocurra, la entidad pública será la titular de la función de guarda sobre el menor, lo que nos obliga ahora a analizar qué parte de aquella responsabilidad le corresponderá mientras tanto esta situación no se resuelva.

Teniendo en cuenta que en el ámbito en el que ahora nos movemos, los titulares originarios de la potestad de guarda generalmente habrán sido privados o removidos de la misma dada la situación de desamparo del menor, en la esfera personal esta potestad normalmente estará integrada por *el deber de velar por el menor*, que será llevado a cabo de forma inmediata por la entidad, y de forma

⁴⁰ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, *ob. cit.*, pp. 61, 63-65 y 79-81.

mediata por los padres o tutores que deben mantener una actitud de interés y preocupación por el menor (arts. 110, 111 párr. último del CC, y 136.1.º CF)⁴¹. Y aunque este deber no implica que la entidad haya de tener al menor necesariamente en el seno de algún centro o institución dependiente de ella, sí ha de vigilar su situación, controlando en todo momento que la persona o institución que hayan sido elegidos para el ejercicio de la guarda, lo hacen de forma correcta y beneficiosa para aquél⁴².

El deber de alimentos, que incumbe también a la entidad pública y a los padres (arts. 110, 111 párr. último CC, y 136.1.º CF).

El deber de compañía, respecto del cual cabe señalar que la Administración puede tener en su compañía al menor o bien darlo en acogimiento a una nueva familia, aunque actualmente este deber se traduce en el ejercicio preferente del mismo por una persona o familia acogedora designada por la propia entidad. Y sólo cuando ello no sea posible, se llevará a cabo a través del internamiento del menor en una institución, en cuyo caso, este deber será materialmente ejercido por el director del establecimiento que acoja al menor. En cualquier caso, la Administración siempre llevará a cabo una labor de vigilancia y de control aunque este deber haya sido transferido a otras personas. No debe olvidarse, por otra parte, que en los supuestos de incumplimiento o inadecuado ejercicio culpables de los deberes de protección, como aquí normalmente será el caso, el Juez puede suspender a los padres de su derecho de visita. Aunque la suspensión de este derecho es excepcional, porque sólo opera en casos muy concretos y además, la medida sólo puede tener carácter temporal, no pudiendo quedar los padres excluidos del mismo con carácter definitivo. En cualquier caso, su modo de ejercicio vendrá determinado por el Juez en la sentencia que declare el desamparo, pudiendo ser moldeado atendiendo a las circunstancias de cada supuesto concreto (arts. 160, 161 CC y 135 CF).

Finalmente, *el deber de educarle y procurarle una formación integral*, que recae plenamente en la Administración, la cual detenta aquí un poder decisorio completo en lo que concierne a la dirección educativa, cultural y escolar del menor. Como regla general, dada la privación de la patria potestad o tutela, los padres perderán el derecho a que se eduque al hijo en sus propias creencias⁴³.

⁴¹ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional*, Granada, 1994, p. 118.

⁴² GARRIDO CHAMORRO, Pedro, «Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción», en *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, Familia, vol. 2.º, Madrid, 2002, p. 760.

⁴³ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *ob. cit.*, p. 117.
GARRIDO CHAMORRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 761.

Del estudio de cada una de las obligaciones que componen la potestad de guarda de que es titular el órgano administrativo, se observa como el mayor peso de la responsabilidad ha de recaer necesariamente sobre éste cuando el menor que se encuentra bajo su tutela cometa un ilícito penal. Dado que aquí es la Administración la encargada de adoptar las decisiones más importantes relativas al cuidado y educación del menor, y la que debe llevar a cabo una función de control, inspección y de dirección sobre las personas o instituciones que van a desempeñar en la práctica de una forma más directa el ejercicio de las funciones de guarda (arts. 173.2.º.4.º y 174 CC, 6.2.º y 32 LPMA, 24 y 53 R.P.M.A.). Consecuencia lógica además, del hecho de que en estas situaciones generalmente los padres o tutores habrán sido privados o removidos de su potestad. Por supuesto, ello no quita que las familias acogedoras, así como los propios padres, aun privados de su potestad, incurran en su parte de responsabilidad por el ejercicio de las funciones que les corresponden: las familias acogedoras por el hecho de desempeñarlas materialmente, lo que les permitirá una vigilancia y control más directos sobre la persona del menor, y los padres cuando conserven el derecho a relacionarse personalmente con éste y el daño se produzca encontrándose el menor en su compañía.

La víctima por consiguiente, podrá dirigir su acción contra cualquiera de ellos, que vendrá obligado a responder por el todo. Pero posteriormente, en las relaciones internas este pago se nivelará en la proporción o medida en que cada co-deudor solidario venga obligado a responder (padres, Administración y familias acogedoras).

En el marco de la legislación civil catalana, las funciones tuitivas que ejercen actualmente las entidades públicas de protección de menores a través de sus centros de acogimiento, han experimentado una mejora considerable en lo concerniente a prevenir o evitar que un menor en situación de desamparo o con conductas de alto riesgo pueda llegar a cometer un ilícito penal. Esta mejoría ha tenido su origen en un cambio en la concepción del legislador en cuanto al tipo de protección que debe ejercerse sobre el menor que se encuentra bajo la guarda o custodia de una entidad pública. El legislador catalán, siendo consciente de que se está experimentando un incremento de personas adolescentes cada vez más conflictivas y tendentes a la marginación, con un riesgo elevado de caer en la delincuencia y además, cada vez más reacias a la aplicación de las medidas de protección, ha llevado a cabo recientemente una serie de actuaciones encaminadas a solucionar dichos problemas.

Estas medidas se recogen en la mencionada *Llei de 27 de mayo del 2002, de modificación de la Llei 37/1991 de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social*, que tiene como finalidad, por un lado, la creación de servicios de primer acogimiento y centros residenciales de estancia limitada, tanto para la población adolescente con conductas de alto riesgo social, como para las situaciones de desamparo de personas menores, que pueden ser transitorias y que en todo caso, son urgentes⁴⁴. Por otro, la acción preventiva de la marginación y la delincuencia mediante actividades que favorezcan la integración social del menor y su sentido de la responsabilidad⁴⁵. Y por último, esta Llei lleva a cabo una enumeración detallada de los derechos y deberes de los menores que se encuentran en centros de acogimiento⁴⁶, así como la concreción de aquellas conductas de los menores que comportan un incumplimiento de tales deberes⁴⁷. Asimismo, en el nuevo artículo 51 que la Llei 8/2002 adiciona a la Llei 37/1991, se recogen las medidas educativas correctoras que habrá que aplicar a los incumplimientos de deberes, que tienen como finalidad primordial inculcar al menor el sentido de la responsabilidad, haciéndole ver el daño que ha infringido a la colectividad [art. 51.2.º.a) LPMA] y obligándole a repararlo mediante la realización de tareas de interés para ésta [art. 51.2.º.c) LPMA]. Dentro de estas medidas reparadoras deben destacarse: la petición de excusas a la persona ofendida, la restitución de los bienes y la reparación de los daños, las cuales pueden dar lugar a la suspensión de las otras medidas educativas correctoras.

⁴⁴ En su artículo 1, la Llei 8/2002 añade un apartado 5 bis al artículo 2 de la Llei 37/1991, en el que se dispone la creación de centros de estancia limitada en los centros de acogimiento, con función de acogimiento inicial. Y en su artículo 3 añade un artículo 5 bis 2.º y 3.º a la Llei 37/1991, en el que se dispone la creación de unidades de actuación urgente.

⁴⁵ Para lo cual, la Llei añade un apartado 4 bis a la Llei 37/1991, en el que se manda a todos los centros de acogimiento prever en el proyecto educativo el conjunto de actuaciones socioeducativas encaminadas a la preparación para un trabajo. Y asimismo, complementa la regulación de esta Llei con los artículos 44 y 45, en los que se ordena a las Administraciones Públicas promover programas educativos y preventivos destinados a fomentar la capacidad crítica, de autocontrol y el sentido de la responsabilidad de los adolescentes con conductas de alto riesgo social, quedando comprometidas a financiar dichos programas con las dotaciones adecuadas.

⁴⁶ En su artículo 7 adiciona un nuevo Capítulo IV a la Llei 37/1991, en cuya Sección 1.ª se recogen estos derechos y deberes en los nuevos artículos 48 y 49.

⁴⁷ El Capítulo VI consta de una Sección 2.ª en cuyo artículo 50 se enumeran las conductas constitutivas de incumplimientos, disponiéndose que en el caso de que el incumplimiento fuera susceptible de constituir una infracción penal, deberá darse cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal para que al menor se le aplique la legislación sobre responsabilidad penal (nuevo art. 50.4.º de la Llei 37/1991).

ras, siempre que no se haya reiterado la conducta que quiere corregirse (art. 51.4.º LPMA).

De esta forma, se observa como las modificaciones que la Llei 8/2002 de 27 de mayo realiza en la Llei 37/1991, de 30 de diciembre, contribuyen de manera muy positiva a prevenir o evitar que el menor que se encuentra acogido en un centro acabe cometiendo un ilícito penal o infrinja un daño a otra persona. Finalidad ésta que consigue la Llei 8/2002 por medio de la regulación de dos aspectos básicos: 1, el establecimiento de actuaciones y medidas socioeducativas específicas de carácter ante todo preventivo, mediante la creación de cuerpos y unidades especiales destinados a favorecer los procesos de integración social del menor, y 2, el establecimiento de los derechos y deberes que ostentan los menores acogidos en centros, así como la concreción de las conductas que comportan un incumplimiento de tales deberes y las medidas correctoras que hay que aplicar a dichos incumplimientos.

4.3 Los acogedores

El acogimiento del menor puede tener lugar en tres supuestos:

- a) A partir de la previa tutela ex lege de los arts. 172.1.º CC y 3.1.º LPMA.
- b) El que se deriva de la previa guarda administrativa de los arts. 172.2.º CC y 9 LPMA y
- c) el acogimiento que se origina por el simple acuerdo entre padres o tutor, acogedores y menor, y al que posteriormente se añadirá el consentimiento de la entidad pública encargada de la protección de menores ⁴⁸.

En los supuestos *a)* y *b)*, pasa a hacerse cargo del menor la correspondiente entidad pública, ya sea en régimen de tutela o bien mediante la guarda administrativa temporal. Y en el supuesto *c)* el acogimiento se constituye sin la previa guarda del menor por la entidad, por medio de un acuerdo directo entre las partes implicadas (personas que ostentan la potestad sobre el menor y persona o familia acogedora), y al que luego se sumará la manifestación favorable del ente público. La diferencia entre este último tipo de

⁴⁸ A mi entender, este tipo de acogimiento convencional directo se deriva, no sólo de los términos con que se pronuncia el artículo 173.2.º CC al contemplar la expresión «tenga o no la tutela o la guarda», sino también del hecho mismo de separarse netamente la manera genérica de formalizarse el acogimiento (arts. 173.2.º CC y 11 LPMA), de la tutela y la guarda que pudieran servirle de fundamento (arts. 172.1.º y 2.º CC, 3 y 9 LPMA). Lo que indica claramente su posibilidad de constitución en la Ley sin que exista tutela ni guarda administrativa previas.

acogimiento y los dos anteriores estriba por tanto, en que en los supuestos *a)* y *b)*, la titularidad de la potestad de guarda la ostenta la entidad pública, a quien corresponde el cuidado del menor. Motivo por el cual, aunque las funciones de guarda se lleven a cabo de forma material e inmediata por las familias o entidades colaboradoras, aquélla debe ejercer una intervención de control y de dirección sobre estas últimas, que incidirá en los aspectos más trascendentales de la vida del menor. Las decisiones más importantes que se tomen sobre éste, estarán siempre supervisadas por el organismo público, que llevará a cabo una función de vigilancia sobre las familias acogedoras. Mientras que en el supuesto *c)*, el acogimiento tiene lugar por medio de un pacto o acuerdo entre los padres o tutores y la persona o familia acogedora, en el que aquellos deciden transmitir o delegar temporalmente a estos últimos las funciones de guarda, no a la entidad, sino directamente a la persona o familia acogedora, conservando aquí los padres o tutores la titularidad de la potestad de guarda, no así el ejercicio de la misma que es transferido a la familia acogedora sin la guarda administrativa previa de la entidad. Cuyo papel principal en este tipo de acogimiento va a consistir simplemente en la selección de las familias acogedoras, actuando como mediadora entre las personas que ostentan la potestad sobre el menor y los candidatos seleccionados, para lograr su entendimiento y ulterior acuerdo de acogimiento. La nota característica de este tipo de acogimiento radica pues, en que la entidad pública no lleva a cabo como en los casos anteriores [supuestos *a)* y *b)*] una función de vigilancia y control de la familia acogedora, que se encuentra sometida ahora a la dirección de los propios padres o tutores, cuya voluntad será mucho más respetada, al no encontrarse mediatizada ni dirigida por el órgano público, cuya misión se limita en este caso a una actividad mediadora y de apoyo.

Me voy a centrar a continuación, en el análisis de la responsabilidad que emerge de este tipo de acogimiento convencional directo. Puesto que los otros dos tipos de acogimiento que se derivan de la previa guarda administrativa de la entidad, son objeto de estudio específico en otros lugares de este trabajo.

Para empezar debe señalarse que este tipo de acogimiento presenta la característica de que una vez celebrado, el contenido intrínseco de las obligaciones nacidas del mismo se hallan establecidas ya, y no pueden ser alteradas por la voluntad de las partes, al venir determinadas imperativamente por la ley. Las partes son libres en principio de constituirlo o no, pero si éste se produce, una vez realizado el concierto de voluntades sus consecuencias vienen

imperativamente determinadas por la ley. Por lo que mientras dura el negocio jurídico del acogimiento, las obligaciones que la ley impone a los acogedores no podrán ser modificadas, alteradas o sustituidas, debiendo éstos asumir todos los cometidos que enumeran los arts. 173.1.º CC y 10.2.º LPMA, que coinciden plenamente con el contenido personal de la patria potestad y tutela ordinaria ⁴⁹.

Otro rasgo que lo caracteriza es que debe tener siempre carácter temporal. A diferencia del acogimiento que se deriva de la tutela *ex* artículos 172.1.º CC y 3.1.º LPMA, que puede tener un carácter permanente o preadoptivo, el acogimiento que ahora estudiamos debe ir siempre orientado a la reinserción del menor en su familia de origen (arts. 172.4.º CC y 10.3.º LPMA). Y siendo así, lógico es pensar que los padres o tutores seguirán conservando aquí sus facultades decisorias en la gestión de los intereses personales del menor. Las decisiones más importantes serán adoptadas por ellos, y los acogedores deberán seguir fielmente sus indicaciones. Debe tenerse en cuenta que este acogimiento se lleva a cabo cuando los padres o tutores, por el motivo que sea, se vean impedidos o imposibilitados temporalmente para ejercer sus funciones en la esfera personal de la protección del menor. Por lo que no tiene mayor alcance que el de incluir a éste en el grupo familiar acogente a fin de proporcionarle la ayuda moral y material necesaria, de manera que una vez cumplido el objetivo último del acogimiento, la ley procura por todos los medios la reinserción del menor en el seno de su propia familia. Esta finalidad marca la pauta o conducta a seguir por los acogedores, los cuales deberán atenerse a los criterios educativos, de formación o de otro tipo que incidan sobre los aspectos más trascendentales de la persona del menor establecidos por los padres o tutores, que tienen aquí una participación muy activa, sobre todo en las decisiones más importantes que se adopten sobre el menor. En consecuencia; si éste comete un ilícito penal estando en compañía de los acogedores, lo más razonable es que la responsabilidad se reparta de forma equitativa entre estos últimos y sus padres o tutores, puesto que los acogedores, si bien deben seguir los criterios o pautas de aquellos, son los que tienen la vigilancia directa sobre el menor, al tenerlo en su compañía.

El menor también puede cometer el resultado dañoso estando en compañía de sus padres cuando éstos ejercen su derecho de visita o comunicación con el hijo. En cuyo caso, lo más lógico es que todo el peso de la responsabilidad recaiga sobre ellos. Tal es así,

⁴⁹ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, *La delegació de les funcions de pàtria potestat...*, cit., p. 83.

porque aunque los acogedores siguen vinculados en todo momento con el menor en virtud de la obligación genérica de vela que les impone la figura del acogimiento (arts. 173.1.º CC y 10.2.º LPMA), no obstante, cuando el daño se produce no encontrándose el menor en la compañía de éstos, aquella obligación se diluye o debilita hasta tal punto que el comportamiento del menor queda totalmente al margen de cualquier poder de control o de vigilancia de los acogedores. De manera que al igual que sucede con el padre privado de la potestad, no tiene razón de ser exigir el cumplimiento de unos deberes que en absoluto pueden ejercerse en este supuesto concreto. Sólo tiene sentido hacer responder a los acogedores cuando el daño sea infringido por el menor estando bajo la custodia de éstos, dado que sólo así pueden desarrollar materialmente las funciones que les corresponden y no en otro caso, en el que el deber de vela vuelve a convertirse una vez más en una ficción no realizable.

En este tipo de acogimiento transitorio o temporal hay que contar además con la posibilidad de que los acogedores contradigan las indicaciones u orientaciones dadas por los padres, y que como consecuencia de ello el menor infrinja un daño a tercero. De ser así, la responsabilidad de los acogedores debe aumentar por encima de la que pueda corresponder a los padres o tutores por el desempeño de su función de velar por el menor (arts. 154.2.º.1.º CC y 143.1.º CF).

Hasta ahora se ha mencionado la responsabilidad civil que puede corresponder a la familia originaria y acogedora por el daño penal que cometa el menor, pero debemos preguntarnos si en esta responsabilidad participa la entidad pública, cuya actividad se limita en este caso a dar su conformidad a la idoneidad del acogedor elegido por los padres. Ciertamente es que la entidad pública, una vez que ya ha prestado su consentimiento para la formalización del acuerdo de acogimiento, deja de intervenir en el mismo, quedando a partir de este momento la gestión, control y dirección de las funciones inherentes al ámbito personal de la protección del menor en manos de los titulares de la potestad de guarda (padres o tutores originarios). Pero a mi modo de ver, este aspecto no le deja al margen de toda responsabilidad por los siguientes motivos: para empezar debe tenerse en cuenta que la Administración Pública encargada de la protección de menores es la que lleva a cabo todo el proceso de selección de las personas o familias que en un futuro van a recibir a un menor en acogimiento. Ella es quien valorará los criterios que deben ser tenidos en cuenta (características personales, aptitud educativa, circunstancias socioeconómicas, entorno familiar que favorezca al menor, etc.) y que deben concurrir en los

acogedores para que éstos puedan formar una familia acogedora en el futuro (arts. 172.1.º y 3.º, 173.1.º, 173.2.º.2.º, 173.2.º.4.º y 173.2.º.6.º CC, 10.4.º LPMA y 56 y siguientes del RPMA).

Por otra parte, el ente público participa además directamente en el acuerdo de formalización de cada acogimiento celebrado entre los padres y acogedores, mostrando su conformidad con la capacidad o aptitud de la familia acogedora que concretamente ha sido elegida para la celebración del acogimiento en cuestión (arts. 173.2.º CC y 11 LPMA). En este sentido, la Administración encargada de la protección de menores juega un papel importante a la hora de evitar que el menor pueda llegar a cometer un ilícito penal. Puesto que es ella quien después de realizar las valoraciones oportunas tiene la última palabra para decidir qué persona o familia es la más capacitada para hacerse cargo de ese menor en cuestión. Las características que reúna la familia acogedora van a incidir notablemente en el comportamiento del menor y en su control o vigilancia, siendo esencial, por consiguiente, que la Administración afine lo más posible en este aspecto. Pero sucede que su participación en el acogimiento no se queda aquí, todavía va más allá porque una vez constituido, la entidad pública viene obligada a revisar la evolución del acogimiento cada cierto período de tiempo, y a ofrecer el asesoramiento y soporte necesarios al menor y a la familia que lo acoge para el buen desarrollo del mismo. Por lo tanto, no puede sostenerse que una vez concluido el acuerdo de acogimiento la entidad se desentienda del todo. Aun tratándose de este tipo de acogimiento la entidad sigue manteniendo por imposición legal una función de vela sobre el menor, que se concreta en un seguimiento y vigilancia del mismo, que si bien no es tan intensa como en los otros casos de acogimiento que se derivan de la previa guarda administrativa, si que origina que continúe haciéndose cargo de la protección del menor y que por lo tanto responda por los actos de éste (arts. 173.2.º.4.º y 174 CC, 24 y 53 R.P.M.A.).

Pero ¿en que medida responde?, o ¿cuál sería su parte de responsabilidad? Debe tenerse en cuenta que la entidad asume en este acogimiento sólo una función genérica de vigilancia que no va más allá de un control periódico y, en su caso, del apoyo necesario para su buen funcionamiento. En principio, su intervención no consiste en adoptar decisiones que afecten a la persona del menor, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que ello sea estrictamente necesario para solucionar un problema o conflicto que impida el desarrollo normal de esta medida de protección. Pero salvo estas excepciones, las decisiones más importantes serán adoptadas por los padres o tutores cuyas orientaciones deberán ser respetadas al

máximo. Por consiguiente, la responsabilidad que asume aquí el ente público tiene que ser necesariamente menor a la que pueda corresponder a la familia originaria o acogedora, que son en la práctica las que más incidencia o participación activa van a tener sobre la vida y comportamientos del menor.

4.4 Los guardadores legales

En la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (art. 61.3.º), la guarda legal se circunscribe a la guarda administrativa que contemplan los artículos 172.2.º CC, 9 LPMA y 20 RPMA, que tiene lugar cuando los padres o tutor, por circunstancias graves ajenas a su voluntad (enfermedad, falta de medios o recursos económicos, motivos laborales, drogodependencia del hijo o comportamientos de éste que no pueden ser controlados o sobrellevados por los padres, etc.) se ven imposibilitados temporalmente para cuidar al menor, y solicitan el auxilio de la entidad pública con la finalidad de que ésta se haga cargo del menor durante el tiempo necesario hasta que aquellos puedan volver a cuidarse de él. Facultad ésta que viene expresada asimismo en los artículos 154, párrafo último, y 268 CC, 143.3.º y 214.2.º CF, que contemplan el derecho de los padres o tutores de recabar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de su potestad.

Se trata de causas que son o pueden ser potencialmente perjudiciales para el menor, pero que en ningún caso lo abocan a una situación de desamparo, en donde entraría automáticamente en juego la tutela de la entidad *ex* artículos 172.1.º CC, 2 y 3 LPMA. De esta forma, el recurso previo a la guarda administrativa evitará que después pueda la entidad apreciar que el menor se encuentra privado de la necesaria asistencia moral y material, y evitará, por tanto, que ésta pueda dar al menor en régimen de acogimiento preadoptivo o adopción. Puede afirmarse por ello que la guarda administrativa de los artículos 172.2.º CC y 9 LPMA es una medida de protección prevista por el ordenamiento precisamente para evitar un desamparo futuro, potencial o previsto.

Esta medida se caracteriza ante todo por su provisionalidad, porque es ejercitada por la entidad pública sólo durante el tiempo imprescindible mientras subsistan la enfermedad u otras circunstancias graves que impiden a los padres o tutores del menor atenderlo. Por cuyo motivo, el ejercicio de esta guarda debe ir encaminado siempre a la reinserción del menor en su propia familia, y cesa cuando desaparezcan las causas que la han originado (arts. 172.4.º y 5.º CC, 10.3.º LPMA y 25 RPMA).

El ejercicio de la guarda administrativa se llevará a cabo mediante el acogimiento simple en familia o en institución (arts. 172.3.º CC, 10.1.º LPMA y 23 RPMA), produciéndose de esta forma una transmisión, no de la titularidad de la potestad de guarda que aquí corresponde a la entidad pública, sino del ejercicio de la misma, bien a las instituciones integradas en los servicios de la propia entidad, o bien a una persona o familia acogedora.

El contenido de esta medida se encuadra exclusivamente en el ámbito personal de la protección del menor, coincidiendo plenamente con las funciones personales de la patria potestad y tutela ordinaria (arts. 154.1.º y 269 CC, 143 y 207.1.º CF), las cuales vendrán concretadas en el pacto por medio del cual los padres o tutores transfieren concretamente aquellas funciones que no pueden desempeñar con normalidad sobre el menor debido a la causa que les imposibilita para ello.

En este tipo de medida normalmente existe una menor dirección por parte del ente público, a quien corresponderá en principio y por regla general sólo un poder de dirección ordinario en los aspectos relativos a la esfera personal del menor. Reservándose a los padres o tutores la toma de las decisiones más básicas o trascendentales. En este tipo de guarda existirá normalmente un mayor control y dirección por parte de los padres, a través de recomendaciones e indicaciones que en principio serán vinculantes para la entidad. Aunque también cabe perfectamente la posibilidad de que el ente público ostente en determinadas situaciones un poder decisorio mayor que los propios padres o tutores en determinados aspectos, como puede ser, por ejemplo, en lo relativo a su educación o formación ética o moral. Piénsese por ejemplo, en el supuesto de un menor que lleve a cabo conductas antisociales o agresivas frente a las personas que le rodean. Aquí el órgano público debe ofrecer un apoyo a la familia originaria basado en medidas correctivas de aquellas conductas que los propios padres no han sido capaces de corregir. O en el supuesto por ejemplo de un menor drogodependiente al que la entidad se le haya encomendado la tarea de reconducirlo hacia una vida alejada de la marginación, etc. En estos supuestos, lógicamente el órgano público ejercerá un poder decisorio más intenso, concretamente en aquellos aspectos que escapan a la esfera de control de su familia de origen. Por lo que el reparto de funciones o la graduación de las mismas dependerá del caso en cuestión ⁵⁰. De todas formas, y por lo que

⁵⁰ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación autonómica e internacional*, Granada, 1994, pp. 60, 79 y 84.

GARRIDO CHAMORRO, Pedro, «Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción», t. 10, en *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, Familia, vol. 2.º, Madrid, 2002, pp. 775 y 777.

al reparto de responsabilidades se refiere, debe tenerse presente que cuando opera esta medida de protección el órgano público ejerce un poder de dirección menor que en el supuesto de la tutela automática de los artículos 172.1.º CC, 2 y 3 LPMA, pero mayor que el que lleva a cabo en el acogimiento convencional directo. Al tener por un lado la titularidad de la función de guarda, pero, por otro, venir obligado a respetar al máximo los criterios e indicaciones de la familia originaria, que sigue conservando aquí la titularidad de la potestad de guarda, así como el ejercicio de aquellas funciones de la misma que no hayan sido encomendadas a la entidad. En consecuencia, y aunque la concreción de la responsabilidad que corresponderá a cada sujeto partícipe (familia originaria, familia acogedora y entidad pública) dependerá de las circunstancias concretas en que haya tenido lugar el hecho dañoso, parece que en este caso la proporción de responsabilidad que en principio asume cada uno se encuentra bastante igualada: 1. La responsabilidad de la familia originaria viene dada por el fuerte poder de dirección que puede ejercer sobre el órgano público y la familia acogedora. 2. La responsabilidad de la entidad pública tiene su fundamento en el hecho de ostentar la titularidad de la potestad de guarda, lo que le concede un poder de vigilancia y de dirección tanto sobre la familia originaria como sobre la familia acogedora encaminado a consentir o a permitir que se adopten sobre el menor sólo aquellas decisiones que más le beneficien, ostentando el ente público, por consiguiente, la última palabra en lo concerniente a determinar que es lo que más interesa al menor. Pues en la solicitud de guarda los padres o tutores podrán imponer las medidas relativas a la guarda del menor, instrucciones o recomendaciones, pero éstas en última instancia carecerán de carácter vinculante y serán atendibles en la medida en que se estimen convenientes para el menor. Y 3. la familia acogedora asume su responsabilidad en la medida en que es la que debe llevar a la práctica tales decisiones, al tener el cuidado y la vigilancia directa del menor. A lo que debe añadirse el derecho-deber de ésta para ejercer un poder de dirección ordinario, pues no debe olvidarse que la familia acogedora ostenta, sí bien no la titularidad de la potestad de guarda, si en cambio su ejercicio, que le faculta para adoptar todo tipo de decisiones que no sean trascendentales para la persona del menor.

4.5 Los guardadores de hecho

La guarda de hecho tiene lugar cuando una persona física o jurídica decide unilateralmente ejercer sobre un menor desamparado todas o algunas de las funciones inherentes a la patria potestad o

tutela, careciendo de potestad o título, ya sea legal o convencional para su ejercicio (arts. 303 y siguientes CC, y 253 y siguientes CF). El guardador de hecho decide de forma completamente libre y voluntaria hacerse cargo del cuidado de un menor que se encuentra desprotegido, ya sea porque no se encuentre sometido a ninguna medida de protección, o porque las personas que ostentan sobre él la potestad de guarda no desempeñen con normalidad sus obligaciones, provocando una situación de abandono en el menor.

La nota característica o definidora de esta figura es que el guardador de hecho ejerce el cuidado sobre el menor sin ostentar ningún poder o legitimación que provenga de la ley o de una persona que le faculte expresamente para ello. Por este motivo, guardador de hecho no puede serlo nunca el que ejerce la patria potestad o tutela ordinaria o administrativa, o la guarda administrativa o el acogimiento, o el tercero al que se le ha encomendado el cuidado del menor por atribución expresa de los padres o tutores. Pues la guarda de hecho se ejerce sin estar previamente obligado a ello.

Puede abarcar tanto la esfera personal como la patrimonial, aunque no existe ningún inconveniente en que la actuación tuitiva del guardador se limite a una u otra. Y aunque se trate de una protección que tiene su fundamento en una situación puramente fáctica, nuestro ordenamiento ha derivado de ella una serie de derechos y deberes que acaban convirtiendo al guardador de hecho en una especie de representante legal del menor que guarda similitud con la función de amparo y gestión que lleva a cabo el tutor en la figura de la tutela ordinaria. Así se pone de manifiesto en el artículo 306 CC, en virtud del cual le será de aplicación a esta figura el artículo 220 CC, según el cual el guardador de hecho ejerce una «función tutelar». Y en los artículos 253 y 256 CF, que le imponen la obligación de hacerse cargo del cuidado y vigilancia del menor, y la de administrar de manera ordinaria sus bienes. Esta función representativa también se desprende de los artículos 304 CC y 256 CF, que otorgan validez a los actos realizados por el guardador de hecho que redunden en utilidad del menor.

A través de las reglas que nuestro ordenamiento prevé para la guarda de hecho, se trata de resolver los problemas provocados por una conducta anterior caracterizada por la falta de cumplimiento de los deberes tuitivos, y de permitir la adopción de medidas de protección provisionales hasta que se ordene debidamente la representación legal del menor. Por ello, lo primero que establecen los artículos 303 CC y 254.1.º CF es la obligación del guardador de hecho de notificar lo antes posible a la autoridad competente la existencia de un menor que se encuentra en esta situación.

Con la finalidad de que pueda procederse posteriormente a la constitución de la medida de protección más adecuada, privando, si es el caso, a los padres o tutores originarios de su potestad (arts. 228 CC, 254.2.º y 258.1.º CF). Pues la guarda de hecho es una institución creada por el ordenamiento con el objetivo de ejercerse sobre el menor sólo con carácter transitorio o para procurar su protección únicamente hasta que pueda nombrarse un tutor. No obstante, pese a su carácter marcadamente temporal, mientras se ejerce, la persona que cuida voluntariamente del menor tiene atribuida por ley la guarda del mismo y en consecuencia, si el menor durante este período de tiempo en el que se encuentra bajo el cuidado del guardador origina daños tipificados como delito o falta a terceras personas, el guardador será responsable junto con el menor, por el incumplimiento del deber de vela que le imponen los artículos 269 CC y 207.1.º CF relativos a la tutela ordinaria, cuyas reglas deben ser de aplicación analógica a esta figura en la medida en que sean compatibles con su finalidad y naturaleza.

Por otra parte, como se ha señalado, la guarda de hecho es una figura que tiene su razón de ser en la necesidad de proteger temporalmente a un menor que se encuentra en un estado de abandono que puede obedecer a la falta de un mecanismo de protección que rijan sobre él (ej., muerte de los padres o tutor), o al incumplimiento de los deberes tuitivos de las personas que ostentan en ese momento su potestad, ya sea de forma culpable o dolosa (ej., dejación de las obligaciones alimentarias, de higiene o salud, malos tratos, explotación o inducción a la mendicidad, etc.), o por causas totalmente ajenas a su voluntad (ej., enfermedad física o psicológica que imposibilita para cuidar al menor, ausencia involuntaria de los padres, etc).

En el primero de los supuestos, al no estar sometido el menor a otro mecanismo de protección que la propia guarda de hecho, la responsabilidad se repartirá únicamente entre ambos (guardador y menor). Pero en el segundo de los supuestos mencionados, además del guardador, existen otras personas que vienen obligadas a velar por el menor porque ostentan la potestad de guarda sobre el mismo. Estas personas pueden ser los padres o tutores, la propia entidad pública, la familia a la que el menor haya sido dado en acogimiento, o el tercero al que los padres o tutores hayan delegado temporalmente el cuidado del menor. En tales supuestos, la responsabilidad no recaerá únicamente en el guardador de hecho y en el menor, sino que deberá repartirse también entre estas otras personas que ya venían obligadas a velar por él con anterioridad a la constitución de la guarda de hecho.

4.6 Los supuestos de delegación de las funciones paternas

Con frecuencia, en el ejercicio de las funciones derivadas de la patria potestad hay momentos de más o menos duración en los que los padres no pueden atender personalmente al menor. Así sucede por ejemplo mientras desempeñan su trabajo, cuando se encuentran imposibilitados por accidente o enfermedad, cuando realizan viajes, etc. Momentos en los que es habitual y perfectamente normal en la práctica que el titular de la patria potestad deje al menor al cuidado de un tercero. Esta forma de ejercicio de la patria potestad resulta actualmente indispensable de acuerdo con la evolución de las formas de vida familiar, que ha venido dada principalmente por la incorporación de la mujer al mundo laboral y por el aumento de las familias monoparentales, especialmente por razón de separación o divorcio ⁵¹.

La delegación de las funciones paternas comprende aquellas situaciones en las que los titulares de la patria potestad o alguno de ellos (delegantes) deciden transferir todas o algunas de las funciones inherentes al contenido personal de la patria potestad a terceras personas (delegados), mediante un acuerdo o convenio que afecta únicamente al ejercicio de las funciones pero nunca a su titularidad. En consecuencia, si mediante el pacto de delegación se transmite el ejercicio de las funciones que versan sobre el contenido personal de la potestad, entonces lo que se lleva a cabo es una transferencia de la potestad de guarda a terceras personas. Por lo que esta figura, aun no encontrándose tipificada en nuestro ordenamiento, y aun no habiendo sido mencionada expresamente por el legislador en el artículo 61.3.º LORPM como posible mecanismo de protección del que puede derivarse responsabilidad civil, la misma debe considerarse incluida en el ámbito del precepto, en la medida en que los delegados de las funciones paternas son auténticos guardadores del menor. Pues la misión del tercero-delegado va a consistir justamente en apoyar o ayudar a la familia originaria a cumplir con el adecuado desarrollo de sus funciones de guarda. La ley deja margen a los padres para cumplir su función teniendo al hijo en su casa o en otra, o en una institución idónea, cuando las circunstancias impongan el alejamiento de la casa paterna o simplemente sea lo más conveniente para la guarda y educación del hijo. Pero siempre y cuando los titulares de la patria potestad no se desentiendan de él. El límite legal a la facultad de delegar viene

⁵¹ CARRANCHO HERRERO, M.^a Teresa/DE ROMÁN PÉREZ, Raquel/VATTIER LAGARRIGUE, Javier/PÉREZ OREIRO, José Ramón, *Instituciones protectoras del menor (especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999. p. 94.

dado por la obligación que tienen los padres, una vez celebrado el convenio de delegación, de seguir preocupándose y responsabilizándose del cuidado y correcto desarrollo del menor. De no ser así, se produciría una dejación o renuncia voluntaria a las funciones paternas que transformaría el pacto en ilícito y por lo tanto en nulo [arts. 154.1.º CC, 143.1.º y 2.º, 213 CF, y 18 Llei de 27 de julio de 1995, de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (LAPIA)].

No cabe duda de que la delegación de las funciones paternas a terceros en ocasiones puede beneficiar al menor, pero lo cierto es que este mecanismo también puede ser utilizado fácilmente para encubrir verdaderos casos de abandono. Para que no sea así, es decir, para que el pacto de delegación sea lícito, será necesario que se trate de una entrega temporal, por causas justificadas, y además que haya sido realizada por los padres sin la intención de desentenderse o desinteresarse del menor. La idea de supervisión y control es la manifestación más tangible de la continuidad del vínculo afectivo con la familia de origen y, por lo tanto, cuando la delegación adquiera carácter definitivo estaremos ante un caso de abandono. El interés de los padres por el hijo debe demostrarse mediante la expresión de una voluntad decidida de querer seguir cumpliendo sus deberes respecto al menor, y de querer superar cuanto antes ese alejamiento temporal a través de hechos concluyentes que indiquen el ejercicio de un control de las actividades del hijo a través de un contacto directo con el tercero-delegado y con el propio hijo. Ya sea mediante cartas, visitas, llamadas telefónicas, etcétera, quedando la dirección definitiva del menor siempre en manos de los padres-delegantes, que podrán en cualquier momento revocar su decisión de tener al hijo al cuidado de otras personas.

Pues bien, partiendo de esta premisa se hace necesario determinar a continuación cuáles van a ser los derechos y deberes que corresponderán tanto a los terceros (delegados) como a los padres o tutores (delegantes) una vez celebrado el convenio de delegación, para poder así concretar la responsabilidad que será asumida por cada uno de ellos en el caso de que el menor lleve a cabo una conducta penalmente ilícita.

Antes que nada, debe quedar bien claro que nos hallamos ante un conjunto de supuestos que en sí mismos no pueden ser identificados con ninguna figura tipificada en nuestro ordenamiento, porque conforman una figura autónoma con naturaleza jurídica propia, que no puede ser totalmente equiparada a ninguna de las institucio-

nes de guarda que contempla actualmente nuestra legislación. De lo que se desprende que no puede darse siempre y por regla general una traslación incondicional e inalterable de las reglas que rigen la guarda y el acogimiento (arts. 173.1.º CC y 10.2.º LPMA) a los supuestos de delegación, por la sencilla razón de que las partes en el convenio podrán alterar o moderar aquellos derechos-deberes atendiendo a las necesidades y circunstancias concretas tanto del menor como de su propia familia. No olvidemos que en la práctica las variantes pueden ser muchísimas y diversas, y aquí radica justamente la importancia del convenio subyacente, en el que las partes delimitarán con mayor o menor minuciosidad sus derechos y obligaciones, y la forma en que los delegados van a ejercitar las tareas de protección del menor.

No obstante, e independientemente de ello, sí es posible el establecimiento de unos principios o límites que rigen con carácter general, y que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de atribuir la responsabilidad civil por los daños que cometa el menor a otras personas encontrándose en alguno de estos supuestos de delegación.

Así, y por lo que a los delegados (acogedores) se refiere, la atribución a los mismos del ejercicio de la guarda conlleva el deber inherente que éstos tienen de *velar por el menor*, cuyo contenido es trasladable ahora al supuesto de delegación, pero teniendo en cuenta que en ningún caso ello va a implicar que los padres o tutor pierdan o se vean temporalmente suspendidos en esta función. Porque éstos podrán y deberán velar por el menor juntamente con los delegados, lo cual se traduce por un lado, en el hecho de que los titulares de la potestad podrán participar en las decisiones que le afecten, bien mediante órdenes o recomendaciones, o informando a la entidad correspondiente, al Juez o al Ministerio Fiscal de las irregularidades que observen en la relación de guarda, bien solicitando información complementaria sobre la salud del menor, marcha de los estudios, desarrollo cívico-religioso, etc. Y por otro lado, en la posibilidad que tienen los padres o tutores de reclamar su compañía (arts. 173.4.º.3.º CC y 17.1.º LPMA).

El deber de vela impone a los delegados *la obligación de tener en su compañía al menor*; una de las manifestaciones de éste deber en sede de patria potestad consiste en la facultad que tienen los padres de fijar la residencia de los hijos con personas distintas de ellos. Sin embargo, esta posibilidad resulta inadmisibles en estos mismos términos en sede de acogimiento, salvo naturalmente en aquellos supuestos de especial emergencia como pudiera ser el internamiento del menor en una clínica con carácter urgente. Pero

salvo estas excepciones, la persona o familia delegataria tiene la obligación de ejercitar este deber de forma directa e inmediata sobre el menor, dado que si se facultara a los delegados para desprenderse provisionalmente de él, ello contribuiría a incrementar todavía más su sentimiento de abandono. Es decir, que los delegados no podrán en principio y por regla general subdelegar o traspasar el ejercicio de esta función a otras personas, dado que ello supondría atentar a uno de sus cometidos esenciales y daría lugar al estado de abandono en el menor. Aunque en situaciones esporádicas de brevísima duración pueda ser aconsejable la colaboración de otras personas que ayuden al delegado en el desempeño de sus funciones, ello no supone en ningún caso que éste traspase o haga dejación de las mismas en otra persona, dado que de ser así podría exigírsele responsabilidades por su actuación negligente en relación al menor y a sus padres.

En cuanto al deber de los delegados de *procurar alimentos al menor* acogido, no elimina el deber paterno de alimentar al hijo, tanto si se ostenta la patria potestad como si no. Existe por tanto una concurrencia de deberes (entre delegantes y delegados) que tendrá diferente solución según los casos. Así, en el supuesto de que los delegados sean solventes y hayan asumido expresamente esta obligación, lo más lógico es pensar que la obligación de éstos tiene entonces carácter preferente por criterios de inmediatez y porque la han asumido por su propia voluntad. También puede suceder que los delegados, por los motivos que fueren no sean solventes, y los padres hayan convenido de manera expresa la asunción de la carga alimenticia por medio de una remuneración pactada a aquellos. En cuyo caso, la responsabilidad por el incumplimiento de este deber también recaerá sobre los padres, cuando dicho incumplimiento traiga su causa en la no aportación a los delegados de los medios económicos necesarios para alimentar al menor. Y en el supuesto de que el incumplimiento de este deber venga dado, no por la falta de aportación de recursos por parte de los padres, sino por la no puesta en práctica del mismo por parte de los terceros-delegados, la responsabilidad podrá exigirse únicamente a estos últimos. Piénsese que el daño que el menor pueda infringir a un tercero puede venir provocado precisamente por el incumplimiento de este deber por parte de los padres o delegados. Así por ejemplo, cuando un menor hambriento comete un delito de robo en un local de ropa o de alimentación.

Así por tanto, si los delegados han asumido esta obligación pero la misma no puede ser cumplida por un comportamiento negligente atribuible a los padres (ej., no aportación a los delegados insolventes de la remuneración pactada), entonces la respon-

sabilidad recaerá en los padres y en los delegados, que responderán solidariamente con el menor por los daños ilícitos penales que éste cometa estando bajo la custodia de los delegados, a consecuencia de la infracción del deber de alimentos. Si contrariamente el daño penal ha sido consecuencia de una conducta que depende de la voluntad de los delegados (ej., no alimentar al menor teniendo los recursos necesarios a su alcance), la responsabilidad debe recaer sólo en los delegados por el incumplimiento directo de una de las funciones de guarda, y no en los padres o tutores que han dado cumplimiento material a la misma, proveyendo a los delegados de los medios económicos necesarios para la subsistencia y mantenimiento del menor.

Cabe también la posibilidad de que los delegados hayan asumido *el deber de educar al menor y de procurarle una formación integral*; deber que en principio será llevado a cabo por los delegados de la misma forma que lo hacen los padres o tutores, pero su forma de ejercicio y contenido variará lógicamente dependiendo de la finalidad de la delegación y de la duración de la misma. Así, si lo que se pretende a través de ella es una continuidad en la formación personal y educativa que el menor venía recibiendo en su familia de origen, entonces el delegado de las funciones de guarda tendrá la obligación de respetar al máximo las directrices dadas por los padres o tutores. Pero puede darse el caso también de que la delegación se lleve a cabo con la finalidad de ir modificando progresivamente la educación, formación y hábitos del menor, en cuyo supuesto la influencia que ejercerán los delegados en la educación de aquél será bastante mayor.

En cualquier caso, lo más normal será que el delegado paterno actúe con un poder decisorio bastante restringido, limitándose a poner en práctica las decisiones adoptadas por los padres y siguiendo en todo momento las directrices marcadas por éstos. Y ello no solo en las cuestiones importantes, sino también incluso en las de menor trascendencia, con mayor o menor grado de autonomía según la voluntad de los progenitores.

Por lo que a los derechos y deberes de los delegantes se refiere; algunos de ellos ya han sido analizados y concretados con el estudio de las obligaciones de los delegados, que podrían resumirse en *el deber genérico que tienen los padres de seguir velando por el menor* con posterioridad a la celebración del pacto de delegación (arts. 110 y 111, párr. último, 154.1.º y 269.1.º CC, 136.1.º, 143.1 y 207.1.º CF).

Pero debe tenerse en cuenta que este deber general de velar por el menor no va a actuar de la misma forma que cuando los padres o tutores ostentaban el ejercicio de la guarda, dado que este ejercicio

ha sido transferido ahora a una tercera persona. Por lo que este deber necesariamente debe ser modulado y adaptado a su nueva forma de ejercerse y a las nuevas necesidades del menor. Interesa por tanto ver a continuación las manifestaciones más importantes de esta función, de cuyo incumplimiento puede derivarse para los padres la responsabilidad que venimos estudiando. Tales son:

a) *El derecho-deber de vigilancia y control*; que legitima a los padres o tutores para seguir y comprobar la forma y diligencia con que el tercero-delegado cuida y educa a los hijos. En general comprende el derecho de los padres o tutores a estar informados de todas las actuaciones que sobre el menor lleva a cabo el tercero, aunque el contenido y alcance del mismo podrá variar dependiendo de lo estipulado en el pacto de delegación.

b) *El derecho-deber de colaboración*; más de tipo moral que material o económico, consiste en una serie de prestaciones personales que los padres o tutores estarán obligados a conceder al tercero en circunstancias marginales como podría ser, por ejemplo, en los casos de enfermedad, ausencia imprevista, acudir al hospital, hacerse cargo del hijo durante la enfermedad, o urgente alejamiento del delegado.

c) *El derecho-deber de comunicación, visita y relaciones personales*; lo conservan siempre los padres aunque no ejerzan la patria potestad (arts. 160 y 161 CC, 5.3.º y 10.3.º LPMA), de igual forma que sucede en los supuestos de imposibilidad o incapacidad, o cuando el hijo convive con uno solo de los progenitores⁵².

Los principios hasta aquí estudiados que deben informar con carácter general los pactos de delegación, y de los cuales se desprenden a su vez una serie de límites básicos que deben regir en los mismos, dejan entrever claramente quienes pueden ser los sujetos responsables además del menor, cuando éste infringe un daño a tercero. Tales sujetos son, por un lado, los propios padres o tutores, que jamás pierden el derecho-deber de velar por el menor como consecuencia de la celebración de este tipo de convenio. Precisamente aquí, el control y vigilancia que los titulares de la potestad deben ejercer sobre el menor es bastante más acentuado que el que puedan llevar a cabo en los supuestos ya estudiados en los que el menor es dado en acogimiento, ya sea mediante la previa guarda administrativa o sin ella. La dirección de todo el proceso de desarrollo del menor y su educación queda completamente en manos de sus padres o tutores, pues éstos son los que deben asumir la toma de decisiones sobre todos los aspectos que atienen a la esfera per-

⁵² Véase al respecto NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, «La delegación de las funciones paternas. Aproximación a su configuración en los supuestos no contemplados en el ordenamiento», en *La Notaria, Boletín del Colegio de Notarios de Barcelona*, núm. 9, septiembre, 1996, pp. 67-69, 72-77, 80, 82, 98, 101, 102, 109-116 y 122-124.

sonal del menor, ya sean trascendentales para él o no. Por lo que su responsabilidad, en consecuencia, tiende a ser mayor que la de los delegados.

También puede suceder que la causa que haya llevado a los padres o tutores a celebrar el pacto de delegación estribe en la desobediencia e irrespetuosidad del menor hacia aquéllos. Por lo que entonces, el proceso educativo recaerá en el tercero-delegado, al que se le impondrá reformarle en tales aspectos. Consecuencia de ello es que el delegado tendrá derecho a ser obedecido y respetado en la medida en que asuma el deber de enseñar al acogido a obedecer y respetar. En este supuesto, cierto es que el daño que cometa el menor puede haber sido debido a una mala educación u orientación por parte del tercero-delegado. Pero aun en estos casos en los que la actuación de los delegados tiene una mayor incidencia sobre las conductas del menor, la responsabilidad en su mayor grado debe ser asumida por los padres o tutores por los motivos indicados.

Evidentemente asumirán la mayor parte pero no toda, porque esta responsabilidad debe compartirse con la de los delegados, que son también sujetos responsables en la medida en que se les ha transferido el ejercicio directo de las funciones de guarda, y a pesar de que su papel en estos supuestos más bien parezca limitarse al de ser un mero instrumento para la ejecución material de unas funciones de guarda que en realidad son dirigidas casi completamente por los padres.

5. EL CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO

Conforme al artículo 62 LORPM, la extensión de la responsabilidad civil que se derive del ilícito penal cometido por el menor, se regulará por lo dispuesto en el capítulo I del título V del libro I del Código Penal vigente (arts. 109 a 115 CP). Remitiéndose por tanto esta ley a las reglas que regulan con carácter general las formas de reparación desde el punto de vista civil, para todos los delitos o faltas penales. Pero es importante tener en cuenta que esta remisión general que realiza la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor a las disposiciones del Código Penal únicamente se ciñe o se refiere a la extensión de la responsabilidad civil del menor, que coincidirá en este aspecto con la de un mayor de edad, que como sabemos alcanza tres posibles formas: 1) la restitución, 2) la reparación del daño, y 3) la indemnización de perjuicios materiales y morales. Por consiguiente, estas tres vías de reparar a

nivel civil el daño penal son coincidentes o comunes para los mayores y menores de edad. Pero lo cierto es que como ya he indicado, la coincidencia en esta materia no llega más allá de la formal extensión, porque el contenido de una y otra responsabilidad va a ser muy diferente. Pues evidentemente no puede exigirse a un menor de edad que lleve a cabo el mismo tipo de actuaciones frente a la víctima que las que pueda realizar una persona mayor de edad, cuya capacidad de discernimiento y de madurez psicológica, así como las circunstancias que la envuelven, van a ser completamente distintas.

El diferente contenido de una y otra responsabilidad se pone claramente de manifiesto en la propia Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, que como señala en su exposición de motivos: *«desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores que se caracteriza por tener una naturaleza educativa y de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos ...»*

A tal efecto, la LORPM en su texto prevé una serie de medidas específicas que pueden tener distinta naturaleza dependiendo de si cumplen una función sustitutiva de la responsabilidad penal, o bien sustitutiva de la responsabilidad civil. Distinguir cuando cumplen una u otra finalidad es una de las cuestiones fundamentales a examinar en las páginas de este apartado dedicado al análisis específico del contenido de la responsabilidad civil del menor. Estas medidas pueden catalogarse en tres tipos:

- 1) La conciliación entre el autor y la víctima.
- 2) La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad.
- 3) El compromiso del menor contraído con el perjudicado, de llevar a cabo una serie de acciones que se adapten a las necesidades de este último.

Estos tres tipos de medidas que se recogen en el texto de la ley [arts. 7.1.º.j) y 19.1.º y 2.º LORPM] y que pueden enmarcarse en el contexto de la responsabilidad civil, presentan unos rasgos que las alejan en gran medida de las acciones reparadoras que, en su caso, pudiera imponerse a un adulto. Por este motivo, la propia LORPM se ha encargado de desarrollar su aplicación y procedimiento. En consecuencia, el contenido de la responsabilidad civil del menor que se deriva del ilícito penal hay que buscarlo en la ley especial que regula su responsabilidad penal (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero). No así la extensión de la misma, cuyos linderos aparecen concretados en el Código Penal, por expresa remisión del artículo 62 LORPM.

Entre los rasgos esenciales que las caracterizan, debe mencionarse que resultan por un lado un medio mucho más adecuado para que el menor comprenda el alcance del daño causado y se conciente para no repetir la misma conducta. Consiguen de esta manera beneficiar al menor, que en vez de sufrir un castigo alejado del hecho que cometió, puede llevar a cabo actividades vinculadas con su infracción dirigidas ante todo a reponer en la medida de lo posible, las cosas a su estado normal. O en el supuesto de que ello no sea posible, la realización por parte del menor de acciones que repercutan en beneficio del perjudicado o de la comunidad en su conjunto, cuando el daño afecte a esta última. De esta forma, el menor infractor aprende a responsabilizarse, porque observa de modo real los efectos de su delito, ya que escucha y ve personalmente a su víctima; ésta no es un mero ser anónimo que consta en los papeles como «la víctima» o «el perjudicado». El menor siente los efectos negativos de su acto al tener que esforzarse mediante la reparación del daño causado⁵³. Con el acto reparatorio el menor restituye, compensa en cierta forma los daños causados, realiza un «pago simbólico». Tiene efectos positivos tanto a nivel externo como interno: a nivel externo, la tarea que realiza el menor es real, visible, tiene sentido y es útil; a nivel interno, al poder demostrar su disposición para colaborar y su capacidad de realizar acciones útiles para los demás, puede aliviar su culpa y reparar su propia imagen. El acercamiento por ejemplo del menor a la comunidad favorece la toma de conciencia de pertenencia a un grupo, del papel que cada uno juega y de la aportación que uno puede tener en el mismo. La mediación es un proceso de responsabilización del menor ante sí mismo y ante los demás, de los propios actos o actitudes. Debe tenerse en cuenta que una característica general de los menores atendidos en mediación, es la falta de previsión del alcance de su conducta. Saben que han hecho algo mal pero a menudo tienen una visión parcial de su acción, por lo que tienden a minimizarla. Desde el momento en que se introduce a la víctima en el discurso, el menor se ve obligado a pensar, a reflexionar sobre su conducta, a tomar una cierta distancia para analizar las circunstancias que lo llevaron a la acción delictiva, los motivos de la misma y sus consecuencias para la víctima. La mediación supone un ejercicio de introspección para él, puesto que tiene que contestar a muchos porqués sobre sí mismo; situación a la que por regla general no está muy acostumbrado. Aprende a conocerse algo más, y pone a prue-

⁵³ GARRIDO GENOVÉS, Vicente, «Los fundamentos científicos de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor», en *ICADE, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, Madrid, mayo-agosto, 2001, pp. 21 y 22.

ba su capacidad de raciocinio, permitiendo que el menor vea la dimensión de su acción y le dé la justa medida, evitando que dramatice creándole una culpa dañina o que trivialice el hecho, lo que supondría no aprender de la experiencia. En definitiva, permite que se restaure, que se reconstruya la imagen dañada ante sí mismo y ante su entorno, fomentando el autocontrol y previniendo la reincidencia. Constituyendo todo este proceso una importante experiencia de aprendizaje y de educación hacia la responsabilidad ⁵⁴.

El otro rasgo que caracteriza a este tipo de medidas incide en la persona de la propia víctima, pues ésta se siente más considerada porque pasa a tener un rol activo en la impartición de la justicia. Ya no es un mero agente pasivo que sólo participa en el proceso denunciando el hecho; ahora también se le requiere para que dé su parecer en cuanto al tipo de medida que realmente va a servir para reparar el perjuicio que se le ha causado. De esta forma se beneficia también psicológicamente a la víctima, que se siente escuchada al ser protagonista en el procedimiento para la reclamación de la responsabilidad que va a ser exigida al menor ⁵⁵. La víctima suele sentirse abandonada e incomprendida por la justicia. La experiencia demuestra que siente miedos, ansiedades, indignación y un largo etcétera de sentimientos y emociones dolorosas. Por lo que participando en el proceso de mediación tiene la oportunidad de reducir, aliviar o solucionar algunos de estos daños. La víctima dispone en este proceso de un espacio en el que puede plantear sus miedos, sus temores, el daño que ha sufrido, sus demandas ..., y este espacio es de suma importancia. Cuando las consecuencias del hecho delictivo han afectado mucho a la víctima, la han herido, le han causado dolo; ser atendida y escuchada le permite relajar esa tensión, aflojar ese nudo de ansiedades. Alguien se interesa por ella, por su vivencia, la atiende, reconoce y ofrece una posible vía de solución. Encontrarse con el autor del delito y escuchar sus circunstancias ayuda a desdramatizar la situación. Que alguien con cara y ojos, aquél que la perjudicó, le dé explicaciones y se muestre en una actitud muy distinta a la del día de los hechos, permite que la víctima se sienta aliviada, que desaparezca gran parte de lo imaginario, cobrando el conflicto su justa medida.

Obvio es que la mediación puede ayudar en la reparación material del daño, quedando en manos de las partes la posibilidad de llegar a acuerdos adaptados a las necesidades y posibilidades de las

⁵⁴ NOGUERA MARTÍN, Ana, *La mediación en el ámbito juvenil. El sistema español de justicia juvenil*. Madrid, 2002, pp. 411-413.

⁵⁵ GARRIDO GENOVÉS, Vicente, «Los fundamentos científicos de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor», en *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, Madrid, mayo-agosto, 2001, pp. 21 y 22.

mismas. Pero en realidad la mediación cobra su pleno sentido cuando hay daño moral o psicológico, pues la experiencia demuestra que lo que más repara a la víctima es que se tenga en cuenta su dolor, su miedo, su ansiedad, etc. Por ello, comprobar el cambio en la actitud del autor y escuchar su compromiso de futuro es lo que la compensa realmente. Este hecho, junto a un verdadero protagonismo en la solución del conflicto es lo que la libera del papel de víctima ⁵⁶.

El proceso de mediación, que en la Ley de la Responsabilidad Penal del Menor está integrado por tres métodos o técnicas: 1. *la conciliación*, 2. *las prestaciones en beneficio de la comunidad*, y 3. *la actividad reparadora en beneficio de la víctima*, es llevado a cabo por el equipo técnico, que de acuerdo con los artículos 19.3.º LORPM y 4 del Reglamento, realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento. La función del mediador es la de poner en contacto al infractor con la víctima para obtener el consentimiento de ambos para realizar la mediación, una vez explicados los fines y reglas del programa. La intervención del mediador facilita el intercambio de opiniones y propuestas de ambas partes, así como delimita el conflicto y ayuda en la discusión, potenciando la expresión de los problemas y de los sentimientos ⁵⁷. En la mediación se define el conflicto y se concretan los acuerdos que pueden darle solución. Hablar de mediación es hablar de un campo en el que nada es obligado. El encuentro entre las partes es un espacio muy dinámico, con cambios algunas veces imprevisibles. El menor y la víctima plantean sus razones y circunstancias, y cada uno hace un esfuerzo para entender al otro. Ambos sienten que la solución del conflicto les pertenece, y se crean las condiciones que permiten al joven reparar el daño y a la víctima ser recompensada. El mediador es el responsable del proceso y las partes de su contenido, tanto del valor que otorgan al conflicto como de los acuerdos. Las funciones del mediador son informar, explorar y orientar, tanto al menor como a la víctima, conduciendo el proceso desde la máxima imparcialidad. El mediador centra su intervención en el problema y en potenciar el diálogo entre las partes para restablecer una comunicación que permita dar un nuevo rumbo, construir otro final a la situación. Colabora en la definición y concreción de los problemas, potenciando el respeto

⁵⁶ NOGUERAS MARTÍN, Ana, *ob. cit.*, pp. 413-415.

⁵⁷ MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES; *Medidas* «alternativas en medio abierto para menores infractores». *Infancia y Sociedad. Revista de Estudios*. núm. 23. Madrid, 1990, p. 85.

entre las partes, la escucha mutua y aportando elementos de reflexión para avanzar en la solución. Facilitando de esta forma, que víctima e infractor encuentren una salida que les permita continuar adelante, girar una página y no quedarse enganchados en ese rol, en ese vínculo que les enfrenta ⁵⁸.

Como ya se indicó, la conciliación y los compromisos de reparación en beneficio de la comunidad o de la víctima, son medidas que pueden tener una naturaleza penal o civil según sea la finalidad que éstas cumplan en el ámbito del proceso penal. Para discernir cuando adquieren uno u otro carácter, es necesario distinguir entre la responsabilidad en que puede incurrir el menor con anterioridad a la sentencia penal y con posterioridad a la misma.

5.1 La responsabilidad del menor con anterioridad a la sentencia penal

En la fase de instrucción del procedimiento encomendada al Ministerio Fiscal, se prevé la posibilidad de intervenir sobre el menor infractor con la finalidad de evitar la terminación del proceso con una declaración de responsabilidad penal. Dicha intervención se lleva a cabo mediante la imposición de una medida, que si bien de contenido marcadamente educativo y orientada a la prevención especial, no deja de tener un sentido de sanción, e implica la materialización del reproche por la infracción de la norma. Estas posibilidades se regulan en los artículos 18 y 19 bajo la denominación respectiva de «desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar» y «sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima». Ambas tienen en común el efecto de poner fin al expediente en una fase muy temprana del procedimiento, evitando de este modo los efectos estigmatizadores de su celebración para el menor y en no pocas ocasiones también para la víctima. Siendo requisitos comunes a ambas modalidades, que se trate de delitos menos graves o faltas, y la ausencia de violencia o intimidación en su comisión ⁵⁹. En consecuencia, la conciliación y la reparación entre el menor y la víctima son medidas que en este momento del proceso cumplen una función sustitutiva de la responsabilidad penal que en su caso pudiera corresponder al menor en el supuesto

⁵⁸ NOGUERAS MARTÍN, Ana, *ob. cit.*, pp. 405-407 y 416.

⁵⁹ TORRES FERNÁNDEZ, M.^a Elena, «Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor». *Actualidad Penal*. núm. 25, T. 2, año 2002. Madrid, p. 651.

de que llegara a existir la sentencia penal. Es decir, cuando se produce el sobreseimiento del expediente como consecuencia de la aplicación de alguna de estas medidas, ello no significa que el menor haya quedado liberado de toda responsabilidad penal. Pues aunque no se le haya declarado penalmente responsable mediante sentencia, sí que de todas formas va a asumir esa responsabilidad a través de otras vías especiales diseñadas específicamente para favorecerle. Por lo que es entonces cuando estas medidas cobran una naturaleza penal. Para el caso que ahora nos ocupa, esas vías vienen previstas en el artículo 19.1.º LORPM, que contempla la posibilidad de que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente cuando el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la misma.

La conciliación y las actividades de reparación en favor de la víctima o comunidad funcionan así a modo de responsabilidad de tipo penal, que de ser efectivamente asumida por el menor, va a dar lugar a la terminación del procedimiento sin sentencia. Así lo dispone el artículo 19.4.º LORPM cuando declara que «una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido ... el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado»⁶⁰.

Por consiguiente, si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima [arts. 27.1.º LORPM y 5.1.º.a) del Reglamento]. Recibida la solicitud por el equipo técnico, éste citará a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor, y expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 LO 5/2000. Si con audiencia de su letrado el menor aceptara alguna de las soluciones que el equipo técnico le propone, se recabará la conformidad de sus representantes legales, y si contrariamente éstos y el menor mani-

⁶⁰ Disposición ésta que debe ponerse en relación con el artículo 51.2.º de la Ley, de acuerdo con el cual la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplidos expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

festaran su negativa a aceptar una solución extrajudicial, el equipo técnico lo comunicará al Ministerio Fiscal, que iniciará la elaboración del informe a que alude el artículo 27 de la LO 5/2000. El equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación, ya sea a través de comparecencia personal ante el equipo técnico o por cualquier otro medio que permita dejar constancia [art. 5.1.º b), c) y d) Reglamento]. El equipo técnico podrá proponer una intervención socio-educativa sobre el menor, y asimismo informará, si lo considera conveniente, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, con indicación del contenido y finalidad de la mencionada actividad (art. 27.2.º y 3.º LORPM). De igual modo, podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor (art. 27.4.º LORPM).

Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. No obstante, la conciliación y reparación también podrán llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos. No siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a éste la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. El equipo técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados por las partes y su grado de cumplimiento o, en su caso, los motivos por los que no han podido llevarse a efecto los compromisos alcanzados por las partes, a efectos de lo dispuesto en el artículo 19.4.º y 5.º LO 5/2000 [art. 5.1.º e), f) y g) del Reglamento].

En el caso de que el menor no cumpliera la medida acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente (art. 19.5.º). Y si la medida no pudiera llevarse a efecto por causas ajenas a su voluntad, el artículo 19.4.º LORPM dispone efectos idénticos a los que produce el cumplimiento del compromiso: «el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado»⁶¹.

⁶¹ Piénsese, por ejemplo, el caso en el que el menor esté dispuesto a asumir el compromiso de reparación y la víctima no esté interesada en llegar a un acuerdo de mediación o simplemente no sea conveniente su participación en el mismo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la conciliación y realización de actividades en beneficio de la comunidad o perjudicado no condicionan la responsabilidad civil que en su caso pueda exigírsele al menor por la comisión del ilícito penal. Ello significa que el fin de la tramitación del proceso penal por sobreseimiento del expediente no excluye la continuación de la pieza de responsabilidad civil cuando el perjudicado no haya renunciado a la misma. Siendo por consiguiente las medidas de tipo penal mencionadas perfectamente compatibles con el ejercicio conjunto de la acción para reclamar responsabilidad civil, quedando incluidos los dos aspectos a favor de una solución global del conflicto ⁶². Así se desprende claramente de la letra del artículo 19.2.º LORPM cuando dispone que «... todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta». Dejando siempre a salvo la ley la posibilidad de que el menor pueda responder civilmente aunque el procedimiento penal haya concluido en virtud de un acuerdo de mediación. En este caso no obstante lo más lógico es entender que el contenido de la responsabilidad civil deberá ser distinto a cualquier modalidad de actividad reparadora que haya servido de base al compromiso de reparación del artículo 19 LORPM, y que se haya tenido en cuenta para el desistimiento ⁶³.

5.2 La responsabilidad del menor con posterioridad a la sentencia penal

En el caso de que el procedimiento penal culmine con sentencia por no habersele podido aplicar al menor alguna de las medidas que dan lugar al desistimiento de la incoación del expediente o al sobreseimiento del mismo, ya sea por no reunir el menor los requisitos que se exigen para la aplicación de tales medidas, o por no llevarlas a término por causas a él imputables, el menor responderá con la imposición de una medida penal y también con la responsabilidad civil correspondiente, en el caso de que el perjudicado no renuncie a esta última.

⁶² PERIS RIERA, Jaime M., «El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000», *La Ley*, T. 2, año 2001, Madrid, p. 1652.

⁶³ TORRES FERNÁNDEZ, M.^a Elena, «Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor». *Actualidad Penal*, núm. 25, T. 2, año 2002, Madrid, p. 656.

Al efecto, el artículo 110 CP establece que la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas penales comprende:

1. La restitución;
2. La reparación del daño, y
3. la indemnización de perjuicios materiales y morales.

La víctima no viene obligada a seguir el orden de prelación establecido en este artículo, de manera que deba acudir forzosamente y en primer lugar a la vía de la restitución. Sino que podrá escoger la forma de reparación que le resulte más beneficiosa o que más convenga a sus intereses.

5.2.1 LA RESTITUCIÓN Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO

La restitución es una medida que se engloba dentro de la reparación del daño que contempla el apartado 2.º del artículo 110 CP. En realidad, no es más que una forma de reparación aunque el legislador la distinga de esta última al ubicarla formalmente en un apartado distinto dentro del precepto legal (concretamente en el apartado 1.º del artículo 110 CP) ⁶⁴. Tal es así porque como sabemos la reparación del daño admite dos posibles formas:

1. La reparación específica o *in natura*, que consiste en obligar al infractor a realizar las actividades necesarias para reponer las cosas a la normalidad, o a la situación en la que se encontraban con anterioridad a la producción del daño. Por lo que dentro de este tipo de reparación se situaría la restitución, pues la restitución consiste en la devolución de la cosa que ha sido robada o hurtada a la persona que la poseía. Es una forma de responsabilidad civil típica de los delitos y faltas cuya consumación consiste en privar ilegalmente de la cosa a la víctima ⁶⁵. Es evidente por tanto que la restitución o la devolución del bien material a su legítimo poseedor, es una forma de reponer la situación a su estado normal. Pero la resti-

⁶⁴ Opinión que comparte ROCA TRÍAS, Encarna, *Derecho de Daños. Textos y materiales*. Valencia, 2000, p. 181.

⁶⁵ IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid, 2001, pp. 466 y 473.

Véase igualmente LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Derecho Penal de Menores*, Valencia, 2001, p.375.

El apartado 1.º del artículo 110 CP debe ponerse en relación con el artículo 111 del mismo cuerpo legal, de acuerdo con el cual, «deberá restituirse siempre que sea posible el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determine. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero que lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. No obstante, la restitución no tendrá lugar cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irrevindicable».

tución no es la única forma de reparación específica o *in natura* que puede darse. Existen otro tipo de actividades a través de las cuales puede conseguirse también esta finalidad. Efectivamente, la restitución puede darse cuando ha habido un supuesto de privación indebida de un objeto material, pero no cuando tienen lugar otro tipo de daños que igualmente admiten una reparación *in natura*. Así por ejemplo; cuando se produce un menoscabo en un bien, su rotura o detrimento; la reparación consistiría en la puesta en práctica de la actividad necesaria para reponerlo a su estado primitivo. O cuando se vulnera el derecho al honor de una persona divulgando públicamente hechos que la hacen desmerecer del respeto ajeno. La reparación aquí podría consistir en corregir o rectificar estos hechos y volver a divulgarlos de forma que el perjudicado recupere su honor o dignidad, etc. La LORPM contempla medidas encaminadas a que el menor pueda efectuar personalmente este tipo de reparación de naturaleza civil. Estas medidas ya mencionadas, que en la ley reciben la denominación genérica de *reparación del daño causado*, consisten bien en el compromiso que contrae el menor con la víctima de llevar a cabo acciones que se adapten a las necesidades de ésta y que repercutan en su beneficio, como por ejemplo; obligar al menor a pintar de nuevo la pared de una tienda propiedad del perjudicado, con la finalidad de borrar los letreros o anuncios que el menor dibujó en un acto de rebeldía. O bien estas actividades de reparación también pueden repercutir en beneficio de la comunidad cuando el daño infringido por el menor afecte a ésta en su conjunto. En *la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad*, el menor ha de realizar una actividad durante un número de sesiones previamente fijado, en la que se buscará relacionar la naturaleza de la actividad en que consista la medida con la de los bienes jurídicos afectados por los hechos cometidos por el menor. Lo característico de esta medida es que el menor ha de comprender durante su realización que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta. Se pretende que el menor comprenda que actuó de modo incorrecto, que merece el reproche formal de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo. Así, por ejemplo, si el menor se dedicó a incendiar papeleras o *containers* desperdigando o vertiendo basura en un parque público, la medida consistiría en llevar a cabo las tareas de limpieza necesarias hasta que la zona afectada volviese a la normalidad. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad tiene sentido cuando la víctima es la colectividad en su conjunto. O bien también puede emplearse como vía alternativa cuando la víctima no desea conciliarse con el menor. Los elementos que han de ser tomados en consideración a la hora de imponer y ejecutar las prestaciones en beneficio de la comunidad, nos los ofrece el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000. A tal efecto, el Reglamento señala que estas actividades han de tener un interés social o realizarse en beneficio de personas en situación de precariedad; estarán relacionadas, preferentemente, con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor; no

podrán atentar contra la dignidad del menor, y no estarán supeditadas a la consecución de intereses económicos. Las prestaciones del menor no serán retribuidas, pero podrá ser indemnizado por la entidad a beneficio de la cual se haga la prestación, por los gastos de transporte y, en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste dicha entidad o sean asumidos por la entidad pública. Durante la prestación de la actividad, el menor que tenga la edad legal requerida gozará de la misma protección prevista en materia de Seguridad Social para los sometidos a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad por la legislación penitenciaria y estará protegido por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales. Al menor que no tenga dicha edad, la entidad pública le garantizará una cobertura suficiente por los accidentes que pudiera padecer durante el desempeño de la prestación y una protección que en ningún caso será inferior a la regulada por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales. Cada jornada de prestaciones no podrá exceder de 4 horas diarias si el menor no alcanza los dieciséis años, ni de ocho horas si es mayor de dicha edad. La determinación de la duración de las jornadas, el plazo de tiempo en el que deberán cumplirse y la ejecución de esta medida estará regida por el principio de flexibilidad a fin de hacerla compatible con las actividades diarias del menor. En ningún caso la realización de las prestaciones podrá suponer la imposibilidad de la asistencia al centro docente si el menor se encuentra en el período de la enseñanza básica obligatoria. El profesional designado se entrevistará con el menor para conocer sus características personales, sus capacidades, sus obligaciones escolares o laborales y su entorno social, personal y familiar, con la finalidad de determinar la actividad más adecuada. El programa individualizado de ejecución de la medida elaborado por el profesional deberá contener las actividades a realizar, su cometido, el beneficiario, el lugar de realización, la persona responsable de la actividad, el número de horas de cada jornada, el horario y el consentimiento expreso del menor a realizar dichas actividades en las condiciones establecidas. Si el menor no aceptara las actividades propuestas o sus condiciones de realización y no hubiera otras actividades disponibles adecuadas a sus aptitudes personales o no se pudieran variar las condiciones, el profesional designado lo pondrá en conocimiento inmediato del Juez de menores a los efectos oportunos (art. 20 del Reglamento). La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad es muy utilizada en Europa, sobre todo en países tales como el Reino Unido, los Países Bajos y Suiza. Un buen ejemplo del contenido de esta medida son los «Proyectos de Trabajo» holandeses ⁶⁶, que abarcan las siguientes tareas: trabajo de limpieza y cocina en hospitales, instituciones psiquiátricas y asilos; reparación, pintura y mantenimiento en iglesias, clubs de juventud y escuelas; trabajo de mantenimiento en bosques, jardines y parques municipales, y tra-

⁶⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Justicia de menores: una justicia mayor». *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, Manuales de Formación Continuada*. núm. 9, Madrid, 2000, pp. 90 y 91.

bajos de reparación de desperfectos en transportes y edificios públicos o en propiedades particulares⁶⁷.

2. La otra posible forma de reparación civil del daño consiste en el rescarcimiento por equivalente, que normalmente se llevará a término cuando la reparación en forma específica sea inviable o imposible. Así por ejemplo, cuando ya no pueda restituirse el objeto robado debido a su destrucción o desaparición. O cuando el daño ha consistido en la agresión sexual a una persona, o algún otro tipo de daño que afecte a su integridad física que no pueda ser reparado de manera que la persona pueda recuperar su estado corporal normal (muerte, amputación o lesión de algún miembro u órgano, etc). En estos supuestos en los que la víctima no puede elegir la vía de la reparación in natura porque no es factible, tendrá que decantarse por este otro tipo de reparación que comúnmente consiste en atribuir al perjudicado una indemnización en sustitución de los daños y perjuicios sufridos, y en la que en su caso, deberá tenerse en cuenta la valoración económica de dos elementos: 1. el daño emergente, y 2. el lucro cesante. La Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor prevé para este tipo de reparación también una serie de medidas especiales que puede llevar a cabo en persona el propio menor, en lugar del abono de una indemnización o suma dineraria, que no serviría en absoluto para cumplir con la finalidad que persigue la ley. Estas medidas son: por un lado, la *conciliación* entre el menor infractor y la víctima, por medio de la cual, esta última recibe una satisfacción psicológica a cargo del menor, quien ha de arrepentirse del daño causado y disculparse. Para que la conciliación surta efecto, la persona ofendida debe aceptar las disculpas y otorgar su perdón (arts.19.2.º y 51.2.º LORPM). La conciliación requiere un comportamiento activo tanto del menor como del perjudicado. Por un lado, el menor reconociendo la producción de un daño y que lo causó él, y pidiéndole disculpas por ello a la víctima. Y por otro, es necesario que ésta acepte las disculpas, pero esa aceptación no tiene porqué ser expresa; basta con que el perjudicado se abstenga de comportamientos indicativos de un rechazo de esas disculpas o de una negativa a darlas por buenas para que las mismas puedan producir el efecto previsto en la Ley⁶⁸. El acto por medio del cual el menor infractor expresa su arrepentimiento por el daño que ha infringido, puede considerarse perfectamente como un tipo de reparación por equivalente en aquellos casos en los que a la víctima le reporte una mayor satisfacción escuchar personalmente las disculpas del causante de su daño y concederle su perdón. Por otro lado, esta forma de reparación puede tener lugar también a través del ya mencionado *compromiso entre el menor infractor y la víctima*, por medio del cual aquel lleva a cabo algún tipo de actividad que repercuta en beneficio de ésta y que sirva, sino para reponer las cosas a su estado primitivo, sí como vía alternativa para

⁶⁷ MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES, «Medidas alternativas en medio abierto para menores infractores». *Infancia y Sociedad, Revista de Estudios*, núm. 23, Madrid, 1990, pp. 78 y 79.

⁶⁸ MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás; *Protección de la víctima y responsabilidad civil en la Ley Penal de los menores*. Actualidad Penal. 2001. T.1. Madrid, pp. 77 y 78.

paliar o compensar las consecuencias del daño. Como por ejemplo, cuando el menor se compromete a limpiar durante cinco meses un local en el cual cometió un delito de robo. O cuando la víctima sea la comunidad en su conjunto, mediante el compromiso del menor de realizar trabajos no retribuidos en beneficio de ésta. Por ejemplo, cuando el menor lleva a término actividades de vigilancia forestal como consecuencia de haber quemado un bosque o jardín público. O cuando realiza tareas de asistencia a ancianos o minusválidos como forma de reparación por la agresión que cometió contra una persona de avanzada edad, etc (art. 19.2.º LORPM) ⁶⁹.

Durante la ejecución de las medidas, la entidad pública remitirá al Juez de menores y al Ministerio Fiscal los informes de seguimiento para conocer el grado de cumplimiento de aquellas, las incidencias que se produzcan y la evolución personal del menor. Cuando el informe de seguimiento contenga una propuesta de revisión de la medida en alguno de los sentidos previstos en los artículos 14.1.º ó 51 de la LO 5/2000, se hará constar expresamente (art. 13.1.º y 4.º del Reglamento). Dichos preceptos contemplan la posibilidad de que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección de menores, pueda en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra que se estime más adecuada, siempre que la modificación redunde en interés del menor. La entidad pública competente abrirá un expediente personal a cada menor del que tenga encomendada la ejecución de una medida (art. 12 Reglamento). Una vez cumplida la medida, la entidad pública elaborará un informe final dirigido al Juez de menores y al Ministerio Fiscal, en el que además de indicar dicha circunstancia se hará una valoración de la situación en la que queda el menor (art. 13.5.º del Reglamento).

También es posible que durante la ejecución de alguna de las medidas que contempla la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, éste manifieste su voluntad de conciliarse con la víctima, o de repararle el daño causado, en cuyo caso, la entidad pública informará al juzgado de menores y al Ministerio Fiscal de dicha circunstancia, realizará las funciones de mediación corres-

⁶⁹ La reparación del daño, que viene contemplada en el apartado 2.º del artículo 110 CP como una forma de responsabilidad civil derivada del ilícito penal, debe ponerse en conexión con el artículo 112 de este mismo cuerpo legal, en virtud del cual; « *la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa*».

pondientes entre el menor y la víctima e informará de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento al Juez y al Ministerio Fiscal (art. 15 del Reglamento).

5.2.2 LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

Por último, el artículo 110.3.º incluye dentro del ámbito de la responsabilidad civil la indemnización de perjuicios materiales y morales, que de acuerdo con el artículo 113 CP «comprenderá, no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros». Entiendo que esta última forma de reparación puede darse sola, en cuyo caso funcionaría como una reparación por equivalente cuando la reparación específica no fuere factible. O bien conjuntamente con la reparación in natura, en la que además de reponer las cosas a su estado primitivo, el infractor viene obligado al abono de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al agraviado como consecuencia de la producción del daño.

También puede suceder que las actividades que realice el menor a favor del perjudicado a modo de resarcimiento por equivalente, carezcan de la entidad suficiente para llegar a cubrir la totalidad de los daños y perjuicios causados. En cuyo caso, permanecerá abierta la posibilidad de escoger el modo de exigir el resarcimiento de los daños restantes, que habrá de ser en dinero. Siendo posible entonces una forma de reparación mixta, compuesta en parte por las actividades realizadas por el menor, y en parte por la entrega de una suma dineraria ⁷⁰.

Así por tanto, cuando el menor no pueda efectuar la reparación en forma específica, deberá llevar a término el resarcimiento por equivalente, bien a través de las actividades mencionadas (conciliación y prestaciones en beneficio de la víctima o de la comunidad),

⁷⁰ El artículo 19.2.º LORPM dispone que además de las actividades que realice el menor dirigidas a la reparación del daño, éste y la víctima podrán llegar a un acuerdo en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta. Pero es evidente que cuando el menor infractor realiza esas actividades reparadoras, ya se ha llegado a un acuerdo sobre este punto. Acuerdo que puede haber sustituido la totalidad o parte de la responsabilidad civil. Por lo que no tiene sentido que además de la realización de las actividades prestadas como reparación, la víctima pueda ejercitar acción para reclamar la totalidad de la responsabilidad civil. Por tal motivo, la dicción del artículo 19.2.º LORPM debe ser aplicada únicamente en el contexto de unas actividades del menor a favor de la víctima que no alcanzan a cubrir en su totalidad los daños y perjuicios causados, lo que permitiría a ésta, por aplicación del artículo 19.2.º reclamar el resto de la responsabilidad que no ha podido ser satisfecha por el menor infractor, en forma de una cantidad dineraria que bastará para cubrirla. Tal es la opinión que sostiene DÍAZ ALABART, Silvia; *Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores: el artículo 19 de la LORPM*. En Estudios de Responsabilidad Civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Madrid, 2001, pp. 96 y 97.

bien a través del abono de una indemnización pecuniaria que sustituirá el perjuicio irrogado.

En cualquier caso, la víctima siempre podrá elegir uno u otro tipo de reparación. La reparación por medio de una suma dineraria también se llevará a efecto cuando el menor se niegue a ejecutar voluntariamente las prestaciones que la ley prevé específicamente para él. En este caso, dada la habitual insolvencia del menor, el perjudicado no tendrá más remedio que dirigirse contra los otros sujetos que responden junto con aquél solidariamente para reclamarles la indemnización correspondiente. Posteriormente, el responsable guardador que haya satisfecho la totalidad de la indemnización, podrá dirigirse en vía de regreso contra el menor infractor para reclamarle la parte que le corresponda en el régimen interno de la solidaridad (art. 1145 CC).

Lo mismo sucedería si fuese el propio menor el que hiciese efectiva la indemnización entera en el caso de ser solvente. Éste posteriormente podría dirigirse contra el guardador o guardadores que responden solidariamente con él para reclamarles la parte que a cada uno corresponda por el incumplimiento de sus deberes de vigilancia y control.

Por otra parte, y como acaba de señalarse, el menor puede hacer efectiva la totalidad de la responsabilidad civil por medio de sus prestaciones personales. De ser así, el menor después de haber dado cumplimiento a toda la responsabilidad exigible, podrá dirigirse en vía de regreso contra su guardador o guardadores para reclamar a cada uno su parte de responsabilidad, que se traducirá siempre en el pago de una cantidad dineraria. Pues no olvidemos que en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor responden todos; es decir, los que ostentan la guarda sobre el menor y este último, sin que quepa la posibilidad de que aquellos queden liberados de responsabilidad por haber empleado toda la diligencia exigible.

También cabe la posibilidad de que el perjudicado no se dirija contra el menor para reclamarle responsabilidad, sino que se dirija directamente contra el otro u otros sujetos que responden de forma solidaria con él. Lo que tendrá lugar generalmente, cuando al perjudicado lo que le interese sea la percepción de una indemnización o suma dineraria en lugar de las prestaciones personales del menor. En este caso, el guardador, después de haber abonado la totalidad de la indemnización podrá dirigirse contra los demás guardadores si los hay, y como no, contra el propio menor para recuperar lo que hubiere pagado por ellos (art. 1145 CC).

5.3 Imposibilidad de llevar a cabo la reparación del daño causado

La imposibilidad de llevar a término las actividades de reparación mencionadas, puede ser debida a causas imputables a la propia persona del menor o a causas ajenas a su voluntad. En el primero de los supuestos, cuando el menor se niegue voluntariamente a poner en práctica las medidas ideadas específicamente por la Ley para hacerle responder desde el punto de vista civil (conciliación y actividades reparadoras en beneficio de la víctima o comunidad), y tampoco sea factible la vía de la indemnización por daños y perjuicios, por ser aquél insolvente, el perjudicado no tendrá más remedio que dirigirse contra los otros obligados solidarios (padres, tutores o guardadores) hasta que logre satisfacer su derecho de crédito a ser indemnizado o compensado por el daño que se le ha causado.

Pero ¿qué sucedería en el supuesto de que los compromisos de reparación asumidos por el menor no pudiesen llevarse a efecto por causas ajenas a su voluntad? ¿sería entonces aplicable en el campo de la responsabilidad civil que ahora tratamos la misma solución que contempla la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor para la responsabilidad de tipo penal, de acuerdo con la cual; «el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado» (art. 19.4.º).

A mi modo de ver, esta solución que prevé el legislador cuando las medidas son de tipo penal, no puede ser trasladada al contexto de la responsabilidad civil porque es incoherente con los principios que propugna la propia norma en este ámbito, y entra en contradicción con la responsabilidad solidaria que consagra en el artículo 61.3.º Tal es así, porque si la responsabilidad es solidaria, ello significa que si la víctima no puede hacer efectiva la responsabilidad contra alguno de los co-deudores solidarios (en este caso, contra el menor), entonces tiene derecho a dirigirse posteriormente contra los demás hasta que logre cobrar la indemnización que se le debe. Éste es precisamente uno de los rasgos más importantes que caracterizan a la solidaridad, por medio de la cual, lo que se pretende ante todo es que la víctima quede resarcida realmente. Y si la Ley ha establecido el sistema de la solidaridad como medio para lograr este objetivo, no se entiende que declare la finalización de las actuaciones, liberando a todos los sujetos de responsabilidad por el solo hecho de que el menor no pueda hacerla efectiva sin su culpa.

Cuando el menor no pueda llevar a cabo el compromiso de reparación por causas ajenas a su voluntad, la solución más lógica es que la víctima pueda dirigirse contra cualquiera de los otros co-deudores solidarios. Además, si el menor no puede cumplir personalmente el compromiso de reparación, siempre podrá cumplir más tarde o más temprano con su propio patrimonio personal. Por otra parte, si se aplicase esta solución, no serviría más que para provocar en la víctima una actitud reacia a dirigirse contra el propio menor para reclamarle responsabilidad civil. Pues sabiendo que la imposibilidad del menor de hacer efectiva la reparación dará lugar a la paralización de la acción, ante el riesgo de no cobrar, la víctima siempre preferirá reclamar la responsabilidad, no al menor, sino directamente a sus guardadores, que siempre vendrán obligados a responder.

La solución más coherente es establecer que en el caso de que el menor no pudiese llevar a término la reparación por causas ajenas a su voluntad, la víctima pueda dirigirse contra los demás co-obligados solidarios para reclamarles responsabilidad. O mejor todavía, y con independencia de la responsabilidad que corresponda a los guardadores, es dejar a salvo la acción que posibilite a la víctima dirigirse en cualquier caso, contra el patrimonio del menor cuando éste no pueda asumir por el momento el compromiso de reparación que implica la realización de prestaciones personales. Por tal motivo, la solución que contempla la ley en la norma del artículo 19.4.º para las medidas sustitutivas de la responsabilidad penal, me parece que deja casi sin sentido la responsabilidad que ella misma consagra en su artículo 61.3.º ⁷¹.

5.4 La capacidad del menor para celebrar el acuerdo de reparación

El compromiso de reparación debe ser acordado entre la víctima y el menor infractor. Este último es el que debe prestar su consentimiento, de manera que si este consentimiento del menor no se da, el acto de reparación no podrá llevarse a término bajo ninguna circunstancia. Tal es así, porque se trata de un acto personalísimo, y porque además, el menor sometido a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal tiene por lo menos 14 años cumplidos; edad en la que se le presume ciertas condiciones de madurez para poder entender las consecuencias de sus propios actos. No obstante, si

⁷¹ A similares conclusiones llega DÍAZ ALABART, Silvia; *Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores*. cit. pp. 91 y 92.

bien el consentimiento del menor es imprescindible, por sí solo no es suficiente para la validez del acuerdo de reparación, pues se exige en todo caso la conformidad de sus representantes legales (padres o tutores), quienes deben estar de acuerdo con la medida adoptada y manifestar su aceptación expresa con la misma [art. 5. c) del Reglamento].

El mismo régimen se prevé para la víctima, pues si ésta es menor de edad o incapaz, su consentimiento deberá ser confirmado por sus representantes legales y ser puesto en conocimiento del Juez de menores competente [art. 5.d) Reglamento, y artículo 19.6.º LORPM].

Finalmente, se exige la aprobación del pacto por parte del Juez de Menores, que actúa como garante supremo de los intereses de la víctima (art. 19.6.º LORPM).

5.5 Las medidas de reparación en el ordenamiento catalán

En el ámbito de la legislación civil catalana, la ya mencionada *Llei 27/2001 de 31 de diciembre, de justicia juvenil*, que regula la actuación de la Administración de la Generalitat o de otras entidades públicas o privadas que intervienen sobre menores a los que la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal hayan impuesto una medida en aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, también se ha preocupado de regular la aplicación, desarrollo y procedimiento de las medidas que se le impongan al menor, no sólo desde el punto de vista penal, sino también en el ámbito civil de la reparación del daño causado, siguiendo en todo momento el criterio inspirador de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que impone la aplicación al menor de medidas de carácter fundamentalmente educativo y que respeten sus derechos. Medidas que hagan sentirse al menor responsable de sus propios actos y que le ayuden a comprender el efecto que éstos tienen sobre los demás, como estímulo en el proceso de cambio de su conducta (arts. 2, 3.1.º y 4 LORPM).

Así, y en lo que a la actividad reparadora del menor respecta, de acuerdo con la *Llei 27/2001 de 31 de diciembre*, corresponde a la Administración de la Generalitat dirigir, organizar y gestionar los equipos técnicos que han de atender las funciones de asesoramiento técnico y de mediación que les atribuye la Ley Orgánica 5/2000. Así como la dirección, organización y gestión de los servicios y programas que sean necesarios para la ejecución correcta de las medidas dictadas por los juzgados de menores.

Al efecto, la *Llei 27/2001 de 31 de diciembre, de justicia juvenil*, dando cumplimiento a las directrices impuestas por la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, relativas a las actuaciones de los equipos técnicos (arts. 19.3.º y 27 LORPM), en su artículo 12 lleva a cabo una regulación específica de las funciones de estos equipos. Dichas funciones que el artículo 12 de la *Llei 27/2001 de 31 de diciembre* engloba dentro del marco de las «*actuaciones para la ejecución de medidas en medio abierto*», consisten principalmente en la elaboración de un programa individualizado de ejecución de la medida, con la definición de los objetivos que se pretenden conseguir y de las actuaciones necesarias para hacerlos posibles. También es competencia de estos órganos encargados de la ejecución de las medidas en medio abierto, la elaboración de informes de seguimiento sobre la ejecución de la medida, las incidencias y evolución personal del menor, cuando tales informes sean requeridos por el Ministerio Fiscal o por el órgano judicial, que junto con el informe final que debe redactarse una vez cumplida la medida impuesta, deberán entregarse al letrado que lleve la defensa del menor cuando éste lo solicite al órgano administrativo competente. Así como la propuesta al Juez de menores, cuando se considere conveniente, de la revisión judicial de tales medidas.

Por su parte, el artículo 13 de la *Llei* contempla el deber de los profesionales designados para la ejecución de las medidas, de emplear de manera preferente todos los servicios de que dispone la comunidad en que se inserta el menor. Estos trabajadores han de tener asignada una zona geográfica determinada en la cual deben trabajar coordinadamente con el resto de servicios comunitarios de atención a la infancia y a la juventud. Y aunque en la ejecución de las medidas en medio abierto intervengan profesionales o se haga uso de recursos que no dependan del órgano administrativo que tenga atribuida la competencia, este órgano es responsable de su control y seguimiento, y debe relacionarse con el Ministerio Fiscal y el Juez correspondiente. Asimismo, en su artículo 14, la *Llei* declara que las medidas deben ejecutarse con la metodología y los criterios de actuación definidos por los programas generales respectivos: mediación, reparación a la víctima, inserción laboral, trabajo en beneficio de la comunidad y otros que se consideren adecuados, elaborados y aprobados por el órgano administrativo competente en la materia, y deben respetar los principios rectores establecidos en el artículo 4 de esta *Llei*.

Relación de abreviaturas

- CC: Código Civil
CE: Constitución española
CF: Código de Familia catalán
CP: Código Penal.
LAPIA: Ley catalana de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991 de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.
LORPM: Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, de 12 de enero de 2000.
LPMA: Ley catalana sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, de 30 de diciembre de 1991.
RPMA: Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción, de 7 de enero de 1997.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- A.A.V.V.: «Los menores en el Derecho español». coord. por Isabel Lázaro González. Madrid, 2002.
- CARRANCHO HERRERO, María Teresa/DE ROMÁN PÉREZ, Raquel/VATTIER LAGARRIGUE, Javier, y PÉREZ OREIRO, José Ramón: «Instituciones protectoras del menor» (especial referencia a la normativa de Castilla y León). Universidad de Burgos, 1999.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, José: «Patria potestad, infancia y familia: delimitación de la materia». En *Instituciones de Derecho Privado*. coord. por Juan Francisco Delgado de Miguel. T. IV. Familia. Vol. 1.º Madrid, 2001.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: «Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria». Dir. por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Madrid, 2001.
- «Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con Jurisprudencia y normativa complementaria». Dir. por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Madrid, 2001.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: «Justicia de menores: una justicia mayor». *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Manuales de Formación Continuada. Núm. 9. Madrid, 2000.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores: el artículo 19 de la LORPM». En *Estudios de Responsabilidad Civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*. Madrid, 2001.
- ECHARTE FELIÚ, Ana María: «Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial». Granada, 2000.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago/VAQUER ALOY, Antoni: «Protección de menores, acogimiento y adopción». Barcelona, 1999.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier: «Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los

- Menores y de su reforma en materia de terrorismo». En *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Núm. 53. Madrid. Mayo-Agosto, 2001.
- FERRER RIBA, Joseph: «Comentario al artículo 139 CF». En *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*. Dir. por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba. Madrid, 2000.
- GARRIDO CHAMORRO, Pedro: «Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción». En *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. Familia. Vol. 2.^o Madrid, 2002.
- GARRIDO GENOVÉS, Vicente: «Los fundamentos científicos de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor». En *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Núm. 53. Madrid. Mayo-Agosto, 2001.
- IZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual». Madrid, 2001.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: «Derecho Penal de Menores». Valencia, 2001.
- «El derecho penal de menores». Valencia, 2001.
- LAUROBA LACASA, María Elena: «Comentario al artículo 213 CF». En *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*. Dir. por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba. Madrid, 2000.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «La responsabilidad civil del menor». Madrid, 2001.
- MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás: «Protección de la víctima y responsabilidad civil en la Ley Penal de los menores». *Actualidad Penal*. 2001. T. 1. Madrid.
- MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES: «Medidas alternativas en medio abierto para menores infractores». *Infancia y Sociedad. Revista de Estudios*. Núm. 23. Madrid, 1990.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo Alfonso: «La responsabilidad Civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor». En *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Núm. 53. Madrid. Mayo-Agosto, 2001.
- NOGUERA MARTÍN, Ana: «La mediación en el ámbito juvenil». *El sistema español de justicia juvenil*. Madrid, 2002.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen: «La delegació de les funcions de pàtria potestat i les seves conseqüències sobre el menor». En *Documents de Treball i Investigació*. Publicación interna del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1996.
- «La delegación de las funciones paternas. Aproximación a su configuración en los supuestos no contemplados en el ordenamiento». En *La Notaria*. Boletín del Colegio de Notarios de Barcelona. Núm. 9. Septiembre, 1996.
- PERIS RIERA, Jaime M.: «El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000». *La Ley*. T. 2. Año 2001, Madrid.
- POLO RODRÍGUEZ, José Javier/HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús: «La nueva ley penal del menor». Madrid, 2001.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Los sistemas de responsabilidad civil». Capítulo II del *Tratado de Responsabilidad Civil*. coord., por L. Fernando Reglero Campos. Navarra, 2002.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Derecho de Daños. Textos y materiales». Valencia. 2000.

- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Comentario al artículo 215 CF». En *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*. Dir. por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba. Madrid, 2000.
- TESÓN MARTÍN, Fernando: «La responsabilidad civil en la nueva Ley Penal de Menores». En *Revista Jurídica. La Ley*. T. 7. Madrid, 2001.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.^a Elena: «Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor». *Actualidad Penal*. Núm. 25. T. 2. Año 2002, Madrid.
- VAQUER ALOY, Antonio: «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación». En *Revista Jurídica La Ley*, 2001. T. 1.
- VARGAS CABRERA, Bartolomé: «La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional». Granada, 1994.