

derecho romano, conforme se ha dicho ya y se demostrará aún más adelante.

294. ¿Fue acogida esta presunción en el derecho común anterior á la codificación, con la obligación de los padres, de los tutores y de los preceptores de responder del delito ó cuasidelito cometido por las personas que tienen bajo su potestad y vigilancia? Es dudoso. La teoría del derecho romano es enteramente conforme á los principios de la ley romana, afirmando esta responsabilidad cuando se comprobaba que el padre ó la madre, los tutores ó los preceptores hubieren podido impedir el daño y no lo hubieren hecho. Por los doctores en cuya doctrina se informó la ley francesa (1) se ha dicho, es verdad, que las personas designadas se libran demostrando no haber podido impedir el hecho ilícito: pero ¿basta esto para deducir que en su teoría está contenida la presunción de culpa como está establecida por la ley moderna? ¿O se dice sólo que la responsabilidad existe comprobada la culpa, salva la demostración de la imposibilidad de impedir la injuria? Ciertamente, los principios hubieran siempre consentido á tal prueba contraria, aún no afirmada expresamente; de todos modos, no puede asegurarse como cosa fuera de duda que en la doctrina recordada se formule claramente la presunción como lo está por el contrario en la ley.

En los trabajos preparatorios de la ley francesa (2) es donde se afirma el nuevo sistema en su entera y lógica claridad. Se tuvo consideración de las relaciones entre las personas obligadas á ejercitar la vigilancia sobre otras por razón de potestad ó de instrucción, y las sometidas á tal poder; y se dedujo para el caso de hecho ilícito cometido por estos últimos, la presunción de tener su causa en el incumplimiento de la vigilancia debida. De este modo, la responsabilidad se reconducía al concepto fundamental de la

(1) POTHIER, *Obligat.*, cit. n. 121.

(2) V. TREILHARD, *Rapp.* cit. en LOCRÉ, ob. y loc. cit.

culpa personal, propia, á cuyo criterio no se puede referir, como se ha observado, la obligación relativa á las acciones noxales; y entonces, aun cuando en la disposición jurídica romana los conceptos de responsabilidad y de culpa fueron exquisitamente analizados y fijados, aquélla no encuentra la razón y contenido de las acciones noxales. En defecto, el desarrollo de la idea fundamental de la idea subjetiva (comportamiento ilícito: imputabilidad) indujo, como se dirá en su lugar, á la investigación como de una culpa en el *vicio* de la cosa (1) y del animal que hubiese ocasionado el daño; investigación inútil respecto al esclavo, que era *cosa* solamente por virtud de la ley; y aparte el caso de daño causado por las *cosas* (de modo especial los edificios), para el cual el elemento del *vitium* se atenuó tanto que no pudo referir la responsabilidad del titular á una culpa suya presunta, ya que no á la razón de la utilidad de su derecho sobre la cosa ó respecto á ella, la responsabilidad por los daños causados por los esclavos y los animales no cambió en su fundamento constitutivo. La acción no se estatuyó contra quien era propietario al tiempo del daño causado; la razón de la utilidad, y, por tanto, la responsabilidad inherente al *derecho sobre la cosa*, permaneció así extraña á la institución, que perduró como forma rudimentaria de conceptos extinguidos (2).

Generalidades (Continuación).

SUMARIO: 295. Condición general para la existencia de la responsabilidad fundada sobre la presunción de culpa *in vigilando*.— 296. De la prueba contraria. ¿*Quid* si es imputable culpa precedente á quien la usa?—297. División del asunto.

295. Establecida la presunción de culpa en la vigilancia como fundamento para la responsabilidad de que se tra-

(1) Como se ve por los conceptos que se recogieron acerca de la condición del animal al averiguar que hizo el daño, v. los autores cit. en la nota (1) al núm. 293, y v. á continuación.

(2) Cons. JHERING, *D. Schuldnom.*, cit.

ta, no se puede entender ésta en su formación sin el concurso de dos elementos constitutivos, de los cuales el primero corresponde á la *obligación* de la vigilancia y el otro á las condiciones de hecho necesarias para que se pueda ejercitarla. Determinados con exactitud, consisten:

a) En la necesidad de que sea deber jurídico la vigilancia de las personas que han causado la injuria objetiva; y

b) Que entre estas personas y el obligado á responder del hecho ilícito exista, además de tal relación de derecho, una situación de hecho que pueda hacer posible el ejercicio de la vigilancia debida.

Si falta la primera de las dos condiciones señaladas, falta necesariamente la presunción de culpa. En efecto; si el injuriante es persona respecto de la que no se tiene la obligación de vigilar (con los derechos que componen el poder de autoridad), no se podría entender jurídicamente la consecuencia que atribuye la ley á la vigilancia, y así no tendría nunca razón de ser la presunción de culpa que precisamente se refiere á tal omisión. Ni la existencia de un deber moral en lugar del jurídico es motivo suficiente para opinar de modo distinto, porque sólo en el deber que está impuesto por la ley existe el término necesario para que caiga en responsabilidad quien por negligencia le descuidara (1), si el hecho ilícito cometido por persona respecto á las cuales no se tuviese nunca la obligación de la vigilancia, estuviese determinado por culpa de aquellos á quien tal deber incumbía, éstos responderían, sí, pero no como responsables á causa de presunción por omisión de la debida vigilancia, sino según los principios generales acerca de la responsabilidad por injuria (2).

La segunda condición tiene su fundamento en que cuando la situación de hecho entre el responsable y la persona por cuyos hechos ilícitos estaba obligado no fuese tal que

(1) V. el cap. II.

(2) V. el § 5 y el n. sigte.

consintiese el ejercicio de la vigilancia, será la presunción de culpa por la comisión. Se puede, por tanto, afirmar, como criterio general en que se informa la disposición legal sobre la materia, que la existencia de la obligación de vigilar y la extensión que tiene dan la razón y los límites de la presunción de culpa por negligencia en su cumplimiento; las disposiciones especiales de la ley demuestran bien la exactitud del concepto formulado (1).

296. Es superfluo considerar que, constituida tal responsabilidad sobre una presunción de culpa, la ley no podrá consentir la prueba contraria encaminada á demostrar que de parte de quien estaba obligado se puso en juego toda la vigilancia debida, sin que por ello hubiese sido posible evitar el acontecimiento del hecho dañoso. Por cuya prueba viene á menos la presunción y quedará sólo la responsabilidad personal de quien ha cometido el hecho ilícito, cuando sus condiciones sean tales que se le pueda considerar capaz de delito ó cuasidelito. Se sobrentiende que si el perjudicado probase después contra el responsable la existencia de una culpa tal que, aun dejando sin discutir el cumplimiento de la vigilancia en relación directa con el hecho ilícito, demuestre la inutilidad, la ineficacia de tal cuidado por causa de otra negligencia anterior del mismo responsable, la prueba contraria no tendrá nunca virtud liberatoria. De lo cual se dará en su lugar más amplias explicaciones (2).

297. El tratado de la responsabilidad por hecho ajeno comprende las siguientes figuras, conforme están determinadas y establecidas por la ley:

- a) Responsabilidad de los padres por los hijos.
- b) Responsabilidad de los tutores por sus pupilos.
- c) Responsabilidad de los preceptores por sus discípulos

(1) V. después los §§ 1, 2 y 3.

(2) V. el § 5 y el cap. XVIII.

y responsabilidad de los artesanos por los aprendices sujetos á su dirección y autoridad.

297 bis. En todos estos casos especiales, la obligación de vigilar (inherente á una autoridad especial) tiene su razón de ser en la ley respecto á los padres y á los tutores, y en el hecho jurídico respecto á los preceptores y artesanos. En todos, pues, la presunción de culpa está constituida por disposición legal.

Pero tal autoridad, y con ella la presunción legal, faltan en el caso de vigilancia habida, sin que exista una relación legítima de dependencia entre la persona que la ejercita y la que está sometida. Esta autoridad, esta vigilancia de hecho, no pueden inducir la consecuencia de la responsabilidad según está impuesta por la ley, porque carecería de una causa legítima (hoy contrato) que las determine; y por otra parte, la presunción legal no puede ser alterada en su interpretación para extenderla á figuras que ciertamente no entran en la razón y en la letra de la ley. Este último argumento es decisivo; podría decirse que toda persona que se ofrece á tener consigo menores ó incapaces, asume frente á la sociedad la obligación de educación y vigilancia, especialmente como está impuesta (*custodia*), á fin de evitar que la persona incapaz asistida de la benevolencia ajena cause daño injustamente á terceros; aquí el hecho voluntario parece que debe tener el mismo valor jurídico del contrato; pero lo cierto es que si la responsabilidad procede de la obligación de vigilar, para poderla producir aquí es necesario que se demuestre por el injuriado la omisión culpable, según la regla general. La presunción legal falta efectivamente (1).

(1) La cuestión resuelta en el texto está decidida en la ley civil alemana, no directamente, sino por justa referencia de lo dispuesto en el § 832, § 2; donde la presunción de culpa ordenada respecto á quien tiene el deber legal de vigilar ciertas personas, está puesta también á cargo de quien ha asumido por convención la obligación de vigilarlas. Queda, por tanto, excluida la posibilidad de extender

§ 1.

a). — Responsabilidad del padre y de la madre por los hijos en potestad.

SUMARIO: 298. Cómo esta responsabilidad satisface á las dos condiciones generales establecidas. Cuestión general sobre la obligación de vigilar.—299. Primera condición: hijos en potestad. Consecuencia en cuanto á la responsabilidad de la madre.—300. Teoría que distingue períodos diversos en la menor edad. — 301. Delegación de la patria potestad.—302. Hijos legítimos y legitimados.—303. Hijos naturales. Hijos adulterinos é incestuosos.—304. Hijos adoptivos.—305. De los hijos menores que la mujer haya tenido de anterior matrimonio. — 306. De los hijos tenidos en matrimonio anterior que el marido deje á su muerte en menor edad.—307. Matrimonio putativo. Separación. — 308. Hijos mayores; hijos emancipados. — 309. Segunda condición. Hijos que habitan con el padre responsable por ellos. Inteligencia de este extremo.—310. Consecuencia respecto á la prueba de la ausencia del responsable cuando el menor realizó el acto ilícito. — 311-312. Conclusión.

298. La responsabilidad de los padres (ó según la locución de la ley «*del padre ó de la madre*») por los hechos ilícitos cometidos por los hijos, conviene, de igual modo que la impuesta á los preceptores y artesanos, á las dos condiciones generales que antes se señalaron y describieron. Igualdad que depende de la identidad del hecho jurídico que la determina; aquí, la presunción de culpa por negligencia en el cumplimiento de una obligación supone tal relación entre el autor de la injuria y el responsable, porque aquél está sometido á la *autoridad* de este último, y por tanto á su vigilancia (*custodia*); de donde la justa limitación de la responsabilidad al solo caso de los hijos menores,

esta responsabilidad especial á quien voluntariamente se ha desprendido del cuidado de aquellas personas, para cuyos hechos ilícitos está fijada la presunción. En los trabajos preparatorios, la división está establecida claramente. V. en los *Protokoll. cit.*, II, p. 596.

los cuales, en razón de la edad, se encuentran sometidos á la patria potestad. No basta; es también necesario que los hijos menores habiten con el padre á quien corresponde esa potestad, por la que es responsable; de otro modo la ley caería en el absurdo de imponer la responsabilidad por falta de vigilancia, sin cuidarse de restringir su precepto al caso en que la vigilancia que debe ser válidamente ejercitada, pueda serlo de hecho. La coexistencia de estos dos elementos en el concepto de la culpa presunta *in vigilando* muestra aún mejor que es el verdadero y único fundamento de la responsabilidad ordenada; se verá más adelante cómo, si puede también reducirse á la negligencia en el cumplimiento del deber que los padres tienen de educar su prole (1), asume además un carácter enteramente distinto, especial, al menos respecto al modo particular por el cual, en cuanto á la prueba, es considerada por la ley.

Y aquí nos encontramos una cuestión de índole general. La vigilancia, sobre la que está impuesta la presunción de culpa, ¿será aquella que tiene origen directamente de una relación de derecho entre el responsable y la persona de cuyo hecho ilícito se responde, y que sujeto está á la potestad de aquélla, ó se entenderá también por ella la vigilancia de hecho que se ejercita sin que sea expresión de ninguna potestad jurídicamente consentida?

La cuestión establecida así en sus líneas generales, adquiere no pequeña importancia. En particular, en el caso de responsabilidad asignada á la madre en razón de la ausencia del padre investido de la autoridad, ¿continuará éste, no obstante su alejamiento, siendo responsable, ó lo será la madre que durante aquel tiempo ejercita la vigilancia de hecho sobre el hijo que cometió el acto ilícito? (2). La ley, en su locución, parece que hace consistir el sistema que establece sobre el concepto de la vigilancia ejercida de hecho;

(1) V. el § 5.

(2) V. los nn. sigts. del presente párrafo y la n. 4 á la pág. 134.

en efecto, al regular la responsabilidad impuesta al padre ó á la madre, dispone que esta última está obligada únicamente *á falta* del padre (1). De la importancia de este argumento literal se hablará más adelante; resolviendo ahora la dificultad de principio suscitada, conviene afirmar que la omisión de la vigilancia supone la violación de un deber jurídico inherente á la potestad ejercida sobre la persona de cuyo hecho ilícito se está obligado á responder. No basta, pues, la vigilancia considerada como posición de *hecho*; es necesario que jurídicamente se ejercite sobre persona que deba soportarla; y cuando falta la obligación de la vigilancia (y la autoridad á ella inherente), la responsabilidad especial estudiada no podrá incumbir á quien en el hecho ejerciere vigilancia sobre el autor de la injuria (2). Veamos ahora el contenido especial de las condiciones señaladas y los términos en que se encierran.

A).

299. Si la violación, ó mejor la presunta violación (según la disposición prevista por la ley) de la obligación de vigilar, exige para su consistencia que el autor del hecho ilícito esté, por efectiva relación jurídica, sometido, esto es, en la potestad jurídica del obligado, no sólo moral, sino jurídicamente, á vigilar sus actos y conducta, la responsabilidad respecto á los padres incumbirá á aquel de entre ellos que ejercite tal vigilancia en virtud de la patria potestad que le corresponde. Formado este criterio funda-

(1) V. la n. anterior.

(2) Exacta por ello la dicción observada en el Cód. civ. alemán, § 832, que coloca la responsabilidad (por culpa personal) á cargo de quien en virtud de ley está obligado á la vigilancia; que es también la forma con la cual se expresa el Cód. civ. japonés, § 714. El Cód. civ. del Uruguay, art. 1.289; el de Guatemala, art. 2.277, y de la Rep. Arg., art. 1.113, en los cuales se habla «de los hijos que tienen bajo su *patria potestad*».

mental, es fácil construir la teoría en conformidad de la ley.

Al padre, en su estado de cabeza de familia (1), se le confiere el ejercicio de la patria potestad (2), que se atribuye á la madre durante el matrimonio sólo de modo excepcional para el caso en que el padre esté imposibilitado de atender á ella. Disuelto el matrimonio, le corresponde de derecho, sucediendo como cónyuge supérstite en el gobierno y en la autoridad familiar (3).

Ahora bien: cuando se confronta este régimen de la patria potestad con la disposición sobre la responsabilidad por los hechos ilícitos cometidos por los hijos menores, se ve la relación que los liga; estando impuesta la responsabilidad ante todo al padre, y á falta de él, á la madre; cuya locución «á falta de él» aludiría, no sólo al caso de la falta derivada de la disolución del matrimonio, sino también á toda razón de imposibilidad de ejercicio de la patria potestad que durante el matrimonio acontezca al padre. A su vez, pues, esta imposibilidad por la cual, según el explícito ordenamiento legal, la madre ejercita en el matrimonio la patria potestad «cuando el padre *no puede* ejercerla», tiene solamente aquella comprensión que se deriva del espíritu de la norma en relación con la regla que inviste al padre frente á la madre del ejercicio exclusivo de la patria autoridad. Se entiende por esto que la imposibilidad en que el padre se encuentre de ejercer el cargo de cabeza de familia, es la imposibilidad jurídica que se deriva de ausencia ó de un estado tal que lo haya sujetado á la interdicción judicial ó legal. La primera de estas causas está expresamente indicada en la ley (4), y á la segunda se refieren exactamente las palabras que aluden á la imposibilidad en

(1) Cód. civ., art. 131.

(2) Cód. civ., art. 220.

(3) Cód. civ., art. 220 cit.

(4) Cód. civ., arts. 46, 241.

la disposición que ahora se examina (1); y no son las únicas, porque puede ocurrir que el padre, aunque no esté imposibilitado por estas causas para ejercitar el estado de cabeza de familia, esté privado del ejercicio de la patria potestad por resolución de la autoridad judicial, como acontece cuando abusó de la misma (2). Por cuyo hecho el poder social, de cuya autoridad en el régimen familiar la potestad del padre es tan sólo un reflejo, interviene, y por medio del magistrado establece la indignidad y la resuelve.

Puede, pues, ocurrir que el padre, como investido de la patria potestad, sea llamado por culpa presunta *in vigilando* á responder de los hechos ilícitos que su hijo menor haya cometido; y responderá, por el contrario, la madre cuando á ella se le haya conferido tal potestad por haberse disuelto el matrimonio, y, si éste dura, en razón de ausencia ó de interdicción judicial ó legal del marido, á quien correspondería, ó porque haya sido privado de ella por resolución de la autoridad judicial. Así que la cuestión acerca del ejercicio de la patria potestad resuelve la de la responsabilidad.

300. Queda hecha la relación entre la norma que regula la presunción de culpa y la imposibilidad que de la mis-

(1) Cons. MARCADÉ, ob. cit., art. 373, 1; VALETTE s. PROUDHON, *Tr. d. person.* (París, 1848), II, 244; DEMOLOMBE, ob. cit., VI, 295; AUBRY y RAU, ob. cit., § 550; LAURENT, ob. cit., IV, 262; BELLAVITE, *Notas cit.*, pág. 84; DREYER, ob. cit., § 430; STABEL, ob. cit., § 40; ARNTZ, ob. cit., I, n. 651.

(2) Cód. civ., art. 233. V. á continuación el § 2. — La redacción de la ley aquí es tan justamente amplia, que las resoluciones dejadas á la libre apreciación de la autoridad judicial pueden inducir, no sólo la suspensión del ejercicio de la patria potestad, sino también su verdadera privación. La ley fr. 24 Julio 1889, que completó sobre este punto el Cód. civ., conmina expresamente la privación de pleno derecho, ó por vía de declaración judicial; v. HUC, ob. cit., III, 202 y sigts.; LOLOIR, *Code de la puiss. patern.* (París, 1892), I, 406 y sigts.; de modo especial la mon. de NILLUS, *Déchéance de la puiss. patern.* (París, 1891). En el Cód. civ. alem., la suspensión es distinta de la privación (§§ 1665-1680).

ma se deriva, y la que, conferido al padre el ejercicio de la patria potestad, declara en qué casos corresponde á la madre y establece claramente los casos en que á esta última alcanza la presunción, y, por tanto, la responsabilidad. Verdad es que se podría muy razonablemente construir otra teoría que tendría la ventaja de contener en sí la finalidad toda que preside el ordenamiento de la ley sobre la materia, y sería hacer á la madre responsable cuantas veces, por cualquier causa, incluso en razón de ausencia, aun siendo momentánea, del padre, esté investida del cuidado doméstico, y, por tanto, de la vigilancia sobre el comportamiento de los hijos en potestad. No valdría objetar que no hay huellas en la ley de tan amplia investidura; se ha observado que la vigilancia, con la presunción de culpa, está, en esta parte de la resolución, impuesta expresamente para seguridad de los terceros, por ser una necesidad de interés social (1). Ahora bien: siempre que la ley recuerda en su régimen especial á la madre, quiere imponerle de modo especial la obligación de la vigilancia (y con ella la responsabilidad por culpa presunta) con más amplitud de lo que hubiese podido hacerlo con el criterio directivo deducido únicamente del ejercicio de la patria potestad. Tenemos, pues, una institución singular, y los términos de su extensión se deben inferir de lo que está particularmente ordenado; la obligación de vigilar adquiere así una razón especial que lo justifica y pone sus límites; y por ello, con la voz «*á falta del padre*», no se ha querido aludir al concepto de la *imposibilidad*, que es la causa que confiere á la madre el ejercicio de la patria potestad; por el contrario, lo que se quiere decir es que la obligación de vigilar pasa á la madre, que le está impuesta á ella cuando por cualquier motivo, sea un estado jurídico ó una situación momentánea de hecho, el padre está impedido efectivamente de cumplirla.

(1) Sobre esta razón de la presunción de culpa, consúltese PLANCK, ob. cit., s. § 832.

La construcción tiene en sí mucha fuerza, pero no toda la que sería necesario para aceptarla. Basta pensar que no hay razón bastante para separar de los conceptos generales sobre el régimen familiar esta norma particular acerca de la responsabilidad por falta de vigilancia, por no referirse á la voz *imposibilidad*, que en aquel sistema se usa para significar cuando en el matrimonio el ejercicio de la patria potestad corresponde á la madre junto al padre, la voz *falta* empleada en la disposición especial estudiada. Y no se objete que es imposición extraña la de la responsabilidad del padre que alejándose de casa, en el interés de los suyos, no tiene modo de vigilar como debiera, porque se puede decir que aun alejándose, *debe cuidar*, para evitar la responsabilidad que le está impuesta, de que los hijos en potestad estén custodiados de tal forma que no causen injuria á otro (1). Por lo que puede ocurrir que la madre, á quien se confía tal custodia, niega su responsabilidad; puede darse el caso de que el vecino que haya aceptado la custodia sea también responsable; aquí la responsabilidad se une, como á su causa, á la omisión de vigilancia, y la omisión es hecho jurídico porque se refiere á una obligación expresa ó tácitamente asumida; pero no existe *presunción* de culpa, y ésta deberá demostrarse por el injuriado. Se suele decir, es verdad, que la omisión, como hecho negativo, no se puede demostrar; pero el argumento es falaz, como en su lugar se dirá.

300 bis. Precisaba establecer con seguridad el concepto alrededor del cual se ha elaborado el ordenamiento legislativo, para poder entender de qué varia forma la cuestión señalada se ha resuelto en la doctrina y en la jurisprudencia. Se ha observado ya que en el caso que está el padre alejado de la familia y el hijo menor cometa injuria grave, que haya motivo serio de dudar de su responsabilidad según está encerrada en la ley, á causa de que faltaría fundamen-

(1) V. en los nn. sigts. las aplicaciones del concepto acogido, y las cit. en la n.