

# RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROGENITORES POR INFRACCIÓN DEL DEBER DE VELAR POR SUS HIJOS\*

## PARENTAL LIABILITY BASED ON A BREACH OF THE DUTY TO CARE FOR THEIR CHILDREN

VERÓNICA NEVADO CATALÁN\*\*

**Resumen:** Tradicionalmente se ha excluido la aplicación de las reglas de responsabilidad civil a los daños ocasionados en el ámbito familiar y no derivados de un ilícito penal. El objeto de este trabajo es analizar si, a día de hoy, está justificada la inmunidad familiar, concretamente, cuando el daño es causado por los progenitores al incumplir el deber de velar. En atención tanto a las disposiciones legales como a la jurisprudencia, analizo la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil así como los principales obstáculos que pueden encontrar las reclamaciones paterno-filiales para llegar a una conclusión sobre su viabilidad.

**Palabras clave:** responsabilidad civil, menores, patria potestad, inmunidad parental.

**Abstract:** Traditionally tortious liability has been excluded within family members when damages were not caused as a result of a crime. The aim of this paper is to analyze if intrafamilial immunity is justified, focusing on reparation claims against parents having breached their duty owed to the minor. In order to evaluate the viability of suing parents for damages, I study legal and jurisprudential basic tort elements, exposing the difficulties such claim would have to face, to finally conclude under what conditions it could succeed.

**Keywords:** tort liability, minors, parental authority, parental immunity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. RESPONSABILIDAD CIVIL Y DERECHO DE FAMILIA;

1. La jurisprudencia ante las reclamaciones entre familiares; 2. Evolución de la patria potestad y recepción de la responsabilidad civil; 3. Responsabilidad civil y progenitor no responsable: ¿deber de denunciar, demandar o proteger?; III. CULPA COMO INFRACCIÓN DEL DEBER DE VELAR POR LOS HIJOS; 1. Diligencia en el ejercicio de la patria potestad e imputación subjetiva; 2. El deber de velar por los hijos; A. El derecho del hijo a la salud y las objeciones de los progenitores; B. Intervenciones no terapéuticas, en particular, la circuncisión: el derecho a un futuro abierto; C. Accidentes y otros percances: la culpa in vigilando; IV. DAÑOS SUFRIDOS POR EL MENOR; 1. Daños indemnizables; 2. Reparación de facto; V. CAUSALIDAD;

\* Fecha de recepción: 20 de febrero de 2017.

Fecha de aceptación: 24 de abril de 2017.

\*\* Finalista de la VI edición del Premio Joven Investigador, en la modalidad «Derecho privado, social y económico». Graduada en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: veronica.nevado@estudiante.uam.es. El presente trabajo tiene su origen en el Trabajo de Fin de Grado realizado en el curso 2015/16. Ha sido dirigido por la Profesora Esther Gómez Calle, a quien quiero agradecer sus valiosas observaciones e inestimable ayuda.

1. Causalidad material; 2. Imputación objetiva; A. Contribución de la víctima a la producción del daño; B. Prohibición de regreso; C. Riesgo general de la vida; D. Criterio del incremento del riesgo; VI. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS PROGENITORES; 1. Falta de capacidad procesal y representación en juicio; A. Progenitor no causante del daño; B. Defensor judicial; 2. Plazo, días a quo y suspensión; VII. CONCLUSIONES; VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Tradicionalmente se ha excluido la aplicación de las reglas de responsabilidad civil a los daños ocasionados en el ámbito familiar y no derivados de un ilícito penal. No obstante, la doctrina de la inmunidad familiar se ha cuestionado en los últimos años y han comenzado a estimarse algunas demandas de responsabilidad entre cónyuges, aunque con importantes limitaciones.

Este trabajo aborda el encaje de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual en el Derecho de familia y, concretamente, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales. El propósito es analizar si, a día de hoy, está justificada la exclusión o limitación del Derecho de daños en el ámbito familiar, concretamente, cuando el daño es causado por los progenitores al incumplir su deber de velar.

Pese a que hasta ahora las demandas más frecuentes han sido las entabladas entre cónyuges, la creciente protección de los menores y el mayor grado de exigencia a los titulares de la patria potestad favorece el incremento de unas reclamaciones paterno-filiales que hace unos años habrían resultado impensables. Se hace por ello aconsejable una revisión de la responsabilidad civil a la luz de la concepción actual del Derecho de familia.

De los distintos daños que pueden sufrir los menores, me centro en aquellos que derivan de la infracción del deber de velar. Para llegar a una conclusión sobre la viabilidad de una reclamación de responsabilidad civil analizo la concurrencia de los presupuestos necesarios del art. 1902 CC, atendiendo a las especialidades que se producen en estos casos, así como a los principales obstáculos procesales.

## **II. RESPONSABILIDAD CIVIL Y DERECHO DE FAMILIA**

### **1. La jurisprudencia ante las reclamaciones entre familiares**

Es en torno a finales del siglo pasado cuando comienzan a interponerse acciones de responsabilidad civil entre familiares y empieza a estudiarse por la jurisprudencia la aplicabilidad del artículo 1902 CC en este ámbito. El Tribunal Supremo se ha mostrado reacio a estimar estas reclamaciones entre familiares; así, en dos importantes sentencias de 22 y

30 de julio de 1999<sup>1</sup> deniega la pretensión indemnizatoria entre cónyuges<sup>2</sup>. Gráficamente, señalaba Roca Trías que los abogados tratan de abrir brecha para lograr la aplicación de las normas de responsabilidad civil a los daños causados entre familiares y, refiriéndose a ambas sentencias del Tribunal Supremo, advertía de que *el edificio resiste, pero no sabemos por cuánto tiempo*<sup>3</sup>. Interesa analizar estas sentencias, siquiera sea sucintamente, pues reflejan la resistencia del Tribunal a abrir la puerta a la responsabilidad civil en el ámbito de la familia.

En ambas sentencias, los maridos reclamaban a sus respectivas exmujeres una compensación por los daños morales sufridos al descubrir que quienes habían creído sus hijos eran fruto de una infidelidad durante el matrimonio, resultando ser el padre biológico un tercero. Aunque las dos sentencias deniegan la indemnización, no puede afirmarse que el Tribunal Supremo haya sentado jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC, puesto que la *ratio decidendi* difiere en uno y otro caso<sup>4</sup>.

En la primera de las sentencias, de 22 de julio de 1999, el Tribunal afirma que solo si la mujer hubiese procedido con dolo surgiría obligación de indemnizar, y entiende que al no tener esta la certeza de que su marido no era el padre biológico, no llevó a cabo una ocultación dolosa, sino que su actuación podría calificarse, a lo sumo, de negligente. En consecuencia, desestima la demanda por no apreciar dolo en la conducta de la demandada, aunque hay que remarcar que no basa su decisión en la no aplicación del artículo 1902 CC a estos supuestos, sino que, aplicándolo, considera que el criterio de imputación subjetiva debe ser el dolo y no la mera negligencia<sup>5</sup>.

En la sentencia de 30 de julio de 1999, el Tribunal Supremo desestima la pretensión porque entiende que el remedio previsto para la infidelidad es la separación o el divorcio, no siendo la responsabilidad civil el instrumento adecuado para solucionar los conflictos entre cónyuges. Tras esta decisión subyace la idea tradicional de inmunidad en las relaciones familiares, aunque dicho criterio es contrario al razonamiento de la sentencia de 22 de julio, que niega la indemnización por ausencia de dolo, dando a entender que de haber concurrido dolo sí hubiese surgido obligación de indemnizar entre cónyuges.

<sup>1</sup> SSTS 22/7/1999 (RJ\1999\5721) y 30/7/1999 (RJ\1999\5726).

<sup>2</sup> Ante el TS han llegado también dos reclamaciones más recientes, pero el Tribunal no llegó a pronunciarse sobre el fondo por entender que la acción había prescrito [SSTS 14/7/2010 (RJ\2010\5152) y 18/6/2012 (RJ\2012\6849)].

<sup>3</sup> ROCA I TRÍAS, E., «Responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid (Dykinson), 2000, p. 533.

<sup>4</sup> En este sentido BARCELÓ DOMÉNECH, J., «El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid (Dykinson), 2012, p. 112.

<sup>5</sup> Como afirma ROCA I TRÍAS, E., «Responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», cit., p. 561, resulta muy discutible que aplicando el art. 1902 CC se considere necesario el dolo en la conducta de la demandada. Si se hubiese exigido el dolo por tratarse de una relación familiar, entendiendo que esta excluye la aplicación del art. 1902 CC, seguiría siendo discutible, pero el argumento tendría mayor peso.

Con posterioridad a estos pronunciamientos del Tribunal Supremo, se han sucedido las sentencias de las Audiencias Provinciales resolviendo demandas similares para cuya estimación han exigido dolo, siguiendo el criterio de la STS 22/7/1999<sup>6</sup>. Desmarcándose de estas sentencias, la AP Barcelona 16/1/2007 (JUR\2007\323682) y la AP Cádiz 3/4/2008 (JUR\2008\234675) han considerado suficiente la concurrencia de culpa ordinaria.

Es con la STS 30/6/2009 (RJ 2009\5490), en la que fue ponente Roca Trías, cuando el TS estima por primera vez una reclamación de responsabilidad civil en el ámbito familiar al condenar a una madre a indemnizar al padre de su hijo el daño moral que le causó al impedirle durante años ver al menor, vulnerando su derecho de custodia.

Pese a que las demandas de responsabilidad de los hijos frente a sus progenitores todavía no se han planteado en nuestro país, podrían interponerse junto con las ya mencionadas entre cónyuges; esto es, por daños morales derivados de la «pérdida de un padre» o por la privación de la relación con uno de los progenitores. Además, son numerosos los supuestos en que la infracción de deberes de la patria potestad y, en particular, del deber de velar puede causarles daños indemnizables. Así puede suceder por la falta de vigilancia de un niño de corta edad que se accidenta y sufre lesiones, por la falta de vacunación o la negativa a proporcionar los tratamientos o fármacos médicamente indicados que causan o agravan una enfermedad, por el sometimiento a una dieta que le causa malnutrición y perjudica su desarrollo o, incluso, por la circuncisión no realizada por motivos médicos.

## 2. Evolución de la patria potestad y recepción de la responsabilidad civil

Las pretensiones indemnizatorias entre familiares y el consiguiente debate sobre su admisibilidad se han podido plantear ahora, además de por la expansión del Derecho de daños, por las características del modelo de familia actual.

Desde su origen en el Derecho romano como el poder casi ilimitado que el *paterfamilias* ostentaba sobre sus hijos, la institución de la patria potestad ha experimentado profundas transformaciones. En el momento de la Codificación se acogió el modelo familiar del Antiguo Régimen. La titularidad de la patria potestad la ostentaba exclusivamente el padre y solo en su defecto la madre. Debido a los poderes que le atribuía el Código Civil de 1889, se comparaba al progenitor con un *legislador, juez y patrón*, pues podía emitir órdenes,

<sup>6</sup> Algunas de estas sentencias que por no apreciar dolo deniegan la indemnización son: SAP Pontevedra 13/12/2006 (JUR\2007\38139); SAP Segovia 11/12/2007 (JUR\2008\148138); SAP Barcelona 31/10/2008 (AC\2009\93); SAP Castellón 10/2/2009 (AC\2009\346); SAP A Coruña 8/11/2010 (AC\2010\2303); SAP León 23/11/2012 (AC\2012\1643); SAP Granada 13/6/2014 (AC\2014\1628).

Hay también un buen número de sentencias de las Audiencias Provinciales que, por entender que media dolo, condenan a indemnizar. Por ejemplo: SAP Valencia 2/11/2004 (AC\2004\1994); SAP León 2/1/2007 (JUR\2007\59972); SAP Valencia 5/9/2007 (JUR\2007\340366); SAP León 30/1/2009 (JUR\2009\192431); SAP Murcia 18/11/2009 (AC\2010\60); SAP Cádiz 16/5/2014 (JUR\2014\203955); SAP Jaén 9/3/2015 (JUR\2015\129380).

disponía del *ius puniendi* para castigar a los hijos y estos suponían una fuente de riqueza al reconocerle un derecho legal de usufructo sobre lo que adquiriesen con su trabajo<sup>7</sup>. Este modelo jerárquico de familia recogido en el Código Civil de 1889, no reflejaba la realidad social que desde la primera revolución industrial evolucionaba hacia un modelo de familia urbana y nuclear. Comienza *de facto* a atenuarse e incluso a desaparecer en algunas familias la estructura jerárquica, para adoptarse bases asociativas e incluso democráticas<sup>8</sup>.

Uno de los principales hitos en la regulación de nuestro actual Derecho de familia es la aprobación de la Constitución de 1978 que proclama, entre otros, el principio de igualdad, el derecho a una educación que debe orientarse al pleno desarrollo de la personalidad, o la protección integral de los hijos y de los niños de acuerdo con los acuerdos internacionales. Es en 1981 cuando la Ley 11/1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, concreta en la regulación del Derecho de familia los principios y derechos reconocidos constitucionalmente<sup>9</sup>.

Con la Ley 11/1981 se introducen importantes novedades, como la atribución a ambos progenitores de la patria potestad conjunta, que se configura con una función tuitiva en beneficio de los hijos. Los menores dejan de ser una fuente de derechos y beneficios para el padre, convirtiéndose en los sujetos cuya protección debe priorizarse y se encomienda a sus progenitores la labor de cuidarlos, educarlos y defender sus intereses. La doctrina hablaba del nuevo *ternurismo* hacia los menores y el modelo de padre se ha llegado a equiparar con el que *los legisladores hubieran deseado tener cuando en vez de legisladores eran niños*<sup>10</sup>. La reforma hizo especial hincapié en el respeto a la personalidad del menor, que debe ser escuchado antes de adoptar decisiones que le afecten. Desaparecen el deber de reverencia hacia el padre y el derecho de este a castigar, pudiendo únicamente corregir moderadamente (facultad que se elimina también con la ley 54/2007, de Adopción internacional). Se somete a mayor control por parte del poder público el ejercicio de esta potestad, evidenciando la desconfianza existente hacia los malos padres.

Esta nueva regulación que presta especial atención a los hijos permite hablar en la actualidad del interés superior del menor, principio que ya se contemplaba en textos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 o la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y en el que incide la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Esta ley, tras ser reformada por la LO 8/2015 de 22 de julio y la ley 26/2015 de 28 de julio, ambas de protección de la infancia y la adolescencia, reconoce el *derecho del menor a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan* y proporciona los criterios que deben ser tenidos

<sup>7</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, Madrid (Civitas), 1984, pp. 74 y 180.

<sup>8</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, cit., p. 47.

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, cit., pp. 68 y ss., señala que los cambios sociales hacían necesario una reforma legislativa que se ajustase a la realidad social, reforma que se habría acabado produciendo aunque no se hubiese llegado a aprobar la Constitución.

<sup>10</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, cit., pp. 81 y 182.

en cuenta para determinarlo. Junto a lo anterior, la mencionada ley 26/2015 al reformar algunos preceptos del Código Civil introduce la noción de *responsabilidad parental* en la regulación de la patria potestad (art. 154 CC), se refiere a los progenitores como *responsables parentales* (art. 162 CC) y reemplaza el término *potestad* por el de *función* (art. 154 CC). Esta nueva redacción, además de adecuarse a la terminología empleada en los textos internacionales, refleja la preocupación actual por la protección de los menores, en cuyo interés se atribuye a los progenitores la patria potestad, que ya no se concibe como un derecho o privilegio sino como una responsabilidad.

Me parece razonable que esta progresiva protección de los hijos se acompañe de la aceptación del mecanismo de la responsabilidad civil para la reparación de los daños que sufran como consecuencia de incumplimientos de sus progenitores. A pesar de las objeciones que pueden plantearse por afectar al ámbito familiar, creo que la concepción de la familia y, en particular, la evolución en la regulación de la patria potestad son cada vez más favorables a la aplicación del remedio indemnizatorio de acuerdo con las reglas generales. No obstante, como expongo a continuación, en algunos aspectos sí es relevante la existencia de vínculos familiares, por ejemplo, a la hora de determinar qué conducta es exigible al progenitor no responsable cuando mantiene un vínculo afectivo con el causante del daño.

En todo caso, para que exista responsabilidad civil, deberán concurrir los requisitos establecidos por el artículo 1902 CC: culpa o negligencia, daño y relación de causalidad –tanto fáctica como jurídica-. En los apartados siguientes analizo cada uno de ellos en distintos supuestos de daños causados a menores por quienes ejercen la patria potestad y, concretamente, por la infracción del deber de velar. Tras estudiar la concurrencia de los requisitos, abordaré algunos aspectos procedimentales relativos a la legitimación activa y al plazo que pueden entorpecer la reclamación.

### **3. Responsabilidad civil y progenitor no responsable: ¿deber de denunciar, demandar o proteger?**

Son numerosas las situaciones en las que los progenitores pueden infligir daños indemnizables a sus hijos menores. Los supuestos más claros son aquellos en los que la conducta está tipificada como delito, puesto que no plantea problemas el ejercicio de la acción de responsabilidad civil aunque haya vínculos familiares, ya sea junto con la acción penal o en un proceso posterior. Prueba de ello es que el Código Penal prevé incluso la indemnización a la víctima de un delito patrimonial cometido por un familiar cuando no media violencia o intimidación, a pesar de excluir la responsabilidad criminal (art. 268 CP).

Cuando se cometen delitos contra los hijos menores, como pueden ser los malos tratos o abusos y agresiones sexuales, la responsabilidad penal –y civil– puede alcanzar además de al autor, al progenitor que debería haber intervenido para evitar el mantenimiento de la situación de violencia o abuso. Su conducta omisiva, en tanto que permita la persistencia de

los ataques contra el menor, generará responsabilidad como cómplice, cooperador necesario o coautor<sup>11</sup>. La obligación de protección existe con independencia del vínculo familiar o afectivo que el progenitor tenga con el responsable de los daños, ya que la exención del deber de denunciar los hechos delictivos cometidos por ciertos familiares (art. 261 LECrim)<sup>12</sup>, de ninguna manera exime del deber de protección de los hijos menores. La posición de garante y el deber de velar por ellos obligan a ponerlos a salvo, siendo muy excepcionales los supuestos en los que el progenitor conocedor de los hechos delictivos podrá alegar que concurrían circunstancias, como el miedo insuperable, que hacían inexigible otra conducta<sup>13</sup>.

Junto con los daños causados al menor por conductas constitutivas de delito, se encuentran aquellos derivados de un comportamiento no delictivo que, a lo sumo, podría generar responsabilidad civil. Son estos últimos los que analizo a continuación para determinar si sería procedente una indemnización y, en ese caso, si sería exigible al progenitor no responsable interponer la demanda en nombre del menor. A pesar de que ningún precepto otorga un derecho a no demandar al cónyuge, creo que es extensible el fundamento que subyace en el art. 261 LECrim para reconocer también un derecho del progenitor no causante de no demandar a su pareja.

### **III. CULPA COMO INFRACCIÓN DEL DEBER DE VELAR POR LOS HIJOS**

Analizo a continuación la concurrencia del requisito de la culpa, necesario, con carácter general, para que surja el deber de indemnizar por el daño causado<sup>14</sup>. En primer lugar me refiero a la diligencia exigible en el ejercicio de la patria potestad, que de observarse haría innecesario proseguir con el análisis de los demás requisitos. Posteriormente, aplicando este parámetro de diligencia, expongo ciertas actuaciones relativas al específico deber de

---

<sup>11</sup> Se condena por delitos de malos tratos y lesiones en comisión por omisión en las SSTs (Sala 2ª) de 26/6/2000 (RJ\2000\5801) y 10/3/2005 (RJ\2005\4044) y por abusos sexuales, también en comisión por omisión, en la SAP Madrid (Sala de lo Penal, sección 16ª) 20/7/2009 (ARP\2009\918).

<sup>12</sup> No tienen obligación de denunciarse entre sí los cónyuges no separados, las personas que convivan en análoga relación de afectividad, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado.

Los cónyuges tienen vedado el ejercicio de acciones penales entre sí, salvo que los delitos se hubiesen cometido contra su persona o la de sus hijos (103.1º LECrim).

<sup>13</sup> La STS (Sala 2ª) 4/10/2011 (RJ\2011\7489), en un supuesto de agresiones sexuales continuadas cometidas por el padre contra su hija menor, condena también a la madre como coautora, apreciando la eximente incompleta de miedo insuperable. Aunque la mujer había sido víctima de malos tratos, entiende el TS que su posición de garante respecto de la hija hace exigible un deber de especial cuidado y, aunque existía pánico hacia el agresor, la eximente no es completa por la prolongación en el tiempo de las conductas y porque dispuso de ocasiones para revelar los hechos a las autoridades.

<sup>14</sup> En el ámbito de la responsabilidad objetiva merece mención especial la derivada de accidentes de circulación, que aunque puede surgir entre familiares, no plantea problemas puesto que hay consenso en que debe prevalecer la condición de conductor sobre la de padre, madre o cónyuge, y la existencia de seguro de responsabilidad civil elimina cualquier posible objeción relativa a la moral y las relaciones familiares.

velar por los hijos, así como el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que han recibido para tratar de llegar a una conclusión sobre el margen de permisibilidad en cada caso.

## 1. Diligencia en el ejercicio de la patria potestad e imputación subjetiva

1. El Código Civil en su artículo 154 establece la sujeción de los hijos menores no emancipados a la patria potestad de sus progenitores, quienes deben cumplir una serie de deberes que pueden clasificarse en personales y patrimoniales. En el primer grupo se encuentran los deberes de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como su representación en los asuntos de carácter personal<sup>15</sup>, mientras que los patrimoniales incluyen el deber representación en asuntos patrimoniales y el deber de administrar sus bienes. En el cumplimiento de estos deberes los progenitores pueden adoptar las decisiones que sean compatibles tanto con sus valores como con el interés de los menores. Generalmente disponen para ello de un margen de decisión lo suficientemente amplio como para actuar guiados por el interés del menor, sin tener que renunciar a su particular visión del mundo, creencias y principios<sup>16</sup>.

2. En relación con la diligencia que debe desplegarse en el ejercicio de la patria potestad, hay que diferenciar entre los deberes patrimoniales y personales. Mientras que respecto a los primeros, el artículo 164 CC establece un canon de diligencia *quam in suis*<sup>17</sup>, no hay una previsión expresa relativa a la diligencia que deben observar en el cumplimiento de los deberes personales.

Considero que para la determinación de la diligencia exigible hay que acudir al artículo 1104 CC, cuyo párrafo segundo establece que será exigible la diligencia de un buen padre de familia cuando no se haya previsto otro estándar de conducta. Aunque puede parecer contradictorio con el párrafo primero, que establece que la diligencia dependerá de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, deben coordinarse ambos modelos, dando mayor peso a la diligencia del buen padre de familia, que por ser un criterio más abstracto es necesario concretar con los criterios del párrafo

---

<sup>15</sup> Aunque habitualmente el objeto de la representación es la defensa de intereses patrimoniales, también hay supuestos en los que no existe ese contenido patrimonial; así sucede en la representación en materia de nacionalidad o vecindad civil. En cambio, respecto a los derechos de la personalidad el consentimiento de los progenitores no se emite como representantes, pese a lo establecido en el art. 9.3 LAP 41/2002 y el art. 3 LOPH 1/1982, sino que es una manifestación del deber de velar por ellos. En este sentido, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I, 11.ª ed., Madrid (Tecnos), 2012, pp. 278-279.

<sup>16</sup> Puede que el ejemplo más claro sea el derecho que garantiza el artículo 27.3 CE a que la formación religiosa y moral de los hijos se adecue a las convicciones de los progenitores.

<sup>17</sup> El artículo 164 CC establece el deber de los progenitores de administrar los bienes con la misma diligencia que los suyos propios, lo que supone una rebaja del estándar general que se identifica con la diligencia propia de un buen padre de familia.

primero<sup>18</sup>. Trasladadas estas consideraciones al ejercicio de la patria potestad, resulta que los progenitores han de actuar con la diligencia propia de un buen padre de familia, persiguiendo la satisfacción del interés del menor, para cuya determinación deberán tenerse en cuenta las circunstancias concretas como su edad, madurez y necesidades, así como la naturaleza de la decisión; no es lo mismo una decisión relativa, por ejemplo, a la autorización de un tratamiento médico salvador que otra relativa a la elección del centro docente, existiendo aquí un mayor número de alternativas entre las que elegir sin dejar de cumplir con el canon de diligencia exigible. Así pues, el párrafo primero del artículo 1104 CC permite modular la diligencia del buen padre de familia en atención a las particularidades de cada situación, lo que obliga a analizar cada caso concreto para determinar si la actuación fue conforme a dicho parámetro.

Frente a esa posibilidad, muchos autores entienden que la diligencia debe rebajarse, al igual que sucede en los deberes patrimoniales, no siendo exigible una diligencia mayor que la que se tiene en los asuntos propios<sup>19</sup>. Consideran que la atribución de una amplia discrecionalidad en el ejercicio de la patria potestad, que se otorga en atención a la relación de confianza que caracteriza estas relaciones, conlleva la disminución de la diligencia exigible<sup>20</sup>. Se esgrimen además otras justificaciones basadas en la convivencia del responsable del daño y la víctima, como son la actitud más relajada y por tanto menos diligente que se tiene en la intimidad o las razones de equidad que impedirían dirigirse contra quien se ha ocupado y ha asumido cargas de quien ha sufrido el daño<sup>21</sup>. Vinculan esta reducción del estándar de diligencia con la necesidad de dolo o culpa grave para estimar este tipo de reclamaciones, dando lugar a *privilegios parentales* o *domésticos*<sup>22</sup>.

En sentido contrario, se ha mantenido que el legislador ha establecido un parámetro de diligencia especialmente elevado en relación con los deberes de carácter no patrimonial derivados de la patria potestad. Se entiende que es de esta forma como debe interpretarse

<sup>18</sup> BADOSA COLL, F., «Artículo 1104», en PAZ-ARES, C.; DÍEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, 2ª ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1993, p. 42.

<sup>19</sup> En este sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Madrid (Civitas), 2009, pp. 139 y ss., y 231.

<sup>20</sup> FERRER I RIBA, J., «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2001, pp. 17-18.

<sup>21</sup> El TS, en la STS 17/7/2007 (RJ20074895), parece apoyarse en la existencia de convivencia cuando niega que todas las situaciones peligrosas producidas en el ámbito doméstico sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y «entran dentro de la normalidad del hogar». No obstante, como señala FERRER I RIBA, J., «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», cit., p. 11, este argumento es más apropiado para explicar la rebaja del estándar de diligencia en las relaciones conyugales que en las paterno-filiales, puesto que está basado en la libre aceptación de la convivencia y, con ella, el compromiso de soportar los daños que se puedan ocasionar por mera negligencia.

<sup>22</sup> Se excluyen los daños producidos en accidentes de circulación, a consecuencia de accidentes laborales y otros que puedan ser cubiertos por un seguro, y que por su naturaleza sean ajenos al ámbito doméstico (FERRER I RIBA, J. «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», cit., p. 13).

la mención expresa del deber de velar, que de lo contrario supondría una reiteración por deducirse de la lectura del resto de deberes<sup>23</sup>.

3. La falta del cuidado debido que suponga la infracción de obligaciones derivadas de la patria potestad puede dar lugar a la aplicación de las consecuencias que el propio Derecho de familia ha previsto. Se trata de remedios de distinta gravedad y naturaleza, que pueden llegar hasta la privación de la patria potestad. Cuando los deberes infringidos perjudican al menor en sus intereses no patrimoniales, las medidas previstas por el ordenamiento se orientan a protegerle, impidiendo que continúe expuesto a esos riesgos, pero no existen normas específicas de carácter resarcitorio. Solo cuando los daños sean patrimoniales y debidos a la falta de diligencia en la gestión, se prevé, expresamente, la posibilidad de que el hijo exija responsabilidades a sus progenitores, previa rendición de cuentas (art. 168 CC).

Frente a lo que podría defenderse partiendo del principio de especialidad del Derecho de familia, no debe excluirse la aplicación del Derecho de daños para reparar los perjuicios no patrimoniales, puesto que el Código Civil es un cuerpo unitario cuyas normas se interrelacionan y deben interpretarse de forma coordinada<sup>24</sup>. El recurso a la responsabilidad civil ante infracciones del deber de velar no se solapa con ningún otro precepto, ya que no hay otro mecanismo más específico para reparar esos daños y, por tanto, entiendo que no plantea problemas la aplicación del art. 1902 CC.

4. Vistas las diferentes posturas relativas a la diligencia exigible en el ejercicio de la patria potestad, hay que determinar cuál es el título de imputación subjetiva necesario para que prospere la acción de responsabilidad civil. Se discute si la *culpa o negligencia* que

---

<sup>23</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 276, quienes entienden que como consecuencia de esa especial diligencia, «cabría incluso la imputación a su ejerciente por culpa leve o levisima»; también DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, cit., p. 194. En el mismo sentido, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Artículo 154», en PAZ-ARES, C.; DÍEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, 2ª ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1993, p. 547, considera que «hoy cabe admitir incluso la culpa leve o levisima».

<sup>24</sup> Así, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., «Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar», *Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares. Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012, pp. 375-376, quien entiende que para una adecuada coordinación entre unos y otros preceptos habría que adaptar las normas generales de responsabilidad civil en atención a las especialidades de las relaciones familiares. Además, la aplicación del Derecho de daños estaría supeditada a que no existiesen normas específicas que cumpliesen la misma función y a la compatibilidad con los principios de la concreta institución familiar. También considera que no puede excluirse la aplicación del art. 1902 CC en las relaciones paterno-filiales ATIENZA NAVARRO, M. L., «La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural», *Daños en el Derecho de Familia. Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006, p. 46.

En contra, MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *ADC*, T. LXIV, 2011, pp. 527-530, quienes niegan que pueda servir de fundamento para la aplicación de la responsabilidad civil la infracción de deberes familiares, pues supone entender que el Derecho de familia es incompleto por no haber previsto remedios y acudir al Derecho de daños para cubrir las supuestas lagunas. Pese a lo anterior, consideran que de la infracción del deber de velar podría derivarse responsabilidad civil, si bien en la práctica apuntan que es muy improbable, salvo que existiese un seguro específico.

exige el art. 1902 CC debe entenderse, en estos casos, como un dolo o culpa grave o si, por el contrario, es suficiente la concurrencia de culpa ordinaria.

La doctrina mayoritaria entiende que es necesario el dolo o la culpa grave para que se estime una reclamación de daños entre familiares y, en lo que aquí interesa, frente a los progenitores. Esta exigencia se vincula con la rebaja del estándar de diligencia en el ejercicio de la patria potestad que defiende esta doctrina. De modo que la posibilidad de actuar sin observar un cuidado mayor que en los asuntos propios supone que solo se deberá responder por aquellas actuaciones especialmente graves o dolosas. Además de los argumentos ya apuntados relativos a la atenuación del parámetro de diligencia, se añaden otros referidos específicamente a la posible demanda de responsabilidad frente a los padres. Algunos autores se apoyan en la existencia de preceptos que al regular instituciones familiares exigen negligencia grave o dolo, requisito que consideran extensible por analogía al resto de obligaciones tanto conyugales como parentales para que exista deber de responder por los perjuicios causados<sup>25</sup>. También se hace referencia a la necesidad de conciliar los principios del Derecho de familia y del Derecho de daños, salvaguardando la paz y unidad familiar, de forma que solo habría que indemnizar las lesiones de derechos fundamentales entre familiares, cuando hubiese mediado dolo o culpa grave<sup>26</sup>.

Frente a la opinión anterior, no faltan autores para los que no está justificada tal limitación de la responsabilidad en las relaciones familiares, y consideran suficiente la negligencia ordinaria del dañante. El argumento principal es que el artículo 1902 CC remite al modelo de conducta del artículo 1104 CC, debiendo evaluarse únicamente si la conducta fue conforme a la diligencia de un buen padre de familia, sin hacer valoraciones sobre la graduación de la culpa<sup>27</sup>.

Aunque me parecen razonables los argumentos de quienes abogan por limitar la responsabilidad civil a supuestos de culpa grave o dolo, creo que no son suficientes para adoptar una medida no prevista por el ordenamiento. A mi juicio, la posición de quienes consideran suficiente la negligencia ordinaria es más acertada por ajustarse mejor a las disposiciones

<sup>25</sup> Por ejemplo los artículos 168, 247, 1390 o 1391 CC. Sin embargo, como señala RODRIGUEZ GUITIÁN, A. M., *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, cit., p. 132, no parece que a partir de estos preceptos pueda generalizarse la necesidad de dolo o culpa grave, ya que se limitan a regular situaciones muy concretas.

<sup>26</sup> En este sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, cit., p. 132-133.

<sup>27</sup> Así, BARCELÓ DOMÉNECH, J., «El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar», cit., pp. 117 y ss., quien considera que «[c]onstatar la existencia de culpa y negar la indemnización es un resultado contrario a las normas de nuestro ordenamiento jurídico: se introduce un requisito, el dolo, que no ha sido formulado por el legislador, y con ello se pone un límite a la tutela resarcitoria que no se deduce del dato normativo», y añade que «[l]os Tribunales, sin necesidad de apelar a la graduación de la culpa, deben apreciar la falta de diligencia conforme a los parámetros del art. 1.104 C.c.: el estándar de la diligencia de un buen padre de familia, adaptado a las circunstancias del caso». En el mismo sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, cit., p. 289.

legales que, en sede de responsabilidad civil, nada establecen respecto a la modificación del criterio de imputación subjetiva, al igual que tampoco se prevén especialidades relativas a la diligencia en el cumplimiento de los deberes personales de la patria potestad.

En otras palabras, creo que para alterar las normas generales de la responsabilidad extracontractual no es suficiente apelar a un principio de paz familiar, derivado del deber de protección de la familia que, a su vez, se configura como un principio rector de la política social y económica (art. 39 CE). Si bien es cierto que el papel informador de los principios rectores guía al aplicador del Derecho en su labor interpretativa, el límite de dicha interpretación se encuentra en el respeto de las disposiciones legales. La no sujeción al ordenamiento positivo convierte la interpretación en creación de Derecho, mediante la invasión de competencias atribuidas al legislador.

En cualquier caso, aun admitiendo un alcance potencialmente ilimitado de los principios, no estaría justificada la alteración de las normas generales de la responsabilidad civil, puesto que su normal aplicación no es contraria al principio de paz familiar. Lo contrario equivaldría a afirmar que una demanda entre familiares sería la causa de una grave crisis, cuando parece que, en realidad, solo la existencia de un conflicto previo explicaría la interposición de la acción y, en consecuencia, no habría ya ninguna paz familiar que proteger.

La limitación de la responsabilidad en las relaciones paterno-filiales es una decisión que correspondería adoptar, en su caso, al legislador. Por ello al analizar el criterio de imputación subjetiva en cada grupo de casos, lo haré entendiendo que es suficiente la negligencia ordinaria, puesta en relación con la diligencia de un buen padre de familia adaptada a cada caso concreto en virtud del artículo 1104 CC.

## **2. El deber de velar por los hijos**

Son muchos los supuestos que pueden plantearse durante la minoría de edad del menor en los que se manifiesta el deber de velar por ellos. A continuación abordo algunas de estas situaciones que he clasificado en tres grandes grupos. En primer lugar, aquellas decisiones que son referentes al deber de velar por la salud, lo que incluye tanto las relativas a tratamientos e intervenciones médicas con finalidad curativa, como la adopción de medidas de carácter preventivo. Por otro lado, la posibilidad de someter al menor a intervenciones que no se requieren por prescripción médica, sino que responden a motivos estéticos, religiosos o culturales. Finalmente, al deber de vigilancia necesario para evitar que sufran accidentes.

### *A. El derecho del hijo a la salud y las objeciones de los progenitores*

Los progenitores, en cumplimiento del deber de velar por sus hijos, deberán procurar la curación de los mismos cuando padezcan alguna enfermedad o afección mediante la

aplicación de los remedios que se les prescriban o, en los casos más graves, dando su consentimiento para que se les realice la intervención médicamente aconsejada. Además habrán de adoptar las medidas pertinentes para proteger a los menores de posibles patologías; en este ámbito entran en juego tanto las vacunas como la evitación de comportamientos que expongan al menor al contagio de enfermedades.

Por razones de espacio hago referencia a continuación únicamente a las medidas preventivas. Baste señalar respecto de la autorización de tratamientos e intervenciones médicas que, pese al deber de los progenitores de decidir en beneficio de la vida y salud de su hijo (art. 9.6 LAP), se han previsto mecanismos para sortear los conflictos con la libertad religiosa e ideológica. Corresponderá al juez, o a los propios facultativos si la situación de urgencia lo requiere, decidir cuando la voluntad de los representantes fuese contraria a la vida o salud del menor. Por esta razón es poco probable que los progenitores acaben respondiendo penal o civilmente por la negativa a autorizar el tratamiento médico.

## Vacunación

Es posible que los menores contraigan graves enfermedades que podrían haberse evitado siguiendo el calendario de vacunación, o que sufran daños por la administración de una vacuna cuando existían razones médicas que lo desaconsejaban. Para valorar si la conducta de los progenitores en este ámbito es o no conforme al estándar exigible, hay que tener en cuenta que en España no hay una vacunación sistemática obligatoria<sup>28</sup>. Aunque aún existen diferencias entre los calendarios de vacunación de las CCAA, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, cumpliendo con lo dispuesto en los arts. 6.4 y 19.3 LGSP 33/2011, ha aprobado el Calendario común de vacunación infantil<sup>29</sup>. Pese a ser únicamente recomendables, y a la existencia de colectivos que se oponen a su administración rutinaria, lo cierto es que en nuestro país el índice de vacunación es muy elevado<sup>30</sup>.

La falta de vacunación puede deberse tanto a la dejadez de los progenitores como a una firme convicción sobre el pernicioso efecto que podría tener en la salud del niño, lo que equivale a apelar a un estado de necesidad. Sin embargo, para admitir esta causa de

---

<sup>28</sup> En Francia, por el contrario, sí son obligatorias las vacunas contra difteria, tétanos y polio (arts. L-3111-2 y L-3111-3 du Code de la Santé Publique). Además, se exige acreditar la vacunación para la admisión en guarderías, colegios o campamentos, y se prevé una responsabilidad penal de los responsables parentales que incumplan, de hasta 6 meses de prisión y multa de hasta 3750 € (art. L-3116-4 CSP). Recientemente los medios se hicieron eco de la condena a dos meses de prisión de unos padres por negarse a vacunar a su hija, <<https://www.francebleu.fr/infos/faits-divers-justice/vaccination-2-mois-de-prison-avec-sursis-contre-les-epoux-larere-1452190526>> [Consultado el 13/10/2016].

<sup>29</sup> Se recomienda la vacunación frente a difteria, tétanos, tosferina, poliomieltis, sarampión, rubéola, parotiditis, infección por *Haemóphilus influenzae* tipo b, hepatitis B, enfermedad meningocócica invasora por serogrupo C, enfermedad neumocócica, infección por virus del papiloma humano y varicela.

<sup>30</sup> El Informe anual del Sistema Nacional de Salud de 2015 estima que el 96,6% de los niños recibieron la serie básica de vacunas recomendadas en España (p. 116).

exoneración, debería poder afirmarse que los riesgos derivados de las propias vacunas son superiores a los riesgos que entraña para el menor no estar inmunizado. En la medida en que se trate de una vacuna recomendada con carácter general, sometida a constante estudio y habiéndose confirmado que los beneficios superan ampliamente los posibles efectos adversos, entiendo que no sería viable la alegación del estado de necesidad. No obstante, creo que los progenitores sí podrían mantener que su conducta no fue contraria al estándar de diligencia de un buen padre de familia. Para ello podrían sostener que el alto índice de vacunación y la erradicación de muchas de las enfermedades, les permitían confiar razonablemente en que la falta de vacunación no tendría consecuencias negativas.

Será quizá reprochable moralmente el modelo de conducta *free-rider* que se aprovecha de las ventajas del sistema de vacunación sin contribuir –incluso perjudicándolo–, pero a efectos de valorar la diligencia en la protección del hijo esta consideración es irrelevante<sup>31</sup>. En mi opinión, sería difícil que prosperase la reclamación de responsabilidad, aunque habría que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, valorando la libertad individual, la posible nocividad de la vacuna, su utilidad, o la falta de coercibilidad legal<sup>32</sup>.

Menos problemas plantean los supuestos en los que la falta de vacunación se acompaña de un viaje a un país en el que existe una mayor probabilidad de contraer ciertas enfermedades. En algunos, es obligatoria la vacunación frente a enfermedades como la fiebre amarilla, pero además, cada país, en función de la zona y el tipo de actividad que se vaya a realizar, recomienda vacunarse frente a algunas enfermedades relativamente habituales, como por ejemplo, la fiebre tifoidea, polio, dengue, difteria o paludismo. En estos casos, la conducta de los progenitores que exponen al menor a tales riesgos sin la conveniente protección, es sin duda negligente y generará responsabilidad cuando el menor contraiga esas enfermedades.

Por último, es posible que el menor sufra graves daños derivados directamente de una vacuna. En ese caso, los progenitores solo responderían si hubiesen ocultado la existencia de alguna alergia o estado febril que desaconsejase la vacunación. Se trata de un supuesto muy poco probable, puesto que lo habitual será que responda el personal sanitario que hubiese debido apreciar los síntomas o preguntar si concurría alguna alteración de la salud del menor.

---

<sup>31</sup> Tal vez sí sería una circunstancia a tener en cuenta cuando el menor no vacunado que contrae una enfermedad, a su vez, la transmite a un tercero (por ejemplo, a otro niño, que por edad o motivos médicos, no había sido vacunado). En Estados Unidos, donde el porcentaje de niños vacunados es muy inferior, REISS, D. R., «Compensating the victims of failure to vaccinate: what are the options?», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, núm. 3, pp. 595-633, sostiene que debería indemnizarse al tercero contagiado, internalizando cada familia los costes de su decisión.

<sup>32</sup> A estos criterios, entre otros, hace referencia LÓPEZ SÁNCHEZ C., «Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores», cit., pp. 271-272, quien entiende que, en el momento actual, unos progenitores con un nivel socio educativo medio que mantuviesen el estándar de diligencia de un buen padre de familia, seguirían las recomendaciones sanitarias en materia de vacunación.

## Transmisión y contagio de enfermedades

Es también obligación de los progenitores velar por la salud y el bienestar de sus hijos más allá de tratamientos médicos. Entre las enfermedades que pueden padecer, hay que distinguir las genéticas de aquellas que resultan de un contagio, ya sea anterior o posterior al nacimiento. Me limito a analizar estas últimas, derivadas de contagio, pues es en este ámbito en el que existe un deber de velar por los hijos<sup>33</sup>.

El interés del menor en no contraer enfermedades durante el periodo de gestación debe conciliarse con la libertad o autonomía privada de la mujer<sup>34</sup>, lo que hace muy difícil la estimación de una demanda por estos daños. Parece que la libertad y el derecho a la intimidad de la gestante harían inexigible la abstención de conductas potencialmente nocivas durante el embarazo, así como el sometimiento a tratamientos o intervenciones para evitar alguna patología o curar las ya existentes<sup>35</sup>. A modo de ejemplo, podría pensarse en una mujer embarazada que viaja a Brasil a pesar de conocer la presencia del mosquito *Aedes aegypti*, transmisor del virus Zika, considerado causa de graves malformaciones como la microcefalia en recién nacidos. En caso de que, como consecuencia de ese viaje, naciese un niño afectado por la enfermedad, me parece que no podría hacerse responder civilmente a la madre. Habría que estudiar las circunstancias del caso concreto, como la previsibilidad, la adopción de precauciones tendentes a minimizar los riesgos o el nivel de exposición a zonas que la autoridad sanitaria ha calificado como de riesgo, y solo en casos muy excepcionales de absoluta temeridad, creo que estaría justificado hacer responder civilmente a la madre.

La transmisión de enfermedades con posterioridad al nacimiento también puede acarrear graves consecuencias para los menores. En este caso resulta más sencillo valorar la adecuación de la conducta al estándar de un buen padre de familia, puesto que no hay que ponderar dos derechos fundamentales en juego, como eran la salud del feto y la libertad de la madre. Pueden plantearse multitud de supuestos, por lo que recurro a otro ejemplo, casi de laboratorio, para ilustrar una conducta indudablemente negligente. Se trata de una madre que, a sabiendas de que es portadora del VIH, y pese a las advertencias del médico, amamanta a su hijo transmitiéndole de esta manera la enfermedad<sup>36</sup>. La dificultad de que

<sup>33</sup> En el caso de las enfermedades genéticas se plantea el problema de la «no identidad» que impide, o al menos dificulta enormemente, una indemnización por daños e impide hablar de un deber de velar por no existir todavía un sujeto pasivo. Hay que tener en cuenta que el art. 29 CC protege al *nasciturus*, teniéndole por nacido para todos los efectos que le sean favorables, pero no existe una previsión similar para el *concepturus*.

<sup>34</sup> Por esta razón el art. 158 CP excluye la responsabilidad penal de la mujer en supuestos en los que haya sido su conducta, subsumible en el tipo del delito de lesiones al feto, la causa del daño.

<sup>35</sup> Señala RODRIGUEZ GUITIÁN, A. M., *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, cit., p. 296, que es difícil sostener la existencia de una obligación legal de la madre de consentir el tratamiento médico y, en consecuencia, la existencia de responsabilidad civil, salvo que actuase con la clara intención de dañar a su hijo.

<sup>36</sup> Este caso se plantea en la sentencia Re C (A Child) (HIV Testing) [2000] 2 W.L.R. 270. Sorprendentemente, el juez al que se solicitaba que ordenase la realización del test del VIH al menor y el cese de la lactancia, estima la primera de las solicitudes pero deniega la segunda afirmando que, en su opinión: «*law cannot come between the baby and the breast*».

se estimase una reclamación, reside en que resultaría prácticamente imposible acreditar que no fue durante la gestación ni el parto cuando se transmitió la enfermedad, sino que fue precisamente consecuencia de la lactancia. Salvo que tras el nacimiento se le hubiese realizado un test del VIH con resultado negativo, la prueba del nexo causal entre la conducta negligente y el daño sería prácticamente imposible, sobre todo, teniendo en cuenta que es mucho más probable la transmisión por el nacimiento que por la lactancia.

*B. Intervenciones no terapéuticas, en particular, la circuncisión: el derecho a un futuro abierto*

No es infrecuente que los progenitores, además de cumplir con su deber de velar por los hijos autorizando las intervenciones y tratamientos médicos que resulten necesarios por motivos de salud, consientan en que se les realicen otras intervenciones de carácter no terapéutico. Resulta evidente que esta facultad para autorizar injerencias en la integridad física del menor, generalmente por motivos estéticos y culturales, no es ilimitada. Se plantean en este ámbito supuestos muy dispares entre los que hay grandes variaciones relativas al grado de injerencia, gravedad, o aceptación social, y que van desde las intervenciones más nimias como la perforación de los lóbulos de las orejas, hasta los casos más graves como la mutilación genital tipificada en el Código Penal, pasando por la donación de tejidos o los diferentes tipos de cirugía plástica. Expongo en este apartado el supuesto de la circuncisión por motivos culturales o religiosos, analizando si es una decisión conforme al estándar de un buen padre de familia.

La conveniencia o no de la circuncisión es una cuestión controvertida, existiendo argumentos en uno y otro sentido. Quienes son favorables destacan los beneficios que reporta relativos a la higiene o a la disminución del riesgo de contraer ciertas enfermedades como el VIH<sup>37</sup>; por su parte, quienes se oponen apelan al derecho del menor a la integridad física y a un futuro abierto<sup>38</sup>. Tampoco hay que olvidar lo doloroso de la intervención que, a diferencia de las cirugías médicas, y por exigencias del culto, se realiza sin anestesia, ni el riesgo de infección que entrañan algunas variantes del ritual<sup>39</sup>. Mientras que la mutilación genital –femenina– está tipificada en el artículo 149.2 CP, la circuncisión masculina no es subsumible en el tipo. Aunque nuestro ordenamiento no prohíbe la circuncisión en menores, es discutible que tal actuación responda a un ejercicio de la patria potestad en interés del hijo. Se trata de un supuesto complejo, en el que entra en juego la libertad religiosa de los padres, pero cuando se realiza en edades muy tempranas, no puede invocarse la libertad

<sup>37</sup> Así el informe de 2012 de la *American Academy of Pediatrics (Technical Report: Male Circumcision. Task Force on Circumcision)*, que concluye que los beneficios son superiores a los riesgos e inconvenientes. Sin embargo, existen informes de asociaciones pediátricas de otros países que cuestionan tales beneficios.

<sup>38</sup> DE LORA, P., «Cirugía y menores: el caso de la circuncisión masculina», *Derecho y Salud*, vol. 25, núm. 2, julio-diciembre 2015, pp. 77-78.

<sup>39</sup> En las comunidades ultraortodoxas, tras la circuncisión, el Mohel succiona la sangre del pene con el consecuente riesgo de infección, que en algunos casos ha llegado a causar el fallecimiento del menor.

religiosa del niño. Por la misma razón, tampoco podría justificarse acudiendo al art. 2.2.d) LOPJM, que establece como criterio para la determinación del interés del menor la preservación de la identidad, cultura, religión, y convicciones, sino que habrá que esperar a que este alcance la madurez suficiente para determinar cuáles son su religión y convicciones.

Independientemente de estas consideraciones, no creo que pueda afirmarse en abstracto y con carácter general la existencia de dolo o negligencia de los progenitores en estos supuestos. La ausencia de preceptos que prohíban estas conductas unida a la discusión existente sobre su conveniencia, parece suficiente para excluir la culpa y, por tanto, la responsabilidad civil. Resultaría diferente si el legislador optase por tipificar esta práctica en menores, ya que la infracción constituiría un comportamiento delictivo, necesariamente culpable (art. 10 CP), que llevaría aparejada la correspondiente responsabilidad penal y el deber de reparar el daño.

En cualquier caso, infringen el deber de diligencia exigible llegando a constituir un delito de lesiones, los progenitores que por sí mismos o acudiendo a un tercero circuncidan a su hijo fuera de un centro médico, prescindiendo así de las condiciones de seguridad más básicas, como la higiene o los conocimientos médicos necesarios<sup>40</sup>.

### C. Accidentes y otros percances: la culpa in vigilando

El deber de velar por los hijos tiene por objeto impedir que estos sean víctimas de ciertos daños, y evitar que puedan causárselos a terceros. En consecuencia, a la omisión de las actuaciones exigibles en virtud del deber de velar por los hijos menores pueden ser imputables tanto los daños causados por estos a terceros, como los que se causen a sí mismos. Conviene señalar el diferente tratamiento jurisprudencial que han recibido las reclamaciones por unos y otros daños en lo relativo al requisito de la culpa. Cuando la víctima del daño es un tercero, y no el propio hijo, el estándar de diligencia que se maneja es mucho más riguroso<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Así en la SAP Almería (Sala de lo Penal, sección 1ª) 3/11/2004 (JUR\2005\148017) y en la SAP Lleida (Sala de lo Penal, sección 1ª) 1/10/2014 (JUR\2015\43375), se dictan sendas condenas por delitos de lesiones. Llama la atención en esta última que la madre, como representante del menor lesionado, renuncia a la indemnización que podría corresponderle frente a su padre.

La SAP Zaragoza (Sala de lo Penal, sección 3ª) 15/2/2010 (JUR\2010\379082) enjuicia una conducta similar con fatal desenlace, condenando a ambos progenitores por un delito de homicidio por imprudencia.

<sup>41</sup> FERRER, J. y RUISÁNCHEZ, C., «Niños y adolescentes», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2000, p. 10.

La principal razón de esta diferencia es que la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos (art. 1903 II CC), a pesar de ser una responsabilidad subjetiva, se tiende a objetivar, prescindiendo los tribunales de la culpa *in vigilando* o *in educando*, es muestra de ello, entre muchas, la STS de 10/11/2006 (RJ\2006\7170). Por otra parte, como se vio al analizar la diligencia exigible en el ejercicio de la patria potestad, son numerosos los autores que entienden que respecto del hijo es suficiente una diligencia inferior a la general del buen padre de familia y solo se responde en casos de dolo o culpa grave.

Son principalmente dos las cuestiones que deben analizarse en estos supuestos en los que los menores sufren daños por la culpa *in vigilando* de sus progenitores. En primer lugar, la determinación del estándar de diligencia, que puede variar en las diferentes situaciones que se planteen, como se verá a continuación. En segundo lugar, habrá que analizar, en sede de causalidad, si procede modular la cuantía indemnizatoria cuando en la producción del daño intervienen, además de los progenitores, la conducta del propio menor o de un tercero.

La diligencia que deben observar los progenitores en la protección de sus hijos menores depende de las circunstancias del caso, siendo determinantes los criterios de previsibilidad y evitabilidad del daño para valorar la adecuación de su conducta al estándar de cuidado de un buen padre de familia. Hay que atender principalmente a la edad de los menores y a la peligrosidad de la actividad realizada para determinar cuál era el alcance del deber de vigilancia y compararlo con la actuación enjuiciada.

Por lo que respecta a la edad, se manejan diferentes horquillas según la capacidad que habitualmente se asocia con cada etapa del desarrollo. Estas clasificaciones tienen un carácter orientativo pues hay que estar al caso concreto para valorar la madurez y el grado de discernimiento, sin que la edad sea un criterio definitivo. En un primer periodo, que se extendería aproximadamente hasta los 7 años, se suele considerar que los menores son inimputables y la diligencia exigible es especialmente rigurosa<sup>42</sup>. Entre los 7 y los 14 años se entiende que van tomando conciencia de los riesgos, por lo que gradualmente se va atenuando el deber de vigilancia. En esta franja de edad sigue siendo necesario su cuidado, pues son frecuentes las conductas peligrosas que pueden evitarse con la supervisión oportuna, pero ya comienza a advertirse una creciente capacidad de discernimiento<sup>43</sup>. Prueba de ello es la obligación legal de escuchar al menor maduro antes de tomar decisiones que le afecten, presumiéndose esa madurez, cuando fuese mayor de 12 años (art. 9.2 LOPJM). Por último, en la etapa de los 14 a los 18 años se entiende que ya hay capacidad de culpa, presunción que coincide con el límite mínimo para responder penalmente (art. 61.3 LORPM)<sup>44</sup>. Dado que la capacidad de culpa presupone discernimiento suficiente para comprender el alcance de los propios actos y actuar en consecuencia, es natural que los deberes de vigilancia de los padres se rebajen notablemente y de forma creciente a partir de esa edad. No obstante, también hay diferencias entre un menor de 14 años y otro de 17, situándose en torno a los

---

<sup>42</sup> Así, la SAP Guadalajara 2/3/2006 (JUR\2006\127275) resuelve la procedencia de indemnización a cargo de un centro docente por los daños sufridos por una menor de 4 años que jugaba en una zona de columpios cuando fue golpeada por uno de ellos, afirmando que con la vigilancia adecuada habría sido previsible y evitable.

<sup>43</sup> En la STS 23/2/2010 (RJ\2010\1293) se concede una indemnización por las lesiones sufridas por un niño de 11 años al lanzar petardos. El TS estima la demanda pero aprecia concurrencia de culpas, por lo que la reduce en un 40%, porcentaje en el que se engloba tanto la culpa *in vigilando* de los padres, como la negligencia del menor, quien, por su edad y por el manejo anterior de petardos, es considerado también culpable de parte de su daño.

<sup>44</sup> Igualmente la STS 15/3/1999 (RJ\1999\2147) sostiene que un menor de 15 años tiene capacidad suficiente para conocer el alcance de sus actos, señalando que el CC permite desde los 14 años realizar actos jurídicos importantes como ejecutar la opción de nacionalidad, ser testigo, testar y –entonces– contraer matrimonio con dispensa.

16 años el momento en que percibe los riesgos como un adulto y, por tanto, debe soportar las consecuencias de sus actos<sup>45</sup>. Esta capacidad de culpa, equiparada prácticamente a la de un mayor de edad, es coherente con la habilitación otorgada por el ordenamiento a partir de esa edad para trabajar, contraer matrimonio o emanciparse.

Además de la edad y madurez, para valorar la previsibilidad y evitabilidad del daño producido hay que tener en cuenta la peligrosidad de la actividad. Deben impedirse ciertas conductas peligrosas y aumentar la diligencia en proporción a los riesgos que entrañen otras actividades desarrolladas. Así, en la STS 31/10/1998 (RJ\1998\8359) se aprecia culpa de los profesores y cuidadores que durante una excursión escolar al zoo no adoptaron el plus de atención y cuidado que era exigible y que habría evitado que un menor de 4 años fuese atacado por un león. Se aprecia también culpa *in vigilando*, respondiendo el centro docente, en un supuesto de lesiones oculares causadas por una menor al disparar una ballesta que lanza un alfiler contra un compañero (STS 3/12/1991 [RJ\1991\8910]).

La responsabilidad de los padres o los cuidadores no se extiende a supuestos en los que el daño se produce de manera fortuita durante la realización de una actividad habitual que no se considera peligrosa. Así sucede con el fútbol, que generalmente no entraña riesgos especiales, aunque pueden producirse caídas (STS 8/3/1999 [RJ\1999\2249]) o alguno de los niños puede sufrir un balonazo (SAP Las Palmas 6/7/2005 [AC\2005\1651]). Lo mismo sucede cuando juegan a la comba, a pesar de que puedan ocasionarse lesiones, como en el supuesto resuelto por la STS 28/12/2001 (RJ\2002\3094), al soltar uno de los menores la cuerda e impactar esta en el ojo de una compañera.

#### IV. DAÑOS SUFRIDOS POR EL MENOR

La existencia de un daño es presupuesto necesario para que prospere un reclamación de responsabilidad, por lo que solo cuando la conducta negligente o dolosa de los progenitores cause al menor una lesión, ya sea patrimonial o moral, tendrá derecho este a exigir una reparación. La valoración del daño derivado de las relaciones paterno-filiales no presenta especialidades, siendo de aplicación las reglas generales de responsabilidad civil para determinar cuándo hay un daño cierto susceptible de ser indemnizado. Tras referirme a algunos supuestos en los que resulta más o menos clara la existencia de un daño indemnizable, analizo la relevancia de los cuidados y atenciones especiales hacia el hijo víctima del daño como vía para excluir o reducir la responsabilidad.

---

<sup>45</sup> Así, por ejemplo, en la STS 23/7/2008 (RJ\2008\5509) se aprecia culpa exclusiva de la víctima de 16 años que accede de madrugada y en estado de embriaguez agudo a la piscina ya cerrada de un hotel del que no era cliente. El Tribunal hace referencia al suficiente discernimiento de los jóvenes, aunque sean menores de edad.

## 1. Daños indemnizables

No hay duda de que como consecuencia de algunas de las conductas negligentes antes mencionadas pueden derivarse daños indemnizables. Así sucede cuando el menor contrae una enfermedad, se agrava la que ya padecía, es víctima de abusos o malos tratos o se accidenta y sufre lesiones. En cambio otros supuestos pueden plantear dudas sobre la existencia de un resultado lesivo merecedor de una indemnización, correspondiendo al demandante probar los daños que alega. Uno de los supuestos en los que la existencia de un daño podría no ser tan clara es el de la circuncisión.

Al margen de las lesiones que a menudo tienen lugar cuando se realiza sin las condiciones mínimas de higiene y seguridad, hay que cuestionarse si la circuncisión en sí misma puede considerarse un daño. Como ya se vio, la conveniencia o no de esta intervención es un asunto controvertido y, a día de hoy, no es posible calificar de culpable la actuación de los progenitores que someten a su hijo menor a esta intervención. En caso de existir una norma que lo prohibiese, habría que preguntarse si los padres que contraviniesen tal mandato estarían ocasionando un daño a su hijo. En mi opinión, la respuesta debe ser afirmativa, pues supone una injerencia en la integridad física que afecta a la esfera más íntima del sujeto, quien al madurar puede no sentirse identificado con tales valores culturales y religiosos. Prueba de este malestar son las operaciones de reconstrucción a las que se han sometido varones circuncidados en Estados Unidos y las protestas de colectivos, como los denominados intactivistas, que denuncian la generalización de estas intervenciones y tratan de concienciar del perjuicio que se causa a los niños<sup>46</sup>. Ha sido también en Estados Unidos donde se ha planteado la que posiblemente sea la primera demanda de responsabilidad de un varón contra sus progenitores por esta razón<sup>47</sup>.

## 2. Reparación de facto

Cuando un menor sufre lesiones, los progenitores tienen el deber de procurarle los tratamientos y cuidados adecuados y, al asumir esos gastos extraordinarios, además de cumplir con su deber de velar y prestar alimentos, estarán reparando el daño causado, lo que deberá tenerse en cuenta a la hora de determinar el *quantum* indemnizatorio<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Aunque en nuestro país es muy infrecuente, la tasa de recién nacidos circuncidados en 2010 en Estados Unidos fue del 58'3%, excluyendo las intervenciones no realizadas en hospitales (*El País*, 7 de octubre de 2013).

<sup>47</sup> Posteriormente, debido a la tensión que generó en la relación con sus padres, que amenazaban con no financiarle los estudios, desistió de la demanda, por lo que no llegó a dictarse sentencia. Conviene señalar que el demandante, que se identifica con el colectivo intactivista, parece interponer la acción por motivos ideológicos, buscando un resarcimiento más moral que patrimonial. Puede leerse su testimonio en ZELDIS, A., «Parental Roles in Circumcision Lawsuits», *Attorneys for the Rights of the Child Newsletter*, vol. 4, núm. 1, 2004, pp. 7-8.

<sup>48</sup> Así, ATIENZA NAVARRO, M. L., «La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural», cit., p. 46.

También aquí hay que diferenciar entre los daños patrimoniales y los morales, porque mientras que el coste económico de los tratamientos médicos lo asumirán generalmente los progenitores, lo normal será que el daño moral persista. Debido a la imposibilidad de reparar los daños morales, la compensación por el *pretium doloris*, las secuelas o perjuicios estéticos y otros daños que se hubiesen ocasionado (por ejemplo, la pérdida de escolarización por estar hospitalizado), tendrá lugar mediante la correspondiente indemnización.

Por su parte, los daños patrimoniales solo existirán y deberán repararse cuando los costes médicos se hubiesen satisfecho a costa del patrimonio del menor. Pero no todos los gastos médicos asumidos por el hijo serán daños indemnizables. Aquellos que hubiese asumido durante la convivencia y siempre que, en atención a la insuficiencia de recursos de los progenitores, fuesen equitativos, deben entenderse abonados en cumplimiento de su deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares (art. 155. 2 CC).

## V. CAUSALIDAD

### 1. Causalidad material

El primer análisis para determinar si entre la conducta y el daño existe un nexo causal requiere comprobar, en el plano fáctico, si el daño es consecuencia de la conducta, para lo que resulta de utilidad la teoría de la *conditio sine qua non*. De esta forma, si eliminada mentalmente la conducta desapareciese el daño, dicha conducta sería causa del daño. Sin embargo, también es posible que una omisión, que físicamente no es causa de nada, se equipare a una acción cuando se incumple un deber de actuar que previsiblemente habría evitado el daño. En el caso de las relaciones paterno-filiales, es el deber de velar por los menores el que permite imputar un daño a la omisión de los progenitores.

### 2. Imputación objetiva

Si se atiende exclusivamente a la causalidad material se aprecia que cualquier daño tiene innumerables causas, entre las cuales pueden ser numerosas las debidas a acciones u omisiones negligentes. Sin embargo, no todas las conductas culpables que puedan vincularse causalmente con un daño generan un deber de reparar. Los criterios de imputación objetiva permiten determinar qué resultados dañosos causalmente vinculados a una conducta pueden ponerse a cargo del autor de esta<sup>49</sup>. De los diferentes criterios de imputación objetiva expongo los que considero que en estos supuestos pueden invocarse con más frecuencia.

---

<sup>49</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Artículo 1902», en PAZ-ARES, C.; DíEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, 2.ª ed., cit., p. 1982.

### A. *Contribución de la víctima a la producción del daño*

Cuando en la producción de un daño intervienen actuaciones imputables tanto al demandado como a la propia víctima, por no observar esta una diligencia razonable con la que habría evitado el resultado lesivo, procede moderar la indemnización, limitándose la responsabilidad del tercero en función de su contribución a la producción del daño. Se discute si tal reducción debe calcularse atendiendo a la culpa de la víctima o a la relevancia causal de su conducta. A pesar de la terminología empleada, es esta última tesis la que han acogido mayoritariamente doctrina y jurisprudencia, considerando que es una cuestión de causalidad y no de culpabilidad<sup>50</sup>.

### **Menores civilmente imputables: culpa de la víctima, prohibición de regreso y criterio de competencia de la víctima**

Procederá minorar o excluir la indemnización por concurrencia de culpas o por culpa exclusiva de la víctima cuando el menor, capaz de entender los riesgos que entraña su comportamiento, sea declarado responsable de ellos. En virtud del criterio de prohibición de regreso, también procederá excluir la responsabilidad de los progenitores o de un tercero cuando la conducta dolosa o gravemente negligente del menor interfiera en el proceso causal iniciado por aquellos<sup>51</sup>. De la misma forma deberán resolverse los supuestos en los que no siendo el menor maduro el autor directo de sus daños, sí se hallasen los riesgos en su esfera de control y, por aplicación del criterio de competencia de la víctima<sup>52</sup>, le fuesen objetivamente imputables.

### **Menores inimputables: criterio de “culpa” de la víctima**

Cuando el daño sufrido por un menor inimputable es consecuencia de su conducta objetivamente imprudente no puede hablarse propiamente de negligencia ya que por su escasa edad no tiene capacidad de culpa civil<sup>53</sup>. No obstante, como en nuestro sistema se atiende al nexo causal, la conducta objetivamente negligente de un menor se ha tenido en cuenta por la jurisprudencia al resolver supuestos en los que eran causas del daño la conducta de un tercero junto con la imprudencia objetiva del menor. En esos casos, con frecuencia se

<sup>50</sup> Así, PANTALEÓN PRIETO, F., «Artículo 1902», cit., p. 1997, quien además critica la aplicación del artículo 1103 CC para llevar a cabo la reducción.

<sup>51</sup> STS 24/10/2003 (JUR\2003\7519).

<sup>52</sup> Hace referencia al criterio de competencia de la víctima DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Cizur Menor (Civitas), 2011, pp. 374-375.

<sup>53</sup> Sobre la cuestión de la equiparación del concepto de culpa de la víctima con el que se maneja respecto del dañante en nuestro ordenamiento y en los países de nuestro entorno, MARTÍN-CASALS, M., «A través del espejo: Concurrencia de «culpa» de la víctima y culpa del causante del daño», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Madrid (Civitas), 2003, pp. 2471-2490.

procede a excluir o moderar la indemnización, respondiendo el tercero exclusivamente por su contribución causal<sup>54</sup>. No obstante, también hay algunas sentencias que, pese a apreciar esa culpa en sentido impropio del menor, no moderan la responsabilidad<sup>55</sup>.

Como excepción a esta regla, el artículo 1.2 TRLRCSVM, tras la modificación por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, no prevé como causa de exclusión o limitación de la responsabilidad por los daños corporales la conducta de los menores de 14 años ni de las personas que, por sufrir algún menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico, se consideren inimputables. No reconoce tampoco una acción de regreso de la aseguradora frente a los progenitores o guardadores<sup>56</sup>. No parece que sea una medida propia de un régimen de responsabilidad civil, sino que se persigue el aseguramiento de ciertos accidentes haciendo cargar con ellos a quien no es responsable<sup>57</sup>, y por ello, este criterio no puede ser aplicado a otros supuestos distintos de los accidentes de circulación.

Más allá de este concreto supuesto y de su régimen, la cuestión es si cuando el menor civilmente inimputable contribuye a la causación del daño que él mismo sufre con una conducta objetivamente negligente, esta no debe reprocharse ante todo a sus padres como obligados a velar por ellos; a los casos en que concurre la conducta de estos con la de un tercero me refiero enseguida<sup>58</sup>; pero cuando no interviene también un tercero, en las relaciones entre padres e hijos es difícil justificar la rebaja de la indemnización al hijo por su propia contribución al daño, cuando su culpa objetiva es reprochable precisamente a sus padres.

## B. Prohibición de regreso

Antes he aludido a un caso de posible aplicación de este criterio<sup>59</sup>. Ahora me referiré a la cuestión que se plantea, especialmente cuando la víctima es un menor inimputable, acerca de si procede reducir el *quantum* indemnizatorio en caso de ser responsables tanto

<sup>54</sup> Se excluye la responsabilidad por la «culpa» de la víctima en la STS de 24/7/2002 (RJ\2002\6490).

Por su parte, moderan la indemnización las SSTs de 10/12/1985 (RJ\1985\6433), 10/10/1988 (RJ\1988\7400), 1/2/1989 (RJ\1989\650), 5/11/1997 (RJ\1997\7884) o 6/2/2008 (RJ\2008\1215).

<sup>55</sup> Por ejemplo las SSTs de 15/11/1982 (RJ\1982\6544), 31/10/1985 (RJ\1985\5138) y 19/6/1997 (RJ\1997\5423).

<sup>56</sup> Se adopta una solución opuesta a la hasta entonces vigente y que había sido criticada por parte de la doctrina. Así, MARTÍN-CASALS, M., «A través del espejo: Concurrencia de “culpa” de la víctima y culpa del causante del daño», cit., p. 2478, la calificaba de regla vergonzante contraria a la extendida línea de protección de los menores imperante en Europa.

En su redacción anterior, el art. 1.1.II establecía que «En el caso de daños a las personas, [...] solo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la *conducta* o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor» (la cursiva es mía), y en el 1.2 del Anexo: «Se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo esta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción de este».

<sup>57</sup> En este sentido GÓMEZ CALLE, E., «La contribución de la víctima a la causación del daño», en HERRADOR GUARDIA, M.J. (coord.), *Derecho de Daños*, Cizur Menor (Aranzadi), 2013, pp. 285-286.

<sup>58</sup> Infra 5.2.2.

<sup>59</sup> Supra 5.2.1.A.

los progenitores como un tercero. Para resolver estos supuestos hay que distinguir las demandas interpuestas en nombre del propio menor (víctima directa de los daños), de aquellas interpuestas en nombre de los progenitores como perjudicados por las lesiones o el fallecimiento del hijo. En el primer supuesto, y según entiende la doctrina mayoritaria, no debe reducirse la indemnización que se concede al menor, ni trasladarse al tercero la responsabilidad que corresponde a los padres. Por ello, cuando se reclame en nombre del hijo habrán de responder tanto el tercero como los progenitores en función de la contribución de cada uno al daño, siendo una obligación solidaria cuando tal determinación no resulte posible<sup>60</sup>. No obstante si, pese a la actuación negligente del tercero, se constata la intervención en el proceso causal de la conducta gravemente negligente o dolosa de los progenitores, solo a ellos sería exigible la íntegra reparación del daño en virtud del criterio de prohibición de regreso<sup>61</sup>.

### C. *Riesgo general de la vida*

Los daños sufridos por el menor como consecuencia de riesgos inherentes a la vida en sociedad o a la propia existencia no son imputables a los progenitores. Solo cuando los daños deriven de una actuación de los padres que entrañe un riesgo jurídicamente desaprobado, deberán ser reparados. Por ello corresponde soportar a los menores los daños que a menudo sufren por tropiezos, resbalones, caídas y golpes producidos durante la práctica de juegos infantiles<sup>62</sup> o en actividades cotidianas, así como las enfermedades que habitualmente se contraen durante la infancia.

### D. *Criterio del incremento del riesgo*

Para que el daño sea imputable a la conducta del progenitor es necesario, además de que su conducta haya sido negligente, que sea precisamente esa negligencia la causa del daño. Esto es, se requiere que exista un nexo causal entre la negligencia y el resultado lesivo, siendo irrelevante la negligencia que no haya tenido incidencia en la producción del daño. Si de haber actuado el progenitor con la diligencia debida no hubiese sido menor el riesgo de que se produjese el evento dañoso, originando con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza el resultado lesivo, no será objetivamente imputable dicho resultado a su

---

<sup>60</sup> Así, RODRIGUEZ GUITIÁN, A. M., *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, cit., pp. 247-248; GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», en REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M. (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, 5ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2014, pp. 1240-1243, quien señala que cuando sea posible determinar la contribución causal de cada uno, solo podrá demandarse al tercero la parte que le correspondiese, siendo necesario para reclamar a los progenitores los daños causados dirigir la acción frente a ellos, con el nombramiento de un defensor judicial si fuera preciso.

<sup>61</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Artículo 1902», cit., p. 1985-1986.

<sup>62</sup> Un ejemplo de ello nos ofrece la SAP Sevilla 16/12/2013 (JUR\2014\104057).

conducta<sup>63</sup>. Un ejemplo de este criterio de imputación sería el de un progenitor que no pone el cinturón de seguridad a su hijo menor, quien fallece o sufre lesiones como consecuencia de un grave accidente si, a la vista de las circunstancias del caso, fuera evidente que nada habría cambiado de haber llevado el cinturón. Así, en la medida en que los daños no sean la concreción del riesgo negligentemente creado por el progenitor, no podrán imputarse objetivamente a su conducta.

## VI. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS PROGENITORES

### 1. Falta de capacidad procesal y representación en juicio

El art. 7.2 LEC establece que no tienen capacidad procesal quienes no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, por lo que necesitarán de sus representantes, habilitación o el nombramiento de un defensor judicial. La representación de los hijos menores no emancipados corresponde a los progenitores mientras ostenten la patria potestad, con excepción, entre otras, de las situaciones en las que exista un conflicto de intereses (art. 162 CC). Si tuviesen ambos progenitores un interés opuesto al del menor será necesario el nombramiento de defensor judicial, mientras que si el conflicto de intereses afectase exclusivamente a uno de ellos, corresponderá al otro su representación en ese asunto.

#### A. Progenitor no causante del daño

Sin duda el progenitor responsable del daño sufrido por su hijo tendrá un interés opuesto al de este en lo relativo a la posible indemnización, pero, además, es posible que el conflicto de intereses afecte al progenitor no causante. Esto dependerá en gran medida de las relaciones entre ambos progenitores. Hay que diferenciar las situaciones de armonía de aquellas de crisis familiar.

Cuando entre los titulares de la patria potestad hay convivencia y buenas relaciones, el previsible perjuicio para la armonía y paz familiares, la repercusión económica si acabasen respondiendo provisionalmente los bienes gananciales o la repercusión negativa en otros hermanos menores, por los que también debe velar, cuando la economía familiar se viese gravemente afectada, permitirían entender ampliado el conflicto de intereses al progenitor no responsable<sup>64</sup>. Se requeriría entonces el nombramiento de un defensor judicial para representar en juicio al menor. No obstante, el criterio de las buenas relaciones no implica necesariamente un conflicto de intereses, siendo posible que, por existir un seguro o por

<sup>63</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Artículo 1902», cit., p. 1986.

<sup>64</sup> Como afirma FLORENSA I TOMÀS, C. E., *El defensor judicial*, Madrid (Cuadernos Civitas), 1990, pp. 95-101, el conflicto de intereses por lo general se debe a una contraposición de intereses económicos, pero no se limita a estos, pudiendo existir conflictos relativos a intereses personales.

otras razones, el progenitor no causante no se vea perjudicado por la eventual demanda y pueda actuar, de acuerdo con el art. 163 II CC, en representación del hijo.

Frente a la situación anterior, en la que es muy improbable una demanda interpuesta entre progenitores que conviven o por la intervención de un tercero que solicita nombramiento de defensor judicial para el menor, las situaciones de crisis entre los titulares de la patria potestad favorecerían estas demandas. Las malas relaciones y la ausencia de perjuicio propio serían un incentivo para que el progenitor no causante reclamase una indemnización en nombre del menor, en su propio nombre como perjudicado por los daños indirectos o, incluso, podría solicitar la privación de la patria potestad, custodia o régimen de visitas del otro progenitor.

### B. *Defensor judicial*

El nombramiento de defensor judicial será necesario cuando ambos progenitores tengan un interés opuesto al del menor, no tramitándose ya en un procedimiento judicial, sino mediante expediente de jurisdicción voluntaria regulado en los arts. 299 a 302 CC y 27 a 32 LJV.

La competencia para el nombramiento de defensor judicial corresponde al Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del menor (art. 28.1 LJV) y puede iniciarse el expediente de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona que actúe en su interés (arts. 300 CC y 28.2 LJV). Además de la amplia legitimación, el art. 27.3 LJV no exige la previa habilitación del menor cuando el nombramiento del defensor judicial se realice para litigar contra sus progenitores, agilizando así el procedimiento.

## 2. **Plazo, *dies a quo* y suspensión**

A las dificultades ya señaladas, relativas a la necesidad de nombrar defensor judicial o a que el progenitor no responsable demande en nombre del menor, hay que añadir el breve plazo de un año para interponer la acción de responsabilidad que prevé el art. 1968.2 CC. Este plazo no admite suspensión, puesto que el art. 1932 CC establece el normal cómputo de los plazos de prescripción aunque perjudiquen a menores, incapaces o personas jurídicas<sup>65</sup>. El legislador, (aunque seguramente pensando en deudores diferentes a los propios progenitores y tutores), ha optado por priorizar la seguridad jurídica, evitando la incertidumbre que para el tercero supondría la vigencia de la acción durante un número indeterminado de años<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> En nuestro ordenamiento, solo el Código Civil catalán prevé la suspensión del plazo hasta el momento de la extinción de la patria potestad (art. 121-16.a). La misma medida se ha previsto en otros ordenamientos cercanos, como el francés (art. 2235 del Code Civil français) o el italiano (art. 2941 Codice Civile italiano).

<sup>66</sup> Se cuestiona MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., «Comentario del artículo 1932 CC», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Barcelona (Bosch), 2006, pp. 592-593, el

En cuanto *al dies a quo* en las reclamaciones de responsabilidad civil, el art. 1968.2 CC establece un criterio subjetivo relativo al conocimiento del daño por el agraviado. Por ello, en supuestos de daños continuados o permanentes, el plazo no empieza a correr hasta el momento en que se determinan definitivamente. Es posible que sea el fin de la patria potestad y los deberes que de ella derivan, lo que permita conocer la magnitud de los daños, como sucede cuando un progenitor impide el ejercicio del derecho de custodia o visita del otro, ocasionando un daño moral indemnizable, que se concretará definitivamente el día en que el hijo deje de estar sometido a la patria potestad<sup>67</sup>. En el caso de las lesiones corporales, será posible evaluar el perjuicio al producirse el alta médica o la determinación del alcance definitivo de las secuelas.

En la mayoría de los casos, cuando la víctima de un daño esté sometida a la patria potestad del causante, la brevedad del plazo para reclamar, unida al momento en que este empieza a correr si se aplica literalmente el art. 1968.2 CC, determinará la prescripción de la acción antes de que el menor alcance la mayoría de edad<sup>68</sup>. Esto puede originar una indefensión contraria al art. 24 CE en la medida en que la reparación del daño dependería de la voluntad de quienes podrían quedar obligados a indemnizar. Como propuesta de *lege ferenda*, creo que convendría modificar el art. 1932 CC para permitir la suspensión del plazo, al menos, en los supuestos en que entre acreedor y deudor existe una relación de dependencia<sup>69</sup>.

Para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, y a falta de una regulación que respete mejor las exigencias constitucionales, considero que el *dies a quo* debe entenderse fijado en el momento en que, además de conocerse los daños, el ejercicio de la acción se presente como objetivamente razonable. Es decir, el criterio subjetivo que establece el art. 1968.2 CC debería interpretarse, no como la alternativa, sino como el complemento al criterio objetivo general que establece el art. 1969 CC<sup>70</sup>. Por ello, el cómputo del plazo debería comenzar una vez finalizada la patria potestad y con ella la relación de dependencia

---

acierto del legislador, puesto que permitir la usucapión y la prescripción extintiva contra menores e incapaces da lugar a situaciones de abuso que solo favorecen a los deudores aprovechados.

<sup>67</sup> En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 30/6/2009 (RJ\2009\5490). Aunque en el caso la reparación se reclama por los daños sufridos por el progenitor, la misma solución es aplicable cuando la indemnización se reclame en nombre del hijo.

<sup>68</sup> Como se ha señalado, únicamente se situaría el *dies a quo* al finalizar la patria potestad cuando fuese precisamente el fin de esta lo que permitiese determinar la magnitud del daño.

<sup>69</sup> La Asociación de Profesores de Derecho civil también se decanta por la suspensión de las acciones contra representantes o protectores y excluye la aplicación de un plazo máximo general (AA. VV., *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*, arts. 614-3 y 615-1.2, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pp. 338 y 339).

<sup>70</sup> Como establece la STS 14/10/1991 (RJ 1991\6919), el art. 1968.2 CC «al fijar el plazo prescriptivo de un año, refiere al ejercicio de las pertinentes acciones para la exigencia de responsabilidades civiles, “desde que lo supo el agraviado”. Este necesario conocimiento, es decir el saber, ha de relacionarse con la posibilidad efectiva para ejercitar las acciones de referencia, de tal manera que la noticia directa de los hechos, de los que deriva la responsabilidad, ha de conjugarse con el poder de hacer posible su viabilidad, sin obstáculo impositivo, ya sea de índole sustantiva o procesal».

de la víctima respecto del responsable del daño<sup>71</sup>. De esta forma correspondería al hijo al alcanzar la mayoría de edad decidir sobre la interposición de la acción, haciéndose cargo de las consecuencias que ello pudiese acarrear. Considero que también resultaría positivo para los progenitores pues quedarían liberados de una situación de inseguridad en la que deben optar entre perjudicar su patrimonio e incluso las relaciones familiares en pos del beneficio económico del hijo, o perjudicar económicamente a este al permitir la prescripción arriesgándose a contravenir su deber de gestión. Además, no se incrementarían de forma significativa este tipo de demandas debido, por un lado, a que el tiempo transcurrido desde la producción de los daños además del olvido<sup>72</sup>, lleva consigo la dificultad de probar los hechos y, por otro, al interés que con carácter general existirá en mantener los vínculos familiares sobre la obtención de la reparación. Se respetaría así el derecho a la tutela judicial efectiva, trasladando la decisión a quien tiene que tomarla una vez alcanzada la capacidad necesaria para ello, y entre tanto se incentivaría –si es que esto resultase necesario– el cuidado del menor víctima de los daños por unos padres que desean no ser demandados en el futuro.

## VII. CONCLUSIONES

A la vista de la concepción actual del Derecho de familia y la creciente protección de los menores, cuyo interés superior debe primar en el ejercicio de las funciones parentales, creo que no está justificada la idea tradicional de inmunidad familiar. Frente a los argumentos relativos a la necesidad de preservar la unidad y paz familiares, basta constatar cómo lo habitual es que no sea la demanda la causa de la crisis familiar, sino que, por el contrario, sea la previa situación de conflicto la que haga razonable el inicio de un procedimiento.

En los últimos años han comenzado a interponerse demandas entre cónyuges por ocultación de la filiación, que se vienen estimando por la jurisprudencia menor cuando concurre dolo. Por su parte, las reclamaciones paterno-filiales también podrían estimarse, aunque, en atención a las resoluciones relativas a responsabilidad entre cónyuges y a la doctrina mayoritaria, probablemente los tribunales también exigirían dolo o culpa grave.

En cuanto a los presupuestos de la responsabilidad civil en estos casos, merece especial atención el relativo a la imputación subjetiva, ya que al analizar si una actuación se adecua a la de un buen padre de familia, es fundamental atender al contenido del deber de velar en el supuesto concreto y valorar el margen de discrecionalidad. También en el ámbito de

<sup>71</sup> Sobre el *dies a quo* DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona (Bosch), 1964, p. 87, afirma al analizar el art. 1969 CC que «cuando entre las partes existe una relación o una situación jurídica, sobre todo de naturaleza familiar, [...] el ejercicio de la acción solo aparece como objetivamente razonable cuando dicha relación o situación se ha extinguido o ha desaparecido. Los casos más notables son los de acciones entre [...] el titular de la patria potestad y la persona sometida a ella [...]. En estos casos parece que la prescripción no debe comenzar hasta [...] la extinción de la patria potestad [...]».

<sup>72</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ C., «Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores», cit., p. 289, concluye que raramente se plantearán estos supuestos debido a que «el paso del tiempo condena al olvido».

la imputación objetiva se presenta un elemento característico por la minoría de edad de la víctima, quien a menudo puede contribuir a la causación de su propio daño mediante una conducta objetivamente negligente, sin que ello excluya la responsabilidad de quienes estaban obligados a velar por él.

Actualmente una reclamación paterno-filial solo parece factible en un contexto de crisis entre los progenitores. Fuera de esos supuestos, y pese a la amplia legitimación para el nombramiento de defensor judicial, es muy improbable que se interponga la acción. Lo anterior, unido a las reglas sobre prescripción, deja al menor en una situación de indefensión contraria al art. 24 CE. Para evitarlo, y a falta de una regulación que respete las exigencias constitucionales, creo que debe entenderse situado el *dies a quo* en el momento de finalización de la patria potestad. Como propuesta de *lege ferenda*, convendría modificar el art. 1932 CC para permitir la suspensión del plazo en los supuestos en que entre acreedor y deudor existe una relación de dependencia. De esta forma quedaría garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva en aquellos casos en que los menores o incapaces tuviesen acciones frente a sus representantes.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.
- ATIENZA NAVARRO, M. L., «La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural», *Daños en el Derecho de Familia. Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006, pp. 41-74.
- BADOSA COLL, F., «Artículo 1104», en PAZ-ARES, C.; DÍEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs), *Comentario del Código Civil*, T. II, 2ª ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1993, pp. 40-42.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J., «El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar», en MORENO MARTÍNEZ, J.A., *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid (Dykinson), 2012, pp.79-128.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Artículo 154», en PAZ-ARES, C.; DÍEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs), *Comentario del Código Civil*, T. I, 2ª ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1993, pp. 544-548.
- DE LORA DELTORO, P., «Cirugía y menores: el caso de la circuncisión masculina», *Derecho y Salud*, vol. 25, núm. 2, julio-diciembre 2015, pp. 67-79.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I, 11.ª ed., Madrid (Tecnos), 2012.

- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Cizur Menor (Civitas), 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, Madrid (Civitas), 1984.
- DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona (Bosch), 1964.
- FERRER I RIBA, J., «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2001.
- FERRER, J. y RUISÁNCHEZ, C., «Niños y adolescentes», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2000.
- FLORENSA I TOMÀS, C. E., *El defensor judicial*, Madrid (Cuadernos Civitas), 1990.
- GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», en REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M. (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, 5ª ed., Cizur Menor, (Aranzadi), 2014, pp. 1234-1333.
- GÓMEZ CALLE, E., «La contribución de la víctima a la causación del daño», en HERRADOR GUARDIA, M.J. (coord.), *Derecho de Daños*, Cizur Menor (Aranzadi), 2013, pp. 237-295.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid (Dykinson), 2012, pp. 247-293.
- MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *ADC*, T. LXIV, 2011, pp. 503-561.
- MARTÍN-CASALS, M., «A través del espejo: Concurrencia de «culpa» de la víctima y culpa del causante del daño», en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Madrid (Civitas), 2003, pp. 2471-2490.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., «Comentario del artículo 1932 CC», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2ª ed., Barcelona (Bosch), 2006.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Artículo 1902», en PAZ-ARES, C.; DÍEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs), *Comentarios al Código Civil*, T. II, 2ª ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1993.
- REISS, D. R., «Compensating the victims of failure to vaccinate: what are the options?», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, núm. 3, pp. 595-633.
- ROCA I TRÍAS, E., «Responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil»,

en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid (Dykinson), 2000, pp. 533-563.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., «Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar», *Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares. Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012, pp. 363-434.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Madrid (Civitas), 2009.

ZELDIS, A., «Parental Roles in Circumcision Lawsuits», *Attorneys for the Rights of the Child Newsletter*, vol. 4, núm. 1, 2004, pp. 7-8.