

to á la presunción, por encontrarse el padre, á causa del alejamiento, en la imposibilidad de impedir que ocurriera el hecho ilícito; y si existe presunción de culpa, ésta debería gravitar sobre la madre. El caso se presenta de ordinario en la hipótesis de viaje que haya determinado el alejamiento del padre; pero tiene más general comprensión y puede ser enteramente representado en la cuestión planteada de este modo: «la presunción de culpa, ¿se referirá solamente á la madre cuando el padre, por alejamiento de la familia, se encuentre en la imposibilidad de vigilar al hijo menor que cometió el hecho ilícito?» Algunos doctores distinguen según la duración del alejamiento (1), y afirman con relación á tal circunstancia que la responsabilidad del padre no se altera cuando sea de poco momento; otros desatienden la distinción propuesta, ateniéndose á la norma establecida por la ley, y observan que ésta impone al padre el deber de educar los hijos y que de nada vale el hecho de la distancia, porque no todos los daños de que los padres deben responder se cometen por los hijos menores en su ausencia (2).

La primera teoría es contraria á la ley, que refiriendo la presunción de culpa á la autoridad patria, la extiende también á la madre solamente «á falta» del padre; por otra parte, la distinción propuesta induce la mayor incertidumbre en la posición del principio, porque de la distancia del alejamiento dependería el cambio de sujeto sobre el que gravita la presunción. Esta circunstancia de hecho no es razón válida para tanto efecto: sea el viaje breve ó largo, la lejanía del padre existe de igual suerte y con igual significado sobre la posibilidad de vigilar.

(1) SOURDAT, ob. cit., II, 829, 830; MARCADÉ, ob. cit., s. art. 1.834, n. 2; LAROMBIÈRE, ob. cit., s. art. 1.834; LAURENT, ob. cit., XX, 554. Conf. AUBRY Y RAU, ob. y loc. cit.; DEMOLOMBE, ob. cit., XXXI (Contr., VIII), n. 570.

(2) Cons. los aut. cit. al f. en la n. anterior.

La segunda teoría está en lo cierto, pero no llega á dar razón jurídica suficiente. Bastaría advertir, para demostrar cómo la presunción se refiere al padre, aun cuando al cometerse el hecho ilícito estuviese lejano, que su responsabilidad está unida á la razón de la patria potestad, y ésta él sólo la ejercita; y que no puede perderla más que en los casos en que la ley lo determina, y no puede delegarla en otro (1). Verdad es que se va al encuentro de otra dificultad: el padre, ¿no podrá, pues, alejarse aunque se lo impongan necesidades de familia? La ley, ¿no le libra de la responsabilidad cuando no haya podido impedir el hecho ilícito? Y la madre presente, ¿no será, pues, responsable si por su negligencia en la vigilancia ha tenido lugar el daño?

Las objeciones no rigen frente á las consideraciones que ya se ha tenido lugar de hacer. No las dos primeras, si á la custodia de los hijos el padre ha proveído tácita (encomendándoles á la madre) ó expresamente el alejamiento, no es por sí, respecto á la obligación de vigilar (2), razón de liberación, pero lo es cuando haya sido ocasionada por necesidad ó utilidad; no la última, porque la responsabilidad de la madre procedería, no del hecho de haberle sido delegada la patria potestad, lo que no está concedido por la ley, sino de la delegación de la *vigilancia* si fué hecha normalmente por el padre. Pero entonces entra la cuestión de la *presunción de culpa*, que la ley refiere al *ejercicio de la patria potestad*, ó á los dos casos del *maestro* ó del *artesano* á quienes el padre confía el hijo menor. En los demás casos, la responsabilidad del que acepta expresa ó tácitamente la comisión de vigilar, no se funda sobre esta especial presunción de culpa, sino sobre la *culpa propia* debidamente demostrada.

300 trip. La teoría construída sobre la presunción de

(1) V. el n. 301.

(2) V. la n. ant. y los nn. 309, 310.

culpa y sobre su relación estrechísima de causalidad con el ejercicio de la patria potestad (1), consiente esclarecer, con mucha brevedad, la debilidad de la opinión propuesta (2) acerca de la presunción que existía respecto de la madre ó del padre, según la edad del hijo menor que haya cometido el hecho ilícito.

Algunos quisieran separar en dos períodos la menor edad del hijo, y referir el uno á los primeros años de la infancia, infiriendo que en esta edad de la vida, la autoridad, el poder de educación del padre no existe más que de nombre, mientras de hecho le ejercita la madre; pasado el cual período vendría el segundo, en el que el poder del padre asume todo su pleno vigor, y, en consecuencia, sólo en esta época debería obrar la presunción que la ley ha fijado. Esta teoría estará muy conforme con la equidad y con el modo en que efectivamente se da la educación y se ejercita la vigilancia en las familias; pero es contraria á la ley, que confiere al padre sólo durante el matrimonio el ejercicio de la patria potestad, imponiéndole la responsabilidad de que se trata. Que este poder de hecho no le ejercite hasta que el menor haya cumplido una edad determinada, puede ser y es en efecto; pero según el régimen familiar-legal, él, cabeza de familia, debe tener, cualquiera que sea la edad que tengan los hijos, el deber jurídico de gobernar su educación y vigilarlos. La teoría que discutimos se expone, es cierto, en forma que no parece contraria á la ley, porque la no responsabilidad del padre se deduci-

(1) Que cuando la madre entra en la potestad verdadera que sobre sus hijos da la ley al padre, incumbe á ella la responsabilidad de que se trata, no se ha puesto en duda por nadie: v. DURANTON, ob. cit., XIII, 716; COLMET DE SANTERRE, ob. cit., V, 368 bis; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 566 y sigs.; LAURENT, ob. cit., XX, 554; AUBRY Y RAU, ob. cit., IV, § 447; HUG, ob. cit., VIII, 440; ZACHARIAE CROME, ob. cit., § cit.; PLANCK, ob. cit.; Trib. de Lilla, 1.º febr. 1894 (DALL., *Pér.*, 1894, 2, 512).

(2) Cons. SOURDAT, ob. cit., II, 829; WILLEMS, *Ess. s. la resp. civ.* Bruselas, 1894, p. 120.

ría del derecho que tiene de librarse de ella, demostrando que «no ha podido impedir la injuria»; pero parece claro que, dando por regla general valor de prueba contraria al hecho de estar los hijos en su primer edad confiados á la vigilancia materna, se acaba introduciendo en la ley una distinción respecto á su concepto fundamental; distinción que en ella no existe, en cuanto la presunción ordenada tendría efecto solamente al comenzar un determinado período de la menor edad.

301. Estas consideraciones declaran con suficiencia la razón y la comprensión de la ley, y con ella la regla acerca de la responsabilidad de los padres. No es necesario insistir sobre la cuestión en el caso en que el padre haya delegado en la mujer «el ejercicio de la patria potestad»; dudándose si es aún responsable por el hecho ilícito cometido por el hijo en el tiempo en que esta «delegación» subsistió. Pero la dificultad no tiene base seria, y, ante todo, se debe pensar si tal delegación se pudo conceder válidamente; la negativa no puede admitir duda. De donde no sería tal hecho suficiente para eliminar la presunción y la responsabilidad. Distinta es la investigación y decisión en el caso del padre que, en vista del justificable alejamiento futuro, ha previsto á la custodia de los hijos. No es preciso añadir más á la doctrina expuesta sobre la materia.

302. Estudiado hasta aquí el concepto ordenador de la norma respecto á las consecuencias que se deriven de saber quién sean las personas á que se refiere con la presunción la responsabilidad, se debe considerarlo ahora desde otro aspecto, á saber: las personas por cuyo hecho ilícito tal responsabilidad se ordena; y como en la primera delegación se dedujo de la institución de la patria potestad cuándo el padre y la madre son responsables *en razón de la presunción de culpa*, en ésta se esclarecerá cuáles sean los hijos que por sus hechos ilícitos pueden comprometer la responsabilidad de los padres. Bastarán al particular explicaciones bastante breves.

De los hijos legítimos no es necesario decir gran cosa; la potestad del padre, cabeza de la familia, se ejerce sobre ellos desde el momento en que por su nacimiento forma parte de ella. Así también, los hijos legitimados, adquiriendo por medio de la legitimación el estado de hijos legítimos (1), están sujetos, si la legitimación tuvo lugar por subsiguiente matrimonio, á la potestad del padre ó de la madre en los casos que ya se señalaron respecto á los hijos legítimos (2), ó bien á la potestad del padre que pide la legitimación y ésta se hace por concesión real. Advertiremos que, como explicación del criterio propuesto, á saber: que la presunción de culpa está siempre coordinada con el ejercicio de la patria potestad, en la legitimación por subsiguiente matrimonio esta autoridad comienza desde el día de la celebración, si en el acto del matrimonio, ó antes, se hizo el reconocimiento de los hijos, y si éste se hizo únicamente con posterioridad, empieza desde el día en que el reconocimiento tuvo lugar (3); en la legitimación por concesión real, desde el día de la obtención de la gracia (4). En consecuencia, la presunción de culpa que engendra la responsabilidad gravita sobre el padre desde y cuando ejercita por medio de la legitimación la patria potestad.

303. Respecto al estado de los hijos naturales *reconocidos*, los padres ó aquel de los padres que hiciera el reconocimiento quedan obligados á educar é instruir al hijo reconocido; aquel hecho determina, con la relación de paternidad y filiación natural, la extensión á este estado de muchas disposiciones relativas á la patria potestad, aun teniendo otro nombre, á causa de la especial preferencia social dada

(1) Cód. civ., art. 194.

(2) V. los nn. ants.

(3) Cód. civ., art. 197. Cons., para el derecho fr., MERLIN, ob. cit., vº *légitimation*, s 2, § 3, n. 2; TOULLIER, ob. cit., II, 929; DURANTON, ob. cit., III, 183; AUBRY Y RAU, ob. cit., § 546; DEMOLOMBE, ob. cit., V, 369; LAURENT, ob. cit., IV, 187.

(4) Cód. civ., art. 201.

á la familia legítima (1). Aun aquí, con la potestad atribuida al padre, ¿habrá la consiguiente presunción de culpa y la responsabilidad? La cuestión está ya resuelta por la norma general que la ley ha dado; si bien por el respeto de que se quiere rodear á la familia legítima no derive del reconocimiento la patria potestad al padre ó madre que lo hizo, y solamente se le concede una tutela legal sobre el hijo reconocido; á pesar de lo cual esta autoridad no deriva menos del vínculo de la sangre avalorado por la ley, y no es menos potestad sobre los hijos, aun cuando inferior en su comprensión á la patria potestad propiamente dicha. Así es que tienen también aquí entera aplicación las resoluciones ya propuestas.

Respecto de los hijos cuyo reconocimiento está prohibido (2), á saber: los incestuosos y adulterinos, la ley, obediente á preceptos de ética social (3), no consiente que formen parte de ninguna familia jurídicamente constituida y que se extienda á ellos ninguna autoridad que, con el nombre de patria potestad ó de tutela legal, expresa y gobierna el ordenamiento familiar. Por tanto, no hay relación de tal género, ni culpa, ni presunción de responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por el hijo menor que se encuentra en la condición descrita (4). Esto origina, es verdad, alguna dificultad respecto al hijo incestuoso ó adulterino que tenga derecho á alimentos si la paternidad ó maternidad resulta indirectamente de sentencia civil ó penal,

(1) Cód. civ., art. 184. V. los Autores cits. en la n. final del n. 303, ob. y loc. cit. Sin embargo, conf. el Cód. civ. de Méjico, art. 391; Cód. civ. de Guatemala, art. 286; Cód. civ. del Uruguay, art. 252.

(2) Cód. civ., art. 180.

(3) Cód. civ., art. 193.

(4) Posición expresada incisivamente por el Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 342: «los hijos adulterinos, incestuosos (ó sacrilegos) no tienen por las leyes padre ó madre ni parientes algunos por parte de padre ó madre». Así también, el art. 221 del Cód. civ. del Uruguay.

ó de matrimonio declarado nulo, ó de *explicita* declaración escrita de los padres; si la paternidad ó maternidad resultan, ¿puede valerse de ella el damnificado? No lo parece; los hechos indicados no valen para constituir una relación familiar que la ley no consiente, ni para dar un poder sobre los hijos á quienes se deben alimentos; de la potestad que el presunto responsable tenga sobre el autor del hecho ilícito deriva su obligación, y aquí toda sombra de tal poder jurídico falta.

Si la condición de adulterino ó de incestuoso se ignora, bien puede ocurrir que uno de los padres reconozca al hijo, en cuyo caso le compete la tutela legal, ordenada, como se dijo, para los hijos naturales reconocidos: y entonces, en cuanto á la responsabilidad, se aplicará la decisión que para estos últimos se ha dado; pero si por el reconocimiento posterior hecho por el otro padre, la autoridad judicial comprobare la condición de hijo incestuoso ó adulterino, deberá cesar la eficacia del reconocimiento y con ella también la tutela legal (1). Que el padre que haya pagado la indemnización á causa de hecho ilícito cometido por el hijo reconocido, puede dirigir, suprimido el efecto del reconocimiento, la acción de repetición por indebido, es cuestión en que se podría sostener la afirmativa (2), pensando que el hecho último da al hijo un estado que determina su condición familiar hasta del nacimiento, y, por tanto, la potestad ejercitada bajo forma de tutela debe considerarse como si nunca

(1) Se afirma, sin embargo, que en caso de reconocimiento verificado separadamente, el hecho del padre no ligado en matrimonio es válido. Lo que es manifiestamente absurdo; el hijo no puede ser adulterino por un lado y por el otro no. Conf. DEMOLOMBE, ob. cit., V, 577; LAURENT, ob. cit., IV, 144; LABBÉ, en n. en *J. du P.*, 1862, 769; DUTRUC en n. en *Rec. de Sirey*, 1860, 2, 1. V. también Cas. fr., 21 Junio 1877 (*J. du P.*, 1878, 537). V. sobre un caso especial distinto la decisión de la Cas. fr., 29 Enero 1883 (*J. du P.*, 1884, 1, 153) y las n. de LACOINTA.

(2) V. en el § 6, n. 338, la hipótesis contraria.

hubiera podido ser atribuída jurídicamente al padre; pero no es en este criterio como la cuestión se debe decidir. El padre sabía ó debía, en efecto, conocer la verdad de las circunstancias atinentes al estado del hijo, y reconociéndole le asignó, respecto á terceros, una condición que sabía no le podía corresponder legalmente; de aquí que existe ya en esto una responsabilidad (casi por culpa propia precedente) que le liga frente á terceros en las relaciones en que la tal cualidad asumida pudiera influir en el negocio jurídico ó por virtud de la ley. Faltarían, pues, los extremos de la repetición.

304. La posición, respecto á la patria potestad, del padre ó de la madre adoptivos, está establecida por la ley, cuando declara que el adoptado conserva todos sus derechos y deberes respecto de su familia natural (1); y á la claridad del texto responden los precedentes históricos del régimen vigente (2). Así es que limitada en brevísimos límites la autoridad que el adoptante tiene por la adopción, y, por otra parte, dependiendo la presunción de culpa y la responsabilidad de la potestad sobre el autor del hecho ilícito, no puede ésta gravar al padre adoptante, ni aun cuando el hijo adoptivo habite con él. La no convivencia podrá ser, según los casos, excepción válida contra tal presunción á los padres naturales, pero de esto no se debe inferir que pase á los adoptantes ó adoptante (3), á los cuales corres-

(1) Cód. civ., art. 212; Cód. fr., art. 348; Cód. civ. austriaco, § 183; Cód. civ. alem., § 1.764. El Cód. civ. del Uruguay lo declaró expresamente en el art. 231. Conf. por lo demás el Cód. civ. de Guatemala, art. 286.

(2) Sobre la *adoptio minus plena*, v. L. 10. *C. de adopt.* (VIII, 48), § 2, *J. de adopt.* (I, 11). En Francia, estos principios fueron restablecidos por el Código Napoleón, después la decisión 18 Enero 1772 de la As. Nacional. Los Códigos parmesiano, art. 150, y estense, art. 197 (como el Cód. de Guatemala, art. 286) daban al adoptante la patria potestad.

(3) V. el § 5.

ponderará únicamente si se demostrara su culpa, conforme ya se decidió respecto á la *custodia* de hecho de la madre ó de otras personas á quienes el padre, al alejarse, las haya cometido.

¿Se deberá exceptuar el caso de la adopción de un hijo natural reconocido ó de un hijo incestuoso ó adulterino cuya cualidad conste por alguno de los modos á que la ley hace anejo el derecho de alimentos? La respuesta depende por entero de la decisión acerca de la validez de la adopción; resuelta esta dificultad afirmativamente, de igual modo se decidirá la otra, siendo el padre adoptante padre natural del adoptado; pero la ley lo define negativamente, y con razón (1). Y no se comprende cómo resolviendo la duda según otras legislaciones en que falta una disposición expresa que corte la dificultad (2), los doctos puedan decidir afirmando (3); el sistema legal acerca de la constitución de la familia natural por medio del reconocimiento, que se quiere mantener profundamente distinta de la legítima, y la posición de los hijos adulterinos ó incestuosos á quienes se concede por vía excepcional derechos muy inferiores á los atribuidos á los hijos naturales reconocidos, se violan directamente por una interpretación que introduce sin más estos hijos en el seno de la familia legítima, igualándolos á los legítimos. Frente á conceptos establecidos con tal

(1) Cód. civ., art. 205; Cód. civ. del Uruguay, art. 226.

(2) El Cód. civ. alem., § 1.741, consiente la posibilidad de tal adopción: cons. PLANCK, ob. cit., s. § 1.741.

(3) Cons. DURANTON, ob. cit., III, 293; VALETTE s. PROUDHON, ob. cit., II, 162; AUBRY y RAU, ob. cit., § 556; LAURENT, ob. cit., IV, 205; ARNTZ, ob. cit., I, 633. Conf. sin embargo MERLIN, ob. cit., v° *adoption*, § 3; MALLEVILLE, *Analyse rais. du C. civ.*, I, p. 346; FAVARD, ob. cit., v° *adop.*, L. 2, § 1, n. 4; CHABOT, *Successions*, s. el art. 756; POUJOL, *Success.*, s. el art. 757; MASSÉ y VERGÉ, ob. cit., § 175; DEMANTE, ob. cit., II, 30 bis, 3; DEMOLOMBE, ob. cit., VI, 50; HUC, ob. cit., III, 118.

energía de modo especial en materia de herencia (1), nada vale recurrir, como si en este caso fuera buen fundamento de interpretación, al defecto de una prohibición expresa.

305. La madre, disuelto que sea el matrimonio, ejercita la patria potestad sobre sus hijos, é incumbe á ella, por consiguiente, la presunción de que se trata. Si pasa á segundas nupcias, diversas son las posiciones que, según la ley, pueden resultar (2): ó se convoca al consejo de familia ó no; y en el primer caso; el consejo de familia, ó conserva á la madre la administración de los bienes, aun quitándole la educación del hijo, ó le conserva ésta y le quita aquélla, ó bien le conserva una y otra ó le quita ambas; en el segundo caso, la madre pierde la administración de derecho. Si bien se observa, en todas las varias hipótesis imaginadas no se habla de patria potestad, sino de administración; así es que si se quita ó se conserva ésta á la madre, ninguna influencia puede tener tal resolución sobre la cuestión de responsabilidad por los hechos ilícitos del hijo. En un solo caso esta presunción especial de culpa vendría á menos, y es cuando el consejo de familia acordase sobre la educación de los hijos menores, ordenando su entrada en un colegio (3); entonces, la razón por la cual la responsabilidad se eliminaría, consistiría en la falta del segundo extremo que es preciso para ello, á saber: la convivencia de los hijos con el padre que tiene el ejercicio de la patria potestad.

En cuanto á la posición jurídica del segundo marido, es verdad que la ley ordena su responsabilidad solidaria en dos casos (4), mas esto concierne únicamente á la administración de los bienes del menor; la garantía mira el interés

(1) Cód. civ., art. 743 y sigts.; 815 y sigts.

(2) Cód. civ., art. 237, 239.

(3) Cód. civ., art. 237 cit.

(4) Cód. civ., art. 238, 239. Conf. LAROMBIÈRE, ob. cit., artículo 1.384, 6.

de este último y no de terceros que por un hecho ilícito suyo sufren una ofensa. Queda á salvo el caso en que por haberle la madre confiado la custodia de los hijos menores al ausentarse, incurriese de este modo en culpa, que deberá demostrar el ofendido.

306. Con la guía de los conceptos expuestos es cosa fácil esclarecer si la segunda mujer será presunta responsable, ocurrida la muerte del marido, por los hechos ilícitos cometidos por los hijos que éste hubiere tenido del primer matrimonio, y que habitaran en su compañía. La respuesta negativa no tiene necesidad de mayores argumentos que la sostengan; no teniendo la mujer potestad sobre ellos, no se le puede aplicar la norma que contiene la presunción de culpa. Si, por otra parte, la ofensa fuese debida á culpa suya en la vigilancia (por custodia de hecho), responderá en virtud de la norma general que prohíbe cometer injuria, con tal de que de tal culpa se haya dado prueba.

307. No puede igualmente dejar duda la cuestión de la culpa presunta respecto á los hijos nacidos de matrimonio contraído de buena fe, y más tarde anulado (matrimonio *putativo*), ó de cónyuges legalmente separados.

En el primero de los casos, la ley ordena ya que la nulidad no impide que se deriven los efectos civiles del matrimonio respecto á los hijos, aunque éstos nacieren antes de su celebración, pero reconocidos antes de que fuese anulado (1); perdurando la patria potestad, permanece, por tanto, en los términos establecidos, la presunción de culpa. Pero es preciso observar que como estos efectos dependen de la buena fe al contraer el matrimonio, si uno solo de los cónyuges estuviera en tal estado, los efectos civiles, y, por tanto, la patria potestad, se produciría sólo respecto á él (2); de donde, en materia de la responsabilidad, se deberá decir

(1) Cód. civ., art. 116.

(2) Cód. civ., art. cit.

que se presume respecto al padre que ejerce la potestad sobre el hijo menor autor de la injuria.

Finalmente, ocurrida la separación legal, la presunción de culpa y la responsabilidad gravará á aquel de los cónyuges autorizado por el Tribunal para tener en su poder á los hijos (1). Mientras que esté con el padre la cuestión no presenta duda; pero ¿qué se dirá si el Tribunal autoriza á la madre? La mayoría de los doctores consideran que la presunción incumbe al cónyuge á quien se confió la custodia (2); pero la solución deja á primera vista alguna incertidumbre. La resolución del Tribunal, ¿comprende la transferencia de la patria potestad á la madre autorizada para tener en su poder á sus hijos? No lo parece (3); y entonces el padre, demandado por presunción de culpa, rechazará la acción por defecto del segundo extremo de la responsabilidad, que es la convivencia; y la madre será responsable sólo cuando el damnificado demuestre haber causado la injuria por culpa de ella. Incertidumbre y decisión no conformes con la ley; una y otra parten de la suposición de que la providencia judicial transfiere la patria potestad á la madre; lo que no es cierto; lo que se confiere á la madre por legítima provisión de la autoridad social, es sólo el ejercicio por hallarse el padre en la imposibilidad jurídica (indignidad) de tenerlo.

Si la separación es sólo de hecho, el padre no aprovecha la excepción deducida de la falta de convivencia; la razón de ello se dirá en su lugar (4).

(1) Cód. civ., art. 154.

(2) Cons. TOULLIER, ob. cit., XI, 263; AUBRY y RAU, ob. y § cit.; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 569; SOURDAT, ob. cit., II, 817; LAROMBIÈRE, ob. cit., art. 1.384; GIORGI, ob. cit., V, 263.

(3) Cons. LAURENT, ob. cit., III, 294. Conf. MASSÉ y VERGÉ, ob. cit., § 156; MASSOL, *Séparat. de corps* (Paris, 1877), p. 380. Cons. Cas. fr., 30 Marzo 1859 (*J. du P.*, 1859, 1215) y la n. ARNTZ, ob. cit., I, 448.

(4) V. el § 5.