

CIVIL

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE
ILÍCITO PENAL RESPECTO DE LOS PADRES,
TUTORES Y DEMÁS GUARDADORES POR
HECHOS COMETIDOS POR MENORES.
LA PERSPECTIVA DE LA LORPM**

Núm.
48/2006

PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ

Doctor en Derecho

*Jefe del Área Jurídica del Comisionado para el
Mercado de Tabacos*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María del Carmen GETE ALONSO, doña María Teresa DE GISPERT PASTOR, don Agustín LUNA SERRANO, don Pedro MIROSA MARTÍNEZ, don Luis PUIG FERRIOL y doña Matilde VICENTE DÍAZ.

Extracto:

LA responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor es una cuestión complicada, que se ha visto afectada de forma muy importante por la aprobación de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM).

Consecuencia de esta nueva situación y de los problemas de integración que existen entre la responsabilidad civil en general y la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal que, por otra parte, siempre es responsabilidad civil, surge este artículo que pretende, entre otras cosas, explicar de forma clara en qué posición quedan los responsables primeros de los menores, esto es, los padres, los tutores y los demás guardadores.

Es importante tener presente que el artículo 61.3 de la LORPM establece un orden de responsabilidad según el cual los padres, tanto los naturales como los adoptivos, responden en primer lugar, luego los tutores, en tercer lugar se cita a los acogedores y finalmente a los guardadores legales o de hecho. Esto, que tiene una incidencia real en el esquema de responsabilidad, porque parecería que sólo en caso de no existir padres podría acudir al resto, no debe ni puede entenderse de esta forma, tal como se desprende del texto que ahora reproducimos.

Sumario:

1. Responsabilidad civil derivada de ilícito penal en general.
2. La responsabilidad civil contemplada desde la perspectiva de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
 - 2.1. Antecedentes previos.
 - 2.2. Análisis de la norma.
 - 2.2.1. Reglas generales.
 - 2.2.2. Extensión de la responsabilidad civil.
3. Aplicación de las reglas referidas a la responsabilidad civil de los padres ante las actuaciones de menores constitutivas de infracción penal.
 - 3.1. Responsabilidad de los padres.
 - 3.1.1. Responsabilidad ex artículo 61.3 de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
 - 3.1.2. La responsabilidad solidaria respecto de los hijos emancipados ex artículo 61.3 de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
 - 3.1.3. Responsabilidad directa de los padres ex artículo 1.903 del Código Civil.
 - 3.1.4. Responsabilidad de los padres respecto de los mayores de 18 años y menores de 21.
 - 3.1.5. Responsabilidad de los padres respecto de los hijos menores de 18 años y mayores de 14 cuando el menor sufra alteraciones psíquicas o cometa el delito en caso de estado de necesidad.
 - 3.2. Responsabilidad de los tutores.
 - 3.3. Responsabilidad de los acogedores. El guardador de hecho.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ILÍCITO PENAL EN GENERAL

El tema de la ubicación de la regulación de la responsabilidad civil, sin ser un tema secundario, tampoco merece especiales discusiones, pues la naturaleza civil de esa clase de obligaciones ¹, ¿qué obligación no tiene esa naturaleza? ², prima sobre cualquier otra consideración de la ley en que se regule ³.

Así como el delito no es delito porque se produzca un daño resarcible, el delito no es fuente de la obligación reparatoria por ser delito ⁴. La fuente de la obligación de reparar está, lógicamente, en el daño ⁵. La infracción de la regla de no causar daño a otro puede producir consecuencias en dos ámbitos diferentes, de una parte puede ocurrir que la conducta dañosa del agente se halle tipificada en la norma penal ⁶, de otra el daño causado debe ser reparado, cualquiera que sea la fuente que lo haya producido ⁷.

Es importante comprender que las reglas que el Código Penal (CP) contiene solamente persiguen regular la responsabilidad civil para cuando se pretenda su fijación a la vez que se desarrolla y

¹ *Vid.*, E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, Barcelona 2003, pág. 22; J. ROCA GUILLAMÓN, «La responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas por delitos de sus funcionarios», en J.A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid 2000, pág. 494.

² M. YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos Civiles del nuevo Código Penal*, Madrid 1997, pág. 29.

³ G. QUINTERO OLIVARES, «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», en G. QUINTERO OLIVARES; S. CAVANILLAS MÚGICA; E. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La responsabilidad civil ex delicto*, Navarra 2002, pág. 23; o E. RUIZ VADILLO, «La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjurio y valoración del daño corporal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, 1994, págs. 9-69.

⁴ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona 1951, pág. 369. *Vid.*, M. YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos Civiles del nuevo Código Penal*, Madrid 1997, pág. 58.

⁵ *Vid.*, M. YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», en L.F. REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2.ª edición, Navarra 2003, pág. 479.

⁶ La STS, Sala 1.ª, de 11 de octubre de 1990. Ponente: Marina Martínez-Pardo, Jesús (EDE 1990/9254) señala: «Cuando la acción causante está tipificada y reúne los requisitos para ser calificada de infracción penal, la obligación de ella nacida se rige, como dice el artículo 1.902 del Código Civil, por las normas del Código Penal, y ello comporta, normalmente, el ejercicio conjunto de la acción civil y la penal y, en todo caso, la subordinación de la vía civil, sólo ejercitable separadamente cuando se produce la terminación o archivo de las actuaciones penales.»

⁷ Por ejemplo, J.L. LACRUZ BERDEJO, F. de A. SANCHO REBULLIDA, J. DELGADO ECHEVERRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones, Volumen Primero, parte general. Delito y cuasidelito*, Barcelona 1985, pág. 488; o E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., pág. 32.

resuelve el proceso penal. El ejercicio de la acción civil en el marco del proceso penal no es obligatorio, pues el perjudicado puede reservarse su ejercicio ante la jurisdicción civil (art. 109.2 CP)⁸, aunque esté muy extendida la idea de que el ejercicio conjunto de la acción civil y penal es muy conveniente para los intereses de quien persigue el resarcimiento⁹.

La responsabilidad civil *ex delicto* tiene lugar cuando se cumplen los dos presupuestos fácticos que el CP establece: la comisión de un hecho punible y la causación de un daño directamente derivado del hecho cometido¹⁰. Por ello, no se puede negar que, en ocasiones, la responsabilidad civil surge en el marco del proceso penal y tras la responsabilidad penal se puede ejercitar también la acción civil correspondiente encaminada a la reparación del daño e indemnización de perjuicios causados por el hecho. Conforme al artículo 116 del CP:

«Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta, lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. 2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables¹¹.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores y después en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.»

Aun existiendo una diferencia esencial entre responsabilidad penal y civil, lo cierto es que dentro del proceso penal pueden reclamarse los daños que el delito haya ocasionado¹².

Constituye una característica muy especial de nuestro ordenamiento la regulación que, desde el siglo pasado¹³, se contiene en los Códigos Penales, respecto de la responsabilidad civil derivada del delito¹⁴. Debemos tener presente que una cosa es que una conducta ilícita sea merecedora de una pena, y otra que exista obligación de indemnizar a la víctima por el daño causado¹⁵.

⁸ *Vid.*, J. BERNAL VALLS, «La responsabilidad civil derivada de los delitos y de las faltas», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Fase de ejecución en el proceso penal*, Madrid 1998, pág. 282.

⁹ G. QUINTERO OLIVARES, «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», cit., págs. 25-26.

¹⁰ J. BERNAL VALLS, «La responsabilidad civil derivada de los delitos y de las faltas», cit., pág. 282.

¹¹ *Vid.*, M. YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos Civiles del nuevo Código Penal*, cit., pág. 178; o, del mismo autor, «La responsabilidad civil en el proceso penal», cit., pág. 502 y ss.

¹² E. ROCA, *Derecho de Daños*, Valencia 1996, pág. 30.

¹³ Consecuencia del problema codificador del Derecho civil y la incidencia de los Derechos forales.

¹⁴ L. DIEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, Madrid 2000, pág. 269.

¹⁵ Por ejemplo, M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pág. 27.

La regulación de la responsabilidad civil derivada de delito o falta en el CP se debe, obviamente, a razones históricas¹⁶. Cuando se aprueba el CP de 1822 en España no se había llegado a la codificación de las leyes civiles, que se produciría en 1889, a diferencia de lo que ocurría en Francia o en Alemania, en donde, cuando se aprobaron los Códigos Penales, ya existía previamente el Código Civil (CC). Luego, por inercia histórica¹⁷, todos los Códigos Penales españoles han mantenido una normativa civil, reparadora de las consecuencias jurídicas del delito¹⁸.

Esta doble regulación ni siquiera se elaboró coordinadamente, lo que ha dado lugar a que en cada código se dé un tratamiento distinto a lo que son cuestiones iguales, pues, como hemos señalado, indudablemente la responsabilidad civil es exactamente la misma figura, tanto si el hecho dañoso que la hizo nacer es un ilícito civil o está tipificado penalmente¹⁹.

El artículo 1.089 del CC enumera²⁰, sin afán de exhaustividad (después de que el 1.088 haya descrito en qué consiste toda obligación) las fuentes de las que puede nacer una obligación civil, señalando que la misma puede nacer de la ley, los contratos, los cuasicontratos «y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia»²¹. Con esta última expresión se ha pretendido incluir al acto ilícito penal que, si origina daños resarcibles, generará la correspondiente obligación civil, y, por otra, al acto que, habiendo ocasionado también daños en el patrimonio ajeno, no sea constitutivo de delito o falta. Para YZQUIERDO²², se producen dos remisiones, una externa y otra interna, que *parecen* responder, por lo tanto, a dos fuentes de obligación civil diferentes: la derivada del ilícito penal y la procedente del ilícito puramente civil; lo que lleva a hablar de responsabilidad civil *derivada del delito o de la falta* (art. 1.092)²³, y de responsabilidad civil simplemente, *pura* (art. 1.093).

Aun así, no podemos separar ambas responsabilidades dado que, tanto en la responsabilidad civil derivada del delito como en la responsabilidad civil derivada del artículo 1.902 del CC, el

¹⁶ Vid., M. YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos Civiles del nuevo Código Penal*, Madrid 1997, pág. 30; o, del mismo autor, «La responsabilidad civil en el proceso penal», cit., pág. 480.

¹⁷ Vid., S. DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», en S. DÍAZ ALABART y C. ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza*, Madrid 2000, pág. 22.

¹⁸ J. LORCA MARTÍNEZ, «El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 284.

¹⁹ S. DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», cit., pág. 22.

²⁰ Vid., E. RUIZ VADILLO, «La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjurio y valoración del daño corporal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, 1994, págs. 9-69.

²¹ Vid., E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., pág. 21.

²² M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pág. 57.

²³ Vid., G. QUINTERO OLIVARES, «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», cit., pág. 38; J.M. SILVA SÁNCHEZ, «¿Ex delicto?», *InDret*, 3/2001; o M. YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», cit., pág. 479 y ss.

fundamento es siempre un daño atribuible al responsable²⁴. No debe olvidarse que este tipo de responsabilidad, aunque traiga causa del delito, no tiene naturaleza penal sino civil²⁵.

Obviamente, son evidentes las ventajas de un sistema que, por economía procesal²⁶, ordena al juez penal que, cuando dicte sentencia condenatoria, se pronuncie también por la responsabilidad civil, el problema no es la jurisdicción competente, sino la normativa aplicable²⁷.

La posibilidad del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal ha tenido defensores a ultranza, los cuales esencialmente fundamentan esa dicotomía en base a criterios de mayor y más rápida protección de la víctima²⁸. De todas formas una parte de la doctrina considera que este proceder distorsiona el fin esencial de la jurisdicción penal²⁹, así como el sistema mismo de la responsabilidad civil, por lo que procedería la unificación de las responsabilidades en cuanto al daño causado³⁰; ya que es lógico pensar que diferenciar la responsabilidad civil *ex delicto* de la responsabilidad civil que nace de otros actos u omisiones en que intervenga cualquier otro género de culpa o negligencia produce una serie de consecuencias inaceptables³¹.

Obviamente, el régimen jurídico de una y otra responsabilidad es distinto. «Quiere esto decir, por cierto, que la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto* no responde exactamente a los mismos principios que la responsabilidad civil extracontractual regulada en el artículo 1.903 del CC. En este artículo, tras ser enumeradas las personas y entidades que deben responder de los daños ocasionados por quienes dependen de ellos en razón de alguno de los vínculos expresamente previstos, se dice “la responsabilidad civil de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”, lo que claramente significa objetivizar la responsabilidad civil desplazando la carga de la prueba sobre las personas de las que dicha responsabilidad se cuestiona. Por el contrario, tanto el artículo 118.1 como el 120.1 del CP –*lex posterior* con respecto al CC– exigen que haya mediado culpa o negligencia

²⁴ Por ejemplo, F. PANTALEÓN, «Comentario al Código Civil», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil*, 1991, pág. 1.971; C. ASÚA GONZÁLEZ y S. DÍAZ ALABART, *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza*, cit., pág. 195; E. ROCA, *Derecho de Daños*, Barcelona 1999, pág. 30; J.L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de Daños*, cit., págs. 40-41; o AA.VV., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra 1996, pág. 549 y ss.

²⁵ STS, Sala 2.ª, de 20 de febrero de 1997, núm. 221/1997, rec. 1752/1996. Ponente: Granados Pérez, Carlos (EDE 1997/1534); STS, Sala 2.ª, de 22 de enero de 1999, núm. 39/1999, rec. 1969/1998. Ponente: Martínez Arrieta, Andrés (EDE 1999/121).

²⁶ *Vid.*, E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., pág. 24.

²⁷ M. YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos Civiles del nuevo Código Penal*, cit., pág. 31.

²⁸ Por ejemplo, E. RUIZ VADILLO, «La responsabilidad civil derivada del delito», *Cuadernos de Derecho Judicial*, pág. 63; o J.M. DE LA ROSA CORTINA, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica reguladora de responsabilidad penal de los menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 314.

²⁹ Por ejemplo, A.M. LÓPEZ, «Sobre la responsabilidad civil *ex delicto* y el responsable civil subsidiario», *La Ley*, 28 de octubre de 1997.

³⁰ *Vid.* L. Díez-PICAZO, *Derecho de Daños*, cit., pág. 278; E. ROCA, *Derecho de Daños*, cit., pág. 32; o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pág. 58 y ss.

³¹ E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., págs. 31-32.

en quienes hayan de responder civilmente, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que la culpa o negligencia tiene que ser probada»³².

Siguiendo el excelente análisis efectuado por Díez-PICAZO³³, podemos señalar, respecto a la dicotomía entre la responsabilidad civil derivada de delito y la responsabilidad civil contenida en la norma civil³⁴:

1. En el CP se contienen normas relativas a la restitución de las cosas que hayan sido habidas en poder del autor de delito o falta (art. 111) que no pertenecen en rigor al derecho de daños.
2. En el momento actual y en el actual estado de doctrina y jurisprudencia, no presenta ninguna especialidad la distinción que en el CP parece subsistir entre reparación de los daños e indemnización de los perjuicios (art. 110).
3. Sí presenta alguna singularidad (art. 112) la amplitud del poder discrecional que se otorga a los jueces y tribunales para establecer la reparación del daño a través de la creación de otras clases de obligaciones de hacer o de no hacer.
4. Ninguna especialidad constituye hoy en día la regla de que se indemnizan no sólo los daños causados al sujeto pasivo o víctima del delito, sino también los irrogados a familiares y a terceros, pues es algo perfectamente admisible, siempre que se mantenga la necesaria relación de causalidad, naturalmente con la salvedad procesal de que los daños irrogados a familiares y terceros desde el punto de vista civil tienen que ser demandados por los perjudicados.
5. La regla de la moderación del importe de la indemnización por existencia de culpa concurrente del perjudicado (art. 114) es perfectamente concorde con los principios de la responsabilidad civil, donde se han hecho múltiples aplicaciones de ella.
6. La exigencia de que los jueces y tribunales establezcan en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones (art. 115) es una regla de carácter procesal que en nada modifica los regímenes jurídicos sustantivos.
7. La regla sobre la coexistencia de la responsabilidad y del deber de indemnizar si dos o más personas son causantes conjuntos de un daño, que regula con algún detalle el artículo 116 del CP, contiene una norma que, aunque con singularidades, resulta perfectamente ajustable al régimen general de la responsabilidad civil extracontractual.
8. La responsabilidad de los aseguradores que contractualmente hubiesen asumido de manera especial el riesgo de la responsabilidad civil, es también perfectamente aplicable en la responsabilidad extracontractual y tiene hoy justo acomodo en las normas de la Ley de Contrato

³² SAP de Alicante, sección 2.ª, de 11 de marzo de 2003, núm. 90/2003, rec. 1/2003. Ponente: Urquía y Gómez, Faustino de (EDE 2003/70681).

³³ L. Díez-PICAZO, *Derecho de Daños*, cit., págs. 278-279.

³⁴ *Vid.*, M. YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos Civiles del nuevo Código Penal*, cit., págs. 38-39; o P. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Madrid 2005.

de Seguro, además de serle aplicable las normas del Texto Refundido de la Ley sobre el Uso y Circulación de Vehículos de Motor y de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTEMPLADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

2.1. Antecedentes previos.³⁵

Hasta el momento de la entrada en vigor de la LORPM la regulación de la responsabilidad civil derivada de ilícito penal cometido por menores se contenía en distintas normas según las edades³⁶:

1. Cuando los autores de los ilícitos penales eran menores de 18 años y mayores de 16 se seguía aplicando el CP, pues expresamente se mantuvieron en vigor los artículos 9.3 y 65 del CP de 1973 por la disposición derogatoria 1.ª a) del CP de 1995. De esta forma, se entendía que respecto a estos menores de 18 años y mayores de 16, personas semiimputables, se les aplicaba, en sede de responsabilidad civil, el tenor literal del CP³⁷.
2. La regulación de la responsabilidad penal respecto al colectivo de menores de 16 años y mayores de 12 se encontraba contenida en la LORCPJM, cuyo artículo 9 establecía:

«Los Jueces de Menores serán competentes para conocer:

1. De los hechos cometidos por mayores de doce años y menores de la edad fijada en el CP a efectos de responsabilidad criminal, tipificados como delitos o faltas en las leyes penales.

Cuando el autor de los citados hechos sea menor de doce años será puesto, en su caso, a disposición de las Instituciones administrativas de protección de menores.

2. De las faltas cometidas por mayores de edad penal comprendidas en el artículo 584 del CP, excepto de las de su número 3.»

En este supuesto, si el juez calificaba el hecho dañoso como delito o falta declarando la participación del menor, concurrían los supuestos de la regla 1.ª del artículo 20 del CP y, por

³⁵ Vid., E. DE URBANO CASTRILLO y J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Navarra 2001, pág. 468 y ss.

Cfr., M.T. OLAVARRÍA IGLESIA, «La responsabilidad civil en el Ley de Responsabilidad Penal del Menor, Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 359.

³⁶ S. URBANO GÓMEZ, «El régimen de responsabilidad civil *ex delicto* de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Sentencias de TSJ y otros Tribunales*, núm. 7, 2002.

³⁷ Vid., E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., pág. 39.

tanto, debía encontrarse en ella la regulación de la responsabilidad civil derivada de dicho ilícito, siendo responsables aquellos que tenían a los menores bajo su potestad o guarda legal siempre que hubiese por su parte culpa o negligencia, estableciéndose, caso de insolvencia de los responsables directos, de falta de dichos responsables, o de inexistencia de culpa o negligencia, la responsabilidad subsidiaria de los propios menores.

3. Cuando el autor del hecho era menor de 12 años no respondía penalmente, y se aplicaban las normas de protección de menores, lo que suponía que su responsabilidad civil se dilucidaba en sede civil a través de lo previsto en los artículos 1.902 y siguientes del CC.

Aunque se ha estimado un error introducir la responsabilidad civil dentro de la jurisdicción de menores ³⁸, el legislador de la norma que analizamos, con la finalidad de conciliar los intereses de los perjudicados con el interés del menor ³⁹, de atención prioritaria, y vinculado por la legislación internacional al respecto, decidió abandonar el sistema vigente hasta ahora de única jurisdicción y única regulación en materia de reforma de menores, incorporando normas procedimentales y sustantivas propias para regular el ejercicio de la acción civil ⁴⁰. De esta forma, la LORPM ha acogido un peculiar sistema, a mitad de camino entre la vieja legislación y el sistema de ejercicio conjunto de ambas acciones y de plena participación del interesado en ambas acciones ⁴¹.

2.2. Análisis de la norma. ⁴²

2.2.1. Reglas generales.

El propósito de esta acción civil no puede ser otra que el resarcimiento por daños y perjuicios por parte de un titular de un derecho susceptible de ser amparado por nuestro derecho en relación directa con una situación patrimonial o moral alterada y derivada de un hecho ilícito criminal en la que es responsable penalmente un joven infractor mayor de 14 y menor de 18 años ⁴³.

³⁸ M.T. OLAVARRÍA IGLESIA, «El procedimiento de responsabilidad civil en el Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 365.

³⁹ Algo que, en algunas circunstancias, puede ser enormemente difícil.

⁴⁰ J. LORCA MARTÍNEZ, «El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 285.

⁴¹ J.L. CUESTA MERINO, «La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, pág. 312.
Cfr., A. BARREDA HERNÁNDEZ, «Estudio sobre la controvertida inclusión de la acción civil en el nuevo proceso penal de menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. I, 2001, págs. 299-300.

⁴² Véase la crítica a la norma de A. BARREDA HERNÁNDEZ, «Estudio sobre la controvertida inclusión de la acción civil en el nuevo proceso penal de menores», cit., pág. 306 y ss.

⁴³ A. BARRERA HERNÁNDEZ, «La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 3, 2001, págs. 513-587.

De todas las materias reguladas en la LORPM, tal vez sea la pieza de responsabilidad civil comprendida en el Título VIII la que resulte más problemática en la práctica por la innovación de su procedimiento y de sus presupuestos, fundados en el ejercicio de la acción civil derivada del delito al margen del procedimiento penal o, incluso, sin procedimiento penal, por el no ejercicio de la acción penal ⁴⁴.

Obviamente, aunque el procedimiento previsto se estructura como pieza separada, éste procedimiento se tornará autónomo cuando el procedimiento principal sea desistido *ex* artículos 18 y 19 de la LORPM ⁴⁵.

La LORPM no se limita a establecer un cauce procedimental para sustanciar la responsabilidad civil, sino que entra a regular aspectos sustantivos ⁴⁶. Así introduce una modalidad de responsabilidad civil de padres y guardadores distinta de la que se contiene en el CC y en el CP ⁴⁷, resultando innovadora respecto al tratamiento de la responsabilidad civil, para cuya exacción ha instaurado una especie de juicio declarativo paralelo ⁴⁸.

La nueva legislación aborda la problemática de los daños derivados de hechos constitutivos de delito o de falta cometidos por menores, con base en una serie de directrices ⁴⁹:

1. La regulación es de carácter fundamentalmente procesal, siquiera también se introducen importantes novedades de naturaleza sustantiva.
2. Se establece un proceso autónomo para el conocimiento de la pretensión de resarcimiento.
3. Ausencia de regulación de un trámite para intentar las soluciones paccionadas del conflicto.

⁴⁴ M.J. DOLZ LAGO, «Dos aspectos a propósito de la pieza de responsabilidad civil: su archivo en caso de no ejercicio de la acción penal y el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Experiencias aplicativas de la LORPM*, vol. II, 2003, págs. 577-580; M.T. OLAVARRÍA IGLESIA, «Problemática sustantiva y práctica de la pieza de responsabilidad civil», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Experiencias aplicativas de la LORPM*, vol. II, 2003, pág. 821.

⁴⁵ E. DE URBANO CASTRILLO y J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, cit., pág. 490.

⁴⁶ E. DE URBANO CASTRILLO y J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, cit., pág. 493.

⁴⁷ A. VAQUER ALOY, «La responsabilidad civil», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, pág. 131; J.L. CUESTA MERINO, «La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, pág. 325; o J.M. DE LA ROSA CORTINA, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica reguladora de responsabilidad penal de los menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 345.

⁴⁸ A.M. LÓPEZ LÓPEZ, *Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, cit., pág. 336.

⁴⁹ J. CARRERA DOMÉNECH, «El proceso de responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Formación de Fiscales especialistas de menores*, vol. I, 2002, pág. 1.050.

Tal como señala la exposición de motivos de la LORPM, en el ámbito de atención a los intereses y necesidades de las víctimas⁵⁰, la ley introduce el principio en cierto modo revolucionario de la responsabilidad solidaria⁵¹ con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores⁵², si bien permitiendo la moderación judicial de la misma y recordando expresamente la aplicabilidad en su caso de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Por estas razones se puede deducir que la intención del legislador, al optar por no seguir las reglas establecidas en el CC o en el CP, ha sido introducir un sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad con una doble finalidad: amparar de mejor forma los derechos de la víctima al liberar a ésta de tener que probar la culpa del responsable civil y protegerla frente a la posible insolvencia de los menores; y, al mismo tiempo, conseguir una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores, imponiéndoles las consecuencias civiles de los delitos y faltas cometidos por estos menores⁵³.

El nuevo sistema instaurado por la ley, artículos 61 a 64, crea un singular procedimiento civil a tramitar en pieza separada ante el Juez de Menores que corre paralelo y con una pretendida independencia de la suerte del procedimiento penal y que, de otra parte, al no producir efectos de cosa juzgada material no impedirá el ulterior proceso civil ordinario ante el Juez de Primera Instancia que eventualmente pueden instar los perjudicados para la reclamación de la responsabilidad civil. La coexistencia de tales procedimientos, por un lado Expediente penal y pieza separada civil ante el Juez de Menores y, por otro, los dos posibles procedimientos civiles, uno ante el Juez de Menores en la pieza separada y otro ante el Juez de Primera Instancia, genera complejos problemas⁵⁴.

Se trata de un proceso declarativo, dirigido a la determinación de las consecuencias civiles de un hecho delictivo y de las personas que, junto con el autor del ilícito penal, van a responder de las mismas, y en el que ni existe limitación en los medios de prueba ni en el conocimiento del Juez pero que, incomprensiblemente, finaliza con una sentencia que no produce efectos de cosa juzgada (art. 64.10 LORPM)⁵⁵.

En el proceso civil ante el Juez de Menores se distinguen inicialmente dos momentos: de un lado, la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil (art. 61.1.^a), y, de otra parte, el inicio del

⁵⁰ Vid., E. DE URBANO CASTRILLO y J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, cit., pág. 470.

⁵¹ Véase, M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA, «La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial», *Aranzadi Civil*, vol. II, 1994, pág. 67 y ss.

⁵² Vid., S. URBANO GÓMEZ, «El régimen de responsabilidad civil *ex delicto* de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Sentencias de TSJ y otros Tribunales*, núm. 7, 2002.

⁵³ J.L. CUESTA MERINO, «La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores», cit., pág. 326.

⁵⁴ Regla XII, Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

⁵⁵ J.L. CUESTA MERINO, «La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores», cit., pág. 316.

procedimiento (art. 61.4.^a). En la primera fase, a la que se dedica este apartado, el Juez de Menores ha de llevar a cabo una serie de actuaciones tendentes a establecer cuáles son las partes que van a intervenir como actoras y como demandadas. La segunda fase comienza con el auto de iniciación del procedimiento, que indica la identidad de tales partes y, al tiempo, confiere a los demandantes un plazo de 10 días para ejercitar la acción civil formulando demanda ⁵⁶.

La norma impone al Fiscal el deber de ejercitar la acción civil ⁵⁷ como regla general, cuando señala que la acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta ley se ejercerá por el Ministerio Fiscal, salvo tres supuestos ⁵⁸, *que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ⁵⁹ (art. 61.1 LORPM) ⁶⁰.

No hay ninguna previsión que permita al Fiscal, ponderadas las circunstancias concurrentes, no promover la acción de responsabilidad civil, y ello aunque esto puede dar lugar a procedimientos iniciados merced a la actuación del Fiscal por cuantías insignificantes y en los que nadie tiene el más mínimo interés. Esto se ha pretendido subsanar, con pocos asideros legales, por la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores ⁶¹. Si bien dicho planteamiento podemos considerarlo, desde un punto de vista práctico, acertado, lo cierto es que el legislador, por olvido o a conciencia, ha pretendido la reparación integral de todos los daños, y que se pretenda la exclusión de algunos por su cuantía o por el desinterés expreso o tácito del perjudicado, o, incluso, por la insolvencia del menor, no es sino una exclusión que, obviamente, no debería hacerse a través de una Circular de la Fiscalía General del Estado.

⁵⁶ Regla XII.3.A, Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

⁵⁷ *Vid.*, E. DE URBANO CASTRILLO y J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, cit., págs. 473-475.

Cfr., J.S. SALOM ESCRIVÁ, «La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, pág. 256; J.A. MORA ALARCÓN, *Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia 2002, pág. 236; o J. LORCA MARTÍNEZ, «El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, págs. 295-296.

⁵⁸ *Cfr.*, A.M. LÓPEZ LÓPEZ, *Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, cit., págs. 337-339.

Vid., E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., pág. 83 y ss.

⁵⁹ *Vid.*, S. DURANY PICH, «Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores», *InDret*.

⁶⁰ Este último punto contrasta con el tenor literal del artículo 1.092 del CC, donde se establece que «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del CP».

Vid., S. URBANO GÓMEZ, «El régimen de responsabilidad civil *ex delicto* de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Sentencias de TSJ y otros Tribunales*, núm. 7, 2002.

⁶¹ J.M. DE LA ROSA CORTINA, «Notas sobre responsabilidad civil en Derecho Penal de menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. I, 2001, págs. 254-255.

Por lo tanto, legitimado para ejercer la acción civil en el proceso de menores lo está el Fiscal, salvo renuncia o reserva⁶² y el perjudicado, tanto el directamente perjudicado, al que se ha notificado la posibilidad de entablar la acción civil, como aquel que se considere como tal *ex* artículo 64.2 de la LORPM⁶³.

Es de señalar, por otra parte, que el procedimiento de responsabilidad civil ante el Juez de Menores no se seguirá cuando los hechos hubieren sido cometidos por menores de 14 años⁶⁴. En tales casos, regulados en el artículo 3 de la ley, los perjudicados habrán de ejercitar la acción civil contra tales menores y sus representantes ante la jurisdicción civil⁶⁵. No obstante, cuando la acción tienda a exigir la responsabilidad de la Administración con fundamento en la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas competentes en materia de protección de menores derivada de los actos de los menores a su cargo, el conocimiento de tales pretensiones compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 2, apartado e), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁶⁶.

Debemos tener presente en este punto que, en la jurisdicción penal, a tenor de los artículos 108 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Fiscal ejercita la acción civil derivada de delito, salvo renuncia o reserva del perjudicado, en el propio proceso penal conjuntamente con la acción penal y con independencia de que el perjudicado la ejercite por sí –como acusador particular o como actor civil– o no haga uso de tal facultad. El sistema instaurado por la LORPM difiere notablemente de la regla general expuesta. En el artículo 61.1 se confiere al Ministerio Fiscal una legitimación activa cuya naturaleza es subsidiaria por hallarse supeditada a la decisión del propio perjudicado acerca de la renuncia, reserva e incluso ejercicio por sí mismo de la acción civil⁶⁷. El Fiscal no intervendrá en la pieza separada de responsabilidad civil, ni consiguientemente en la fase de ejecución de la sentencia, en los supuestos en que se produzca el ejercicio, la reserva o la renuncia por el perjudicado⁶⁸.

⁶² J.S. SALOM ESCRIVÁ, «La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, pág. 256.

⁶³ *Vid.*, J.L. CUESTA MERINO, «La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores», cit., págs. 317-319.

⁶⁴ *Vid.*, J.L. CUESTA MERINO, «La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores», cit., pág. 321; E. DE URBANO CASTRILLO y J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Navarra 2001, pág. 477.

⁶⁵ *Vid.*, E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, Barcelona 2003, págs. 40-41.

⁶⁶ Regla XII.1, Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

⁶⁷ *Vid.*, J.M. DE LA ROSA CORTINA, «El Título VIII de la Ley Penal del Menor: experiencias en su aplicación», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Experiencias aplicativas de la LORPM*, vol. II, 2003, págs. 763-767.

⁶⁸ Regla XII.2, Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores. Dicha Regla desarrolla los supuestos y las condiciones en los que el Fiscal deberá intervenir.

Se tramitará una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados (art. 61.2 LORPM). Ello debe entenderse con independencia tanto del número de perjudicados como de partícipes en tal infracción penal. En consecuencia, en el proceso civil podrán existir varias partes activas –cuando varios hayan sido los perjudicados por tal hecho– y varias partes demandadas –cuando exista un solo sujeto activo demandado junto con sus representantes legales o incluso cuando sean varios los autores del hecho delictivo–⁶⁹. La dicción de este precepto no aclara si debemos abrir varias piezas de responsabilidad civil en los casos de acumulación de procesos penales. La confusión que puede producir aconseja, según MORA ALARCÓN⁷⁰, en orden a una mejor tramitación procesal, abrir varios procesos civiles, aunque existan hechos delictivos conexos, concurso real o ideal de infracciones⁷¹, que se ventilen en un solo proceso penal.

Ante la posible existencia de un expediente principal seguido por la comisión de varios hechos delictivos conexos se suscita la cuestión acerca de si se incoan tantas piezas de responsabilidad civil como hechos o si se ha de incoar una sola pieza de responsabilidad civil. A favor de la primera solución parece pronunciarse el tenor literal del artículo 61.2 de la LORPM. No obstante, LÓPEZ LÓPEZ⁷² considera que esta solución no puede ser acogida, estimando que cuando estamos ante hechos delictivos conexos debería abrirse una sola pieza, dada la conexidad penal determinante de un único expediente penal, además de razones de economía procesal.

⁶⁹ Regla XII.1, Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores. Dicha regla señala, además:

«Ante la posible existencia de un Expediente principal seguido por la comisión de varios hechos delictivos conexos se suscita la cuestión acerca de si se incoan tantas piezas de responsabilidad civil como hechos o si se ha de incoar una sola pieza de responsabilidad civil. En favor de la primera solución parece pronunciarse el tenor literal del número 2 del artículo 61 que se refiere a una pieza de responsabilidad civil «por cada uno de los hechos imputados». No obstante, esta solución no puede ser acogida. Es posible efectuar una interpretación del artículo 61.2 que supere la mera literalidad. Cuando se trate de hechos delictivos conexos varios argumentos militan en favor de la apertura de una única pieza civil comprensiva de la responsabilidad civil de todos los hechos delictivos.

En primer lugar, la conexidad penal determinante de un único expediente penal justifica asimismo la existencia de un único procedimiento civil. Basta pensar que muchas vicisitudes procesales del expediente principal afectarían por igual a los eventuales distintos procedimientos civiles que se abrieran. En la mayoría de las ocasiones se estará ante un supuesto de acumulación de acciones de los artículos 71 y ss. de la LEC de 2000, máxime cuando sea el Fiscal quien ejercite la acción civil contra los mismos demandados por los diferentes hechos. Además, a la solución de único procedimiento se habría de llegar, en todo caso, en virtud de la institución de la acumulación de autos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 76.2.º de la LEC de 2000 (en la LEC derogada resultarían aplicables el art. 161.5.ª en relación con el art. 162 en alguno de sus apartados según los casos concretos que se contemplen, pero especialmente los apdos. 4.º y 5.º).

En segundo lugar, razones de economía procesal imponen la solución que se propugna. Resultaría absurdo tramitar procedimientos separados y celebrar diferentes vistas orales civiles en las que las pruebas a practicar serían prácticamente coincidentes, lo que conllevaría inexplicables reiteraciones y consiguientes retardos.

En consecuencia, se habrá de abrir un único procedimiento civil cuando se trate de un único hecho o de varios conexos, ya existiera un único autor o varios. Todo ello, sin perjuicio de que la apertura de piezas separadas civiles independientes se estime posible cuando con ello y en atención a las circunstancias del caso concreto se facilite la ordenación del procedimiento.»

Vid., E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., págs. 158-159.

⁷⁰ J.A. MORA ALARCÓN, *Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia 2002, pág. 237.

⁷¹ *Vid.*, J. LORCA MARTÍNEZ, «El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 296.

⁷² A.M. LÓPEZ LÓPEZ, *Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, cit., págs. 339-340.

El Juez de Menores abrirá la pieza de responsabilidad civil en cuanto le sea comunicado por el Fiscal el parte de incoación del expediente (art. 16, apdos. 3 y 4, y art. 64.1) o la decisión de desistimiento de la incoación (art. 18) ⁷³.

Esto puede atentar contra el principio de derecho a un juez imparcial –art. 24.2 CE–. La tramitación paralela de la pieza separada con la causa principal, a la que se encuentra vinculada, puede ocasionar cierta contaminación en el Juez de Menores a la hora de dictar la sentencia penal; es decir, la imparcialidad objetiva del Juzgador de instancia del expediente, en su doble función de juez penal y civil –art. 22–, puede verse seriamente afectada al entrar a conocer sobre el fondo del presunto hecho ilícito y la participación del menor en el proceso civil (entre otras, SSTC 11/1989, de 24 de enero, y 60/1995, de 17 de marzo, y el Auto TC 148/1999, de 14 de junio) y ello es así ante la eventualidad de tener que pronunciarse sobre extremos –la fijación de las partes y la admisión y práctica de pruebas– que exigen no actos de observación procesal sino de decisiones que implican un posicionamiento acerca de la existencia y veracidad del acontecimiento criminal y sus intervinientes. Además, puede atentar contra el principio de seguridad jurídica –art. 9.3 CE–; entre muchas y variadas situaciones exponemos las siguientes ⁷⁴:

1. La decisión penal tiene carácter preferente con influencia decisiva en la pieza, pudiendo condicionar la actuación final, tras haberse celebrado el proceso civil hasta sentencia, caso de recurso de apelación o casación, en su caso, y revocarse el fallo de instancia negando el hecho o la participación determinante de la *causa petendi*.
2. De seguirse respecto a uno o varios menores, por aplicación del desistimiento de la acción penal, bien en las diligencias preliminares del Fiscal –art. 18– o en el sobreseimiento del expediente por motivo de una mediación o reparación sólo de éstos –art. 19– y no en relación de otros intervinientes, el Juez de Menores comoquiera que en este caso tendría que pronunciarse inexcusablemente sobre el ilícito penal y la participación de los primeros, se podría dar la paradoja de dictar dos sentencias contradictorias por idéntico hecho.

Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden ⁷⁵. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave ⁷⁶, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos (art. 61.3 LORPM) ⁷⁷. Tal moderación es una posibilidad puesto que el precepto no la hace precep-

⁷³ Regla XII.3.A, Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

⁷⁴ A. BARRERA HERNÁNDEZ, «La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 3, 2001, págs. 513-587.

⁷⁵ *Vid.*, E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., págs. 99-100.

⁷⁶ *Vid.*, SAP de Valladolid, sección 2.ª, de 3 de julio de 2002, núm. 521/2002, rec. 457/2002. Ponente: Cabezudo Rodríguez, Nicolás (EDE 2002/46235).

⁷⁷ *Vid.*, S. DURANY PICH, «Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores», *InDret*; S. DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», cit., pág. 42 y ss.

tiva, de forma tal que habrán de ponderarse las circunstancias del caso para determinar si procede o no la moderación en cuestión ⁷⁸.

Esta responsabilidad deriva de la posición dominante de guarda del responsable frente al menor. Se considera, de esta forma, que la responsabilidad que establece la LORPM es objetiva ⁷⁹, cuasi genética ⁸⁰, para quienes responden por hecho ajeno, lo que aleja este régimen de los establecidos en el CP e, incluso, en el CC que, si bien se fundamenta en la presunción de culpa, descansa en la noción última de negligencia ⁸¹.

La norma afirma, de una parte, la responsabilidad del menor por sus propios actos ⁸², a la par que establece un régimen de responsabilidad solidaria moderable, por esos mismos actos, de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho ⁸³.

La norma no exige expresamente que los menores se encuentren bajo la patria potestad de los padres, tal vez porque en la mayoría de los supuestos los menores de 18 años a los que se refiere la LORPM no se encontrarán emancipados ni tendrán vida independiente (art. 314 y ss. del CC) ⁸⁴.

La solidaridad nace de la condición de menor de la persona que ha ocasionado el daño, por eso, en virtud del artículo 5.3 de la LORPM, debemos entender que las edades indicadas en su articulado han de entenderse siempre referidas al momento de la comisión de los hechos ⁸⁵.

Es importante tener presente que el artículo 61.3 de la LORPM establece un orden de responsabilidad según el cual los padres, tanto los naturales como los adoptivos ⁸⁶, responden en primer

⁷⁸ SAP de Palencia, sección 1.ª, de 15 de marzo de 2004, núm. 2/2004, rec. 3/2004. Ponente: Bugidos San José, Mauricio (EDE 2004/28813).

⁷⁹ Vid., J.L. CUESTA MERINO, «La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, pág. 325.
Cfr., J. CARRERA DOMÉNECH, «Minoría de edad y responsabilidad civil: de la culpa *in vigilando* a los criterios objetivos. Estudio del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 16, 2002.

⁸⁰ J.A. MORA ALARCÓN, *Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia 2002, pág. 237.

⁸¹ A. VAQUER ALOY, «La responsabilidad civil», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, pág. 134.
Vid., E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, Barcelona 2003, págs. 41-43.

⁸² Vid., A. VAQUER ALOY, «La responsabilidad civil», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, pág. 135.

⁸³ J. CARRERA DOMÉNECH, «Minoría de edad y responsabilidad civil: de la culpa *in vigilando* a los criterios objetivos. Estudio del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», cit.
Vid., E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., págs. 85-86.

⁸⁴ Vid., S. URBANO GÓMEZ, «El régimen de responsabilidad civil *ex delicto* de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Sentencias de TSJ y otros Tribunales*, núm. 7, 2002.

⁸⁵ SAP de Asturias, sección 2.ª, de 22 de mayo de 2003, núm. 145/2003, rec. 91/2003. Ponente: Barrio Bernardo-Rua, M.ª Luisa (EDE 2003/38803).

⁸⁶ Vid., A. VAQUER ALOY, «La responsabilidad civil», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, pág. 139.

lugar, luego los tutores, en tercer lugar se cita a los acogedores y finalmente a los guardadores legales o de hecho.

Este orden va referido al posible ejercicio de la función de guarda y, por siguiente, al deber, y posibilidad, de control del menor causante materialmente del daño. Por ello son los padres los primeros a quienes les corresponde ejercer la guarda, sólo en su defecto, o si están privados de la patria potestad, la guarda corresponderá a otro de los sujetos enunciados ⁸⁷.

La interpretación de la expresión «por este orden» ⁸⁸, en el sentido de orden excluyente, es decir, la existencia de miembros de un primer grupo excluye a los del siguiente, lleva a soluciones que tanto desde la perspectiva culpabilística como desde la perspectiva más orientada hacia la objetividad se adivinan como problemáticas e injustas, sobre todo porque de esta forma se estaría atribuyendo, algunas veces, la responsabilidad a quien poco o nada pudo hacer para vigilar o controlar ⁸⁹.

Haciendo una interpretación literal del precepto, la existencia de padres supondría que no responderían en ningún momento los acogedores. No deja de sorprender que una responsabilidad basada en la culpa *in vigilando* pueda recaer sobre alguien que no puede ejercer la guarda del menor y, por lo tanto, no tiene ninguna posibilidad real de evitar el daño ⁹⁰.

Para MORA ALARCÓN ⁹¹ esto es una barbaridad jurídica, además de plantear graves problemas de interpretación ⁹², dado que conlleva a condenar solidariamente a los padres incluso cuando exista responsabilidad por parte del guardador del menor.

Dicho planteamiento ha intentado ser utilizado para excluir la responsabilidad del guardador legal, sobre todo cuando se trata de una Administración, algo que debe sorprendernos enormemente,

⁸⁷ A. VAQUER ALOY, «La responsabilidad civil», cit., págs. 137-138.

⁸⁸ Cfr., J. LORCA MARTÍNEZ, «El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, págs. 303-304.

De enorme interés son los comentarios de E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, Barcelona 2003, págs. 99-100.

El autor plantea que, en ocasiones, podrán ser varios los responsables indicados en el artículo 61.3 de la LORPM, poniendo un ejemplo verdaderamente curioso, menor que se encuentra bajo la tutela de una entidad pública pero que en el momento de cometer el delito se encuentra bajo la guarda de sus padres, que han venido a visitarle. En esos casos propone la responsabilidad conjunta de los padres y de la entidad pública.

Además, se plantea los casos de guardadores de hecho momentáneos, considerando que también se produciría la responsabilidad conjunta de los padres y de dichos guardadores.

⁸⁹ J. CARRERA DOMÉNECH, «Minoría de edad y responsabilidad civil: de la culpa *in vigilando* a los criterios objetivos. Estudio del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 16, 2002.

⁹⁰ S. DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», cit., pág. 44.

⁹¹ J.A. MORA ALARCÓN, *Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, cit., pág. 238.

⁹² J. CARRERA DOMÉNECH. «Minoría de edad y responsabilidad civil: de la culpa *in vigilando* a los criterios objetivos. Estudio del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 16, 2002.

pues se entiende que la Administración actúa siempre de buena fe (art. 3.1 LRJPAC). Para este tema la AP de Valladolid ⁹³ ha señalado:

«... No compartimos dicho criterio expuesto por la recurrente toda vez que en el momento de producirse los hechos correspondía a la Gerencia de Servicios Sociales exclusivamente, y no a los padres, ejercer el derecho-deber de control y vigilancia del menor en virtud de la guarda legal asumida sobre el mismo en cuanto sujeto a la medida de internamiento en un Centro de menores por resolución judicial. Esta situación produce la suspensión de hecho de las facultades de los padres para llevar a cabo las mencionadas funciones tutelares mientras el menor estuviera bajo esa guarda institucional. De ahí que los padres ninguna posibilidad de control tenían sobre su hijo en tales circunstancias y, por lo tanto, no puede atribuírseles esta responsabilidad civil del artículo 61.3 de la Ley de responsabilidad penal de los menores, sino que la misma debe recaer en la Administración demandada al ostentar, con exclusión de los padres, las funciones de tutela (obligación de la vigilancia y control) del menor en el momento de los hechos, en virtud de la guarda legal. Así pues, este motivo tampoco puede prosperar.»

Es importante tener presente que la AP de Álava ⁹⁴ consideró que el Consejo del Menor tiene que responder de los daños y perjuicios ocasionados por Luis Andrés el día 11 de enero de 2002, primero *por mandato legal* como especifica el artículo 61.3 de la LORPPM, y en segundo lugar porque el Consejo, conociendo la conflictividad del menor y sus antecedentes, *no tomó las medidas necesarias* para vigilarle e impedir que saliese en compañía de otro menor del centro a realizar todos los actos ilícitos cometidos en la fecha ya indicada.

En este punto debemos tener presente que, en su caso, se aplicará también lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias (art. 61.4 LORPM). Este último punto resulta esencial, según veremos posteriormente.

La Fiscalía General del Estado ⁹⁵ considera que cuando la acción tienda a exigir la responsabilidad de la Administración con fundamento en la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas competentes en materia de protección de menores derivada de los actos de los menores a su cargo, el conocimiento de tales pretensiones compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 2, apartado e), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁹³ SAP de Valladolid, sección 2.ª, de 23 de diciembre de 2002, núm. 933/2002, rec. 732/2002. Ponente: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la (EDE 2002/65812).

⁹⁴ SAP de Álava, sección 2.ª, de 31 de julio de 2003, núm. 149/2003, rec. 120/2003. Ponente: Guerrero Romeo, Mercedes (EDE 2003/89834).

⁹⁵ Regla XII.1, Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

No obstante, teniendo en cuenta que estamos ante una jurisdicción penal, resulta muy difícil excluir la responsabilidad de la Administración respecto de los hechos cometidos por personas bajo su guarda, por mucho que el foro para la responsabilidad patrimonial sea el contencioso-administrativo.

LÓPEZ LÓPEZ ⁹⁶ considera que no es ése el sentido en el que ha de interpretarse el artículo 61.4 de la LORPM, pues lo único que pretende es complementar la competencia de los Juzgados de Menores y, en ningún caso, limitarla.

Así, LORCA MARTÍNEZ ⁹⁷ considera que, en virtud de este precepto, se podrá condenar en la pieza de responsabilidad civil a la Administración competente en materia de protección que ostente la guarda del menor, y en caso de reserva de la acción civil, ésta deberá ejercitarse en vía administrativa ⁹⁸.

Una cuestión esencial es determinar cuándo los responsables solidarios no han favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, para que su responsabilidad pueda ser moderada por el Juez según los casos (art. 61.3 LORPM). Esta norma resulta curiosa, y tiene una redacción manifiestamente desgraciada ⁹⁹, dado que si los responsables solidarios hubieran «favorecido» la conducta del menor con dolo o negligencia grave, éstos serían responsables civiles directos por acto propio como coautores del daño ¹⁰⁰.

La AP de Asturias ¹⁰¹ estima que en la pieza de responsabilidad debe probarse por parte de los padres, tutores o guardadores que se ha desplegado toda la diligencia de un buen padre de familia para poder permitir aplicar esa facultad moderadora ¹⁰².

La AP de Burgos ¹⁰³ estima que la carga de la prueba sobre los hechos que pueden eximir o moderar la responsabilidad civil recaerá en aquellos que la alegan, es decir, en el caso, los progenitores, y por ello el razonamiento expuesto por la juzgadora, en el sentido de que ha existido una total falta

⁹⁶ A.M. LÓPEZ LÓPEZ, *Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Granada 2004, pág. 342.

⁹⁷ J. LORCA MARTÍNEZ, «El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 304.

⁹⁸ *Vid.*, J.M. DE LA ROSA CORTINA, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica reguladora de responsabilidad penal de los menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, págs. 356-357.

⁹⁹ S. DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», *cit.*, pág. 45.

¹⁰⁰ A. VAQUER ALOY, «La responsabilidad civil», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, págs. 143-144.

¹⁰¹ SAP de Asturias, sección 2.ª, de 22 de mayo de 2003, núm. 145/2003, rec. 91/2003. Ponente: Barrio Bernardo-Rua, M.ª Luisa (EDE 2003/38803).

¹⁰² En igual sentido, SAP de Cantabria, sección 2.ª, de 4 de octubre de 2002, número 56/2002, rec. 50/2002. Ponente: Sagüillo Tejerina, Ernesto (EDE 2002/63031), si bien aplicando la normativa anterior, por el momento de cometerse el delito.

¹⁰³ SAP de Burgos, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2002, rec. 137/2002. Ponente: Redondo Argüelles, Roger (EDE 2002/51041).

de prueba al respecto, y que el hecho de no «enterarse» de las acciones delictivas de su hijo menor constituye una omisión del deber de vigilancia, es una apreciación que se estima correcta y debe ser mantenida por esta Sala. No obstante, esta misma AP ¹⁰⁴ ha establecido una especie de presunción de diligencia respecto de la Administración Pública, ya que estimó procedente «moderar» la responsabilidad de la entidad condenada, ya que la parte condenada a abonar las responsabilidades civiles al perjudicado por la agresión del menor es una entidad pública, que es precisamente la encargada de la protección y custodia de los inmigrantes extranjeros, lo cual acredita con toda evidencia y obviedad que en ningún caso habrá favorecido la actividad delictiva del menor, sino que por su propia función y finalidad lo ha protegido y evitado.

En cambio, la AP de Alicante ¹⁰⁵ estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el menor y sus padres contra sentencia dictada en pieza de responsabilidad civil dimanante de expediente de reforma al considerar el Tribunal que de lo actuado no se desprende que los padres hubieran incurrido en ese abandono o descuido consciente o involuntario manifiesto y grave, que pueda calificarse como dejación de la atención y preocupación por el comportamiento de los hijos, que en el contexto social medio se exige de los padres de familia, que justificaría la imposibilidad de graduar la responsabilidad, por lo que estimamos que su responsabilidad debe limitarse a la cobertura solidaria de la cuota del tercio que correspondería satisfacer por repetición a su mentado hijo.

Existe una postura doctrinal que estima que el fundamento de la responsabilidad civil a cargo de los guardadores de los menores es, además de directa y solidaria, objetiva ¹⁰⁶, porque parece establecerse al margen de toda culpa, al menos en su redacción, previéndose, simplemente, la posibilidad de moderar la culpa cuando no se hubiera favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave ¹⁰⁷. Otra postura, sin embargo, sigue manteniendo la consideración subjetivista de la responsabilidad, acudiendo al tenor literal del CP y del CC ¹⁰⁸.

Debemos acudir a la intención del legislador. En los debates parlamentarios ya se puso de manifiesto que el establecimiento de una responsabilidad solidaria de los padres y demás guardadores suponía, de facto, el establecimiento de una responsabilidad cuasiobjetiva, pero se mantuvo dicho planteamiento.

En el fondo lo que sucede es que sí se exige la culpa de los menores responsables, porque para establecer la responsabilidad civil de los menores por ilícito penal previamente debe considerarse que su conducta ha supuesto una actuación dolosa o negligente tipificada en la norma, lo único que

¹⁰⁴ SAP de Burgos, sección 1.ª, de 12 de abril de 2002, rec. 42/2002. Ponente: Carreras Maraña, Juan Miguel (EDE 2002/24388).

¹⁰⁵ SAP de Alicante, sección 1.ª, de 14 de abril de 2003, núm. 211/2003, rec. 1/2003. Ponente: Gil Martínez, Antonio (EDE 2003/86595).

¹⁰⁶ Vid., M.R. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, Barcelona 2001, págs. 445-447.

¹⁰⁷ Vid., S. URBANO GÓMEZ, «El régimen de responsabilidad civil *ex delicto* de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Sentencias de TSJ y otros Tribunales*, núm. 7, 2002.

¹⁰⁸ Vid., S. DÍAZ ALABART, «Nuevas tendencias de 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, pág. 98.

se ha hecho es extender la responsabilidad, una vez acreditada la culpa del autor material del delito o de la falta, a los que legalmente tendrían que haber impedido dicha actuación ¹⁰⁹.

Una lectura más detenida del artículo 61.3 de la LORPM descubre algo curioso, pues permite moderar ¹¹⁰ la responsabilidad del responsable solidario, algo que quebranta el tradicional principio de la reparación de todos los daños causados, algo que aparece de forma clara en el CP, donde, en ningún momento, se limita la responsabilidad civil de ninguno de los responsables, sean directos o subsidiarios ¹¹¹.

Extrañamente, aunque en un primer momento parece que se ha pretendido una responsabilidad objetiva ¹¹², el legislador, tal vez asustado por sus postulados iniciales, introduce un matiz subjetivo ¹¹³, quebrando el ya maltrecho sistema de cobertura de los daños ocasionados por el menor a consecuencia de un ilícito penal.

Para MORA ALARCÓN ¹¹⁴ esta moderación es un absurdo jurídico, pues está fuera de toda lógica legal la moderación, ya que el acreedor solidario puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios reclamando el todo, que no la parte.

En este sentido, no podemos olvidar que el artículo 1.144 del CC establece que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo, lo cual significa que la solidaridad no es una forma de distribución de la responsabilidad, sino una garantía de cumplimiento ¹¹⁵. La regla de la solidaridad, tal como se entiende en nuestro ordenamiento jurídico, no tiene cabida en la regulación dimanante de la LORPM, en la medida en que se condiciona la relación externa de la obligación por la incidencia de aspectos internos ¹¹⁶.

Lo cierto es que esta situación, así planteada, genera no pocos problemas. Obviamente, parece como si se pretendiera evitar la extensión de la responsabilidad objetiva que previamente se había

¹⁰⁹ Cfr., S. URBANO GÓMEZ, «El régimen de responsabilidad civil *ex delicto* de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Sentencias de TSJ y otros Tribunales*, núm. 7, 2002.

¹¹⁰ Vid., J.M. DE LA ROSA CORTINA, «Notas sobre responsabilidad civil en Derecho Penal de menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. I, 2001, págs. 288-289.

¹¹¹ A. VAQUER ALOY, «La responsabilidad civil», cit., pág. 144.

¹¹² Cfr., A. BARREDA HERNÁNDEZ, «Estudio sobre la controvertida inclusión de la acción civil en el nuevo proceso penal de menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. I, 2001, pág. 321.

¹¹³ Vid., J. CARRERA DOMÉNECH, «Minoría de edad y responsabilidad civil: de la culpa *in vigilando* a los criterios objetivos. Estudio del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 16, 2002.

¹¹⁴ J.A. MORA ALARCÓN, *Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia 2002, pág. 238.

¹¹⁵ J. LORCA MARTÍNEZ, «El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 302.

¹¹⁶ A. BARREDA HERNÁNDEZ, «Estudio sobre la controvertida inclusión de la acción civil en el nuevo proceso penal de menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. I, 2001, pág. 322.

determinado, pero subsanar ese problema no se puede conseguir a través de la minoración de la cobertura del perjuicio, algo impresentable ¹¹⁷.

En este sentido, si aplicamos racionalmente la norma, con las consecuencias propias de la solidaridad, la moderación resulta inviable, careciendo de efectos reales, pues si se reclama al padre, responsable solidario, todo lo debido, éste, por la regla de la solidaridad, debe pagar, aun cuando el menor sea solvente, quedándole, únicamente, la acción de regreso ¹¹⁸.

2.2.2. Extensión de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil a la que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el Capítulo I del Título V del Libro I del CP vigente (art. 62 LORPM). Los artículos 109 a 115 del CP aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, regulan la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas permitiendo, conforme a la tradición del sistema jurídico español, que en el seno del proceso penal los jueces y tribunales conozcan de la acción civil *ex delicto* ¹¹⁹.

El sobreseimiento del expediente *ex* artículo 19 de la LORPM no impide, obviamente, la continuación de la tramitación de la pieza separada de responsabilidad civil, tal como se refleja en el artículo 19.2 de la citada LORPM ¹²⁰.

Según la AP de Cuenca ¹²¹, para que la acción de responsabilidad civil emprendida en pieza separada ante el juzgado de menores pueda alcanzar buen éxito resulta presupuesto indispensable que previamente haya sido dictada una resolución que afirme la existencia de un comportamiento penalmente antijurídico por parte de los demandados en aquella o, al menos, que no excluya la existencia de ese comportamiento.

3. APLICACIÓN DE LAS REGLAS REFERIDAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES ANTE LAS ACTUACIONES DE MENORES CONSTITUTIVAS DE INFRACCIÓN PENAL

Como la delincuencia tiene un substrato pedagógico, donde la influencia de los padres, tutores y demás guardadores es de enorme importancia, la LORPM ha previsto una consecuencia objetiva a la

¹¹⁷ Cfr., A. VAQUER ALOY, «La responsabilidad civil», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, págs. 144-145.

¹¹⁸ Vid., S. DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», en S. DÍAZ ALABART y C. ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza*, Madrid 2000, pág. 46.

¹¹⁹ Vid., SAP de Soria, de 11 de febrero de 2003, núm. 20/2003, rec. 20/2003. Ponente: García Moreno, José Miguel (EDE 2003/64152).

¹²⁰ Vid., J.M. DE LA ROSA QUINTANA, «Notas sobre responsabilidad civil en Derecho Penal de menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. I, 2001, págs. 255-256.

¹²¹ SAP de Cuenca, de 20 de noviembre de 2002, núm. 71/2002. Ponente: Puente Segura, Leopoldo (EDE 2002/61843).

falta de diligencia en la vigilancia, custodia y educación de los menores, establecer la responsabilidad civil solidaria de los responsables de su educación y cuidado.

La responsabilidad de todos los guardadores nacería de su propia conducta, distinta e independiente de la del menor, consistente en la omisión de su deber de educar al citado menor, no habiendo utilizado correctamente el uso de las facultades de corrección que le correspondían. En este sentido su responsabilidad deriva de la posición dominante que tiene respecto al menor, que excluiría la intervención de otros ¹²².

Es importante comprender, lógicamente, que toda responsabilidad de los padres, tutores y demás guardadores, *ex artículo 1.903 CC* o por la LOPRM, debe aparecer vinculada al ejercicio de la guarda, lo que presupone, en el caso de los padres, el ejercicio de la patria potestad ¹²³.

3.1. Responsabilidad de los padres.

3.1.1. Responsabilidad *ex artículo 61.3 de la LORPM*.

La primera línea de responsabilidad de los padres la encontramos en la LORPM. El artículo 61.3 de la LORPM, en cuanto a la responsabilidad civil solidaria de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, ha sido considerado como revolucionario por el propio legislador, y se ha introducido para otorgar una mayor protección a la víctima ¹²⁴.

Como hemos visto, la responsabilidad *ex artículo 61.3 LORPM* es de carácter objetivo, pues en absoluto está supeditada a la existencia de culpa de los padres ¹²⁵.

Si bien la normativa de la LORPM se presenta, una vez más, contradictoria al tratar el tema de la llamada responsabilidad civil solidaria de tercero por vínculo jurídico y como ahora se expondrá en lo referente a la posibilidad de moderación de la misma: de un lado, pretende objetivar e ilimitar la responsabilidad de terceros por vínculo jurídico tanto al no exigir convivencia o guarda con el menor, como enumerar de modo exhaustivo a los potenciales responsables. De otra parte, exige ya bien una desacertada fórmula de moderación «cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del

¹²² J. LORCA MARTÍNEZ, «El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 299.

¹²³ *Vid.*, E. GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad de padres y centros docentes», en L.F. REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2.ª edición, Navarra 2003, pág. 1.117.

¹²⁴ J.L. CUESTA MERINO, «La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores», cit., pág. 324; o J.M. DE LA ROSA CORTINA, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica reguladora de responsabilidad penal de los menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 346.

¹²⁵ *Vid.*, E. GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad de padres y centros docentes», cit., pág. 1.139.

menor mediante dolo o culpa grave», concepto próximo a la responsabilidad criminal por inducción, cooperación necesaria o complicidad –arts. 27 a 29 CP–, cuya concurrencia no ya modera la responsabilidad *ex delicto*, sino que genera otra nueva responsabilidad civil, autónoma y concurrente, derivada de la participación en el hecho criminal; ya bien, por último, exigir un orden en cascada –entendemos que es no excluyente– de los posibles sujetos responsables ¹²⁶.

El TS ¹²⁷ señala que la patria potestad está orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen tanto los hijos como los padres, tanto en punto a la causa que creó la situación excepcional y anómala en que uno y otro se encuentren, como la posibilidad de su ejercicio integral.

La patria potestad es institución que en el derecho actual se inspira, y así lo proclama principalmente el párrafo segundo del artículo 154 del CC, en el bien del hijo que aparece como determinante. El artículo 154 del CC establece que la patria potestad, que se ejercita por el padre y la madre del menor no emancipado, se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, *educarlos y procurarles una formación integral* ¹²⁸.
- 2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Correspondería al padre (demandado) acreditar el cumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 154 del Código ¹²⁹.

Como la otra cara de la moneda, el artículo 155 del CC establece que los hijos deben:

- 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.
- 2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

¹²⁶ A. BARRERA HERNÁNDEZ, «La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 3, 2001, págs. 513-587.

¹²⁷ STS, Sala 1.ª, de 18 de octubre de 1996, núm. 848/1996, rec. 1563/1990. Ponente: Barcala Trillo-Figueroa, Alfonso (EDE 1996/7767).

¹²⁸ *Vid.*, STS, Sala 2.ª, de 26 de junio de 2000, núm. 1161/2000, rec. 735/1999. Ponente: Sánchez Melgar, Julián (EDE 2000/15367); STS, Sala 1.ª, de 23 de septiembre de 2002, núm. 838/2002, rec. 631/1997. Ponente: Romero Lorenzo, Antonio (EDE 2002/35906); o STS, Sala 1.ª, de 18 de octubre de 1996, núm. 848/1996, rec. 1563/1990. Ponente: Barcala Trillo-Figueroa, Alfonso (EDE 1996/7767).

¹²⁹ STS, Sala 1.ª, de 27 de noviembre de 2003, núm. 1127/2003, rec. 500/1998. Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso (EDE 2003/177010).

En lógica correlación con tal doctrina dimanante del artículo 154 del CC, el mismo texto legal, en su artículo 170, faculta la privación judicial de dicha potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, como mecanismo tendente a la prevención o represión de sus abusos, siempre bajo el principio fundamental del beneficio del menor, en cuanto la conducta de uno o ambos progenitores pueda poner en peligro el desarrollo o formación, físico o moral, del sujeto infantil ¹³⁰.

Debemos tener en cuenta que la patria potestad puede compartirse, porque es un derecho, sin sustento fáctico de presencia, pero la custodia es especialmente una cuestión de hecho. Para compartirse la custodia se tendría que ejercer de modo simultáneo, y, por lo tanto, habría de convivir el objeto de ella con los sujetos de la guarda. Se comparte la custodia cuando se comparte la convivencia, cuando se convive con los dos que la comparten ¹³¹.

Por ello, el problema es que el menor, respecto de los padres, se puede encontrar en diversas situaciones ¹³²:

1. Menor cuyos padres se hallan privados de la patria potestad, hallándose sujeto a un régimen de tutela.

En estos supuestos, la utilización del orden establecido en el artículo 61.3 de la LORPM parece que podría llevarnos a exigir la respuesta solidaria de los padres ¹³³, pese a estar privados de la patria potestad, quedando excluido el tutor. Obviamente esta solución no resulta, en absoluto, razonable, pues el menor se encuentra bajo la influencia y el control del tutor ¹³⁴.

No obstante, también se puede plantear que la responsabilidad es consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que los padres tienen respecto a los menores, *ex* artículo 154 del CC, en cuanto a que no han sido educados y formados de manera integral.

Si nada se puede reprochar a los progenitores, pues el menor no se encontraba bajo su influencia y control en el momento de la comisión del delito, no parece justificable que asuman la responsabili-

¹³⁰ STS, Sala 1.ª, de 9 de julio de 2002, núm. 720/2002, rec. 482/1997. Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso (EDE 2002/27754).

Vid., STS, Sala 1.ª, de 24 de abril de 2000, núm. 415/2000, rec. 995/1995. Ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (EDE 2000/6205); o STS, Sala 1.ª, de 25 de junio de 1994, núm. 630/1994, rec. 2559/1991. Ponente: Ortega Torres, Teófilo (EDE 1994/5618).

¹³¹ L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «Algunas cuestiones relativas a los hijos menores e incapacitados en las crisis matrimoniales», en *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, El menor ante el ordenamiento jurídico*, núm. 19, septiembre 2001, pág. 22.

¹³² *Vid.*, J. CARRERA DOMÉNECH. «Minoría de edad y responsabilidad civil: de la culpa *in vigilando* a los criterios objetivos. Estudio del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 16, 2002.

¹³³ Pues ése es el concepto que utiliza la norma, no acude a uno más adecuado como el de «titulares de la patria potestad».

¹³⁴ J. CARRERA DOMÉNECH, «Minoría de edad y responsabilidad civil: de la culpa *in vigilando* a los criterios objetivos. Estudio del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 16, 2002.

dad por los hechos de los menores, cuando existe un guardador legal o de hecho que está asumiendo el control del menor ¹³⁵.

La AP de Álava ¹³⁶ confirma la sentencia de instancia, que condenó al Consejo del Menor a abonar al lesionado una cantidad por los daños que había causado el menor que se encontraba bajo su guarda y custodia. Frente a esta decisión se interpone recurso que la Audiencia desestima por entender que aunque en la fecha en que ocurrieron los hechos el menor se encontraba en casa de su madre, ello no significa que la madre asumiese la guarda del menor durante el espacio de tiempo que permaneció en su vivienda puesto que la situación legal del niño no cambia y era el Consejo del Menor quien seguía teniendo la guarda legal y, por tanto, quien era responsable civil de todos sus actos no pudiendo trasladar la responsabilidad a la madre por el hecho de que permaneciese su hijo unos días con ella.

2. Menor cuyos padres no han sido privados de la patria potestad, pero los mismos no la ejercen de facto, estando el menor bajo el control de un guardador de hecho.

En este supuesto, también el orden legal excluiría al guardador de hecho, aunque el menor se encontraría, como en el caso anterior, bajo la influencia y el control del mismo.

3. Menor cuyos padres no han sido privados de la patria potestad, pero que se halla bajo la guarda transitoria de la entidad pública competente, mediante la modalidad de acogimiento residencial o familiar.

En este supuesto debemos tener en cuenta que el artículo 172.1 del CC establece que la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada; previéndose que se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material; y que *la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria*. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

4. Atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, con régimen de visitas a favor del otro progenitor.

¹³⁵ Vid., E. GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad de padres y centros docentes», cit., pág. 1.141.

¹³⁶ SAP de Álava, sección 2.ª, de 10 de febrero de 2004, núm. 24/2004, rec. 21/2004. Ponente: Guerrero Romeo, Mercedes (EDE 2004/26238).

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio (art. 156, último párrafo, CC).

Así, de conformidad a lo establecido en el artículo 156.4 en relación con el artículo 154, la patria potestad, en defecto de uno de los padres, será ejercida exclusivamente por el otro ¹³⁷.

CUESTA MERINO ¹³⁸ entiende que, en caso de separación o divorcio, no eludirían su responsabilidad el padre o la madre que no tienen en su compañía al hijo por haberse atribuido la guarda al otro progenitor. La norma no exige, para que surja responsabilidad, que el menor esté bajo la guarda de los padres, por lo que la responsabilidad parece que se extiende a ambos progenitores ¹³⁹.

FONT SERRA ¹⁴⁰ considera, en cambio, que en los supuestos de padres separados o divorciados la responsabilidad civil alcanzará sólo al progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia en el momento en el que el menor haya cometido la infracción, pero no al que no la tenga, y ello por las mismas razones que el artículo 120.1 del CP sólo considera responsables a los padres respecto a mayores de 18 años sujetos a patria potestad que vivan en su compañía, o que el artículo 1.903 del CC sólo atribuye la responsabilidad al progenitor que tenga al menor bajo su guarda en el momento que causó los daños.

En aplicación de lo previsto en el artículo 156.4 del CC, lo lógico es que sólo respondiera el progenitor que ejerce la patria potestad, lo que significa que si el juez ha atribuido la patria potestad a ambos, ambos deberán responder.

Mientras los padres vivan separados, mientras se sustancia el proceso de divorcio, nulidad o separación, la falta de convivencia puede facilitar al progenitor la prueba exoneratoria de la responsabilidad, al menos en vía civil, pues, en principio, la responsabilidad debería ser asumida por el progenitor con quien el hijo conviva ¹⁴¹.

Si el daño se produjera en el cumplimiento del régimen de visitas del otro progenitor, es obvio que, al menos desde el punto de vista civil, éste debería responder, dado el carácter flexible del concepto «bajo la guarda» ¹⁴².

¹³⁷ STS, Sala 1.ª, de 12 de febrero de 1992, núm. 122/1992, rec. 3389/1990. Ponente: Barcala Trillo-Figueroa, Alfonso (EDE 1992/1295).

¹³⁸ J.L. CUESTA MERINO, «La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, pág. 327.

¹³⁹ J.M. DE LA ROSA CORTINA, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica reguladora de responsabilidad penal de los menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 348.

Vid., E. DE URBANO CASTRILLO y J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Navarra 2001, págs. 503-504.

¹⁴⁰ E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., pág. 96.

¹⁴¹ *Vid.*, E. GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad de padres y centros docentes», cit., págs. 1.119-1.120.

¹⁴² *Vid.*, E. GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad de padres y centros docentes», cit., pág. 1.120.

En este sentido, es obvio que no se puede ignorar el carácter flexible del concepto «bajo su guarda», que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio ¹⁴³.

La AP de León ¹⁴⁴ estimó en parte el recurso interpuesto por el padre del menor también code mandado frente a la sentencia que estimó la demanda y les condenó al pago de una indemnización derivada de un delito de lesiones cometido por éste, por cuanto que, entre otros motivos, no puede exigirse responsabilidad alguna al padre code mandado respecto de la actuación de su hijo, en la medida que no tenía atribuida su guarda y custodia, que estaba conferida a su madre en virtud de la sentencia de separación. Por otro lado, no procede moderar la indemnización acordada en la medida que deriva de una infracción dolosa.

5. Situaciones de crisis de hecho o autogestionadas en las que uno de los consortes o miembros de la pareja asume, de facto, la guarda y custodia. Dentro de estas situaciones se plantean también las que se refieren a la ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los cotitulares de las funciones de guarda, en las que se atribuye el ejercicio de las mismas al otro titular, pero sin privación de la titularidad de la función (art. 156 CC).

En estos supuestos el responsable será el que asume la guarda ¹⁴⁵.

6. Menor adoptado. DE LA ROSA CORTINA ¹⁴⁶ considera que, en este supuesto, los padres biológicos quedarían exentos de responsabilidad por los hechos cometidos por el menor tras la constitución de la misma, pues la adopción es una causa de extinción de la patria potestad ¹⁴⁷.

¹⁴³ STS, Sala 1.ª, de 11 de octubre de 1990. Ponente: Marina Martínez-Pardo, Jesús (EDE 1990/9254).

¹⁴⁴ SAP de León, sección 2.ª, de 21 de abril de 2004, núm. 102/2004, rec. 110/2004. Ponente: Muñiz Díez, Antonio (EDE 2004/36652). La sentencia señala expresamente:

«Respecto de la responsabilidad del padre ésta es inexistente puesto que queda acreditado que por Auto de 21 de noviembre de 2002, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ponferrada, en expediente de Medidas Provisionales núm. 565/2002, se atribuyó la guarda y custodia a la madre, siendo posteriormente ratificada tal medida en Sentencia de 20 de febrero de 2003, del mismo Juzgado, en la que se acuerda la separación de los cónyuges don Rafael y don Ricardo, y se aprueba el convenio regulador suscrito el 1 de diciembre de 2002, en el que se atribuye la guarda y custodia del hijo, Íñigo, a la madre. Si bien el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de octubre de 1990, en relación con la aplicación del artículo 1.903 del CC, señala que “no se puede ignorar el carácter flexible del concepto “bajo su guarda”, que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio”, es lo cierto que no se ha acreditado que al momento de los hechos, 26 de enero de 2003, en que la madre tenía ya judicialmente otorgada la guarda y custodia del hijo, éste se encontrase, siquiera fuese de manera provisional o transitoria, bajo custodia del padre, cuyas visitas al mismo, por parte del hijo, se dejaban en el convenio a la conveniencia de este último y quien, además, tiene manifestado que desde la separación no ha vuelto a tener contacto alguno con su padre.

En consecuencia, por todo lo anteriormente expuesto, debe ser estimado el motivo de recurso y absuelto el padre de la reclamación formulada frente al mismo.»

¹⁴⁵ *Vid.*, E. GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad de padres y centros docentes», cit., pág. 1.119.

¹⁴⁶ J.M. DE LA ROSA CORTINA, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica reguladora de responsabilidad penal de los menores», cit., pág. 347.

¹⁴⁷ *Vid.*, E. DE URBANO CASTRILLO y J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Navarra 2001, pág. 503.

No obstante, tal vez debería tenerse en cuenta que la culpa *in educando* de los padres biológicos ha podido tener algo que ver con la actuación dañosa del menor, debiendo ponderarse la responsabilidad de éstos junto con la de los padres adoptivos, según las circunstancias de cada caso concreto.

7. Supuesto en el que la patria potestad es ejercida conjuntamente por ambos progenitores, lo que constituye la regla general cuando los dos son los titulares (art. 156.1 CC). En este supuesto, lógicamente, ambos deberán responder de los daños ocasionados por el hijo, salvo, excepcionalmente, que uno de ellos logre acreditar que, por su parte, observó la diligencia debida para evitar el daño ¹⁴⁸.

También responderán ambos cuando uno de los progenitores actúe con el consentimiento expreso o tácito del otro, o conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, pues el ejercicio sigue correspondiendo a los dos aunque por razones prácticas se reconozca la eficacia de tales decisiones individuales ¹⁴⁹.

8. Supuesto en el que existen desacuerdos entre los dos cónyuges. En este supuesto, el segundo párrafo del artículo 156 del CC establece que, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En estos supuestos, lógicamente, la responsabilidad correspondería al progenitor al que se han atribuido la guarda, cuando se ha atribuido la misma a uno de los padres como consecuencia de desacuerdos reiterados.

En el supuesto de un desacuerdo puntual, si resultara que la decisión finalmente tomada por uno de los progenitores ha contribuido indirectamente a la causación del daño por el hijo, en principio, sólo cabría exigir responsabilidad al progenitor que resolvió y no al otro, que, como sabemos, se opuso. El problema, tal vez, es la dificultad en apreciar negligencia en una actuación que contó con el respaldo judicial ¹⁵⁰.

En el fondo, la asunción de responsabilidad debe depender de la asunción de la guarda real de los padres. En el supuesto de que hayan sido privados del deber de guarda resulta absolutamente complicado obligarles a responder cuando no pueden controlar al menor ¹⁵¹.

Otra cosa es la posibilidad de moderación de la responsabilidad establecida en el artículo 61.3 de la LORPM.

¹⁴⁸ E. GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad de padres y centros docentes», cit., pág. 1.118.

¹⁴⁹ E. GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad de padres y centros docentes», cit., pág. 1.118.

¹⁵⁰ E. GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad de padres y centros docentes», cit., pág. 1.119.

¹⁵¹ *Vid.*, E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., pág. 96.

3.1.2. *La responsabilidad solidaria respecto de los hijos emancipados ex artículo 61.3 de la LORPM.*

Como la emancipación tiene lugar (art. 314 CC): por la mayor edad, por el matrimonio del menor, por concesión de los que ejerzan la patria potestad, y por concesión judicial, la emancipación a la que nos referimos es aquella en la que el autor del hecho dañoso es un menor de edad, dado que al mayor de edad no se le aplicaría, excepto la regla referida a los menores de 21 años que está en suspenso, el sistema de la LORPM.

Debemos entender el sistema de emancipación. Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad se requiere que el menor tenga 16 años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro (art. 317 CC).

La concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tanto efectos contra terceros. Concedida la emancipación no podrá ser revocada (art. 318 CC). Asimismo, se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de 16 años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos; en este caso, los padres sí podrán revocar este consentimiento (art. 319 CC). En este último supuesto, el único problema es probar la emancipación, dado que el TS ha considerado que no es posible alegar la emancipación de hecho si no se prueba ¹⁵².

Además, el Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de 16 años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres (art. 320 CC):

- 1.º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.
- 2.º Cuando los padres vivieren separados.
- 3.º Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio (art. 323 CC).

En este sentido, para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos, si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro (art. 324 CC).

¹⁵² *Vid.*, STS, Sala 1.ª, de 22 de enero de 1991. Ponente: Santos Briz, Jaime (EDE 1991/505).

Viendo lo que pueden hacer los menores emancipados, cabe, respecto a la responsabilidad solidaria de los padres respecto a sus hijos emancipados, una doble opción, entender que la responsabilidad de los padres y guardadores se fundamenta en la obligación de guarda, en cuyo caso los padres de los menores emancipados no responderían; en caso contrario, dada la emancipación del menor, entender que los padres o guardadores son responsables de forma objetiva pero moderar su responsabilidad ¹⁵³. Para VAQUER ALOY ¹⁵⁴, la primera opción, esto es, la exclusión de la responsabilidad de los padres o tutores por la emancipación del menor, podría tener perfecta cabida en la LORPM ¹⁵⁵.

Debe tenerse en cuenta, en este supuesto, que la emancipación es una causa de extinción de la patria potestad (art. 169 CC).

CUESTA MERINO ¹⁵⁶ estima que resulta lógico deducir que si la ley hace responsables a los padres o tutores de las consecuencias civiles de los delitos cometidos por sus hijos o pupilos como sanción de la transgresión de los deberes de educación y guarda que tienen sobre ellos al estar sometidos a su patria potestad o tutela, no cabría esta posibilidad en los casos en que ambas instituciones se hubieran extinguido por la emancipación o la habilitación de la mayor edad (arts. 169.2 y 276.4 CC), dado que desde ese momento el menor puede regir su persona y sus bienes como si fuera mayor (art. 323 CC) ¹⁵⁷. En este sentido el citado autor considera que esa interpretación puede apoyarse también en la finalidad de la norma, dado que lo que se pretende en la LORPM es dar mayor cobertura a las víctimas, salvaguardándola de la insolvencia de los menores, objetivo que carecería de razón de ser en el momento en que el menor está emancipado, pues se le puede suponer un medio de vida y un patrimonio propio.

No obstante, CUESTA MERINO considera que si la emancipación encubre un fraude y se está buscando simplemente eludir la responsabilidad civil de los padres, debe aplicarse, con todas sus consecuencias, el artículo 6.4 del CC considerando la emancipación como un acto ejecutado en fraude de ley, por lo que no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

¹⁵³ Vid., M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA, «La responsabilidad civil de los menores derivada del delito o falta y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», en *Aranzadi civil-mercantil*, junio 2000, págs. 2-3.

¹⁵⁴ A. VAQUER ALOY, «La responsabilidad civil», cit., pág. 133.

¹⁵⁵ Vid., J. LORCA MARTÍNEZ, «El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, págs. 299-300; J.M. DE LA ROSA CORTINA, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica reguladora de responsabilidad penal de los menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 347; o A. BARRERA HERNÁNDEZ, «La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 3, 2001, págs. 513-587.

¹⁵⁶ J.L. CUESTA MERINO, «La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores», en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, págs. 322-323.

¹⁵⁷ Vid., J.M. DE LA ROSA CORTINA, «Notas sobre responsabilidad civil en Derecho Penal de menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. I, 2001, pág. 286; E. DE URBANO CASTRILLO y J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Navarra 2001, pág. 503.

En contra de esta postura DURANY PICH ¹⁵⁸ considera que los padres responderán siempre del menor, se encuentren en el ejercicio de la patria potestad o la tengan privada o suspendida, incluso respecto al hijo emancipado, pues la norma no prevé lo contrario.

3.1.3. Responsabilidad directa de los padres ex artículo 1.903 del Código Civil.

Los padres son, asimismo, responsables directos ex artículo 1.903 del CC, pero la norma civil establece que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda ¹⁵⁹, lo que permite excluir, algo que no permite, en principio, la LORPM, la responsabilidad de los padres en aquellos supuestos en los que el menor no se encuentre bajo la guarda de ambos o de uno de los padres ¹⁶⁰.

No obstante, el TS ha rechazado la pretensión de los recurrentes de que se exonere a la madre porque el menor causante estaba emancipado de hecho, vivía de su trabajo al tiempo en el que ocurrió el accidente. La petición se desestima porque no se llegó a probar que viviera de su trabajo. Aun cuando se hubiera probado su independencia económica con respecto a la madre, ello no habría afectado a la desestimación del motivo, pues el artículo 319 del CC, que se ocupa del menor de vida independiente, exige para darle esa consideración que tenga más de 16 años. En el momento de los hechos el recurrente tenía únicamente 15 años ¹⁶¹.

3.1.4. Responsabilidad de los padres respecto de los mayores de 18 años y menores de 21.

Tal como hemos señalado, los padres no responderán en virtud del artículo 61 de la LORPM ¹⁶². No obstante, les será de aplicación lo previsto en el artículo 118.1 del CP, para los supuestos de inimputabilidad; y en el art. 120.1 del mismo cuerpo legal, que también declara la responsabilidad civil, en defecto de los que sean responsables criminalmente, respecto de los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de 18 años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

¹⁵⁸ S. DURANY PICH, «Las reglas de responsabilidad civil en nuestro Derecho Penal de Menores», *Indret*, 1/2001.

¹⁵⁹ Antes se hablaba que vivían en su compañía.

¹⁶⁰ *Vid.*, J. CARRERA DOMÉNECH, «Minoría de edad y responsabilidad civil: de la culpa *in vigilando* a los criterios objetivos. Estudio del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 16, 2002; o J. LORCA MARTÍNEZ, «El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 300.

¹⁶¹ S. DÍAZ ALABART, «Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad (Comentario a la STS, Sala Primera, de 22 de enero de 1991)», *Revista del Poder Judicial*, núm. 23, septiembre 1991, págs. 135-140.

¹⁶² *Vid.*, J. CARRERA DOMÉNECH, «Minoría de edad y responsabilidad civil: de la culpa *in vigilando* a los criterios objetivos. Estudio del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 16, 2002.

3.1.5. Responsabilidad de los padres respecto a los hijos menores de 18 años y mayores de 14 cuando el menor sufra alteraciones psíquicas o cometa el delito en caso de estado de necesidad.

Para estos supuestos FONT SERRA ¹⁶³ considera que sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 118 en relación con el artículo 20 del CP. Esto es, su responsabilidad no derivaría de la LORPM sino del propio CP, y sólo asumirían la responsabilidad del menor cuando haya mediado culpa o negligencia.

3.2. Responsabilidad de los tutores.

En defecto de los padres, o si éstos estuvieran privados de la patria potestad o de la guarda de sus hijos, la responsabilidad corresponde a los tutores. Es importante tener en cuenta que estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 229 CC).

Este punto es importante, pues si el menor se encuentra en situación de desamparo, sin que se le haya acogido ni exista nadie que se ocupe de su guarda, deberán responder las personas que, teniendo la obligación de promover la constitución de la tutela, no lo hubieran hecho ¹⁶⁴.

El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación (art. 267 CC).

Mediante la institución de tutela, se genera una situación similar a la patria potestad que, graduada, sólo ha de operar como tal cuando sea preciso que el tutelado sea representado por tutor conforme al artículo 267 del CC y sin perjuicio de las excepciones que se prevén ¹⁶⁵.

El artículo 267 del CC confiere al tutor, con carácter general, la representación del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación; no obstante la generalidad de esa atribución, existen determinados actos que no pueden realizarse por el tutor al estar expresamente prohibidos, bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibidos al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentifacción (art. 663.2.º CC); de otra parte, esa declaración general del CC ha de matizarse teniendo en cuenta la naturaleza de la representación que exige que la

¹⁶³ E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., págs. 93-95.

¹⁶⁴ E. FONT SERRA, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor*, cit., pág. 99.

¹⁶⁵ STS, Sala 1.ª, de 31 de diciembre de 1991, rec. 2672/1989. Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso (EDE 1991/12410).

declaración de voluntad, a partir de la cual se forma el negocio jurídico concreto de que se trate, sea una declaración de voluntad propia del representante aunque sus efectos hayan de recaer sobre el representado, por lo que la generalidad de la doctrina excluye del ámbito de la representación, los negocios jurídicos de derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar. Especialmente, se considera inadmisibles la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado ¹⁶⁶.

El artículo 269 del CC establece que el tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:

- 1.º A procurarle alimentos.
- 2.º A educar al menor y procurarle una formación integral.
- 3.º A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado ¹⁶⁷ y *su mejor inserción en la sociedad*.
- 4.º A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración ¹⁶⁸.

Los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor. Los tutores podrán, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente (art. 268 CC).

En este punto es interesante tener presente que, cuando, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente (art. 236.1 CC). En estos supuestos debe descartarse la responsabilidad del tutor que lo sea exclusivamente de los bienes del tutelado ¹⁶⁹.

Como también podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de 16 años que lo solicitare (art. 321 CC), le será de aplicación lo ya señalado más arriba respecto a los hijos emancipados.

¹⁶⁶ STS, Sala 1.ª, de 27 de febrero de 1999, núm. 149/1999, rec. 1469/1998. Ponente: González Poveda, Pedro (EDE 1999/2219).

¹⁶⁷ *Vid.*, STS, Sala 1.ª, de 26 de julio de 1999, núm. 683/1999, rec. 206/1995. Ponente: Gullón Ballesteros, Antonio (EDE 1999/33311).

¹⁶⁸ *Vid.*, SAP de La Coruña, sección 2.ª, de 21 de septiembre de 1997, núm. 391/1997, rec. 1015/1996. Ponente: Barrientos Monge, Luis (EDE 1997/12811).

¹⁶⁹ E. DE URBANO CASTRILLO y J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, cit., pág. 504.

3.3. Responsabilidad de los acogedores. El guardador de hecho.

En un sentido similar a lo previsto por el artículo 154 del CC, el artículo 173 del mismo texto legal establece que el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Debemos tener presente que el acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera 12 años cumplidos ¹⁷⁰. Cuando fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento, salvo que se trate de un acogimiento familiar provisional (art. 173.2 CC).

Que la entidad pública tiene que prestar siempre su consentimiento, tenga o no la tutela del menor, permite sostener que no es necesario que el menor haya sido declarado previamente en situación de desamparo para que pueda formalizarse el acogimiento del mismo, aunque parezca razonable constituirla por razones de seguridad jurídica, especialmente cuando la protección tiene que articularse con oposición de los padres ¹⁷¹.

En este sentido, DE LA ROSA CORTINA ¹⁷² estima que, cuando el menor infractor guardado por la Entidad Pública a petición de los padres haya sido acogido legalmente por otra familia serán responsables civiles los padres, los acogedores y la Entidad Pública, como guardadora, por este orden.

En cuanto al guardador de hecho, la exacta determinación de lo que sea guarda de hecho es importante para cualquier operador del Derecho que tenga como cometido declarar o descartar la situación de desamparo de menores en un determinado ámbito territorial, pues el guardador de hecho no mantiene respecto de la Entidad Pública la misma posición que una persona investida de alguna autoridad, ya sea la Patria Potestad propia del Derecho Común ¹⁷³.

No obstante, debemos tener presente que la guarda de hecho no tiene siempre relación con lo que es la situación misma de desamparo, pues dicha guarda se produce, por ejemplo, en el caso de los centros docentes.

¹⁷⁰ *Vid.*, O.E. GONZÁLEZ SOLER, «La intervención del Juez y del Fiscal en los procedimientos de protección de la infancia», en *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, El menor ante el ordenamiento jurídico*, núm. 19, septiembre 2001, págs. 47-48.

¹⁷¹ O.E. GONZÁLEZ SOLER, «La intervención del Juez y del Fiscal en los procedimientos de protección de la infancia», cit., pág. 47.

¹⁷² J.M. DE LA ROSA CORTINA, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica reguladora de responsabilidad penal de los menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, vol. VI, 2000, pág. 357.

¹⁷³ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 60, cuarto trimestre de 2000, págs. 257-289.

La doctrina científica viene definiendo la guarda de hecho en función de dos rasgos básicos, uno de ellos *positivo*, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro, *negativo*, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico ¹⁷⁴.

ÁLVAREZ DE TOLEDO ¹⁷⁵, siguiendo a ORTEGA PARDO ¹⁷⁶, consideraba pertenecientes al concepto de guarda de hecho los siguientes casos: 1) Cuando una persona no designada tutor, asume efectivamente la tutela, ejerciéndola de hecho. 2) Cuando una persona, aun habiendo sido nombrada tutor, no ha cubierto los demás requisitos formales, tales como la aceptación y juramento del cargo o la toma de posesión, o bien, ostentando formalmente el cargo de tutor, se encuentra incurso en causa legal de inhabilidad y, no obstante ello, ejerce de hecho las funciones tutelares. 3) Cuando el tutor que ha sido removido del cargo continúa ejerciendo sus funciones. 4) Cuando, extinguida la tutela por causa distinta de la remoción, el ex-titular del cargo continúa desempeñando las funciones tutelares, postergando la rendición de cuentas.

Por lo que respecta a los deberes jurídicos del guardador de hecho, la doctrina científica más avanzada siempre se ha dejado llevar por la tendencia, no muy correcta dogmáticamente, pero exigida por el *principio de protección del interés del menor*, de asimilar el estatuto jurídico del guardador de hecho al del tutor formalmente investido de su cargo con toda regularidad, hasta el punto de concepcuarse por algún tutor la guarda de hecho, con pérdida de la respectiva situación puramente fáctica, como una verdadera «tutela provisional» ¹⁷⁷.

Cuando existe patria potestad o tutela, la declaración de desamparo produce el efecto de suspender a su titular del ejercicio de las facultades insitas en tales situaciones. Cuando, no existiendo tales y sí una mera guarda de hecho sobre el menor, la declaración de desamparo no produce efecto interruptivo alguno de relación jurídica entre el guardador y el sujeto guardado, pues no hay tal relación jurídica; y a lo sumo, produce el efecto de liberar al guardador de los *deberes genéricos* de preservar al menor de cualquier peligro y proporcionarle los alimentos necesarios, deberes que establece el orden jurídico penal a cargo de cualquier persona que entre en contacto con el menor desamparado ¹⁷⁸.

¹⁷⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», cit, págs. 257-289.

¹⁷⁵ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», cit, págs. 257-289.

¹⁷⁶ ORTEGA PARDO, «La tutela de hecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1947.

¹⁷⁷ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», cit, págs. 257-289.

¹⁷⁸ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», cit, págs. 257-289.