

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR DAÑOS
A SUS HIJOS MENORES EN CASOS DE ALIMENTACIÓN
INADECUADA

*THE LIABILITY OF PARENTS FOR DAMAGE CAUSED TO THEIR
MINOR CHILDREN IN CASES OF INADEQUATE NUTRITION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 86-111



Cristina
LÓPEZ
SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de febrero de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: La introducción del Derecho de daños en el ámbito de la familia es una realidad. No obstante, en algunos sectores, como el de las relaciones paternofiliales, hay pocos pronunciamientos jurisprudenciales. En concreto, en este trabajo vamos a centrarnos en los daños causados a los hijos menores como consecuencia de una inadecuada alimentación por parte de sus padres o tutores.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad de los padres; alimentación; dietas vegetarianas; dietas veganas; obesidad infantil.

ABSTRACT: *The introduction of Tort Law in the area of the family relations is already a reality. However, in certain sectors, such as parent-child relationship, there are few jurisprudential pronouncements. In particular, in this paper we will focus on the damage caused to minor children as a result of an inadequate nutrition from their parents or legal guardians.*

KEY WORDS: *Parents' liability; nutrition; vegetarian diet; vegan diet; childhood obesity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO DE DAÑOS EN LAS RELACIONES PATERNOFILIALES.- III. DAÑOS CAUSADOS A LA SALUD DE LOS HIJOS MENORES COMO CONSECUENCIA DE LA ALIMENTACIÓN.- 1. Daños derivados del consumo de alimentos en mal estado.- 2. Daños derivados del consumo de alimentos contraindicados.- 3. Daños derivados de la dieta alimentaria.- A) Dietas alta en grasas saturadas. La obesidad. B) Dietas veganas o vegetarianas.- 4. La edad de los hijos y la capacidad para tomar decisiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la superación del principio de la inmunidad familiar, la aplicación del Derecho de daños a las relaciones familiares es una realidad. Esa inmunidad ha sido superada tanto con el abandono del argumento que proclamaba la necesidad de mantener la paz familiar, como con el convencimiento de que las sanciones penales o las específicas del Derecho de familia no resultan suficientes en todos los casos. No obstante, y pese a que no puede quedar impune el hecho de que un miembro de la familia cause daño a otro, son escasas las demandas de responsabilidad civil en este ámbito y más aún si las circunscribimos a las relaciones entre padres e hijos, si bien es cierto que la proliferación de los seguros de responsabilidad civil, podría contribuir a una discreta expansión. El hecho de seguir manteniendo la negativa a toda posibilidad de aplicar los criterios propios de la responsabilidad civil dentro del ámbito familiar, conduciría no sólo a la impunidad del autor del daño, sino a una falta de tutela jurídica para el damnificado¹. En concreto, cuando nos preguntamos acerca de posibles situaciones en las que los padres o progenitores (o, en su caso, los tutores) pueden ser demandados por daños que ellos mismos han ocasionado a sus propios hijos, se abre un abanico de variopintas situaciones: cuando no respetan el derecho de visita u obstaculizan la relación entre el hijo y el otro progenitor; cuando no acuden al médico para las revisiones rutinarias o cuando el hijo padece una sintomatología preocupante, así como también si suministran de forma equivocada la medicación a sus hijos, optan por un tratamiento médico equivocado, les causan daños con alimentos en mal estado, o les suministran una mala alimentación en general, entre otros muchas hipotéticas situaciones.

¹ En el mismo sentido, MEDINA, G. y HOOFT, I.: “Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en procreación natural (La jurisprudencia italiana, norteamericana y canadiense)”, en AA.VV.: *Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez*, Santa Fe, 1990, p. 332.

• **Cristina López Sánchez**

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Miguel Hernández. Correo electrónico: cristina.lopezs@umh.es

A pesar de que los padres pueden responder por los daños causados a la salud o a la integridad física de sus hijos² todavía no contamos con pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, al menos entre los tribunales españoles. En concreto, uno de los aspectos a tratar dentro de esa posible responsabilidad se refiere a los daños que sufren los hijos menores derivados de la alimentación que los padres les procuran, cuestión sobre la que nos detendremos a lo largo de estas páginas.

A tal fin conviene partir de dos premisas. Por un lado, debemos atender al origen de la alimentación del menor, es decir a si se trata del suministro de alimentos en mal estado, alimentos contraindicados, o si lo que está en tela de juicio es el tipo de dieta que se les proporciona, en el sentido de saber si es una dieta rica en grasas, una dieta omnívora, o una dieta vegetariana o vegana. El empleo de dietas no convencionales es una opción para los padres, que deberían, antes de nada, ser conscientes de las necesidades de sus hijos e informarse acerca de los beneficios e inconvenientes que puede conllevar un tipo de alimentación alternativo. No podemos desconocer que la propagación de estas dietas es una realidad, ya sea por cuestiones éticas, medioambientales, religiosas o incluso relacionadas con la salud. Y aunque bien planificadas son apropiadas para todas las etapas de la vida, incluyendo el embarazo, la lactancia, la infancia y la adolescencia, podrían llegar a causar serias complicaciones en la salud de un menor de edad, si no se vigilan de cerca y no se siguen los controles médicos oportunos.

Por otro lado, es fundamental traer a colación en cada caso la edad concreta de cada menor, pues no cabe duda que a medida que van cumpliendo años van adquiriendo mayor capacidad volitiva y de discernimiento, y por ende más autonomía. En este trabajo la edad juega un papel relevante en una doble dirección: en primer lugar, porque los requisitos nutricionales no son los mismos en cada etapa de la vida, no es lo mismo la alimentación en la etapa infantil que en la juvenil o en la adulta. Una alimentación correcta es muy importante para un adecuado desarrollo y funcionamiento de nuestro cerebro y para la realización de todas las funciones intelectuales que en él se asientan. Durante la vida fetal y la primera infancia se produce un crecimiento rápido del cerebro y a los cuatro años el cerebro ya ha alcanzado el 90% de su volumen definitivo. En esos pocos años se forman las estructuras cerebrales y eso solo se puede lograr con una alimentación que contenga los nutrientes necesarios y en las proporciones adecuadas³.

En segundo lugar, porque hay que atender a la edad para saber a partir de cuándo un menor puede tomar sus propias decisiones, en este caso en relación con la alimentación que toma. Nos encontramos con que, a más autonomía de

2 Un estudio más detallado en LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores", en AAVV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 247-293.

3 Así, CAMPILLO ÁLVAREZ, J. E.: *Alimentación: Ciencia, tradición y salud*, Arán, Madrid, 1997, pp. 47-48.

los menores, menos responsabilidad de sus padres. Efectivamente, no puede desconocerse la autonomía que la legislación española va concediendo a los menores de edad a partir de cierto momento y debemos ser conscientes y dar entrada a la propia capacidad de elección de los hijos adolescentes, siempre dentro de unos límites y bajo ciertos requisitos.

Con carácter general, si la doctrina española prácticamente no se ha preocupado por los daños que los padres pueden causar a sus hijos menores, menos aún lo ha hecho cuando esos daños derivan de determinada dieta alimentaria. A pesar de ello, parece que nada impide la aplicación de las normas de responsabilidad civil en estos casos y, ante la ausencia en el Código civil de una regulación específica, habremos de acudir al art. 1902 CC. La familia no puede amparar determinados comportamientos dañinos, y la jurisprudencia ha entendido que cabe presentar, al amparo del 1902 CC una demanda reclamando indemnización por daños sufridos en determinadas situaciones⁴.

El problema consistirá, pues, en saber qué casos dan lugar a responsabilidad civil, así como también si los daños que se causen en el seno de la familia se someten a las reglas comunes de responsabilidad civil previstas en el Código civil o, por el contrario, si existen razones que hagan aconsejable atenuar o modificar la aplicación dichas reglas. Ante este punto de partida, y dado que el Derecho de Familia no ni contiene normas particulares aplicables a la responsabilidad por daños entre familiares ni tampoco contiene normas que excluyan expresamente el resarcimiento de esos daños, nada impide que se apliquen a estos supuestos las reglas generales de la responsabilidad civil⁵.

II. EL DERECHO DE DAÑOS EN LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

En los últimos años asistimos a una creciente exposición de la familia ante el Derecho de Daños, siendo diversos los motivos por los cuales los cónyuges, ascendientes o descendientes, pueden accionar los unos con los otros. Entre todas las causas generadoras de responsabilidad extracontractual, esta comunicación se centra en la facultad que tienen los padres de proporcionar un tipo de alimentación determinado para sus hijos menores de edad, con las consecuencias negativas para la salud que en su caso pudieran derivarse ante la falta de calcio, hierro o de determinadas vitaminas y proteínas consecuencia de la dieta, así como

4 En el mismo sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *La Ley* 2007-II, p. 1658.

5 Igualmente, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 82-83.

también ante el consumo excesivo de grasas saturadas o la ingesta de alimentos inapropiados o en mal estado.

La figura de la responsabilidad civil no es enteramente desconocida en el ámbito familiar. En palabras del Tribunal Supremo se trata de una "materia incipiente"⁶ y aunque subsisten dudas y vacilaciones sobre la viabilidad de ciertas demandas, lo cierto es que en diversos ámbitos se ha abierto camino la tesis que se pronuncia a favor de la admisibilidad de los planteamientos resarcitorios en el Derecho de Familia⁷.

El abanico de posibles supuestos en los que se podría apreciar la responsabilidad de los padres con respecto a sus hijos dentro de la propia familia es, al menos por el momento, más bien hipotético que real, pues, como ya hemos avanzado con anterioridad, ni en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ni en la del Tribunal Supremo hemos encontrado sentencias que nos puedan servir de referencia. Con todo, y pese a que en muchos de los casos se acudiría a la vía penal al ser la conducta constitutiva de un delito, no hay que olvidar la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil, entre otras razones por el principio de intervención mínima aplicable al Derecho penal.

En relación con esto último, y aunque un menor de edad puede ser víctima de un daño en su salud o integridad física por una acción u omisión de sus progenitores, sin embargo, ese menor sometido a la patria potestad, precisamente por su condición de menor, no podrá por sí mismo interponer una demanda contra sus progenitores. En todo caso lo harán otras personas por él, como los propios padres en su labor de representantes legales, si bien es cierto que se trata de un supuesto poco probable al ser ellos mismos los demandados⁸. Algunas razones apoyan este argumento: en primer lugar, los padres tienen el deber jurídico (art. 154.I CC) y moral de velar por sus hijos. En relación con esto mismo, la segunda razón se resume en que la patria potestad comprende derechos y obligaciones que en muchos supuestos otorgan cierta discrecionalidad a los padres, por ejemplo, a la hora de elegir colegio, religión, lugar de residencia, etc. Si se conceden parcelas de discrecionalidad a los padres en relación con sus hijos, no parece lógico permitir que se les pueda demandar después por una mala elección. Sin duda, los padres son los más indicados para saber qué es lo más conveniente para sus hijos⁹ y en

6 STS 30 junio 2008 (RJ 2009, 5490).

7 Asimismo, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El criterio de imputación", cit., p. 80.

8 Según apuntan M. MARTÍN CASALS y J. RIBOT aunque nada impide dirigir una acción de reclamación de daños en nombre de los hijos menores por los daños causados por alguno de sus progenitores, cuestión distinta es que este tipo de acciones en la práctica lleguen a plantearse, ya que el perjudicado y el causante de los daños van a compartir, por razón de la convivencia y por el deber legal y moral de los progenitores de velar por sus hijos y atenderles, las consecuencias negativas del evento dañoso, "Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", ADC, vol. LXIV, 2011, núm. 2, p. 548.

9 FERRER RIBA, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *Indret* 4/2001, disponible en <http://www.indret.com>, p. 17.

el ejercicio de la patria potestad debe primar el interés del menor; a partir de la atribución a los progenitores, como no podía ser de otro modo (art. 39.3 CE), de la suficiente autonomía en relación con las decisiones relativas a su crianza y educación¹⁰.

Siguiendo con el elenco de razones, la tercera razón se refiere a que si los menores necesitan de sus representantes legales (art. 162 CC), en caso de que lo sean sus propios padres, nos parece poco probable que se produzca esa reclamación. De ahí que cuando el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, a éstos se les nombrará un defensor judicial que los represente en juicio y fuera de él, ya que, si el conflicto fuera sólo con uno de los progenitores, el otro sería quien lo de representaría (arts. 163 y 299.1 CC). Cuestión distinta sería que se dieran las circunstancias adecuadas para interponer una demanda sin contravenir la relación entre las personas con quienes se convive, por ejemplo, porque los daños estén cubiertos por un seguro de responsabilidad civil, o porque se haya roto dicha convivencia o los lazos de afecto¹¹, en cuyo caso no sería tan improbable que se produjera una reclamación¹². En otras palabras, como el menor no tiene capacidad procesal, si quisiera reclamar contra sus padres por los daños que le han ocasionado, podría iniciar la acción el progenitor que no intervino en la producción del daño; de haber sido ambos padres los causantes del ilícito, se le nombrará un defensor judicial, o bien será el propio menor quien interponga la correspondiente demanda cuando alcance la mayoría de edad.

En cuarto y último lugar, dado que en nuestro ordenamiento jurídico civil hay previstas ciertas medidas contra la violación de las obligaciones paternofiliales, sólo se debería acudir al Derecho de daños de manera subsidiaria. En este sentido, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad puede llevar consigo la pérdida de la patria potestad (art. 170 CC), la desheredación (art. 854 CC) y, entre las causas de indignidad para suceder a los hijos, son incapaces de suceder por causa de indignidad los padres que hubieran abandonado, prostituido o corrompido a sus hijos (art. 756 CC). Así las cosas, el recurso al Derecho de daños debería ser secundario con respecto a las normas especiales del Derecho privado, que serían de aplicación preferente¹³. Es por tanto preferible que los conflictos derivados de las relaciones familiares se resuelvan con criterios de Derecho de familia, no con criterios de responsabilidad civil, lo que no significa que no podamos aplicar el art. 1902 CC, sino que si aplicamos a modo de

10 MARTÍN CASALS, M., y RIBOT, J.: "Daños en Derecho de familia", cit., p. 559.

11 En este sentido, FERRER RIBA., J.: "Relaciones familiares", cit., p. 3; PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 109.

12 A pesar de que los padres pudieran estar separados o divorciados, y aunque entre ellos exista una mala o nula relación, subsiste el vínculo de filiación y por tanto las obligaciones y derechos que se derivan de la patria potestad. Incluso está legalmente previsto que el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por sus hijos menores y a prestarles alimentos (art. 110 CC).

13 En el mismo sentido, MARTÍN CASALS, M. y RIBOT, J.: "Daños en Derecho de familia", cit., p. 528.

panacea universal el art. 1902 CC, estaríamos confiriéndole una función que no le corresponde y acabaríamos por desnaturalizarlo.

III. DAÑOS CAUSADOS A LA SALUD DE LOS HIJOS MENORES COMO CONSECUENCIA DE LA ALIMENTACIÓN

La alimentación de los hijos que se encuentran bajo la patria potestad es responsabilidad de los padres, lo que supone que éstos deberían velar por sus hijos hasta que se extinguiera la patria potestad y que, en su caso, podrían llegar a responder de los daños que sufrieran, siempre y cuando esos daños hubieran sido consecuencia directa de una actuación culposa o dolosa de los progenitores y se dieran los demás presupuestos legales para dar entrada a la responsabilidad civil¹⁴.

Efectivamente, hay que insistir en que aun habiendo sufrido el hijo menor un daño en su salud, no siempre sus progenitores van a tener que responder de ello, por mucho que de entrada pudiera pareceros que son los artífices de dicho daño. Para que nazca esa obligación es necesario que concurren los elementos constitutivos de la responsabilidad civil: una acción u omisión realizada con consciencia y voluntad, un daño o menoscabo de un bien patrimonial o personal, una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, y la culpabilidad.

El daño del art. 1902 CC ha de suponer una lesión de cierta gravedad, quedando fuera del concepto de daño resarcible las simples molestias, inconvenientes o incomodidades propios de la misma convivencia familiar entre padres e hijos¹⁵. No es la infracción de los deberes familiares lo que, en sí misma, constituye un daño ilícito que implica la creación de una obligación resarcitoria, sino que el perjuicio haya alcanzado otros intereses, los derechos fundamentales, dotados de tutela constitucional del que el familiar perjudicado es titular¹⁶.

La culpabilidad a la que se refiere el art. 1902 CC supone que quien causa un daño, en este caso los padres, han de haber actuado con dolo o culpa. Hay dolo cuando el agente material se ha representado la actividad dañosa y ha aceptado

14 En idéntico sentido, SESTA, M.: "Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2012, p. 411.

15 Igualmente, SESTA, M.: "La filiazione", en AA.VV.: *Trattato di Diritto Privato. Filiazione, adozione, alimenti*, IV (dir. da M. BESSONE e a cura di T. AULETTA), Giappichelli, Torino, 2011, pp. 392-393; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., y PÉREZ VALLEJO, A. M.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012, p. 21; 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, en AA.VV.: *Daños en el Derecho de familia* (coord. por J. R DE VERDA Y BEAMONTE), Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 17, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 67; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., y NAVARRO MICHEL, M.: "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)", *RJC*, 2010, núm. 3, p. 830; BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2016, núm. 4-3, p. 294.

16 SESTA, M.: "Infracción de los deberes familiares", cit., p. 411.

sus consecuencias, mientras que habría culpa en el caso de que el agente no adoptase las medidas de cuidado que hubiera empleado una persona diligente – buen padre de familia– o el patrón de conducta del ciudadano medio, en previsión y para evitar el daño que finalmente se ha ocasionado.

Nos vamos a referir a los daños que sufren los hijos menores como consecuencia de una mala o deficiente alimentación, tanto dolosa como culposa, si bien es cierto que en la mayoría de casos más bien atenderemos a la falta de diligencia de los padres, ya que cuando la conducta dolosa de los padres causa el daño, podríamos estar ante supuestos más próximos al Derecho penal, por ejemplo, en el caso de proporcionar conscientemente alimentos nocivos para la salud de sus hijos.

Otras situaciones a tener en cuenta son las que se refieren a los daños causados no tanto por la selección de alimentos sino por unos hábitos de consumo que los menores han contraído como consecuencia de una educación defectuosa por parte de los padres. Los hábitos alimentarios individuales se desarrollan durante la infancia y adolescencia y están determinados por los patrones de consumo de los padres o las personas del entorno. Por esta razón la infancia es la mejor etapa para inculcar hábitos y patrones de alimentación, que son adquiridos por repetición, casi de forma involuntaria y son muy poco modificables durante la etapa adulta¹⁷. No obstante, a pesar de la anterior afirmación, en algunos de esos casos, como el de la anorexia nerviosa o la bulimia¹⁸ hay que andar con mucho cuidado dado que los padres en la mayoría de los casos no han podido evitarlos (detrás de ese trastorno alimenticio hay un problema psicológico) y su diligencia se tendría en consideración a partir de la detección de los primeros síntomas. En el caso de la ingesta de tabaco, alcohol, estupefacientes, etc. habría que estar igualmente al caso concreto. Aquí el supuesto de hecho sería distinto, pues nos referimos a daños a hijos ya adolescentes que, como consecuencia tanto de la educación que han podido recibir en el seno de su familia como de la propia conformación de su personalidad, son testigos directos del deterioro de su propia salud. Si entre los deberes y facultades de los padres que comprende el art. 154 CC se recoge el deber de educar y procurar una formación integral a los hijos, lo cierto es que en algunos casos esa educación puede contribuir a que el hijo sufra daños en la salud. El problema reside entonces en averiguar hasta qué punto serían los padres

17 SIMÓN MAGRO, E. y ZABALA LETONA, A.: "Hábitos dietéticos y tipos de alimentación alternativa", en AA.VV.: *Bases de la alimentación humana* (coord. por V. M. RODRÍGUEZ RIVERA y E. SIMÓN MAGRO), Netbiblo, La Coruña, 2008, p. 396.

18 En este contexto podemos traer a colación la sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª) de 28 de noviembre de 2007, si bien en este caso se trata de la no responsabilidad de la Administración pública, aunque el supuesto nos parece trasladable a los padres. El Tribunal con buen criterio resuelve que no se puede hablar de la responsabilidad de la Administración pública señalando en el fundamento jurídico tercero que "La joven, como ocurre con cierta frecuencia a su edad, tiene un problema de bulimia, en la misma medida en que otras jóvenes sufren de anorexia. Pero que esto sea así, es algo por completo ajeno a las responsabilidades de un centro docente. En el mejor y más directo caso, sería responsabilidad de los padres. Si estos no han advertido el problema, ¿cómo puede pedirse que lo adviertan los profesores? La función de éstos en enseñar" (JUR 2008, 1333177).

o el propio menor que al ir creciendo va adquiriendo mayor madurez y con ella mayores cotas de autodeterminación¹⁹, los causantes de ese daño, pudiéndonos encontrar ante un caso de concurrencia de causas o de culpas.

I. Daños derivados del consumo de alimentos en mal estado

Otro tanto sucede cuando los progenitores hayan proporcionado a sus hijos comidas en mal estado, en cuyo caso, antes de plantearnos si la conducta de los padres fue culposa, a su vez deberíamos establecer diferencias. Por un lado, si se tratase de intoxicaciones alimentarias, por ejemplo, ante la presencia de una bacteria como la salmonella, a su vez habría que distinguir según que el alimento hubiera sido elaborado por ellos mismos o por un tercero. En el primer caso estaríamos ante lo que se ha denominado un riesgo general de la vida, dentro de los criterios de imputación objetiva de la responsabilidad, dado que en la vida de relación, toda actividad lleva consigo la creación de riesgos, es decir, de probabilidades de que se produzcan resultados dañosos que todos los seres humanos deben asumir por el propio beneficio que les supone formar parte de un cuerpo social²⁰ y, en el segundo caso, estaríamos ante un caso fortuito.

De otra parte, si los padres ofrecen a sus hijos alimentos que han rebasado la fecha de consumo tope o productos que no han pasado los controles oportunos, por ejemplo por haber sido adquiridos en lugares que no cumplen con los requisitos sanitarios oportunos, no estarían cumpliendo con la diligencia media y en esos casos sí que podría exigírseles la reparación del daño, incluso porque su conducta podría ser considerada dolosa (se han podido representar las consecuencias de tomar ese producto caducado o comprar de alguien que no ofrece garantías para manipular alimentos y las aceptan). Lo anterior, claro está, en el caso de que se pudiera probar con claridad cuál fue el origen del daño y de que, efectivamente, ese daño fuera susceptible de resarcimiento porque se dan los requisitos legales para ello.

2. Daños derivados de la ingesta de alimentos contraindicados

Algo similar sucede cuando los hijos menores toman alimentos o bebidas contraindicados para su salud, bien porque los padres dejan a su alcance medicamentos o bebidas alcohólicas, bien porque toman estupefacientes directamente o introducidos en alimentos (como en algunos casos de los que

19 Cuando el menor fuma o se droga nos encontramos ante un comportamiento autolesivo, es decir, se convierte en víctima de sí mismo, BAUSILIO, G.: "Gli adolescenti", en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni, III, Uccisione del congiunto. Responsabilità familiare. Affido, Adozione* (dir. da P. CENDON), Cedam, Milani, 2011, p. 664.

20 De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva hay un nivel de riesgo permitido, por debajo del cual el daño no es imputable objetivamente a la actividad creadora del riesgo, PEÑA LÓPEZ, F.: «El alcance del principio de los "riesgos generales de la vida" como criterio de exclusión de la responsabilidad civil», en AA.VV.: *Derecho de daños* (coord. por M. J. HERRADOR GUARDIA), Sepin, Madrid, 2011, pp. 149 y ss.

hemos tenido noticia a través de los medios de comunicación por la ingesta de galletas de hachís o magdalenas de marihuana), o cuando por ejemplo siendo el hijo diabético los padres no procuran que la dieta se acomode a sus necesidades alimenticias. Estos casos difícilmente van a poder ser calificados como de descuido, quedando clara la conducta dolosa de los progenitores.

Efectivamente, en el caso de las bebidas alcohólicas, se constata un claro comportamiento negligente por parte de los padres. En segundo lugar, las galletas o magdalenas “diferentes” que en ocasiones han consumido algunos menores, también darían lugar a una responsabilidad derivada cuando menos de la culpa grave de los padres. Como en el reciente caso de una niña de año y medio y su madre, ingresadas en un hospital de Girona por intoxicación tras ingerir unas galletas que contenían marihuana²¹. Similar es el caso de una niña de nueve años, que fue ingresada por comer magdalenas que también contenían marihuana y que habían sido compradas por su padre a unas vendedoras ambulantes en una feria artesanal. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, aquí los padres no sabían que los dulces contenían droga y los Mossos localizaron a las vendedoras que fueron denunciadas por un delito contra la salud pública y otro de lesiones al no haber informado al padre de la menor de las sustancias psicotrópicas que contenían dichas magdalenas²².

También en estos casos entra en juego la edad de los menores. Así, en A Coruña la policía detuvo a un joven acusado de vender marihuana y hachís a menores en las inmediaciones de sus centros educativos. La investigación se inició cuando una menor tuvo que ser hospitalizada tras sufrir una intoxicación por haber comido unas galletas de hachís que le había dado un compañero de clase y que, según la Policía Nacional, habían sido elaboradas por ese alumno tras comprarlo al joven que acudía diariamente al colegio para vender²³. En este caso, además, tendríamos en cuenta la responsabilidad de quien vende la droga, la responsabilidad de los padres del menor que elabora las galletas, así como también en su caso la del centro docente, por la vía civil (art. 1903.C CC) o por la vía de la responsabilidad civil derivada del delito (art. 61.3 LORPM).

21 Ante lo que parece un comportamiento negligente por parte de la madre, los Mossos d'Esquadra están investigando la procedencia de las galletas dado que la madre asegura que no son suyas y que no sabe cómo aparecieron en su cocina, disponible en https://www.antena3.com/noticias/sociedad/nina-ano-madre-intoxicadas-ingerir-gallegas-marihuana_201808295b866cd10cf2710aaaf3873c.html (consulta de 20-08-2018).

22 Disponible en <http://www.elmundo.es/cataluna/2014/05/03/5364c89122601d34458b456e.html> (consulta de 12-05-2018).

23 Otros estudiantes del centro que también habían ingerido estos dulces sufrieron intoxicaciones, según el informe de la Policía Nacional, aunque solo una tuvo que ser hospitalizada por ello, disponible en <https://www.laopinion.es/sucesos/2013/12/23/ingresada-nina-comer-galletas-hachis/516906.html> (consulta de 12-05-2018).

Igualmente, en el caso del no cumplimiento de unas prescripciones médicas de carácter alimentario que son fundamentales para el bienestar del hijo ya que de lo contrario se pondría en peligro incluso su propia vida, la conducta sería dolosa y nos acercaría al tipo penal.

3. Daños derivados de la dieta alimenticia

Como no es necesario insistir en la importancia que tiene para una buena salud una alimentación sana y equilibrada, nos detendremos en la consideración de los daños derivados de las dietas alimenticias.

No es lo mismo alimentación que nutrición. Las personas necesitamos materiales con los que construir o reparar el propio organismo, energía para hacerlo funcionar y reguladores que controlen ese proceso. Para ello necesitamos un grupo de sustancias conocidas como nutrientes: lípidos, hidratos de carbono, proteínas, vitaminas, minerales y agua. Estos materiales forman parte, en mayor o menor proporción, de los alimentos, que son las sustancias naturales o artificiales, que ingerimos mediante la comida. Por otro lado, la alimentación es el conjunto de acciones que permiten la introducción en nuestro organismo de alimentos. Donde termina la alimentación empieza la nutrición, es decir, ésta comienza cuando los alimentos entran en el aparato digestivo²⁴.

El término dieta hace referencia al hábito alimenticio de una persona. No existe un solo tipo de dieta, sino que existe una gran variedad. La elección de los alimentos depende de diversos factores como la religión, la cultura, los recursos económicos y geográficos, entre otros, y forman parte de la cultura de cada lugar, aunque hoy en día están sujetas a otras variables como las modas, formas de vida alternativas, etc²⁵.

En algunos casos las creencias religiosas privan de ciertos alimentos. El ayuno y la restricción alimentaria han sido prácticas habituales para conseguir la perfección del espíritu. En ocasiones la restricción se refiere al consumo de un alimento o bebida y en otros al ayuno durante un periodo concreto, por ejemplo, la mayoría de hindúes no come carne de res y algunos nunca comen alimentos de origen animal, excepto la leche y derivados lácteos, ya que su religión les prohíbe sacrificar animales; la religión católica limita el consumo de carnes rojas durante el tiempo de cuaresma; los protestantes no ingieren bebidas alcohólicas; los mormones no toman carne ni bebidas alcohólicas o con cola; la religión islámica, practicada por

24 La alimentación es un acto voluntario mientras que la nutrición es un acto involuntario, de ahí la importancia de la correcta elección del tipo de alimentos y cantidad que introducimos en el organismo. De ello dependerá una correcta nutrición y en consecuencia una buena salud, así, CAMPILLO ÁLVAREZ, J. E.: *Alimentación: Ciencia, tradición y salud*, Arán, Madrid, 1997, pp. 29-30.

25 En el mismo sentido, SIMÓN MAGRO, E. y ZABALA LETONA, A.: "Hábitos dietéticos", cit., p. 397.

una parte importante de la población inmigrante, obliga a consumir alimentos Halal²⁶.

Con todo, no nos detendremos en estos condicionantes religiosos dado que, salvo en situaciones muy extremas, no influyen decisivamente en la salud de los menores. Lo que sí merece nuestra atención son los tipos de dietas alimenticias, si bien no pretendemos llevar a cabo un análisis exhaustivo de todos los tipos de dietas que hay, sino sólo aproximarnos a las categorías principales diferenciando la dieta omnívora, que es la más común porque en ella se consumen alimentos de todo tipo, tanto de origen animal como vegetal, de lo que podríamos llamar dietas alternativas en el sentido de que se alejan de los patrones dietéticos convencionales.

Dentro de las llamadas dietas alternativas, en las dietas vegetarianas no se incluyen productos de origen animal y en algunos casos ni siquiera sus derivados, como el huevo, la leche o la miel²⁷, siendo en ellas fundamental el consumo de alimentos de origen vegetal (frutas, verduras, legumbres, hortalizas, semillas, granos, etc.). Por eso distinguimos entre quienes no admiten ninguna ingesta de productos de origen animal ni de sus derivados, que serían los vegetarianos estrictos o vegetarianos puros (también denominados veganos); los que consumen miel, huevos y lácteos (apiovolactovegetarianos); aquellos que sí consumen leche (lactovegetarianos); los que consumen huevos (ovovegetarianos); los que consumen tanto leche como huevos (ovolactovegetarianos) y, por último, los que únicamente comen fruta, que son los que practican el frugivorismo. Por otro lado, tenemos el crudismo, crudivorismo o alimentación crudista, donde se toman los alimentos sin cocinar, no procesados y orgánicos. Aunque el crudismo implica la ingesta de todo alimento que sea crudo, vegetal o animal, en la actualidad la inmensa mayoría también son vegetarianos (crudivegetarianismo) o directamente veganos (crudiveganismo). Por último, la alimentación macrobiótica consiste en atender las particularidades de cada alimento para obtener la libertad de utilizarlos según los objetivos y necesidades personales²⁸.

Además, en estos tipos de dieta influyen factores de tipo psicológico: los hábitos son una parte importante de la conducta humana, lo que implica que la alimentación humana no es solo una cuestión fisiológica, sino que se incluye en el

26 Un alimento es Halal cuando no presente en su composición ingredientes o sustancias provenientes de animales prohibidos en el Corán, y además los animales deben ser sacrificados como indican las leyes islámicas. Además, durante el Ramadán, practicado por muchos inmigrantes musulmanes, la abstinencia incluye un concepto más amplio que el ayuno de alimento y bebida durante todo el día, ya que por ejemplo se eliminan los actos sociales, SIMÓN MAGRO, E. y ZABALA LETONA, A.: "Hábitos dietéticos", cit. p. 397.

27 Entre otros, SABATÉ, J.: *Nutrición vegetariana*, Safelix Científica, Toledo, 2005, p. 175.

28 SIMÓN MAGRO, E. y ZABALA LETONA, A.: "Hábitos dietéticos", cit., p. 396.

campo psicosocial. Los cambios en el modelo dietético elegido persiguen un estilo de vida que incluye una supuesta coordinación de cuerpo mente y espíritu²⁹.

En todo caso, consideramos que en este terreno hay que contar con grandes dosis de sentido común, pues en ocasiones se consumen tantos productos animales que se llega a poner en riesgo la propia salud, incluso más que si se sigue una dieta vegana, pero del mismo modo que en tal caso la respuesta no puede ser la de suprimir toda ingesta de productos animales sino comerlos en su justa cantidad, el mismo criterio de sensatez ha de imperar en torno a los complementos nutricionales y controles médicos de las dietas vegetarianas.

A) Dietas altas en grasas saturadas. La obesidad entre niños y adolescentes

En nuestro entorno sociocultural actual, las posibilidades para elegir los alimentos son ilimitadas, con una oferta muy variada. Hoy en día el problema no es la escasez, sino el exceso. En la sociedad sedentaria e hipernutrida en la que vivimos nos preocupan las alteraciones cardiovasculares, la obesidad, la elevación del colesterol en sangre, las diabetes, la hipertensión arterial, el riesgo de infarto de miocardio y cerebral y síndrome metabólico, todo ello relacionado con la alimentación³⁰.

Como hemos señalado con anterioridad, los alimentos no sólo son una fuente de nutrientes, sino que también reflejan importantes cuestiones culturales, sociales, económicas³¹, religiosas, etc. Otros factores que condicionan el consumo de alimentos serían el ritmo de trabajo de los progenitores, la incorporación de las mujeres al mercado laboral, el aumento de la escolarización, la utilización de los comedores de los centros docentes o la excesiva publicidad de los medios de comunicación incitando al consumo de alimentos poco saludables³².

El seguimiento de una dieta equilibrada es beneficioso para evitar la aparición o coadyuvar en el tratamiento de enfermedades de elevada prevalencia en los países desarrollados, como son la obesidad, diabetes, hipertensión, cáncer, etc. A pesar de que de que el modelo dietético español se ha caracterizado por la dieta mediterránea, que es uno de los patrones más saludables del mundo, se observa una transformación de nuestros hábitos de consumo hacia otros más inadecuados³³. Esos hábitos se han ido modificando en los últimos años y la alimentación tradicional se está viendo desplazada por otro tipo de alimentación en la que

29 *Idem*, p. 397.

30 Así, CAMPILLO ÁLVAREZ, J. E.: *Alimentación: Ciencia, tradición y salud*, Arán, Madrid, 1997, pp. 21-22.

31 Desgraciadamente los factores económicos pueden condicionar la alimentación, en este caso deficitaria, de los hijos, pero no vamos a entrar ahora en este tema y nos remitimos a las ayudas que al menos en nuestra sociedad pueden recabarse.

32 SIMÓN MAGRO, E. y ZABALA LETONA, A.: "Hábitos dietéticos", cit., pp. 395 a 396.

33 *Idem*, p. 395.

abundan las grasas y se come en exceso aunque con menor riqueza nutricional, lo cual supone un verdadero riesgo para la salud, al conducir hacia un incremento de la obesidad infantil y adolescente³⁴. A tal fin consideramos conveniente una reflexión acerca de los factores que condicionan la elección de alimentos y sobre si la obesidad de los niños es responsabilidad de sus padres. La obesidad, además de traducirse en un problema para la salud, supone la disminución de la autoestima y la posible depresión del menor; efectivamente, además de los aspectos comunes a la obesidad en cualquier edad, relacionados con el aumento de la morbimortalidad a corto y a largo plazo, se añaden los aspectos asociados al impacto negativo en el desarrollo psicosocial del adolescente, que presenta más riesgo de inestabilidad emocional, ansiedad, introversión, pasividad, aislamiento social, y rechazo hacia actividades relacionadas con el ejercicio físico³⁵.

Llegados este punto no podemos admitir de entrada una afirmación de ese calibre, dado que habría que estar al caso concreto para conocer el tipo de causa que ha originado la obesidad. En algunos casos factores genéticos son los condicionantes de la misma, si bien es cierto que la obesidad se origina principalmente por el desequilibrio entre la ingesta y el consumo calórico, es decir, entre las calorías que se toman con los alimentos y bebidas, y las que se gastan con la actividad física. Efectivamente, la obesidad está relacionada con las dietas hipercalóricas y la disminución progresiva de la actividad física³⁶. Este desajuste entre los ingresos y el gasto de calorías, no tiene mayores consecuencias si es esporádico, sino cuando tiene lugar día tras día, y aquí entraría la responsabilidad de aquellos padres que no hacen nada para evitarlo, bien por desconocimiento de las causas o de las consecuencias de la obesidad, bien simplemente porque se desentienden del problema. Lo que sí parece que entraría dentro del ámbito de control de los padres sería el control del ejercicio o actividad física de sus hijos menores.

Concluimos este apartado con dos paradojas. Por un lado, los medios de comunicación y las campañas publicitarias promueven un ideal de belleza que no se alcanza con los hábitos y alimentos que muestran. Y, por otro lado, aumentan al mismo tiempo la incidencia de sobrepeso y obesidad, y la incidencia de los comportamientos relacionados con la pérdida de peso y la no aceptación de la

34 Los niños españoles también sufren obesidad. Según el Estudio ALADINO 2015, de los 10.899 niños de seis a nueve años de todas las Comunidades Autónomas que fueron estudiados entre noviembre de 2015 y marzo de 2016, el 23,2% presenta sobrepeso y el 18,1% obesidad, datos que, aun siendo altos, muestran una tendencia decreciente con respecto a estudios anteriores, vid. Estudio de Vigilancia del Crecimiento, Alimentación, Actividad Física, Desarrollo Infantil y Obesidad en España 2015. Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2016, pp. 17-18.

35 MORENO AZNAR, L. A., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, G., BUENO LOZANO, G.: "Nutrición en la adolescencia", en AA.VV.: *Tratado de nutrición, Tomo III, Nutrición humana en el Estado de Salud* (dir. por A. Gil), Editorial médica panamericana, Madrid, 2010, p. 270.

36 *Idem*, cit., p. 270.

imagen corporal. Cuando el dintel del peso es muy bajo o la imagen corporal está distorsionada, la situación puede desembocar en bulimia, anorexia o en sus formas parciales o mixtas³⁷. Por lo tanto, la responsabilidad va mucho más allá, supera a la propia responsabilidad de los padres, ya que son factores externos los que se convierten muchas veces en los desencadenantes de los trastornos alimentarios.

B) Dietas vegetarianas y veganas

Estamos asistiendo a un incremento considerable de personas que siguen una dieta vegetariana o vegana (que, como sabemos, es un tipo de dieta vegetariana). Ante esa evidencia nos preguntamos qué ocurre con los menores de edad, es decir, nos surge la duda de si una dieta que no incluya una alimentación variada es adecuada para ellos.

La Asociación Americana de Dietética (ADA) define la alimentación vegetariana como la que excluye carnes de todo tipo y sus derivados. Este tipo de alimentación, siempre y cuando esté bien planificada, puede ser apropiada para todas las etapas del ciclo vital, incluido el embarazo, la lactancia, la infancia y la adolescencia, llegando incluso a ofrecer múltiples beneficios para la salud por su bajo consumo en grasas saturadas y colesterol, su alto aporte de fibra y por el control de las calorías que se ingieren, así como por la prevención y el tratamiento de ciertas enfermedades³⁸.

Sin embargo, teniendo en cuenta las necesidades nutricionales que implican el crecimiento y desarrollo de los menores, este tipo de alimentación ha de estar cuidadosamente planificada para evitar carencias. Por ejemplo, es recomendable que los vegetarianos estrictos (veganos) consuman alimentos ricos en hierro, proteínas, zinc, calcio y ácido fólico y reforzados con vitamina D y vitamina B12 o tomen suplementos dietéticos. Además, no debemos incurrir en errores que puedan implicar carencias nutricionales, y hay que persuadir a los padres en caso de ser necesario abandonar ciertas prácticas si constituyen un riesgo para sus hijos³⁹.

Con todo, se alzan posturas en contra de la alimentación vegetariana para niños, al considerarla una dieta incompleta para ellos. Sin duda se trata de un tema sembrado de polémica que cuenta con opiniones contrapuestas⁴⁰.

37 *Ibidem*.

38 RASPINI, M., STÁBILE, V., DIRR, A., DI IORIO, A.: *Alimentación del Niño sano*, Universidad Fasta, Mar del Plata, 2010, p. 61.

39 *Ibidem*.

40 Como en el caso de Tom Tom Watkins, el niño crudivegano holandés protagonista de los documentales *Raw* y *Rawer* cuya madre, Francis Kenter, decidió alimentarle con la dieta crudivegana desde los cinco años. Al presentar un crecimiento más bajo de lo normal los servicios sociales pusieron de manifiesto su deficiente nutrición y trataron de privar a la madre de la custodia de su hijo, ante lo cual la propia madre no entendía por qué querían privarle de la patria potestad mientras se permite que la mayoría de padres alimenten

Tenemos claro que una dieta vegetariana puede ser completa si se combina adecuadamente, existe variedad de alimentos vegetales y se complementa con algún suplemento nutricional. Lo ideal sería que, tratándose de menores de edad, al menos siguieran una dieta ovolacto-vegetariana, ya que en edades tempranas la dieta vegana puede alterar la biodisponibilidad de los nutrientes y derivar en una carencia de aminoácidos claves, vitaminas y oligoelementos.

Con todo, es un tema que genera controversias, porque si los adultos son libres para alimentarse cómo consideren, ello no es trasladable a sus hijos. De hecho, en el año 2016 una diputada italiana presentó un Proyecto de Ley para castigar –hasta con penas de prisión– a los padres veganos que aplicasen a sus hijos la misma dieta que la de ellos mismos: hasta un año de cárcel, o dos si el niño tenía menos de tres años; pero si como consecuencia de ello se derivaba una enfermedad o lesión personal, la pena de prisión ascendería a entre dos y cuatro años. Este Proyecto preveía incluso penas de hasta seis años si se producía la muerte del menor⁴¹. Ello abrió un amplio debate en Italia, sin que por el momento dicho Proyecto haya visto la luz.

Surge entonces la pregunta de si los menores de edad pueden ser vegetarianos y la respuesta es que sí, e incluso veganos, pero no en todo caso, sino sólo cuando estén planificadas de manera adecuada. Y ello siendo conscientes de que tradicionalmente ha existido la creencia de que una dieta vegetariana, y más aún una dieta vegana, no garantizaba las necesidades nutricionales y energéticas de los menores, lo cual hoy ha dejado de ser un temor, ya que ya las proteínas que ofrecen las legumbres, los frutos secos, las semillas y algunos cereales como el trigo, la avena y la quinoa, son de la misma calidad que las de la carne y, en todo caso los padres o tutores tienen que vigilar la nutrición y en su caso complementarla con aportes vitamínicos. Aun así, insistimos en que las dietas veganas son quizá demasiado restrictivas y por ello desaconsejables para los menores, ya que los controles médicos y aportes nutricionales pueden incluso llegar a hacer desaconsejable ese tipo de alimentación.

a sus hijos con comida basura. Disponible en https://elcomidista.elpais.com/elcomidista/2013/11/05/articulo/1383631200_138363.html (consulta de 30-05-2018).

41 Dicho Proyecto fue presentado en el Parlamento por el partido de centro-derecha, Forza Italia, en concreto por la diputada Elvira Savino, quien incluso citaba los principios de la Constitución italiana y afirmaba que su Proyecto de ley tiene el objetivo de “estigmatizar definitivamente las conductas alimentarias incautas y peligrosas impuestas por padres o quienes ejercen sus funciones, que ocasionan daños a menores de edad”. La llamada “Ley Savino” también pretendía evitar situaciones trágicas desde que en Italia ha habido ingresos hospitalarios de niños veganos por la dieta estricta a la que le sometían sus padres, como Chiara, de dos años de edad, hospitalizada en Génova en condiciones gravísimas, al llegar al hospital con un peso notablemente inferior al que le correspondía y con la hemoglobina muy baja, lo cual sumado a las carencias de vitaminas la situaba en un alto riesgo de sufrir importantes daños neurológicos y musculares. O también otro niño de un año ingresado en estado grave en un hospital Milán, con un nivel de calcio en la sangre “al límite de la supervivencia” y una cardiopatía, así como un peso equivalente a un bebé de tres meses, disponible en http://www.abc.es/sociedad/abci-padres-impongan-dieta-vegana-hijos-podrian-carcel-201608102217_noticia.html (consulta de 5/05(2018).

En cualquier caso, la alimentación de un niño vegetariano dependerá de su edad. En los primeros seis meses de vida se recomienda la lactancia materna exclusiva (o con leche de fórmula)⁴², al igual que en el caso de las familias no vegetarianas. A partir de los seis meses se introducen los alimentos sólidos: verduras, frutas, hortalizas, y legumbres. Entre los siete y ocho meses se recomienda incorporar frutos secos que son ricos en proteínas, grasas, vitaminas y minerales. Desde los dos años de vida la alimentación del niño debería comenzar a parecerse a la del resto de la familia. Pero en todo caso sin olvidar que los vegetarianas, necesitan suplementos y, además, en el caso de los adolescentes hay que estar atentos porque se han detectado algunos casos en que escogen una dieta vegetariana para camuflar un desorden alimentario preexistente.

Incluso, podríamos hablar de daños prenatales cuando la conducta perjudicial de la madre por los alimentos o bebidas que toma pueden afectar a la salud de su hijo. Cuando el daño derive de una conducta absolutamente imprudente o temeraria de los progenitores (drogodependencia de las madres, ausencia de exámenes prenatales idóneos para diagnosticar una enfermedad que hubiera podido ser tratada, alimentación inadecuada), no existen obstáculos para reconocer al hijo el derecho de resarcimiento del daño sufrido⁴³.

Como hemos dicho, aun siendo conscientes de que los efectos de estas dietas a largo plazo son en su mayoría positivos, en algunos casos los padres no son todo lo diligentes que cabría esperar y sus hijos pueden sufrir daños desde el instante en que estas dietas pueden provocar en los menores falta de hierro, calcio y vitaminas.

En tales casos, por lo que se refiere al criterio de imputación, existe una discusión entre quienes sostienen que los padres, una vez que se den los requisitos para ello, responden solo por dolo (o culpa grave, aunque aquí también hay polémica en torno a si son lo mismo o no), y quienes en cambio estiman que el requisito de la intervención de culpa o negligencia contenido en el art. 1902 CC comprende tanto la actuación dolosa como culposa. En definitiva, se trata de averiguar si hay una sola forma posible de imputar subjetivamente la acción u omisión al sujeto que la ha realizado (daños causados interviniendo dolo) o por el contrario cabe tanto el comportamiento doloso como el culposo⁴⁴.

De modo que ¿el dolo o la culpa grave son los únicos criterios de imputación de responsabilidad familiar o la responsabilidad también se extiende a otros casos

42 Las familias veganas que prefieran evitar las fórmulas convencionales derivadas de la leche de vaca, pueden optar por otras fórmulas de soja o arroz hidrolizado.

43 SESTA, M.: "Infracción de los deberes", cit., p. 429; RESCIGNO, P.: "Il danno da procreazione", *Riv. Dir. civ.*, 1956, núm. 1, p. 614.

44 BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El criterio de imputación", cit., pp. 86-87.

de conducta negligente? Para ello, ante la ausencia de normas específicas, acudimos a los arts. 1902 y 1104 CC.

Nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual en el art. 1902 CC se refiere a la culpa sin hacer mayores concreciones, es decir, alude a la culpa en sentido amplio, lo que significa que engloba tanto el dolo como la culpa en sentido estricto o negligencia. A ello hay que añadir que el art. 1104 CC, en sede de responsabilidad contractual, donde se establece que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, y que cuando la obligación no se refiera a la diligencia exigible, se exigirá la del buen padre de familia.

No hay base legal para sostener que la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares queda limitada al dolo (y culpa grave). Es cierto, y la realidad así lo demuestra que este tipo de daños suelen venir causados por una conducta dolosa, pero son censurables las resoluciones jurisprudenciales que exigen el dolo y no argumentan los motivos por los que la culpa no puede dar lugar a la obligación de indemnizar⁴⁵.

Y como en el dolo no hay referencia al modelo de conducta, al contrario de lo que ocurre en la culpa, con ello incorporamos el art. 1104, pues a falta de reglas especiales, la negligencia debe entenderse como se señala en el art. 1104 CC. Ello supondría que la diligencia exigible en la responsabilidad civil extracontractual, es la del "buen padre de familia" adaptada a las circunstancias del caso. Se parte de un modelo ideal, abstracto (1104.2 CC), que necesita ser adaptado a las particularidades del supuesto enjuiciado, como son la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas tiempo y lugar (1104.1 CC). Es el momento de juzgar los intereses y bienes protegidos, las cualidades del dañador y dañado, que son factores importantes para la adaptación del modelo abstracto⁴⁶.

Un criterio privilegiado y distinto al general de los arts. 1104 y 1902 CC es una opción de política legislativa, pero hoy lo único cierto es que carece de respaldo en nuestro ordenamiento. Se debe por tanto considerar suficiente el comportamiento culposo, si bien hay que reconocer que su papel puede ser limitado pues se trata de un campo en el que las cosas difícilmente suceden por descuido, sin que ninguna razón existe para negar de entrada tal posibilidad⁴⁷.

45 *Idem*, pp. 295-296 y p. 119.

46 BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La responsabilidad por dolo", cit., pp. 297-298.

47 BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El criterio de imputación", cit., p. 124, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La responsabilidad por dolo", cit., pp. 302-303.

A tenor de lo anterior, ante la afirmación de que los padres sólo responden de los daños causados en la salud o integridad física de sus hijos menores por culpa leve, estaríamos elevando de forma considerable el nivel de diligencia que les resulta exigible, mientras que, por el contrario, si sólo respondieran por culpa grave, estaríamos siendo más flexibles que la propia norma al considerar que la diligencia exigible es mucho menor.

Por lo tanto, si nuestro Código civil no diferencia ni gradúa la culpa, sino que se limita a remitir a ese modelo de conducta, nos acogemos al concepto de culpa que recoge el Código civil en el art. 1902 CC. No hay razones suficientes que avalen un tratamiento benévolo a favor de los progenitores que causan daño a la salud de los hijos menores, ya que ni lo dice nuestro Código civil, ni razones como la del quebrantamiento de la paz o la estabilidad familiar hoy en día son suficientes⁴⁸. En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos ningún apoyo legal que permita sostener que el daño ocasionado en el contexto familiar solo sería indemnizable en caso de dolo⁴⁹.

Nos abrimos paso en un terreno de arenas movedizas y la decisión a favor de extender la responsabilidad civil a las relaciones familiares no siempre termina de convencernos. Sin embargo, en el momento actual, dada la evolución doctrinal y jurisprudencial, y sin perjuicio de una intervención del legislador que pueda adoptar una posición concreta, entendemos que lo más correcto es aplicar la parte general de la responsabilidad civil (arts. 1.104 y 1.902 CC) y no vemos razones que permitan exonerar si no concurre el dolo y la culpa grave, dejando sin reparación otras negligencias⁵⁰.

A ello hay que añadir que, hoy por hoy, con la Constitución española en la mano, lo relevante se reconduce a constatar si la actuación de los progenitores lesiona algún interés protegido en la Constitución⁵¹, como así sucede en este caso con el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE, dentro del capítulo II "Derechos y libertades", sección 1ª "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas"), con el derecho a la salud (art. 43 CE, dentro del capítulo III "De los principios rectores de la política social y económica"), y con el principio de protección integral de los hijos (art. 39 CE también dentro del capítulo III).

En efecto, tal y como resume M. SESTA, para poder hacer recaer la responsabilidad de los padres por daño no patrimonial en favor de sus hijos, aquéllos han de haber

48 LOPEZ SÁNCHEZ, C: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 289-290.

49 Así, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El criterio de imputación", cit., pp. 115-116.

50 En el mismo sentido, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La responsabilidad por dolo", cit., p. 302.

51 SESTA, M.: "La filiazione", cit., p. 76.

lesionado los intereses protegidos en la Constitución, es decir, que su conducta sea lesiva del derecho al mantenimiento, educación, instrucción, salud o identidad personal del hijo (art. 30 de la Constitución italiana)⁵², en definitiva, al “deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos”. Y, de forma secundaria, dicha conducta ha de suponer una lesión de cierta entidad, no pudiendo pretender el hijo un resarcimiento por meras inconveniencias, problemas o decepciones, procesos de ansiedad o cualquier otro tipo de insatisfacción relativo a los más dispares aspectos de la cotidianeidad⁵³.

4. La edad de los hijos y la capacidad para tomar decisiones

Como apuntábamos al principio, resulta necesario atender a la capacidad natural del menor antes de declarar un responsable civil como consecuencia de la ingesta de alimentos. En materia de salud el derecho a la autonomía de los menores de edad se encuentra ligado al consentimiento informado, por lo que expresa o implícitamente se ha venido incorporando en los distintos ordenamientos jurídicos la idea de una “mayoría anticipada para el acto médico” que se basa en la premisa de que las personas adquieren conciencia sobre el propio cuerpo mucho antes de alcanzar la mayoría de edad generalmente recogida en las leyes⁵⁴. Aunque en este trabajo no vamos a referiros al consentimiento informado, no está de más recordar que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en su art. 9.3.c) establece que cuando se trate de menores con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, posibilitando incluso que los menores con suficiente capacidad puedan decidir por sí mismos, aunque no tuvieran dieciséis años. Una interpretación *a contrario* de este artículo, conduce a que si el menor tiene suficiente madurez para comprender el alcance del tratamiento o intervención podrá prestar su consentimiento, incluso por debajo de la edad fijada⁵⁵, lo que no siempre será fácil de saber. La fórmula empleada por el art. 9.3.c de la Ley 41/2002 es demasiado amplia y general al no concretar una edad fija⁵⁶, lo cual nos obliga a comprobar en cada caso si el menor reúne las condiciones de madurez. Y si el menor tuviera

52 Vid. SEDA, M.: “Infracción de los deberes”, cit., pp. 432-433.

53 El daño moral es el sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, como si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad. En los últimos años se ha venido haciendo un uso inadecuado del mismo, habiendo llegado a hablarse de la “trivialización” y la “deformación” del daño moral, DIEZ PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 13.

54 Así, FAMA, M. V.: «“Vivir y dejar morir...” El derecho a la muerte digna de niños y adolescentes: alcances y límites del ejercicio de la responsabilidad parental», *Derecho de familia*, 2007-I, p. 170.

55 En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: “Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi, 2011, p. 785.

56 En este sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 203.

dieciséis años, será él mismo quien preste el consentimiento señalando el art. 9.3.c) *in fine* de la Ley 41/2002 que en caso de actuación de grave riesgo para la salud del menor, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la adopción de la decisión. Se trata de un supuesto excepcional que pretende compatibilizar el derecho a la intimidad del menor –menor maduro– con el deber de sus representantes legales –padres o tutor– de velar por él⁵⁷.

Lo anterior corrobora el hecho de los menores a partir de cierta edad tienen suficiente autonomía para llevar a cabo ciertos actos, también en relación con la alimentación. De ahí que, si se les reconoce cierta capacidad de autodeterminación, no es lógico permitirle que traslade contra sus progenitores la responsabilidad derivada de los daños resultantes de esa elección para la que previamente se les ha reconocido capaces. Habrá que atender a factores como la edad, inteligencia, madurez, personalidad, educación, situación familiar, el medio social en el que vive, etc. Si se confiere al menor una verdadera autonomía en el ejercicio de sus derechos, desde el momento en que es considerado capaz para valorar razonablemente sus intereses, con más motivo para elegir su alimentación.

La capacidad natural deja al descubierto que entre la incapacidad y la capacidad de obrar existe un tercer concepto que podríamos denominar capacidad limitada, en el sentido de que, aunque la plena capacidad de obrar se adquiere, con carácter general, al cumplir los dieciocho años, el propio Código civil reconoce capacidad al menor para la realización de determinados actos. Como consecuencia de ello resulta fundamental saber si el menor puede entrar a formar parte del proceso de toma de decisión en temas relacionados con su estado de salud, pues en caso afirmativo no podrá reclamar nada a sus padres por los daños que pudieran derivarse de la actuación médica. En concreto, según el art. 162.2 CC “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

De donde concluimos que cuando el menor esté dotado de capacidad natural para ello, no será posible pretender de los progenitores ninguna indemnización por los eventuales daños sufridos a consecuencia de una elección alimentaria.

De modo que, como el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002 por un lado otorga capacidad de decisión suficiente al menor emancipado o, en todo caso, a partir de los dieciséis años e incluso por debajo de edad si tuviera suficiente capacidad y, por otro lado, establece que en caso de grave riesgo los padres deberán ser informados, nos preguntamos qué sucedería si hubiera discrepancia entre la

57 *Ibidem*.

opinión del menor y sus progenitores. Con arreglo a una interpretación literal del artículo parece que ha de prevalecer la voluntad del menor⁵⁸. Es decir, si se produce un conflicto entre la voluntad de un menor al que se le reconoce suficiente capacidad de juicio y discernimiento y la de sus padres, la voluntad del menor prevalecerá sobre cualquier otra, no sólo porque lo exprese el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, sino también porque así se desprende del art. 162 excepción 1ª del Código civil, a tenor del cual quedan fuera de la representación legal de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo pudiera realizar por sí mismo.

¿Esto último sería trasladable a las dietas que decide adoptar un menor que tenga suficiente capacidad? Es decir, en caso de conflicto en cuanto a la alimentación de los menores, ¿qué ha de prevalecer? ¿el criterio de los progenitores o el del propio menor? En todo caso, a tenor del art. 154 in fine CC “Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten” y que “Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”. Criterios de sensatez son los que deberían imperar en torno estos casos y, a falta de ellos, cabe la posibilidad de recabar el auxilio judicial por parte de los padres, así como también, desde el otro lado, interponer una demanda de responsabilidad civil por daños ocasionados a la salud de los hijos como consecuencia de una inadecuada alimentación.

58 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia*, cit., p. 202.

BIBLIOGRAFÍA

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, en AA.VV.: *Daños en el Derecho de familia* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 17, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 41-78.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar", en AA.VV.: en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 79-128.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2016, núm. 4-3, pp. 284-309.

BAUSILIO, G.: "Gli adolescente", en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni, III, Uccisione del congiunto. Responsabilità familiare. Affidato, Adozione* (dir. da P. CENDON), Cedam, Milani, 2011, pp. 635-665.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *La Ley* 2007-II, pp. 1658-1671.

FAMA, M. V.: «"Vivir y dejar morir..." El derecho a la muerte digna de niños y adolescentes: alcances y límites del ejercicio de la responsabilidad parental», *Derecho de familia*, 2007-I, pp. 155-179.

FERRER RIBA, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *Indret* 4/2001, disponible en <http://www.indret.com>

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M.: "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)", *RJC*, 2010, núm. 3, pp. 805-832.

LOPEZ SÁNCHEZ, C.: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 247 a 293.

MARTÍN CASALS, M. y RIBOT, J.: "Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *ADC*, vol. LXIV, 2011, núm. 2, pp. 503 a 561.

MEDINA, G. y HOOFT, I.: "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en procreación natural (La jurisprudencia italiana, norteamericana y

canadiense)", en AA.VV.: *Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez*, Santa Fe, 1990, pp. 231-282.

MORENO AZNAR, L. A., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, G., BUENO LOZANO, G.: "Nutrición en la adolescencia", en AA.VV.: *Tratado de nutrición, Tomo III, Nutrición humana en el Estado de Salud* (dir. por A. GIL), Editorial médica panamericana, Madrid, 2010, pp. 257-288.

PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984.

PEÑA LÓPEZ, F.: «El alcance del principio de los "riesgos generales de la vida" como criterio de exclusión de la responsabilidad civil», en AA.VV.: *Derecho de daños*, (coord. por M. J. HERRADOR GUARDIA), Sepin, Madrid, 2011, pp. 141-194.

RASPINI, M., STÁBILE, V., DIRR, A., DI IORIO, A.: *Alimentación del niño sano*, Universidad Fasta, Mar del Plata, 2010.

RESCIGNO, P.: "Il danno da procreazione", *Riv. Dir. Civ.*, 1956, núm. 1, pp. 614-631.

ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

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

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: "Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi, 2011, pp. 765-885.

SABATÉ, J.: *Nutrición vegetariana*, Safelix Científica, Toledo, 2005.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B. y PÉREZ VALLEJO, A. M.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012.

SESTA, M.: "La filiazione", en AA.VV.: *Trattato di Diritto Privato. Filiazione, adozione, alimenti*, IV (dir. da M. BESSONE e a cura di T. AULETTA), Giappichelli, Torino, 2011.

SESTA, M.: "Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 409-436.

SIMÓN MAGRO, E. y ZABALA LETONA, A.: “Hábitos dietéticos y tipos de alimentación alternativa”, en AAVV.: *Bases de la alimentación humana* (coord. por V. M. RODRÍGUEZ RIVERA y E. SIMÓN MAGRO), Netbiblo, La Coruña, 2008.