

308. De la relación señalada entre la institución de la responsabilidad, de que se trata, y la patria potestad, se deduce que cuando, por haber alcanzado la mayor edad ó por emancipación (1), el hijo sale de la sujeción á la autoridad de los padres, acaba respecto á éstos la presunción de culpa por los hechos ilícitos que cometa.

Se ha dudado respecto al primero de éstos dos modos (2) en el caso del hijo mayor afecto de enfermedad mental, pero no declarado legalmente, porque si el padre lo tuviese consigo tendría también la vigilancia. Y se ha añadido (3) que es imposible que no caiga el padre en responsabilidad, porque la culpa suya parece, si no presunta, fácil de probarse y de presumirse en juicio. Consideración que está del todo fuera de la dificultad, si se piensa que la facultad ó dificultad de la prueba no debe influir sobre la resolución de la duda; la cual, además, debe eliminarse sin titubear, excluyendo la existencia de la presunción, según está ordenada por la ley. Si el padre no vigila cometerá culpa, y ésta deberá ser demostrada regularmente (4).

Respecto á la emancipación, la generalidad de los doctores (5) distingue según que tenga lugar por razón de ma-

(1) Cód. civ., art. 220; Cód. fr., art. 372; Cód. fed. suizo, § 61; Cód. civ. alem., § 832 cit.; Cód. civ. japonés, § cit.; Cód. austr., artículo 172; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 264; Cód. civ. del Uruguay, art. 257.

(2) Sobre este principio no existe duda en la doctrina y en la jurisprudencia: v. GIORGI, ob. cit., V, 260; AUBRY y RAU, ob. cit., § cit.; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 575; LAURENT, ob. cit., XX, 559; HUC, ob. cit., loc. cit.; PLANIOL, ob. cit., II, 947; SOURDAT, ob. cit., II, 828; ZACHARIAE-CROME, ob. cit., § cit.; Ap. Chambéry, 29 Oct. 1889 (*J. du P.*, 1891, I, 94).

(3) GIORGI, ob. cit., V, 260.

(4) Sobre la necesidad de revelar la culpa conforme á los elementos de hecho, no pudiendo nunca acogerse á la presunción legal, v. DEMOLOMBE, ob. y loc. cit.; HUC, ob. y loc. cit.; Ap. Chambéry, cit.

(5) Cons. DURANTON, ob. cit., XIII, 715; SOURDAT, ob. cit., II, 827; MARCABÉ, ob. cit., art. 1.384; LAROMBIÈRE, ob. cit., art. 1.384, 4;

trimonio ó por medio de declaración del padre, observadas las formas de ley (1); y piensa que en el primero de estos dos casos cese la responsabilidad por el estado que el hijo adquirió y porque no puede caer en culpa el padre que escogió la ocasión favorable para casarlo (2); mientras que en el segundo no puede el padre, con un acto dependiente de su voluntad, librarse de los efectos seguidos á la imprudencia que cometió al emancipar á quien no debía serlo (3).

La distinción es contraria á la ley. Esta, es verdad, emplea la palabra *menores* sin distinguir si están ó no emancipados; pero argumentando sólo de la letra, la teoría reseñada no podría distinguir. Si, en efecto, se argumenta de la razón de presunción de responsabilidad, que es la potestad paterna, terminando ésta, según la ley, por los dos modos antes dichos, debe también cesar el estado de culpa presunta; y entonces, ¿cómo es posible distinguir de esa manera? Se llegaría de otro modo al resultado de que la emancipación por matrimonio hace cesar la patria potestad, y la emancipación por declaración del padre, á quien compete, no la extingue; consecuencia que basta enumerar para que se comprenda el error. Bien entendido, si á cualquiera imprudencia del padre (sea el padre ó la madre) se debe el hecho ilícito cometido por el hijo emancipado que habita con él, deberá responder por una responsabilidad propia, independiente de la presunción legal.

AUBRY y RAU, ob. cit., § 447; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 577; GIORGI, ob. cit., V, 259. Conf. LAURENT, ob. cit., XX, 558.

(1) Cód. civ., art. 310, 311.

(2) Cons. TOULLIER, ob. cit., XI, 277; DURANTON, ob. cit., XIII, 715; COLMET DE SANTERRE, ob. cit., V, 365 *bis*; AUBRY y RAU, ob. cit., IV, 447; LAURENT, ob. cit., XX, 558; HUC, ob. cit., VIII, 440; SOURDAT, ob. cit., II, 827.

(3) Cons. DURANTON, ob. y loc. cit.; COLMET DE SANTERRE, ob. y loc. cit.; AUBRY y RAU, ob. y loc. cit.; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 578; LAROMBIÈRE, ob. y loc. cit. Pero conf. LAURENT, ob. y loc. cit.; HUC, ob. y loc. cit.; SOURDAT, ob. y loc. cit.



B)

309. El segundo elemento mediante cuyo concurso existe la presunción de culpa del padre, es que el hijo menor habite con él; y el motivo que lo justifica es la posibilidad de ejercitar en el hecho aquella vigilancia cuyo defecto presume la ley. Faltando la relación de convivencia, debe faltar la responsabilidad, porque inútilmente se puede argumentar de la obligación abstracta impuesta por ley, si en realidad no existen los términos de hecho para que se pueda cumplir. La obligación legal existe en cuanto existen estos términos, que á su vez constituyen una obligación especial. Cuyo concepto demuestra que en caso de separación legal ó de resolución tomada por la autoridad judicial respecto á la patria potestad, el padre, si á la madre ó á otros fué confiado el cuidado del hijo menor, no responderá á causa del defecto de *convivencia*; pero no conviene entender que cualquiera que sea la causa por la cual falte ésta, se produzca tal efecto jurídico, pues puede ocurrir que faltó por culpa del padre que contravino á la obligación de tener cuidado de los hijos; la cual revelaría la ninguna vigilancia ejercida por quien debía haberla tenido.

Este concepto está en la doctrina comúnmente admitida, que observa cómo la falta de convivencia es excusa válida cuando el hijo pasó bajo la vigilancia ajena (1); resolución correcta, pero que no lo hace en toda su comprensión, como se dirá mejor al hablar del concurso de varias responsabilidades (2). Parecería más exacta la fórmula sugerida, á saber: que por la falta de convivencia no existe la responsabilidad impuesta al padre, siempre que el hecho no

(1) Cods. AUBRY y RAU, ob. y loc. cit.; COLMET DE SANTERRE, ob. y loc. cit.; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 579 y sigte.; LAURENT, ob. cit., XX, 560; GIORGI, ob. cit., V, 262; SOURDAT, ob. cit., II, 818; LAROMBIÈRE, ob. y loc. cit.

(2) V. el § 6.

sea producto de su culpa; así que la culpa del padre respecto á este punto (la culpa en el hecho de la falta de convivencia) debe probarse directamente por quien la invoca para sostener su presunta responsabilidad. Obsérvese, además, que tal prueba puede muy bien existir en el hecho mismo.

Si, por tanto, el padre pusiera al hijo menor con un preceptor (ó en un establecimiento de educación) ó un artesano, ó bajo un patrono en cualidad de criado ó comisionado, es claro que, por regla general, la presunción de culpa y la responsabilidad no subsisten respecto á él por los hechos ilícitos cometidos por el hijo menor en el tiempo que estaba con estas personas, cuya vigilancia (en distinta medida) está sustituyendo á la paterna (1), de lo que de manera especial se hablará más adelante. Si, por el contrario, el hijo no habitara con el padre por haberse alejado indebidamente de la casa paterna, y el padre no se hubiera cuidado de reclamarlo, aun recurriendo á los medios severos que la ley le consiente (2), la falta de convivencia tiene su motivo en el poco cuidado del padre en el cumplimiento del deber de vigilancia que tiene sobre su hijo menor. Así también, si el padre se alejase de la familia por motivos no justificados, la falta de convivencia tendría causa en su culpa, puesto que tiene obligación de proveer á la educación y á la vigilancia de los hijos menores.

310. De lo dicho hasta aquí es fácil el inferir que «convivencia» significa también la no cohabitación del padre (3) con el hijo en el tiempo en que éste cometió el hecho ilícito, con lo cual se entiende más claramente la resolución expuesta, pues si la ausencia del padre procediese de culpa, no

(1) V. los Aut. cits. en la n. 1; Ap. Besançon, 14 Julio 1884 (*J. du P.*, 1885, 1, 314); Ap. Montpellier, 12 Febrero 1887 (*id.*, 1888, 1, 968); Ap. Pau, 2 Julio 1898 (*id.*, 1899, 2, 137).

(2) Cód. civ., art. 221.

(3) POTHIER, ob. cit., 464.



valdría para librarlo de su responsabilidad especial (1), del mismo modo que no vale como medio liberatorio el caso fortuito cuando fuese precedido de culpa de quien lo alega. De donde es fácil ver cómo la separación de hecho y el haber confiado los hijos á la mujer á consecuencia de ello, no sea para el padre excusa válida; en el hecho mismo está la negligencia en el cumplimiento de los deberes que legalmente le están impuestos.

311. La investigación acerca de la primera de las figuras de «culpa presunta» de responsabilidad por hecho ajeno como está impuesta por la ley, permite fijar la relación necesaria de causalidad que existe entre este régimen y la patria potestad. Era tanto más necesario averiguar y afirmar al principio por qué la doctrina francesa primero, y después la italiana, llevaban una dirección que parece en absoluta oposición con la ley, al referir la razón de sus provisiones á la potestad ejercitada «de hecho», no á la potestad conferida y correspondiente de derecho; de aquí que no falten decisiones del todo contradictorias.

Para aducir algún ejemplo de ellas, algunos admiten que la ausencia del padre motivada por largo viaje determina por sí la transferencia de la presunción legal de culpa á la madre; pero es cosa sencilla observar, y se ha hecho en efecto, que, establecido tal criterio, no se comprende por qué la resolución no debe comprender también la hipótesis de viaje breve (2). La generalidad de los doctores también afirma que en caso de separación de hecho, el quedar los hijos bajo la vigilancia de la madre no basta para poner á su cargo la presunción de culpa; y también tal decisión es contraria al principio adoptado por el contrario en la resolución anterior. ¿Acaso la madre no ejerce en este caso la vigilancia de hecho? Y si, establecida la separación, el pa-

(1) V. el § 5.

(2) V. DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 570.

dre emprendiera un viaje de larga duración, ¿qué se debería decidir?

Esta crítica se consigue mejor con la decisión ya referida acerca de la presunción de culpa en el caso del menor emancipado por medio de la declaración del padre á quien corresponde la patria potestad; que también cesa, según ordena la ley, con la emancipación. Algunos doctores, más severos que la ley misma, piensan que el padre incurre en culpa emancipando al hijo que no es apto para gobernarse, y no puede prevalerse de la emancipación en daño de terceros; ahora bien: la ley, ¿no ha concedido sin limitación al padre el derecho de emancipar al hijo que ha llegado á una edad determinada? Ciertamente que á tal derecho se le imponen limitaciones, como son la prohibición de abusar de ella, y de aquí la *culpa* por haberlo ejercitado de mala manera (de lo que en general se hablará en su lugar oportuno) (1); pero, como se ve, se está muy lejos de referir la responsabilidad á la vigilancia de hecho. Y se podía, por lo demás, referir esta responsabilidad (pues no hay modo legal de ampliar más allá de la ley la presunción de culpa), no á la *culpa* en haber ejercido la emancipación, sino á la culpa de no haber pedido la revocación de la emancipación, cuando la conducta del emancipado fuese tal que demostrara por sí misma la necesidad de recluirlo en patria potestad.

Al declarar la ley italiana algunos han creído que su texto justifica la teoría enseñada por la interpretación de la ley francesa. Aquella, en efecto, hace responsable al padre, y á *falta* de éste, á la madre; expresión, dicen (2), latísima, en que se comprenden todos los casos en los cuales la vigilancia de los hijos y su educación están confiados á la madre. No es el caso de volver aquí sobre lo ya dicho, para demostrar que la razón de la norma reclama y fija la extensión de la voz «falta», que se referiría á la hipótesis del padre que

(1) V. el § 5.

(2) GIORGI, ob. cit., V, 263.



por ausencia ó vicio de mente comprobado por interdicción ó por resolución especial del magistrado, no pudiere ejercer la patria potestad, y al caso también de matrimonio disuelto por su muerte; locución que corresponde exactamente á la que emplea la ley al regular el ejercicio de la patria potestad. Además, es posible contraponer al argumento literal otro igualmente literal. La ley, donde determina quién puede conceder la emancipación, ordena que el menor, cumplidos los diez y ocho años, puede ser emancipado por el padre ó madre que tiene la patria potestad, y á falta de éstos por el consejo de familia (1); y al disponer el curador que debe darse al menor emancipado por causa de matrimonio, ordena que el menor emancipado tenga por curador al padre, y á falta de éste, á la madre (2). En estos dos lugares, las palabras á falta designan la persona que está sustituida por la ley para el ejercicio de los actos que dice, cuando el primer llamado no tenga el ejercicio de la patria potestad. Especialmente en el segundo, hay una locución del todo idéntica á la que se examina, y nunca se ha dudado de que se trate de la madre que tiene la patria potestad, si el padre, por imposibilidad *legal*, no puede ejercitarla.

312. Por último, debe considerarse la consecuencia á que se llegaría dando una interpretación no conforme á la ley. Nos veríamos obligados á decir que la ley, en razón de la amplitud de los términos empleados, abandonó lo que era y es materia exclusiva de su ordenamiento al arbitrio incensurable del Juez, el cual deberá investigar y decidir si el ejercicio de la patria potestad ha pasado sin culpa del padre á la madre, de forma que en ésta no pudiese quedar duda alguna acerca de la obligación que le incumbía de vigilar á su vez á sus hijos. Habría que preguntarse entonces á qué se reduce la presunción *legal* de que se trata, y hasta es de dudar si con esta interpretación tenemos una presunción establecida por la ley, y, por tanto, constituida y ex-

(1) Cód. civ., art. 311.

(2) Cód. civ., art. 315.

presada dentro de términos fijos, no restringibles ni extensibles al arbitrio del Juez.

Además, ¿qué extremos son los que se indican para poder sustituir una doctrina no aceptable á los principios establecidos en forma tan perspicua por la ley misma! Ante todo, se quiere que el ejercicio de la patria potestad no haya pasado á la madre *sin culpa* del padre; pero el concurso de este primer elemento subjetivo no impide que sea peligroso afirmar que el ejercicio de la patria potestad se pueda válida y legalmente «ceder», aunque sea la madre la «cesionaria». Ahora bien: ¿por qué no decir otro tanto también respecto de las demás personas? Desde el momento en que la ley dispone que compete al padre, durante el matrimonio, el ejercicio de la patria potestad, la madre, ¿no queda en este punto perfectamente equiparada á una tercera persona, aunque de manera abstracta el derecho de patria potestad le corresponda? Se añade, además, que no basta que tal traspaso del ejercicio del poder se efectúe sin culpa del padre, y que es también necesario que concorra una especie de *buena fe* en la madre, la falta de duda en ella acerca de la obligación de vigilar á sus hijos en vez del padre; y que, finalmente, corresponde á la autoridad judicial determinar la existencia de tales elementos. Si bien se considera, la estimación de la culpa del padre tendría dos jueces: uno, la madre, porque, si no obstante sin culpa ninguna la ha transferido él el ejercicio de la patria potestad, puede muy bien la madre dudar de su culpa y dudar, por tanto, si le corresponde ó no vigilar á sus hijos. Sobre esta duda de la madre, sobre este primer juicio, viene después la autoridad judicial; por otra parte, ¿por qué el segundo de los extremos sugeridos? ¿Es posible que la madre pueda, durante el alejamiento del padre, dudar por un momento de la obligación suya de vigilar á sus hijos? ¿No es á los dos cónyuges á quienes la ley impone la educación? (1).

(1) GIORGI. ob. y loc. cit.



Pero de esta obligación á la presunción de culpa hay distancia. La doctrina combatida, por un lado quiere extenderla más allá de los confines en que la puso la ley; por otro, acaba de limitar la interpretación injusta, consintiendo á la madre una prueba liberatoria (*la duda*) que la ley no ha determinado y no podría determinar; resultado de tal prueba sería disminuir la naturaleza de otra obligación de que no es posible dudar; finalmente, de la existencia de estos elementos subjetivos sería árbitro absoluto la autoridad judicial.

No es sólo esto; se entiende que negada conforme á la doctrina ya sostenida la presunción de culpa á cargo de la *madre* cuando la patria potestad se ejercita por el padre, queda, sin embargo, su responsabilidad cuando se pruebe su culpa (1). La teoría combatida al extender indebidamente la presunción, acaba quitando la responsabilidad donde es innegable, porque si la mujer afirma su *duda* acerca de su deber de vigilar la conducta de sus hijos, nada importa ya que se demuestre directamente la culpa. Desde cuyo aspecto la teoría no dice si el ofendido debe demostrar, demandado que haya á la madre del autor de la injuria como responsable, la falta de culpa del padre al transferir á la madre el ejercicio de la patria potestad, ó si la madre debe probar la culpa del marido ó su propia duda. En el primer caso se estaría fuera de la presunción legal; en el segundo se añadirían á la ley dos pruebas liberatorias, y la naturaleza de la disposición no consiente esto en verdad.

(1) Cód. civ., art. 138.

§ 2

b) Responsabilidad de los tutores por sus pupilos.

SUMARIO: 313. Fundamento de esta responsabilidad.—314. Padres ausentes ó incapacitados.—315. Hijos naturales reconocidos.—316. Padres privados de la tutela.—317. Menor incapacitado.—318. Niños admitidos en los hospicios.—319. Cónyuge incapacitado.—320. Conclusión sobre el primer extremo.—321. Curador: referencia.—322. Convivencia.

313. El tutor tiene en virtud de la potestad que se le confiere por la ley el cuidado de la persona del menor (1), y, por tanto, no hay duda de que debe vigilar sus actos, dirigiendo su educación de los modos que el consejo de familia pueda haber impuesto ó sugerido (2); á cuyas obligaciones corresponde el derecho que tiene de tomar, autorizado que sea por el consejo de familia, las resoluciones gravísimas que el padre tiene poder de pedir en ciertos y determinados casos contra el hijo, cuya conducta sea tal que reclame medios coercitivos, con el fin de corrección (3).

Esto en cuanto al primero de los elementos de que se ha hablado sobre el fundamento de la presunción de culpa en la responsabilidad por los hechos ilícitos de los menores: el tutor ejercita sobre el menor que se le confía una verdadera potestad, y el pupilo tiene obligación de prestarle respeto y obediencia (4): de donde el deber jurídico del tutor de

(1) Cód. civ., art. 277.

(2) Cód. civ., art. 278.

(3) Cód. civ., art. 279, 222.

(4) Cód. civ., art. 280. — La doctrina francesa sobre la cuestión de la responsabilidad del tutor está dividida, en razón de los términos en que la ley se conduce, por la especificación que ha hecho de las personas á quien la presunción de culpa está impuesta; la niegan: COLMET DE SANTERRE, ob. cit., V, 365 bis; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 387 y sigts.; LAURENT, ob. cit., XX, 555; HUC, ob. cit., VIII, 440; PLANIOL, ob. cit., II, 949; Cas. fr., 22 Julio 1891 (DALL., *Pér.*, 1892, 1, 5). Pero conf. POTHIER, *Obl.*, cit., n. 121; AUBRY y RAU, ob. y loc. cit.; LAROMBIÈRE, ob. cit., s. el art. 1.384, n. 6.



vigilar sus actos; y, sin embargo, si el menor cometió injuria, la ley presume bien, como ha hecho respecto al padre á quien corresponde el ejercicio de la patria potestad, que tuvo lugar por su negligencia en vigilar según la obligación que le estaba impuesta.

El segundo de los elementos descritos está dicho por la ley misma, que ha impuesto la responsabilidad al tutor si habita con el pupilo que cometió el hecho ilícito, y la razón es la que se dijo en los conceptos generales expuestos sobre la materia (1); y no podría tener justo fundamento, de otro modo, la presunción de culpa si las circunstancias de las relaciones entre el responsable y el agente sean tales que excluyan la posibilidad de la ejecución de un deber en cuyo *incumplimiento* se presume.

También en este caso se requiere, pues: 1) el deber de vigilar derivado de la *potestad* sobre el menor; y 2) la convivencia. De cuyos dos elementos ya determinamos su contenido y límites; á lo que se añadirá ahora alguna aclaración sugerida por observaciones especiales.

A).

314. Si alguno de los cónyuges, en razón de la ausencia, incapacidad ó resolución de la autoridad judicial, no pudiese ejercitar la patria potestad; ó si, disuelto el matrimonio, el cónyuge supérstite no interviene en grado de ejercitarla por los motivos reseñados, ó muriese, se provee al gobierno de la persona del menor y á la administración de sus bienes con el nombramiento del tutor (2). De aquí la autoridad que á éste se le confiere por su estado jurídico, y con ella y por ella el deber de vigilar, que induce la presunción y la responsabilidad de que se trata.

Se ha aludido ya á uno de estos casos, que es el nom-

(1) V. el presente cap., § *Generalidades*.

(2) Cód. civ., art. 241.

bramiento por la autoridad judicial, observando cómo transfiera á la madre el ejercicio de la patria potestad que corresponde al padre indigno (1); pero aquí se podría dudar de la afirmación sentada entonces, pensando que al determinar cuándo se defiere la tutela la ley se refiere á la muerte, á la ausencia y á la condena penal, pero calla la providencia de la autoridad judicial por abuso de la patria potestad; sería posible objetar, por tanto, que el magistrado no tiene el poder de privar de ella al padre, y que la providencia que ordena no sea de tutela verdadera. Argumento de ninguna eficacia contra la expresa norma que existe en la ley, la que, regulando la función de la patria potestad, por el interés que en el ordenamiento familiar tiene la sociedad, da al magistrado la facultad de intervenir cuando el que la ejerce lo haga de modo contrario á su fin y á aquel interés, incluso con el poder de proveer con la tutela especial á la persona del menor ó al cuidado de sus bienes.

315. Si sólo se debiera atender al nombre, en observancia de las disposiciones que se imponen al tutor, la responsabilidad por los hechos ilícitos del pupilo, y, como consecuencia, de la culpa presunta *in vigilando*, se le debería también asignar al padre, que por reconocimiento del hijo natural tenga sobre él la *tutela legal*. Pero se ha observado ya que si bien por el respeto que se quiere rodear á la familia legítima, la ley no ha dado nombre de patria potestad á tal autoridad sobre los hijos naturales, sin embargo, sobre un ejemplo se ha formado esa autoridad (2), tanto respecto á la preferencia que para ejercitarla tiene el padre, si el reconocimiento ha tenido lugar por parte de ambos (3), cuanto respecto á su contenido, excepción hecha de algunos puntos que convienen sólo á la patria potestad. Tal vez se mantengan en mejor armonía en la misma razón del

(1) Cód. civ., art. 233 cit.

(2) Cód. civ., art. 184 cit.

(3) Cód. civ., art. cit., y la referencia á los arts. 221-227 y 233.