

ley entre las que presume responsables, á pesar de lo cual, respecto á ellas, el ofendido demuestre culpa (hecho positivo ú omisión) por la que puede inferir que la injuria ocurrió á causa de ella solamente.

Esta figura difiere de la ya examinada, porque aquí la prueba de la culpa no da vigor á la presunción y no es la presunción de culpa lo que determina la responsabilidad; por consiguiente, la culpa no se une á ninguna presunción legal y permanece en el dominio de los conceptos generales (1). Las aplicaciones que de tal teoría se pueden deducir son bien claras, advirtiendo también que la prueba de la culpa que determina la responsabilidad, puede resultar de presunción simple, distinta de la presunción legal de que se trata.

En la investigación acerca de la responsabilidad de los padres se ha señalado á la madre como no presunta legalmente en culpa, cuando por el alejamiento del padre debiera cuidar de la vigilancia del hijo; resolución (2) que se justifica bien respecto á la presunción legal, en el sentido de que ésta no puede referirse á la madre que no ejercita la patria potestad; por otra parte, como también la madre tiene el deber de educar é instruir á sus hijos (3), y aun con mayor diligencia cuando el padre no puede atender á ello personalmente, si el ofendido *prueba* (y aquí aparece toda la diferencia del caso en que obra la presunción legal) que si la madre hubiese vigilado al hijo y le hubiese educado convenientemente, el hecho ilícito no se hubiera cometido, la responsabilidad se declararía contra ella.

337. No de otro modo ocurre con el menor que no fuese acogido en un hospicio, sino por acto espontáneo de beneficencia en alguna casa particular; el elemento de la convivencia no basta para constituir en responsabilidad por

(1) Cód. civ., art. 1.151 cit.

(2) V. el presente cap., § 1.

(3) Cód. civ., art. 238 cit.

medio de la presunción de culpa al cabeza de familia; sin embargo, por el hecho de haberle dado albergue en su casa, asume respecto á la sociedad la obligación de tener cuidado de él (vigilar su comportamiento y sus actos), y la obligación deriva de la condición que voluntariamente asumió; por esto, cuando el ofendido pruebe que el hecho ilícito pudo acontecer solamente á causa de la omisión culposa en la vigilancia debida, la responsabilidad tendrá plena justificación.

338. Esta misma resolución debe mantenerse para el caso de delito ó cuasidelito cometido por un hijo natural habitante con sus padres, pero aun no reconocido por ellos, pues se encontraría en la condición del expósito acogido por un particular. Pero ¿qué deberá decirse si el hijo natural aun no reconocido al tiempo en que cometió el hecho ilícito, fuese reconocido más tarde por la persona con la cual habitaba? El ofendido, ¿podrá entablar la acción valiéndose de la presunción de culpa contra el padre que hizo el reconocimiento? Y cuando esto sea posible, ¿le será al responsable admitido oponer la prescripción extintiva de la acción, si hubiese ya transcurrido el término necesario para cumplirla?

La cuestión principal indicada tendría su origen en la teoría manifestada por algunos doctores, según los cuales, hecho el reconocimiento, su eficacia es declarativa de la filiación, por lo cual establece el estado que se deriva de él desde el día del nacimiento, retrotrayéndose, pues, hasta esa fecha; contra cuyo parecer se opina alguna vez que la eficacia descrita comienza únicamente desde el día en que se hizo el reconocimiento. Se dice de esta *retroactividad* que mal se armoniza con la ley, pues no habiéndola fijado expresamente, parece que no puede entenderse de tal manera; observación que no cambia la esencia de la teoría, que se funda por entero sobre la eficacia declarativa y no atributiva de filiación que el reconocimiento produce. Ni de esta virtud parece que se deba dudar, porque el reconoci-

miento (la misma palabra bien lo indica) no crea la filiación, que como hecho preexistía; y refiriéndose á la filiación la informa por completo, no pudiéndose distinguir en ella dos momentos diversos, anterior el uno al reconocimiento, posterior el otro. Alguna razón de duda se podría deducir de cuanto la ley ordena acerca de la legitimación, la cual, si es hecha por subsiguiente matrimonio, surte efecto desde el día en que se celebró, si en el acto de la celebración, ó antes, los hijos fueron reconocidos; que si el reconocimiento es posterior, tendrá efecto desde su fecha; mientras en el caso de legitimación hecha por concesión real, el efecto comienza desde la fecha del decreto que la concede (1). Sobre el mérito de esta disposición, sobre no referirse al día del matrimonio la virtud propia de la legitimación de los hijos reconocidos después, la crítica podría hacer muchas consideraciones; de todos modos, el silencio en cuanto á la eficacia declarativa del reconocimiento, cuando expresamente se ordena lo contrario respecto á la legitimación, demuestra que aquella virtud no puede discutirse; y se puede justificar la diversa resolución, considerando que aquí hay sólo el estado de filiación únicamente natural, mientras en la legitimación hay el de filiación legítima, para el que la ley tiene muchas preferencias. Prescindimos de observar que en el caso especial del decreto, es éste el que atribuye efectivamente la *legitimidad*.

Establecida, pues, la eficacia declarativa del reconocimiento, por el cual el hijo natural reconocido debe considerarse tal desde el nacimiento, ¿tendrá el ofendido, por hecho ilícito cometido por el hijo natural cuando no estaba aún reconocido, acción contra el padre por medio de la presunción legal de culpa, si más tarde se hizo el reconocimiento? No lo parece. La eficacia declarativa informa, es cierto, la filiación desde el momento del nacimiento; pero las relaciones entre padre é hijo menor que nacen de la tu-

(1) Cód. civ., art. 197, 201.

tela legal prevista por la ley como consecuencia del reconocimiento, no pueden existir jurídicamente sino desde el tiempo del reconocimiento mismo; de otro modo se debería decir que el padre tenía la tutela legal aun antes del reconocimiento, mientras que únicamente por virtud de este hecho la ley se la atribuye. Por otra parte, estamos en materia de obligación, y se debe poner mientes en las relaciones entre las partes interesadas en el punto en que tuvo lugar el hecho de donde la obligación nació; y á favor del ofendido no se puede decir que existiese entonces la presunción legal de culpa contra quien, habitando con el menor, ejercitaba sobre él una vigilancia, una potestad de hecho, no una tutela legal. Se entiende que la ratificación por vía del consentimiento posteriormente dado, pueda atribuir á una obligación anterior el carácter que de ella, hecha posteriormente, le deriva; pero no hay nada en el caso que ni remotamente se refiera á tal institución. Se advierte, por último, que acogiendo la doctrina expuesta, se debería afirmar la responsabilidad que nace de omisión de un deber moral, no impuesto por la ley, porque la obligación del cuidado que nace de la tutela legal existe sólo por el reconocimiento; y además, aun comparándolo con lo que ocurre respecto á la ratificación, se comprende bien que por este acto ninguno asuma una obligación no constituida en su nombre; lo que no acontece con el reconocimiento, por no referirse á la autoridad del particular suponer y querer que exista (si fuese posible) la tutela legal desde el día del nacimiento del hijo reconocido, cuando la concede la ley únicamente cual efecto del reconocimiento habido (1).

Así la eficacia declarativa del reconocimiento está de acuerdo con la resolución acogida en la aplicación hecha de ella en cuestión de responsabilidad que nace de la presunción legal de culpa. Conviene advertir que, acogiendo la opinión contraria, la excepción deducida de la prescrip-

(1) Cód. civ., art. 184 cit.

ción no causaría dificultad grave; pues la prescripción debe correr desde el día en que la acción nace, y ésta lo sería sólo desde cuando el reconocimiento se efectuó (1).

339. De la adopción, como se ha dicho ya, no deriva para el adoptante la patria potestad sobre el adoptado, el cual conserva todos sus derechos y deberes respecto á la familia natural (2). Ahora bien: suponiendo que el padre adoptivo á quien corresponde la obligación de continuar, si es menester, la educación del adoptado (3), lo tenga consigo, y que el menor adoptado cometa un hecho ilícito, la presunción de culpa no obrará contra el padre natural, faltando el elemento de la convivencia; y no se podrá invocarla tampoco contra el padre adoptivo que carece de la patria potestad.

No habrá entonces, por consiguiente, presunción de culpa, sino responsabilidad fundada sobre la prueba directa de la omisión de vigilancia, ó bien de no haberse dado al adoptado la educación conveniente, prueba que el ofendido puede hacer contra el adoptante para que venga obligado á la reparación de la injuria sufrida.

340. El padre que ejercita la patria potestad no es responsable cuando la no convivencia con el hijo menor no depende de culpa alguna al mismo imputable; cesa por ello la presunción de culpa si coloca al hijo en un instituto de educación. Pero ¿deberá decirse otro tanto si por deberse alejar de su habitación ó por otro motivo confió la custodia del hijo á otro? ¿Si marido y mujer, separándose de hecho, han dado á otro el encargo de tal custodia? Y cesando la responsabilidad del padre, ¿comprenderá la presunción de culpa á quien á ruego suyo aceptó la custodia?

La respuesta á la primera de las dificultades se ha dado

(1) La cuestión conducida respecto al reconocimiento voluntario, tiene igual resolución para el caso que se derivó de la sentencia.

(2) Cód. civ., art. 212 cit.

(3) Cód. civ., art. 211.

ya y se habló sobre su motivo (1). De la segunda, bastará que se reflexione que al aceptar la custodia, cuando quien la aceptó no se encuentra en las condiciones de *preceptor*, no por esto se adquiere legalmente ningún poder sobre la persona de que se trata, así que no puede surgir contra el aceptante la presunción de culpa, la cual continuará, por el contrario, gravando siempre sobre el padre. Pero esta responsabilidad no impedirá al ofendido citar para el resarcimiento al encargado de la custodia, probando su culpa; porque si frente á los ofendidos por el hecho ilícito, la ley que tiene declarado ya cuáles son las personas civilmente responsables por la culpa presunta, cuando el ofendido haya suministrado la prueba de la culpa á cargo del que custodia, éste no puede eximirse de la responsabilidad (2).

341. La misma resolución debe adoptarse también en la cuestión acerca de la responsabilidad del director de un manicomio por los hechos ilícitos cometidos por los dementes. La cuestión se discute bastante: quién piensa que la responsabilidad existe contra el director sólo cuando se pruebe que cometió culpa (3); otros consideran, por el contrario, que aun aplicando este concepto, en el hecho mismo y en la posición del director se contiene ya una presunción de que la injuria se cometió por falta de vigilancia. Parece á primera vista que entre las dos opiniones no existe conflicto, por requerir la una la prueba de la culpa, mientras la otra da como suficiente la presunción; pero si bien se observa, esta última opinión induciría, aun aludiendo sólo á una presunción simple, una presunción casi necesaria, fundada en que las personas recogidas en el manicomio tienen, por la enfermedad que les aflige, necesidad

(1) V. el presente cap., § 1.

(2) V. Ap. Rouen, 18 Noviembre 1873 cit.

(3) Conf. Ap. Agen, 10 Marzo 1872 (DALLOZ, *Pér.*, 1872, 2, 153); Ap. Nápoles, 11 Julio 1887 (*Foro it.*, 1879, 1, 1.151). — Sobre la responsabilidad del director de un manicomio, según la ley 14 Febrero 1904, n. 36, v. el c. XIX.

de vigilancia continua, cuidadosísima, de tal manera que por el hecho de haber podido cometer la acción ilícita se supone sin más la omisión de la vigilancia. Esta presunción, que *debería* resultar del hecho casi con toda certidumbre, no es legal, pero en sus efectos lo es; y es aún más fuerte por tener carácter de absoluta; y mientras en apariencia respeta la ley, en esencia la viola, puesto que acaba añadiendo á los casos de presunción previstos y ordenados una hipótesis que no está comprendida.

No se puede, conviene reconocerlo, reprochar á esta teoría de incorrección extremada, si se piensa que fundada la presunción de culpa en la obligación de vigilar, no se entiende cómo la ley no la haya extendido á la hipótesis examinada, siendo así que concurren por entero los elementos que se dan en los casos en que la presunción ha sido admitida, á saber: el poder de poner en práctica las medidas que se refieren á la obligación de vigilar, y la posibilidad de ejercitar la vigilancia de hecho. Pero como interpretación de la ley, la teoría no puede ser acogida; bajo el velo de la presunción simple crearía una presunción legal más (1).

Convendría, pues, para inducir en responsabilidad al director del manicomio, que se probara haber omitido la vigilancia á que está obligado por su cargo. Y entiéndase, como se observó ya, y se dirá también á continuación, que el grado de diligencia se mide no en relación á la que el cargo impone al empleado por medio de comisión; su obligación especial de vigilar es frente al público, y lo mismo su responsabilidad especial. La prueba de su culpa, cuando no esté contenida en el hecho mismo, como sucedería en los casos de defecto en la disposición de los locales de custodia, podrá muy bien hacerse por medio de presunciones; pero no bastan para constituir los hechos que la producen referirse tan sólo á la vigilancia que se debe á los demen-

(1) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE. ob. cit., III, 2.910; conf. GIORGI, ob. cit., V, 254.

tes; son circunstancias graves, precisas y concordantes las que dan nacimiento á la presunción (1).

341 bis. Idéntica resolución á la expuesta debe observarse respecto á la responsabilidad de los que tienen casas de salud; pues puede ocurrir que por efecto del mal, el recogido escape á la vigilancia y cause daño (2). Pero se entiende que la referencia vale únicamente respecto al principio, porque en cuanto á la prueba, la idoneidad de los locales y la manera de vigilar, son circunstancias que deben considerarse distintamente, según la naturaleza de las enfermedades á que la casa de salud se destina.

341 trip. Ni tampoco de otro modo se deberá decidir la cuestión de la responsabilidad por falta de vigilancia al hijo mayor, ó de otra persona de la familia, ó incluso de un pariente que por enfermedad fuese recogido en una casa; los padres (no sólo el que tenga la patria potestad) respecto al hijo, el cónyuge respecto al otro cónyuge enfermo, el cabeza de familia que haya dado albergue al pariente ó extraño atacado de enfermedad, están obligados á la custodia del enfermo según el mal que lo aflija.

342. Se ha aludido ya en el examen de la responsabilidad impuesta á los padres á la eficacia de la emancipación como medio por el cual cesa la presunción legal de culpa por los hechos ilícitos de los hijos que están en potestad (3); y se ha dicho también que es poco exacto distinguir entre

(1) V. el cap. XIX.

(2) Obsérvese que aquí, como en el número anterior, se examina principalmente la cuestión de la responsabilidad por el hecho ilícito del recogido respecto á otros; respecto al daño que se haya causado á sí mismo, la culpa es *contractual* cuando el objeto del negocio, que es la *persona*, es tal que hace la culpa ligerísima culpa ordinaria. De otro modo no se puede entender la voluntad de los contratantes. La figura de la culpa *no contractual* se tendría también en el caso de recogimiento prestado fuera de contrato, como ocurre en las instituciones hospitalarias abiertas gratuitamente en beneficio de los pobres.

(3) V. el § 1 del cap. presente.

la emancipación por causa de matrimonio y la constituida por declaración de los padres.

La dificultad que se hace y que arranca de la condición que jurídicamente se haría así al padre para descargarse con la emancipación de toda responsabilidad por los hechos ilícitos que pudiera cometer el hijo suyo de mala conducta conocida, ó con el cual no quisiera ejercitar vigilancia ninguna, tiene cierta gravedad, mas no es invencible. No vale decir que la misma resolución de la ley da al caso una respuesta perentoria, puesto que no ordena la presunción de culpa por los hechos ilícitos cometidos por el menor emancipado; es obvio responder que la locución «*menores*», adoptada por la ley, deja abierta la discusión si se piensa sólo en argumentos literales. Tampoco vale decir que es extraño presumir en culpa al padre emancipante si el hijo ha cometido un hecho por imprudencia ligerísima, pues no parece ello bastante para considerarlo indigno de emancipación, de cuya respuesta se puede sacar un argumento serio contra la teoría que quisiera justificar, á saber: que si la imprudencia fuese grave se daría tal indignidad, y entonces existiría también culpa á cargo del emancipante.

El argumento que eficazmente se puede presentar contra la objeción expuesta, es éste: ó la conducta del hijo se ha manifestado mala antes de la emancipación de tal manera que puede inferirse que el padre lo emancipó á fin de sustraerse al peligro de toda responsabilidad eventual, y en este caso permanece, sin embargo, siempre firme el principio de que el derecho de emancipar está concedido por la ley al padre sin restringirlo de ningún modo con el vínculo de ser ó no el hijo merecedor de la emancipación; ó bien el hijo ha tenido siempre una conducta normal antes del acto, y entonces no se entiende cómo, según acontece con la generalidad de los doctores, se puede presumir la culpa del padre respecto al asunto por el hecho ilícito acaecido después. Argumentar lo contrario es vicio de razonamiento. No importa que se observe que el padre podría hacer inútil

la sanción que le está impuesta con la presunción legal de culpa; esta objeción, que ya se señaló, no debe alterar de manera alguna el derecho, derivado de la patria potestad, de emancipar al hijo menor (1).

Sin embargo, el sistema legal sobre esta materia de la responsabilidad no consiente al padre exonerarse por medio de la emancipación de las consecuencias de la omisión de vigilancia; pero no habrá ya responsabilidad por efecto de culpa presunta en él por la ley, sino en razón de culpa debidamente probada por los medios que se conceden al injuriado.

El menor emancipado puede ser privado del beneficio de la emancipación por acuerdo del consejo de familia ó de tutela, cuando sus actos muestren que es incapaz de administrarse (2), deliberación que puede hacerse únicamente á petición del padre, si fué él quien concedió la emancipación y vive. Con esta medida la teoría de la ley se presenta en su entero y armónico desarrollo; el padre puede emancipar al hijo cuando haya alcanzado una determinada edad; pero le corresponde vigilar si llega el caso de pedir la revocación de la emancipación concedida, según el comportamiento del emancipado; no es esta una razón directa que depende del ejercicio de la patria potestad como la asumida en virtud de la presunción legal, sino una vigilancia reducida á juzgar si en el intervalo entre la emancipación y el cumplimiento de la mayor edad, se debe volver á hacer en-

(1) V. el § 1 del presente cap. CONS. DEMOLOMBE, *Tr. de la minorité*, I (*Cours*, VIII), 199; LAURENT, *ob. cit.*, V, 201; AUBRY y RAU, *ob. cit.*, § 130; y conf. la solución que el primero y el último de estos autores dan sobre la responsabilidad, afirmando, como se ha advertido, que el padre no puede librarse con un acto mal considerado, ó interesado, y siempre culposo, de las obligaciones especiales que la ley le impone, y por tanto de la presunción de culpa. AUDRY y RAU, *ob. cit.*, § 447; DEMOLOMBE, *ob. cit.*, VIII, 578; COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, V, 365 *bis*; LAROMBIÈRE, *ob. cit.*, sobre el art. 1.384, n. 4. Conf. LAURENT, *l. cit.*; HUC, *ob. cit.*, VIII, 441.

(2) Cód. civ., art. 321.

trar de nuevo al hijo en la potestad, y, por tanto, bajo la vigilancia directa. Deber que la ley impone al padre; por esto, si el lesionado por el hecho ilícito del menor emancipado demuestra que no le ha cumplido convenientemente, cierta será su responsabilidad, sin que derive de ninguna presunción legal, sino de culpa, como se ha dicho ya, extraña de todo punto á ella.

Una dificultad, que en el fondo sólo es aparente, se puede oponer á tal teoría, y es que la ley, en su providencia acerca de la revocación de la emancipación, habla del *menor* emancipado cuyos actos demuestren que es incapaz de administrar. Ahora bien; ¿cómo puede entenderse esta incapacidad en el caso de hechos ilícitos cometidos por él? En las disposiciones enunciadas con anterioridad á esta que se examina, se habla de *administración* en el sentido técnico-jurídico, y parecería, por tanto, que la voz se debe también entender ahora en idéntico significado (1); pero se puede y se debe razonar de otro modo. En las disposiciones que preceden á esta última se designan los actos que al menor es lícito hacer (2), aquellos para los que necesita de la asistencia del curador (3), y, finalmente, los que necesitan autorización del consejo de familia y autorización del Tribunal (4); así que las locuciones de «simple administración» y de «actos que exceden de la simple administración» no pueden sino referirse á la administración propiamente dicha. Pero cuando la ley ha dado al padre el derecho de pedir al consejo de familia la revocación de la emancipación en razón de incapacidad de *administrar*, esta voz tiene su sentido más extenso, indicándose con ella incluso los actos que á causa de mala conducta puedan perjudicar el patrimonio del menor; la obligación de reparar (resarci-

(1) AUBRY y RAU, ob. cit., § 135; LAURENT, ob. cit., V, 239; ARNTZ, ob. cit., I, 778; VALETTE, *Cours d. Code civil* (Par., 1872), I, 335.

(2) Cód. civ., art. 317 cit.

(3) Cód. civ., art. 318.

(4) Cód. civ., art. 319.

miento) que nace del hecho ilícito, ¿no es quizá perjudicial para los bienes del menor? ¿Es tal vez buen administrador y *capaz* para administrar quien en razón de no buena conducta, bien voluntariamente ó por imprudencia, compromete sus expensas? Motivo de la ley es, pues, no el castigo del menor, sino su defensa; ahora bien: ¿dónde estaría esta tutela en la provisión legal si se protegiese al menor que imprudentemente realiza actos de administración imprudentes y se le abandonara después si, por imprudencia, cometiese actos ilícitos que le inducen en responsabilidad?

Se puede objetar que tales consideraciones mal pueden aplicarse cuando por defecto de culpa, examinada en relación á la capacidad del menor agente, se le declara no responsable, supuesto que entonces no recibe su patrimonio daño alguno; pero este juicio posterior por el que se declara la incapacidad que lo libra de responder de la injuria cometida, no impide que el haber cometido un hecho ilícito constituya un peligro, una amenaza á la integridad de su haber. Así que si á causa de la incapacidad, y por su grado, el patrimonio del menor puede quedar á salvo de la obligación del resarcimiento por el hecho ilícito cometido, es, sin embargo, justo que no permanezca como causa de perjuicio á otros (1).

343. La revocación de la emancipación puede pedirse únicamente por el padre, aun cuando sea natural, porque la tutela legal es adaptación de la patria potestad á la familia natural; la ley misma resuelve toda duda, refiriéndose para la revocación al consejo de familia y al de tutela. La medida de la revocación es como un homenaje á la potestad de los padres; no está dado solicitarla al tutor, por el hecho de que él no puede conceder la emancipación (2), y porque se puede dudar de los motivos que le impulsaran á pedir que se ponga al menor de nuevo bajo su autoridad.

(1) V. MASSÉ y VERGÉ, ob. cit., § 243; DEMOLOMBE, I, 357.

(2) Cód. civ., art. 311 cit.