

María Cristina Plovanich

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

2010

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Volumen LIII

Plovanich, María Cristina

La responsabilidad civil de los padres . - 1a ed. - Córdoba :
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,
2011.

315 p. ; 23x16 cm.
ISBN 978-987-1123-76-6

1. Derecho Civil. I. Título

CDD 346

Fecha de catalogación: 08/06/2011

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2010, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2010 - 2013)*

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel. (0351) 4214929 – FAX 0351-4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

PEDRO J. FRÍAS

OLSEN A. GHIRARDI

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

RESOLUCIÓN N° 24/2010

Córdoba, 7 de octubre de 2010

Y VISTO:

Que en sesión ordinaria del día 5 de octubre se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el Jurado del Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” Edición 2010.

Y CONSIDERANDO:

Que los miembros del jurado evaluaron las tesis presentadas, tituladas “*La frustración del fin del contrato*” del Dr. Alejandro E. Freytes y “*La responsabilidad civil de los padres*” de la Dra. María Cristina Plovanich, ambas aprobadas por la Universidad Nacional de Córdoba.

Que las tesis sometidas a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se valoran como de distinguida elaboración; en razón que se han presentado investigaciones doctorales de trascendental interés al derecho nacional, tanto en las cuestiones relacionadas a los alcances de la responsabilidad de los padres sobre los hechos y actos de sus hijos, como respecto a la conveniencia de legislar sobre la frustración del fin del contrato. Ambos tesis han desarrollado con profundidad y solvencia el estudio de la normativa del derecho positivo argentino y el derecho comparado, utilizando una nutrida doctrina nacional e internacional con interpretaciones diversas, que permite señalar la constatación de las hipótesis propuestas oportunamente.

mente, todo lo cual ha sido sorteado con seriedad y lógico razonamiento por los tesisistas.

Por ello,

LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA,

RESUELVE:

Art. 1º: Adjudicar el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” Edición 2010 a las tesis doctorales “*La frustración del fin del contrato*” del Dr. Alejandro E. Freytes y “*La responsabilidad civil de los padres*” de la Dra. María Cristina Plovanich.

2º) Fijar oportunamente fecha y hora para la entrega de las distinciones a los galardonados.

3º) Comuníquese, dése a publicidad y archívese.

Jorge de la Rúa
Académico Secretario

Juan Carlos Palmero
Académico Presidente

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone abordar un aspecto de la responsabilidad por daños, que se encuentra en estrecha vinculación con el derecho de familia: la responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores. Este cometido requiere un análisis cuidadoso y equilibrado de las normas, conceptos e instituciones a abordar, ya que resulta necesario armonizar criterios interpretativos y de aplicación de principios jurídicos que atañen a áreas del derecho con características disímiles.

Como punto de partida corresponde determinar que la articulación pretendida se hará desde el derecho de daños. Se admite que resulta dificultoso concertar los principios y objetivos de la responsabilidad civil con los del derecho de familia, pero esto reafirma la necesidad de un estudio sistemático a fin de que las propuestas que se efectúen no desconozcan o alteren la esencia de cada una de ellas. Ambas áreas forman parte del sistema jurídico que nos rige y por lo tanto se encuentran sometidas a los principios generales del derecho, dentro de los cuales está el de “no dañar”.

El derecho de familia en lo que a la patria potestad respecta tiene entre sus propósitos asistir, educar, brindar amparo y protección a los hijos menores, para lograr una adecuada formación. La concepción moderna de la institución rechaza la imposición de limitaciones que restrinjan coercitivamente aspectos centrales para el desenvolvimiento de la personalidad del niño y el logro de una identidad propia; algunos de estos lineamientos derivan de la propia Constitución Nacional, de los pactos y tratados internacionales incorporados en el año 1994, en particular los arts. 12, 13,

14, y 27 de la Convención de los Derechos del Niño ¹. Ésta es la tendencia que recepta el Proyecto de Código Civil unificado del año 1998 que en el art. 574, al regular los derechos y deberes de los padres, expresa: “Autoridad de los padres. Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen estos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios. Su preocupación fundamental debe ser el interés superior del hijo”.

Por su parte, la responsabilidad civil en su concepción actual aspira a reparar daños injustos, amparar a víctimas ajenas a la producción del hecho dañoso. Como expresa Ramón D. Pizarro: *“El derecho de daños ha evolucionado en los últimos cincuenta años y hoy hay una cosmovisión distinta de la que se tenía tiempo atrás, se han expandido sus funciones, que van más allá de la reparación y se proyectan a la prevención del perjuicio... Pero sin duda el cambio más importante que se advierte anida en derredor del emplazamiento del derecho a la reparación como derecho constitucional, lo que le da un prisma distinto y genera nuevos enfoques”* ².

La Corte Suprema de Justicia de la Nación receptó y consagró esta perspectiva en trascendentes pronunciamientos;

¹ “La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país y aprobada por ley 23.849, tiene jerarquía constitucional, superior a las leyes (art. 75 C.N.) y operatividad inmediata, sin requerir pronunciamiento expreso de otra índole, bastando su aplicación al caso concreto para hacerle surtir plenos efectos”, Cám. Civ. y Com. de Santa Fe, Sala 3^a, 21/12/95, en J.A. 1996/I/36 y ss., con nota de Francisco A. M. FERRER.

² Ramón Daniel PIZARRO, “Modernas fronteras de la responsabilidad civil: El derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), www.acader.unc.edu.ar, abril de 2006. Ya en el año 1987 Atilio A. ALTERINI señalaba que la actitud de la sociedad frente a los daños ha variado: *“quien ha sufrido un daño pretende que se le resarza desde el instante que se le causó”*, en *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pág. 20.

ya en el año 1986 en el caso “Santa Coloma c/ Ferrocarriles Argentinos”³ dijo: “la sentencia apelada lesiona el principio *alterum non laedere* que tiene raíz constitucional (art. 19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna”. Este criterio fue reiterado en el caso “Gunther”: “Los artículos 1109 y 1113 del Código Civil consagran el principio general establecido en el art. 19 C.N. que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de la reparación tiene raíz constitucional...”⁴. En el caso “Aquino”⁵, fallo de la Corte Suprema del año 2004, se consolida este razonamiento pues el máximo tribunal reitera el carácter constitucional del derecho a la reparación y resguarda la dignidad humana como fundamento definitivo de los derechos humanos.

No es tarea simple combinar estos ámbitos del derecho que han recibido el impacto de cambios culturales que se reflejan por un lado, en una disminución de la severa autoridad paterna, aceptación de relaciones diferentes a las tradicionales, nuevas conformaciones familiares, lo cual ha traído como consecuencia menor posibilidad de compartir aspectos de la

³ C.S., 5/8/86, “Santa Coloma, Luis F. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 308:1160, L.L. 1986-A-179 y J.A. 1986-IV-625.

⁴ C.S., 5/8/86, “Gunther, Fernando v. Gobierno Nacional”, Fallos 308:1118 y J.A. 1987-IV-653.

⁵ C.S., 21/9/04, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, Suplemento especial del diario La Ley del 29/9/04, pág. 39, con nota de Ramón D. PIZARRO; Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA; Rodolfo E. CAPÓN FILAS; Marcelo LÓPEZ MESA; Carlos V. CASTRILLO; Horacio SCHICK - D.J. 2004-3, 339 - D.T. 2004 (septiembre), 1286 - D.J. 2004-3, 394, con nota de Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA - RCyS 2004-IX, 122, con nota de Carlos A. GHERSI - E.D., 25/10/04, 5 - D.J. 2004-3, 798, con nota de Ángel E. GATTI - TySS 2004, 778 - L.L. 2005-A, 230, con nota de José P. DESCALZI; D.J. 2004-3, 1094, con nota de Carlos A. GHERSI, IMP 2004-B, 2588.

vida cotidiana, se ha reducido la cantidad de horas de permanencia de los padres en el hogar, todo ello implica una disminución en la posibilidad de vigilancia y mayor autonomía en el actuar de los hijos; y por el otro, hay un aumento de las acciones por daños y perjuicios las que se resuelven con un criterio interpretativo de tutela a las víctimas de daños injustos. En consecuencia, cuando en la producción del daño interviene un menor, resulta dificultoso para los magistrados calificar sin más como negligentes las conductas de los padres, a la vez que son conscientes de que alguien ha sufrido un daño que generalmente no tiene por qué soportar.

En este marco, algo sí es seguro: las consecuencias que puede acarrear la discrecionalidad en la actuación de la vida privada y la relajación de las costumbres que inciden en la familia actual, no deben ser desplazadas a terceros ajenos a ella.

El sentido de los cambios en materia de responsabilidad civil está dado por la necesidad de asumir que en la actualidad quien sufre un daño injusto pretende que éste le sea resarcido. Esta directiva básica incide en diversos sentidos, entre otros en el factor de atribución de la responsabilidad, en la legitimación activa y pasiva de la acción resarcitoria, la creación de mecanismos especiales para solicitar la indemnización.

II. IMPORTANCIA DEL TEMA

Las transformaciones operadas a nivel social han incidido en la vida familiar, por ello entiendo que la responsabilidad paterna tal como está fijada en el Código Civil argentino merece ser revisada en sus principales aspectos. Es de particular interés aclarar si la evolución producida es receptada por la normativa específica vigente y las respuestas que se obtienen a partir de su aplicación resultan valederas, o si por el contrario, se producen desajustes o desadaptaciones que los jueces superan por vía interpretativa, pero que en realidad ameritarían una reforma legislativa.

La cuestión central es el fundamento de la responsabilidad paterna, por lo tanto el objetivo general será determinar si se justifica o no mantener la actual presunción de culpa o proponer que la obligación se funde en un factor objetivo, la garantía.

La revisión del factor de atribución pareciera ser el aspecto más complejo. Las eximentes previstas en el Código Civil indican una razón de orden subjetivo como soporte axiológico, por tanto es posible demostrar la no culpa para liberarse de la obligación. Forma parte de este estudio observar, a través de la consideración de los fallos judiciales, cómo operan las causas de liberación de responsabilidad que el sistema admite pero desde ya se adelanta que del análisis surge que el criterio judicial al resolver los planteos es de un rigorismo tal que casi nunca encuentra razones para dispensar a los padres; por ello creo necesario recurrir a argumentos valederos, que eviten eufemismos o ficciones.

La elección de un factor de atribución de orden objetivo incide sobre los requisitos que tradicionalmente se requie-

ren para que surja esta responsabilidad: minoridad, convivencia, daño causado por el menor a un tercero. El determinar que los padres están obligados en razón de garantía implica una mirada diferente sobre cada uno de ellos, por tanto esos serán los objetivos específicos, el análisis del impacto en cada uno en particular.

Merece especial reflexión la exigencia legal de que los hijos “habiten con los padres” y cuál es el alcance con que debe entenderse este requerimiento, dadas las condiciones en que se desenvuelve la existencia en el mundo contemporáneo.

Otra cuestión a considerar es que ante la ruptura del vínculo matrimonial, la ley en su redacción actual hace responsable sólo al progenitor que ejerce la tenencia, pero en atención a los mencionados cambios sociales y culturales, creo necesario preocuparse sobre el particular, y además determinar si la adopción de un fundamento de orden objetivo influye en la respuesta.

Las actividades que pueden desarrollar los niños y jóvenes desde edades tempranas, el acceso al uso de elementos potencialmente dañosos, la incorporación al mundo laboral, hacen que sea posible desplegar una casuística difícil de abarcar, por lo tanto se hará referencia a las hipótesis más frecuentes, tratando de sentar criterios de razonamiento factibles de aplicar a la mayor cantidad de situaciones posibles.

A partir de determinar un marco general y las principales cuestiones que en el orden práctico se presentan, se hará una sucinta referencia a los antecedentes históricos y al derecho comparado.

En capítulos posteriores, se analizará el tratamiento del tema en el derecho argentino, doctrina y jurisprudencia, desde la perspectiva de la doctrina tradicional y el pensamiento contemporáneo.

Se efectuará un examen crítico del sistema vigente, en particular en lo referido al factor de atribución, para sentar luego la posición personal al respecto. A partir de allí, se considerará cómo impacta la propuesta que se efectúa en cada uno de los requisitos de esta responsabilidad.

Para concluir, se considerarán los diversos proyectos de reforma legislativa existentes en nuestro país, para terminar con la proposición individual.

III. LA PROBLEMÁTICA VINCULADA CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES

1. Marco general

La ley 23.264 modificó el Código Civil en materia de patria potestad, estableciendo el ejercicio conjunto de la institución por ambos progenitores ¹. Este cambio se refleja en el régimen de la responsabilidad civil, por ello el art. 1114, que regula esta cuestión, actualmente dice: “El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviese al cuidado del otro progenitor”.

La modificación de este precepto ha pasado un tanto inadvertida por la trascendencia de los cambios que en otros aspectos introdujo aquella norma, pero precisamente esas variaciones y las que a continuación aportó la ley 23.515, inciden en esta especial responsabilidad civil invitando a una reflexión sobre el tema.

¹ El art. 264, en su primer párrafo quedó redactado de la siguiente manera: “La patria potestad es el conjunto de los deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado...”.

Otro cambio legislativo que impacta en el tema es el introducido por la ley 26579 que establece la adquisición de la plena capacidad de las personas físicas a partir del día en que cumplan los 18 años de edad. Fue sancionada el día 2/12/2009, siendo promulgada por el Poder Ejecutivo por decreto 2113/2009, del 21/12/2009, y publicada en el Boletín Oficial al día siguiente (B.O. del 22/12/2009). La baja en la edad para alcanzar la mayoría, de 21 a 18 años, reduce el tiempo en el que rige la responsabilidad paterna. Este cambio venía siendo propugnado por sectores doctrinarios que requerían la armonización legislativa con los países del Mercosur, la normativa constitucional e infraconstitucional vigente, así como también por los cambios culturales y sociales operados. Oportunamente ahondaré en este aspecto.

La regulación actual de la patria potestad refleja una evolución de las costumbres generales y una concepción de las relaciones paterno-filiales diferente a la de tiempos pasados, ahora uno de los principios rectores es el respeto a la personalidad del hijo con el consiguiente reconocimiento de un ámbito de mayor libertad para éste y menor poder o control paterno.

La estructura familiar y el modo de vida de sus integrantes han variado para adaptarse a los constantes cambios sociales operados. Entre las innovaciones podemos considerar el acceso a los estudios por un cada vez mayor número de jóvenes (lo que muchas veces implica traslado de la residencia a lugares distantes del hogar paterno), uso generalizado de cosas riesgosas (automotores, ciclomotores), desempeño de la mujer en actividades laborales fuera del ámbito hogareño. A esto se puede añadir diferencias en las actitudes o comportamientos de los padres, ya sea por ruptura del vínculo matrimonial por divorcio, formación de nuevos vínculos afectivos de parejas, uniones de hecho entre los progenitores, o una tendencia hacia la satisfacción de intereses individuales de orden laboral o económico en los miembros de la unión, que se traduce en menos tiempo de contacto o atención a las tareas que como padres les corresponde asumir.

2. Principales cuestiones

La presencia de estos factores trae como consecuencias:

a) mayor independencia de los hijos en la toma de decisiones;

b) menor poder de control o posibilidad real de contralor por parte de los padres.

En este contexto, la función paterna asume características muy diferentes a las que tenía tiempo atrás, lo que lleva a reflexionar sobre si es adecuado mantener el fundamento tradicional de la responsabilidad paterna sustentado en la “culpa en la vigilancia y educación” de los hijos.

En el derecho argentino vigente, esta responsabilidad aún descansa en el factor de atribución culpa, como una sanción por falta en la educación y la vigilancia de los hijos menores; en consecuencia, el acreditar la imposibilidad de evitar el hecho funciona legalmente como eximente de responsabilidad.

La razón de ser del art. 1114 del Código Civil aparece individualizada por antigua tradición doctrinaria y jurisprudencial, con base en dos principios fundamentales: autoridad y culpa. Pero hoy este razonamiento resulta muy discutible. Lo expuesto de modo precedente sobre los cambios en la organización familiar, traen como consecuencia variaciones en uno de los pilares sobre los que se apoyaba la norma, *autoridad*, lo que incide en la visión de la culpa, tornándola en cierta forma precaria. De hecho no se puede mantener en cada caso, presumida una “culpa” a cargo de alguien al que ya no le incumbe más en sentido absoluto y primario el deber de prevenir “cada acto de estupidez que pudiera acaecer”².

A los múltiples motivos de carácter general que la doctrina viene invocando desde hace tiempo para justificar la su-

² Textualmente Charles PERCY, *Worth on negligence*, Londres, 1971, pág. 297, citado en “La responsabilità dei genitori ex art. 2048 C.C.”, *Rivista di Diritto Civile*, 1979, parte II, pág. 125 y ss.

peración del dogma “ninguna responsabilidad sin culpa”³, se pueden agregar otros de interés en este caso particular. La lenta erosión de este criterio de responsabilidad se puede derivar incluso de la renovada preocupación por profundizar los estudios psicológicos que evolucionan hasta evidenciar, en modo específico en el ámbito de las relaciones personales, la imposibilidad de adosar a un solo sujeto el “peso” de la culpa. Contemporáneamente se indagan una serie de motivos que llevan a fraccionar el agravio de la responsabilidad individual⁴. Esta tendencia no podría quedar ajena a las relaciones entre los menores y quienes ejercen sobre ellos algún ascendiente, por ejemplo hay que considerar la influencia de los medios de comunicación, amistades, “calle”, acceso a internet, etcétera.

Al admitirse la responsabilidad por los actos ajenos afirmando la necesidad de una falta para justificar la condena al responsable por el actuar de otro, los redactores de los códigos buscaron moralizar las conductas. Pero este esquema, pese a su subsistencia formal, se encuentra hoy en este aspecto de la responsabilidad, como afirma Diez Picazo⁵, arrinconado en el desván de los olvidos.

Las relaciones paterno-filiales se han visto alcanzadas por las transformaciones sociales, laborales, que han modificado el esquema familiar tradicional. Las nuevas conformaciones familiares, incorporación del divorcio vincular, mayor posibilidad para la mujer de realización personal desde lo laboral o en ocupaciones fuera del hogar, marcado individualismo en

³ Guido ALPA - Mario BESSONE, *La responsabilità civile*, Milán, 1976, pág. 233 y ss.

⁴ Esto no implica por cierto, como algunos han temido, la predicación de un comportamiento irresponsable. Para una prospectiva en armonioso equilibrio entre las antiguas y actuales exigencias ver BUSNELLI, “Libertà e responsabilità fra i coniugi nella vita familiare”, *Rivista di Diritto Civile*, 1973, I, pág. 123 y ss.

⁵ Luis DIEZ PICAZO, “La responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, t. XXXII, pág. 773.

las relaciones aun en las de orden familiar, acceso a capacitaciones o puestos laborales distantes del hogar, posibilidad de adquisición de mayor cantidad de bienes materiales, cosas muebles riesgosas que están a disposición de niños y adolescentes, todo impacta en los requisitos para la configuración de esta responsabilidad. Cada una de estas variaciones influye en cuanto a quiénes deben ser las personas obligadas, si la convivencia del menor con los padres es o no exigencia para que surja la responsabilidad, cuáles deben ser los supuestos que configuren eximentes, etcétera.

Los cambios operados en el concepto de la responsabilidad civil han tocado también a esta especial responsabilidad: la de los padres por los hechos dañosos de sus hijos.

A modo de síntesis presentaré la evolución del marco general de la responsabilidad y las diversas teorías que se han formulado en torno a la responsabilidad de los progenitores, para luego en un capítulo posterior analizar los fundamentos sustentados en doctrina argentina.

3. Evolución del fundamento de la responsabilidad civil en general

La constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama una cada vez más vigorosa defensa de la persona: indemnizar al acreedor o víctima (se le llame como se quiera, lo claro es que parte de la relación se está convirtiendo en nuevo protagonista del derecho de obligaciones surgido de la sociedad postindustrial) significa tanto como dejarla indemne, colocarla en la misma situación en que se encontraba antes de sufrir el daño.

Cuando nos planteamos el problema del fundamento de la responsabilidad civil no hacemos sino formular la siguiente pregunta: ¿por qué motivo está obligado a reparar el daño quien lo ha causado?, o de otra forma: ¿qué circunstancia es la que determina el nacimiento del deber de indemnizar?

Esta cuestión admite, en teoría, dos contestaciones diferentes:

a) La primera: el autor del daño responde por qué éste se ha producido por su culpa. Expresado de otra forma, está obligado a reparar quien ha actuado mal, aquel que, por lo menos, ha cometido una imprudencia en el obrar. No debe responder del daño, por tanto, el que se ha comportado con la diligencia debida.

La consecuencia de este pensamiento es que sólo la voluntad humana engendra responsabilidad, quien sufre un daño debe probar, no sólo que es el resultado de la actividad del agente, sino que es consecuencia de una acción humana como tal, esto es, con conciencia y voluntad. En suma, la víctima ha de probar la culpa del autor del daño.

b) La segunda de las contestaciones posibles es de signo contrario. Según ella, responde del daño quien de hecho lo causa, con independencia de que haya tenido o no la culpa de su producción. No es necesario indagar las características de su comportamiento. Debe indemnizar el daño sólo por haberlo ocasionado, o si se quiere, por haber realizado una actividad apta para producir un riesgo. Aquí, el centro de gravedad del deber de responder está en el daño mismo, no en el sujeto que lo causa. La responsabilidad -según la terminología corriente- es objetiva, no subjetiva.

3.1. Posición tradicional. Factor subjetivo

La doctrina tradicional se ha encontrado, en esta materia, totalmente dominada por el concepto de culpa: el autor de un daño sólo responde cuando en su acción han intervenido voluntad de dañar o negligencia. Esta es la idea base que subyace en todos los códigos civiles europeos decimonónicos. Buen ejemplo es el Código Civil francés, donde los elementos básicos de esta especial fuente de obligaciones como lo define el art. 1382 son la producción de un daño causado por consecuencia de un hecho cualquiera del hombre y la intervención de lo que ambiguamente se llama "*faute*". Esta concepción se proyecta en el art. 1902 del Código Civil español, que

atribuye responsabilidad a quien por acción u omisión causa un daño a otro interviniendo culpa o negligencia; no por tanto, a quien lo produce por otra circunstancia. De igual modo en el art. 2043 del Código Civil italiano. Esta influencia también se observa en el Código Civil argentino, art. 1109 al establecer: “Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...”.

El predominio de esta teoría no fue fruto del capricho o del azar. Muy por el contrario, su vigencia hay que entenderla inserta en el contexto de toda una concepción de la sociedad y del derecho. Nos referimos a la filosofía liberal, que haciendo del individuo el elemento central de todas las valoraciones sociales -y por tanto jurídicas- ve con repugnancia la posibilidad de que una persona sea juzgada responsable -con las consecuencias económicas que esto supone- de un daño que no ha sido fruto de su libre actuación.

3.2. Nuevas tendencias. Factor objetivo

La nueva dirección en materia de responsabilidad civil consiste en orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales -basados en la doctrina de la culpa- por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos. En algunos casos, especialmente cuando intervienen elementos riesgosos o la actividad que se desarrolla es peligrosa, el principio de la culpa se deja de lado y las normas receptan la responsabilidad fundamentándola en factores objetivos. En otros supuestos, no se observan nuevas disposiciones legales marcadas por un signo diferente, sino que hay un cambio de concepción en la aplicación de las leyes tradicionales, que en su espíritu permanecen apegadas al principio de que no hay responsabilidad sin culpa.

En Francia y España, esta nueva actitud interpretativa ha supuesto una verdadera revolución por obra y gracia de la actitud flexible de los tribunales. Basta señalar que acorde

los términos del art. 1902 del Código Civil español y la línea jurídica tradicional, la jurisprudencia de ese país permanece teóricamente fiel a la doctrina de la culpa, considerando a ésta elemento justificativo de la responsabilidad civil (al menos en los supuestos puros de responsabilidad por actos propios). Sin embargo, las soluciones prácticas que se perciben en los fallos -es decir la forma en que realmente se interpretan los hechos en las sentencias- denuncian una evidente tendencia tuitiva en favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento del elemento “culpa”, pues, o se hace recaer sobre el presunto responsable la prueba de que no fue su negligencia la causante del resultado dañoso en que se basa la reclamación promovida contra él, o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume. Si como ocurre también, se identifica la diligencia no con un cuidado normal, sino con una “exquisita” previsión de todos los efectos posibles de cada acto y de cada movimiento, se llega a la conclusión de que los postulados clásicos han experimentado de hecho una vigorosa conmoción.

4. Fundamentos propuestos para sustentar la responsabilidad paterna

Este supuesto particular no resulta ajeno a los lineamientos expuestos. Tradicionalmente se ha sostenido que esta responsabilidad asienta sobre bases subjetivas, girando la mayoría de las doctrinas en torno a la culpa de los padres, sea en la vigilancia, en la educación o en ambas. Sin embargo en la actualidad hay disposición a dotarla de rasgos objetivos.

Analizaremos los argumentos más frecuentes.

4.1. Culpa en la vigilancia

De modo usual se ha sostenido que la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos se basa en la culpa,

concretamente en la culpa *in vigilando*. El fundamento radica en falta de cuidados: el legislador ha supuesto que los padres, valiéndose de los poderes de dirección que la ley les confiere, han podido encauzar la conducta de sus hijos en condiciones regulares, en consecuencia los hechos ilícitos cometidos por estos son el resultado de la omisión de esos cuidados, ha habido falta de vigilancia.

Se ha tenido presente la idea de autoridad. Padres e hijos no se encuentran en un pie de igualdad, al poder de mando del padre le corresponde un deber de obediencia del hijo. Esa facultad conferida al padre es determinante de su responsabilidad, ya que él ha tenido la posibilidad de impedir que sus hijos causen daños a terceros.

Esta tesis se basa en que la patria potestad impone obligaciones a los padres, no sólo con respecto al hijo sino con relación a los terceros; entre esos deberes figura el de impedir -a través de una correcta vigilancia- que los hijos causen perjuicios.

4.2. Culpa en la educación

Se parte de la idea de que los padres son responsables por no haber sabido inculcar a sus hijos el debido respeto a las demás personas o a los bienes ajenos, o por no haberlos corregido en sus malas inclinaciones. A mérito de la patria potestad corresponde a los padres el deber de educar a sus hijos, procurarles una educación integral. El hecho dañoso revelaría de por sí una presunta culpa *in educando*.

Sostiene Rogel Vide que esta afirmación es poco convincente ya que es difícil señalar la línea divisoria entre la buena y la mala educación; además: “*si la razón de la responsabilidad fuese la defectuosa educación impartida, en buena lógica, los padres habrían de seguir respondiendo por los hechos ilícitos después de haber alcanzado éstos la mayoría de edad,*

puesto que la causa remota de estos hechos -la mala educación- subsiste y sin embargo tal no sucede”⁶.

4.3. Teoría de ambas culpas acumuladas

A la culpa en la vigilancia se le agrega la culpa en la educación como medida para determinar la diligencia exigible en punto a aquella. El resultado de la educación determinará el grado de vigilancia; esta aumentará o disminuirá según sea mejor o peor la educación impartida.

Aguiar Días estimó que al tratar la responsabilidad paterna se tiene presente el incumplimiento de los deberes que le corresponden al padre con relación a sus hijos: a) asistencia, en sentido amplio, en el que va incluida la educación; b) vigilancia, es complemento de la educación, y será más o menos necesaria conforme se cumpla el primer deber⁷. Ninguna se excluye entre sí.

Esta relación entre educación y vigilancia se da en forma inversamente proporcional a la edad. Mientras menos años tenga el niño, mayor será la necesidad de control y supervisión, pero a medida que transcurre el tiempo hay mayor desarrollo intelectual y madurez, por lo que disminuye la necesidad de vigilancia estrecha; haciéndose ésta prácticamente imposible de ejercitar a medida que el hijo se acerca a la mayor edad.

⁶ Carlos ROGEL VIDE, “La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela”, Anuario de Derecho Civil, 1976, t. XXIX, pág. 1241.

⁷ J. DE AGUIAR DÍAS, *Tratado de la responsabilidad civil (Da responsabilidade civil)*, 7ª ed., Río de Janeiro, 1983, vol. 2, traducción de los doctores Agustín e Ignacio Moyano, Buenos Aires, 1957.

4.4. Teoría del fundamento económico

Se señala también, aunque aunando generalmente este fundamento a alguno de los ya expuestos, que la razón de ser de la responsabilidad de los padres, se apoya igualmente en una preocupación de carácter económico: encontrar un responsable solvente frente a quien ha sufrido un daño injusto, ya que los menores, en la generalidad de los casos, carecen de bienes con los que puedan responder por los perjuicios que causen.

La reparación de la víctima es la finalidad indiscutible y fundamental de la responsabilidad civil, por tanto como expresa Cossío: *“en materia de responsabilidad civil no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cuál patrimonio sea el que en último término habrá de soportar sus consecuencias dañosas, y así, más que una imputación personal se trata aquí de una imputación patrimonial y la idea de culpa pasa a ser uno de los criterios, entre otros muchos, que habrá de servir para llevar a cabo la atribución de manera justa”*⁸.

4.5. Teoría de la solidaridad familiar

En Francia y en alguna medida en Italia, ciertas opiniones han hecho descansar el fundamento de la responsabilidad paterna en la noción de solidaridad familiar. En Italia, se ha sostenido que las reformas introducidas en el derecho de familia no pueden considerarse sólo un cambio sectorial, sino la progresiva puesta a punto de un sistema. Entre los principios inspiradores de la nueva disciplina asume indudable importancia la voluntad de favorecer o de acentuar la

⁸ Alfonso DE COSSÍO, “La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del derecho español”, Anuario de Derecho Civil, 1966, t. XIX, pág. 528.

cohesión del grupo; esto se evidencia en el valor atribuido en las normas a la cohabitación, esto es, al vivir juntos, entendido como comunidad de intereses materiales y espirituales. Desde esta perspectiva, más amplia aparece la validez del grupo cuanto mayor es el número de intereses comunes, se acentúa así una noción de “familia” entendida como centro de intereses, como punto de convergencia a los cuales necesariamente todos deben contribuir. Por tanto, a falta de una autonomía patrimonial de los hijos, la responsabilidad de los padres encuentra una justificación válida para prescindir de la culpa o de la autoridad en cada reclamo. Esta clave interpretativa permite a sus sostenedores, superar gran parte de los problemas que han trabajado doctrina y jurisprudencia en un largo oscilar entre intereses contrapuestos, como la exigencia de resarcir al dañado y el temor de adosar a los padres una responsabilidad carente de argumentación válida. Este problema se aprecia claramente en el caso de la responsabilidad por los “grandes menores”, responsabilidad que aparece ilógica unida a los principios inspirados, en definitiva, en un exagerado individualismo -como la culpa, la autoridad, la adecuada vigilancia, etc.-, pero que se explica cuando se mira a lo compacto del grupo con el que el adolescente convive, por ello, si se dan las condiciones requeridas, los padres o, mejor aun, el patrimonio familiar responde independientemente de la edad del menor. La gradual pérdida de la autoridad vinculada a la creciente autonomía del hijo no consiente, de por sí, liberar a los padres mientras el menor esté íntimamente ligado al núcleo familiar.

De este modo, la familia recuperaría una función sobre el plano de las relaciones económicas y de las relaciones sociales, *“función que podría permitirle recobrar así su contenido y su alimento espiritual, paradójicamente desaparecido con la pérdida de los valores económicos y sociales”*⁹.

⁹ Pietro RESCIGNO, “Le società intermedie”, en *Persona y comunidad*, Bologna, 1966, pág. 54. Citado por Lilibiana ROSSI CARLEO en “La responsabilità dei genitori ex art. 2048 C.C.”, *Rivista di Diritto Civile*, 1979, parte II, pág. 142.

Los simpatizantes de esta posición, entienden que una solución de este tipo no es desechable, ni está privada de alternativas. Propician para su concreción la adopción de un sistema de seguro obligatorio, o la asignación de mayores recursos a una política de costos sociales, pero también asumen que estas propuestas resultan de dificultosa implementación ya que están ligadas a cuestiones económicas.

4.6. Garantía

La realidad social y familiar presenta hoy modificaciones sustanciales con relación a las que regulaban las legislaciones del siglo XIX que sustentaron la responsabilidad de los padres en la culpa *in vigilando* o *in educando*. En estos tiempos, hay una indiscutible revalorización de la persona del menor y una correlativa expansión de su esfera de actuación que acarrea una gran dificultad a los padres para el control y la vigilancia, cuestión que se acentúa a medida que se acerca la mayoría de edad. En doctrina francesa, ha dicho Neirinck: “*La responsabilidad de los padres ha evolucionado, a través de la jurisprudencia, en un sentido más favorable a la protección de los terceros que a la del menor, pues no aparece como contrapartida a un derecho de guarda mal ejercido, sino que se convierte en una garantía para con los terceros...*”¹⁰. Por tanto los padres garantizan a los terceros, la indemnización de los daños causados por sus hijos, con independencia del buen o mal ejercicio de esa guarda.

En los sistemas de derecho positivo en que el fundamento se sustenta en la culpa, se advierte una acentuada corriente jurisprudencial que, bajo el velo de la presunción de culpa y sin negar abiertamente el fundamento normativo, consagra

¹⁰ C. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, París, 1984. Citado por Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 111.

prácticamente una responsabilidad objetiva a través del extremo rigor con que aprecia la prueba de descargo del deber de cuidado y vigilancia. En el fondo subyace una razón de orden económico: el principal es una especie de “asegurador” hacia terceros, con relación a los daños que puede causar su dependiente.

4.7. Riesgo

Parte de la doctrina sostiene que no puede haber temor en cimentar la responsabilidad paterna en el riesgo creado, ya que es deber de los progenitores asumir los riesgos que importa la conducta irreflexiva de los hijos menores de edad desde que su actuar disminuye potencialmente la seguridad de la sociedad por crear situaciones peligrosas para las demás personas.

Es ésta una posición aun minoritaria pues, en general, el riesgo se asocia a situaciones donde intervienen cosas o actividades que nada tienen en común con la familia, por ello, algunos autores rechazan la idea de que la paternidad implique “riesgos” con el sentido que esta expresión guarda en el ámbito de los hechos dañosos.

IV. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Las instituciones jurídicas son el resultado de construcciones culturales, que evolucionan acompañando los cambios que se producen en las sociedades. En algunas oportunidades se producen descubrimientos en diferentes áreas de las ciencias, que pueden ocasionar impactos impensados hasta poco tiempo atrás en la ciencia jurídica, en esos casos se plantean desafíos que exigen respuestas novedosas y más o menos perentorias, pero por lo general la mayor parte de las soluciones jurídicas resultan de una lenta evolución.

Es esa la situación en el tema de este trabajo, que refiere a cuestiones vinculadas a la familia y a la obligación de reparar daños; cuyos antecedentes se encuentran en los comienzos de la convivencia humana y, si bien con significaciones muy diferentes de las presentes, aparecen delineadas en antiguos sistemas jurídicos para alcanzar, de modo lento y progresivo, los contornos actuales. Entonces, para comprender la razón de ser de las normas que integran el sistema jurídico, vinculadas a la cuestión en análisis, y entender su significación se reseñarán, de modo breve, los orígenes de algunas disposiciones.

En expresión de Moisset de Espanés: *“Nuestro derecho de las obligaciones, como sucede en casi todos los países del mundo occidental, hunde sus raíces en tradiciones jurídicas que nos vienen del derecho romano, pasando a través de las viejas leyes españolas...”*¹.

¹ LUIS MOISSET DE ESPANÉS, *Codificación Civil y Derecho Comparado*, Buenos Aires, Zavalía, 1994, pág. 216.

Los antiguos romanos sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas, a los que el derecho podría reducirse como mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) *alterum non laedere*, (no dañar al otro). Para los romanos a partir de esos principios se podía, ante cualquier situación, saber cómo comportarse en relación con los demás.

El principio del *alterum non laedere* es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad, es decir en relación con otro, o lo que es lo mismo, tiene sentido únicamente en la vida en sociedad. Ricardo de Ángel Yágüez comienza su libro *La responsabilidad civil* diciendo: “*El no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana*”².

1. Derecho romano

1.1. Responsabilidad en general

Se estima conveniente a fin de contextualizar el tema de la responsabilidad paterna durante la vigencia del derecho romano, realizar algunas consideraciones previas sobre la responsabilidad en general en esa época, aceptando como válido que en los primeros tiempos de la humanidad no puede hablarse de responsabilidad civil³.

² Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La responsabilidad civil*, 2ª ed., Bilbao, Universidad de Deusto, 1989, pág. 21.

³ Juan IGLESIAS, *Instituciones de derecho romano*, Barcelona, 1951, vol. I, pág. 427 y ss.; Jorge MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado”, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1980, t. I, pág. 39; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Res-*

La convivencia humana siempre conlleva diferencias y se puede suponer sin dudar, que en los primitivos clanes aquellas también existieron. La fuerza parece haber sido el primer instrumento de orden con la particularidad de que cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu, a la que pertenecía el ofensor. Tal vez no fuera el odio lo que justificara esta concepción sino la necesidad de hacer justicia aun por mano propia, ante la carencia de un organismo superior e imparcial al que ocurrir. La venganza como sistema tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad como se señalara.

Más adelante se produce un gran avance jurídico en el momento en que la venganza sufre una limitación pues pasa a ser individual, se devuelve mal por mal pero equivalente o proporcional. Este principio de proporcionalidad de la sanción con la falta cometida, hace que lo que se fije como indemnización tenga relación con el daño causado. Se conoce como ley del Talión y está presente en el Código de Hammurabi, las leyes de Manú y la ley de Moisés y se resume en la conocida frase: ojo por ojo, diente por diente.

Sin embargo y pese a todo el bagaje legislativo y doctrinario heredado de Roma, no puede decirse con propiedad que los romanos hayan establecido un principio general de responsabilidad. Se trataban uno a uno los casos que se iban su-

ponsabilidad civil, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, pág. 22 y ss.; Sandro SCHIPANI, "El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad", en *Homenaje a Isidoro H. Goldenberg*, A. A. ALTERINI - R. M. LÓPEZ CABANA (dirs.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 21; Ramón D. PIZARRO - Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2, págs. 449-450 y ss.; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, pág. 79 y ss.; Carlos A. REYNA; "Comentario a los arts. 1114/1116", en *Código Civil*, dirigido por A. Bueres y coordinado por Elena Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pág. 634.

cediendo, “*decidiendo que quien hubiere sufrido tal o cual daño podría exigir ésta o aquella suma*” según lo expresan los hermanos Mazeaud ⁴.

Cuando tiene lugar la caída de Roma y se produce en Europa lo que se conoce como el oscurantismo, los textos romanos se pierden durante siglos y recién son redescubiertos en el siglo XI, en que comienzan a ser estudiados. Coincide este descubrimiento con la fundación de la primera universidad en Bolonia en 1088 desde donde se los empieza a interpretar y comentar.

Los primeros comentaristas, además de realizar las correspondientes anotaciones a los casos que discutían, comenzaron a sintetizar sus discusiones en frases cortas, que son conocidas como glosas. Uno de los puntos más interesantes de este período es el intento por reelaborar la ley Aquilia, despojándola de su carácter penal. También se comienza a limitar la indemnización de los daños al perjuicio o mal efectivamente sufrido.

En la Edad Media también se nota la influencia de la Iglesia Católica y del derecho canónico, y en lo tocante a la responsabilidad civil se intenta dotarla de un sentido moral similar al pecado, la culpa pasa a tener un papel cada vez más importante. Con posterioridad a los glosadores, hace su aparición la escuela del derecho natural, con Grocio y Puffendorf que producen una profunda transformación en el derecho romano, siendo sus postulados recibidos por los franceses Domat y Pothier quienes directamente elaboran el concepto de que no hay responsabilidad sin culpa. Según Mazeaud-Tunc, el gran mérito de Domat y Pothier, junto con otros autores de antes de la Codificación fue: “*haber separado casi por completo la responsabilidad civil de la responsabilidad penal; y por lo tanto, haber estado en condiciones de establecer*

⁴ Henri y León MAZEAUD - André TUNC, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJEA, 1977, t. I, pág. 39.

*un principio general de responsabilidad civil; con la ayuda de las teorías de los juriconsultos romanos, más o menos exactamente interpretados, consiguieron así un resultado que estos últimos no habían podido alcanzar”*⁵.

1.1.2. Antecedentes de la responsabilidad paterna en el derecho romano

Las raíces del derecho civil y del derecho penal se encuentran en Roma. En los primeros tiempos, época clásica, ambas responsabilidades estaban unidas, los primeros elementos de la responsabilidad civil se tomaron del derecho penal, y la idea de reparación se introdujo con posterioridad; en esta etapa estaba presente la idea de venganza y el pago de una pena-indemnización.

Así lo expresa el catedrático español Juan Iglesias: *“En la época justiniana la pena privada degenera en una sanción tendente al resarcimiento, pero no hasta el punto de perder por completo su viejo efecto expiatorio. La acción penal suele ser transformada ahora en mixta -penal y reipersecutoria-, de manera que a una restricción del efecto típico de la pena corresponde una mayor consideración del resarcimiento de la reparación material del daño”*⁶.

De modo semejante lo presenta Cristina López Sánchez, pero haciendo especial referencia a los daños causados por niños: *“En un principio la reparación aparece considerada como una pena. Las víctimas de un daño reaccionaban violentamente contra los perjuicios sufridos y pretendían alcanzar una reparación por parte del autor material del daño, con independencia de que fuese o no culpable. De ahí que en el Derecho romano más antiguo la responsabilidad fuera objetiva, y*

⁵ Henri y León MAZEAUD - André TUNC, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJEA, 1977, t. I, pág. 39.

⁶ Juan IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 8ª ed., Barcelona, Ariel, 1983, pág. 488.

*en ese sentido se admitía tanto la responsabilidad de los enajenados como la de los niños de escasa edad*⁷. Si se determinaba que el daño era causado por ellos, automáticamente debían responder como autores directos, sin importar la edad ni el grado de capacidad. Sólo se requería que se hubiese causado una injusticia objetiva; prevalecía el criterio en virtud del cual bastaba con la comisión material de un hecho para incurrir en responsabilidad⁸.

Después se determinó que, para que existiera la responsabilidad, no bastaba con la *iniuria* y el daño, sino que además éste debía considerarse en sus dos vertientes, la objetiva, por cuanto el daño causado había de ser contrario a derecho, y la subjetiva, en el sentido de que en la producción de ese daño tenía que haber mediado culpa del agente. Se dio entrada a un sistema cuya razón de ser residía principalmente en la culpabilidad del autor del daño. Ya no era el daño, sino la culpa del agente la nota característica de la responsabilidad. La *iniuria* no requiere un actuar doloso, sino que basta la culpa o negligencia: “... *Así pues, entenderemos aquí por injuria el daño causado con culpa, aun por aquel que no quiso causarlo*”⁹. Se deja de lado un derecho objetivista para pasar a un sistema basado en la culpabilidad como presupuesto básico.

La *iniuria* desaparece cuando no es posible imputar culpa al autor del hecho dañoso, como ocurre en el caso de un incapaz. De ese modo, los actos que hubieran cometido tanto el enajenado como el niño de escasa edad quedaban equi-

⁷ Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, Dykinson S.L., 2001, pág. 36.

⁸ Ulpiano explica qué debe entenderse por *iniuria*: “*Pero conviene que la iniuria la entendamos aquí no como respecto a la acción de injurias, cualquier contumelia, sino lo que se hizo no según derecho, esto es, contra derecho, a saber, si culpablemente se hubiere alguno matado, y por esto concurren a veces ambas acciones, la de la Ley Aquilia y la de injurias; pero habrá dos estimaciones, una la del daño y otra la de la contumelia. Así pues entenderemos aquí por injuria el daño causado con culpa, aun por aquél que no quiso causarlo*”. D.9.2-5.1.

⁹ D.9.2.5.1 *in fine*.

parados a los fenómenos físicos o acontecimientos de la naturaleza ¹⁰.

El derecho romano en ciertos casos reconoció la responsabilidad de las personas que tenían bajo su potestad a quien cometía el acto ilícito, atendiendo fundamentalmente a los vínculos familiares y a la edad concreta del menor causante del daño.

No se admitió un principio general de responsabilidad por el hecho ajeno, sino que los jurisconsultos daban soluciones a casos concretos en los que la víctima no podía ser indemnizada porque el autor material del hecho no tenía solvencia patrimonial. El derecho romano recepta los supuestos en que el hijo o el esclavo cometían un acto ilícito donde, dada su insolvencia, se debía encontrar un responsable que se hiciera cargo de la reparación del daño.

Podría decirse que en la responsabilidad del *paterfamilias*, respecto de los miembros de su familia se encuentra algún resquicio de esa responsabilidad colectiva *justificada por la vinculación patrimonial*.

1.1.3. La potestas del paterfamilias

En el derecho romano clásico, la familia, y en concreto la *potestas* o *auctoritas* del *paterfamilias*, constituía el eje de la responsabilidad por los hechos de los hijos de familia.

¹⁰Se podría encontrar aquí el antecedente de las teorías que identifican el acto del niño sin discernimiento con el caso fortuito. Ulpiano señaló que no existía diferencia alguna entre el daño que causaba un infante y el que suponría la caída de una piedra: “Y por esto preguntamos, si un furioso hubiere causado el daño, ¿habrá la acción de la ley Aquilia? Y Pegaso dijo que no; porque ¿qué culpa habría en él, no estando en su juicio? Y esto es muy verdadero; cesará pues, la acción de la ley Aquilia, así como no es aplicable la ley Aquilia si un cuadrúpedo hubiera causado el daño (D.9.1.) o si hubiere caído una teja. Pero también si un infante hubiere causado el daño, deberá decirse lo mismo. Pero si lo hubiere hecho un impúbero, dice Labeón que puesto que se obliga por el hurto quedará él obligado pero también por la ley Aquilia; y opino que esto es verdad, si ya fuera capaz de injuria” (D.9.2.5.2.)

En un sentido propio, la familia romana era considerada una pluralidad de personas que giraban en torno a la autoridad de un *pater* que ejercía un poder supremo sobre sus miembros: mujer, hijos e hijos ajenos que hubiese adquirido por compra, independientemente de la edad que tuvieran. Explican Peña Guzmán y Argüello: “Así caracterizada, la familia constituía una unidad política, económica y religiosa sometida a un régimen patriarcal representado por el poder absoluto del *pater* quien regulaba a su voluntad la composición del grupo desde que podía libremente modificarlo como quisiera, haciendo al mismo tiempo ingresar a su patrimonio todo lo que adquirieran las personas en potestad...”¹¹.

El poder del *paterfamilias* sobre las personas a él sometidas era originariamente absoluto, y pertenece a los atributos de la potestad la facultad de liberarse de responsabilidades externas derivadas de los daños producidos por algún miembro de la familia, mediante el *ius noxae*.

Se puede distinguir entre los daños causados por una persona *sui iuris* o por un *alieni iuris*¹². En materia de delitos, el *pater* debía responder por los actos ilícitos cometidos por alguno de sus *alieni iuris*, y podía elegir entre pagar el daño o entregar el culpable a la víctima. Así como las adquisiciones que hiciesen los sometidos a su potestad se integraban al patrimonio del padre, éste debía resarcir con ese patrimonio los daños que causaren aquellos.

Ya en la última etapa del derecho romano, la patria potestad pierde esa característica de autoridad absoluta, y se reconocen algunos deberes de asistencia y protección respecto de los hijos.

¹¹Luis Alberto PEÑA GUZMÁN - Luis Rodolfo ARGÜELLO, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, TEA, 1962, pág. 428.

¹²Si el perjuicio había sido causado por una persona libre, *sui iuris*, en el antiguo derecho romano regía la regla de la personalidad de la culpa.

1.1.4. Acción noxal

La noxalidad era una característica de las acciones penales ¹³ que se explica en base a dos aspectos: la venganza y el poder familiar, y otorgaba al *paterfamilias* la posibilidad de optar entre indemnizar por el daño que la persona sometida a su *potestas* hubiera podido ocasionar o abandonar al autor en manos de la víctima ¹⁴.

A partir de la época clásica la institución se suaviza, Constantino suprimió la noxa para las hijas y Justiniano la abolió para los hijos. La derogación corre paralela con el reconocimiento de la capacidad patrimonial de los hijos, de modo que fuera posible actuar contra el patrimonio de estos.

Algunos autores encuentran en las acciones noxales el germen de la actual responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, otros opinan que son tantas las diferencias que se trata de dos figuras distintas. Estimo que no se puede establecer una vinculación directa entre ambos regímenes tal como está regulada la responsabilidad paterna en nuestros días. En la mayoría de las legislaciones actuales se establece una presunción de culpabilidad respecto de los padres, presunción que no existía en el derecho romano, ni tampoco se concebía al hijo como un tercero por el que se debía responder sino que la responsabilidad derivaba de la cohesión y el poder familiar.

¹³La noxa se remonta a los derechos más antiguos, se encuentra en las tribus primitivas que abandonaban a aquel de sus miembros que causaba un daño a otro clan. Se justificaría en la cohesión del grupo y la solidaridad entre sus integrantes, pero esto cambia cuando la responsabilidad va adquiriendo matices individualistas. Como ya se dijo, en estos primeros tiempos ambas responsabilidades, penal y civil, estaban unidas.

¹⁴Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ en su libro *La responsabilidad civil del menor*, plantea que considerando que el individuo sometido a la potestad de otro no tenía capacidad suficiente ni patrimonio solvente para afrontar los perjuicios que hubiere causado, era lógico que otro quedara obligado en su lugar, de allí que la responsabilidad del padre por los hechos de sus hijos no estuviese ligada a la culpa, sino encuadrada en los deberes que constituían el ejercicio de su potestad, ob. cit. pág. 44.

Sí podría entenderse como un precedente, no de una transposición pero sí de una influencia general indirecta. En esta línea, Carlos Reyna opina que si bien tiene algún parecido con la responsabilidad actual, en Roma la responsabilidad paterna era un efecto eventual de la acción noxal¹⁵. En expresión de Marcelo López Mesa, esta responsabilidad del *pater familiae* por los daños causados por el *filiis familiae*, no puede parangonarse con la responsabilidad por el hecho ajeno de las legislaciones positivas, era una responsabilidad más “real” que “personal”, ya que el padre cumplía haciendo abandono del hijo y dejándolo en poder del ofendido¹⁶.

Desde tiempos inmemoriales se castigaba¹⁷ al padre por los delitos que cometieran los hijos; hoy no se concibe el abandono del responsable en manos de la víctima, pero sí que el padre que no logra exonerarse está obligado civilmente a reparar los daños.

Resulta interesante detenerse a reflexionar sobre una afirmación que realiza Cristina López Sánchez: “*el paterfamilias debía resarcir el daño o abandonar al autor material pero no en consideración a su posible culpa, sino para evitar que el perjudicado no fuera resarcido, dada la insolvencia del hijo*”¹⁸.

El principio jurídico de no dañar a otro, segunda regla de Ulpiano (*alterum non laedere*), pareciera estar presente en este criterio de imposición de responsabilidad. La necesidad de encontrar respuesta o satisfacción al interés afectado por el daño injustamente sufrido estuvo siempre presente, ya que no parece haber mayores diferencias entre

¹⁵ Carlos REYNA, nota al art. 114 C.C., en BUERES-HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., t. 3-A, pág. 634.

¹⁶ Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, 2004, t. III, pág. 127.

¹⁷ La noxa era una acción penal.

¹⁸ Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, Dykinson S.L., 2001, pág. 47.

esta imposición de responsabilidad y la que, conforme el pensamiento actual, se asienta en un factor objetivo de atribución de responsabilidad.

Encuentro apropiado reflejar el pensamiento de Juan J. Alba Crespo sobre la labor de los jurisconsultos romanos: “*A instancias de las necesidades, jurisconsultos y magistrados aunaron sus esfuerzos para ir adecuando el orden jurídico a los requerimientos de los nuevos tiempos. Por los daños que no se comprendan en la ley Aquilia, se da la acción por el hecho*”, dice Paulo (D. 9.2.33.1.). Hay una tendencia a la generalización de los conceptos, se hacen interpretaciones amplias de los verbos que autorizan la aplicación de la ley a supuestos que hubieran quedado excluidos en virtud de una interpretación literal. Es dable destacar la habilidad con que se distinguen situaciones y circunstancias, proponiendo en cada caso la solución más adecuada y conveniente... Además, hay que tener habilidad para elegir la solución justa y conveniente: *ius est ars boni et aequi* (“el derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo: D.1.1.1 pr.). En todo esto los romanos fueron maestros”¹⁹.

1.2. Derecho medieval

Los romanistas del período de la Edad Media no aportaron más elementos nuevos a la noción de responsabilidad del padre, aunque se estableció que los guardadores del incapaz -normalmente los padres- estaban obligados a vigilarlos. Este principio fue recogido por los comentaristas, entre ellos Bártolo de Sassoferrato quien estableció que los padres o familiares debían responder por los daños ocasionados por los parientes locos. Cabe pensar que esta consideración se hacía

¹⁹Juan José ALBA CRESPO, “Precedente romano del artículo 1109 del Código Civil: la ‘Lex Aquilia’”, artículo que obra en el Departamento de Derecho Civil, Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), 1986.

extensiva a los menores incapaces, ya que a ambos se los consideraba irresponsables.

En el derecho canónico los criterios fueron más o menos los mismos, se siguió equiparando el comportamiento de un niño de escasa edad con el loco. No se señaló una edad concreta que delimitara la irresponsabilidad, pero del pensamiento de Graciano se extraen cuáles serían los elementos esenciales que constituían la imputabilidad: la voluntad y el conocimiento, siempre que la primera fuera libre y el conocimiento suficiente. En la práctica, los menores de catorce años eran considerados irresponsables casi siempre.

1.3. El derecho español. Las Partidas

El derecho romano tuvo influencia en todo el derecho europeo, sin embargo no resulta fácil encontrar en los textos legales de ese pueblo, referencias concretas a la responsabilidad civil, además de que no se distinguía claramente la responsabilidad civil de la penal.

En el Fuero Juzgo se recogen doce libros entre los cuales los libros VI y VII se refieren a penas derivadas de determinados hechos y el Libro VII se refiere a los daños, con la característica de que se tratan supuestos particulares. En el Título I, VIII del Libro VI, se señala que el padre no debe ser penado por el hijo y en el mismo libro, aparece la noxalidad en relación con los siervos (Justiniano la había abolido para los hijos).

Entre los Códigos alfonsinos, en el Fuero Real también se verifica la fuerte influencia ejercida por el derecho romano, se recoge el abandono del siervo en manos de la víctima.

En las Siete Partidas se encuentran referencias concretas a la responsabilidad de los menores, sin diferenciar claramente la responsabilidad civil de la penal ²⁰. En la Partida

²⁰ *Las Siete Partidas*, obra a la cual el gran proceso de reforma del derecho iniciado por Fernando III da impulso y que Alfonso X (llamado el Sabio)

VII, la Ley IX del Título I se refiere a los distintos tipos de responsabilidad en función de los hechos, distingue edades a partir de las cuales los menores pueden ser responsabilizados, hace referencia a la capacidad de entender, equipara al enajenado con el niño, y establece la responsabilidad de los parientes del agente material del daño: “... *Pero non son sin culpa los parientes dellos, quando non les fazen guardar, de guisa que non puedan fazer mal a otri*”.

En la misma Partida VII, la Ley V del Tít. XV se refiere a los daños que hacen los que se encuentran en poder de otro, los que fueren causados por un menor de veinticinco años como consecuencia de la realización de algún encargo de parte de aquel bajo cuyo poder se encuentra. Es decir, se regulaba una responsabilidad por el hecho ajeno, además de la personal, que pudiese corresponder al autor de acuerdo a su edad.

El derecho de las Indias y en particular el derecho indiano propiamente dicho, es decir, las normas emanadas de la Corona de Castilla y León, y de los órganos a ello legitimados en América Latina para los territorios de las Indias, reguló sólo parcialmente aspectos del derecho de las obligaciones, sirviéndose sobre todo del derecho castellano, y por lo tanto de la Nueva Recopilación (1567), de las Leyes de Toro (1505) y de las Partidas.

terminó en el siglo XIII, responden a una exigencia de más alto nivel jurídico respecto de la recolección de leyes diversificadas al interior de los varios territorios ibéricos poco a poco sujetos a la corona de Castilla y León.

V. DERECHO EXTRANJERO.
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES
EN EL DERECHO COMPARADO

1. Introducción

En el tiempo histórico que nos toca vivir, caracterizado por la “globalidad”, la comparación entre sistemas legislativos se impone como natural. Más aún en el tema del presente trabajo pues, si bien las diferencias culturales, económicas y sociales entre los pueblos siguen existiendo, hay costumbres, hábitos, modos de proceder sobre todo entre los jóvenes, que se van transmitiendo de una sociedad a otra y generan comportamientos de características similares.

En expresión de Luis Moisset de Espanés: *“El estudio de otros sistemas facilita la posibilidad de previsión que tienen las ciencias sociales. Si se advierte que en otras sociedades aparecen ciertos fenómenos generales sobre los que operan los mismos factores que en nuestro medio, lo que provoca procesos similares, se puede pensar que existen grandes posibilidades de que se plantee una situación semejante en nuestro país. De allí que puedan inferirse ‘tendencias’ que permitan adoptar medidas que preparen el sistema jurídico para hacer frente a la realidad que se avecina”*¹. Estas razones son las que hacen valedero exponer, de modo sucinto, lo referente a los ordena-

¹ LUIS MOISSET DE ESPANÉS, “Cambio social y cambio legislativo”, en *Codificación Civil y Derecho Comparado*, Buenos Aires, Zavalía, 1994, pág. 17.

mientos jurídicos más próximos a nuestra área cultural y jurídica.

Asumo que este análisis tendrá límites acotados, pues hacerlo de otro modo significaría un abordaje más complejo aún que el que de por sí la materia en análisis exige, ya que abarca una amplia gama de problemas, generales e importantes, como son la patria potestad en tanto que función familiar y social, que puede ejercerse en situaciones de normalidad o de anormalidad funcional tras la crisis matrimonial, la convivencia o no del hijo con alguno de los padres, edad en que se alcanza la mayoría de edad y la responsabilidad civil que, en esta área presenta nuevas directrices en la jurisprudencia dados los cambios operados en la realidad social de esta época. Por estas razones me detendré especialmente en la normativa de algunos países extranjeros, mientras que el análisis de doctrina y jurisprudencia será más restringido, ya que un estudio meduloso de estos aspectos implicaría comprometerme en un esfuerzo que excede el propósito de este trabajo.

Cotejaré el régimen de los países del sistema continental europeo, en especial Francia, España e Italia ², por ser los que mayor influencia han tenido sobre la doctrina argentina. Incorporo el ordenamiento alemán por presentar una profunda regulación de la responsabilidad que se genera a consecuencia de los daños producidos por menores de edad. En otros países, las referencias serán menos pormenorizadas.

En el derecho iberoamericano, considero en primer término los países que integran el Mercosur y sus Estados asociados, luego los que conforman la costa del Pacífico que reconocen la influencia del Código Civil chileno, después los códigos del siglo XX.

² El Código Civil francés fue referente directo en la materia ya que operó como antecedente de las disposiciones legales del Código Civil argentino. En el caso de España, la influencia se recepta a través del Proyecto de García Goyena, y en cuanto a Italia la proyección no se encuentra a partir de su primer Código Civil, sino de los posteriores.

Expondré el derecho vigente de cada país identificando en los sistemas jurídicos elementos que nos permitan agruparlos y, a su vez, los aspectos diferenciadores.

2. Sistema continental europeo

Con el alcance explicitado de modo precedente, trataré el régimen legal de algunos de los países que integran este sistema.

Con la modificación introducida por la ley 26.579, ha desaparecido la diferencia sustancial entre las legislaciones mencionadas y la nuestra: la edad requerida para alcanzar la mayoría de edad, que se fija en dieciocho años en la República Argentina al igual que en los países europeos y latinoamericanos.

2.1. Derecho francés

La indiscutida influencia que ejerció el derecho francés en el sistema jurídico civil argentino, en especial en las normas que conformaron la responsabilidad extracontractual y en particular en la de los padres por los hechos ilícitos cometidos por sus hijos, justifica que me detenga en el análisis de su evolución histórica.

Debe tenerse presente la diversidad geográfica de Francia ya que según cual sea la zona que se considere, se advertirá la influencia de los principios romanos o los germánicos³, los primeros en el sur y los otros en el norte. Convivieron dos

³ Seguimos en esto a Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, Dykinson, 2001, pág. 55 y ss.; Carlos A. REYNA, "Comentario a los arts. 1114/1116", en *Código Civil*, dirigido por A. Bueres y coordinado por Elena Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pág. 634.

doctrinas conceptualmente enfrentadas, en la región Sur la romanista según la cual los padres no eran responsables de los daños ocasionados por sus hijos -Justiniano abolió la noxa en relación con ellos- y en el Norte la doctrina del derecho de las costumbres, influenciada por el derecho germánico, que sí admitió la responsabilidad del padre por los daños causados por los hijos menores.

Las Costumbres de Beauvaisis señalaban que los padres respondían de las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un acto ilícito por un hijo, debido a que éste no tenía patrimonio para hacer frente a esa deuda.

El art. 656 de la Costumbre de Bretaña establecía que si el hijo causaba un mal a otra persona, mientras aquel se encontrara bajo la potestad de su padre, éste tenía que pagar una multa civil, pues era deber suyo castigar a sus hijos. Ante lo riguroso de la norma, los tribunales la morigeraban, de modo que el padre quedaba exonerado si el delito había sido cometido por un menor de corta edad, sin discernimiento, ya que en esa hipótesis se consideraba que existía un caso fortuito ⁴. Se disminuía así el campo de aplicación de la responsabilidad paterna, de modo que el alcance de esa disposición no era tan amplio.

La regla que sentaba la Costumbre de Bretaña no parece haberse extendido al resto de Francia por lo tanto, en general, el padre no respondía de los actos cometidos por sus hijos; de modo excepcional era responsable cuando el hijo había ocasionado el daño mientras cumplía algún encargo del padre o si hubo connivencia entre padre e hijo ⁵.

⁴ La *iniuria* desaparece cuando no es posible imputar culpa al autor del hecho dañoso, como ocurre en el caso del incapaz. Este antecedente lo encontramos en Ulpiano, quien señaló que no existía diferencia alguna entre el daño que causaba un infante y el que supondría la caída de una piedra (D.9.2.5.2.).

⁵ Henri MAZEAUD; León MAZEAUD y André TUNC, *Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, t. I, vol.

En la jurisprudencia del siglo XIV, los casos que emanan del Parlamento de París reflejan la tendencia a proclamar la responsabilidad del padre por los daños cometidos por sus hijos menores, porque ante un tercero lesionado y un niño que no tiene bienes, el padre debía responder en su lugar para garantizar el resarcimiento del daño, pocas veces el padre quedaba exonerado.

La necesidad de obtener una indemnización se iba imponiendo progresivamente; pero reinaba una gran confusión ya que por las mismas razones en las que a veces se condenaba al padre -por ejemplo la corta edad del niño- en otras se lo eximía.

En cuanto a las leyes, no hay ninguna disposición que rechace la responsabilidad paterna.

2.1.1. Influencia de Domat y Pothier

Es indudable el ascendiente de estos dos juristas en el derecho francés, en particular en el campo de la responsabilidad civil.

El predicamento de la Iglesia Católica y del derecho canónico se nota ya en la Edad Media, de allí que se intenta dotar a la responsabilidad civil de un sentido moral similar al pecado y la culpa pasa a tener un papel cada vez más importante. Con posterioridad a los glosadores hace su aparición la escuela del derecho natural, con Grocio y Puffendorf que producen una profunda transformación en el derecho romano, siendo sus postulados recibidos por los franceses

II, N° 372, págs. 488 y 489, N°s 732 y 733; Acdeel SALAS, “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, en *Estudios...*, pág. 115, N° 1; Alberto J. BUERES y Jorge A. MAYO, “La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (Algunos aspectos esenciales)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 12, Rubinzal Culzoni, pág. 285; Carlos A. REYNA, “Comentario a los arts. 1114/1116”, en *Código Civil*, dirigido por A. Bueres y coordinado por Elena Highton, t.3-A, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pág. 634; Félix A. TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III, pág. 128.

Domat y Pothier quienes directamente elaboran el concepto de que no hay responsabilidad sin culpa ⁶. Según Mazeaud-Tunc, el gran mérito de Domat y Pothier junto con otros autores de antes de la Codificación fue *“haber separado casi por completo la responsabilidad civil de la responsabilidad penal; y por lo tanto, haber estado en condiciones de establecer un principio general de responsabilidad civil; con la ayuda de las teorías de los jurisconsultos romanos, más o menos exactamente interpretados, consiguieron así un resultado que estos últimos no habían podido alcanzar”* ⁷.

Domat no reconoció como categoría independiente la responsabilidad del padre, pero sí se refirió a la responsabilidad por el hecho ajeno y la presunción de culpa. Con relación a la culpa por omisión expresó: *“los que pudiendo impedir un daño, que por algún deber tenían la obligación de prevenir, hubieran faltado, podrán quedar obligados, según las circunstancias...”*, de modo implícito podría extraerse de este texto la responsabilidad paterna. También había dispuesto que el tutor como sustituto del padre tenía la obligación de dirigir y educar al menor como de administrar sus bienes, de ahí se deduce que el padre debía cumplir esos deberes.

En el derecho intermedio francés, Pothier señaló que sólo aquellas personas dotadas de discernimiento podían cometer un hecho ilícito, y por ese motivo los niños que no tenían edad para razonar no eran capaces para actuar con malicia o imprudencia y por lo tanto quedaban exentos de responsabilidad ⁸. Pero con relación al padre, formula un principio general por el cual éste debía responder por el delito o cuaside-

⁶ Edgardo LÓPEZ HERRERA, “Introducción a la responsabilidad civil”, www.indret.com, junio 2006.

⁷ Henri y León MAZEAUD - André TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, trad. de la 5ª ed. por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJEJA, pág. 58.

⁸ Pothier convirtió el elemento subjetivo en un pilar de la responsabilidad civil, por tanto quienes no tenían uso de razón no quedaban obligados por ningún ilícito.

lito proveniente del hijo situado bajo su autoridad con la condición de que el hecho se hubiese cometido en presencia del progenitor, quien se liberaría si pudiese probar que no pudo impedirlo. Fue éste un antecedente importante para la redacción de los textos legales vigentes.

A continuación se transcriben los principales párrafos que Pothier dedica al tema, tal como se lo hace en el *Tratado de responsabilidad civil* de Trigo Represas y López Mesa ⁹, porque como expresan los autores citados resultan interesantes y esclarecedores. Bajo el título “De los padres de familia y los amos”, dice el jurista francés:

“Otra especie de obligación accesoria, es la de los padres de familia, responsables de los delitos de sus hijos menores y de sus mujeres, cuando no los han impedido pudiendo hacerlo” ¹⁰. *“Se presume que se ha podido impedir el delito, cuando se ha cometido en su presencia. Cuando ha sido hecho en su ausencia, es necesario juzgar conforme a las circunstancias, si el padre ha podido o no impedir el delito. Por ejemplo: si un niño querellándose con un camarada suyo le hiere con su espada, aunque sea fuera de la presencia de su padre, el padre*

⁹ Félix A. TRIGO REPRESAS y Marcelo, LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III, pág. 128.

¹⁰ R.J. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1961, págs. 300/301, N^{ros} 454 a 456. También con relación a los padres expresa: “Los padres y los amos no son responsables de los compromisos que contraen con sus hijos o domésticos al contratar, a menos que no sea justificado que ellos los habían comisionado para tal oficio o administración, con el que tengan relación los compromisos contratados por sus hijos o criados. Por ejemplo: si estuviera justificado que yo tenía la costumbre de pagar a los tratantes los suministros que daban a mi hija, o a mi cocinera para que provean la casa, el tratante estará bien fundado si me pide el pago de lo que mi dicha hija cocinera ha comprado en su casa en nombre mío; a menos que yo probase que les había advertido que cesaran sus suministros, o a menos que lo suministrado no excediera en mucho lo que es necesario para la provisión de mi casa. En caso de que el tratante no pueda probar este uso, debe ser absuelto de su demanda, afirmando que cuando yo enviaba a mi hija o a mi cocinera a comprar provisiones, les daba dinero para pagarlas”. (Sentencia del Diario de las Audiencias, tomo V).

puede ser responsable de su delito, como habiendo podido impedirlo; lo podía, haciendo que su hijo no llevara la espada, sobre todo si por temperamento era pendenciero”.

“Lo que nosotros decimos de los padres, se aplica a las madres, cuando por la muerte de sus maridos están bajo su potestad. Igualmente puede aplicarse a los preceptores, maestros y a todos aquellos que tienen niños bajo su dirección y cuidado”.

“Los amos son también responsables de los delitos de sus criados, cuando no los han impedido pudiéndolo”.

“Son también responsables de aquellos que no han podido impedir, cuando los criados los han cometido dentro del círculo de sus funciones. Por ejemplo: si vuestro cochero al dirigir vuestra carroza, ha causado algún perjuicio, por brutalidad o por impericia, sois civilmente responsables, salvo vuestro recurso contra él, que es el deudor principal”.

2.1.2. Legislación

El art. 1384 del C.C. francés en el párrafo 1º regula la responsabilidad por el hecho ajeno o por las cosas de las que se tiene la guarda: “Se es responsable no solamente del daño que se causa por el hecho propio, sino también por el causado por el hecho de las personas de quienes se debe responder, o por las cosas que se tienen en custodia”, y el párrafo 4º se refiere expresamente a la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos.

En su primitiva redacción, establecía la responsabilidad a cargo del padre, y sólo en caso de que él no respondiera, recaía subsidiariamente en la madre dicha obligación. Luego de la Ley N° 70-459 del 4 de junio de 1970, que reformó el Código Civil en materia de patria potestad, la responsabilidad es solidaria de ambos padres.

El párrafo 4º del art. 1384 en su actual redacción dice: “El padre y la madre, en tanto que ejerzan el derecho de guarda, son solidariamente responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos”.

El párrafo 7 del mismo artículo contiene una cláusula exoneratoria, permite la liberación de los padres cuando prueben que no han podido impedir el hecho que ha dado lugar a esta responsabilidad.

Entonces, la obligación es solidaria de ambos padres, salvo situaciones particulares en las cuales uno solo de los cónyuges ejerce la autoridad paterna. El padre y la madre contribuyen por mitad (en la relación interna) a esta obligación de reparación, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial y son responsables en tanto ejerzan el derecho de guarda; el eximente admitido remite a un factor de atribución subjetivo.

2.1.3. *Doctrina y jurisprudencia*

La doctrina de este país, conforme los antecedentes y textos legales citados, fundó esta responsabilidad en la culpa, falta en la vigilancia, en la educación y, las más de las veces, en ambas a la vez.

Pero desde hace varios años se evidencia una innovación en la orientación de los tribunales franceses, que resulta acorde a los cambios sociales operados. La jurisprudencia es en general rigurosa y si bien se encuentran algunos fallos donde se libera a los padres de responsabilidad, la tendencia es hacia la inexcusabilidad. En expresión de Trigo Represas y López Mesa: *“la interpretación hecha por doctrina y jurisprudencia de esta norma permite decantar como criterios más significativos, en lo que al tema analizado interesa, que la enumeración de responsables que hace la norma es taxativa y que la responsabilidad de los padres es de pleno derecho y no está subordinada a la existencia de una culpa del menor”*¹¹.

Merecen especial consideración cinco sentencias de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación de 9 de mayo de 1984, las sentencias Fullenwarth, Gabillet, Djouab, Derguini y Lemaire, y también la sentencia Blicck del 29 de marzo de

¹¹ Félix A. TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, ob. cit., pág. 129.

1991, y las sentencias Samda y Bertrand de 19 de febrero de 1997. Los razonamientos jurídicos que sustentan estos pronunciamientos han supuesto una reconsideración de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, así como la del menor de edad. En las cinco sentencias de mayo de 1984 desaparece el requisito de la culpa del menor. Tras la sentencia Fullenwarth -que impuso a los padres la obligación de reparar el daño causado por un niño de siete años que jugando con un arco hirió a un amigo e hizo que perdiera el ojo-, para poder presumir la responsabilidad de los padres se dijo que “es suficiente con que el hijo menor que viva con ellos haya cometido un acto que sea la causa directa del daño invocado por la víctima”. A partir de entonces ni siquiera es necesario recurrir a la noción de culpa objetiva del menor para comprometer su responsabilidad, basta con un simple hecho causal para que recaiga en ellos la obligación de responder.

Esta decisión mereció la aprobación de Ivonne Lambert-Faivre quien al comentar el fallo dice que él ha concluido con la ficción de la culpa; le parece normal y moral que los padres asuman directa y personalmente la responsabilidad por los daños causados por sus hijos menores: grandeza y servidumbre de la paternidad y la maternidad. Entiende que es buena la remoción de la culpa, pues ni la más atenta vigilancia y la mejor educación pueden impedir que acaezcan accidentes, afirma por tanto que es bueno que los padres sean directamente responsables de los hechos de sus hijos, y directamente guardianes de las cosas que utilizan (lo mismo que el principal conserva la guarda de las cosas utilizadas por su dependiente). Esta solución simple conserva el derecho de la responsabilidad civil a la vez coherente y equitativo en salvaguarda de los intereses de las víctimas ¹².

Ya tiempo antes, J. Carbonnier sostenía la tesis de “las víctimas” y propugnaba la inexcusabilidad de la responsabi-

¹² Ivonne LAMBERT- FAIVRE, “La evolution de la responsabilité civile. De un dette de responsabilité à une creance d’indemnisation”, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, enero-marzo de 1987, París, 86° anné, pág. 6.

lidad de los padres con un fundamento objetivo, justificándola en su calidad de garantes de los hechos de sus hijos ¹³.

Posteriormente, con la sentencia Bertrand, febrero de 1997, la responsabilidad de los padres se ha transformado en una responsabilidad de pleno derecho, responsabilidad objetiva. En este caso se produjo una colisión entre una motocicleta y una bicicleta conducida por un niño de 12 años, el conductor de la motocicleta que resultó herido demandó a los padres del niño menor como civilmente responsables. Confirmando un primer fallo, la Corte de Apelación de Bordeaux mantuvo la responsabilidad del padre fundada en el art. 1384, párrafo 4 del Código Civil. Finalmente la Corte de Casación aprobó lo resuelto por la Corte de Apelación y expresó que sólo la fuerza mayor o la culpa de la víctima pueden exonerar al padre de la “responsabilidad de pleno derecho derivada de los hechos de sus hijos menores que habitan con ellos”. Es decir, exhibe claramente su voluntad de quitar a la responsabilidad del art. 1384, párrafo 4, toda referencia a culpa de los responsables, aunque sea presumida ¹⁴.

Es de hacer notar que existe en jurisprudencia francesa una tendencia a considerar distintas situaciones conforme la edad del hijo. Hay mayor flexibilidad, en procura de liberar a los padres, en aquellos supuestos donde los hijos han alcanzado una cierta edad cercana a la mayoría, los llamados “gran-

¹³J. CARBONNIER, *Derecho flexible*, Madrid, Tecnos, 1974, pág. 157 y ss.

¹⁴“Bertrand c/ Domingues” y otros, Bull. Civ. II, N° 56. Citado en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 3, julio- setiembre, 1997, pág. 668. También las decisiones de los tribunales franceses han introducido cambios en la responsabilidad del propio menor. En la sentencia Djouab, se consideró que un niño de nueve años de edad era responsable del incendio que había ocasionado y por lo tanto de los daños correspondientes; en la sentencia Gabillet se estimó que un niño de tres años que cayó de una hamaca improvisada y con un palo que llevaba en la mano golpea y hace perder un ojo a un compañero, era responsable del daño causado en virtud del art. 1384.1°, ya que el Tribunal de Casación rechaza el recurso del padre señalando que el niño tenía el uso, la dirección y el control del palo, esto es, entiende que el menor sin discernimiento puede “ser guardián” de la cosa que ocasiona el daño.

des adolescentes”. En la infancia el control debe ser prácticamente total, no sólo para evitar que dañe a otro sino para protegerlo a sí mismo; en cambio esto no es posible en el caso de un adolescente, ya que resulta necesario darle un mayor ámbito de actuación, que corresponda a su edad y medio social. No es una categoría con límites fijos, sino que será el Juez, quien en cada caso concreto determinará si el menor está o no dentro de ella.

También parte de la doctrina francesa participa de esa tesis. Ya en 1961 J.D. Ollier al analizar la jurisprudencia sobre el tema, concluye en que el tratamiento que se da es distinto según se trate de un niño de corta edad o de un adolescente. En el primer caso basándose en el riesgo que la propia irresponsabilidad del niño crea, el padre responderá siempre y la posibilidad de exoneración que da el art. 1384 no se aplica nunca, mientras que en la pubertad es habitual que el tribunal exonere a los padres. Por ello este autor propone un cambio legislativo por el que los padres respondan por los hechos de sus hijos hasta una cierta edad, que él fija en dieciséis años ¹⁵.

2.2. Derecho italiano

2.2.1. Legislación

El Código Civil italiano recoge esta responsabilidad en el artículo 2048, ubicado en el Libro 4º que trata “De las obligaciones”, título 10º “De los hechos ilícitos”.

¹⁵J.D. OLLIER, *La responsabilité civile des père et mère*, París, 1961, pág. 225 y ss. También comparten esta posición H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6ª ed., París, 1962, pág. 208; P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, París, 1982, pág. 674; H. y L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 6ª ed, 1978, t. II, vol. 1; todos citados por Silvia DÍAZ DE ALABART, “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, Anuario de Derecho Civil, julio-setiembre de 1987, pág. 846.

El artículo 2048, párrafo 1° dice: “El padre y la madre, o el tutor son responsables del daño ocasionado por el hijo menor no emancipado o de la persona sujeta a tutela que habite con ellos. La misma disposición se aplica al guardador”.

Párrafo 3°: “Las personas indicadas en los párrafos precedentes son liberadas de la responsabilidad si prueban no haber podido impedir el hecho”¹⁶.

El sistema ha regulado una responsabilidad solidaria, subordinada a los siguientes presupuestos:

- a) convivencia con los padres
- b) capacidad de querer y de entender del menor
- c) existencia de un hecho ilícito cometido por el menor
- d) imputación de la culpa consistente en una omisión de vigilancia y de educación

El artículo 2048 hace expresa referencia a la irresponsabilidad paterna por los hechos de los emancipados.

2.2.2. Doctrina y jurisprudencia

El pensamiento de la doctrina italiana guarda similitud con el de los autores franceses. Así se ha fundamentado esta

¹⁶ Este artículo se completa con los precedentes 2046 y 2047; el primero de ellos dice: “No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenga la capacidad de entender o de querer en el momento en el cual lo ha cometido a menos que el estado de incapacidad se derive de su propia culpa”.

El art. 2047 establece: “En caso de daño ocasionado por persona incapaz de entender o querer, el resarcimiento corresponde al encargado de la vigilancia del incapaz, salvo que pruebe no haber podido impedir el hecho.

En el caso de que la víctima no pueda obtener el resarcimiento del encargado de la vigilancia, el Juez, en consideración a la condición económica de las partes, puede condenar al autor del daño a una equitativa indemnización”.

El Código Civil italiano llega a una fórmula ecléctica entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva cuyo baremo son las condiciones económicas de lesionado y lesionador y su fundamento la equidad. Esta concepción es la que influye en el artículo 907 del Código Civil argentino, según ley 17.711.

responsabilidad en culpa en la vigilancia ¹⁷, en la educación ¹⁸ o en ambas culpas, educación y vigilancia. Esta última ha sido criticada diciendo que la prueba de la educación y de la vigilancia diligente atienden a aspectos notablemente diferentes: la primera, siendo un hecho que se realiza en el tiempo y en largos períodos, debe ser valorada en líneas generales, al contrario, la segunda debe ser referida al hecho preciso que ha causado el daño.

En un continuo esfuerzo por superar estas desarmonías, se intenta establecer una correlación entre educación y vigilancia. Así, se afirma que a los fines de la prueba liberatoria requerida por la norma del art. 2048 del C.C., los padres deben demostrar haber impartido al menor una educación y una instrucción de acuerdo a la propia condición social y familiar y del mismo modo, haber vigilado su conducta de manera adecuada al ambiente, a las actitudes y al carácter del sujeto, teniendo también presente la correlación existente entre la educación y vigilancia, por lo cual, si la primera ha sido suficiente, la obligación de vigilancia se atenúa cuando el menor no revela una particular peligrosidad.

Pero tras la aparente similitud de expresiones subyace una pluralidad de interpretaciones. Algunos sostienen que la obligación de educar puede ser entendida como una obligación de medios: en este sentido bastaría probar la existencia de un adecuado esfuerzo tendiente a impartir una buena educación, superando en concreto cada referencia a una cualquier vigilancia; diversamente, otros opinan que se debe par-

¹⁷T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Milán 1959, pág. 115: “Fundamento de la responsabilidad de los padres, del tutor, del preceptor o de los artesanos, por el daño ocasionado por sus hijos menores que cohabiten con ellos, de los menores bajo tutela que convivan con el tutor, de los alumnos o aprendices durante el tiempo en el cual están bajo vigilancia, es exactamente, la omisión de ésta”. Citado por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 91.

¹⁸L. CONTURSI LISI, “Responsabilità civile dei genitori e violazione dell’obbligo di educare la prole”, *Rivista de Diritto e Procedura Civile*, 1949, pág. 978-79. Citado por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 91.

tir del resultado de la educación transmitida: en tal sentido la prueba deviene así más gravosa en cuanto los padres podrían liberarse sólo demostrando que aun una ininterrumpida vigilancia material no habría podido impedir el hecho.

A veces la exigencia de una buena educación impuesta a los padres se ha apoyado en el art. 147 del C.C., según el cual pesa sobre los cónyuges “la obligación de mantener, instruir y educar a la prole, teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los hijos”. Pero la jurisprudencia interpreta este deber de instruir y de educar, a los fines del art. 2048, con una extensión mucho mayor que la prevista en el art. 147, aun una educación adecuada a su capacidad, inclinación natural y aspiraciones del menor, no liberaría a los padres, especialmente cuando la existencia de una culpa en la educación se deduce del mismo acontecimiento dañoso.

Parte de la doctrina italiana recurre al argumento de la solidaridad familiar para fundamentar la responsabilidad paterna.

La presunción legislativa de culpa a cargo de los padres, resulta agravada por una corriente jurisprudencial que ha incidido en el contenido de la prueba liberatoria; los jueces no exigen la prueba de no haber podido impedir el hecho (prueba negativa), sino la de haber dado al hijo una buena educación y ejercido sobre él una vigilancia adecuada (prueba positiva) ¹⁹.

En las decisiones judiciales se advierte disparidad para apreciar la prueba liberatoria prevista en el art. 2048. En algunos casos se atenúa la responsabilidad al considerar que el haber impartido una educación idónea es suficiente para liberarlos; en otros se señala que precisamente el acaecimiento del hecho es prueba de la deficiente educación. Contribuye a afirmar la severidad de la orientación jurisprudencial

¹⁹Giovanna VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 2, pág. 303 y ss.

“el sentimiento que, aunque independiente de una culpa cierta y propia del padre, éstos deban garantizar por su hijo, por un vínculo de solidaridad familiar”²⁰.

Con frecuencia las sentencias encierran un círculo vicioso: si los padres prueban haber vigilado adecuadamente al menor, o justifican su ausencia al momento del acto, se afirma que para la eximición de responsabilidad es además necesaria la prueba de haber provisto al menor una buena educación, y si esta ha sido dada, se dice que el mismo acaecimiento del acto revela una índole particularmente desenfrenada del menor, por lo cual la vigilancia debería haber sido más severa. En las raras hipótesis en las cuales la responsabilidad de los padres ha sido excluida el evento ha sido calificado de “anómalo”. Por ello es que la doctrina dice que hay intervenciones judiciales que constituyen creaciones pretorianas de derecho no escrito, y a fin de evitarlas resultaría conveniente modificar el C.C. italiano.

Algunos autores italianos comparten la idea de la doctrina y jurisprudencia francesa con relación a la situación de los adolescentes, aquí denominados “grandes menores”, es decir, apreciar con mayor benignidad la responsabilidad paterna; aunque no lo hace sin embargo la jurisprudencia. Ello lleva a Patti²¹ a sostener la necesidad de considerar ese criterio de flexibilidad o de lo contrario modificar la legislación italiana regulando como objetiva esta responsabilidad pues así la juzgan los tribunales.

Una corriente jurisprudencial, al decir de Giovanna Visintini “*aún minoritaria*”, trata de atenuar el riguroso ré-

²⁰P. TRIMARCHI, *Instituzioni de diritto privato*, Milán, 1981, pág. 137. Citado por Salvador PATTI, “L’illecito del ‘quasi maggiorenne’ e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del Bundesgerichtshof”, *Rivista del Ciritto Commerciale*, 1984, Parte I, pág. 30. Esta decisión invoca el argumento de la solidaridad al que, según se hizo referencia, adhiere parte de la doctrina.

²¹Salvador PATTI, “L’illecito del ‘quasi maggiorenne’ e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del Bundesgerichtshof”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1984, Parte I, pág. 30.

gimen de la prueba liberatoria, y *“los jueces prestan cada vez mayor atención a las características y modalidades del hecho ilícito y a la efectiva posibilidad de los padres de impedirlo...sobre todo en el caso del menor cercano a la mayoría de edad”*²².

2.3. Derecho español

2.3.1. Legislación

El artículo 1903 del Código Civil español, en su segundo y tercer párrafo dice: “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”, “Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”.

La parte final del mismo precepto expresa: “La responsabilidad de que se trata en este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

A semejanza de los sistemas precedentemente citados, el Código español hace responsables a ambos padres y establece como requisito que “los hijos se encuentren bajo su guarda”. Cabe tener en cuenta que el texto normativo dice “hijos”, utiliza una expresión que incluye no sólo al hijo menor sino que también abarca las situaciones en que corresponda prorrogar la patria potestad sobre los hijos incapacitados, conforme lo prevé el sistema de derecho español en el art. 171 del Código Civil. Por otra parte la expresión “bajo su guarda” es también amplia pues puede entenderse que no requiere vivir en compañía, sino que comprendería supuestos en que no hay convivencia en sentido estricto.

²²Giovanna VISINTINI, ob. cit., págs. 308 y 309.

En la responsabilidad extracontractual de los menores en España se aplica el siguiente régimen legal:

- El menor hasta los 16 o 18 años, está sometido a la jurisdicción de los tribunales tutelares de menores, es responsable civilmente de los daños causados por delito o falta; esta responsabilidad se hace recaer en las personas que los tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere de su parte culpa o negligencia. Cuando no existan dichas personas o fueren insolventes, responde directamente el patrimonio del menor.

- El menor de dieciséis años no es responsable directo, sino que por él lo son los que ostentan una potestad de guarda. Cuando los guardadores fueren insolventes o probaren que emplearon la debida diligencia, responderá el patrimonio del menor, si lo tuviere.

2.3.2. *Doctrina y jurisprudencia*

La doctrina la caracteriza como una responsabilidad subjetiva ²³, al menos eso es lo que se deduce de la norma, y que se fundamenta en la falta de vigilancia o defectuosa educación ²⁴. Esto lleva a Carmen López Beltrán de Heredia a expresar que con la ley en la mano los padres pueden probar que actuaron con la diligencia propia del “buen padre de familia” para prevenir el daño y liberarse de su obligación, por lo que *teóricamente* podrían liberarse de responsabilidad ²⁵. Pero este modelo abstracto debe concretarse en cada supuesto normativo, ofreciéndose a los tribunales una doble alternativa: 1) flexibilizar el modelo estándar, admitiendo fácilmente la excusa paterna, o 2) idealizar el modelo suponiendo

²³ En relación con los factores de atribución ver Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, pág. 217 y ss.

²⁴ María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2003, pág. 343.

²⁵ Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 180.

que ese “buen padre de familia” ha de ser siempre súper previsor, dificultando la liberación.

En las decisiones de los tribunales españoles de los últimos años parece prevalecer la segunda opción; ya se aplica este criterio en una resolución del Tribunal Supremo español del año 1980:

“La rigurosa prueba de la diligencia empleada... significa la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad que prácticamente pasa a responder a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad”²⁶.

En otra sentencia donde se trataba de la reparación de daños causados por el presunto delito de un menor de edad, pero mayor de dieciséis años -y por tanto mayor de edad penal, que fue indultado durante la tramitación del procedimiento criminal- al aplicar las normas civiles sobre responsabilidad civil, se condena al padre, “... ante el matiz cuasi objetivista que se atribuye modernamente a la responsabilidad civil del padre del menor ante el riesgo que el hijo no sometido a la debida vigilancia origina a otras personas”²⁷.

La sentencia del Tribunal Supremo del 11 de marzo de 2000 declaró que eran responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía, porque se trata de una *responsabilidad por semi riesgo*, con proyección *cuasiobjetiva* que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho. En opinión de María Medina Alcoz, hablar de *semi riesgo* es hacer alusión a una responsabilidad por riesgo que no se afirma con un carácter absoluto, sino que se relativiza por la existencia de circunstancias exoneradoras, pero éstas son sólo, en principio, las que afectan a la actuación dañosa del menor (fuerza mayor y culpa exclusiva de la víctima), aun-

²⁶Sentencia del 17 de junio de 1980, Col. Legis. Juris. Civil, t. mayo-junio, 1980, Madrid. Citado por Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit.

²⁷Sentencia del 17 de junio de 1983, Madrid, Col. Legis. Juris Civil, 1983, t. mayo-junio, citado por Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en ob. cit.

que excepcionalmente, afectan a los propios padres (situación de fuerza mayor que impide radicalmente la vigilancia del menor *in potestate*). Por ello, concluye que pese a la dicción legal, los padres responden objetivamente por los daños causados a terceros por sus hijos menores, en virtud del riesgo que supone su propia existencia y la posibilidad efectiva de que escapen, con sus actuaciones dañosas al control de su cuidado; expresa: *“dicho llanamente quien tiene un hijo menor debe responder de los daños derivados de una actuación desordenada de éste, aunque su diligencia sea verdaderamente ejemplar”* ²⁸.

Rogel Vide como recapitulación de su análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dice: *“Una conclusión se desprende clara: sólo cuando los daños no han sido causados por el menor no responde el padre o tutor, en los demás casos responde siempre. No es ya que se presume la culpa de facto, en ocasiones se prescinde de ella para establecer la responsabilidad”* ²⁹. Según Lacruz: *“se trata de buscar un responsable a fin de que los daños sean indemnizados y, en la medida de lo posible, no sean causados”* ³⁰.

Carmen López Beltrán de Heredia admite que si es bien cierto que todo padre crea un riesgo en la sociedad por el simple hecho de tener un hijo (todo miembro de la colectividad es potencialmente dañoso), no acepta que sea el riesgo creado el fundamento de la responsabilidad paterna ya que para la autora, ese argumento resulta extraño a este supuesto, además llevaría a pensar que en cualquier daño en el que intervenga el factor humano, los padres son los que crean el

²⁸ María MEDINA ALCOZ, ob. cit., pág. 343, nota 157.

²⁹ C. ROGEL VIDE, “La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela (Comentario a la STS de 15-II-1975)” ADC, 1976, pág. 1234.

³⁰ José Luis LACRUZ BERDEJO, *Manual de derecho civil, precedido de una introducción al derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1984, pág. 471.

³¹ Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 101.

riesgo de que se cause, ya que de no haber padres no habría hijos. Pero reconoce que de facto se trata de una responsabilidad objetiva, por ello y aun sin compartirlo, consideraría de aplicación la idea de la garantía paterna pero no el riesgo ³¹.

García Ripoll sostiene que lo que sí tienen los padres es un deber de educar y velar por el hijo, por eso sigue siendo válido el argumento de la culpa *in vigilando* o *in educando*. Entiende que el Tribunal Supremo ha ido demasiado lejos con sus interpretaciones objetivas de la responsabilidad civil, que resultan excesivas: *“Bajo la apariencia de solidaridad social se ha pasado del fatalismo medioeval al extremo opuesto: la restitución a toda costa, no importa quien restituya”* ³².

En idéntico sentido se pronuncia Silvia Díaz Alabart: *“Nos encontramos ante una línea jurisprudencial errónea que desnaturaliza totalmente la figura y que sería aconsejable modificar cuanto antes”*; o que de mantenerse en este criterio sería procedente modificar la legislación pertinente para evitar que las decisiones judiciales sin ir frontalmente contra los textos legales los alteren en su concepción ³³.

En una posición menos crítica se ubica Ricardo de Ángel Yagüez quien no concluye con un juicio negativo a la doctrina del Tribunal Supremo, *“es defendible que las soluciones de la jurisprudencia sean socialmente más acertadas”*, pero sí hace una observación técnica similar a la analizada precedentemente en el sentido de que resultaría conveniente efectuar modificaciones legislativas, a fin de evitar decisiones jurisprudenciales confrontadas al derecho vigente ³⁴.

³² GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, “Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 22 de enero de 1991”, en CCJC, enero-marzo 1991, citado por Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ en *La responsabilidad civil*, 2ª ed., Bilbao, Universidad de Deusto, 1989, pág. 340.

³³ Silvia DÍAZ ALABART, “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, en ADC, julio-septiembre de 1987, págs. 795-894.

³⁴ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, 2ª ed., Bilbao, Universidad de Deusto, 1989, pág. 126.

También coincide la doctrina en proponer la adopción del criterio insinuado por la doctrina francesa e italiana, consistente en exonerar a los padres de los daños ocasionados por los “grandes adolescentes”, esto es aquellos cuya edad se acerca a la mayoría de edad. Lacruz dice que no corresponde limitar de manera anormal la autonomía de los hijos, y entiende que no constituye negligencia del padre autorizar al hijo a usar un ciclomotor (si consta la habitual prudencia del hijo) que a veces es necesario para ir a trabajar o estudiar ³⁵. También Díez Picazo subraya la dificultad de hacer efectiva la obligación de obediencia de los menores de 16 años. Es necesario recordar que en este país, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años y los 16 es la edad para acceder a la emancipación por habilitación paterna ³⁶.

Mónica Navarro Michel, intenta encontrar argumentos que sustenten una responsabilidad objetiva en el último párrafo del art. 1903 que permite el cese de la responsabilidad cuando las personas mencionadas “prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”. La autora sostiene que esta causa de exoneración funciona como una excepción material, no como un criterio de imputación, *“La circunstancia de que la culpa aparezca bajo el aspecto negativo de su ausencia o lo que es lo mismo, como prueba de que el presunto responsable se ha comportado con toda la diligencia de un buen padre de familia, lleva a pensar que su papel se limita, exclusivamente, al de causa o condición que excluye la responsabilidad y no al criterio o cauce legal para su imputación”* ³⁷.

³⁵José Luis LACRUZ BERDEJO, *Manual de derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Responsabilidad Civil, Teoría general del contrato (3ª ed.), Marcial Pons Editor.

³⁶Luis DIEZ PICAZO, “La responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXII, 1979, pág. 773.

³⁷Mónica NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, Barcelona, José María Bosch, 1998, pág. 28.

Hago a continuación una breve referencia a la figura del acogimiento ya que, en expresión de Díaz Alabart y Medina Alcoz ³⁸, los mayores problemas se presentan cuando dada esta situación hay que determinar el o los sujetos responsables. Estimo que las conclusiones que se explicitan a continuación, si bien se detallan en la doctrina española, resultan similares en el resto de los países europeos mencionados en este trabajo y que receptan la figura en sus regímenes legales.

El acogimiento como tal no está mencionado en el art. 1903 C.C., pero sí en el art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden...”. Cabe distinguir las situaciones de guarda legal y de guarda de hecho. Dentro de las primeras se encuentra la tutela automática de la entidad pública a solicitud de padres o tutores, cuando por circunstancias graves no puedan cuidar temporalmente del menor (art. 172.3 C.C.). Ambas se pueden llevar a cabo mediante la figura del acogimiento residencial o el acogimiento familiar, ejercido el primero por el Director del Centro donde esté acogido el menor, y el segundo por la persona o personas que determine la entidad pública (art. 173.3 C.C.). En este último caso el acogimiento puede ser simple, permanente o preadoptivo (art. 173 bis) y es aquí donde pueden surgir los problemas de responsabilidad por la confluencia de la entidad pública con el acogedor, que es quien ejerce directamente la guarda ³⁹. Las opiniones de los autores difieren en cuanto a la responsabilidad de los acogedores. En ge-

³⁸Silvia DIAZ ALABART, “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Universidad de Salamanca, 2001, vol. II, pág. 185 y ss.; María MEDINA ALCOZ, ob. cit., pág. 347.

³⁹María MEDINA ALCOZ, ob. cit., pág. 346.

neral, podría decirse que, puesto que la entidad pública únicamente asume temporalmente la guarda del menor, serán los acogedores los responsables por los hechos de los acogidos, si bien, con frecuencia, dicha responsabilidad se compartirá con la entidad pública. La responsabilidad de los acogedores en régimen familiar simple ha de ser la de los empleados o dependientes (art. 1903, párr. 4º C.C.), pues actúan siguiendo las instrucciones de los padres o de la entidad pública, que es quien tiene la guarda legal del menor y quien, por tanto, debe responder en primer lugar de los daños que cause el mismo; en el régimen familiar permanente, responden los acogedores, pues la guarda pasa de la entidad pública a éstos, aunque no cabe excluir del todo como responsable a la entidad pública, que conserva ciertas funciones de guarda, y por último en el preadoptivo, los acogedores son los únicos responsables de los menores acogidos, pues se aplica por analogía el art. 1903 C.C.

Con referencia al acogimiento convencional (el que nace de pacto entre padres y acogedores), si no hay acuerdo expreso que regule el régimen de la responsabilidad civil por los daños que cause el menor, será responsable quien tenga la guarda efectiva de éste, es decir, el acogedor.

2.4. Derecho alemán

2.4.1. Legislación

El Código Civil alemán incorpora una formulación genérica, deberá responder quien tuviera alguna obligación de vigilar a una persona menor de edad o incapaz; esta obligación puede tener carácter legal o contractual ⁴⁰. El § 832 dis-

⁴⁰Tomamos como fuentes en este punto, además del Código Civil alemán, básicamente los trabajos de Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, Dikynson, 2001, y la obra de Esther Gómez Calle, *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, Montecorvo, 1992, don-

pone que “toda persona legalmente encargada de la vigilancia de otra, que, por razón de su minoría o de su estado intelectual o psíquico, tiene necesidad de ser controlada, debe reparar los daños que la persona vigilada cause a un tercero”.

Si aquellos han satisfecho su obligación de vigilancia o si aun desempeñando una vigilancia adecuada el daño igual se hubiera producido, no tiene lugar la obligación de indemnizar.

En cuanto a la responsabilidad del menor, debe distinguirse de acuerdo a la edad:

a) Si tiene menos de siete años, no responde de los daños causados, § 828, primer párrafo. Se presume *iure et de iure* que quien no alcanzó esa edad es incapaz de comprender la trascendencia de sus actos; la única posibilidad de responder es que se den los presupuestos de la responsabilidad por equidad.

b) Si el menor tiene entre siete y diez años, es civilmente responsable, a no ser que pruebe que cuando causó el daño, no tenía el discernimiento necesario para comprender su responsabilidad (§ 828, segundo párrafo, primera parte); en este caso no debe indemnizar, salvo la responsabilidad por equidad.

El § 829 del B.G.B. prevé la indemnización de equidad a cargo del propio menor pero se requieren ciertos presupuestos concretos para que opere. El primero es que el menor no tenga capacidad de acuerdo al § 828, y que haya causado algunas de las acciones ilícitas reconocidas en el sistema legal. En segundo término, esta reparación de equidad opera con carácter subsidiario, se concibe como última opción, pero “sin que ello signifique que para iniciar un proceso contra el menor sea preciso obtener previamente una sentencia desestimatoria de la responsabilidad de las personas encargadas de su vigilancia”⁴¹. Como tercer requisito, el juez debe-

de la autora realiza una medulosa comparación entre el derecho español y el alemán en este aspecto.

⁴¹ Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 157. Esta autora aclara que “el § 829 se aplicaría cuando no se pudiera acudir al § 832 B.G.B., por ejemplo porque no se sabe quién tiene la obligación de vigilancia, o cuando dicha perso-

rá tener en cuenta las circunstancias concretas y resolver si es aconsejable que el incapaz indemnice al damnificado, pues el menor debe conservar su patrimonio para vivir conforme a sus necesidades.

En la práctica son los guardadores del incapaz quienes son declarados responsables, siempre que el menor haya causado daño mediante un acto ilícito, y que exista relación de causalidad entre la infracción del deber de cuidado del menor y los daños ocasionados. Si bien la acción que origina la responsabilidad es ajena, su fundamento reside en una *culpa propia de los padres, que se presume pero admite prueba en contrario*.

2.4.2. Doctrina y jurisprudencia

Los presupuestos para que opere la responsabilidad paterna son: a) daño causado por el menor, b) acto ilícito, c) relación de causalidad.

Respecto del segundo requisito, si el menor observó la diligencia que objetivamente le era exigible, su comportamiento no puede ser calificado como contrario a derecho y tampoco responderán los obligados a vigilarlo. Pero si el menor actúa de acuerdo a la diligencia correspondiente a su grupo de edad y esta es inferior a la que se requiere para evitar el daño, se podrá exigir a los encargados de su vigilancia que suplan esa carencia y respondan del daño causado por el menor.

A diferencia de la tendencia que se observa en derecho español y francés, países cuya jurisprudencia, sin mayores matices o precisiones, tiende a responsabilizar a los padres, en Alemania la inclinación es a considerar el caso concreto, sus particulares circunstancias, para verificar si en cada uno se adoptaron las medidas de vigilancia ineludibles y viables.

na esté en situación de paradero desconocido, o porque sea insolvente, en definitiva, no importa que la materialización de la no vigilancia se haya conseguido por motivos legales o de hecho”.

La doctrina de este país sostiene que la vigilancia que se ejerza sobre el menor no debe coartar su libertad; los padres deben lograr un justo equilibrio entre el control y el libre desarrollo de su personalidad, de modo de no restringirlo. La valoración de estos parámetros ha influido en la jurisprudencia de modo tal que, en la mayoría de las sentencias se encuentra la misma formulación, para determinar si se ha cumplido adecuadamente con la obligación de vigilancia: *es decisivo lo que unos obligados a la vigilancia prudente, de acuerdo con unas exigencias razonables, deben hacer para evitar que el menor vigilado infiera daños a terceros*. No se indaga si los obligados han cumplido “en general” sus obligaciones, sino que se valora en el caso concreto y con las circunstancias particulares, allí se aprecia si se adoptaron las medidas de vigilancia necesarias, posibles y exigibles, de acuerdo a los datos que varían de un supuesto a otro, que tienen que ver con las particularidades del menor y las circunstancias en que se hallen los obligados a su vigilancia y posibilidades de previsión ⁴². Según lo reseñado por Esther Gómez Calle, en la jurisprudencia alemana sobre todo a partir de los años setenta, se habla de exigencias “mayores” o “más rigurosas” o de la necesidad de observar un “especial cuidado” cuando se dan determinadas circunstancias que se aprecian en el caso concreto.

En algunos casos se ha atenuado la responsabilidad paterna cuando el hijo está próximo a la mayoría de edad, supuesto de los llamados “grandes adolescentes”. Sobre una base normativa sustancialmente análoga a la de los países anteriormente analizados, la Corte Suprema alemana ha afirmado que los padres no pueden considerarse solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos ya próximos

⁴² Esther GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, Montecorvo, 1992, pág. 320; Jorge MOSSET ITURRASPE- Daniel Hugo D'ANTONIO - Norberto José NOVELLINO, *Responsabilidad de los padres, tutores y curadores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 51; Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, Dykinson, 2001, pág. 142 y ss.

al cumplimiento de la mayoría de edad. En uno de sus pronunciamientos los hechos pueden sintetizarse así: en el curso de una pelea en un local público, el hijo del demandado de casi 18 años, había golpeado en el rostro a un adversario causándole la pérdida parcial de la vista. La Corte Suprema observa que en el caso de los “grandes menores” el control encuentra límites de orden natural, sería extraño a la vida pretender que el padre prohíba a un joven casi mayor frecuentar locales públicos durante el tiempo libre. La *obligación de vigilancia* subsiste hasta el cumplimiento de la mayor edad pero, en la fase final de la minoridad, su contenido *se sustancia con tratar de desarrollar una influencia positiva respecto de los hijos, evitando frecuentar a personas que puedan constituir un ejemplo negativo, en impedir que circule armado, circunstancias todas que deben ser apreciadas en cada caso concreto*, añadiendo que la normativa sobre responsabilidad de los padres, en cuanto concierne a la valoración de la suficiente vigilancia, debe ser *interpretada de acuerdo a las nuevas relaciones entre padres e hijos, donde se da relevancia al desenvolvimiento de la personalidad del menor*. El acaecimiento del hecho dañoso no puede en definitiva ser imputado a una culposa falta de vigilancia. Para excluir la responsabilidad, la Corte ha creído suficiente la *prueba concerniente a la normal educación y la diligencia puesta en encaminar al hijo hacia el trabajo* ⁴³.

Los jueces en casos en que la víctima es un menor y hay concurrencia de culpas, suelen valorar el grado de culpabilidad de éste de forma más permisiva en comparación con los adultos. Sin embargo, en materia de accidentes de circulación vial, se han dictado numerosas sentencias que hacen corresponsable del daño sufrido a menores de corta edad. Fundamentan estas decisiones en que como consecuencia de

⁴³BGH, 27 de noviembre de 1979, en NJW, 1980, pág. 1044 ss. Citado por Salvatore PATTI, “L’illecito del ‘quasi maggiorenne’ e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del Bundesgerichtshof”, Rivista del Diritto Commerciale, año 1984, parte I, pág. 27.

la educación que reciben tanto de sus padres como de la escuela, saben que deben respetar las normas del tránsito ⁴⁴. Razones que debieran llamar a la reflexión a nuestra sociedad.

A modo de corolario, la doctrina y jurisprudencia alemana se aparta de generalizaciones, no se basa en parámetros abstractos de progenitores, por ejemplo el “buen padre de familia” sino que, por el contrario, realiza un detallado análisis de cada situación, considera los hechos concretos para examinar si *en ese caso* se adoptaron medidas de vigilancia precisas ⁴⁵.

3. Otros códigos europeos

3.1. Portugal

El artículo 491 del Código Civil portugués dispone que las personas que por ley, o negocio jurídico, están obligadas a vigilar a otras, por virtud de la incapacidad natural de éstas, son responsables por los daños que ellas causen a terceros, salvo que demostraren que han cumplido con su deber de vigilancia, o que los daños se habrían producido lo mismo, aunque hubiesen cumplido con ese deber. Se emplea una fórmula amplia para determinar los responsables y de la redacción se desprende que la razón que fundamenta la responsabilidad

⁴⁴ Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 162.

⁴⁵ En la obra de Esther Gómez Calle se encuentra un abundante análisis de la jurisprudencia alemana. En doctrina nacional Jorge Mosset Iturraspe se plantea el legítimo interrogante acerca de la inseguridad jurídica que esta visión de la jurisprudencia alemana acarrea, pues esta casuística impide contar con criterios generales de previsibilidad, y por otra parte parecen demostrar el afán de mantener el tema en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, en “Daños causados por menores de más de 10 años”, Revista de Derecho de Daños, 2002-2: Menor dañino y menor dañado, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 172.

es culpa en la vigilancia, coincidiendo con tal exigencia el eximente previsto.

La mayoría de edad se alcanza a los 18 años (art. 130, redacción del decreto - ley 496/77, de 25-11) y se presumen inimputables los menores de menos de 7 años (art. 488, última parte). El artículo 489 prevé la indemnización de equidad, pero con carácter subsidiario: “Si el acto causante del daño ha sido realizado por una persona no imputable, puede ésta, por motivo de equidad, ser condenada a reparar total o parcialmente, siempre que no sea posible obtener la reparación debida de las personas a quienes incumbe la vigilancia”.

3.2. Suiza

El Código suizo de las Obligaciones de 1911, sienta una regla general de responsabilidad directa o por el hecho propio para los actos ilícitos culposos o dolosos, pero no regula en especial sobre la responsabilidad paterna. Sí lo hace acerca de la responsabilidad por los hechos de los dependientes, art. 55, bajo una presunción en contra del empleador, pero que admite prueba en contrario por haber adoptado todas las diligencias y aun así el hecho no se pudo impedir.

En cuanto al hecho de un incapaz, en el art. 54 dispone que: “Si la equidad lo exige el juez puede condenar a una persona incapaz de discernimiento a la reparación total o parcial de los daños que ella hubiere causado”.

3.3. Holanda

De acuerdo al sistema establecido en Holanda, el fundamento de la responsabilidad de los padres varía en función de la edad de los hijos, inexcusable en los primeros años y a partir de los catorce responden sobre la base de criterios subjetivos.

El Código holandés en el Libro 6 dispone: art. 169-1. “Por el daño infligido a un tercero por una conducta a considerar como un hacer de un niño que todavía no haya alcanzado la edad de catorce años y al que pudiera ser imputada esta conducta como un acto ilícito si su edad no fuera obstáculo para esto, es responsable el que ejerza la patria potestad o la tutela sobre el niño.

-2. Por el daño, infligido a un tercero por una falta de un niño que sí haya alcanzado la edad de catorce años aunque no todavía aquella de dieciséis años, es responsable el que ejerza la patria potestad o la tutela sobre el niño, a menos que no le pueda ser imputado que no haya impedido la conducta del niño”.

Del eximente que acuerda la ley se infiere que la responsabilidad de los padres de un menor de menos de catorce años queda configurada en términos objetivos ⁴⁶; en cambio si el menor tiene entre 14 y 16 años, responderá igualmente el padre y/o madre o el tutor, pero lo harán sobre la base de criterios subjetivos, pues quedarán exentos de responsabilidad si pueden probar que su actuación fue diligente y que no pudieron evitar que el menor realizase el acto en cuestión.

A partir de los 16 años, será responsable el propio menor, pese a no haber alcanzado la mayoría de edad, que recién se alcanza al cumplir 18 años o por estar casado o haberlo estado (art. 233 del Libro I del Código Civil).

⁴⁶ Cabe considerar que la expresión “acto ilícito” se concibe en términos muy amplios. Art. 162-2: “Como acto ilícito se considera una infracción a un derecho ya un hacer o no hacer en contravención a una obligación legal o a lo que según el derecho no-escrito convenga en el tráfico social, una y otra cosa sin perjuicio de la presencia de una causa de justificación”. Por otra parte el art. 251-1 y 2- dispone que el ejercicio de la patria potestad durante el matrimonio será conjunto, y que en caso de disolución del vínculo por otra causa que no sea muerte, los padres pueden pedir que ese ejercicio continúe de modo conjunto.

4. Sistema iberoamericano

4.1. América latina - Mercosur y países asociados

Los códigos latinoamericanos siguen los lineamientos del Código Civil francés, que diseña el régimen jurídico básico de responsabilidad civil ⁴⁷. De allí que, en general, se establezca una responsabilidad paterna subjetiva, fundada en la culpa, tanto *in vigilando* como *in educando*, admitiéndose la liberación de los progenitores cuando acrediten haber transferido la guarda o no haber podido evitar el daño.

A modo comparativo genérico, pueden señalarse como aspectos coincidentes con lo establecido en nuestro sistema los siguientes puntos:

- a) Personas responsables: ambos progenitores.
- b) Factor de atribución: subjetivo, culpa en la vigilancia o en la educación
- c) Condiciones: minoridad y convivencia.
- d) Eximentes: traslado de la guarda o imposibilidad de impedir el daño.

Una de las distinciones que pueden encontrarse es que si bien se admite la reparación a cargo del propio menor con fundamento en la equidad, esta se encuentra regulada, por lo general, de modo *subsidiario*.

Al establecerse en nuestro país en 18 años la edad para alcanzar la mayoría de edad desaparece una diferencia tras-

⁴⁷Los países latinoamericanos toman como base el Código Civil francés, que recoge la tradición romanista, el derecho canónico, las costumbres germanas vigentes en la región septentrional y la inspiración de juristas como Domat y Pothier. El Código Civil francés es adoptado casi sin modificaciones por Haití y Bolivia (1831). Los otros códigos civiles de los demás países de la región siguen las pautas del código francés, pero destacándose originalidades, especialmente en el chileno de 1855, el peruano de 1852 y el argentino de 1869; aunque no en el tema particular que hoy nos ocupa. Ver Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, Publicaciones de la Universidad de Lima, 1990, pág. 397 y ss.

cidental, ya que mientras en la República Argentina se fijaba la edad de veintiuno (21), gran parte de estos ordenamientos disponen que se alcance a los dieciocho (18) años.

4.1.1. Brasil. Código del siglo XXI

El derecho brasileño adopta el principio de la culpa como fundamento genérico de responsabilidad civil; sin culpa no puede hablarse de obligación de reparar el daño tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual, ámbito en el que se ubica la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores.

El art. 1521 del anterior Código Civil establecía: “Son también responsables por la reparación civil: I) Los padres, por los hijos menores que estuvieren bajo su poder y en su compañía”.

Esta norma muestra la importancia de la jurisprudencia en la evolución de la teoría de la responsabilidad civil en Brasil, ya que originariamente, este artículo no preveía la inversión de la prueba que se reconoció después.

El Código de Menores, en 1927 (decreto 17.943-A del 12 de octubre de 1927) modificó el Código Civil y estableció que: “Son responsables civilmente del daño causado por el menor los padres o la persona a quien incumbía legalmente su vigilancia, salvo si probaren que no hubo de su parte culpa o negligencia” (art. 68, párr. 4º). Establecía una presunción *iuris tantum* de culpa de los padres.

En 1979, un nuevo Código de Menores (ley 6697, del 10 de octubre de 1979) derogó expresamente el de 1927, y dejó sin efecto el dispositivo que establecía la inversión probatoria. Pero a pesar de eso, la jurisprudencia se afirmó en el sentido de que esa inversión ya estaba, de una forma u otra contenida en el art. 1521, no obstante que en el art. 1523 se afirma expresamente que “sólo serán responsables” tales personas “probandose que ellas concurrieran para el daño por culpa o negligencia de su parte”.

La situación legal no ha variado tras la reforma del Código Civil de 2002, en el Título IX - De la Responsabilidad Ci-

vil, el art. 932 dispone: “Son también responsables los padres por los hijos menores que estuvieren bajo su autoridad y compañía”. El artículo siguiente establece que responderán salvo que no haya culpa de su parte. Admite el reintegro para el que pagó por otro, salvo que el autor del daño sea un descendiente suyo absoluta o relativamente incapaz (art. 934), tal como lo hacía el anterior art. 1524 que impedía “que el padre ejerza acción regresiva contra el hijo”.

También prevé la indemnización a cargo del incapaz con fundamento en la equidad pero de modo subsidiario, sólo si las personas responsables no tuvieren obligación de hacerlo o no dispusieron de medios suficientes. La indemnización prevista en este artículo, no debe privar de lo necesario al incapaz o a las personas que de él dependen.

Como vemos, las normas que rigen la cuestión son en cierta forma similares a las de nuestro país, el fundamento de esta responsabilidad reposa en la culpa, por incumplimiento de los deberes de asistencia y vigilancia, derivados de la patria potestad. Pero aquí también se afirma la tendencia que señaláramos en los países extranjeros ya analizados: es la labor de los jueces en la resolución de los casos concretos la que va impulsando los cambios que la sociedad requiere.

En cuanto a la plena capacidad de obrar se alcanza a los 18 años, art. 5 del Libro I de la Parte General. También cesa la incapacidad por emancipación, (si el menor tuviera 16 años), por casamiento, por el ejercicio de empleo público efectivo, por obtención de título de grado de enseñanza superior; por el establecimiento civil o comercial, relación de empleo, si el menor tuviera 16 años y bienes propios.

4.1.2. Paraguay

El Código Civil paraguayo contempla el tema en el Libro Tercero, Título VIII, Capítulo II, De la responsabilidad por hecho ajeno. El art. 1842 sienta la regla de la responsabilidad por el hecho ajeno; en el caso particular de los padres dice el art. 1843: “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos menores cuando habitan con ellos... La res-

ponsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas mencionadas en él prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieran sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, caso en el que la responsabilidad será a cargo de ella”.

Las causales de exención de responsabilidad son idénticas a las de nuestro sistema y demuestran que el factor de atribución es subjetivo. También se exige como condición minoridad y habitación con los padres.

El art. 36 fija en veinte años la edad de la capacidad plena de hecho.

El art. 1844 prevé que: “El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que haya obrado con discernimiento”, y el art. 1837 dispone que no incurrir en responsabilidad por actos ilícitos los menores de catorce años o quienes padezcan trastornos mentales que les priven del discernimiento. La indemnización por equidad a cargo de los inimputables tiene carácter subsidiario, sólo operará si no se ha podido obtener reparación a cargo de quienes están obligados a cuidarlos.

4.1.3. Uruguay

El art. 1324 del Código Civil uruguayo, ubicado en el Libro IV, Título I, impone la obligación de “reparar no sólo el daño que se causa por hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia o por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía”.

Se eximen de responsabilidad si acreditan que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Como se ve, las condiciones para que surja la responsabilidad paterna son semejantes al resto de los códigos del Mercosur, al igual que el factor de atribución y la eximente.

El art. 280, inc. 2, fija la mayor edad en los dieciocho años cumplidos.

El art. 1320 dispone que no son capaces de delito o cuasi-delito los menores de diez años, ni los dementes, pero serán responsables del daño causado por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.

En doctrina uruguaya, Jorge Gamarra parece no adherir a la tesis subjetiva, sino que postula que el fundamento de este deber resarcitorio no debe sustentarse en la culpa sino preponderantemente en la noción de “solidaridad familiar”. Con un criterio objetivista, expresa que los padres no serían responsables con base en fundamento de la culpa, sino que se los elige como responsables porque son los que están en mejores condiciones de prevenir el daño. *“Los padres están colocados en una situación óptima para operar sobre la fuente de producción del daño y la amenaza de una acción de daños operaría como fuente de estímulos para evitar su producción”*⁴⁸.

Características generales: Personas responsables: los padres son responsables por los daños ocasionados por los hijos menores que están bajo su potestad y viven en su compañía. Fundamento responsabilidad: culpa. Eximente: emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Mayoría de edad: dieciocho (18) años.

4.1.4. Venezuela

El Código Civil de Venezuela, de 1982, incorpora la responsabilidad de los padres con características similares a las ya mencionadas en el art. 1190: “El padre, la madre, y a falta de éstos, el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los menores que habiten con ellos... La responsabilidad de estas personas no tiene efecto cuando ellas prueban que no han podido impedir el hecho que ha dado ori-

⁴⁸Jorge GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989, t. XX, vol. 2º, pág. 219 y ss.

gen a esa responsabilidad; pero ella subsiste aun cuando el autor del acto sea irresponsable por falta de discernimiento”.

En el art. 18 determina que es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho (18) años.

El art. 1186 dispone que “El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos, siempre que haya obrado con discernimiento” y el artículo siguiente regula que si la víctima no ha podido obtener reparación de quien tiene al incapaz bajo su cuidado, los jueces pueden, en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización equitativa.

Características generales: Personas responsables: el padre y la madre, por los daños ocasionados por los hijos menores que habiten con ellos. Fundamento responsabilidad: culpa. Eximente: no pudieren impedir el hecho; pero es inexcusable si el autor es irresponsable por falta de discernimiento. Mayoría de edad: dieciocho (18) años.

4.2. Códigos del siglo XX

4.2.1. Bolivia

El Código Civil boliviano dispone en su artículo 989 que el resarcimiento del daño causado por un menor de diez años o por el incapacitado de querer o entender, se debe por quien está obligado a la vigilancia del incapaz, excepto si se prueba que no se pudo impedir el hecho, y para el caso de que los representantes responsables fuesen insolventes dispone la responsabilidad subsidiaria del menor fundada en equidad.

El artículo 990 establece la responsabilidad paterna: “El padre y la madre o el tutor deben resarcir el daño causado por sus hijos menores no emancipados o por los menores sujetos a tutela que vivan con ellos, excepto si prueban que no pudieron impedir el hecho”.

La edad de la inimputabilidad se fija en los diez años, art. 988: “Quien en el momento de cometer un hecho dañoso no tenía la edad de diez años cumplidos o estaba por otra causa

incapacitado de querer o entender, no responde por las consecuencias de su hecho a menos que su incapacidad derive de culpa propia. (art. 5° del Código Penal, art. 60 del Código de Procedimiento Penal).

En cuanto al resarcimiento del daño causado por persona inimputable, el art. 989 dispone: I. El resarcimiento del daño causado por el menor de diez años o por el incapacitado de querer o entender, se debe por quien estaba obligado a la vigilancia del incapaz, excepto si se prueba que no se pudo impedir el hecho.

II. Si el perjudicado no ha podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a la vigilancia, el autor del daño puede ser condenado a una indemnización equitativa.

En este país la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años cumplidos conforme el art. 4° del C.C. boliviano, modificado por Ley N° 2089 de mayo del 2000.

En cuanto a la acción de repetición el artículo 993 dice: “El padre y la madre, el profesor o el maestro o el tutor pueden repetir lo pagado como resarcimiento contra el autor del daño que en el momento de cometer el hecho ilícito contaba más de diez años de edad o no estaba por otra causa incapacitado de querer y entender”.

Características generales: Personas responsables: ambos padres; por los daños causados por los hijos menores no emancipados que vivan con ellos. Eximente: no pudieron impedir el hecho. Responsabilidad por el hecho del inimputable: debe el resarcimiento quien estaba obligado a la vigilancia del incapaz. Pueden repetir si el menor tiene más de diez años. Para el caso de que los representantes responsables fuesen insolventes dispone la responsabilidad subsidiaria del menor fundada en equidad. Mayoría de edad: dieciocho años.

4.2.2. Perú

En este país, el Código Civil de 1984⁴⁹, dispone que si el causante del daño actuó sin discernimiento responderá sólo el representante legal; en caso de que actuara con discerni-

miento, el representante legal es solidariamente responsable, y conforme el artículo 234: “El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”, estableciendo en el artículo 235°: “Deberes de padres e hijos. Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Todos los hijos tienen iguales derechos”.

Según el artículo 1975: “Responsabilidad de incapaces con discernimiento. La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”.

Si se trata de un incapaz sin discernimiento dispone el artículo 1976: “Responsabilidad de representantes de incapaces sin discernimiento. No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal”.

Si la víctima no hubiere podido obtener de ellos la reparación, el juez considerando la situación patrimonial de las partes con base en la equidad podrá disponer una indemnización a cargo del autor, artículo 1977.

⁴⁹ El Código Civil peruano con la modificación introducida en 1984, trata de variar el eje axiológico que regía la normativa civil, que bajo la inspiración del Código Civil francés tenía una ideología individualista y patrimonialista. A partir de esta reforma se trata de sustituir esa concepción por otra con base en el personalismo, y en el área de la responsabilidad civil se introduce la obligatoriedad de reparar el daño a la persona diferenciándolo del daño moral. Ordena el artículo 1984, Daño moral: El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia; y en el artículo 1985 al regular el contenido de la indemnización dispone: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. Ver Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, ob. cit., pág. 420.

El art. 42 del Código Civil peruano fija en dieciocho años la mayoría de edad, antes de los 16 años se es incapaz absoluto de hecho, y el art. 458 dispone que: “El menor capaz de discernimiento responde de los daños y perjuicios causados por sus actos ilícitos”.

Conforme el artículo 1983 se permite acción de reintegro en general, pero no dispone nada en particular con relación a los padres. Artículo 1983: “Responsabilidad solidaria. Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”.

En el tratamiento doctrinario de la cuestión en ese país me remito a la opinión de Juan Espinoza Espinoza⁵⁰, quien sostiene que para que se configure esta responsabilidad se requiere que un incapaz haya realizado un hecho ilícito generador de un daño; si quien lo causó es un incapaz sin discernimiento se trata de un *“acto objetivamente ilícito, la conducta del incapaz debe ser abstractamente culposa, ... la incapacidad natural no podría caracterizar el comportamiento con la conciencia y la voluntad propias de la culpa”*.

En cuanto al fundamento de esta responsabilidad, nos dice el autor que históricamente residía en la responsabilidad por culpa *in vigilando* del representante, pero que resultaba dificultoso para la jurisprudencia delimitar el alcance de este tipo de culpa y en razón de ello está orientada hacia la responsabilidad objetiva del representante legal; discutiéndose si *“el fundamento está en función del deber de protección para con los terceros por los actos del incapaz o por la tutela especial que merece este sujeto débil”*. En reflexión que comparto, opina que interpretada con fundamento objetivo actúa como

⁵⁰Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, 1ª ed., Perú, Gaceta Jurídica S.A., junio 2002, pág. 231.

“*incentivo a la prevención de accidentes*” ya que, si bien es solidaria con el autor del hecho cuando éste es imputable, en definitiva por razones de solvencia económica quienes terminan respondiendo son los padres.

Para que opere la responsabilidad debe acreditarse la relación de causalidad entre el hecho del incapaz y el daño producido, por consiguiente no responderían en los supuestos de caso fortuito, hecho de un tercero o de la propia víctima. Pero a criterio de Espinoza Espinoza, la responsabilidad de los padres subsiste si el hecho dañoso aconteció mientras el menor se encontraba al cuidado de una *baby-sitter*; y en los supuestos de que fuera provocado en el horario escolar podría darse una responsabilidad solidaria entre los padres y el colegio o una concurrencia de responsabilidad según el caso; en cada situación concreta debe analizarse el nexo causal.

Características generales: Personas responsables: si el causante del daño actuó sin discernimiento, responde el representante legal; si el causante del daño actuó con discernimiento el representante legal es solidariamente responsable. Mayoría a los 18 años. Para el caso de que los representantes responsables fuesen insolventes dispone la responsabilidad subsidiaria del menor fundada en equidad.

2.5. Países de la costa del Pacífico

Los ordenamientos civiles de estos países siguen los lineamientos generales del Código Civil de Chile que es el código madre de los países de la región ⁵¹.

4.3.1. Chile:

El Código Civil de este país fija la responsabilidad por el hecho de otro en el art. 2320: “Toda persona es responsable

⁵¹ El Código Civil de Chile, obra de Andrés Bello, recepta la tradición romanista, en la que se había formado el autor, ya sea directamente o a

no sólo de sus propias acciones sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Así el padre, y a falta de éste, la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Cesa si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho”.

El art. 2319 dispone que: No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes, pero *serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.*

Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior.

Regula la responsabilidad inexcusable de los padres según el artículo 2321, para el siguiente supuesto: “Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir.

El artículo 26 fija la edad para la *mayoría a los dieciocho años.*

Características generales: Personas responsables: el padre, y a falta de éste, la madre, por los hechos dañosos de los menores que habiten la misma casa. Inimputabilidad: 7 años. Fundamento responsabilidad: culpa. Eximente: no pudieron impedir el hecho. Excepción responsabilidad inexcusable: los

través de la legislación española, del Código Civil francés y de las otras fuentes de consulta, y vuelca su influencia en otros países latinoamericanos, Ecuador y Colombia adoptaron el Código civil chileno, es notoria su influencia en el Código Civil de Venezuela (1862), en los sucesivos códigos de México (1870 y 1884), en el de Uruguay (1868) y en los de Nicaragua y El Salvador. Ver Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, ob. cit., pág. 401.

padres por los delitos o cuasidelitos que provengan de la mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir. Mayoría de edad: 18 años.

4.3.2. *Ecuador*

Este Código establece la responsabilidad por el hecho de otro en el art. 2247: Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa... Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

El fundamento subjetivo se desprende del referido texto, además en el art. 2246 se establece que: “No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia”.

La capacidad plena se obtiene a la edad de dieciocho años.

Al igual que en el Código chileno se determina la responsabilidad inexcusable de los padres para el caso en que los menores hayan adquirido mala educación o hábitos viciosos, art. 2248. Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de la mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir.

Características generales (reproducen el Código de Chile): Personas responsables: los padres, menores que habiten la misma casa. Inimputabilidad: menores de 7 años. Fundamento responsabilidad: culpa. Eximente: no pudieren impedir el hecho. Excepción responsabilidad inexcusable: los padres por los delitos o cuasidelitos que provengan de la mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir. Mayoría de edad: 18 años.

4.3.3. Colombia

La legislación civil de este país también, recibe la influencia del Código Civil francés, por ello se encuentran normas que establecen al responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno, con fundamento en principio de orden subjetivo. Me referiré en general al tratamiento que la doctrina colombiana ha dado al tema de la responsabilidad civil pater-na, entendiendo que este análisis es válido para el resto de los países de la costa del Pacífico.

El artículo 2347 del Código Civil colombiano regula la “Responsabilidad por el hecho propio y de las personas a cargo. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”. El inciso segundo, modificado por el artículo 65 del decreto 2820 de 1974, dice así: “Los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

En cuanto a las personas responsables, la norma no sólo se refiere a los padres legítimos sino que también incluye a los padres extramatrimoniales y a los padres adoptivos; en virtud de la ley del 29 de febrero de 1982 en Colombia no existen diferencias entre los hijos, ya sean legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

Conforme nos ilustra el Profesor Martínez Rave⁵², la obligación de responder por los hechos de los hijos menores se ha vinculado en ese país a la patria potestad, institución que se define como “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les

⁵² Gilberto MARTÍNEZ RAVE, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 6ª ed., Biblioteca Jurídica Dike, 1990, pág. 262. Seguimos a este autor en el tratamiento general del tema.

impone" (art. 19 de la ley 75 de 1968). Para muchos autores el fundamento de la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores se encuentra en la patria potestad que ejercen, que les confiere derechos y les impone obligaciones. La titularidad de la patria potestad es suficiente para solucionar los diferentes problemas que se pueden presentar cuando los padres se separan de hecho o de derecho. En principio son responsables ambos, pero si se separan y uno de los dos asume la patria potestad del hijo menor, junto con los derechos que asume, asume igualmente las obligaciones indemnizatorias correspondientes. Si la situación es de hecho continúan ante terceros respondiendo solidariamente ambos padres.

Con relación al fundamento de esta responsabilidad expresa Martínez Rave: "*Los que ejercen la patria potestad están presumidos en culpa, en los hechos dañosos de los hijos menores los otros parientes o amigos que asumen el cuidado o vigilancia si se les prueba culpa*". Refuerza el fundamento subjetivo de atribución de responsabilidad el artículo 2346 que regula sobre la "Responsabilidad por daños causados por dementes e impúberes. Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudieren *imputárseles negligencia*".

Los requisitos requeridos para que surja esta responsabilidad son los comunes: menor edad del hijo, habitación en común, daño causado por el hijo menor.

Se exige que el hijo sea menor y en este país la ley 27 de 1977, estableció la mayoría de edad a los 18 años. Para la época en que se dictaron las disposiciones vinculadas a la responsabilidad paterna la mayoría se alcanzaba a los 21 años.

Además se requiere que el hijo habite en la misma casa; convivir, cohabitar, compartir el mismo techo, lo que facilita la vigilancia, el control. Esto es natural cuando el hijo es de corta edad, pero hay casos que plantean dificultades, cuando el hijo viaja a otro lugar dentro o fuera del país, o cuando

abandona el hogar. Algunos autores sostienen que es necesario conocer y analizar la causa de esta separación, si la misma fuera imputable a la conducta de los padres se mantiene la responsabilidad de éstos. Pero hay quienes opinan que la exigencia de la cohabitación es un requisito formal y si falta cesa la responsabilidad de los padres sin importar el motivo de la separación. Martínez Rave por el contrario, opina que si no hay cohabitación no desaparece la responsabilidad de los padres, sólo que el perjudicado tiene que probar la culpa de ellos en el resultado pues ya no se presume, como sí sucede cuando hay convivencia.

Incorpora idéntica disposición a la del Código de Chile para la mala educación y hábitos viciosos, artículo 2348: “Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir”. Surgen interrogantes para determinar cuáles son las diferencias entre el art. 2347 y el 2348, en esta disposición no se exige convivencia, hace referencia los delitos y a las culpas y no al hecho dañoso en general. Pero la diferencia relevante, es que en el último no consagra posibilidad alguna de eludir la responsabilidad.

En opinión del autor citado de modo precedente, *“la resolución de estos problemas se facilitaría mucho si se aceptara la tesis de la responsabilidad objetiva, ya que la responsabilidad de los padres se fundamenta en una garantía que la ley establece a favor de los perjudicados. Esa garantía obliga a los padres y sólo pueden librarse de ella cuando demuestran, suficientemente causas que la ley contempla como excluyentes de responsabilidad”*⁵³.

Características generales (Reproduce el de Chile) Personas responsables: los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Inimputabilidad: menos de 10 años. Fundamento responsabilidad: culpa. Eximente: no pudieren impedir el he-

⁵³ Gilberto MARTÍNEZ RAVE, ob. cit., pág. 268.

cho. Excepción, responsabilidad inexcusable: los padres por los delitos o cuasidelitos que provengan de la mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir. Mayoría de edad: 18 años.

4.3.4. *El Salvador*

El Código de 1911, sienta la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno de modo general, en el artículo 2071 al tiempo que dispone que esta obligación cesa “si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”, y en el artículo 2070 dispone que son inimputables a los efectos de la responsabilidad civil los menores de diez años y los dementes, pero serán responsables por ellos “las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia”.

Repite la fórmula de la responsabilidad inexcusable para el supuesto de faltas cometidas por los hijos menores “que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir”. Admite la acción de reintegro.

La capacidad plena por la mayor edad se alcanza al cumplir dieciocho años.

4.4. *México*

Este país se encuentra organizado en treinta y tres estados y cada uno tiene su propio Código Civil, por ello y considerando la complejidad del sistema en esta oportunidad se hará referencia al Código Civil del Distrito Federal ya que no se encuentra justificado indagar respecto al tema en estudio, en todos los estados pues no se cuenta con información doctrinaria ni jurisprudencial que así lo permita ⁵⁴.

⁵⁴La Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada DOF 12-12-2005, dispone en el capítulo II: “De las Partes

El artículo 1919 del Código Civil del Distrito Federal dispone que: “Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos”.

Como eximentes, en posición análoga a nuestro Código Civil, admite la transferencia de la guarda y la imposibilidad de impedir el hecho. El artículo 1920 expresa que: “Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etcétera, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata”, y dispone el artículo 1922: “Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados”.

Según el artículo 646, la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Un aspecto que resulta de interés resaltar es el referido al régimen de convivencia del menor no emancipado como consecuencia del divorcio de sus padres, ya que el Código Civil

Integrantes de la Federación y del Territorio Nacional”, en el artículo 43: Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el Distrito Federal. El artículo 44 dispone: La Ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos. Se compondrá del territorio que actualmente tiene y en el caso de que los poderes federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en el Estado del Valle de México con los límites y extensión que le asigne el Congreso General.

para el Distrito Federal, admite la guarda compartida después de la ruptura del vínculo matrimonial por divorcio. Por razones metodológicas trataremos este tema en el acápite "*Personas responsables*".

Características generales: Personas responsables: el padre y la madre, menores que habiten con ellos. Fundamento responsabilidad: culpa. Eximente: no pudieren impedir el hecho; pero es inexcusable si el autor es irresponsable por falta de discernimiento. Mayoría de edad: dieciocho (18) años.

VI. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES EN EL DERECHO ARGENTINO

1. Código Civil de Vélez Sársfield

En su redacción originaria el artículo 1114 del Código Civil expresaba: “El padre, y por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder, y que habiten con ellos, sean hijos legítimos o naturales”.

Resultaba acorde con las disposiciones referidas a la patria potestad que otorgaban la titularidad de la misma al padre en forma exclusiva.

2. Régimen legal vigente. Ley 23.264

Esta ley modifica el ejercicio de la patria potestad. Éste pasa a ser compartido por ambos progenitores y ello incide en el régimen de responsabilidad que establece el actual artículo 1114: “El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor”.

Al establecer el ejercicio compartido de la patria potestad, la responsabilidad se torna solidaria de ambos progeni-

tores, siguiendo la tendencia marcada por la legislación extranjera analizada precedentemente.

La condición “que habiten con ellos” sustituye a la expresión “hijos que estén bajo su poder”¹. El cambio terminológico denota una concepción distinta sobre la autoridad paterna, pero al mismo tiempo la expresión “que habiten con ellos” indica la trascendencia que el legislador le otorga aun hoy a la vigilancia.

El texto distingue entre padres que conviven y padres separados, y en la última hipótesis la responsabilidad legal es imputada prioritaria y fundamentalmente al progenitor que ejerce la patria potestad, en concordancia con el nuevo sistema establecido en el artículo 264 del C.C., precisamente porque la vigilancia en una concepción subjetiva es decisiva como razón argumentativa de la obligación.

3. Fundamento en la doctrina y jurisprudencia argentina

3.1. Posición tradicional

La doctrina nacional tradicionalmente ha sostenido que esta responsabilidad se asienta sobre bases subjetivas. Según esta orientación, se presume la culpa de los padres, ya sea en la vigilancia, en la educación o en ambas.

Sin embargo en la actualidad en doctrina se abre paso la idea de garantía legal o riesgo, lo que da a esta responsabilidad rasgos objetivos.

Por su parte, aun cuando teóricamente se mantenga el clásico fundamento subjetivo, la práctica judicial la aproxima

¹ Esa redacción guardaba coherencia con el tiempo social de la época de sanción del Código de Vélez, pero fue considerada inapropiada en 1985, año en que se dicta la referida ley. Analizaremos esta expresión nuevamente cuando nos ocupemos del fundamento dado por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país a esta responsabilidad.

a un supuesto de responsabilidad objetiva. Los tribunales hacen una interpretación rigurosa del eximente previsto en el art. 1116, y en consecuencia la prueba de la “no culpa” de los padres o “imposibilidad de impedir el hecho”, es aceptada en limitadas oportunidades. Esto nos permite decir que se observa en las decisiones judiciales un criterio interpretativo semejante al que impera en los países europeos, analizados de modo precedente.

Se tratarán los argumentos que según la doctrina a nivel nacional fundan esta responsabilidad agrupándolos según su orientación en subjetivos u objetivos.

4. Fundamentos subjetivos

4.1. Culpa en la vigilancia

Parte de la doctrina reprocha a los padres falta de cuidado y control con relación a los hijos bajo su potestad, esto es culpa *in vigilando* ². Así se expresa que si aquellos están au-

² Adhieren a esta postura: Raymundo SALVAT, SALVAT-ACUÑA ANZORENA, *Fuentes de las obligaciones*, t. IV, N° 2812 y ss.; Héctor LAFAILLE, *Tratado de las obligaciones*, t. II, N° 1314; Leonardo A. COLOMBO, *Culpa aquiliana*, t. I, N° 119 y ss.; Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, t. II, N° 1381 y ss., pág. 292 y ss.; Juan Carlos SMITH, “La responsabilidad por el hecho de los incapaces”, en E.D. 99-787 y Acdeel SALAS, quien varió su criterio al dejar de sustentar la responsabilidad en la culpa en educación y vigilancia, para sostenerla sólo en la vigilancia. Así lo expresa en una nota a fallo al decir: “*Es corriente hablar de un defecto en la educación, y así lo hemos hecho también nosotros en alguna oportunidad, pero una nueva reflexión sobre el tema nos induce a pensar ahora que la deficiente educación es más una consecuencia de la falta de vigilancia activa que se exige al padre, que el fundamento de la responsabilidad establecida en contra suya. Si la mala educación fuera su razón de ser la responsabilidad paterna debería extenderse sobre su conducta ulterior, ya que con ella se habrá maleado su carácter; si tal responsabilidad cesa cuando el incapaz alcanza la mayoría, es porque también cesan las atribuciones del padre con respecto al hijo. Poder de*”

torizados para dirigir la conducta de sus hijos menores que según el art. 265, la ley coloca bajo su “autoridad y cuidado”³, se supone que con la autoridad que la ley les otorga pueden evitar que los hijos produzcan daño. En consecuencia, si los causan es por la negligencia de los padres al cumplir su función de vigilancia, de cuidado. De ahí que la ley establezca una presunción de culpa en su contra.

Esta opinión tuvo amplia aceptación en doctrina⁴ y jurisprudencia argentina, podría decirse que en este ámbito aún la conserva. Así se ha resuelto:

“La responsabilidad que establece el art. 1114 no radica en la falta de los hijos sino en la de los propios padres por su imprevisión o falta de cuidados”⁵.

“Cuando los hijos causan perjuicios se genera la presunción de la culpa in *vigilando* según las circunstancias del caso”⁶.

“La responsabilidad de los padres no es indirecta, sino que responden directamente como si el hecho hubiera sido cometido por su propia culpa, por cuanto esto deriva de su falta de vigilancia o de buena educación, es decir, que los progenitores responden fundamentalmente ante la omisión a sus deberes de vigilancia”⁷.

dirección y responsabilidad van aparejados: ésta es la consecuencia de aquél”, “Incompatibilidad entre la responsabilidad del padre y la del empleador”, J.A., 1967-VI-188, pág. 429. “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, J.A. 1946-III-798.

³ Antes de la ley 23.264 “autoridad y poder”.

⁴ SALVAT, *Tratado... Fuentes de las obligaciones*, N° 2807, t. IV, pág. 156; Leonardo A. COLOMBO, *Culpa aquiliana*, Buenos Aires, TEA, págs. 363 y 364, N° 118, DE GÁSPERI-MORELLO, *Tratado de derecho civil*, t. IV, pág. 379, N° 1851; Héctor LAFAILLE, *Curso de obligaciones*, t. II, pág. 330, N° 575.

⁵ CNCiv. 1ª Capital, 19/8/38, L.L., 11-785.

⁶ CNCiv., Sala A, 6/6/90, “Oñate, Carlos c/ Bárbaro, Domingo”, L.L., 1991-A-198.

⁷ CNCiv., Sala D, 27/5/97, “Villegas, Luis y otro c/ Elserer, Oscar A.”, L.L., 18 de setiembre de 1997, pág. 5.

Uno de los aspectos más débiles que presenta esta tesis es la dificultad para determinar qué debe entenderse por vigilancia. Inconveniente que se acentúa con la actual concepción de la autoridad paterna.

Se suele decir que la “responsabilidad de los padres, de los tutores, de los preceptores y de los maestros de arte”, reposa sobre una presunción de culpa derivada de un principio de rígida autoridad, y se sostiene que las personas indicadas tienen el poder de impedir el acto ilícito del menor o del sujeto puesto bajo su vigilancia.

Esta visión, además de ser lejana de la realidad, no responde al dato normativo vigente, que ha abandonado el reclamo de una educación e instrucción conforme a los principios de una estricta moral, y en cambio requiere tener en cuenta la capacidad, la inclinación natural y las aspiraciones del menor, privilegiando de ese modo un nuevo modelo educativo. Puede deducirse entonces que por encima de un deber de vigilancia de los educadores se espera el estimular el sentido de independencia y de responsabilidad de los jóvenes el que constituye, después de todo, el objetivo más importante de su educación.

La culpa paterna puede ser, en cierta medida verosímil cuando el daño fue causado por un niño pequeño, especialmente necesitado de vigilancia, más en interés propio que de terceros. Pero aun así, muchos de los perjuicios causados por infantes ocurren por accidente, pues sus padres no pueden tenerlos encerrados o cercados.

A efectos de apreciar los problemas que se presentan al pretender determinar el contenido y modo de cumplimiento de este deber, y en consecuencia poder establecer cuándo los padres lo han cumplido de modo satisfactorio a fin de liberarlos de responsabilidad, resulta útil considerar la opinión de los magistrados. Según las particularidades del suceso concreto se lo aprecia con mayor o menor rigurosidad y se perciben además discrepancias en los criterios judiciales.

Se puede hacer referencia a grupos de casos, a partir de diversos criterios empleados por la jurisprudencia para apre-

ciar si hay infracción de reglas de precaución por parte de los padres. El más importante de esos criterios con relación a los deberes de vigilancia es el de la edad de los hijos, pues en la primera infancia dichos deberes son muy rigurosos, pero luego van disminuyendo y ya en la adolescencia ceden a favor del deber de autoprotección.

Cabe aclarar que numerosas resoluciones judiciales incurren en error técnico al aplicar el art. 1114 a supuestos en que el hijo menor es víctima y no autor de daños a otro, situaciones que no debieran ser resueltas por aplicación de esa norma sino por el art. 1109 del C.C.⁸ Pero a los efectos de considerar qué se entiende por vigilancia resulta esclarecedora la consulta.

En este sentido, es significativo un fallo de la Cámara 8ª Civil y Comercial de Córdoba, que resuelve sobre un hecho desgraciado del que resultó la muerte de un menor de seis años al tocar un cable electrificado⁹. Expresa la sentencia:

⁸ No son pocos los fallos que resuelven, en base a esta norma legal, hechos en los que el hijo menor es víctima. Entiendo que si bien es acertado responsabilizar a los padres, no es correcta la cita legal pues debe aludirse a los artículos 264, 512 y 1109 del C.C. para asentar la responsabilidad de los padres por los daños que sufren los propios hijos por la falta de cuidado o vigilancia; o mejor aun incluir el agravante que prescribe el art. 902 del C.C. como lo hizo el Tribunal en el siguiente fallo: “El ejercicio de la patria potestad pone en cabeza de los progenitores el deber de vigilancia y cuidado de los hijos menores” (art. 265, Código Civil, t.o. ley 23.264). “Tratándose de un sujeto carente de capacidad suficiente para discernir acerca de los actos en general e ignorante total de la noción del riesgo, la falta de previsión en concreto y de vigilancia por parte de aquellos que tenían a su cargo al menor resultó coadyuvante, sino determinante, para la producción de este desgraciado evento; ello así, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación, las circunstancias de tiempo y lugar y la prudencia y conocimiento de las cosas que hacen al caso en particular” (arts. 512 y 902 del Código Civil). “A. D. y otro c/ Tapia, Jorge Néstor s/ daños y perjuicios”, CNCiv., 27/09/2007.

⁹ El tribunal aplicó la normativa pertinente, y no el art. 1114 pues, ya se aclaró, no corresponde hacerlo en los supuestos en que el hijo es víctima, es de interés la lectura de las consideraciones sobre la vigilancia de menores de corta edad.

- Si el menor de seis años no estaba jugando en la calle, sino en la vereda de su casa, lugar destinado a la circulación de personas, ajeno al peligro que acecha en la calzada, no puede reprocharse a los padres omisión en la obligación de vigilancia.

- Que un niño de seis años juegue a la pelota en la vereda de su casa o la de un vecino, es algo que ocurre cotidianamente, que por sí mismo es inocuo, y no requiere la presencia y cuidado permanente sin solución de continuidad de los padres, a quienes no se les puede exigir, en tales circunstancias, un control estricto de lo que hace o no hace el menor. El hecho de ir a buscar la pelota que había ido a parar sobre el alambrado, en sí mismo, no constituye un acto reprochable, riesgoso o peligroso, sino que es totalmente normal e inocuo.

- La eventual presencia de los padres viendo el desarrollo del juego de pelota, no es garantía de que no hubiera sucedido el hecho dañoso, pues no se les podría exigir la verificación de la inexistencia de peligro por la caída del cable sobre el alambrado, para recién permitir que su hijo fuera a buscar la pelota o hacerlo personalmente ¹⁰.

Otro fallo presenta diferencias de apreciación entre lo resuelto en 1ª instancia y la posterior decisión de la Cámara. En el caso, un menor de nueve años sufre fracturas en la pierna derecha como consecuencia de la caída a una cámara subterránea, ubicada en la vereda de un inmueble del que salía con su madre. El juez de 1ª instancia entendió que había culpa concurrente entre la empresa que había abierto la cámara (80%) y la madre del menor, atribuyéndole culpa en la vigilancia (20 %). La Cámara revoca el fallo y libera de responsabilidad a la madre según los siguientes argumentos:

¹⁰ Cámara 8ª Civil y Comercial de Córdoba, autos: "Oviedo, Carlos Mario y otra c/ Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) - Ordinario", Sentencia N° 32, del 3/4/01. Vocales: Enrique P. Napolitano, Matilde Zavala de González y Rómulo M. Bontá.

“la obligación de los padres respecto de la vigilancia de sus hijos debe meritarse sobre parámetros usuales o comunes; implicando esto un deber general, principalmente referido a la educación, al control normal de sus actos y actividades; pero no puede transformarse en una obsesiva y persistente atención sin solución de continuidad, en particular, como verbigracia cuando se desplazan dentro de su casa, o por una vereda donde normalmente no es usual una situación de peligro. Ya que el control sin solución de continuidad sería inadmisibles en los términos del art. 1116 del Código Civil”¹¹.

También se ha dicho:

“La culpa de los padres aprehendida por el art. 1114 del C.C. consiste en la omisión del consejo oportuno hacia el menor y no en la permanente mirada sobre el hijo”¹².

Vemos como frente a un mismo hecho, las estimaciones judiciales difieren acerca de la apreciación del contenido del deber de vigilancia.

Tratándose de adolescentes el problema es aún mayor pues, como ya se expresó, la mayor edad se correlaciona con una menor vigilancia, por ende, la falta paterna es insostenible en muchas ocasiones¹³.

En líneas generales puede decirse que la jurisprudencia varía el grado de exigencia según la edad de los hijos, pero que siempre es rigurosa cuando se trata de responsabilizar a los padres por los daños que sus hijos causan a terceros.

En doctrina dominante se admite que hablar hoy de culpa en la vigilancia es una irrealdad. Los cambios sociales, familiares, posibilidades de crecimiento cultural de los hijos

¹¹CNFed. C. y C., Sala III, setiembre 4-992, “Gómez, Luis J. y otro c/ S.E.G.B.A. S.A. y otra”, L.L., 1993-B-415.

¹²“Salerno, Angela y ot. c/ Ferrazzini Esteban y ot. s/ Daños y perjuicios”, Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal de Necochea (Buenos Aires), 19/5/2005.

¹³P.D. OLLIER, *La responsabilité civile des Père et mère (Etude critique de son régime légal)*, París, 1961, pág. 226.

que muchas veces implica alejarse del lado de los padres, hacen imposible ese pretendido control. Precisamente como prueba de la recepción por el legislador de esos cambios es que la expresión legal varía de “poder” a “cuidado”.

Incluso habría que adecuar el estándar de precaución a las aptitudes subjetivas del padre o madre, ya que puede suceder que por condiciones personales y sociales de los progenitores se ejercite en términos que socialmente pueden considerarse subóptimos y que, desde luego, el derecho de daños no puede modificar.

Compartimos la expresión de Bueres y Mayo ¹⁴: esto ya se hacía patente hace cincuenta años. En 1953 E. Blanc decía que *“la autoridad paterna ha sufrido un notable relajamiento, la cohesión familiar desaparece poco a poco, el niño madura mucho más rápido que antaño...”* ¹⁵.

Otra de las debilidades que presenta este argumento, es que el juicio de responsabilidad pasa a depender de la configuración y contenido de los deberes y potestades familiares, de estándares de cuidado y criterios de imputación confeccionados a medida de cada tipo de relación familiar.

Lo más razonable es atribuir amplios poderes a los padres -como en cualquier relación de confianza- asumiendo que éstos son las personas que se hallan en mejor posición para juzgar qué es más beneficioso para sus hijos.

Al derecho sólo le corresponde establecer las condiciones mínimas que deben ser respetadas en el ejercicio de la función parental. Si a raíz de su incumplimiento se derivan daños a terceros, se aplicarán las sanciones que correspondan.

La mayoría de la doctrina entiende que la responsabilidad de los padres con base en la culpa en la vigilancia, está menos justificada en los comienzos de este nuevo siglo que la

¹⁴Alberto J BUERES y Jorge A. MAYO, “La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (Algunos aspectos esenciales)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 12, Rubinzal-Culzoni, pág. 299 y ss.

¹⁵E. BLANC, *La responsabilité des parents*, París, 1953, págs. 4-6.

de los padres del XIX, tanto en el aspecto de la posibilidad de su ejercicio como en el de su conveniencia.

En el primer aspecto los códigos del siglo XIX evocaban, en expresión de Diez Picazo, la imagen de un padre que portaba varilla para corregir a sus hijos ¹⁶. Agrega Pantaleón Prieto que en ese tiempo las madres no trabajaban fuera de su hogar, el padre, por lo general, retornaba antes de sus ocupaciones, se contaba con personal de servicio que colaboraba en la crianza, las salidas nocturnas y el uso de automóviles no estaban al alcance los menores ¹⁷.

Por otra parte, no resulta aconsejable formar hijos sin posibilidades de desenvolvimiento independiente, con educación que se adquiere en localidades distantes de la casa paterna, o en el extranjero. En fin, fundamentar en este argumento la responsabilidad sería inadecuado e inconveniente, de acuerdo a la realidad social de esta época.

4.2. *Culpa en la educación*

Sostuvieron este argumento en nuestro país, entre otros, Henoch D. Aguiar ¹⁸ y revisando su posición anterior, Acdeel Salas ¹⁹.

Sabido es que este argumento presenta una complejidad especial: resulta difícil apreciar cuando se ha cumplido este

¹⁶Luis DIEZ PICAZO, "La responsabilidad civil hoy", Anuario de Derecho Civil, 1979, t. XXXII, pág. 773.

¹⁷Fernando PANTALEÓN PRIETO en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 6 pág. 1990 (Comentario de la S. del 22 de septiembre de 1984), citado por Santiago CAVANILLAS MUGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1987, pág. 108.

¹⁸Henoch D. AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos. Actos ilícitos*, 2ª ed., Buenos Aires, TEA, t. III, N° 99 y ss.

¹⁹Acdeel SALAS, "Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos", J.A., 1946-III-798.

deber. En doctrina nacional Antonio Cammarota, en la década del cuarenta -sin poder sustraerse del peso de la filiación subjetivista- decía:

“la imposibilidad de impedir los hechos ilícitos, pues, ¿resultará aun de una demostración extraña al hecho en sí: que el menor está bien educado y que sobre él mediaron razonables poderes de vigilancia? El damnificado, con no menos razón, podrá invocar que justamente el daño que sufrió demuestra que el menor no ha sido educado (travieso, díscolo, etc.) y que no medió custodia. Un culpable abandono de deberes inherentes a la patria potestad. Desde este punto de vista, es innegable que el daño ocasionado por el menor es la mejor prueba de carencia de vigilancia. No basta acreditar que cumplió la obligación impuesta por la ley escolar para probar que el menor ha sido educado. En punto a la vigilancia, poco cabe significar, por lo mismo que de ella careció en el instante de ocurrir el hecho. El menor que regresa del colegio y por súbita travesura se le ocurre arrojar una piedra contra un escaparate ¿ejemplificaría un episodio de cuya responsabilidad podría eximirse el padre? De ninguna manera. Admitirlo equivaldría a legalizar los malos instintos y la ineducación, y hacer soportar a terceros un perjuicio sin ningún motivo que lo justifique. Es que los términos imposible impedirlos sugieren ideas, categóricas y absolutas. Lo imposible es significativo de situaciones que superan la debida diligencia y cuidados, así se hayan observado (aunque el hecho demuestra que no lo fue eficientemente). La doctrina no llega a puntualizar el alcance de ese término y se limita a consignarlo dejando en la incertidumbre el alcance adecuado susceptible de configurar un veto para exigir la reparación del perjuicio”²⁰.

Si se pretendiera realizar un debate sobre qué debe entenderse como buena o mala educación, buenos o malos ejemplos, vigilancia activa o pasiva, se debería admitir la incorpo-

²⁰ Antonio CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual. Hecho y acto ilícito*, Buenos Aires, Depalma, 1947, t. 2, págs. 493-495.

ración de aspectos subjetivos, opinables, que podrían llevar a resultados imposibles de anticipar y carentes de certeza. Mosset Iturraspe formula algunas preguntas vinculadas al tema que de por sí indican la imprecisión de las respuestas: “¿Cuál es un buen establecimiento educativo?, ¿un buen certificado de estudios es suficiente prueba de que educaron bien al hijo?, el hecho de que los padres tengan antecedentes irreprochables ¿equivale a educar con el ejemplo?, lo que ocurre fuera de la presencia física ¿es imposible de evitar?”²¹.

Si se admitiera la presunción de culpa en la educación, la dificultad de la contraprueba, ¿cómo probar que se educó adecuadamente al hijo?, daría la razón a los que afirman que el establecer una culpa objetiva, es nada más que forzar el argumento para no admitir una responsabilidad de carácter objetivo.

Muestra de lo espinoso que resulta dar por cumplida la educación necesaria es lo que se expresa en el siguiente fallo:

“Resulta insuficiente acreditar que al menor se le proporcionó una buena y sólida educación y que se lo aprecia como sociable, normal, cariñoso, con carisma para eximir de responsabilidad. Aun cuando el padre pruebe que ejerció el debido cuidado y diligencia, demostrando que su comportamiento fue normal, aun no estará libre de responsabilidad civil porque sobre él pesa la presunción de defecto de educación a partir del hecho cometido. Y reprimir las malas inclinaciones es proceso educativo, quizás inacabable, que no se desmiente por lo que pudiera ocurrir en un instante; al paso que la vigilancia activa es conducta que debe observarse sin interrupción, porque es exigencia del momento, y basta un segundo para demostrar que se careció de ella”²².

Históricamente la culpa *in educando* no aparece como única razón, sino vinculada a la culpa *in vigilando* como funda-

²¹ Jorge MOSSET ITURRASPE, “La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia”, L.L. 1979-B-522-523.

²² “Salerno, Angela y ot. c/ Ferrazzini Esteban y ot. s/ Daños y perjuicios”, Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal de Necochea (Buenos Aires), 19/5/05.

mento de la responsabilidad de los padres. Muchos de los supuestos de culpa en la educación pueden ser subsumidos en culpa en la vigilancia, porque los hechos demuestran que no se trata tanto de no educar bien sino de no ejercer la suficiente vigilancia que el hijo requiere conforme su edad o carácter.

Este criterio hoy aparece en decadencia por varias razones: el sentido de la educación ha variado notablemente desde el siglo XIX hasta nuestros días. Ya no es tan fácil ni automática la imputación de todo defecto de educación a los padres: la presencia de los medios masivos de comunicación es cada vez más notoria, la evolución de los criterios de enseñanza en las escuelas que brindan menos información y permiten cada vez mayor autonomía, proponen a los menores diferentes modelos y ejercen influencias inevitables. La sociedad estimula hoy la participación en un ámbito cada vez mayor de actividades por parte de los menores, con lo que la posibilidad de recibir modelos diferentes al del hogar paterno se incrementa. Estos aspectos y, como reiteradamente se dijo, la disminución de la autoridad paterna tal como se la concebía tiempo atrás, hacen que cada vez esté menos justificada la responsabilidad de los padres con base en culpa en la educación.

Entiendo que el problema más serio que presenta la llamada culpa en la educación, es la indefinición conceptual. Ello puede traer como consecuencia que, entre la opción de responsabilizar a los padres o compensar a las víctimas cuando no hay reproche, la víctima quede desprotegida.

4.3. Teoría de ambas culpas acumuladas

En doctrina y jurisprudencia nacional constituye la posición mayoritaria ²³. El fundamento radicaría en los deberes

²³ Alfredo ORGAZ, *La culpa* (Actos ilícitos), Marcos Lerner Editora, 1981, N° 63, pág. 170; P. CAZEAUX y F. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t.

de buena educación y vigilancia que corresponden a los padres, tiene el derecho y el deber de educar a sus hijos conforme su condición y fortuna (art. 265) asegurándoles la ley las facultades y los medios suficientes para ello.

Así lo reflejan numerosos fallos en nuestro país:

“Se impone distinguir entre deber de vigilancia y deber de educación, ambas son cargas impuestas a los padres, que si bien se complican, no se excluyen entre sí”²⁴.

“El fundamento se basa en una presunta culpa del padre, traducida en la infracción a sus deberes de buena educación y vigilancia activa respecto del hijo menor”²⁵.

“El fundamento de la responsabilidad de los padres que consagra el art. 1114 del civil, es la presunta culpa de ellos, traducida en la infracción de sus deberes de buena educación y vigilancia”²⁶.

“Cumplidos esos recaudos (art. 1114 del C.C.) (a. Comisión de un ilícito por el menor, b. Calidad de menores de los autores del hecho ilícito, c. Los padres y el ejercicio de la patria potestad, d. los menores habitaban con su padres), la responsabilidad de los padres -de atribución subjetiva- debe presumirse desde la falta de vigilancia activa del menor y el incumplimiento de los deberes que emanan de la patria potestad y que les obligan a proporcionar a sus hijos una buena educación, formarles hábitos y comportamientos adecuados para la convivencia social, especialmente fuera del hogar, en

III, pág. 317 y ss.; Arturo ACUÑA ANZORENA, “Responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores”, en L.L., 20-1940-490; D. OVEJERO, “Responsabilidad por el hecho de tercero”, J.A., 54-23; Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, y en *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, pág. 496.

²⁴ CNEspecial C. y C., Sala I, 3/12/80, “La Unión Gremial Cía. de Seguros c/ Médico, Adolfo”, BCNEC y C., 981-702, N° 10.536.

²⁵ S.T. Jujuy, Sala I, 1/3/84, “Andrade, Lisandro D. y otra c/ Artaza, José H.”, E.D., 108-670.

²⁶ Cámara 1ª C. y C. Bahía Blanca, Sala I, 21/11/96, “D.S. c/ P.H. y otra”, L.L. suplemento mensual de repertorio julio, 997, pág. 52.

la calle, donde no encuentran la natural y lógica protección, evitando que los hijos sean partícipes de hechos ilícitos”²⁷.

Como ya lo expresáramos, la jurisprudencia sólo libera a los responsables cuando no se traiciona la expectativa social de que los daños injustos deben ser reparados. Esto queda evidenciado si se analizan las reglas aplicadas por los jueces:

- los padres responden por culpa in vigilando y están obligados a vigilar al menor de acuerdo a su edad,

- si los padres demuestran haber vigilado al menor, surge como hecho autónomo de imputación de la responsabilidad, la culpa en la educación,

- la comisión del hecho ilícito por parte del menor, demuestra de por sí, insuficiente la educación impartida.

Resulta entonces que, para los padres no es posible prácticamente, satisfacer los requisitos impuestos por una prueba liberatoria de doble contenido positivo así de riguroso.

Por otra parte, si la verdadera razón de la responsabilidad paterna fuese su presunta culpa, in vigilando o in educando, habría que examinar las posibilidades de los padres en punto a la vigilancia y educación. Entre ellas y muy a tener en cuenta, su posición económica. No parece justo exigir la misma vigilancia y educación a los padres de condición modesta que a aquellos otros que gozan de una posición económica y cultural ventajosa, pues esa mejor posición obliga socialmente con mayor intensidad. La jurisprudencia no refleja este análisis de modo general, pero sí lo hacen algunos pronunciamientos:

“Las omisiones y acciones ilegítimas deben ser consideradas culpables si se advierte la pasividad generadora de desprotección ante el riesgo introducido. La culpa *in vigi-*

²⁷“Salerno, Angela y ot. c/ Ferrazzini, Esteban y ot. s/ Daños y perjuicios”, Cámara Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal de Necochea (Buenos Aires), 19/5/05.

lando' de los padres, debe ser ponderada con el contexto socioeconómico al que pertenecen”²⁸.

El resultado del análisis jurisprudencial en la mayoría de los países analizados, demuestra claramente que el reclamo a la culpa tiene un carácter vago y de allí privado de utilidad práctica. El continuo dilatarse o restringirse del concepto de culpa, la diversa valoración de una eventual correlación entre la culpa en vigilancia y culpa in educando, atestiguan que, en último análisis, la jurisprudencia se atiene a un preciso entendimiento: aquel de liberar al sujeto en la sola hipótesis en la cual no se traiciona la expectativa social de que los daños injustos sean reparados.

4.4. *Teoría del fundamento económico*

Se señala también que la razón de ser de la responsabilidad de los padres se encuentra, aunque habitualmente vinculada a alguno de los motivos ya expuestos, en un fundamento de orden económico: encontrar un responsable solvente ante quien sufrió el daño, ya que los menores generalmente carecen de patrimonio²⁹.

En verdad, parece ser esta la idea que subyace detrás de cualquier fundamento objetivo. Se pretende dar respuesta a

²⁸Del fallo de 1ª instancia, Cámara C. y C. Morón, Sala II, 5/2/87, “Altamirano, Elsa R. c/ Cerámica Martín S.A. y otros”, L.L., 1987-D-373.

²⁹Ver antecedentes en Félix TRIGO REPRESAS- Rubén COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad Civil por accidentes de automotores*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, t. 2, pág. 235; SALAS, “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, J.A., 1946-III-798; “Incompatibilidad entre la responsabilidad del padre y del empleador”, J.A., 1967-VI-188 y ss.; ACUÑA ANZORENA, “Responsabilidad de los padres por hechos dañosos de sus hijos menores”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, Platense, 1963, p. 297 y ss.; R. SALVAT, *Tratado, Fuente de las obligaciones*, t. IV, pág. 160; LALOU, *Traité pratique*, pág. 554; PLANIOL, *Traité de droit civil*, t. II, pág. 304; BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II, pág. 303.

la víctima de un daño injusto, otorgándole la reparación que la visión actual del derecho de Daños considera justa y eficaz. Razones de conveniencia social imponen la rigurosa aplicación del principio *neminem laedere*.

No es frecuente encontrarlo expresado de modo explícito en jurisprudencia salvo en algunos pronunciamientos, por ejemplo en un fallo del Superior Tribunal de Jujuy uno de sus vocales dijo:

“El fundamento de la responsabilidad paterna por los daños ocasionados por los hijos menores, no se encuentra en la culpa sino en un factor objetivo de atribución; tal factor objetivo estaría dado, ya por el riesgo creado, ya por la necesidad económica de encontrar un responsable solvente frente a la víctima del daño”³⁰.

En cambio, otro de los votos en la misma causa se inclinó por fundamentar en la presunta culpa del padre por la infracción a los deberes de buena educación y vigilancia activa respecto del hijo menor, y no por un fundamento objetivo, riesgo creado y mucho menos por la necesidad de encontrar un responsable solvente³¹.

4.5. *Culpa social*

En doctrina nacional, Nora Lloveras sostiene que es la culpa social la que fundamenta esta responsabilidad, no la culpa-castigo presumida por la ley que deshumaniza la función de los progenitores, sino la culpa social. “*La culpa de los padres consiste en un reproche social al daño ocasionado por*

³⁰ Del voto del Dr. Wayar, S.T. Jujuy, Sala I, 1/3/84, “Andrade, Lisandro D. y otra c/ Artaza, José H.”, E.D., 108-670.

³¹ S.T. Jujuy, Sala I, 1/3984, “Andrade, Lisandro D. y otra c/ Artaza, José H.”, voto del Dr. Noceti; E.D., 108-670.

el hijo menor, más que por la inconducta del padre en la educación y formación del mismo”³². Es decir la responsabilidad descansa en el factor de atribución culpa entendida como razón de justicia.

La autora reconoce la vigencia del fundamento subjetivo, mientras mantenga su presencia el art. 1116 del C.C. la atribución sigue ligada a bases subjetivas ya que la ley admite a los padres liberarse de responsabilidad acreditando la no culpa; pero sostiene la conveniencia de dotar a esta responsabilidad de bases objetivas, con fundamento en la garantía y propugnaba además rebajar la edad para alcanzar la mayoría de edad a los dieciocho años. Debe tenerse presente que este trabajo fue elaborado antes de la modificación legal de 2009, que en definitiva concuerda con la propuesta de la autora.

5. Fundamentos objetivos

5.1. *Fundamento en la patria potestad*

Parte importante de la doctrina nacional cree que el fundamento no reside propiamente en el incumplimiento de los deberes de buena educación y vigilancia emanados de la patria potestad sino en la patria potestad en sí misma, la cual impone por cierto obligaciones a los padres, no sólo respecto a sus hijos, sino frente a terceros³³. La responsabilidad no debiera ser una sanción al mal ejercicio de la patria potestad, sino una consecuencia ineludible de la condición de padre.

³²Nora LLOVERAS, “La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores” en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, págs. 128-129.

³³Es esta la posición del Prof. Trigo Represas, ver Félix A. TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III, pág. 135.

Comparten esta tesitura Cazeaux, Trigo Represas, Kemelmajer de Carlucci, Belluscio, Vera Ocampo; asimismo, Carlos Reyna afirma que el fundamento se encuentra en el ejercicio de los poderes-deberes que dimanen de la patria potestad ³⁴.

Los padres deben procurar impedir que los hijos causen perjuicios, impartiendo una buena educación y vigilando con atención a sus hijos. La ley les obliga a cumplir esa función, por tanto deben adoptar todas las medidas adecuadas para llevarla a cabo, son quienes tienen a su alcance el conocimiento de las circunstancias en que se desenvuelve la vida familiar, además de la personalidad, características del hijo, en fin de acuerdo al art. 902 del C.C. son quienes están en mejores condiciones de prevenir y evitar consecuencias dañosas. Si pese a contar con los resortes legales para cumplir estos deberes, la realización del hecho dañoso por el hijo menor revela que las obligaciones no fueron plasmadas, se presume que no han previsto todo lo que debieron prever y se invierte en ese caso la carga de la prueba, debiendo ellos demostrar la existencia de una causal de eximición.

Kemelmajer de Carlucci sostiene que la ley 23.264, al distinguir entre padres que conviven y padres separados, a los efectos del ejercicio de la patria potestad, demuestra que la responsabilidad legal es imputada prioritaria y fundamentalmente al progenitor que ejerce la patria potestad. Entiende que la excepción contenida en la última frase del art. 1114 no es una verdadera concesión al sistema de la culpa, sino la

³⁴Pedro CAZEAUX - Félix TRIGO REPRESAS, *Compendio de derecho de las obligaciones*, pág. 762- Félix TRIGO REPRESAS- Rubén COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, t. 2, pág. 234; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores", en *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983; Carlos A. REYNA, "Comentario a los arts. 1114/1116", en *Código Civil*, dirigido por A. Bueres y coordinado por Elena Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pág. 637.

aplicación del principio de la transferencia de responsabilidad por efecto de imputar el deber de responder a otro sujeto ³⁵.

Este fundamento permitiría explicar por qué sólo se responde durante la minoridad; por qué el padre se libera cuando ha perdido la patria potestad o el ejercicio de la misma por hechos que no le son imputables, por qué la jurisprudencia es tan restrictiva en la admisión de causales de eximición, etcétera; sólo cuando el vínculo de la patria potestad no está presente cesa la responsabilidad paterna.

Desde una perspectiva de análisis diferente, Alberto J. Bueres expresa que la patria potestad es un requisito de la responsabilidad de los padres, pero no es fundamento de la misma sino un punto de partida para pensar el fundamento. Agrega que por otra parte este argumento no quita las raíces subjetivas.

5.2. *Solidaridad familiar*

Algunos autores han visto en la manifestación de la “solidaridad familiar” el fundamento de carácter objetivo de esta responsabilidad. Esta postura arguye que al ser la familia una agrupación unida por estrechos lazos, no es anormal considerar que mientras estos lazos subsisten, en general hasta la mayoría de edad, los padres deben responder civilmente de los daños que comprometen la responsabilidad de sus hijos.

En nuestra doctrina no ha encontrado acogida esta idea, aunque sí en doctrina uruguaya. El profesor Jorge Gamarra parece adherir a la idea de solidaridad familiar cuando ex-

³⁵ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores”, en *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983; “Las modificaciones introducidas en el derecho argentino a la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Reus, 1986, 5-627.

presa: “los padres no serían responsables con base en fundamento de la culpa, sino de elegirlos porque son los que están en mejores condiciones de prevenir el daño”. “Los padres están colocados en una situación óptima para operar sobre la fuente de producción del daño y la amenaza de una acción de daños operaría como fuente de estímulos para evitar su producción”³⁶.

Cuestiona este argumento Cavanillas Múgica³⁷, pues entiende que la familia de hoy ha perdido las características de unidad económica que tenía en otras épocas, quedando limitada a la gestión y administración del patrimonio de los menores por sus padres. Por otra parte se pregunta: si los padres sólo administran el patrimonio de los hijos pero no se benefician, ¿por qué razón debieran asumir las pérdidas?

5.3. Garantía

En las circunstancias actuales parece oportuno llevar esta responsabilidad al ámbito objetivo y ubicar el fundamento en una garantía resultante de la patria potestad; la propuesta está en consonancia con la realidad.

Se busca, como expresan Bueres y Mayo, satisfacer el deseo de cubrir el riesgo de vulnerabilidad que pesa sobre todo ser humano por el solo hecho de existir y brindar una cabal protección de las víctimas, poniendo frente a ellas dos responsables (arts. 1114, 1109 y 907, párrafo segundo) uno de los cuales (progenitores) gozará por lo común de mayor solvencia³⁸.

³⁶Jorge GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, 1993, t. XX, pág. 219 y ss.

³⁷Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1987, págs. 108 y 109.

³⁸Alberto J BUERES y Jorge A. MAYO, “La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (Algunos aspectos esenciales)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 12, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, pág. 299 y ss.

No significa esto aceptar que los cambios operados en las relaciones familiares, la democratización y desacralización en el modo de establecer los vínculos, puedan traer aparejada la desaparición de los deberes de los padres. Éstos emergen de la patria potestad y las obligaciones que esta institución impone continúan vigentes, sino que los padres deben cumplir su función de tales, (educación, autoridad), desde una perspectiva diferente acorde a los tiempos históricos que se viven.

En opinión de José W. Tobías, hay no menos de tres razones que justifican la prescindencia de la noción de culpa *in educando* o *in vigilando* para vincular patrimonialmente a los padres a la reparación de los daños causados por sus hijos menores; en primer lugar, “*constituye un atentado al realismo suponer que un menor bien educado y vigilado no podrá causar daños*”; además, la “*regular insolvencia del menor debe conducir a la necesidad de ampliar la esfera de tutela de las víctima a través de un responsable no autor*”, por ello sostiene que resulta más razonable ubicar esta responsabilidad dentro de la noción de garantía.

Se enrolan en esta línea las siguientes resoluciones:

“En los casos de menores ‘difíciles’ los padres responden aun a pesar de haber acreditado una total vigilancia, porque en el art. 1114 del civil subyace la idea de una obligación de garantía por los defectos de carácter del hijo”³⁹.

“En la actualidad, se han limitado las causas de eximición de responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos. El principal fundamento de tal responsabilidad ha de hallarse hoy en la garantía social que los padres asumen con el ejercicio de la patria potestad: asegurar a los miembros de la sociedad que el hijo no va a causar daños y que si los causare los mismos han de repararse. Por lo cual desde esa óptica no les

³⁹Cámara C. y C. San Isidro, Sala I, 30/10/91, “Feola, Norma L.C. Di Pietrantonio, Alejandro y otros”, Rep. L.L., 1992, pág. 556.

cabría más eximentes que las contempladas por los arts. 513, 514 y 1113 del C.C.”⁴⁰.

Es que como dice Mosset Iturraspe: “*El padre tiene algo que ver en el obrar dañoso y antijurídico del hijo. Lo haya educado o no. Lo haya vigilado activamente o no. El hijo está bajo su autoridad... Es el padre con derechos y deberes. Desobligar a los padres equivale en el porcentaje más alto a dejar a la víctima sin reparación. La opción debe ser a favor de ésta y en contra de los padres*”⁴¹.

5.4. Riesgo

En doctrina nacional algunos autores vienen desde hace tiempo proclamando la necesidad de introducir una base objetiva en esta responsabilidad, con fundamento en el riesgo.

Mosset Iturraspe sostiene que esta imposición no puede constituirse en la drástica sanción a la negligencia en el cumplimiento de los deberes y obligaciones que impone la patria potestad, “*culpas las más de las veces inexistentes*”, sino que debe aceptarse como única forma de reparar un daño que es injusto para quien lo sufre, fundada en el hecho de la paternidad, con todo lo que ella conlleva. El actuar del menor, libre, descontrolado, habida cuenta de su poca experiencia, de la inmadurez de su carácter en formación, de su personalidad en crisis, es un riesgo grande innegable de dañosidad. Y de ese riesgo deben responder los padres... y esta responsabilidad debe ser inexcusable”⁴².

⁴⁰ Cámara C. y C. San Nicolás, 12/3/1996, “Garavaglia Juan Carlos y otros v. Rodríguez, Osmar y otros s/ Daños y perjuicios”, BA B854467; magistrados votantes: Civilotti, Maggi, Lexis N° 14/7678.

⁴¹ Jorge MOSSET ITURRASPE, “La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia”, L.L., 1979-B-522-523.

⁴² Jorge MOSSET ITURRASPE, ver cita 41.

Alberto J. Bueres y Jorge Mayo expresan su adhesión a esta teoría. Aclaran los autores que el riesgo en este supuesto no puede ser entendido como riesgo provecho, ni puede pensarse en que el hecho de tener un hijo sea una cosa riesgosa *per se*. “*El concepto de riesgo creado es un estándar que posee una gran riqueza y maleabilidad, y que debe ser manipulado por los jueces con inteligencia y sensibilidad ante los requerimientos comunitarios*”⁴³.

También Carlos Reyna propicia de *lege ferenda* la aplicación de un factor objetivo con fundamento en el “*riesgo de dañosidad que para los terceros deriva de la inestabilidad de la conducta del menor durante los primeros tiempos de su vida*”⁴⁴.

La jurista cordobesa, Matilde Zavala de González, si bien ubica esta responsabilidad entre los supuestos de aplicación de un factor subjetivo, reconoce que los jueces en la práctica lo tornan en cuasi-objetivo por el criterio restrictivo con que interpretan las eximentes de inculpabilidad. A su vez, encuentra una razón de peso para modificar este fundamento en el artículo 1117 del C.C. que ha introducido la responsabilidad objetiva de los establecimientos educativos, pues a su criterio “*resultaría paradójal que quienes dieron vida a los menores y naturalmente son los primeros encargados de su educación y vigilancia, asuman una responsabilidad más benigna que las personas en quienes delegan parcial y temporalmente esas funciones*”⁴⁵.

Son muy escasas las oportunidades en que los tribunales argentinos hacen mención a este razonamiento en sus fallos. Según ya se hizo referencia con anterioridad, este argumento sustenta la posición minoritaria del vocal Wayar en la cau-

⁴³ Alberto J. BUERES y Jorge A. MAYO, ver cita 38.

⁴⁴ Carlos A. REYNA, “Comentario a los arts. 1114/1116”, en *Código Civil*, dirigido por Alberto Bueres y coordinado por Elena Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pág. 634.

⁴⁵ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pág. 660.

sa “Andrade, Lisandro D. y otra c/ Artaza, José H.”, del 1 de marzo de 1984:

“El fundamento de la responsabilidad paterna por los daños ocasionados por los hijos menores, no se encuentra en la culpa sino en un factor objetivo de atribución; tal factor objetivo estaría dado, ya por el riesgo creado, ya por la necesidad económica de encontrar un responsable solvente frente a la víctima del daño”⁴⁶.

Si se pretendiera vincular la patria potestad al “riesgo beneficio”, desde la perspectiva actual la institución puede ser considerada más una carga que un beneficio, sólo conservaría la satisfacción moral de ser padre⁴⁷. Los detractores del fundamento riesgo interrogan si ¿acaso en cada conducta humana no hay un riesgo?, si bien se admite que muy frecuentemente el menor es proclive a causar daños imprevisibles e inevitables, precisamente por estas características no es posible, las más de las veces, adoptar diligencias que los puedan evitar; resultaría entonces injusto pretender que en estas situaciones la víctima pueda obtener una reparación que en muchas otras circunstancias no puede obtener. Otro sector acepta el riesgo que significa la actuación de los menores, pero entiende que “*se trataría más bien de un riesgo a cargo de la comunidad*”⁴⁸.

En doctrina nacional una de las primeras voces que propuso este fundamento fue Mosset Iturraspe, quien afirma que “*el actuar del menor, libre, descontrolado, tal como en realidad es, habida cuenta de su inmadurez, de su carácter en formación, de su personalidad en crisis, es un riesgo grande de dañosidad. Y de ese riesgo deben responder los padres, los*

⁴⁶Del voto del Dr. Wayar, ST Jujuy, Sala I, 1/3/84, “Andrade, Lisandro D. y otra c/Artaza, José H.”, E.D., 108-670.

⁴⁷Esther GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, Montecorvo, 1992, págs. 57-58.

⁴⁸Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1987, pág. 114 y ss.

autores de sus días, los que le dieron el ser y lo trajeron al mundo. Y esta responsabilidad debe ser inexcusable"⁴⁹.

También participan de esta idea Alberto J. Bueres y Jorge A. Mayo, quienes entienden que el riesgo creado es un estándar muy rico que debe ser manipulado de modo inteligente por los jueces ante los requerimientos de la comunidad. Aclaran que no puede pensarse en este supuesto en el riesgo provecho, ni tampoco que engendrar un hijo sea una cosa riesgosa per se; pero sí que los padres por tener que soportar las cargas que emanan de la patria potestad tienen que tolerar las consecuencias disvaliosas que generan los daños causados por los hijos, sin que la víctima tenga que interesarse por lo que ocurre en el seno familiar⁵⁰. En definitiva, los autores postulan como fundamento el riesgo, o a lo más la garantía que se imbuya del riesgo creado; siempre a su criterio es de aplicación un factor objetivo.

Ante este argumento se alzan voces en contrario en doctrina nacional y extranjera⁵¹. Por ejemplo Marcelo López Mesa encuentra inaplicable esta tesis, por varias razones, la primera, porque *"sería considerar objetos inanimados a los menores, la segunda por llevar a un materialismo inconcebible la tesis del riesgo al considerar al efecto beneficios afectivos, como si fueran económicos; la tercera porque implica una desnaturalización de la tesis del riesgo"*⁵². En realidad el au-

⁴⁹Jorge MOSSET ITURRASPE, "La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia" en L.L., 1979-B-522 y 523.

⁵⁰Alberto J. BUERES y Jorge A. MAYO, "La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (Algunos aspectos esenciales)", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 12, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, pág. 299 y ss.

⁵¹Marcelo LÓPEZ MESA, en Félix A. TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III, pág. 150; Rubén COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de Obligaciones*, pág. 663; Boris STARCK, "Domaine e fondament de la responsabilité sans faute", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 1958, pág. 489; Silvia DÍAZ DE ALABART, Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad.

⁵²Marcelo LÓPEZ MESA, en Félix A. TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III, págs. 138-139.

tor no coincide con ninguna idea objetivista, ya que a su entender el único fundamento plausible para la responsabilidad de los padres en derecho argentino debe sustentarse en alguna fundamentación subjetivista, culpa en la educación del hijo, directamente en la patria potestad y en las obligaciones que engendra, pero no en fundamentos objetivos.

VII. NUESTRA POSICIÓN

1. Hipótesis de este trabajo

El art. 264 del Código Civil que definía a la patria potestad como el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres en las personas y bienes de sus hijos fue modificado por la ley 10.903 que incorporó la expresión “y obligaciones”. La ley 23.264, reformuló esa redacción, y en la actualidad la norma expresa: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral...”. La alteración que se produce en la ubicación de los términos, en *primer lugar los deberes y luego los derechos*, indica el sentir del legislador que recepta los cambios que se operaron en la comunidad sobre la finalidad de la institución. Prevalece la idea de la formación, el amparo, el cuidado por encima del poder. Hay una verdadera preocupación por respetar la persona del hijo menor e imponer a los padres un ejercicio regular de su autoridad.

El art. 278 mantiene la facultad de los padres de corregir la conducta de sus hijos menores, pero este poder debe ejercerse moderadamente; se establece de manera expresa que deben quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o síquicamente a los menores.

Es clara la posición del legislador frente a la actitud que se espera de los padres. Resulta congruente con la concepción actual sobre educación, que implica formar, indicar e inculcar valores, pautas de actuación, pero que de ninguna manera permite coartar la independencia y autonomía que toda persona necesita.

La doctrina nacional expresa que los derechos o poderes que a los padres confiere la ley, deben guardar relación con los intereses de los hijos, en cuanto atañe a su protección y formación integral ¹, y que el ejercicio de la patria potestad exige el cumplimiento de una serie de obligaciones que han de expresarse adecuadamente por quien la tiene y con la idea puesta en el interés del hijo ².

En este sentido ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el principal objetivo de la reforma legislativa instituida por la ley 23.264 fue el de proveer a una mayor y más sincera protección de los hijos ³.

En consonancia con el cambio legislativo que se introduce en el ejercicio de la patria potestad, arts. 264 y siguientes del Código Civil, se modifica lo atinente a la responsabilidad paterna, adecuándola al nuevo sistema de ejercicio de la patria potestad. Expresa el art. 1114: “El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviese al cuidado del otro progenitor”.

Pero esto, según lo entiende la doctrina y jurisprudencia nacional, no implica modificar el fundamento de esta responsabilidad. La ley 23.264 no reforma los arts. 1115 y 1116 del Código Civil, que completan el sistema de la responsabilidad de los padres, por tanto subsisten las causales de exoneración de la misma. El art. 1116 al disponer el cese de la responsabilidad paterna si “probaren que les ha sido imposible impedirlos” tiene presente un eximente acorde a una atribución subjetiva de responsabilidad.

¹ Gustavo A. BOSSERT - Eduardo A. ZANNONI, *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pág. 260.

² Nora LLOVERAS, *Patria potestad y filiación. Ley 223.264*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 148 y ss.

³ Corte Suprema Nacional, J.A., 1988-IV-529.

Las dificultades a las que se hizo mención al realizar el tratamiento de los argumentos de corte subjetivo, siguen vigentes hoy para los magistrados a la hora de resolver sobre la reparación de los daños causados por hijos menores. Esto hace que generalmente los jueces opinen que: “*La eximente de responsabilidad del art. 1116 del código civil, como excepción al principio general del art. 1114, debe ser interpretada restrictivamente*”⁴, con lo que en los hechos esta responsabilidad se vuelve prácticamente inexcusable.

2. Fundamentación de la hipótesis

2.1. Fundamento en la garantía

Adelanto mi opinión en el sentido de que la norma que establece la responsabilidad civil de los padres, debiera cumplir una función de garantía frente a los terceros expuestos a los perjuicios que el actuar irreflexivo del menor pudiese causar.

Hasta el momento esta concepción es aceptada por importantes referentes de la doctrina nacional, pero también presenta oposiciones en la comunidad jurídica. La resistencia a abandonar la culpa parece revelar la idea de que si se prescinde de ella se despoja al derecho del interés por el comportamiento razonable, con la posibilidad de caer en el *desinterés* del modo de actuar. Mientras que, quienes invocan la necesidad de dar respuesta al incremento de los daños admitiendo argumentos de carácter objetivo demostrarían preocupación por un derecho a la vez justo y eficaz. Quizás, si bien no es sencillo lograrlo, lo conveniente sería idear un sistema de responsabilidad civil que incluya la garantía, el riesgo, sin excluir la culpa.

⁴ CNCiv., Sala F, agosto 26-991, “Hilda González de Guarisci y otro con Fabián A. CARTO y otros”, L.L., 1992-E-396.

En cuanto a la responsabilidad especial de la que trata este trabajo, comparto la reflexión de Jorge Mosset Iturraspe: “...la cuestión acerca de si la responsabilidad de los padres se mantiene o cesa, no es un tema dogmático o regido por criterios científicos rígidos, sino un tema gobernado por pautas de política legislativa, de conveniencia social, de bienestar general o de bien común; justicia y equidad en las relaciones”⁵.

La culpa encuentra el límite normal en la exigible conducta humana, en la libertad, mientras que la garantía se mueve en el plano de la necesidad: al menos, la que se crea al dañado por un hecho injusto de restaurar un interés preexistente, lo que justifica de por sí el efecto indemnizatorio.

Mientras no se dé el paso legislativo necesario, para incorporar con claridad el fundamento objetivo en algunas situaciones que la realidad indica como conveniente, se seguirá tratando a nivel de argumentos de “*estirar, expandir, reinterpretar*”, la responsabilidad por culpa y la objetivación de la responsabilidad *a través* de la culpa acaba de hacerse *a costa* de esta.

Tal vez estas interpretaciones, muchas veces forzadas, estén motivadas por cuestiones de conveniencia social que imponen la rigurosa aplicación del principio *neminem laedere*, como puede ser la necesidad de garantizar la reparación de daños generados por conductas imprevisibles, actos impulsivos, audaces, propios de las conductas infantiles o adolescentes, que desencadenen o justifiquen la aplicación del principio. En opinión personal encuentro preferible fundar la responsabilidad parental en una razón autónoma generadora de indemnización, que forzar una interpretación de la responsabilidad por culpa.

El principio de no dañar a otro que alcanza a todos los integrantes de la sociedad, en el caso de los padres debe in-

⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE, “Daños causados por menores de más de 10 años”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2002-2: Menor dañino y menor dañado, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 150.

terpretarse con mayor rigurosidad, otorgándole un contenido más gravoso, ya que la conducta de los hijos menores por sus características de impulsividad, impredecibilidad, o falta de autocontrol, es creadora de riesgos, no sólo para él mismo sino también para los terceros, por lo tanto los obligados a satisfacer las exigencias de la patria potestad están alcanzados por un deber impuesto por la ley que constituye un plus adicional al cumplimiento de su misión fundamental (arts. 264 y ss.). El no cumplimiento de ese deber genera para los padres la consiguiente obligación de reparar los daños que se deriven de tal incumplimiento. Si bien no podría técnicamente denominarse “obligación de seguridad a cargo de los padres”, sí podría entenderse que el deber de no dañar a otro en este caso particular se corresponde con el contenido de aquella.

Adhiero en el punto a la línea sentada por José Tobías y Federico De Lorenzo, en la ponencia presentada a la comisión de Obligación de Seguridad en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín del 27/10/94 donde sostienen que: *“En una especial configuración del principio del neminen laedere en el ámbito del comportamiento omisivo, permite que en determinadas circunstancias, medie entre dos sujetos -no vinculados contractualmente- una obligación de seguridad que impone a uno de ellos, un comportamiento activo tendiente a evitar o prevenir el perjuicio del otro”*.

La seguridad que trasunta el actuar recto, con respeto al prójimo conforme a la buena fe, lealtad, es uno pilares sobre los que se asienta una sociedad. La época actual, lamentablemente, se caracteriza por una relajación en las costumbres y las conductas que conllevan al resquebrajamiento de esos cimientos, por ello es que se exhorta a exigir “la garantía de desempeño” en las instituciones. Esta preocupación por respetar los valores esenciales se ve reflejada en el pronunciamiento que por mayoría efectuara la Comisión N° 2, en el marco de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, al tratar el tema de la “Obligación de seguridad” al afirmar: “La seguridad conforma un principio general del derecho que

protege todas las relaciones jurídicas”⁶. En esta orientación encontramos fallos de la Corte Suprema, así por ejemplo el voto de uno de los ministros Dr. Ricardo L. Lorenzetti⁷, cuando refiriéndose al art. 42 de la Constitución Nacional expresa: “La incorporación del vocablo ‘seguridad’ es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos”⁸. Estas pautas imponen un comportamiento que proteja las expectativas que razonablemente se crean en los demás, tal como se desprende de la citada norma constitucional.

Si trasladamos estas reflexiones al ámbito particular que ahora nos ocupa, quien forma una familia o procrea un hijo asume responsabilidad para con el hijo y ante la sociedad. Para con los descendientes, las obligaciones de alimentación, cuidado, y educación necesarios hasta que se alcance la edad suficiente para bastarse de modo independiente, que nuestro Código Civil fija en 18 años; y ante la sociedad de un *ac-*

⁶ XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, septiembre de 2005), Comisión N° 2. Al tratar la obligación de seguridad y debatirse el ámbito de su aplicación, el despacho en minoría sostuvo: “b) La obligación de seguridad se extiende igualmente al ámbito extracontractual, con fundamento en el deber general de no dañar a otro”.

⁷ C.S., “Ferreira, Víctor D. y Ferreira, Ramón v. V.I.C.O.C. S.A. s/ daños y perjuicios”, 21 de marzo de 2006, www.lexisnexis.com.ar, abril de 2006.

⁸ Si bien los hechos sobre los que se pronuncia el vocal, la responsabilidad del concesionario vial por los daños ocasionados por un animal suelto en la ruta, guardan una distancia sustancial con el tema que nos ocupa en este trabajo, encuentro valiosas y oportunas las consideraciones que se efectúan sobre el fortalecimiento de la seguridad, confianza y cumplimiento de las obligaciones de buena fe que deben imperar en el actuar cotidiano de los ciudadanos. Reafirmando, hago mención a este antecedente judicial por la riqueza y claridad de los argumentos, pese a que reitero, difiere con el objeto de análisis de esta tesis en cuanto a los hechos y en cuanto la naturaleza del vínculo sobre los que se expide el Ministro, Dr. R. Lorenzetti, órbita contractual, protección al consumidor.

tuar correcto, un buen desempeño de los miembros de esa familia. Hasta que todos y cada uno de los miembros de ese núcleo alcancen su plena autonomía individual les cabe a los padres garantizar el comportamiento adecuado y respetuoso de esos individuos hacia la comunidad. Es obligación de los padres cuidar y educar a sus hijos, por tanto son ellos quienes deben arrogarse el estricto cumplimiento de esas imposiciones, y en caso de incumplimiento o mal cumplimiento, asumir las consecuencias negativas que esto acarrea y, por ende, garantizar el resarcimiento de los daños que deriven del actuar espontáneo e irreflexivo propio de los menores.

También puede hacerse referencia aquí a la confianza, un valor que forma parte del ámbito contractual, pero que entiendo merece consideración en este caso ya que el resto de los miembros de la sociedad necesita confiar en que los demás actúan conforme lo que la ley dispone, es una base esencial en la convivencia humana. Los demás no pueden conocer cómo los padres vigilan y educan a sus hijos, ni aun cuando existiera entre ellos y quien fue víctima algún tipo de vínculo de tipo social o de amistad sería factible conocer cuáles son las medidas de control, valores o pautas de formación que se inculcan; menos aún cuando no existe vinculación alguna previa. Evidentemente las medidas de precaución se imponen siempre en el actuar humano, pero máxime para quien asume la decisión de la paternidad. Se los responsabiliza *“no meramente como padres, sino por lo que hicieron o, mejor aún, no hicieron frente a los deberes nacidos de la patria potestad o del ejercicio de la misma”*⁹.

Se dice que la mayor parte de los casos de responsabilidad por hechos ajenos son pecados de omisión. El problema

⁹ Jorge MOSSET ITURRASPE, ob. cit. en cita 5, pág. 128. Ya nos pronunciamos en este sentido en ponencia a la Comisión N° 1 de las Jornadas de Derecho Civil en Familia y Sucesiones en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, realizadas en la ciudad de Santa Fe, 1990. El referido trabajo fue realizado en conjunto con las profesoras María Emilia Lloveras, Nora Lloveras y María del Carmen Cerutti.

es si, técnicamente hablando, cabe referirse en estos supuestos a responsabilidad por omisión de un deber de vigilancia de la actividad ajena o si es preferible hablar de causación de daños por quienes actúan dentro de nuestra esfera de influencia y en base a ello atribuir responsabilidad. La dificultad para distinguir entre culpabilidad y factor objetivo, es una cuestión claramente normativa: deberá responder quien mejor pueda evitar el daño.

2.2. Posibilidad de un fundamento mixto

Podría considerarse que esta responsabilidad reposa en un sistema mixto de atribución, que no es ni subjetivo ni objetivo puro. Los progenitores deben cumplir por una parte, con los deberes legales propios de la paternidad para beneficio de sus hijos y por el otro en bien de la sociedad, con el respeto al prójimo que legalmente se reconoce como el principio de “no dañar a otro”. Detrás del acto perjudicial hay conductas sujetas a los deberes que la patria potestad impone, tal la obligación de vigilar y educar al hijo menor cuya observancia los padres pueden haber descuidado; pero por sobre la posibilidad de revisar si esas imposiciones legales se han cumplido de modo diligente o no, *prepondera la garantía que los progenitores* deben dar a la sociedad de un adecuado comportamiento de los niños y adolescentes que están bajo su autoridad y de no ser así, *garantizar el pago de los daños ocasionados*.

El niño de corta edad presenta comportamientos imprevisibles, conductas impredecibles, sin conciencia del peligro para propios y extraños, y si bien es posible y necesario vigilar al menor, en muchas situaciones, ni aun extremando los cuidados normales de vigilancia se logra evitar que el menor sufra o cause daños. No se trata de considerar al niño cual si fuese una cosa riesgosa, sino que es una persona que dado su razonamiento inmaduro, su proceder carece de conciencia reflexiva

para poner diques de autocontención, efectuar valoraciones por sí sobre lo bueno o lo malo de un acto y sus repercusiones. Hay una dependencia natural y evidente de los padres que justifica que éstos sean responsables, admitiéndose su eximición sólo cuando acrediten ruptura del nexo causal.

Si consideramos la situación de los padres con relación a los hijos que han alcanzado la edad de la imputabilidad, la conducta de éstos conserva rasgos de impulsividad, irreflexión, a veces falta de conciencia clara de peligro ya que es propia de la adolescencia la idea de invulnerabilidad. A ello podemos agregar las características de la sociedad contemporánea, con progresos en tecnología e información, pero con graves carencias socio-culturales, que presenta grandes desequilibrios en la condición educativa y económica de sus integrantes que coadyuvan a tornarla riesgosa y violenta. Una franja de hogares presenta altos niveles de confort, que los ubican en la llamada “sociedad de consumo”, ello permite que los jóvenes, aun a bajas edades, tengan acceso a manejo de elementos riesgosos, por ejemplo ciclomotores, automóviles, los que no siempre son controlados en su uso, ya que los progenitores están ausentes durante largas horas del hogar requeridos por ocupaciones laborales que les permitan mantener el potencial adquisitivo. Y en el otro extremo, hogares excluidos de la posibilidad de brindar a sus hijos educación, contención, por falta de trabajo, medios económicos y estímulos de superación, lo que genera resentimiento y rencor en los integrantes, que crecen con carencia de principios y valores firmes que operen como freno para la ejecución de actos perjudiciales para otros o para sí. A todo ello debemos sumar la presencia cada vez más extendida, en todos los niveles adquisitivos, del consumo de alcohol y estupefacientes, lo que incrementa las posibilidades de desarrollar conductas dañosas por parte de los menores.

Son las características descritas las que evaluó al proponer que los padres sean garantes de la obligación de reparar los daños.

2.3. *Semejanza con la responsabilidad del principal por el dependiente*

Al tratar la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en nuestro país admiten que por razones prácticas y de justicia, la ley constituye al principal en garante ante la víctima de la culpa de sus subordinados en el ejercicio de sus funciones. Cuando un dependiente causa un daño, el ordenamiento extiende la responsabilidad al principal con el fin de encontrar un responsable solvente. El legislador parte de lo que normalmente ocurre, que los dependientes no tienen bienes suficientes para cubrir los daños que ocasionan ¹⁰.

Entiendo que tal razonamiento, sin perder de vista las particulares características de la relación paterno-filial, puede ser apropiado para la responsabilidad de los padres. Refiriéndose a la aplicación del art. 1113 C.C., Alfredo Orgaz, expresa: *«aunque este artículo suele invocarse con particular referencia a la dependencia o subordinación económica -como su hipótesis más importante- contiene sin embargo, un principio general ampliamente comprensivo de todas las relaciones en las que hay, de una parte autoridad y deber de vigilancia, de la otra subordinación y obediencia. Los artículos siguientes son desarrollos particulares de este principio...»* ¹¹. Precisamente la norma siguiente regula la responsabilidad paterna.

Cabe preguntarse si se da entre padres e hijos el vínculo de dependencia o subordinación que debe existir entre el principal-responsable y el dependiente-autor del acto dañoso para que se configure responsabilidad, o dicho de otro modo: ¿existe la posibilidad de determinar una relación de dependencia o subordinación entre padres e hijos? Creo que sí, es indudable que existe subordinación que deriva del vínculo establecido

¹⁰ Alfredo ORGAZ, *La culpa*, Córdoba, Lerner, 1981, pág. 169; Jorge MOSSET ITURRASPE y otros, *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, pág. 193.

¹¹ Alfredo ORGAZ, ob. cit., nota 1, pág. 171.

directamente por la ley. Como expresa Ferrer Riba: *“La relación entre los padres y sus hijos sujetos a potestad es una relación entre partes desiguales, no formada consensualmente, caracterizada por la dependencia de los segundos respecto de los primeros”*¹². Claro está, que no tendrá el propósito o finalidad del vínculo económico contractual o de carácter voluntario que tiende a reportar utilidad en sentido material, pero sí el de satisfacer un interés espiritual, afectivo.

Las normas relativas a la patria potestad, arts. 265 y 266 del C.C., establecen expresamente que los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres; que los hijos deben respeto y obediencia a aquellos. Sabido es que en la actualidad el modo en que se ejercen estos deberes ha variado, ya que ha cambiado el criterio sobre cómo se establece la relación padre-hijo, pero esto no significa que desaparezcan los deberes paternos y sus consecuentes derechos. Ni mucho menos que ello pudiere incidir en un eventual descuido o menosprecio de la situación de quienes pudieren resultar afectados por los hechos dañosos. Parece más justo que sean los progenitores y no la víctima quienes carguen con las consecuencias de una actuación perjudicial del menor, ya que éste se encuentra bajo la dependencia de aquellos.

Matilde Zavala de González, refiriéndose a la responsabilidad por daños causados por dependientes expresa que: *“la garantía no es la justificación de una consecuencia jurídica, sino la consecuencia jurídica misma: decir que el principal es garante es tanto como decir que es responsable. Responsabilidad y garantía resultan nociones equivalentes, con ambas se alude a un deber impuesto por la ley de reparar un daño. La garantía implica la obligación o exigencia de asegurar algo, en este caso, que si un dependiente causa un daño injusto, su principal tendrá que resarcir al damnificado”*¹³.

¹² Josep FERRER RIBA, “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, InDret, abril de 2001, www.indret.com.

¹³ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pág. 72 y ss. Cabe aclarar que la

Pienso que todos los argumentos precedentes justifican la aplicación de idénticos criterios a la responsabilidad paterna, ya que la dependencia no siempre debe ser entendida en el sentido de dependencia económica pues “*no es menester que el principal tenga un interés económico en la función, sino que basta que ésta le reporte alguna comodidad o utilidad de cualquier clase, inclusive espiritual o no valuable pecuniariamente...*”¹⁴. En consecuencia, con la comprensión que se expuso de modo precedente, los progenitores son garantes del actuar de sus hijos menores¹⁵.

De lo contrario, al insistir en la necesidad de acreditar una culpa paterna que justifique su responsabilidad, se seguirá debatiendo sobre la validez de los sistemas educativos ya que el solo acaecer dañoso indicaría su falla, o se finge creer en la posibilidad de encontrar siempre personas idóneas a las cuales confiar el menor durante los horarios de trabajo, que es a lo que está obligado a aferrarse el padre para justificar la falta de vigilancia debida en su ausencia. Es seguir intentando apegarse a un fundamento culpabilístico más aparente que real; lo que demuestra, en definitiva, la dilación en el modo de apreciar la evolución de las relaciones familiares y de las funciones de la responsabilidad civil en la sociedad moderna.

La decadencia del principio autoritario en las relaciones entre padres e hijos, el derecho de estos últimos a verse respetados en su elección y sus inclinaciones, la diferente actua-

autora sostiene que la garantía indica el “funcionamiento”, pero no el “fundamento” de la obligación del principal.

¹⁴ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*, Hammurabi, 1991, pág. 72 y ss.

¹⁵ En expresión de Jorge MOSSET ITURRASPE, sería seguir el proceso que realizó la jurisprudencia con relación a la responsabilidad del dependiente, que respecto de los comitentes aludía a “*culpa en la vigilancia o en la elección*”, de una presunción de culpa que admitía eximirse pasó a una atribución de responsabilidad que atiende a factores objetivos, en “Daños causados por mayores de más de 10 años”, en *Revista de Derecho de daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 174.

ción de la mujer, a menudo llamada a desarrollar una actividad extradoméstica, imponen una profunda reflexión sobre la adecuación de los artículos 1114, 1115 y 1116 del Código Civil y de una orientación jurisprudencial que no cumple el necesario enlace entre la norma sobre la responsabilidad de los padres y el nuevo régimen de las relaciones familiares.

En expresión de Luis Moisset de Espanés *“El derecho está dirigido a brindar marco a una realidad social determinada - no puede permanecer ajeno a la evolución de ideas y formas de vida que, al transformar la realidad transforman también las necesidades del grupo, haciendo imperiosa la adopción de nuevas normas, o la adaptación de las existentes, con miras a la satisfacción de los requerimientos concretos del grupo”*¹⁶.

2.4. Influencia de los principios del derecho

Considero que sustentar esta responsabilidad en un fundamento objetivo es acompañar el proceso evolutivo del derecho de daños. En la actualidad se sostiene que la obligación de reparar, tiene base constitucional y ante esta afirmación la jurista mendocina Aída Kemelmajer se pregunta cuál es esa base y encuentra varios fundamentos, entre ellos:

“a) La reparación de los perjuicios implica una prolongación de la seguridad jurídica, valor ínsito en el ordenamiento fundamental del Estado.

b) El derecho a la reparación es la lógica consecuencia de la violación de un derecho; si éste está consagrado en la Constitución, también lo está el derecho a su reparación.

¹⁶ LUIS MOISSET DE ESPANÉS, “Cambio social y cambio legislativo”, en *Codificación civil y derecho comparado*, Buenos Aires, Zavalía, 1994, pág. 19.

c) *Se trata, en definitiva de un desprendimiento conceptual del derecho de propiedad y del valor justicia* ¹⁷.

d) *En Argentina, antes de la reforma constitucional, el deber de no dañar se derivaba del art. 19; ahora se desprende de la consagración de los derechos humanos, desde que la segunda regla de Ulpiano (alterum non laedere), constituye el fundamento básico de los llamados derechos humanos. En tal sentido, el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporado a la C.N., ordena la reparación de los daños que pudiesen producirse a cualesquiera de los derechos contenidos en el pacto, a través de una indemnización ejecutable en sede interna; su art. 5, especialmente, dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.*

Estas reflexiones permiten afirmar que en nuestro sistema hay *principios y valores fundamentales, de rango constitucional o propios del derecho privado* que suministran reglas básicas para razonar, orientarse y resolver sobre los daños y las maneras de prevenirlos y repararlos, entre esos principios rectores se encuentra el universal de “no dañar a nadie”. No obstante estar enunciados en la Constitución nacional, no tienen por destinatario exclusivo al Estado sino que son “*multidireccionales*”; están dirigidos al Estado y también a particulares determinados, no cabe, en principio, excluir la aplicación de la Constitución a las relaciones entre particulares. En expresión de Julio César Rivera: “*En cada institución particular del derecho civil, se puede dar entrada al espíritu y los valores de la Constitución, a través de la interpretación y dentro del respeto de sus reglas técnicas. Es por ello que la doctrina más autorizada en la materia invita permanentemente a una relectura del derecho privado a la luz de la Constitución, teniendo en consideración la inserción del derecho privado en ese plan político que la Constitución define y del cual resultan los derechos y garantías que la Constitución re-*

¹⁷ Oscar Raúl PUCCINELLI, “¿Derecho constitucional a la reparación?”, E.D., 167-970.

conoce de manera explícita o aun implícita (art. 33)"¹⁸. Por ello, si la Constitución proclama, sanciona y protege un derecho subjetivo civil llevándolo a la categoría de constitucional se aplicará no sólo frente al Estado, sino también en las relaciones entre particulares.

Encuentro justificado adoptar criterios rigurosos para apreciar el desempeño de los padres. La suya es una función esencial en la formación y desarrollo de la sociedad, por tanto cabe desde el ámbito legal imponer las mayores exigencias a quienes asumen la tarea primaria de formar personas de bien. La cultura de la transgresión, el desdibujarse de las figuras adultas, referentes indispensables de los niños y jóvenes, no pueden tener aceptación en el terreno jurídico.

Claro está que la existencia y extensión del deber de reparar en estos supuestos, como en todos está regido por el régimen de causalidad adecuada (arts. 901 a 906 del Código Civil), los progenitores sólo asumirán las consecuencias normales y ordinarias previsibles, eximiéndose de aquellas inevitables o no previsibles.

Por los argumentos expuestos, es que expreso que quizás resultara pertinente y ventajosa la integración de los factores de atribución, fruto del combinado que se produce, entre los especiales poderes y deberes inherentes a la patria potestad, y el riesgo inherente al actuar de un niño o adolescente; es lo que podría llamarse un *mixtum compositum*. Se trata de una propuesta que concilia el fundamento radical y profundo de la responsabilidad, con las exigencias de la vida moderna.

¹⁸ Julio César RIVERA, "El derecho privado constitucional", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

2.5. Modos de reparación del perjuicio

2.5.1. Seguro de responsabilidad civil

Ante una responsabilidad tan rigurosa algunos autores proponen la contratación de un seguro. Esto debe ser analizado desde dos aspectos básicos. El primero socio-económico, que también podría pensarse como coyuntural, y otro cómo podría repercutir esta cobertura en la actitud paterna.

En el contexto socio-económico que presenta nuestro país, padres desocupados, bajos salarios, trabajo precario, esta propuesta aparece como poco realista. Creo que no podría quizás imponerse de modo obligatorio, pero no debiera descartarse para aquellos sectores que tengan capacidad adquisitiva para hacerlo. La prima variaría de acuerdo a la edad, a las características de la vida familiar, a las actividades que desarrolla el menor, etc. Siempre sería una mayor protección para aquellos que pudieran resultar perjudicados; por otra parte, esta es la solución que se ha impuesto para los establecimientos educativos, art. 1117 del C.C., ley 24.830.

En cuanto a la idea de que si los padres supieran que la reparación de los daños está cubierta, se desentenderían más fácilmente de sus deberes, considero que no forzosamente deba ser así. Quien es responsable cuidará, educará a su hijo, le incorporará valores, y además se preocupará por no poner en riesgo el patrimonio familiar por un hecho que a veces no está a su alcance evitar ¹⁹.

Uno de los mayores desafíos del derecho de daños es procurar que la atribución de responsabilidad no quede en una mera declaración, en algunos casos casi como una burla a las

¹⁹ A modo de comparación, quienes contratan un seguro automotor no conducen de modo imprudente por tener cobertura, ni dejan el vehículo sin llaves o en cualquier parte, pensando que los riesgos están asegurados. Por otra parte, las compañías aseguradoras analizan exhaustivamente la conducta del titular del seguro antes de responder por los daños.

víctimas, sino que hay que considerar las mayores posibilidades de reparación.

2.5.2. Otros modos de reparación

Siempre quedará un margen en que no resulte posible lograr el resarcimiento pecuniario, pero para estas situaciones pueden establecerse otras formas de reparación, trabajo comunitario, colaboración con tareas solidarias, etc., a cargo del autor como lo prevé en Brasil el Estatuto de la Niñez y Adolescencia, ley 8069 de 13/9/1990, o en España la ley 17/2005 sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, o en su defecto podrá el representante desempeñarlas en lugar de aquél.

En nuestro país hay antecedentes de decisiones judiciales más drásticas, que en un intento por lograr modificaciones en las conductas paternas llevaron hace unos años atrás a aplicar a una mujer y un hombre, jefes de familias humildes de Nogoyá, diez días de arresto a cada uno en la jefatura policial de esa ciudad como consecuencia de reiterados delitos contra la propiedad cometidos por sus hijos menores de edad. La sanción les fue aplicada por el juez en función del entonces vigente, artículo 18 de la ley del Patronato de Menores, que preveía multas de hasta 10.000 pesos o un mes de arresto -como máximo- para los padres, tutores o guardadores de menores en conflicto con la ley, cuando esos mayores “aparezcan culpables de negligencia grave o continuada con respecto a los menores a su cargo, y que no importen delitos del derecho penal”.

Las modalidades de ejecución de la medida resultaban apropiadas para que a su vez se pudieran cumplir las naturales obligaciones paternas. En el caso de la mujer, durante el arresto salía cuatro horas durante el día para atender a su familia, y volvía a la jefatura para comer y dormir en una habitación individual con comodidades elementales. Según informaron las autoridades policiales se comportó correctamente y cumplió con los horarios estipulados para el regreso. En el del hombre, el condenado era un joven jornalero casado,

durante el día salía a trabajar y retornaba a las 19 para cumplir con la pena de encierro.

Evidentemente se trata de medidas extremas, que pueden resultar fructíferas como modo de llamar a la reflexión a los padres, sobre todo en localidades pequeñas, donde es posible el control personalizado ²⁰.

El motivo que alienta a efectuar estas proposiciones son razones de interés social: reforzar los fines preventivos y de la protección de la víctima, propios del actual derecho de daños.

Conclusiones

- La responsabilidad civil de los padres, cumple una función de garantía frente a los terceros expuestos a los perjuicios que el actuar irreflexivo del menor pudiere causar.

- Es obligación de los padres cuidar y educar a sus hijos, por tanto son ellos quienes deben asumir el estricto cumplimiento de esas imposiciones, y en caso de incumplimiento o mal cumplimiento, asumir frente a la sociedad las consecuencias disvaliosas que esto acarrea y, por ende, garantizar el resarcimiento de los daños que deriven del actuar espontáneo e irreflexivo propio de los menores.

²⁰ En aquella oportunidad, el fiscal general ante el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, dijo que la Justicia tiene decenas de antecedentes de mediación fructífera para lograr que los padres de menores que delinquen atiendan mejor a sus hijos, y que son contados los casos que llegan al arresto; opinó que si la advertencia del juez logra llamar a la reflexión debe ser bienvenida y que en algunos casos apelar a recursos como éste puede dar resultados positivos. No obstante, advirtió sobre la necesidad de estudiar y resolver previamente las situaciones de pobreza y marginación. Asimismo, el magistrado expresó: *“Parte de la sociedad se ha salido de las estructuras familiares fuertes, pero no ha reemplazado ese sistema de tipo matrimonial por otro alternativo”*. Eso, en su opinión, dificulta el cuidado de los hijos. Diario La Nación, 27/10/04.

- Podría considerarse que esta responsabilidad reposa en un sistema mixto de atribución, que no es ni subjetivo ni objetivo puro, sino que es un deber legal propio de la responsabilidad que tiene el progenitor con sus hijos y la sociedad, el respeto al prójimo, que legalmente se reconoce como el principio de “no dañar a otro”. Detrás del acto perjudicial hay conductas paternas sujetas a los deberes que la patria potestad impone, tal la obligación de vigilar y educar al hijo menor cuya observancia los padres pueden haber descuidado; pero por sobre la posibilidad de revisar si esas imposiciones legales se han cumplido de modo diligente o no, *prepondera la garantía que los progenitores* deben dar a la sociedad de un adecuado comportamiento de los niños y adolescentes y de no ser así, *garantizar el pago de los daños ocasionados*.

- En nuestro sistema legal hay principios y valores fundamentales, de rango constitucional o propios del derecho privado que suministran reglas básicas para razonar, orientarse y resolver sobre los daños y las maneras de prevenirlos y repararlos, entre esos principios rectores se encuentra el universal de “no dañar a nadie”. No obstante estar enunciados en la Constitución Nacional, no tienen por destinatario exclusivo al Estado sino que son “*multidireccionales*”; están dirigidos al Estado y también a particulares determinados, no cabe, en principio, excluir la aplicación de la Constitución a las relaciones entre particulares.

VIII. ANÁLISIS DEL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO EN FUNCIÓN DEL CRITERIO SUSTENTADO. PRESUPUESTOS

1. Personas responsables

1.1. *Patria potestad. Concepto*

El artículo 1114 del C.C., adecuándose al régimen de la patria potestad compartida que instauró la ley 23.264, dispone la corresponsabilidad de ambos progenitores: “El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos...”.

Esta responsabilidad comprende a todos los vínculos de filiación: de sangre (matrimonial o extramatrimonial) o adoptiva.

Abordaré sucintamente, sin intención de adentrarme en aspectos que exceden al propósito de este trabajo, el significado que cabe otorgársele a la patria potestad en este momento histórico, ya que ello permite derivar qué es lo que el legislador exige y espera de los padres para con sus hijos y los terceros. La doctrina coincide en señalar que el derecho moderno la caracteriza ya no por la rígida autoridad paterna, sino como una “*institución del derecho de familia encaminada más bien a la protección del hijo menor, a su educación y preparación para su mejor desenvolvimiento en la vida*”¹.

¹ Augusto César BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, 5ª ed. actualizada, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1991, t. II, pág. 289.

Algunas legislaciones han intentado sustituir la expresión tradicional por otra, así en Alemania se habla de “potestad parental”, “autoridad parental” en Francia, “potestad de los genitores” en Italia, “autoridad de los padres” en Bolivia.

La ley argentina 23.264 usa indistintamente “patria potestad” o “autoridad de los padres”.

En doctrina nacional María Victoria Famá y Marisa Herrera, emplean el término “Responsabilidad parental” tomándolo del derecho francés, para referirse al conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos como sinónimo de lo que tradicionalmente se ha denominado “patria potestad” y, más modernamente, “autoridad parental”.

El cambio terminológico pretendido no es ingenuo. La palabra potestad -y aun el término “autoridad”- se conecta necesariamente, como señala Mauricio Mizrahi, con el *poder* que evoca a la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el concepto de “responsabilidad” es inherente al de *deber* que, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía ². Tal la misión esencial que en la actualidad se entiende como primordial función paterna.

El artículo 264 del C.C. argentino en su primer párrafo dice: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su formación y protección integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”. Del texto surge clara la finalidad de esos deberes-derechos, *protección y formación integral* de los hijos. *Protección* implica amparo, resguardo, cuidado, lo necesario para que el hijo crezca sano física y moralmente, aquí el centro de atención es el propio menor. Por su parte la expresión *formación integral* admite un alcance más amplio;

² Mauricio L. MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pág. 138.

en este caso el destinatario no es sólo la persona del menor sino también el prójimo ya que la preparación que el hijo recibe se traducirá en el comportamiento familiar y social que el menor asuma conforme el círculo de relaciones se vaya ampliando cronológicamente, pues a mayor edad más extenso es el número de vinculaciones interpersonales que se establecen. De allí la doble función social que esta institución cumple, la primera y esencial en interés del menor mismo, pero también, accesoriamente, en interés de terceros. Uno de los principales propósitos de la formación debe ser educar en valores, respeto, confianza, estima por los demás, lo que podría sintetizarse en los preceptos de Ulpiano, máximas de convivencia: vivir honestamente, *no causar daño a otro*.

Es función inherente a la autoridad parental inculcar estos principios, por tanto hasta que el hijo desarrolle discernimiento, madurez propia, insistimos, los padres operarán como garantes de sus actos ante los demás.

La ley 26061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes sancionada en octubre de 2005, impone el cumplimiento de esas obligaciones por igual a ambos padres, art. 7, "Responsabilidad familiar". La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos".

2. Titularidad y ejercicio de la patria potestad

Un aspecto a considerar en el tema es si cabe distinguir entre *titularidad* y *ejercicio* de la patria potestad.

La *titularidad* es la unión de un derecho o de una facultad con el sujeto concreto a quien se atribuye ese derecho o esa facultad. La titularidad de la patria potestad es siempre conjunta mientras los padres no se hallen privados de

la autoridad, convivan o no con los menores (arts. 264 y 306 del C.C.).

El *ejercicio* de la patria potestad, consiste en la actuación de los deberes-derechos de los padres, por lo que ejercer la patria potestad importa el cumplimiento de los deberes y la práctica de las facultades paternas referidas a la persona y a los bienes del hijo.

Coincido con la apreciación que expresa que en situación de regularidad matrimonial, no se advierte distinción tajante ni clara entre ser titular de la patria potestad y ejercer los deberes y derechos de la autoridad de los padres. Cuando ésta corresponde a los dos cónyuges o es compartida por los progenitores podría decirse que la noción de *ejercicio* existe en “estado virtual solamente”, se confunde en el seno de la institución, no aparece delimitada ni diferenciada frente a la patria potestad³. La autoridad parental y la guarda aparecen implicadas una dentro de otra, la segunda como el aspecto tangible de la primera; en esta hipótesis no hay razones para pretender diferenciar los distintos componentes que conforman la patria potestad. En situaciones ordinarias no hay ninguna necesidad de distinguirlos pues son ejercidos globalmente por padre y madre, o por uno de ellos presumiéndose el consentimiento del otro.

Ahora, cuando la unión parental se rompe la situación varía, en los períodos de crisis o de conflicto hay un desmembramiento de la autoridad de los padres y entonces sí hay razones para preguntarse y considerar si cabe diferenciar entre titularidad y ejercicio, qué se entiende por ejercicio, tenencia o guarda. Es en aquel momento cuando en verdad se hace necesario precisar el concepto de guarda; tarea más que ardua ya que el haz de deberes y derechos que constituyen la

³ Entre otros se pronuncian en este sentido: Philippe SIMLER en “La notion de garde de l’enfant” en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, octubre-diciembre 1972, N° 4, pág. 685 y ss.; Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 267; María Emilia LLOVERAS, *Lecciones de derecho civil*, Córdoba, Advocatus, 1990, Cap. VII, pág. 139.

patria potestad resulta extremadamente difícil de “descomponer” en parcelas delimitadas de funciones aisladas o separables; en expresión de Philippe Simler se requiere a veces una “operación de cirugía jurídica”⁴. Los jueces deben intervenir cotidianamente a propósito de la tenencia, guarda, pues en caso de divorcio normalmente se le atribuye a uno de los esposos, y es muy importante saber cuáles serán las atribuciones de quien la ejerza y cuáles son los deberes de ambos titulares de la patria potestad.

D’Antonio lo explica del siguiente modo: *“Entre los derechos-deberes integrantes de la patria potestad encontramos la tenencia, que implica la proximidad física, elemento meramente fáctico que se distingue de la guarda por constituir ésta una actividad de protección impregnada de aspectos esencialmente vinculados con la satisfacción de los deberes de cuidado y vigilancia, abarcando igualmente la asistencia material del menor”*⁵.

En el análisis que sobre el tema realiza Philippe Simler⁶ distingue varios puntos. Afirma que en situaciones de normalidad matrimonial es imposible y además inútil tratar de separar la guarda de la patria potestad, pero ante una hipótesis de crisis del vínculo entre los padres el razonamiento debe diferir. En cuanto al concepto de guarda sostiene que, según una acepción amplia, engloba a la vez la dirección, la educación y la supervisión del menor, pero a su criterio no es ésta una significación adecuada pues al ser tan vasta hace que prácticamente pueda abarcar el contenido íntegro de la autoridad de los padres impidiendo diferenciarla.

En un sentido más estricto, se dice que es el derecho de tener cerca al hijo, técnicamente la posibilidad de fijar la

⁴ Philippe SIMLER, “La notion de garde de l’enfant” en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, octubre-diciembre 1972, N° 4, pág. 685 y ss.

⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE - Daniel H. D’ANTONIO - Norberto J. NOVELLINO, *Responsabilidad civil de los padres, tutores y curadores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 154.

⁶ Ver cita 4.

residencia del menor; pero se pregunta el autor si la misión de quien ejerce la guarda puede quedar reducida sólo a fijar la residencia, para llegar a la conclusión de que sería ésta una idea errónea. No acepta que ese conglomerado complejo y a la vez homogéneo que comprende la patria potestad pueda sintetizarse de ese modo. Complejo ya que tiene muchos componentes, por ejemplo: asegurar la satisfacción de las necesidades materiales de los menores, velar por la salud física y moral; brindar educación escolar, profesional, religiosa y política; supervisar amistades; controlar correspondencia, etc., modalidades de ejercicio variables e infinitas, pero con una finalidad única: permitir que el menor llegue en las mejores condiciones a la edad adulta, por el bien de sí mismo y de la sociedad.

Se pregunta Simler cuáles serán las prerrogativas de uno y otro padre en la situación concreta de que se confíe la guarda a uno pero ambos sigan siendo titulares de la patria potestad. A fin de intentar dar un concepto más preciso de guarda, parte de dos proposiciones. La primera es que la guarda consiste principalmente en mantener al menor cerca de quien la ejerce, fijar su residencia. La segunda es que la educación de un menor parece indisoluble de su presencia en proximidad de quien se ocupa de él.

Estas dos enunciaciones que parecieran llegar a resultados contradictorios, son sin embargo conciliables para el autor. El resultado en lo que concierne al reparto de derechos y obligaciones de la autoridad paterna entre el titular y el ejerciente es el siguiente: los actos "usuales" que exige la educación de un niño, con todo lo que este término implica de por sí, vigilancia, control de conductas y actitudes cotidianas, incumben necesaria y evidentemente al guardador o padre ejerciente. Pero eso no significa realmente que sólo él sea titular y único responsable de esta función esencial de la autoridad parental que es el hecho de formarlos. El guardador no es más que, de alguna manera, una especie de mandatario, legal o judicial, de administrador como buen padre de familia de la educación del menor que se le ha confiado. Esta misión es el corolario indivisible de la guarda. Para las gran-

des decisiones, por ejemplo las que tratan en particular sobre la elección de una orientación escolar o religiosa, es necesario admitir que sólo quienes tienen la patria potestad pueden resolver.

En suma, para Simler el guardador se “ocupa” de la educación del menor: es parte integrante de su función. Pero admite que tampoco podría reconocérsele el derecho exclusivo de guiarlo, formarlo. Este derecho continúa, en principio, reservado para los dos titulares de la patria potestad. Aquél que está “privado” de la presencia física del menor puede ejercer una forma de control, supervisión, en lo que concierne al guardador, mediante un acuerdo amigable entre ambos padres o de presentarse litigios, serán resueltos por el juez.

Pese a que el autor trata de presentarlas como dos situaciones totalmente distintas: una cuando la autoridad paterna se ejerce de modo conjunto por ambos padres y otra cuando hay desmembramiento en el ejercicio, a mi entender no logra determinar diferencias tajantes en cuanto a los deberes de ambos padres en ambas hipótesis. Acepto que no podría transponerse una misma noción de guarda de uno a otro contexto; en el primero como ya se expresó constituiría un esfuerzo inútil porque en ese caso no cumple ningún papel efectivo, y en la última situación hay una redistribución de tareas ⁷.

Frecuentemente tras una sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial ambos cónyuges siguen siendo titulares de la patria potestad y su ejercicio corresponde a uno de ellos, a quien se le asigna la tenencia y custodia de los hijos menores, mientras que se acuerda o concede al otro progenitor un régimen de visita, comunicación, alimentos, etcétera. Con relación a estos deberes-facultades se pronuncia Eduardo Fanzolato: “El derecho de visita del padre o madre que no

⁷ Si se tratara de una guarda de hecho, ésta no confiere jurídicamente ningún derecho a quien la ejerce, el titular de la guarda jurídica no pierde ninguna de las prerrogativas ni de los deberes.

convive con sus hijos menores o incapaces se reconoce al no guardador para allanar el cumplimiento de los deberes de comunicación, vigilancia, control y, en especial, para permitirle ser parte activa en el proceso de formación y enseñanza de su progenie (arts. 264, 2º, 271 y 278). Así se justifica afirmar su índole de derecho-deber desde que la comunicación presencial, o por otros medios, no es pura prerrogativa paterna, que encuentra su raíz en la naturaleza, sino que se trata de una *facultad funcional* pues sirve para simplificar la observancia de los deberes señalados, impuestos en beneficio de la correcta integración de la personalidad del menor que requiere la figura de ambos progenitores (esquema de lo femenino y lo masculino)”⁸.

La atribución del ejercicio y tenencia impacta en la responsabilidad extracontractual que pueda derivar de los daños causados por los hijos menores pues, en principio, conforme el régimen legal vigente es responsable quien tiene el ejercicio.

En orden a determinar quién debe responder por los daños causados por los hijos en situaciones de separación, divorcio o nulidad de matrimonio se podría optar por distintas soluciones. Una es la que adoptó el legislador argentino al disponer en el segundo párrafo del artículo 1114: “será responsable el que ejerce la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor”. Del análisis del párrafo se desprende que la decisión se sustenta sobre dos ideas básicas: la *habitación en común*, lo que permite suponer que la *convivencia* lleva implícito el contacto permanente; por ende el acento se pone en la culpa en la *vigilancia*, acorde a un factor de atribución subjetivo.

Pero si como interpreta la mayor parte de la doctrina nacional que participa de la atribución subjetiva, no sólo la falta en la vigilancia justifica la responsabilidad sino también

⁸ Eduardo I. FANZOLATO, *Derecho de familia*, Córdoba, Advocatus, 2007, t. I, pág. 390.

la culpa en la educación, la obligación de reparar debiera hacerse extensiva a ambos progenitores, pues aun cuando en estas circunstancias varían las condiciones para relacionarse entre padres e hijos, ese deber no cesa por la ruptura del vínculo marital. Como expresa Fanzolato: *“Muchos derechos familiares constituyen verdaderos derechos-deberes, que no son derechos subjetivos puros reconocidos o dispensables en interés de su titular...Su ejercicio no es potestativo o facultativo como si fueran derechos subjetivos puros; por el contrario son de ejercicio obligatorio, pues constituyen el medio necesario para la satisfacción del interés de otro sujeto. Sólo se confieren en la medida que resultan indispensables para satisfacer el deber consustancial al derecho”*⁹.

Se enmarca en esta tesitura el Tribunal de Familia número 5 de Rosario al imponer a un padre que *“trabaja embarcado sin domicilio fijo, aunque tendría residencia en España”*, que le compre una computadora a su hijo y se conecte con él a través de Internet para paliar su ausencia, pero el fallo va más allá y considera que el no suministro de un domicilio, teléfono, y el trabajo como embarcado -que torna más difícil el contacto-, *“configuran una violencia psíquica de acuerdo al decreto reglamentario de la ley de protección contra la violencia familiar”*. El informe psicológico indica que *“el niño está angustiado por la ausencia del padre, la incertidumbre acerca de su regreso y su incompreensión porque el padre no lo llama a su casa (...) el niño demanda de su padre amor, cuidado, interés por sus actividades”*. La tecnología *“resulta ineludible para enlazar electrónicamente de manera instantánea y simultánea al niño y a su progenitor”*, se asegura en el fallo. Éste aclara que, sin embargo, las *“visitas virtuales obviamente no pretenden ser sustitutos de los contactos telefónicos, ni de los encuentros reales, pero posibilitan hacer sentir la presencia del padre más cercana: el que se sume la cámara es una forma de dialogar con imágenes”*¹⁰.

⁹ Eduardo I. FANZOLATO, ob. cit., pág. 110.

¹⁰ “F.S.C./C.E. s/régimen comunicación”, Tribunal Colegiado de Familia de Rosario 5, 30/12/08.

El progenitor no conviviente tiene la facultad de supervisar las actividades del hijo, las que pueden concernir al esparcimiento, amistades, a la educación, en general, puede intervenir en todas las decisiones de las que es titular. Un tribunal francés ha abundado en detalles: “El derecho de supervisión del padre es normalmente ejercido para un control regular de la conducta, de la salud, de la evolución intelectual y de la escolaridad de su hijo, podrá estar en contacto con la dirección del establecimiento donde se encuentra ubicado y con los principales profesores”¹¹.

Este análisis siempre desde un factor subjetivo de atribución de responsabilidad, culpa en la vigilancia, en la educación o en ambas.

Otra sería la solución si el fundamento de la responsabilidad paterna asentara sobre un factor objetivo fundado en la condición de garantes que los padres asumen por los hechos dañosos de sus hijos menores; según se expone a continuación desde esta perspectiva, no corresponde distinguir entre titularidad y ejercicio ya que la responsabilidad deviene de la patria potestad.

En mi opinión, la ruptura del vínculo entre los esposos no significa la pérdida de la titularidad sino un *modo de ejercicio diferente*, por tanto no cabe atribuir responsabilidad sólo a quien posee la tenencia, sino a ambos progenitores mientras conserven la titularidad de la patria potestad. Si el término convivencia se interpreta de modo amplio, tal como lo propiciamos, el hecho de que uno de los padres habite separadamente no lo libera de responsabilidad. Creo que de lo contrario el padre que desde el punto de vista del trajín y afán diario más cuidados, esfuerzos y empeño pone resultaría el más responsable, mientras que quien está más aliviado en ese aspecto parecería ser el más beneficiado en orden a la responsabilidad civil.

¹¹ Ch. de la famille du Trib. Gr. Inst. de París, 23 fév. 1971, Revue Trim. dr.sa.soc., 1971, pág. 390.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, España ¹², atiende a este reclamo, aun cuando aplica un régimen legal diferente al nuestro ¹³. Ante el pedido de los actores para que fuese condenado también el padre no conviviente, el Tribunal -aunque sustenta el criterio tradicional según el cual en caso de divorcio o separación la responsabilidad pesa sobre el progenitor que tiene la guarda y custodia de los hijos- dijo que se debía matizar esa afirmación “porque si no, resultaría paradójico y contradictorio que fuese precisamente el progenitor que se ocupa de los hijos -asumiendo así una mayor carga de preocupaciones, trabajo y responsabilidad hacia ellos- el que resultase el único responsable de los daños que éstos pudieran causar”. Por ello decidió que, aunque sea uno el que ejerza la guarda y custodia, como los dos padres ostentan la patria potestad, el progenitor que únicamente tiene un derecho de visita también sería responsable si al momento en que el hijo causó el daño se encontraba con él, fundándose en el art. 1902 que trata de la responsabilidad directa y no en el art. 1903 que regula la responsabilidad de los padres. Esta resolución demuestra un intento por flexibilizar el régimen normativo que libera totalmente al progenitor no ejerciente buscando, a nuestro entender, una solución más justa.

En síntesis, desde mi punto de vista, en caso de ruptura del vínculo matrimonial el padre no ejerciente aun cuando no tenga el ejercicio de la patria potestad conserva el derecho y deber de control. El desenvolvimiento de las funciones

¹² Fallo citado por Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 269. En el caso, un menor de edad conduciendo un ciclomotor, sin licencia, atropella y mata a un peatón.

¹³ El art. 1903 del C.C. español dispone: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda...”, no prevé como el art. 1114 del C.C. argentino la responsabilidad del padre que ejerce la tenencia salvo que, al momento de la producción del daño, el menor se encontrare con el otro progenitor.

inherentes a la patria potestad, en el tiempo previo y posterior al divorcio o separación permitirá conocer cuál es el contenido que ese control supone en cada caso particular, que sin dudar variará según la familia, pero que en general presenta una cierta uniformidad en determinados aspectos. No considero conveniente pretender dar un contenido exacto y preciso de guarda, tenencia, de modo general, de acuerdo a una realidad vacía, ya que me parece introduciría mayor oscuridad en una materia de por sí compleja. Quizás sería más conveniente dar una noción de guarda adaptada a las exigencias de la realidad práctica particular.

De todos modos la separación o divorcio es una cuestión que atañe a los padres, repercute en la familia, pero no frente a los terceros. La víctima no tiene que indagar si los padres del menor que le causó el daño, están casados, separados o divorciados, por tanto puede dirigir su acción contra ambos progenitores; los damnificados quedan protegidos por la apariencia.

3. Vínculos matrimoniales desavenidos

3.1. La familia desunida

La unión matrimonial puede atravesar situaciones de crisis que produzcan el deterioro del vínculo entre los esposos, hasta llegar incluso a la ruptura de la unión, por separación o divorcio. Esta realidad ha sido considerada por el legislador argentino y ante la ruptura del matrimonio, para el caso de que existan hijos comunes, el art. 264 inc. 2º determina el ejercicio exclusivo de la patria potestad por aquel progenitor que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener una adecuada comunicación con el hijo y supervisar su educación que se concreta en el régimen de visita. Esta norma ha plasmado la doctrina prevaleciente en la época de su sanción, en virtud de la cual luego de la separación o el divorcio, era forzoso otorgar la tenencia de los hijos

a uno solo de los progenitores. Consecuente con esta disposición, la segunda parte del art. 1114 del C.C. determina: “En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor”.

Discrepo con la respuesta que da la ley en estos supuestos. Considero que los criterios imperantes en la actualidad en el derecho de daños exigen brindar a los perjudicados por estos hechos la posibilidad de contar con una indemnización factible y la regulación normativa vigente no da la respuesta más apropiada para ello, ya que cuando el daño es causado por un menor cuyos padres no conviven, por lo general, según la disposición actual la víctima tendrá ante sí un solo progenitor responsable. Reitero lo expresado de modo precedente, la titularidad de la patria potestad no se pierde por la ruptura del vínculo matrimonial, en consecuencia, la responsabilidad debiera subsistir para ambos progenitores.

En ocasión de realizarse las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, en ponencia presentada en colaboración, las autoras nos pronunciamos en el sentido de que: *“Resulta conveniente que en los supuestos de ejercicio unilateral preferente de la patria potestad, la responsabilidad civil por los daños causados por los hijos menores recaiga sobre ambos padres, y no únicamente sobre aquél que ejerce la patria potestad”*¹⁴.

Acerca del punto se ha manifestado en idéntico sentido Néstor Solari al sostener: *“Ambos padres deben seguir educando y criando a sus hijos, no obstante su separación, divorcio o no convivencia entre ellos. Así, los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres; tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos (conf. art. 265*

¹⁴ Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, octubre de 1990. Ponencia presentada por las Dras. María Emilia Lloveras, Nora Lloveras, María del Carmen Cerutti y María Cristina Plovovich.

C.C.). Como derivación lógica de ello, la responsabilidad frente a terceros debiera ser solidaria, como regla general, aun después de la cesación de la convivencia de alguno de ellos con su hijo”¹⁵.

3.2. Tenencia compartida. Coparentalidad

Los cambios culturales operados en los últimos tiempos han tenido repercusión en el ejercicio de las funciones parentales. El acceso de la mujer a puestos de trabajo fuera del hogar y la aceptación de una manera diferente de relacionarse entre el hombre y sus hijos, ha trascendido lo socioafectivo y tiene también repercusión en lo jurídico. El derecho a la igualdad y la no discriminación han sido siempre garantías en nuestro sistema constitucional, pero hoy ha variado la perspectiva con que se interpretan, acompañando los cambios culturales, especialmente en lo que se refiere a la dignidad y el valor de la persona humana, a la no discriminación por género, la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer. Paralelamente se han fortalecido los derechos de los niños, el “supremo interés del menor” es un tema eje en el derecho de familia, con reconocimiento en Convenciones y Tratados internacionales incorporados en nuestra Constitución. Por estas razones, desde una perspectiva de género, se discute hoy la constitucionalidad del art. 206, 2º párrafo de nuestro Código Civil, en tanto determina la preferencia materna en la custodia de los hijos menores de 5 años de edad. El actual régimen de otorgamiento de tenencia posterior al divorcio o separación es objetado por un sector de la doctrina y jurisprudencia, que parte de una consideración diferente a

¹⁵ Néstor E. SOLARI, “Responsabilidad de los padres que no conviven por los daños causados por sus hijos menores de edad”, en www.eldial.com.ar, edición especial “Responsabilidad de los padres por los daños ‘sufridos’ u ‘ocasionados’ por sus hijos menores de edad”, octubre de 2007.

la tradicional pues aprecia otros aspectos de la relación entre padres e hijos como son los vínculos de afecto y sentimientos, y así sostiene: “Dicha creencia ha partido de un significado erróneo del término “tenencia”, al que se ha identificado con la guarda física de los hijos sin advertir que el concepto es mucho más amplio, ya que comprende un cúmulo de derechos y deberes relativos a la crianza y formación de los niños”¹⁶.

En un intento por buscar lo mejor para mantener el vínculo paterno-filial se propone la coparentalidad. En esta línea se dice que la separación y el divorcio son parte de un proceso, un ciclo a través del cual los hijos y los padres deben transitar por diversas etapas, puede variarse de una tenencia exclusiva a una conjunta o viceversa, en la medida que resulte más conveniente para el desarrollo y buen crecimiento¹⁷. Después de la ruptura del vínculo matrimonial los padres deben redefinir sus papeles, reorganizarse hacia el futuro y esa nueva estructuración debe asentarse fundamentalmente sobre aspectos relacionales y no sólo geográficos y temporales, ya que el proyecto de compartir las responsabilidades paternas sobre el hijo, es mucho más que la elección del lugar de residencia del mismo. La paternidad se basa en compromisos recíprocos entre las personas.

Así un tribunal ha dicho: “Es indudable que un niño necesita continuar el contacto que tenía -cuando su familia se encontraba ‘intacta’- con ambos padres. Ello, no sólo porque

¹⁶ Elisabeth BECK-GERNSHEIM, *La reinvencción de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Buenos Aires, Paidós, 2003, págs. 126 y 127.

¹⁷ En ese sentido se pronuncia Eduardo I. Fanzolato: “*La fluida y habitual interrelación paterno-filial, a la que se aspira, se ve notablemente facilitada en las situaciones de guarda compartida del hijo. Esta modalidad, practicada con seriedad, es muy beneficiosa para el menor. Afortunadamente, poco a poco se van incrementando los casos de divorciados que eligen, acuerdan o regulan este tipo de guarda. La justicia deberá homologar el convenio siempre que las circunstancias familiares y el mejor interés del menor, lo avalen*”, ob. cit., pág. 394.

mitiga el sentimiento de abandono y la presión sobre el niño -quien no debe elegir entre sus padres, intentándose eliminar, o eliminándose, los ‘conflictos de lealtad’ en buena medida-, sino porque también le garantiza la permanencia de los cuidados parentales y con ello el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas”¹⁸.

En legislación comparada se encuentran diferentes regulaciones. Por ejemplo, la orientación adoptada en Méjico por el Código Civil del Distrito Federal, está dispuesta en el artículo 416 que dice: “En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”. En este supuesto, con base en el *interés superior del menor*, el hijo quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de *vigilancia y de convivencia con el menor*, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

De los artículos 164, 168, 413, 414, 416, 418 y 422 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que la patria potestad se ejerce por los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y en caso de separación de los progenitores ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes.

En derecho europeo, algunas legislaciones actuales, Francia, Bélgica, Holanda, etc., regulan la guarda conjunta y la residencia alternada de los niños frente al divorcio de los progenitores.

La ley española de separación y divorcio, ley 15/2005 del 10 de julio de 2005, se ocupa de determinadas cuestiones que

¹⁸ CNCiv., Sala J, 24/11/98, “P., F.E. c/ P., E. N. s/ divorcio art. 215 C.C...”, Lexis N° 993562, www.lexisnexis.com.ar .

afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad ¹⁹.

El art. 92 referido a los efectos de la separación, el divorcio y la nulidad del matrimonio con relación a los hijos, en su inc. 1º dice “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”. Determina que “deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. Más allá de la dificultad que representa determinar cuáles son las “responsabilidades domésticas”, se consagra la igualdad en la obligación de atención a los familiares.

Por el inc. 5, el juez, a instancia de una de las partes y con informe favorable del Ministerio Fiscal, puede acordar la guarda y custodia compartida en razón de que así se protege adecuadamente el interés superior del menor (inc. 8). Se requiere dictamen de especialistas debidamente cualificados relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. Los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.

El art. 1903 del C.C. español apunta: “... Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda...”, y en el art. 156 se introduce un

¹⁹ Augusto C. BELLUSCIO, *La nueva ley española de separación y divorcio*, La Ley 21/2/2007, 6; Carlos Alberto BASILE, “Modificación de la legislación española sobre separación y divorcio”, La Ley, 21/2/07, 8.

párrafo que, si bien puede presumirse se refiere al campo de los actos jurídicos o negocios jurídicos pues menciona a los terceros de buena fe, dice que se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro”. Pienso que, con criterio de interpretación sistemática, podría aplicarse el mismo razonamiento para los actos dañosos producidos por el hijo menor, porque la víctima, tercero ajeno al origen del hecho, no tiene por qué indagar ni verse afectado por las relaciones internas entre los padres, y en consecuencia considerar que el ejercicio lo tienen ambos.

El Código Civil italiano en el art. 317 dispone que la patria potestad común de los padres no finaliza cuando como consecuencia de la anulación o cesación de los efectos del matrimonio los hijos sean confiados a uno de ellos, sino que el juez deberá indicar a qué cónyuge se confían los hijos y establecerá las modalidades de ejercicio de los derechos y deberes del cónyuge que no tiene consigo a los menores (art. 155 C.C.). Si bien no es criterio unánime, parte de la doctrina italiana sostiene que el cónyuge a quien no ha sido confiada la guarda del menor debe responder por culpa en la educación, ya que de otro modo resultaría más gravosa la situación para el otro cónyuge.

En derecho francés el art. 287 del Código Civil señala que después de la separación o divorcio de los padres, la autoridad parental es ejercida en común. Si no hay acuerdo entre los ex cónyuges o si el acuerdo es contrario al interés del menor, el Juez decidirá con qué progenitor tendrán la residencia habitual. En estos casos la jurisprudencia francesa ha redefinido la noción de cohabitación ²⁰ y ha prescindido de

²⁰ La Corte de Casación en la sentencia “Samda” del 19/12/1997, señaló: “el ejercicio de un derecho de visita y alojamiento no hace cesar la condición de cohabitación del menor con el padre que ejerce la guarda”. Ha admitido la responsabilidad con relación al padre que estaba ausente cuando sucedieron los hechos.

ella como requisito, aun cuando el Código Civil la exige en el art. 1384.4º, al entender que la responsabilidad de los padres tiene carácter objetivo, en especial a partir de la sentencia Bertrand del 19 de febrero de 1997.

En derecho alemán los dos padres divorciados conservan la responsabilidad por los ilícitos de sus hijos, ya que la patria potestad es atribuida a ambos. Cristina López Sánchez ilustra con jurisprudencia esta afirmación: *“La sentencia del BverfG de 3 de noviembre de 1982 declaró la inconstitucionalidad del § 1671 BGB en la parte en que excluye en todo caso la posibilidad de atribuir la patria potestad a los padres divorciados, por considerar que violaba el art. 6.II, frase 1 GG, que garantiza el derecho de los padres al cuidado y a la educación de los hijos”*²¹.

Participo de la idea de que el derecho puede cumplir una función de apoyo a la familia y por tanto considero positivo aproximar una posibilidad más a los padres en caso de separación de hecho o divorcio. Claro está que, con los límites lógicos que presenta un tema complejo respecto del cual la ley puede incidir de manera activa, pero que antes que nada requiere de por sí un cambio cultural más que legal, por ello entiendo que *el régimen de coparentalidad es una opción para ciertos casos, pero no una alternativa de aplicación en todos los supuestos.*

Si la protección y formación integral de los hijos desde la concepción de éstos, mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado, es el objetivo buscado por la ley, no puede olvidarse el “supremo interés del menor” en su instrumentación. Ese objetivo puede concretarse a través de distintos medios, algunos más adecuados que otros. Pensamos que el ejercicio compartido da respuesta adecuada en muchos casos, pero que lógicamente responde a la naturaleza del tema a decidir: relaciones humanas muy especiales, que no debieran encorsetarse en moldes rígidos que llegan en ciertos ca-

²¹ Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 273.

sos a “divorciar” al niño del progenitor “no guardián”, -en los hechos el padre-, sino por el contrario, procurar la observancia de los deberes paternos. Es importante compatibilizar la solución brindada por el Código civil con normas constitucionales, como ser la Convención sobre los Derechos del Niño y otras disposiciones internas. Con ese propósito la ley 26061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), en su art. 11 dispone que los menores tienen derecho “... a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados”.

Sin duda, esto impactaría en el régimen de la responsabilidad civil que cabe a los progenitores, ya que dejaría de estar asentada en cabeza de uno solo de ellos para pasar a ser compartida, tal como lo es la patria potestad. Basándose en una concepción estrecha del término “tenencia”, el criterio imperante en doctrina es que en casos de ruptura del vínculo resulta muy difícil extender al otro progenitor la responsabilidad bajo la aplicación de un factor subjetivo de atribución, ya que es inaplicable la presunción de responsabilidad fundada en la culpa, sería imponer una verdadera “responsabilidad inexistente”.

En mi opinión, si bien acepto que en estos casos la relación es diferente ya que no se comparten los actos simples de la vida cotidiana, creo que subsiste la posibilidad de participar e intervenir en los actos más trascendentes (art. 264 quater del C.C.) y cooperar en todo lo que tenga repercusión en la formación del hijo. Por consiguiente, *ni aun bajo un fundamento subjetivo, resulta justificado eximir de responsabilidad al padre no conviviente en caso de divorcio o de separación de cuerpos, frente a la víctima subsiste una responsabilidad solidaria de ambos progenitores.*

Indudablemente esto requiere confirmar y ampliar una tendencia ya observada como es la de sujetar a una visión amplia la condición de cohabitación. No cabe duda que al padre que no convive con el menor le será más dificultoso *vigilar* al hijo menor, pero es su obligación redoblar los esfuerzos para interesarse por sus actividades, modos de vida, compa-

ñas, y de ese modo procurar evitar conductas que pueden resultar dañosas para los demás.

En cuanto a *educar* no es una función que se logre sólo con presencia inmediata, que sí puede ser relevante en algunos aspectos como son la generación de hábitos cotidianos en la corta edad; pero lo fundamental es la transmisión de valores, modelos o pautas de vida, el ejemplo que se brinda a través de la conducta que asumen los progenitores en el desarrollo de su vida familiar, social, laboral, etcétera, y esto se alcanza sin necesidad de proximidad física diaria.

Otro pilar es la comunicación que debe mantenerse y cuidarse aún más en estas situaciones; a través del diálogo con el hijo se podrán conocer aspectos de la vida habitual, problemas que lo afectan o parámetros a corregir.

Para facilitar la concreción de los funciones mencionadas es esencial mantener un adecuado vínculo paterno-filial, como lo propone Eduardo Fanzolato: *“Con relación a la frecuencia de las visitas, es conveniente que los menores traten con la mayor asiduidad posible a sus padres por los provechosos efectos que se derivan en cuanto a su formación, corrección, vigilancia y educación: Así se logrará uno de los fines perseguidos; que el niño que ha perdido el diario contacto doméstico con uno de sus progenitores, subsane, en la medida de lo posible, esa falta, siempre que la multiplicidad de las visitas y comunicaciones de otra índole no origine trastornos o desórdenes en el régimen normal del hogar en que habita”*²²

Reitero la falta de convivencia puede dificultar el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, pero no lo hace imposible. O al menos, no en todos los casos, salvo que se acredite imposibilidad de contacto o sustracción del menor por parte del otro progenitor o de otra persona, situación irregular que deberá ser denunciada. Tal vez parezca una afirmación poco realista, no creo que lo sea pues hay

²² Eduardo I. FANZOLATO, ob. cit., pág. 394.

muchos padres preocupados y responsables (y lo puntualizo en el género masculino porque es lo que habitualmente sucede, la madre ejerce la tenencia y el padre el derecho de visita), y para los que no lo sean tendrán que asumir las consecuencias de su desatención frente al compromiso que ante el hijo y la sociedad asumieron al momento de decidir ser padres.

4. Supuestos polémicos

4.1. *Divorcio. Separación judicial*

Del análisis del art. 264, inc. 2, se desprende que en caso de divorcio el ejercicio de la patria potestad será unilateral, y por tanto la responsabilidad unipersonal.

Antes de la ley 23.264 la doctrina, en general, consideraba que cada padre respondía en los términos del art. 1114 por los hechos de sus hijos menores cuya tenencia o guarda se les hubiere confiado²³. En apoyo de esta interpretación se dijo que si bien la resolución judicial no destruye el vínculo paterno-filial, el ejercicio de la patria potestad sufre grandes limitaciones cuando se concede a uno de ellos (generalmente la madre) la tenencia de los hijos menores. Son estas limitaciones en el poder de vigilancia y dirección en la educación de los hijos las que justifican el traslado de la responsabilidad a quien tiene el ejercicio de esas facultades. Así lo entienden en numerosos casos los tribunales de nuestro país:

“Si bien la ley establece la solidaria responsabilidad del padre y de la madre por los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos (art. 1114 del C.C.), -para el

²³ Jorge J., LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, t. IV-A, pág. 339 y ss.; Guillermo BORDA, *Tratado... Obligaciones*, t. II, pág. 387; Acdeel SALAS, “La responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1947, pág. 132; Antonio CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual*, t. II, pág. 489; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, pág. 362 y ss.

supuesto de que los progenitores no convivan- oblitera la responsabilidad de aquél que no ejerza la tenencia del menor, salvo que, al producirse el evento dañoso, el hijo estuviera a su cuidado”²⁴.

No es tema pacífico ni sencillo a resolver en la práctica. En un fallo dictado por la Cámara Civ. y Com. de Bahía Blanca, ante los daños causados por un menor, cuyos padres estaban divorciados, un fin de semana encontrándose en el tiempo de visita al padre y mientras conducía una moto de propiedad de éste causa daños a otro vehículo, mantiene la sentencia de 1ª instancia y condena a ambos progenitores y al propio menor al resarcimiento de los daños. Lo llamativo es que responsabiliza al padre como propietario de la cosa riesgosa, pero no en virtud del art. 1114, pese a que aquél reconoce que tenía al hijo a su cuidado y había autorizado el manejo; el tribunal entiende que “no es suficiente para desplazar la responsabilidad de la madre, pues con ello no se alcanza a probar una transferencia regular de la dirección y guarda del hijo hacia el padre. Frente al distracto matrimonial que operó la ruptura de la convivencia de los padres, sólo cabe imponer a uno de ellos la responsabilidad por la conducta dañosa del hijo y en mi criterio ella la debe soportar la madre que para dicha época ejercía la patria potestad de su hijo (art. 264 inc. 2 C.C.)”²⁵.

En un hecho de características diferentes pues en este hecho el menor resulta víctima, la falta en el deber de vigilancia, fue atribuida a ambos progenitores, sustentándose el decisorio en relación al papá del menor, en el hecho reconocido por el propio actor que había ido a visitarlo y que el niño tenía por costumbre seguirlo, ya que lo había hecho en otras ocasiones. Conforme a tales circunstancias, debidamente de-

²⁴ “Codarin, Santiago y o. c/ L., R. y otros s/daños y perjuicios”, Cámara 1ª Civil y Comercial de San Isidro (Buenos Aires), 14/11/2002.

²⁵ Cámara Civ. y Com. de Bahía Blanca, Sala 1ª, “Domínguez, Segunda v. Plá, Hugo y otra”, 21/11/1996, J.A., 1997-III-249.

mostradas en la causa, no resulta arbitrario concluir que, bien podía exigírsele al padre, que extremara los recaudos para que el niño no lo siguiera, máxime si sabía que para ir al lugar donde se dirigía, tenía que cruzar el Acceso, no siendo suficiente la sola circunstancia del no ejercicio de la guarda”²⁶.

Como una muestra de que la cuestión no es fácilmente reducible a fórmulas que vuelvan equivalente ejercicio de la patria potestad igual a vigilancia y contacto, el Dr. José Ignacio Cafferata en su trabajo “La guarda de menores”, al tratar la desmembración de la guarda por divorcio se pregunta: “*Y el padre como titular del ejercicio de la patria potestad, ¿queda al margen del proceso de educación del hijo, cuando ha sido privado de la guarda?*”. Responde que no y si bien admite que “*el padre en esta situación pierde la posibilidad de contacto inmediato y permanente, pues sólo tiene el derecho de visita, está obligado a cumplir con el proceso de educación del hijo, conserva el derecho de controlar a la madre en el ejercicio de tan importante tarea. Por ello puede solicitar judicialmente la rectificación de medidas nocivas para la educación del hijo tomadas por la madre, e incluso, su remoción como guardadora*”²⁷.

Acepto que la respuesta es compleja, pues las variantes que ofrece la realidad son muchas. Pueden ir desde que un padre sea declarado culpable en el divorcio por la causal de abandono malicioso y voluntario del hogar, en cuyo caso eximirlo de responsabilidad sería como un premio al incumplimiento de los deberes a su cargo, a situaciones que impliquen dificultades para mantener contacto con el hijo, a veces insuperables para uno de los padres, como es por ejemplo que el otro progenitor se haya radicado con el hijo en el extranjero, o que uno de ellos impida de hecho el ejercicio del derecho de

²⁶ “M., G. y ot. c/ Durelli Verdini, Emilio E. y ots. p/ ds. y ps. s/ Inc.”, SCJ de Mendoza, 11/10/2005.

²⁷ CAFFERATA, José Ignacio, *La guarda de menores*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 42.

visita o sustraiga los niños. Pero ni así me conforma la respuesta que brinda la redacción actual del artículo 1114, 2º párrafo, pues no hace referencia a estos casos particulares, sino que regula en general. Por las razones ya expresadas en párrafos precedentes no comparto esta solución.

La idea que sustento es que la cuestión no debiera admitir conclusiones en términos absolutos. El desplazamiento de la responsabilidad no opera automáticamente. La patria potestad es condición necesaria para que surja esta responsabilidad y la sentencia que adjudica la tenencia de los hijos a un progenitor no supone la extinción de la patria potestad respecto del otro, pues éste conserva el derecho a una adecuada comunicación con el hijo y a supervisar su educación. Asimismo tiene el derecho a oponerse fundadamente a un acto dispuesto por el otro padre, que afecte la formación del menor, y en el caso de que se vea privado del derecho de contacto con el hijo debiera denunciarlo y acreditarlo ante el juez que corresponda, sólo así podría considerarse su exención de responsabilidad.

Mosset Iturraspe, jurista con ideas renovadoras en el tema, en el año 1992 al integrar la Comisión designada por la Cámara de Diputados a efectos de revisar el proyecto de reforma al Código Civil de 1987, propuso la siguiente redacción para el artículo 1089, correspondiente al 1114 actual ²⁸:

Artículo 1089: “Los progenitores, padre y madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores, sometidos a la patria potestad, sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. En los casos de divorcio o separación de hecho será responsable el cónyuge que mantenga la tenencia del hijo, al momento de ocurrir el hecho dañoso. *Sin perjuicio de ello, el juez podrá, en consideración a las circunstancias del caso, extender la responsabilidad al otro cónyuge*”.

²⁸ Jorge MOSSET IURRASPE - Daniel Hugo D'ANTONIO - Norberto José NOVELLINO, *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 31.

Mi propuesta invierte los términos, *en caso de divorcio o separación de hecho, en principio, responden ambos progenitores. Sin perjuicio de ello, según las circunstancias del caso podrá el juez eximir a uno de ellos.*

En una línea de pensamiento aproximada, se ha resuelto judicialmente:

“1. La tenencia otorgada a la madre en juicio de divorcio no implica por sí sola, despojar al padre de la patria potestad; ni por tanto exime a éste de los deberes de vigilancia y educación para con sus hijos. 2. Es responsable el padre del hecho ilícito cometido por su hijo menor, fuera de su presencia, aun cuando no conserve la guarda de aquél, si no demuestra el concurso de alguno de los motivos de exención a que alude el art. 1116 del Código Civil”²⁹.

4.2. Separación de hecho

Se entiende por separación de hecho “la situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin causa justificada que lo imponga, ya sea por voluntad de uno o ambos cónyuges”³⁰.

El art. 264 en su inciso 2, texto según ley 23.264, dispone: “En caso de separación de hecho el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre o madre que ejerce legalmente la tenencia”. La carencia de una norma que contemple expresamente la “legalidad” de la tenencia en esta hipótesis, permite que surjan distintas opiniones en doctrina. Algunos autores entienden que producida la separación de hecho, y no resuelta judicialmente la atribución de la guarda,

²⁹ CNCiv., Sala C, 8/5/64, J.A.-III-598.

³⁰ Carlos A. LAGOMARSINO, “Separación de hecho, divorcio y sociedad conyugal”, L.L., 139-1143.

el ejercicio de la patria potestad corresponde al progenitor que convive con los hijos ³¹, otros estiman necesaria la información judicial y será ésta la que otorgará el ejercicio pleno de la potestad ³².

Con respecto a la responsabilidad civil, en mi opinión en caso de separación de hecho en principio subsiste la responsabilidad de ambos cónyuges. La separación de hecho, sobre todo si responde a una crisis matrimonial, no puede ni debe ser un recurso tan cómodo para eludir responsabilidades, de lo contrario se estaría admitiendo la abdicación de deberes irrenunciables. Por otra parte y con mayor razón en este caso, son de aplicación los mismos argumentos vertidos al tratar el divorcio. Cuando la separación deviene como consecuencia del abandono “voluntario y malicioso”, mal podría premiarse la conducta irregular e irresponsable, con la exoneración de responsabilidad. Esta es la idea sustentada mayoritariamente en doctrina antes de la reforma introducida por la ley 23.264 ³³.

Diferente consideración merece el supuesto en que uno de los padres fugara con los hijos ignorándose su paradero, en este caso el otro cónyuge no respondería si probara que por las circunstancias de la separación le ha sido imposible evitar el hecho (art. 1116).

³¹ Nora LLOVERAS, “Patria potestad y filiación”, *Comentario analítico de la ley 23.264*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 167.

³² Gustavo A. BOSSERT - Eduardo A. ZANNONI, *Régimen legal de la filiación y patria potestad*. Buenos Aires, Astrea, 1985. Juan Carlos VERA OCAMPO, “Responsabilidad de los padres, en general: cuándo es inexcusable”, E.D., 60-887.

³³ Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado...Obligaciones*, t. IV-A, pág. 340 y ss; Guillermo BORDA, *Tratado ...Obligaciones*, t. II, pág. 301; Acdeel SALAS, “La responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos”, en *Estudios*, pág. 132; Antonio CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual*, t. II, pág. 489; H. LAFAILLE, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, t. II, pág. 427; MAZEAUD-TUNC, *Tratado de...*, t.1, vol. II, págs. 492-493; JOSSE RAND, *Derecho civil*, t. 2, vol. 1, pág. 387; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *Código Civil*, dir. BELLUSCIO, coord. ZANNONI, t. 5, pág. 603 y ss.; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, pág. 891.

En suma, cuando media separación de hecho el análisis del caso particular y las diversas circunstancias que pudieran presentarse, no admite establecer soluciones genéricas y rígidas, pero en principio debiera partirse de la concepción de que ambos progenitores son responsables.

Nora Lloveras desglosa del siguiente modo las consecuencias que sobre la responsabilidad civil acarrea el ejercicio unilateral preferente de la patria potestad:

“1) En la hipótesis de ejercicio unilateral preferente de la patria potestad, la responsabilidad civil se impone al progenitor en ejercicio de la autoridad (arts. 1114, primera parte y 264, incs. 2º -separación de hecho, divorcio vincular, o nulidad de matrimonio- e inc. 5º, segunda parte Código Civil).

2) En el supuesto de ejercicio unilateral preferente de la patria potestad, excepcionalmente se impone la responsabilidad civil al progenitor no ejerciente, si el hecho dañoso acaeció cuando el menor se hallaba a su cuidado (art. 1114, *in fine* y 264, incs. 2º y 5º, segunda parte, Código Civil).

3) La excepción prevista en la última parte del art. 1114 del Código Civil refuerza sustancialmente los derechos conferidos por la ley al padre no ejerciente;

4) La excepción prevista en la última parte del art. 1114 del Código Civil, reconoce el mismo fundamento de la responsabilidad civil de los padres en el derecho vigente, pues la ley le ha atribuido a dicho progenitor disimuladamente y en forma relativa una suerte de ejercicio de la patria potestad (arts. 264, incs. 2º y 5º, 1114 *in fine*, 264 quater, Código Civil)”³⁴.

5. Supuestos de ejercicio unilateral de patria potestad

En estas hipótesis la solución legal no puede ser más que el ejercicio unilateral, ya que por razones de orden físico-natural o

³⁴ Nora LLOVERAS, “La responsabilidad civil de los padres...”, ob. cit., pág. 123.

legal la titularidad pasa a ser unilateral. Son los supuestos en que uno de los progenitores ha fallecido, o lo está de modo presunto, o ha sido suspendido o privado de la titularidad.

El art. 264 en su inciso 3° al atribuir el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión de su ejercicio al otro progenitor, al par que disipa algunas dudas que planteaba el anterior art. 1114 genera nuevas inquietudes. Trataré por separado cada hipótesis.

5.1. Muerte

Como consecuencia natural, el ejercicio de la patria potestad y por ende la responsabilidad, corresponde al progenitor que continúa con vida.

5.2. Ausencia con presunción de fallecimiento

El actual art. 264, inc. 3°, determina expresamente que se refiere a ausencia “con presunción de fallecimiento” (arts. 22 y ss. de la ley 14.394).

El alcance de la expresión ausencia contenida en el anterior art. 1114, que ocasionaba el traspaso de la responsabilidad a la madre, dio lugar a distintas posiciones doctrinarias. Mayoritariamente se aceptaba que la ley se refería a “ausencia con presunción de fallecimiento” y se excluían las ausencias accidentales del padre, como las motivadas por viajes ³⁵.

³⁵ Acdeel SALAS, “La responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos”, en *Estudios*, pág. 129 y ss.; CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual*, t. II, pág. 489; LAFAILLE, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, t. II, pág. 426 y 427; SALVAT, *Tratado de...*, *Fuentes de las obligaciones*, t. IV, pág. 157; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III, pág. 165.

Una opinión minoritaria entendía que quedaba comprendida también la hipótesis de “simple ausencia” (art. 15 de la ley 14.394), ya que en esos casos “de hecho es a la madre a quien corresponde vigilar la conducta y educación de los hijos”³⁶.

Otra parte de la doctrina sostenía un criterio más amplio. Borda afirmaba que “basta con una ausencia suficientemente prolongada” (largo viaje, enrolamiento para pasar un año en la Antártida, si ha sido detenido o encarcelado)³⁷.

En una interpretación que tendía a favorecer a quien resultaba víctima, Llambías expresaba: “*la ausencia aun temporaria, es suficiente para que el damnificado pueda alegarla, a fin de hacer valer la responsabilidad de la madre. Pero a la inversa, el padre no puede eximirse alegando su propia ausencia salvo que ésta fuese involuntaria y le hubiera impedido proveer el cuidado del hijo*”³⁸.

Para López Mesa y Trigo Represas la simple ausencia declarada judicialmente hace cesar la responsabilidad del “ausente”, ya que el art. 309 del Código Civil dispone que: “El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada conforme a los arts. 15 a 21 de la ley 14.394”. Sostienen que el ejercicio de la patria potestad constituye un requisito fundamental de la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos, por tanto si conforme al art. 264, inc. 3º y 310, en esos casos corresponde el ejercicio al otro progenitor, mal podría responder quien no tiene el ejercicio de la patria potestad.

Entiendo que el argumento es válido desde el factor de atribución subjetivo, que encuentra en la vigilancia uno de

³⁶ OVEJERO, “Responsabilidad por el hecho de tercero”, J.A., 54, Secc. Doctrina, pág. 22; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general...*, págs. 368-369.

³⁷ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, t. II, N° 1391.

³⁸ Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, t. IV-A, N° 2491.

los elementos trascendentes a considerar, íntimamente ligado al ejercicio. Pero desde la posición que propugno, modificar la razón jurídica que lleve a los padres a responder asentándola en la garantía que deben ante terceros damnificados por los hechos dañosos de sus hijos, en caso de simple ausencia aquellos seguirían siendo responsables pues en la hipótesis *no hay pérdida de la titularidad sino suspensión del ejercicio de la patria potestad*. La situación regulada por los art. 15 al 21 de la ley 14.394 está vinculada a los bienes en sentido patrimonial de una persona, por tanto para eximirlo de responsabilidad por los hechos dañosos que los hijos pudieren haber cometido en su ausencia habría que indagar en las razones que llevaron a declararla, y podría admitirse sólo cuando las razones que llevaron a decidirla no le fueren imputable.

5.3. Interdicción o inhabilitación de alguno de los padres

En estos casos es dificultoso determinar si cabe o no la liberación de responsabilidad para el padre que se encuentra en esa situación.

Quien ha sido declarado incapaz por sentencia judicial conforme lo disponen los arts. 140, 141 y siguientes, es porque carece de aptitud para dirigir su persona, se le ha designado a él mismo un representante legal, mal podría pedirse que quien no puede cuidar de sí lo haga con relación a sus hijos. Mientras dure la interdicción no está en condiciones de ser responsable de sus propios actos salvo por razones de equidad, conforme el art. 907, por tanto estimo que si bien no ha perdido la titularidad las particularidades del caso permitirían eximirlo pues carece de conciencia de sí y de terceros.

En cuanto a los inhabilitados el art. 309 suspende en el ejercicio a los comprendidos en los incisos 1 y 2 del art. 152 bis, es decir ebrios consuetudinarios o toxicómanos, y débiles mentales. Con respecto al primer inciso en general se admite que estas personas padecen una enfermedad, una adicción que si no ha llegado a afectar sus facultades mentales al me-

nos ha quebrado su voluntad, tampoco podría pedírseles que cuiden, asistan o eduquen a sus hijos, sino que primero deben ellos recuperarse. Si se acepta que se trata de personas que deben superar una enfermedad y que en la mayoría de los casos, por lo prolongado del consumo, se ven afectadas también las facultades intelectuales habría razones para hacer lugar a la eximición de responsabilidad.

En cuanto a los débiles mentales si bien su situación no es idéntica a la de los dementes, no gozan de la plenitud de sus facultades intelectuales aproximándose a las caracterizaciones expuestas con relación a los interdictos. Análogas razones a las allí mencionadas justificarían relevarlos de responder.

5.4. Privación de la patria potestad

Se trata de una sanción impuesta a los padres en casos de suma gravedad previstos en el art. 307 del C.C. En caso de privación de la patria potestad a uno de los cónyuges, el otro asume unilateralmente el ejercicio de la patria potestad según lo dispone el art. 264, inc. 3º; y por ende conforme el segundo párrafo del artículo 1114, por ser quien tiene el ejercicio resultará exclusivo responsable.

En mi opinión, la privación de la patria potestad a uno de los padres no debe conducir a la liberación de responsabilidad ya que, precisamente, esa privación es impuesta como una sanción por el incumplimiento de los deberes que le corresponden frente al hijo. No parece justo que tras que no cumplió sus obligaciones ante el descendiente, tampoco lo haga frente a los terceros posibles damnificados, y quede en este supuesto como único responsable el progenitor que sí cumplió como padre.

El art. 13 de la ley 10.903 (hoy derogada) ³⁹ se orientaba en esa tendencia cuando determinaba: “la privación de la au-

³⁹ Ley 26.061, art. 76. Derógase la ley 10.903, los decretos nacionales: 1606/1990 y sus modificatorias, 1631/1996 y 295/2001. Art. 71. Transitorie-

toridad o suspensión de su ejercicio no importan liberar a los padres de las obligaciones impuestas por los arts. 265, 267 y 268 del C.C. si no fueran indigentes”.

La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes mediante el art. 73 sustituye el art. 310 del Código Civil, por el siguiente:

Art. 310: “Si uno de los progenitores fuera privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, el juez proveerá a la tutela de las personas menores de edad”.

Propicio de *lege ferenda*, tal como lo hace Kemelmajer de Carlucci, la incorporación de una norma similar a la que contiene la legislación española, en el sentido de que: “*La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que el Código le impone respecto de sus hijos*”.

Conclusiones

- Cabe atribuir responsabilidad a ambos progenitores mientras conserven la titularidad de la patria potestad y no sólo a quien detenta el ejercicio.

- Si el fundamento de la responsabilidad paterna deviene de la condición de garantes que los padres asumen por los hechos dañosos de sus hijos menores, no corresponde distinguir entre titularidad y ejercicio ya que la responsabilidad deviene de la patria potestad.

dad. En un plazo máximo de ciento ochenta (180) días corridos prorrogables por igual plazo y por única vez, el Poder Ejecutivo nacional arbitrará las medidas necesarias incluidas las afectaciones presupuestarias y edilicias, que garanticen la contención y protección de las niñas, niños y adolescentes, comprendidos dentro del marco de la ley 10.903 que se deroga.

- La ruptura del vínculo entre los esposos no significa la pérdida de la titularidad sino un modo de ejercicio diferente.

- Discrepamos con la respuesta que da la ley en caso de que los padres no convivan, segundo párrafo del artículo 1114 del C.C. Consideramos que los criterios imperantes en la actualidad en el derecho de daños exigen brindar a los perjudicados por estos hechos la posibilidad de contar con una indemnización factible y la regulación normativa vigente no da la respuesta más apropiada para ello.

- Si bien acepto que en los casos de divorcio, separación personal o nulidad de matrimonio, la relación entre padres e hijos se torna diferente, ya que no se comparten los actos simples de la vida cotidiana, creo que continúa la posibilidad de participar e intervenir, en los actos más trascendentes y cooperar en todo lo que tenga repercusión en la formación del hijo. Por consiguiente, ni aun bajo un fundamento subjetivo, resulta justificado eximir de responsabilidad al padre no conviviente en caso de divorcio o de separación de cuerpos, frente a la víctima subsiste una responsabilidad solidaria de ambos progenitores.

- Esto requiere confirmar y ampliar una tendencia ya observada como es la de sujetar a una visión amplia la condición de cohabitación. La falta de convivencia puede dificultar el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, pero no lo hace imposible. O al menos, no en todos los casos.

- En caso de divorcio o separación de hecho, en principio, responden ambos progenitores. Sin perjuicio de ello, según las circunstancias del caso podrá el juez eximir a uno de ellos.

- Para el supuesto de privación de la patria potestad propicio, de *lege ferenda*, la incorporación de la siguiente disposición: “La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que el Código le impone respecto de sus hijos”.

IX. ANÁLISIS DEL SISTEMA JURÍDICO. REQUISITOS

1. Minoridad

El actual art. 1114 del C.C., instituye la responsabilidad de los padres frente a terceros por daños causados por sus hijos menores cualquiera fuere su edad, sólo requiere que tengan menos de dieciocho. La edad se computa al momento de la comisión del hecho ilícito, pues en ese momento nace la relación jurídica que obliga a resarcir, el hecho de alcanzar la mayoría de edad durante el proceso no tiene relevancia a los efectos de la liberación paterna. Ha sido resuelto de este modo en reiteradas oportunidades por los tribunales de nuestro país ¹:

¹ Fallos todos anteriores a la ley 26.579, pero cuyo criterio resolutorio no tiene por qué variar: CNCom., Sala B, 9/9/1997, "Poblete, Carlos v. Muller, Germán s/ Daños y perjuicios": "Si se deduce acción judicial contra un automovilista -menor de edad- y sus padres, por el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de un accidente en virtud del cual, el pretensor, mientras circulaba en bicicleta fue embestido frontalmente por el rodado, resulta improcedente que el accionado oponga la excepción de falta de legitimación pasiva con fundamento en su minoría de edad al momento del inicio de la acción. Ello, pues el C.C.: 1114, hace solidariamente responsables a padres e hijo mayor de 10 años. La responsabilidad que el C.C. adjudica a los padres tiene fundamento subjetivo según la normativa citada (ley 23.264). El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años... en estos supuestos los padres tienen responsabilidad indirecta y los hijos responsabilidad directa, con una obligación concurrente entre ellos. La víctima tiene acción contra los padres y contra el hijo".

"La responsabilidad por el hecho ajeno que consagra el art. 1114 C.C., compromete a los padres por los hechos ilícitos que le son imputables a sus hijos y que fueron cometidos durante su minoridad, sin que la alternativa de

“... el crédito que conforma la indemnización de fuente cuasidelictual, nació cuando su autora material era menor de edad y por ende encontró como deudores concurrentes, no sólo a ella, sino también a sus padres, quienes no pueden verse liberados -como si se tratara de una causal de extinción de las obligaciones- por la ulterior mayoría de edad que alcanzara la hija de ambos. Predicar lo contrario llevaría a consagrar una igualmente irrazonable causa de exoneración de los principales cuando son responsables por el hecho de sus dependientes (art. 1113, primer párrafo del C.C.), puesto que a aquéllos les bastaría el rápido arbitrio de cortar la relación de dependencia *a posteriori* del hecho ilícito, para quedar liberados de toda responsabilidad”. “P.J.C. c/ O.R. s/ daños y perjuicios”, CNCiv., 10/3/1998.

“El conductor menor de edad era responsable de los hechos que aquí se juzgan. La responsabilidad de sus padres quedó fijada al momento del hecho, añadida como responsabilidad refleja por el hecho del hijo. Mientras la pretensión contra ellos no quedara prescripta, la acción continúa expedita aun cuando, antes, el hijo alcanzase la mayoría de edad y sin perjuicio, como queda dicho, de la responsabilidad personal de éste”. “Witis, Julio Carlos y otro c/ Ceí, Diego Oscar s/ daños y perjuicios”, CNCiv., 29/4/2003.

que estos alcancen la mayoría de edad durante su minoridad, sin que la alternativa de que estos alcancen la mayoría de edad durante la sustanciación del proceso donde se debata la responsabilidad, tenga ninguna relevancia para consagrar la liberación de aquéllos, respecto de una obligación reparatoria que había nacido desde el momento de la configuración del hecho dañoso. En efecto, si el crédito que conforma la indemnización de fuente cuasidelictual, nació cuando su autor material era menor de edad y por ende encontró como deudores, no sólo a él, sino también a sus padres, quienes no pueden verse liberados por la ulterior mayoría de edad que alcanzara el autor del hecho dañoso”, CNCiv., Sala D, 27/5/1997; “Villegas, Luis y otro v. Elser, Oscar A.”, J.A., 2001-III-síntesis, LexisNexis, sumarios, 3/8/04.

Conf. ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 696 vta.

La ley 23.264, al modificar el art. 1114, quitó toda referencia a si el hijo cuenta con más o menos de 10 años, y a su vez derogó el art. 273 del C.C., por lo que ha desaparecido la cuestión largamente debatida respecto de la aparente colisión entre ambas disposiciones ².

Desde el derecho romano, la edad parece ser el primer factor de variación del margen de autonomía en el actuar de los menores. Indudablemente, el transcurso del tiempo es trascendente ya que influye en el discernimiento (aptitud natural para conocer en general, razonar), la madurez, formación de criterio, templanza, prudencia, que van progresivamente acrecentándose con los años, de allí que el legislador vaya ampliando la capacidad de obrar de acuerdo a la importancia del acto y sus consecuencias según la materia de que se trata. Por ello, la autonomía del menor aparece como una *libertad de geometría variable*.

Al hacer referencia a la responsabilidad del menor, especialmente en doctrina italiana, se distingue entre la “capacidad de entender” y la “capacidad de querer”, y aunque nuestro Código Civil no lo expresa en esos términos es la razón por la cual Vélez Sársfield estableció en diez años la edad de la imputabilidad para las consecuencias de los actos ilícitos y en catorce la facultad de ejercicio de los actos lícitos. La capacidad de entender o intelectual supone la representación

² Ver Pedro CAZEAUX - Félix TRIGO REPRESAS, *Compendio de derecho de las obligaciones*, pág. 763 y ss.; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores”, en *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pág. 310 y ss. Con relación a este punto la doctrina y jurisprudencia sostuvo, conciliando ambas normas, que el art. 273 consagraba la responsabilidad directa y personal de los padres por los daños ocasionados por los menores de diez años, en razón de su carencia de discernimiento (art. 921), en tanto el art. 1114 establecía la responsabilidad indirecta o refleja de los padres por los daños que causaren los hijos mayores de diez años, sin perjuicio de la responsabilidad del menor.

anticipada del acto u omisión de que se trate, comprender tanto la entidad del acto que se ejecuta como sus posibles consecuencias, así como valorar su repercusión social. En síntesis, poder representarse el resultado de la actividad y valorar los efectos de la conducta de que se trate.

La capacidad de querer o volitiva, depende de la anterior y significa que el sujeto es apto para determinarse de forma autónoma, resistiéndose a los impulsos. Se suele identificar con el libre albedrío: el hombre que actúa es libre porque su acto es voluntario y se manifiesta en dos tiempos: puede actuar o no actuar, ésta es la libertad de ejercer, y por otro lado puede elegir entre un acto u otro. El sujeto tiene conciencia del acto que realiza y ha de poder ejecutarlo y quererlo autónomamente, eso implica actuar con voluntad libre.

Mientras el elemento intelectual supone que se posee capacidad suficiente para valorar el hecho en orden a su licitud o ilicitud, el elemento volitivo se refiere a la presencia en el sujeto de un poder de voluntad necesario para adecuar su conducta al mandato normativo.

Lo que el legislador aprecia y, en consecuencia, se refleja en los textos legales es que la madurez y posibilidad de reflexión se acrecientan con el avance biológico, por ello en el ámbito jurídico se otorga paulatinamente una mayor autonomía de acuerdo al crecimiento cronológico. Este incremento en el margen de actuación libre, se puede verificar tanto en lo concerniente a la esfera de los derechos de orden personal del menor como en su actividad patrimonial³.

Este criterio persiste luego de la ley 26.579 ya que, si bien se reduce la edad para adquirir la plena capacidad civil, en el

³ Para un desarrollo más completo del tema ver entre otros Daniel Hugo D'ANTONIO, "Las distintas etapas de la minoridad: Menores impúberes; con discernimiento y adultos", en *Revista de Derecho de Daños*. 2002:2, Menor dañado y menor dañado. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 64; María Emilia LLOVERAS, *Lecciones de derecho civil*, Córdoba, Advocatus, 1990, Cap. VII, pág. 148 y ss.

art. 127 C.C. mantiene las categorías de menor impúber, menos de 14 años, y menor adulto, a partir de los 14 años y hasta los 18.

Los catorce años señalan maduración en cuanto a la capacidad de obrar del menor, permitiéndosele por ende la realización de ciertos actos por sí solo; desde los catorce años puede reconocer hijos extramatrimoniales, art. 286.

En otros casos, que el legislador entiende de mayor “gravedad”, para poder actuar necesita la autorización del representante legal; art. 264 quater del Código Civil.

En el ámbito de las actividades patrimoniales, el menor adulto que ha obtenido título habilitante conforme el art. 128 puede ejercerlo por cuenta propia sin necesidad de autorización, en consecuencia, podrá ser remunerado por su trabajo, tratar en la justicia la defensa de sus derechos profesionales.

Un aspecto de gran incidencia en el tema de la responsabilidad civil, es la posibilidad de obtener carnet habilitante para conducir automotores a partir de los diecisiete años con autorización de sus representantes⁴, y aun sin necesidad de alcanzar esa edad el menor puede conducir bicicletas, ciclomotores, etc. Por supuesto el problema tenía mayor presencia cuando la mayoría se alcanzaba a los veintiuno.

Esta extensión de la libertad del menor genera una mayor posibilidad de causar daños, y si bien en el aspecto civil ya a los diez años se puede imputar un acto y por ende atribuir responsabilidad directa al autor del hecho (art. 921 C.C.), en la realidad los niños o adolescentes pocas veces cuentan con un patrimonio solvente, razón por la cual en la mayoría de los casos se demanda a los padres de modo conjunto o como exclusivos responsables a efectos de lograr la reparación de los daños.

⁴ Si bien, la mayoría de las veces el menor conduce el vehículo de propiedad de sus padres por tanto éstos están obligados a responder no sólo por su condición de progenitores, sino como propietarios de la cosa riesgosa. Suficientes razones para tomar un seguro de responsabilidad civil apropiado.

1.1. Modificación de la edad para alcanzar la mayoría

Desde hacía tiempo se había abierto en nuestro país el debate jurídico acerca de si debía o no reducirse el límite para alcanzar la mayoría de edad.

En el año 1987 la ley 24.032, vetada en su totalidad por el Poder Ejecutivo, establecía que “Son menores las personas que no hubieran cumplido la edad de dieciocho años”.

Luego en el año 1992 el Proyecto de la Comisión Federal, fijaba también la mayoría de edad a los dieciocho años, con las consecuencias que se derivan de ello; éste parece ser el antecedente directo del Proyecto de Unificación del año 1998 ya que guarda gran similitud en el contenido, extensión del régimen de previsión y seguridad social.

El Proyecto de la Comisión Honoraria creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95 (llamado Proyecto de 1998) impulsó eliminar la distinción entre menores impúberes y adultos, ordenando la menor edad sólo hasta los dieciocho años para conciliarla con la tendencia universal de la legislación comparada y en particular a la realidad legislativa de los países del Mercosur. Se intentó con ello asegurar el libre desplazamiento de las personas y la libertad de establecimiento.

En el año 2006 el Senado dio media sanción a un proyecto de ley que -por medio de una modificación del Código Civil- baja el límite de la mayoría de edad de 21 a 18 años; pero mantiene la obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos hasta la edad de veintiún años en virtud de lo proyectado en el art. 265, salvo que “el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

También prevé expresamente la derogación de los arts. 10, 11 y 12 del Código de Comercio, aclarándose que toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los dieciocho años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extenderían hasta los veintiún años, salvo que las leyes indicaren una edad distinta.

Entre los fundamentos de este último proyecto se reiteran consideraciones en orden a respetar la dignidad de los jóvenes, necesidad de adecuar el derecho civil al orden constitucional, armonizar con el derecho vigente en los países del Mercosur, etcétera. En materia previsional y de seguridad social, los beneficios que se extendían hasta los 21 años, dentro de esa excepción se cuenta la obligatoriedad de los padres a mantener a sus hijos (alimentación, educación, vivienda, vestimenta) hasta esta edad.

Muchas voces autorizadas en doctrina nacional apoyaban la reforma, por caso Cecilia Grossman. La jurista, a la par que resaltaba el acierto de la modificación, reflexionaba sobre la conveniencia de prolongar la obligación alimentaria hasta los 25 años en caso de que el hijo estudie, pues así lo indica como necesario la realidad, alguien que está en pleno desarrollo de su etapa de formación si no cuenta con el apoyo material de sus padres para sustentarse se ve obligado a relegar o abandonar los estudios, situación que se agrava en el caso de matrimonios separados⁵.

Así como existieron expresiones de apoyo a la modificación, también las hubieron adversas. La presidenta de la comisión de la Cámara baja, en esa oportunidad Ana María Monayar, adelantó su posición en contra: *“cuando se habla de bajar la mayoría de edad se habla de los derechos (de los jóvenes) pero no de las obligaciones”*, sostuvo además que *“no hay una madurez a los 18 años para asumir las obligaciones que asumimos los mayores de edad, más en una época donde se cree que la edad de la adolescencia está aumentando igual que la vida útil de las personas”*⁶.

⁵ Cecilia P. GROSMAÑ, Reunión de la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 3 de octubre de 2006, citada por Marcos M. CÓRDOBA, en “Anticipación de la mayoría de edad. Modificación de la pauta objetiva para determinar la absoluta capacidad de las personas”, La Ley, 17/10/06, 1.

⁶ Diario La Nación, Buenos Aires, 27/11/05.

Estos debates hoy se han tornado abstractos por imperio de la ley 26.579, que a partir de diciembre de 2009, fija en 18 años la mayoría de edad.

Más allá de la posibilidad de acordar o disentir sobre la conveniencia o inconveniencia de la reforma para el propio menor y sus padres, desde la óptica de la responsabilidad civil también el cambio tiene incidencia sobre posibles terceros afectados. Indudablemente, el art. 1114 se ve alcanzado por la innovación, en consecuencia la responsabilidad de los padres culmina a los 18 años.

Se genera aquí un punto de tensión que plantea una difícil cuestión a resolver. Una vez alcanzados los 18 años se espera que el individuo pueda distinguir lo bueno de lo malo, que haya logrado madurez de juicio, nociones de ética, basadas en el principio de no dañar al otro ni en su persona ni en sus bienes, cuestiones que deben aprenderse desde pequeño.

Pero ante las potenciales víctimas de hechos dañosos ocasionados por estos jóvenes se abre un panorama poco halagüeño. Los psicólogos y sociólogos coinciden en que la madurez en la juventud actual se alcanza normalmente a edades superiores a los 18 años, e incluso a los 21, que hay un estiramiento de la adolescencia hacia edades muy superiores a las de antaño, a lo que se suma la crisis económica y la desocupación que afectan muy particularmente a los jóvenes, los cuales no han alcanzado aún la experiencia y formación imprescindibles para acceder a un mercado laboral restringido y fuertemente selectivo. Por ello, los jóvenes siguen viviendo en la casa paterna, muchas veces por necesidad; los que estudian, a los 18 años están apenas terminando la escuela secundaria y los que inician su etapa universitaria lo hacen en carreras cada vez más complejas que requieren posgrados, a menudo pagos, que generan obligaciones frecuentemente sustentadas por sus padres; y quienes trabajan recién empiezan su inserción laboral. Sin duda esto demuestra que pocas veces habrá un patrimonio solvente con el que se pueda afrontar el pago de las indemnizaciones.

Se trata de una cuestión compleja. Desde lo normativo, es adecuado armonizar la legislación argentina con la mayoría de

los países extranjeros, en especial con los que integran el Mercosur, estableciendo en 18 años la mayoría edad. Pero el derecho debe atender a la confrontación entre norma y hecho social, a las necesidades para las que rige, y la realidad indica que en nuestro país la autonomía en las decisiones y la solvencia patrimonial no se adquieren a esa edad. Por ello, si bien no tiene cabida ya el debate sobre la conveniencia o no de adoptar modificaciones en el tema, se impone la necesidad de inculcar en los jóvenes -y adultos- el valor del respeto al otro, el sentido del esfuerzo, la perseverancia como forma de obtener logros que primero brindan satisfacciones de orden personal, en lo psicológico crean autoestima y luego permiten alcanzar resultados económicos⁷. Descreo en la posibilidad de que una transformación legislativa por sí sola lleve a una evolución favorable en las conductas individuales de los jóvenes, sino que para ello es necesaria la participación comprometida en primer lugar de los padres, acompañada de acciones de los diferentes poderes del Estado, de los educadores, en fin, será con la suma de aportes singulares de quienes integramos la sociedad que se podrán inculcar valores de respeto por el otro, y evitar conductas irresponsables que perjudican a alguien en particular y a la sociedad en su conjunto.

Pero pese a las dificultades que puede representar para los terceros, lo cierto es que reducida a 18 la edad para alcanzar la mayoría no hay razón jurídica para obligar a los padres a responsabilizarse por el actuar de aquellos con los cuales ya no hay vínculo legal de patria potestad.

2. Otras formas de reparación a cargo de los menores

Ante esta realidad, estimo conveniente insistir en generar mecanismos de indemnización de daños o, al menos de

⁷ La idea de que hay que llegar al éxito, entendiendo por tal el poseer dinero de modo rápido o alcanzar fama efímera en algún medio de comunicación, pues de lo contrario se es “un fracasado”, ha causado grandes perjuicios a nivel social.

compensación para las víctimas, diferentes al resarcimiento patrimonial ya que las más de las veces el autor responsable carecerá de patrimonio suficiente como para ofrecer la reparación integral. Claro está que esto debe ir acompañado de campañas de información y difusión a la población que faciliten la aceptación de los mismos.

Si bien generalmente los daños se resarcen por su equivalente pecuniario no hay que dejar de lado la reparación en especie, que por otra parte es la que nuestro sistema normativo prevé en primer término. En el tema particular que nos ocupa, la realidad presenta numerosas situaciones donde los daños que el menor ocasiona no son tan graves desde lo económico o bien admiten una reposición de las cosas al estado anterior, lo que generalmente acaece y es aceptado por los afectados, por ejemplo: pintura de paredes, rotura de vidrios o cercos, reparación de bicicletas, daños en espacios públicos, etc., o insultos o agravios verbales que admiten retractaciones.

Otros países, por caso Brasil y España, cuentan con normas que contemplan formas de reparación a cargo del propio menor que merecen considerarse como factibles de adaptar a nuestro medio.

En Brasil el Estatuto de la Niñez y Adolescencia, ley 8069 de 13/9/1990⁸, en el art. 116 dispone la responsabilidad personal por daños cuando una infracción tenga consecuencias patrimoniales. En estos casos la autoridad podrá disponer que el menor restituya la cosa, promoverá la *reparación del daño o que de otra forma, se compense el perjuicio de la víctima*; y en caso de imposibilidad manifiesta, la medida podrá ser sustituida por otra adecuada, disponiéndose en el artículo siguiente sobre la prestación de servicios comunitarios consistente en la realización de tareas gratuitas en entidades asistenciales, hospitales, escuelas u otros establecimien-

⁸ En el art. 2º, considera niño a la persona hasta los 12 años, adolescente a aquel que se encuentre entre los 12 y los 18 años.

tos similares. Las tareas se determinarán conforme las aptitudes del adolescente y se cumplirán con una jornada máxima de 8 horas semanales, incluso fines de semana, de modo de no perjudicar las obligaciones escolares o de trabajo. Considero que esto colaborará para que al menos a quien resultó víctima, no le quede la sensación de indiferencia o intrascendencia del perjuicio sufrido.

En España la L.O. 5/2000, del 12 de enero del 2000, que regula la responsabilidad penal de los menores tiene un propósito sancionador-educador⁹. Esta ley se aplica a los menores mayores de 14 años y menores de 18, que hayan cometido algún ilícito tipificado penalmente. Si el responsable es menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios sus guardadores, y el perjudicado puede optar por tramitar por separado de la acción de responsabilidad penal la responsabilidad civil, o en su defecto se hará ante el juez de Menores. Sin que la conciliación entre el menor y la víctima afecte a la responsabilidad civil, sino con el propósito de que sea el propio autor quien asuma responsabilidad ante el perjudicado, la ley prevé distintas posibilidades: a) de que se llegue a una conciliación entre el menor y la víctima, cuando “el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, b) que el menor asuma el compromiso de reparar el daño causado a la víctima realizando determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su ejecución efectiva. En estos casos interviene un equipo técnico multiprofesional (psicólogo, educador, trabajador social), c) también puede comprometerse a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico que interviene.

⁹ Sigo en el desarrollo a Silvia DÍAZ DE ALABART, “Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores: el art. 19 de la LORPM”, en *Estudios de responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Madrid, Ciudad Argentina-Dykinson, 2001, pág. 79 y ss.

Algunos ejemplos de compromisos que podrían asumir los menores, según la edad y entidad del perjuicio, son: pintura de paredes, limpieza y restauración de éstas u otros objetos, colaboración con entidades de bien común, asistencia a cursos especiales de formación o capacitación, en fin, especies de reparación por equivalencia que lleven a que el causante del daño reflexione, recapacite, evite en el futuro esas conductas, ya que como dice Silvia Díaz Alabart, en caso de indemnización dineraria, seguramente el dinero no saldrá de su bolsillo sino del de su guardador. Desde ya que este sistema requiere implementar un riguroso régimen de control a cargo de equipos técnicos del cumplimiento efectivo de la medida, de lo contrario quedaría en una simple expresión de buenas intenciones.

Creo que de este modo se acerca una posibilidad más para satisfacer los reclamos individuales o sociales y por otra parte, ayuda a inculcar el respeto por los demás al tener que afrontar las consecuencias de un actuar disvalioso. Sería una forma de colaborar para que el derecho cumpla la función que algunos autores denominan *función demarcatoria* entre aquello que está permitido, es decir dentro del libre ámbito de actuación y aquello que está prohibido por la norma, que no necesariamente tiene que estar tipificada, sino que normalmente, es una norma fundamental de comportamiento o norma de civilidad. Quien es encontrado responsable de un daño inmediatamente adquiere la certeza de que lo que hizo está mal, aun si esa responsabilidad es objetiva. Su condena debe servirle de ejemplo a él y a los demás. Se trata en definitiva de conocer el costo de la libertad de actuar y de saber que si no hay una buena razón que justifique eximirse es el individuo mismo quien tiene que cargar con esos costos.

3. Hipótesis particulares

Alcanzada la edad de dieciocho años, cesa la responsabilidad paterna, no caben en este sentido dudas pues ese hecho indica el cese de la patria potestad. Diversas situaciones que

suscitaban interrogantes han sido resueltas por la modificación legal, ley 26.579, como eran la situación del menor emancipado civil ya lo fuera por matrimonio o habilitación de edad, o al emancipado comercial, etc.

Haremos una breve referencia a algunas hipótesis especiales.

3.1. Menor que trabaja

El art. 128 del C.C. autoriza al menor adulto, mayor de 14 y menor de 18, a ejercer profesión por cuenta propia si ha obtenido título habilitante, sin necesidad de ninguna autorización, del mismo modo no requerirá conformidad alguna para administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo.

La ley 26.390, modificatoria de la ley 20.744, que regula lo referente al trabajo de menores, fue sancionada el 4/6/2008 y promulgada el 24/6/2008. Elevó la edad mínima para la admisión en el empleo de 14 a 16 años de edad, con la única excepción de los menores que trabajan en la empresa familiar, donde se les permite laborar a partir de los 14 años, en jornadas de tres horas diarias y no más de quince semanales, en la medida en que cumplan con la escolaridad y obtengan la autorización de las autoridades administrativas pertinentes.

Estos jóvenes se encuentran en situación dual, pues continúan bajo la autoridad y poder de sus padres respecto de la generalidad de sus actos, pero son independientes de ellos para administrar y disponer libremente y sin control alguno el peculio ganado con su profesión, y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a esas actividades. Reiteramos, estos menores tienen una situación jurídica compleja: según la actividad que realicen requerirán o no autorización de sus padres.

Es precisamente esa dualidad en cuanto al estatus jurídico lo que suscita dudas en los casos en que estos menores

ocasionan daños. Considero que, en principio, será preciso establecer claramente cuál es el origen del daño, cuál fue la causa idónea que llevó a provocar el resultado, pues eso determinará que la responsabilidad de los padres subsista o cese. Cesará con relación a los actos dañosos que provengan o se vinculen al desempeño del trabajo, pero se mantiene en todos aquellos supuestos dañosos que no guarden vinculación con la actividad laboral puesto que la patria potestad sobre los menores que han cumplido catorce o dieciséis años no concluye, ni tampoco con respecto a los menores diplomados. Pero no cabe duda de que la capacidad laboral complica el ejercicio de la patria potestad, y es en este punto donde se presenta el mayor problema para las potenciales víctimas.

La educación, la cultura, la evolución de la economía y el mercado del trabajo inciden en este tópico. Las posibilidades de inserción laboral de los jóvenes en nuestro país son reducidas, salvo algunos planes gubernamentales con escasa remuneración, o contratos precarios de corta duración que no permiten adquirir bienes que otorguen el consiguiente respaldo económico como para formar un patrimonio solvente. Según informaciones estadísticas de los últimos años en Argentina hay 1.300.000 jóvenes de entre 15 y 24 años que no trabajan, ni estudian ni buscan empleo, aunque en publicaciones más recientes esas cifras se reducen¹⁰. A ello debe agregarse la prolongación de la adolescencia que vive nuestra sociedad actual, lo que se traduce en inmadurez en las conductas y actos. Estos y otros factores de orden socio-cultural hacen aún más compleja la asunción por parte de los adolescentes de obligaciones por las consecuencias dañosas de sus actos¹¹.

¹⁰ Según datos aportados por La Nación Revista, 30 de enero de 2005, pág. 20, *“De los 12,9 millones de menores de 18 años que hay en la Argentina, 7 millones viven en hogares pobres. De ellos, 2,9 millones son indigentes. En el Noroeste, la pobreza entre menores de 18 años llega al 60%; en la Capital es del 20% y en el segundo cordón del Gran Buenos Aires hasta Luján, llega al 60%”*.

¹¹ En el aspecto educativo, se advierten graves deficiencias que, de manera contundente, se reflejan en lo que expresa el médico especialista en

Ahora bien, todos los inconvenientes enumerados no justifican que persista la responsabilidad de los padres cuando la causa del daño tiene su origen en el desempeño laboral. Pretenderlo resulta arbitrario pues falta uno de los elementos de la responsabilidad civil: el nexo adecuado de causalidad. Si la causa idónea del daño se encuentra relacionada con la actividad del menor como trabajador por cuenta ajena, no hay razón jurídica para sindicarlo a los padres como responsables, pues la relación causal indica que el origen de ese resultado dañoso está vinculado a otro responsable. Decidir lo contrario resultaría injusto, pues la función de ese presupuesto es precisamente indicar quién debe responder en razón del nexo entre el daño y el responsable.

Cuestión diferente es si ese responsable es solvente o no, pero de ningún modo una posible insolvencia puede justificar una responsabilidad paterna inexistente.

En este sentido se pronuncia López Mesa al sostener que subsiste la responsabilidad del padre en cuanto a los hechos ilícitos en general, pero con relación a los hechos originados en la actividad laboral o en el desempeño profesional para los que está habilitado, la responsabilidad será propia del menor y no de su padre¹².

Algunos proyectos de modificación del Código Civil, establecieron la liberación paterna en estos casos, así el proyecto de 1992 dice en el art. 1586: "Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al

medicina del trabajo Eduardo Palacio: "Sabemos que el trabajo dignifica a la persona, pero es imprescindible señalar los aspectos desafortunados de nuestra educación y cultura, porque hay una connotación negativa con respecto al esfuerzo y al trabajo. Los jóvenes reclaman empleo, pero no están preparados para el esfuerzo, tampoco técnicamente", La Nación Revista, 30 de enero de 2005, pág. 20.

¹² Félix A. TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III, pág. 158. Igual criterio sustentan: LLAMBIAS, *Tratado... Obligaciones*, t. IV-A, pág. 355 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *Código Civil...*, Belluscio (dir.), ZANNONI (coord.), ob. cit., t. 5, pág. 610.

ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por los incumplimientos contractuales de sus hijos”. El Proyecto de 1998 regula en el art. 1659: “Los padres no responden: a) por el daño causado por sus hijos en el ejercicio de su profesión, de funciones remunerables encomendadas por terceros, o de aprendizaje permanente o transitorio”.

Para Mosset Iturraspe¹³ al proponer un fundamento objetivo para la responsabilidad paterna, no resulta tan claro que el hecho de que el hijo que trabaja actúe bajo su exclusivo control exima a los progenitores, ni tampoco que la responsabilidad del patrón por los hechos cometidos con motivo o con ocasión del trabajo desplace a la de los padres. Se pregunta qué pasaría si el menor ocasiona *daño al patrón*, por ejemplo sustrajera efectos de pertenencia del empleador; o si quien reviste la calidad de principal son los padres. Como respuesta al primer interrogante planteado por el profesor santafesino, pienso que la situación ejemplificada podría subsumirse en la expresión *ocasión de la función*, el desempeño laboral facilita la producción del hecho, pero no es su causa; ésta se encuentra en la actitud deshonesto del empleado que nada tiene que ver con el trabajo, sino que lo que allí falló fueron los deberes paternos, por lo tanto ante el empleador subsistirá la responsabilidad parental, habrá dos responsables el propio menor y sus progenitores. Para el caso de que coincida el carácter de empleadores con el de padres, éstos responderán como tales o como principales por el hecho de su dependiente, es decir las personas responsables serán las mismas pero la causa de la obligación será diferente según cuál sea el origen del daño, a lo que se agrega la responsabilidad a título propio del menor.

¹³ Jorge MOSSET ITURRASPE, “Daños causados por menores de más de 10 años. Responsabilidad del menor. La situación de los padres. La vigilancia activa. Los eximentes”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2002:2, ob. cit., pág. 164.

Una hipótesis particular fue resuelta por una Cámara Nacional Civil, el padre no revestía el carácter de empleador, pero sí compartían tareas, por tanto el Tribunal establece en alguna proporción la responsabilidad paterna dada la mayor posibilidad de control sobre la conducta del menor. El padre trabajaba como playero en una estación de servicio y el hijo le ayudaba a sacar los vehículos y a despachar nafta, por lo cual generalmente acomodaba los vehículos en la playa. Es así que subió al vehículo de propiedad de un cliente con el fin de ingresarlo desde la calle a la playa de la estación, pero acompañado con su amigo, decidieron dar una vuelta con el auto; al trasponer un badén, perdió el dominio del volante y fue a embestir a automotores estacionados en la mano contraria, en forma de cadena, provocando lesiones a una persona que se hallaba entre dos vehículos estacionados. En la estación de servicio no le estaba permitido conducir los vehículos por la calle, pero sí maniobrar y estacionar los mismos en la playa de dicha estación o bien en las inmediaciones. Dijo el Tribunal: “No se me escapa que el padre trabajaba en la empresa demandada junto con su hijo, lo que implica una doble posibilidad, como padre y empleado, para control de la conducta del menor de 13 años y determinar los recaudos necesarios para el desarrollo de sus tareas, aquél consintió que manejara los automóviles. Por otra parte, resulta más reprochable aún que la empresa autorizara la actividad del menor en esas circunstancias, por lo que es justo y equitativo establecer la responsabilidad de la “Estación de Servicio Urquiza S.R.L. en un 85% y el 15% restante a G. R. O. y R. A., como padres del menor”¹⁴.

Finalmente, para el caso de duda acerca de si el daño está o no comprendido en uno u otro ámbito de actividad del menor, cabe concluir que subsiste la responsabilidad del art. 1114, que sienta un principio general.

¹⁴ “Monaco, Oreste Alejandro c/ G., R. O., s/sumario”, CNCiv., 28/8/1997.

3.2. *Menores emancipados*

Según se dijo con anterioridad, los interrogantes que esta institución planteaba han perdido razón de ser.

El art. 131 de la ley 26.579, por lógica, al reducir la edad para la mayoría a los dieciocho años suprime la emancipación dativa; y respecto de la matrimonial, normada en los dos primeros párrafos del artículo, básicamente mantiene lo preexistente con la sola salvedad de que, en el caso de que el matrimonio se hubiera celebrado sin autorización de sus representantes legales, no tendrán la administración ni disposición de los bienes que hubieran recibido a título gratuito hasta la mayoría de edad.

El art. 166, inciso 5 reitera la reforma ya introducida por la ley 26.449, que fija como impedimento matrimonial para ambos contrayentes el tener menos de dieciocho años. Por ello, se dice que mas allá de que en apariencia la ley 26.579 suprime sólo la emancipación dativa o por habilitación de edad y deja subsistente la matrimonial, en realidad prácticamente lo hace con ambas (o mejor dicho, de hecho lo hace con el instituto de la emancipación civil, a la cual se podía acceder por dos vías, que eran la matrimonial o la dativa). Ello es así por cuanto en la medida en que no haber cumplido los dieciocho años implica un impedimento matrimonial (para el contrayente varón y para la mujer), en principio no habrá efecto emancipatorio alguno, ya que siendo mayores de edad (a partir de la reforma reciente), quienes decidan casarse habiendo llegado a esa edad no necesitan autorización paterna alguna, y cuentan con la libre administración y disposición de sus bienes, tanto los adquiridos con el fruto de su trabajo o profesión como respecto de los habidos a título gratuito¹⁵.

El único supuesto en el cual operaría la emancipación matrimonial sería el del art. 167 (no modificado), que es el que prevé que alguno (o ambos) contrayentes fueran menores

¹⁵ Edgardo I. SAUX, "Mayoría de edad a los 18 años", *La Ley*, 24/2/2010, 1.

de dieciocho años, y se requiera para autorizar el matrimonio la dispensa judicial, que la propia norma califica como “excepcional”, y sólo viable cuando “el interés de los menores lo exigiese previa audiencia personal del juez con quienes pretenden casarse y los padres y representantes legales del que fuera menor”.

3.2.1. Emancipación comercial

La ley 26.579 deroga los arts. 10 a 12 del Código de Comercio, relativos a la autorización conferida a los menores de forma expresa o tácita para ejercer el comercio. Por ende el debate acerca de si la emancipación comercial afectaba o no la patria potestad, y por ende si repercutía sobre la responsabilidad paterna se torna abstracto.

3.3. Padres menores de edad no emancipados

La realidad indica que es cada vez más elevado el número de embarazos adolescentes, por lo que se ha incrementado la paternidad de menores de edad que están ellos mismos sujetos a la patria potestad o eventualmente a la tutela que les sea discernida. En estos casos, el hijo de ese menor de edad está sujeto a la tutela -patria potestad- de uno de sus abuelos o eventualmente a la tutela del tutor del progenitor que tenga al hijo bajo su cuidado y amparo.

Dada la edad biológica de los progenitores el hijo no habrá superado los diez años; si fuere este niño quien ocasiona el daño, comparto la opinión de Elena E. Gunthardt de Leonardi y Analía Massiano, en el sentido de que la responsabilidad recaería sobre el tutor, y no sobre el padre menor pues éstos no tienen la patria potestad de su hijo¹⁶.

¹⁶ Elena E. GUNTARDT DE LEONARDI y Analía C. MASSIANO, “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores”, J.A., 1997-II-839.

3.4. Hijo mayor de edad incapaz

La patria potestad es la institución jurídica que fija los deberes y derechos de los padres con relación a los hijos mientras sean menores, tiene finalidad de amparo y protección mientras el descendiente no alcance madurez suficiente como para actuar por sí en todos los actos de la vida civil, o sea mientras no alcance la mayoría de edad. Para aquellos supuestos en que el hijo cumpla la edad requerida por el sistema para la plena capacidad de hecho, 18 años, pero esté afectado en su salud mental, el sistema argentino requiere para su protección jurídica la declaración judicial de incapacidad por demencia a efectos de que se le designe un curador, no se instituye como lo hace el Código Civil español la patria potestad prorrogada. Generalmente, en el caso de que tramite el proceso de insania, los progenitores son designados curadores.

El art. 1114, en su último párrafo dispone: “Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo”. Por lo tanto, en aquello que correspondiere, caben para los curadores las consideraciones vertidas en este trabajo acerca de la responsabilidad civil de los padres.

Si los padres no han solicitado la declaración judicial de incapacidad para un hijo en esta condición, desde lo legal es persona capaz e imputable desde lo civil. Resultan de aplicación los artículos 921 y 1070 del C.C., con la conocida dificultad que plantea el tema de los “intervalos lúcidos”, que en la práctica deriva en una cuestión de carga probatoria, aspecto que no desarrollo pues excede al propósito de este trabajo.

Ante el supuesto de que el hijo mayor de edad afectado en su salud mental, pero no declarado incapaz, causare un daño cabe atribuirle responsabilidad como autor y será responsable salvo que lograre acreditar que al momento del hecho carecía de discernimiento, en cuyo caso opera la responsabilidad por equidad establecida en el art. 907. Con relación a los padres, en mi opinión cabría la responsabilidad directa del art. 1109 del C.C. por incumplimiento de sus deberes de

protección para con el hijo al no solicitar la declaración de incapacidad pertinente.

Kemelmajer de Carlucci, aporta para el análisis un fallo en el que se responsabilizó a la madre de un mayor incapaz por los daños que éste realizó, con apoyo en el art. 1114 del C.C. pues “si bien la demencia de su hijo no ha sido declarada judicialmente en los términos de los arts. 142 y 144 del cuerpo normativo mencionado, debe responder por los perjuicios que aquél ocasione de acuerdo a su culpa ‘in vigilando’, dado que como guardadora asumió una responsabilidad similar a la de los curadores”¹⁷.

4. Hijo mayor de edad capaz

La normativa vigente impone responsabilidad civil a los padres por los hechos de los hijos menores de edad, por tanto quedan fuera del alcance legal los daños ocasionados por los descendientes mayores de edad, salvo que se tratase de incapaces por razones de salud mental.

¹⁷ Cámara 1ª C., C., Minas, Paz y Trib. de San Rafael, 14/10/05, “Ruston, Carlos A. c/ San Juan, Nélide R.”, RCyS 2006-VII, 177, con nota de Juan Francisco FREIRE AURICH, L.L., Gran Cuyo, 2006 (marzo), 206, “Cabe responsabilizar con apoyo en el art. 1114 del C.C. a la madre de un mayor incapaz por los daños que éste causó al actor -en el caso, envió una carta al empleador del actor injuriándolo-, pues, si bien la demencia de su hijo no ha sido declarada judicialmente en los términos de los arts. 142 y 144 del cuerpo normativo mencionado, debe responder por los perjuicios que aquél ocasione de acuerdo a su culpa ‘in vigilando’, dado que como guardadora asumió una responsabilidad similar a la de los curadores”, citado por Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores. ¿Hacia una responsabilidad doblemente objetiva?”, Lexis N° 00029/000022, RDF 2002-20-11.

La jurista mendocina Aída Kemelmajer de Carlucci, en uno de sus trabajos sobre el tema¹⁸, trae a colación un fallo donde se condenó a un joven mayor de edad y a su madre a abonar una multa en razón de las molestias que ocasionaba el hijo a los vecinos de la vivienda que habitaba junto a su madre, cuando se reunía con amigos. La condena no se funda en el art. 1114 sino que la culpa de la demandada deriva de su pasividad y que con su omisión ha facilitado la transgresión a las normas de convivencia que los arts. 6° y 15° de la ley 13.512.

A pesar de que no se encuentra implicada la responsabilidad civil por daños, merece destacarse el argumento del tribunal en cuanto a que la madre “apañaba” el comportamiento antisocial y agresivo del hijo y de sus amigos, por ello se interpreta que incurrió en conductas omisivas culpables que facilitaron la violación de las normas de convivencia. Una muestra más del criterio riguroso con el que razonan los tribunales a la hora de juzgar los deberes paternos.

Conclusiones

- El autor del hecho dañoso debe ser un menor de edad, ya que es condición de esta responsabilidad la vigencia de la patria potestad.

- Los padres son responsables frente a los terceros por daños causados por sus hijos menores cualquiera fuere su edad, sin que importe si cuentan con más o menos de 10 años.

- En caso de que el menor desempeñe actividad laboral, si la causa idónea del daño se encuentra relacionada con el trabajo, será él personalmente responsable. No hay razón jurídica para sindicar a los padres como responsables, pues el nexo

¹⁸ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores. ¿Hacia una responsabilidad doblemente objetiva?”, Lexis N° 00029/00022.

adecuado de causalidad indica que el origen de ese resultado dañoso está fuera de la esfera de la patria potestad.

- En caso de duda acerca de si el daño está o no comprendido en uno u otro ámbito de actividad del menor, cabe concluir que subsiste la responsabilidad del art. 1114 del C.C., que sienta un principio general.

- Si el autor del daño fuere el hijo de un menor sujeto a patria potestad o tutela, la responsabilidad recaería sobre el representante, y no sobre el padre menor no emancipado pues éste no tiene la patria potestad de su hijo.

X. ANÁLISIS DEL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO EN FUNCIÓN DEL CRITERIO SUSTENTADO

1. Requisitos: convivencia

El art. 1114 del C.C. expresa que los padres son responsables de los daños causados por los hijos menores que “habiten con ellos”¹.

Determinar cuál debe ser la comprensión de ese término es una cuestión que ha suscitado interpretaciones diversas, más o menos laxas, sin embargo ni las más rigurosas han llegado a darle un entendimiento lineal o literal en el sentido de exigir que en el momento de la comisión del daño padres e hijos deban compartir físicamente el mismo techo.

A efectos de que los padres respondan como tales acorde al factor de atribución subjetivo dominante en el pensamiento nacional, fundamentado en culpa en la vigilancia y educación, es necesaria la proximidad física con los hijos menores que supone la habitación en común; pero en general la doctrina de nuestro país ha tenido una concepción amplia del requisito, entendiéndose que no es exigible la cotidianeidad en la cohabitación². Quizás el hecho de que dentro de las obligaciones paternas se le asigne valor preponderante a la educa-

¹ El mismo requisito imponía el art. 273, derogado por la ley 23.264.

² José O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, pág. 407; A. SALAS, “La responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos”, en *Estudios...*, Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III, pág. 173.

ción y al aceptar que este deber se cumple de modo continuo, permanente, aun sin el contacto material directo como sí lo supone la vigilancia, haya permitido esa apertura en el modo de apreciar al requisito. Esta última se exige de modo decisivo con relación al menor de corta edad, pero en los demás casos prevalece la educación como función primordial de la patria potestad.

De todos modos el tema presenta sus bemoles por las variantes que ofrece la realidad. Cuando la habitación en común ha cesado por “motivos legítimos” y ese modo de vida se ha establecido con carácter perdurable, la mayoría de la doctrina entiende que no es razonable mantener la responsabilidad paterna pues ya no se puede ejercer control alguno sobre la persona del hijo ³.

También se ha entendido que cesa la responsabilidad de los padres si el menor ha sido confiado a los abuelos, colocado pupilo en un internado, o ha ingresado a un establecimiento militar; reitero, siempre desde la aplicación de un factor de atribución subjetivo, esencialmente tal como lo manifiesta Bustamante Alsina “culpa en la vigilancia” ⁴. A mi entender corresponde analizar el caso concreto para corroborar qué características presenta por ejemplo, el “confiar el menor a los abuelos”, si es transitorio, esporádico o por el contrario es habitual, y ha llegado a adquirir el carácter de permanente constituyendo prácticamente una guarda de hecho, son hipótesis diferentes donde debe determinarse qué tipo de vínculo mantienen los padres con sus hijos. Por otra parte, la

³ SALVAT-ACUÑA ANZORENA, *Tratado... Fuente de las obligaciones*, ob. cit., vol. IV, pág. 164; AGUIAR, *Hechos y Actos jurídicos...*, vol. III, pág. 79; COLOMBO, *Culpa aquiliana*, pág. 372; BORDA, *Tratado... Obligaciones...*, t. II, pág. 298; Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, t. IV-A, pág. 364 y ss; Acdeel SALAS, “La responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos”, en *Estudios...*, pág. 132; CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual*, t. II, pág. 489; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, pág. 358 y ss.; Félix A. TRIGO REPESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III, pág. 175.

⁴ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, pág. 367.

incorporación a un internado o establecimiento militar encuadraría en el eximente dispuesto por el art. 1115 del C.C.: “si el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona”.

Distinta es la apreciación si la ausencia del menor del hogar familiar se debe a falta de control o vigilancia, es decir resulta atribuible a inconductas o irregularidades paternas, en cuyo caso no podrían los progenitores resultar exentos de responsabilidad.

La falta de uniformidad en la terminología aporta a la complejidad del tema, o dificulta la apreciación acerca de si se verifica o no el requisito legal, “habiten con ellos”, “estén bajo su guarda”, “quien ejerce la tenencia” “convivan con ellos”, ¿son expresiones equivalentes o difieren? Esta cuestión ya fue expuesta en el capítulo VIII al referirnos a “Personas responsables”, y se llegó a la conclusión de que el deber paterno no puede quedar reducido a fijar el domicilio, por tanto es preferible la utilización de la expresión “guarda” como un término más abarcador, que refleja mejor la idea de la función esencial a cumplir: formación integral que permita al menor llegar en las mejores condiciones a la edad adulta, por el bien de sí mismo y de la sociedad.

Considero que en la actualidad, aun bajo la aplicación de un fundamento basado en la culpa, el requisito de cohabitación debe ser interpretado según las circunstancias que la vida contemporánea presenta manteniendo por tanto una concepción extensa, llegando si fuera necesario a otorgarle una nueva comprensión o a redefinir la noción. En ese sentido y tal como más adelante lo puntualizaré, creo que debe ser entendida en sentido amplio como unión que va más allá de la cohabitación física y que en determinadas situaciones puede no ser constante, ya que en estos tiempos es frecuente que los padres (por razones laborales) como asimismo los hijos a determinada edad (generalmente por razones de estudio) puedan ausentarse justificadamente del hogar. Claro que, tal como se expresó no es suficiente cualquier distanciamiento para que los padres queden exonerados de responsabilidad.

Por todo ello opino que:

a) La convivencia no resulta quebrada si las circunstancias aconsejan por razones justificadas que los padres o el hijo vivan, de forma transitoria, fuera del domicilio familiar.

b) Tampoco debe ser considerada como instrumento que lleve a imponer un factor subjetivo u objetivo a la responsabilidad, sino como un criterio de delimitación del sujeto responsable, nada más.

c) Subsiste la responsabilidad paterna si el alejamiento del hijo del hogar paterno se debe a falta de atención o control por parte de sus progenitores.

d) El hecho de que el menor se traslade transitoriamente a casa de parientes o amigos no debe entenderse como causal de interrupción de la convivencia que exige el art. 1114 del C.C., por tanto en estos casos los padres mantienen su responsabilidad frente a la víctima. Si del hecho surge que la comisión del daño se debe a culpa de la persona que lo tenía a su cuidado, éste también deberá asumir la responsabilidad que a título personal le cabe, pero frente a la víctima habrá entonces distintos responsables por causas diferentes, sin perjuicio de que luego se ejerzan las pertinentes acciones de reintegro.

Propongo confirmar y ampliar la tendencia que sujeta a una visión muy generosa la condición de cohabitación.

La disparidad que se plantea al momento de considerar la convivencia como exigencia varía según cual fuere el factor de atribución que se aplique, lo que justifica un tratamiento diferente para cada uno. Analizaré en primer lugar el requisito desde la perspectiva de la existencia de culpa en la vigilancia y educación.

1.1. Análisis desde el fundamento subjetivo

Para quienes fundan esta responsabilidad en el factor de atribución subjetivo la cohabitación es un elemento esen-

cial, sobre todo si se apela a culpa en la vigilancia, ya que ésta presupone necesariamente proximidad; no sería tan estricta la consideración en el caso de culpa en la educación, pero generalmente tanto la doctrina más enraizada como la jurisprudencia asientan la culpa en ambos aspectos, vigilancia y educación.

Ya se adelantaron los inconvenientes que supone mantener esta exigencia en las condiciones de vida actual. La convivencia es natural cuando el niño es de corta edad, y además sus padres constituyen un matrimonio avenido; pero aun en estas condiciones, y a medida que el hijo crece es normal y beneficiosa una cierta independencia que le permita forjar autonomía y responsabilidad. Más aún en casos en los que es necesario completar estudios, lograr capacitación o lograr o mantener una ocupación laboral, etc., debiendo algún progenitor o los hijos trasladarse a otra localidad, dentro o fuera del país.

Cuando son los padres quienes se trasladan, usualmente por razones laborales, la jurisprudencia de nuestro país ha resuelto en reiteradas oportunidades que “el hecho de que el daño no suceda en su presencia” no configura eximente de responsabilidad. Cabe entonces inferir que los magistrados consideran que el alejamiento temporario, motivado por estas causales, no alcanza a interrumpir la convivencia en el sentido que la ley le otorga a ese término.

En opinión de Borda, basta que el alejamiento se deba a un motivo legítimo, como podría ser un curso universitario o una temporada de descanso en casa de parientes o amigos, siempre que se hubiera confiado el menor a personas aptas y responsables ⁵.

Por mi parte, pienso que si al momento de cometer el daño el menor se encontraba al cuidado o de visita en casa de parientes, amigos, vecinos, etc., por períodos cortos que se cuentan en días o semanas, no se interrumpe el requisito legal

⁵ G. BORDA, ob. cit., pág. 273.

sino que la convivencia continúa vigente pues esas personas desinteresada y generosamente colaboran con los progenitores, pero el niño continúa bajo el control de sus padres. Los allegados han brindado una ayuda a los progenitores, pero de ningún modo pueden ser considerados responsables ya que han cooperado para desplegar una obligación que les corresponde a aquellos; salvo que de las circunstancias del hecho se desprenda que fue la actuación inapropiada del adulto que transitoriamente cuidaba al menor la que en definitiva provocó el resultado. Estas eventualidades, a mi entender no eximen de responsabilidad a los padres a menos que del hecho mismo, del análisis del nexo causal, resulte la responsabilidad de quien ejercía el cuidado transitorio de modo exclusivo, en cuyo caso, los damnificados estarían en condiciones de demandar a los padres y al cuidador del menor, ejerciéndose con posterioridad entre éstos, si es que caben, las pertinentes acciones de reintegro.

Sí puede admitirse el cese de la responsabilidad paterna cuando el menor esté de manera duradera bajo la vigilancia o guarda material de un tercero, ya sea por aprendizaje o cuando un tercero adquiere sobre el menor un poder de dirección o de control, en estos supuestos él será responsable de sus actos dañosos bajo el fundamento del artículo 1115 del C.C., o por efecto de una decisión de la justicia que haya “confiado” el menor a un tercero.

En nuestra sociedad, no es frecuente el alejamiento de los hijos menores del hogar paterno, salvo por motivos de estudio o trabajo. El alcanzar la mayoría de edad a los 18 años reduce las posibilidades de que el menor se traslade para continuar estudios a una localidad diferente a la residencia paterna, aunque sí podría hacerlo en determinadas situaciones cuando las circunstancias lo aconsejen como necesario ya sea por carencia de establecimientos educativos adecuados, o perfeccionamiento de alguna disciplina artística o deportiva, o por razones laborales, etcétera.

Para situaciones como las referidas en último término, aunque padres e hijos no habiten en el mismo inmueble, no residan juntos, la convivencia como comunión, vínculo, unión,

lo que significa compartir el proyecto de familia, no resulta quebrada si las circunstancias aconsejan que el hijo viva fuera del domicilio familiar, de forma transitoria. Esta situación no significa desentenderse, desvincularse, o desinteresarse, sino aceptar una posibilidad de crecimiento o superación para el joven; un elemento objetivo que acredita el cumplimiento del deber parental es que el menor que se encuentra fuera del hogar por razones de estudio o capacitación, generalmente, es solventado por sus progenitores. Es un modo de cumplir con la finalidad de la patria potestad, institución encaminada a proteger, educar a los hijos, que no se limita a la alimentación sino que también abarca el nutrirlos en otros aspectos como es brindarle formación para el mejor desenvolvimiento en la vida.

Por las razones expuestas, estimo que el alejamiento justificado en razón legítima no hace desaparecer la idea de convivencia a los efectos de la responsabilidad paterna, los progenitores siguen siendo responsables.

1.2. Análisis desde el fundamento objetivo

El requisito de la cohabitación se justifica a la mirada de una responsabilidad basada en la presunción de culpa en la vigilancia, pero no parece adecuado exigirlo a la luz de un fundamento objetivo.

Mantener el requisito de la convivencia entendiéndola como habitación bajo el mismo techo, se justifica si el fundamento es la falta o defecto en la vigilancia, pero no si el fundamento es la garantía; desde esta perspectiva el respaldo frente a las víctimas deriva de la garantía que la condición de padre impone. Para que éstos puedan cumplir con las obligaciones inherentes a su misión de educar y formar a los hijos, el derecho establece un medio que es la guarda. Refiriéndose a esta institución, José Ignacio Cafferata expresa que para cumplir los deberes que les corresponden es preciso que padres e hijos puedan mantener un contacto inmediato y per-

manente, por ello la ley dispone que los hijos menores de edad estén bajo la autoridad y cuidado de sus padres, para lo cual, en principio, ambos deben convivir en el mismo hogar, y la caracteriza del siguiente modo: “La guarda sería el derecho de mantener al hijo cerca de sí, es decir, en términos de técnica jurídica, el derecho a fijar el lugar de residencia del hijo”. Esta potestad que se les reconoce a los padres no es autónoma sino que se les otorga para cumplir con el deber de educar, que en expresión de Philippe Simler es el *gran deber*, ya que éste satisface la formación integral.

Entiendo, de acuerdo a lo manifestado precedentemente, que en estos tiempos el “mantener el hijo cerca de sí” no debe concebirse necesariamente como contacto físico permanente, sino que aun sin presencia física se puede educar y compartir, indudablemente con mayores dificultades pero no es imposible (en algunos casos se cuenta con acceso a comunicaciones telefónicas, Internet, etcétera). Para comunicarse a la distancia, ver y hablar con el mundo, el software de video llamadas más popular es el Skype. A través de él, con una computadora, acceso a Internet y cámara web se pueden establecer conversaciones simultáneas mientras se mira en la pantalla a la otra persona que puede estar en cualquier lugar del mundo. Si no se cuenta con una cámara, también permite realizar llamadas entre los usuarios e incluso “chatear” (intercambiar mensajes de textos instantáneos). En la actualidad es muy utilizado para encuentros laborales y entre familias dispersas por el mundo.

Los avances tecnológicos permiten que los tribunales impongan a los padres que no conviven con los hijos y se encuentran en lugares distantes que mantengan este tipo de “visitas virtuales”. En febrero de 2009, el Tribunal de Familia número 5 de Rosario ordenó a un marino que reside en el exterior (“trabaja embarcado sin domicilio fijo, aunque tendría residencia en España”), que le compre una computadora a su hijo y se conecte con él a través de Internet para paliar su ausencia. El hombre se fue a ese país en 1999 “con la promesa de luego llevarse a toda su familia”, pero esto nunca ocurrió. La madre del menor de 10 años denuncia la “angus-

tia” que le produce al niño la escasa relación que tiene con su padre. En una audiencia, el pequeño dijo a los jueces que su padre “desde hace siete meses que no llama y tampoco tiene su dirección de mail”; por eso, los jueces dispusieron ordenarle al hombre que compre una computadora al chico, incluida una cámara web, para que los días martes, jueves y domingos de 17 a 18, hora de la provincia de Santa Fe, se contacte con su hijo, como una forma de paliar la ausencia de contacto físico o telefónico ⁶.

Además, cuando se produce el alejamiento del hijo del hogar paterno éstos conservan el derecho de fijar el lugar de residencia, es decir la ley les provee de modos para hacer efectiva la supervisión que supone la guarda.

La patria potestad está establecida en interés del hijo y también en protección de la sociedad y de sus miembros que tienen la pretensión de no ser perturbados en el ejercicio pacífico de sus derechos; en caso de que ello ocurra y el causante del perjuicio sea alguien que está en etapa de formación, es lógico que la obligación de reparar el daño alcance a quien tiene a su cargo la responsabilidad de la formación del menor. No se puede pedir que sean los demás integrantes de la sociedad quienes adopten precauciones, vivan precaviéndose ante la posibilidad de un actuar irreflexivo, impetuoso, sino que quienes lo hagan deben ser aquellos que tienen el deber legal impuesto por el vínculo paterno-filial. Si bien se acepta, como ya se dijo, que no siempre es conveniente para el adolescente un exhaustivo control de todos sus actos, ya que éste debe hacer su propio “aprendizaje de vida” y si en este camino causa daños, es natural y lógico que sean sus padres quienes respondan. No porque sean quienes habiten con el adolescente y puedan por tanto vigilarlo, sino porque son quienes tienen que asumir las consecuencias que importa el actuar infantil o juvenil, sin la reflexión y límites que -a veces- la madurez otorga.

⁶ “F.S. c/ C.E. s/régimen comunicación”, Tribunal Colegiado de Familia de Rosario 5, 30/12/08.

Si el fundamento de la responsabilidad deviene de la condición de padres de un menor de edad, la responsabilidad solo cesa cuando se extingue aquella, por mayoría de edad, emancipación o pérdida de la misma; o cuando el presunto responsable acredite de su parte la existencia de una circunstancia que ocasione la ruptura del nexo causal.

De este modo resulta indiferente que el hijo haya sido vigilado o educado por uno o por ambos progenitores; es indiferente que esté bajo la guarda del padre o de la madre, es hijo de ambos.

Por otra parte, se relevaría a los jueces de la tarea de tener que dilucidar en cada supuesto la estabilidad de la convivencia, analizar las circunstancias concretas del caso particular, lo que requiere una ardua tarea probatoria de difícil apreciación y que acabaría generando una casuística confusa.

A fin de evitar lo que López Mesa llama “*juego de ficciones*”, ficción de control de los actos del menor por parte de sus padres, ficción de que los menores nunca viven solos y siempre necesitan la supervisión de un adulto, propugno modificar la redacción del artículo 1114 del C.C., en lugar de transformar su contenido artificialmente. La responsabilidad debiera estar fundada solo sobre la condición de ser padre y existir independientemente del reconocimiento del ejercicio de la patria potestad y de la existencia de una habitación en común entre padres e hijos.

Conclusiones

- Cabe otorgar una nueva comprensión o, más bien, una redefinición a la noción de convivencia.

- En este orden, sostengo: a) la convivencia no resulta quebrada si las circunstancias aconsejan que el hijo viva fuera del domicilio familiar, de forma transitoria, b) no debe ser considerada como instrumento que lleve a imponer un factor subjetivo u objetivo a la responsabilidad, sino como un criterio de delimitación del sujeto responsable; c) subsiste la res-

ponsabilidad paterna si el alejamiento del hijo del hogar paterno se debe a falta de atención o control por parte de sus progenitores; d) el hecho de que el menor se traslade transitoriamente a casa de parientes o amigos no debe entenderse como causal de interrupción de la convivencia que exige el art. 1114 del C.C., por tanto en estos casos los padres mantienen su responsabilidad frente a la víctima.

- Entendemos que en situaciones como las referidas, aunque padres e hijos no habitan en el mismo inmueble, no residen juntos, la convivencia como comunión, vínculo, unión, lo que significa compartir el proyecto de familia, no resulta quebrada si las circunstancias aconsejan que el hijo viva fuera del domicilio familiar, de forma transitoria.

- Este requisito se justifica a la mirada de una responsabilidad basada en la presunción de culpa en la vigilancia, pero a la luz de un fundamento objetivo aparece inadecuada su exigencia.

- No resulta justificado eximir de responsabilidad al padre no conviviente en caso de divorcio o de separación de cuerpos, frente a la víctima subsiste una responsabilidad solidaria de ambos progenitores.

XI. ANÁLISIS DEL SISTEMA JURÍDICO

1. Requisitos. Causación directa de un daño por el hijo menor

La exigencia a tratar en este punto es motivo de polémica doctrinaria, pues ha dado lugar a distintas interpretaciones acerca de cuál es el requisito legal y con qué características debe estar presente.

Se admite de modo general que el hecho del menor debe ser ilícito -pese a que este requisito no surge del texto del artículo 1114 C.C.-, pero a partir de allí se generan divergencias. Algunas de las preguntas conexas al tema son: ¿la ilicitud implica voluntariedad en la conducta?, o ¿cabe admitir el dístico entre ilicitud subjetiva y objetiva? ¿Puede atribuirse responsabilidad civil a quien según la ley es inimputable?, y además ¿podría trasladarse esta responsabilidad a sus representantes si el acto dañoso provino de una conducta no voluntaria?

Comparto la respuesta de Esther Gómez Calle, la solución depende “*del fundamento que se atribuya a la obligación de responder y, por tanto, del interés que se considere prioritario en este orden de conflictos*”¹.

Inicio el razonamiento a partir del significado de dos conceptos: qué se entiende por “imputación” y qué significa “imputabilidad”. En el conocimiento de los fenómenos jurídicos,

¹ Esther GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, Montecorvo, 1992, pág. 23 y ss.

“la imputación es una operación mental consistente en atribuir una determinada consecuencia jurídica a un hecho o situación condicionante”², señala hacia un resultado, atribuir responsabilidad y determinar la persona llamada a reparar el daño.

Mientras que, se dice que un individuo es considerado imputable siempre que pueda probarse que obró con plena conciencia del alcance de su acto, así como de las consecuencias de éste; la persona debe tener una cualidad para que se le pueda atribuir el resultado, la imputabilidad requiere un elemento intelectual: la facultad de discernir, aptitud natural de conocer en general, supone la capacidad de entender y querer, comprender el acto y sus consecuencias³; es un requisito subjetivo e individual que va referido al agente e implica la idea de reproche hacia él y no al acto, de ahí que tiene su esfera de actuación en el campo de la responsabilidad subjetiva, culpabilidad. La imputabilidad en su forma típica se refiere a los actos propios, y requiere que el sujeto actúe con discernimiento.

La imputación de las consecuencias del acto contrario a derecho, en el ámbito civil puede corresponder no sólo por los actos propios sino también por el hecho ajeno, según lo dispone de modo general el art. 1113 del C.C.; al principal le es jurídicamente imputable, atribuible, la obligación de reparar el daño causado por sus dependientes, sin necesidad de culpa del principal, también si el daño proviene de una cosa riesgosa responde su dueño aun cuando fuere un sujeto inimputable. En el orden penal en cambio, sólo procede la

² Manuel OSSORIO, *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, Heliasta, 1999, págs. 498-499.

³ Alfredo ORGAZ, *La culpa*, Córdoba, Marcos Lerner, 1981, pág. 31 y ss.; C. CONDE PUMPIDO FERREIRO, “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, en *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1969, t. II, págs. 79 y 80; FERNÁNDEZ, M. MARTÍN GRANIZO, “Imputabilidad y responsabilidad objetiva”, ADEC, 1968, pág. 579 y ss.

imputación con respecto a hechos propios (no hay atribución de delitos ajenos).

El principio jurídico es que todas las personas son imputables, salvo que se encuentren en algunas de las circunstancias que el legislador prevé como obstativas del mismo que en nuestra ley civil son: falta de madurez por no tener el sujeto diez años de edad, o no estar en uso de razón en el momento de realizar el acto por un estado psíquico anormal, estable o accidental (arts. 921 y 1076).

En cuanto a la ilicitud se encuentran básicamente dos posturas doctrinarias: a) la que sostiene que la ilicitud necesita de la violación voluntaria de los preceptos jurídicos, y b) la que entiende que se trata de un concepto netamente objetivo, que deriva de la contrariedad de la acción con el derecho.

La primera tesis es sostenida por distinguidos juristas ⁴, entre ellos Moisset de Espanés, quien analiza la cuestión en los siguientes términos: durante largo tiempo la doctrina del derecho civil asimilaba la obligación de responder con los actos ilícitos, planteándose el problema de que por esta vía interpretativa quedaban fuera del campo de la ilicitud casos donde faltaban algunos elementos, por caso la voluntad, entonces los autores recurrían a la expresión ilicitud objetiva o ilicitud sin culpa. Estas expresiones fueron rechazadas por el maestro cordobés por considerarlas un contrasentido, pues “*el concepto de acto ilícito para integrarse necesita de la violación voluntaria (dolosa o culposa de los preceptos del ordenamiento jurídico)*” ⁵. No acepta la calificación de ilícito para el actuar de una persona privada del discernimiento, enfermo mental o menor impúber, pues si no hay voluntad “no habrá acto, ni lícito ni ilícito, porque ambos son por definición vo-

⁴ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997; J. J. LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, t. IV-A.

⁵ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Acto ilícito y responsabilidad civil”, en *La responsabilidad, Libro homenaje a Isidoro Goldenberg*, Alterini-López Cabana (dirs.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 97.

luntarios”⁶; esto no obsta a que admita la responsabilidad del autor fundada en factor objetivo, equidad.

Otra opinión doctrinaria, a la cual adhiero, concibe a la antijuridicidad como un concepto objetivo: contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico integralmente considerado, independiente de la voluntariedad y de la culpabilidad del agente⁷. De ahí que la conducta de un menor de diez años pueda ser antijurídica, me inclino por la idea de Bueres, los hechos humanos se llaman actos, “*el acto supone autoría, acción, lo cual quiere decir comportamiento humano, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad, y a condición de que ese comportamiento refleje la personalidad del sujeto*”⁸. En la misma línea de pensamiento, Zavala de González expresa que “*el núcleo no reside en la desobediencia del autor a preceptos jurídicos, sino en la perjudicialidad de la acción, en sus efectos desfavorables o negativos por contrariar fines perseguidos por el Derecho. Se desaprueba el hecho que por ello es antijurídico) aunque eventualmente no se reproche a su autor (por no ser imputable o no ser culpable)*”. En opinión de la autora, para que un hecho pueda ser considerado antijurídico se requiere acción humana, que el agente pue-

⁶ Luis MOISSET DE ESPANÉS, Revista Notarial de Córdoba, N° 23, pág. 145, en comentario al libro *La culpa*, de Alfredo ORGAZ.

⁷ Alberto J. BUERES, *El acto ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pág. 31; Alfredo ORGAZ, *La Ilícitud*, Buenos Aires, Lerner, 1974, pág. 17 y ss.; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, pág. 313 y ss., y en “Reflexiones sobre la ilicitud”, J.A., 1981-IV-732; Ramón D. PIZARRO - Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones-2-3*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pág. 480. Jorge MOSSET ITURRASPE, “La antijuridicidad” en MOSSET ITURRASPE (dir.) y otros, *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, Cap. 3, pág. 57; Federico A. OSSOLA, La antijuridicidad ¿presupuesto del responsabilidad civil?” en *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Carlos G. Vallespinos (dir.), Córdoba, Advocatus, 1997, pág. 57 y ss.

⁸ Alberto J. BUERES, *El acto ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pág. 31.

da ser reputado autor material del proceder; pero distingue las exigencias según se analice la culpabilidad o la antijuridicidad. En la primera, para imponer responsabilidad subjetiva, el acto es el hecho cumplido por el hombre voluntariamente, presidido por la comprensión de su sentido y gobernado de manera inteligente, es decir voluntad madura y sana; no un mero proceso causal. Pero *“en la antijuridicidad se disminuye el grado de voluntad para la comprobación de la existencia de un acto. Es aquí suficiente un mínimo de participación subjetiva, en cuya virtud pueda decirse que el hecho ha sido ‘conducido’ por el agente por impulso propio; es decir obrando como sujeto y no como objeto”*; y ejemplifica con el actuar de un niño de ocho años que arroja una piedra y rompe una ventana, el perjuicio es atribuible a su propio gobierno sicofísico, aunque su voluntad sea inmadura; la acción es antijurídica aunque provenga de un inimputable, y puede generar responsabilidad para el agente y sus responsables ⁹.

Centro ahora el estudio en determinar cómo influyen en esta responsabilidad especial las cuestiones analizadas. Reitero, la respuesta varía según cuál fuere el factor de atribución de responsabilidad que se considere aplicable.

Desde el factor subjetivo respecto a la responsabilidad del autor del hecho, cuando es mayor de diez años no hay dificultades pues según la ley argentina es imputable por tanto puede atribuírsele responsabilidad en base a culpabilidad, art. 1009 del C.C.; además de la responsabilidad concurrente que les cabe a quienes son sus representantes legales, art. 1114 del C.C.

Cuestión más compleja se da cuando el autor del daño aún no cumplió los diez años, para la ley es inimputable, por tanto desde la perspectiva subjetiva tampoco puede ser responsable, y si no lo es ¿pueden serlo sus padres?

⁹ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, pág. 325, y en *Actuaciones por daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 183, 185.

Respecto del menor inimputable ya se dijo que su conducta resulta antijurídica, si bien desde lo subjetivo no cabe reproche esto no influye sobre la contradicción de su conducta con el orden jurídico, y el carácter de justo o injusto del daño que provoca que en el primer caso deberá ser asumido por la víctima y en el segundo trasladado al responsable. En el caso particular la ley argentina permite atribuir la obligación de indemnizar al propio inimputable en virtud de un factor objetivo, art. 907, la idea de antijuridicidad se conjuga aquí no con la culpabilidad sino con la equidad¹⁰. Entonces encontramos aquí también dos sujetos responsables, el menor inimputable con fundamento en la noción de equidad, art. 907, y los padres en virtud del art. 1114. Si bien es difícil que en la práctica se inicie acción por daños y perjuicios contra un menor inimputable sujeto a patria potestad ya que de existir patrimonio solvente casi seguro será el de los padres, aunque podría suceder que el hijo hubiese sido designado beneficiario testamentario o por donación, desde lo jurídico entiendo que no surgen limitaciones.

El tema no siempre fue entendido así por la doctrina pudiéndose encontrar diferentes posturas. Una corriente de opinión identifica incapacidad con irresponsabilidad, distinguiéndose entre aquellos para quienes la víctima quedaría sin indemnización pues los hechos del menor podrían equipararse a los de la naturaleza, por tanto nadie estaría obligado a responder, y los que consideran que si bien el autor es incapaz e irresponsable, serán sus padres o tutores quienes lo hagan en su lugar.

Aquellos que participan de la idea de que el hecho del menor sin discernimiento no acarrearía obligación de reparar, lo identifican prácticamente con el caso fortuito o acontecimiento natural. En doctrina española Conde-Pumpido Ferreiro piensa que como los menores incapaces carecen del

¹⁰ Ramón D. PIZARRO - Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones-2-3*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pág. 481.

elemento volitivo del acto humano, en realidad se está ante una “no acción” o un hecho equiparable a los hechos de la naturaleza ¹¹. Del mismo modo razona De Ángel Yagüez, quien opina que si por la reducida edad se carece de la capacidad de entender y querer, el resultado dañoso es casi como un hecho de la naturaleza, no hay acto humano ¹².

A mi entender, esta disquisición hunde sus raíces en razones de tipo histórico, cuando se estimaba que para que exista responsabilidad era necesaria la presencia de la iniuria, entendiéndose por tal el daño causado con culpa, aun por aquél que no quiso causarlo. Así se expresaba que tampoco puede hablarse de culpa cuando el hecho es casual, accidental: “Jugando muchos a la pelota, uno de ellos, al intentar recibir la pelota, atropelló a un esclavo pequeño, el esclavo cayó y se rompió una pierna; preguntábase, ¿Puede acaso el dueño del esclavo reclamar por la Ley Aquilia contra aquél por cuyo impulso había caído? Respondí que no podía, porque parecía que lo hecho fue más por casualidad que por culpa” (D. 9.2.52.4.). Ulpiano razonaba que el hecho del infante al igual que la caída de una piedra o el hecho de un cuadrúpedo hacía cesar la aplicación de la Ley Aquilia ¹³. En palabras de Zavala de González: *“Equiparar los hechos humanos involuntarios con los hechos naturales por una calidad negativa (ausencia de voluntad) no advierte el abismo que separa desde el punto de vista de una calidad positiva (procedencia humana o natural del suceso). Aquella semejanza constituye en realidad una diferencia: mientras que en el hombre la carencia de voluntad constituye un defecto (lo cual presupone la posibilidad opues-*

¹¹ C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces” en *Estudios de derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Pamplona 1969, t. II, págs. 78-9.

¹² Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1978, págs. 66 y 307.

¹³ Ver capítulo de Antecedentes - Derecho romano.

ta), en la fuerzas naturales es radicalmente imposible hablar de voluntad o de falta de voluntad”¹⁴.

Siempre dentro de la línea que propugna la irresponsabilidad del menor inimputable, se encuentran quienes sostienen que en estos supuestos el hecho genera la responsabilidad personal de los padres por no haber adoptado las precauciones que precisamente aconsejan la edad del hijo, siempre que el daño causado sea injustificado; en esta tesitura se ubica a Machado, Llerena, Cammarota, Ovejero, Llambías, Orgaz y Bustamante Alsina¹⁵.

En cambio, si se adoptase como criterio de atribución de responsabilidad paterna un fundamento objetivo, garantía, tal como propicio, esta discusión no tendría razón de ser ya que los padres serían responsables por el actuar antijurídico del hijo menor, independientemente del carácter voluntario o no del acto del menor, sea éste imputable o no aquéllos estarían obligados a responder siempre que el daño sea injusto.

El art. 1114 del C.C. argentino hace responsables solidarios a los padres de “los daños causados por sus hijos menores”, sin hacer referencia expresa a la ilicitud o antijuricidad del acto como requisito, la mayoría de la doctrina dice que encontrándose la disposición en el título de los actos ilícitos ese requisito no puede faltar, abriéndose al respecto el debate ya analizado.

El que sí es presupuesto esencial indiscutible de la responsabilidad civil es el daño, según Alfredo Orgaz es el primer elemento, primero en la concepción metódica pues sólo

¹⁴ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pág. 335, y en *Actuaciones por daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 4, pág. 187.

¹⁵ A. CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, 1947; OVEJERO, “La responsabilidad por el hecho de tercero”, J.A. 54, Sección Doctrina, pág. 25; J. J. LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, t. IV-A, N° 2486, ídem en “Responsabilidad civil de los padres en general”, E.D. 60-892; Alfredo ORGAZ, *La culpa...*, pág. 170, Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la...*, pág. 368.

si éste existe podrá hablarse de responsabilidad civil ¹⁶; en expresión de Zavala de González el daño injusto o un peligro antijurídico de daño es un requisito constante ¹⁷ que nunca puede faltar. La particularidad del caso es que en estos supuestos el autor material del daño es un hijo menor.

En mi opinión, para que nazca la responsabilidad paterna es indiferente que el hijo sea imputable o culpable o no, ni tampoco se establece como regla general que también el hijo deba ser responsable; sí expresa la norma que en caso de ser mayores de diez años, esto es imputables, también serán responsables.

Creo que el artículo en análisis no exige que el daño provenga de una conducta voluntaria, autor imputable, sino que también puede derivar del obrar de un inimputable, en cuyo caso de no aceptarse la idea de que hay acto humano, si estaríamos ante un hecho jurídico involuntario, que como todo hecho jurídico produce efectos legales, entre ellos la obligación de reparar. En el caso particular la edad del hijo determinará si se trata de un hecho o un acto, y en consecuencia a quién puede serle reclamada la indemnización y en base a qué criterio axiológico, pero no es requisito que el daño devenga de un actuar voluntario. Por otra parte estimo que en la hora actual, hasta puede entenderse contrario a la dignidad humana pensar que el hecho de una persona carente de discernimiento pueda compararse a un hecho de la naturaleza.

Si el autor tiene más de diez años y menos de dieciocho, hay conciencia de lo ilícito, imputabilidad, por tanto la víctima podrá demandar la reparación tanto al autor como responsable directo en virtud de un factor subjetivo, art. 1109, como a sus progenitores, art. 1114 del C.C. En caso de que el causante del perjuicio tenga menos de diez años, por ser

¹⁶ Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible*, Córdoba, Marcos Lerner, 1980, pág. 13.

¹⁷ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, pág. 75

inimputable, el reclamo se dirigirá a los representantes del incapaz, arts. 908 y 1114, o bien al propio inimputable, autor material del daño, en virtud de la responsabilidad fundada en equidad, art. 907¹⁸.

Estas razones son las que nos llevan a justificar la idea de que el requisito en esta hipótesis especial es la causación directa de un daño por el hijo menor.

La no justificación de un acto dañoso y, consecuentemente del perjuicio resultante, no se circunscribe a la violación de normas (legales o contractuales) sino que comprende la transgresión a valores o principios jurídicos. Entre esos principios rectores se encuentra el universal de “no dañar a nadie”, que reconoce sus orígenes en el derecho romano. En nuestro país, en opinión de reconocida doctrina jurídica y según criterio sentado por la Corte Suprema, ese principio jurídico de no dañar a nadie, encuentra su raíz constitucional en derecho argentino en el art. 19 de la C. Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. La doctrina entiende que el art. 19 de la C. Nacional excede la protección del derecho a la intimidad, en interpretación de Matilde Zavala significa en esencia: “*las acciones privadas de los hombres que de algún modo perjudiquen a un tercero están sometidas a la autoridad de los magistrados*”, es decir los hechos que injustamente dañan a otros son reprobados por el derecho y deben generar consecuencias jurídicas¹⁹.

¹⁸ En algunas legislaciones las indemnizaciones de equidad surgidas de los hechos de sujetos inimputables, son subsidiarias, pero entendemos que no se da este carácter en la legislación argentina. El art. 907 no establece tal principio y el art. 908 deja subsistente la responsabilidad de quienes tienen a su cargo el cuidado de los inimputables. La víctima tiene acción contra el inimputable con base en el art. 907 y contra los civilmente responsables vía el art. 1114 del C.C..

¹⁹ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, pág. 35.

Es éste el criterio sentado por la Corte Suprema en el fallo “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, ya que allí tal como se expresa en los Fundamentos del Proyecto de Unificación del /98, la Corte dio impulso a las nuevas ideas al señalar dos pautas de significación fundamental: que el principio *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, y que las soluciones jurídicas se deben adecuar al sentido de justicia de la sociedad... El hombre contemporáneo tiene la expectativa de que cualquier daño le sea resarcido, puesto que dejó de inclinarse ante el azar nefasto.

En base a lo expuesto en mi criterio, la causación directa de un daño por el hijo menor que provenga de un hecho objetivamente antijurídico, impone a los padres la obligación de reparar el perjuicio causado por aquél en su condición de garantes del actuar del menor, salvo que acrediten ruptura del nexo causal.

Tal la orientación que se encuentra en derecho francés, ya desde hace años la Corte de Casación francesa ha considerado que la responsabilidad que cabe a los padres es de pleno derecho y no está subordinada a la existencia de una culpa del menor ²⁰. Merecen especial consideración cinco sentencias de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación de 9 de mayo de 1984, las sentencias Fullenwarth, Gabillet, Djouab, Derguini y Lemaire, y también la sentencia Blicck del 29 de marzo de 1991, y las sentencias Samda y Bertrand de 19 de

Comparten este análisis, LEONARDI DE HERBÓN Miguel DE LORENZO, en “Sobre ficciones y mitos en el derecho privado”, *La Ley*, 4/1/2007, 1; *La Ley*, 5/1/2007, 1. También este principio encuentra su consagración genérica en el art. 1109 del C.C. y en los preceptos que imponen responsabilidad por daños injustos (art. 1071, 1071 bis, 1113, etc. BUERES sostiene que dicho principio se extrae de numerosas normas del Código Civil, no sólo referidas a la responsabilidad extracontractual sino también en preceptos relativos al ámbito contractual (arts. 519, 520, 521, etc.), en “La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (Algunos aspectos esenciales), en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 12, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.

²⁰ Corte de Casación, 2ª Cámara Civil y Com., 10/5/01, caso *Recueil Dalloz*, t. 2001, Sec. *Jurisprudence*, pág. 2851.

febrero de 1997 ²¹. Los razonamientos jurídicos que sustentan estos pronunciamientos han supuesto una reconsideración de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, así como la del menor de edad. En las cinco sentencias de mayo de 1984 desaparece el requisito de la culpa del menor. Tras la sentencia Fullenwarth -que impuso a los padres la obligación de reparar el daño causado por un niño de siete años que jugando con un arco hirió a un amigo e hizo que perdiera el ojo-, para poder presumir la responsabilidad de los padres se dijo que “es suficiente con que el hijo menor que viva con ellos haya cometido un acto que sea la causa directa del daño invocado por la víctima”. A partir de entonces ni siquiera es necesario recurrir a la noción de culpa objetiva del menor para comprometer su responsabilidad, basta con un simple hecho causal para que recaiga en ellos la obligación de responder.

Conclusiones

- Para que nazca la responsabilidad paterna es preciso la causación directa de un daño por el hijo menor que derive de un hecho objetivamente antijurídico.

- Resulta indiferente que el hijo sea imputable o culpable o no, ni tampoco se establece como regla general que también el hijo deba ser responsable. El artículo 1114 del C.C. no exige que el daño provenga de una conducta voluntaria, autor imputable, sino que también puede derivar de un hecho jurídico involuntario, que como todo hecho jurídico produce efectos legales, entre ellos la obligación de reparar.

- En la hora actual, hasta puede entenderse contrario a la dignidad humana pensar que el hecho de una persona caren-

²¹ Se hizo referencia a estos antecedentes en el capítulo de derecho comparado, al tratar el punto Derecho francés.

te de discernimiento pueda compararse a un hecho de la naturaleza y por ende no genera responsabilidad alguna. Tampoco resulta justa ni podría aceptarse esa formulación como respuesta general frente a quien resulta víctima de un hecho de estas características que genera un daño injusto, que proviene de un actuar contrario al ordenamiento jurídico, independientemente de que exista voluntariedad en el agente: basta con que refleje su personalidad.

- La edad del hijo determinará si se trata de un hecho o un acto, y en consecuencia a quién puede serle reclamada la indemnización y en base a qué criterio axiológico, pero no es requisito que el daño devenga de un actuar voluntario.

- Cuando el afectado sea inimputable cabe referirse a un hecho de la víctima, y desde la relación causal apreciar el aporte fáctico que incorporó al resultado quien resultó víctima del daño.

- Si tanto el autor del daño como la víctima son menores inimputables el nexo de causalidad será el elemento que determine la responsabilidad de los progenitores y cada uno estará obligado en la medida en que su hijo haya aportado a la producción del resultado.

- Si ambos fueren mayores de diez años, se podrá estimar si hubo “conurrencia de culpas” para determinar el porcentaje de responsabilidad personal de cada uno de los intervinientes en el hecho, arts. 921 y 1009 del C.C. Lógicamente sin dejar de lado la concurrencia con la responsabilidad paterna.

- Para el caso de que ambos o alguno de los intervinientes fuesen menores sin discernimiento, debe tenerse presente que en el sistema legal argentino, además de la responsabilidad parental, el artículo 907 del C.C. permite al juez fijar una indemnización a cargo del autor del hecho aplicando un factor de atribución objetivo, basado en la equidad; pero siempre la respuesta sobre quién está obligado a reparar el daño surge del análisis del nexo causal.

XII. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

1. Responsabilidad de los padres en relación con la del hijo

Al analizar el origen de esta responsabilidad especial, nos encontramos frente a hechos complejos en los cuales se unen dos factores para su producción, la conducta dañosa del hijo y el incumplimiento de una obligación legal de los padres. Se trata de hechos distintos pero complementarios, de una parte el no cumplimiento de las obligaciones paternas, pero que no alcanza para generar responsabilidad; es una condición que contribuye a causar el daño pero no causa por sí sola el perjuicio, hace falta algo más: el hecho antijurídico del hijo menor que provoca un daño injusto.

Si hay concausa corresponde preguntarse ¿hay más de un responsable frente a la víctima? y si es así ¿quién responde?, si son ambos ¿en qué carácter responde cada uno?

La doctrina tradicional varía la respuesta de acuerdo a la edad del autor del hecho, ya que la edad del menor determina la imputabilidad o inimputabilidad del mismo y en consecuencia la existencia de dos regímenes diferentes de responsabilidad.

La cuestión presentaba serias dificultades interpretativas en el Código de Vélez, pues el art. 273 disponía que los padres eran responsables por los daños que causaren sus hijos menores de 10 años que habitaran con ellos, y el art. 1114 establecía que el padre y, en caso de muerte, ausencia o incapacidad, la madre, eran responsables de los daños causados por sus hijos menores, sin distinguir si eran menores o mayores de 10 años.

El abanico de posturas iba desde la idea de que el art. 1114 se subordinaba al art. 273, y en consecuencia los padres sólo debían responder por los hechos de sus hijos menores de 10 años, y los mayores de esa edad eran responsables de modo personal y directo, según lo sustentaba Lisandro Segovia ¹. Esta posición fue considerada inaceptable pues de este modo pesaba mayor obligación sobre los directores de colegios y maestros que eran responsables por los alumnos de más de diez años y sobre quienes ejercen un control más limitado de los menores que el de los propios padres.

La tesitura que se impone es la de que los padres responden de modo amplio, cualquiera fuera la edad del hijo. Salvat, a la inversa de Segovia, considera al art. 1114 como un texto ampliatorio de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores de edad ².

Pretender armonizar ambas disposiciones resultaba conflictivo, pero podría identificarse como posición dominante la que dice que ante el hecho dañoso del hijo de menos de diez años es exclusivo responsable de modo directo el padre, ya que el menor autor es autor inimputable ³, en tanto para el actuar del hijo mayor de diez años se hacía responsable de modo indirecto o reflejo al padre por aplicación del artículo 1114, a más de la responsabilidad personal que pudiera ca-

¹ Lisandro SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica en forma de notas*, Buenos Aires, 1881, pág. 75, art. 273, nota 5 y pág. 318, art. 1115, nota 13.

² Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, actualizado por A. Acuña Anzorena, 1958, t. IV, pág. 161, N° 2812.

³ Un tribunal ha dicho que: “El hecho ejecutado por un menor de diez años, que no tiene voluntad ni discernimiento, se reputa como hecho del padre, siendo un acto de responsabilidad propia”, Cámara C. y C. de Morón, Sala 2ª, 31/5/1994, “Solari, Juan y otra v. La Cabaña S.A. s/ Daños y perjuicios”, Lexis Nros 14/12780 -14/13353. El mismo tribunal se pronunció en idéntico sentido en las causas “Sweryd Bulyk, Héctor Guillermo v. Santillán, Eleodoro s/ Daños y perjuicios”, 30/9/1993 y con fecha 14/3/1996, en “Valdez, Francisco v. Delsastre, Marcelo s/ Daños y perjuicios”, publicado: BA B2352259.

berle al autor del hecho a título personal. Otro grupo de autores, entre ellos Jorge J. Llambías, entendían que siempre con relación a los padres se estaba ante una responsabilidad indirecta o refleja ⁴.

Se aceptó que el art. 273 incorporado al título de la patria potestad, imponía entre las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos menores la de satisfacer con sus bienes propios los daños que aquellos pudieren causar. De modo claro, Bustamante Alsina delimita el problema: *“Lo que el artículo (273 C.C.) legisla es la relación jurídica que se establece entre padre e hijo cuando éste, menor de 10 años, causa un daño; pero no la que surge del mismo hecho entre la víctima y el padre del menor. De aquí que la limitación de edad que en él se establece, no importa restringir la responsabilidad de los padres, con relación a la víctima, a los daños que causaren sus hijos menores de 10 años, sino simplemente la obligación que tienen de satisfacer con sus propios bienes los perjuicios que el hijo de esa edad causare a terceros”* ⁵. Para este autor había responsabilidad concurrente ⁶, pero subsidiaria de los padres.

⁴ Jorge J. LLAMBIÁS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. IV-A, pág. 327; Atilio A. ALTERINI, Oscar J. AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 692; Pedro N. CAZEAUX y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Platense, 1994, t. IV, pág. 447; Carlos A. REYNA, en Alberto J. BUERES y Elena I. HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3-A, comentario al art. 1114, pág. 648; José W. TOBIÁS, “Accidentes de tránsito y peatones inimputables (Responsabilidad civil de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores de diez años)”, en L.L. 1994-C-470.

⁵ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, pág. 364.

⁶ En otra causa, el mismo tribunal citado en 3, se pronuncia en ese sentido: “El hecho ejecutado por un menor de 10 años que no tiene voluntad ni discernimiento, se reputa como hecho del padre; es un acto de responsabilidad propia. Cuando la edad del menor supera los 10 años, ya es un acto personal, se responde porque son actos ejecutados por personas, cuyas acciones no pueden aludir, art. 1114 C.C. Decir que el padre responde por la culpa del hijo menor de 10 años es una ‘licencia de lenguaje’ y no el verdadero

En la actualidad, la posición mayoritaria podría sintetizarse del siguiente modo:

1. Los padres son responsables indirectos, responden por hecho ajeno, ya sea que se trate de un menor inimputable (menor de diez años) o imputable (diez años o más hasta los veintiún años).

2. En el caso del hijo inimputable: a) responden los padres de modo exclusivo, b) el menor inimputable puede responder con base en el art. 907 del C.C. y los padres responsables indirectos en virtud del art. 1114.

3. El menor adulto, de más de 10 años, es legalmente responsable. En este caso, habrá frente a la víctima dos sujetos obligados, el hijo de modo directo, art. 1109, y los padres de modo indirecto, art. 1114.

Según Bustamante Alsina, si se trata del hecho de un inimputable los padres responden por “hecho propio”, la responsabilidad se funda en la culpa en que pudieron incurrir por haber violado la obligación de vigilancia; si se trata de un menor imputable es indirecta pues en ese caso responden por “hecho ajeno”, aunque supone una culpa paterna ⁷, y de modo subsidiario.

También Eduardo Zannoni opina que la responsabilidad de los padres es directa tratándose del hecho de un hijo de menos de diez años, pero no la considera refleja *“en el sentido de que aunque lo es por un hecho ajeno no opera por reflejo sino en virtud legal como un modo de posibilitar al damnificado obtener un resarcimiento pleno, que de otro modo quedaría*

concepto de responsabilidad. La ‘propia culpa’ deriva de una falta de vigilancia o de buena educación en el sentido de la formación de hábitos, consecuencia de los consejos respecto a su comportamiento, -en la calle por ejemplo-. Lejos de responder el padre por el hecho de otro, responde personalmente al incurrir en omisión de sus deberes de vigilancia”. Cámara C. y C. de Morón, Sala 2ª, “De la Barra Silva, Eduardo E. v. Rocha, Benito A. y otros s/ Daños y perjuicios”, 16/2/1995, Lexis N° 14/12778, Publicado: BA B2350916.

⁷ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, pág. 362.

confinado a la indemnización de equidad, art. 907"⁸. Para el caso de hijos de más de diez años, el autor habla de responsabilidad indirecta o refleja de los padres.

2. Responsabilidad del menor causante de daños

Sabido es que el efecto principal de la responsabilidad en el ámbito civil es indemnizatorio, obligación de resarcir el perjuicio; se intenta que, en la medida de lo posible, todo vuelva a ser como antes de sucedido el daño, lo que no siempre se logra, sobre todo tratándose de daños morales, donde es muy difícil conseguir al menos compensar el perjuicio. Pero para restablecer el derecho perturbado interesa no sólo evaluar el detrimento, sino también los medios que se precisan para repararlo. Tratándose de daños patrimoniales, y en particular en la hipótesis que nos ocupa, es necesario determinar quiénes están obligados y además encontrar un responsable solvente que haga frente a la obligación. La realidad indica que, por lo general, los menores carecen de patrimonio, por ello las víctimas no tienen interés en demandarlos; pero puede suceder que al afectado sí le interese hacerlo ante la posibilidad de contar con un responsable más o que la reparación en forma específica se logre mediante una actividad personal del menor. Por ejemplo, en el caso de un inimputable, puede ser titular de patrimonio por haberlo recibido por vía de donación o herencia (puede tratarse de un menor huérfano que heredó bienes de sus progenitores, está sujeto a tutela pero los tutores carecen de patrimonio), o bien tratarse de menor imputable, que trabaja y por tanto tiene la posibilidad de adquirir bienes de los que tiene la libre administración y disposición, o que deba retractarse de manifestaciones que afectaren el honor de la víctima, etc.

⁸ Eduardo A. ZANNONI, "Acción recursoria de los padres contra sus hijos menores" en *Revista de Derecho de Daños*, 2002.2: Menor dañino y menor dañado, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 197.

La responsabilidad de los menores por sus propios actos no es un tema nuevo en el derecho. Si bien en las sociedades primitivas la reparación aparece considerada como una pena, las víctimas de un daño reaccionaban violentamente contra los perjuicios sufridos y pretendían alcanzar una reparación por parte del autor material del daño, con independencia de que fuese o no culpable, por eso la responsabilidad era esencialmente objetiva y colectiva. Bastaba la injusticia objetiva del daño en consecuencia, el niño al igual que el loco eran responsables. Los hijos integraban un grupo familiar de cuyo *pater* dependían, no tenían peculio personal sino que la reparación del daño estaba a cargo del patrimonio familiar. Con posterioridad, se requiere no sólo la injuria objetiva, sino también la subjetiva, culpabilidad. Pero la *iniuria* desaparece cuando no es posible imputar culpa al autor del hecho dañoso como sucede en el caso del incapaz, de allí que, los actos que hubieran cometido tanto el enajenado como el niño de escasa edad quedaban equiparados a los fenómenos físicos o acontecimientos de la naturaleza.

En la actualidad a partir de cierta edad se presume que adquirió aptitud para apreciar las consecuencias de sus actos, por eso las legislaciones, en general, establecen para ellos responsabilidad personal o por el hecho propio.

De acuerdo a nuestro sistema legal en el ámbito de la responsabilidad civil de los menores, se pueden distinguir dos situaciones:

- El menor de menos de diez años es inimputable, el legislador presume de modo absoluto que no comprende el acto y sus consecuencias.

- A partir de los diez años, sí tiene aptitud para conocer y entender las repercusiones de sus actos.

2.1. Menor inimputable. Hijo menor de diez años

En el derecho argentino el menor de menos de 10 años por carecer de discernimiento para lo ilícito resulta

inimputable (art. 921), por tanto no puede atribuírsele responsabilidad en base a un factor subjetivo, ya que el análisis de la culpabilidad presupone la aptitud natural de conocer en general. Por carecer de discernimiento, no tiene voluntad por tanto no podría imputársele culpabilidad, pero sí puede resultar obligado a responder por su *hecho propio* en base a un *factor objetivo, equidad*, tal como lo regula el art. 907 del C.C.

Cuestión diferente es si puede ser considerado autor del hecho dañoso. Mosset Iturraspe, en opinión que comparto, dice que sí hay “*autoría*”, en su obrar hay “*mismidad*”, se trata de un “*hecho involuntario pero suyo, propio*”⁹.

2.2. Hijo menor, mayor de diez años

La situación varía si el autor del daño es un menor de diez años o más. Según el art. 921 del C.C. argentino, ya alcanzó la edad del discernimiento para lo ilícito, por tanto pueden serle atribuidas las consecuencias de sus actos por culpabilidad. Puede responder como *autor material* del hecho, por *responsabilidad directa* y atribuírsele culpabilidad (art. 1109 C.C.). Si en la provocación del daño intervino una cosa de la que el menor es dueño lo hará como propietario de la cosa (art. 1113 C.C.).

3. Carácter de la responsabilidad paterna

Pero además del menor, autor del hecho, también responden los padres. El artículo 1114 del C.C. establece la responsabilidad solidaria de ambos progenitores que conviven. Se

⁹ Jorge MOSSET ITURRASPE - Daniel Hugo D'ANTONIO - Norberto José NOVELLINO, *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 1998, pág. 68.

trata de una responsabilidad legal (art. 700), que se rige por los principios generales del Código Civil (arts. 699, 1082, 1109, 1275, 3969). Por lo tanto, la novación, la compensación o remisión de la deuda hecha por un progenitor, extingue la obligación del otro (arts. 707, 810, 830), cualquier acto que interrumpa la prescripción de cada uno de ellos perjudica al otro.

Cada progenitor está obligado al pago total de la deuda; al tratarse de una obligación solidaria el pago íntegro puede ser exigido a cualquiera de ellos. En caso de que el pago hubiese sido efectuado en su totalidad sólo por uno, puede repetir lo que solventó de más del otro progenitor; salvo que el hecho le fuese atribuible en una mayor extensión causal al que pagó, por ejemplo que hubiese sido él quien facilitó notoriamente el acaecimiento del daño.

En opinión mayoritaria de doctrina no existirá acción de repetición entre los progenitores ni contra el hijo mayor de diez años, si los padres hubiesen sido cómplices, coautores, o instigadores del hecho ilícito cometido por el hijo menor.

3.1. Directa o indirecta

En cuanto al carácter de directa o indirecta de la misma, las opiniones no han sido siempre coincidentes. Vale tener presente que este debate tiene repercusiones prácticas ya que de su emplazamiento dependerá que el padre pagador pueda o no ejercer acción de reintegro contra el hijo causante del daño.

Según se expusiera de modo precedente, en doctrina se pueden identificar distintos criterios al respecto: por un lado, quienes estiman que cuando el daño es causado por un menor inimputable, (de menos de 10 años), hay responsabilidad directa de los padres ¹⁰. La obligación nace como consecuencia

¹⁰Rubén COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad por el hecho ajeno*, La Plata, Lex, 1987, pág. 14.

del incumplimiento culposo de sus deberes, fundamentalmente vigilancia. Al responder por hecho propio, aun cuando el menor inimputable tuviese bienes, los padres no podrían ejercitar la acción recursoria pues no se dan las condiciones del art. 1123 del C.C. En cambio, será indirecta en el caso de que el autor del daño tenga más de diez años y allí sí cabría el reintegro.

En una variante de esta postura, sostenía Jorge Bustamante Alsina que esta responsabilidad, aunque supone una culpa del padre, es siempre indirecta dado que la autoría del hecho dañoso corresponde al hijo, pero puede ser personal o refleja. Personal cuando el daño es atribuible a un menor inimputable, en este caso el autor no es responsable por carecer de discernimiento (arts. 907, 921 y 1076 del C.C.); lo son los padres en razón de su culpa y no tienen acción recursoria contra el hijo. En cambio, esa responsabilidad indirecta de los padres es *subsidiaria* y refleja si el hijo que causa el daño es mayor de 10 años y responde por su propio hecho. En este supuesto los padres sí podrían ejercitar la acción que concede el art. 1123 del C.C. ¹¹.

Otros prestigiosos juristas argentinos, Mosset Iturraspe, Bueres y Mayo, Saux ¹², sostienen que para los padres siempre será indirecta, refleja o vicaria. En su concepción, la responsabilidad es directa cuando el obligado a reparar es el autor del daño, e indirecta cuando hay un autor material del hecho distinto de aquel a quien la ley impone la obligación de indemnizar, como lo es en el tema que se aborda. En consecuencia, el hecho dañoso del hijo menor se refleja en la esfera de responsabilidad paterna y cabría la posibilidad de ejercer acción de reintegro contra el hijo.

¹¹ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 363.

¹² MOSSET ITURRASPE, D' ANTONIO y NOVELLINO, ob. cit., pág. 80; BUERES y MAYO, "La responsabilidad de los padres...", pág. 289; Edgardo I. SAUX, "El menor y los accidentes de tránsito", en *Revista de Derecho de Daños*, 2002-2: Menor dañado y menor dañado, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 245.

Desde otra perspectiva, Zavala de González ¹³, a cuya opinión adhiero, parte de diferenciar *autoría* de *responsabilidad*, el daño puede provenir del actuar de una persona a quien se lo considera autor, pero otra cosa distinta es ser responsable, estar obligado a reparar el perjuicio.

En el caso de los padres, considera que éstos pueden ser responsables directos aun cuando quien causó el daño sea otro, el hijo menor. La responsabilidad es directa, en el sentido de que existe *una justificación propia para su deber resarcitorio* (distinta de la que puede o no pesar contra el hijo). Si bien la causación del perjuicio no es directa porque proviene de un hecho ajeno -desde el punto de vista fáctico entre el responsable y la víctima se interpone la actuación dañosa de un hijo-, la responsabilidad de los padres es directa desde el punto de vista del fundamento, debido a que hay una razón propia y personal que la justifica y esa razón se conecta con la condición de padre. Los padres responden en razón del incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

En doctrina española, también algunos autores entienden que en este supuesto no se está ante una responsabilidad por el hecho ajeno sino por el hecho propio; *“para ellos (los afectados), el padre, aunque no es causante inmediato del perjuicio, es causa eficiente del mismo, dado que su vigilancia insuficiente es lo que permite al hijo encontrar ocasión de comportarse de modo lesivo para los intereses de terceros”*¹⁴. Así, el profesor Albaladejo entiende que la ley en estos casos presume la existencia de un hecho dañoso de la persona responsable, la falta de vigilancia sobre el causante directo del daño, considerando al ejecutor material como un mero instrumento, por tanto en la hipótesis del art. 1903 del C.C. español para el autor se responde por el acto propio ¹⁵.

¹³Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pág. 656.

¹⁴Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres*, ob. cit., pág. 47.

¹⁵Manuel ALBALADEJO, *Instituciones de derecho civil*, Barcelona, 1982, t. II, vol. II, pág. 494.

3.2. *Nuestra opinión*

Adhiero al pensamiento de Zavala de González, pues no me convence la idea de que el actuar antijurídico del menor se *refleje* en la esfera de responsabilidad de sus padres. El hecho que causa el daño es ejecutado por el hijo, y éste según la edad que cuente asumirá responsabilidad por el hecho propio en base a un factor subjetivo, art. 1109, o podrá ser condenado a solventar una indemnización a favor de la víctima fundada en razón de equidad. Independientemente, la ley establece la obligación de reparar el daño por parte de sus representantes, si bien no de modo exclusivo, pues el inimputable podrá ser condenado a solventar un resarcimiento a favor de la víctima fundado en razón de equidad, en virtud del art. 907; y si el autor fuese imputable será responsable por vía del 1009 y sus padres por el art. 1114 del C.C.

Desde la posición que sustento, en cuanto a la aplicación de un factor de atribución objetivo fundado en la garantía, la obligación que pesa sobre los padres opera en virtud de una obligación legal que nace del art. 1114, fundada en el incumplimiento de los deberes propios que como padres les corresponde cualquiera sea la edad del hijo, art. 264. El hecho que causa el daño es ejecutado por el hijo, pero la obligación de repararlo está impuesta a sus progenitores desde un fundamento objetivo, garantía, por tanto basta con un hecho objetivamente antijurídico que provenga del menor, no se requiere culpa en el actuar de éste, para que los padres asuman directa y personalmente la responsabilidad por los daños causados por sus hijos menores. Son ellos quienes han incumplido los deberes a su cargo que nacen directamente de la ley, por tanto son garantes del resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Incluso desde un fundamento subjetivo hay autores que opinan que no podría hablarse de responsabilidad por el hecho de otro si se acepta, como lo hace nuestra doctrina mayoritaria, que el art. 1116 permite a los padres eximirse pro-

bando la *falta de culpa propia* ¹⁶. Con esta perspectiva, refiriéndose a un factor subjetivo, Rogel Vide sostiene: “*La responsabilidad no nace porque las personas de las que se debe responder hayan cometido un ilícito, sino porque ellos mismos, debido a una negligencia que se presume, no han podido evitar que se produjera*” ¹⁷. Así lo ha expresado también algún tribunal en nuestro país: “La responsabilidad de los padres no es indirecta, sino que responden directamente como si el hecho hubiera sido cometido por su propia culpa, por cuanto esto deriva de su falta de vigilancia o de buena educación, es decir, que los progenitores responden fundamentalmente ante la omisión a sus deberes de vigilancia” ¹⁸.

Pienso que de la patria potestad se deriva la garantía de reparar los perjuicios que los descendientes menores ocasionen a terceros, es lo que Ivonne Lambert-Faivre expresa como “*grandeza y servidumbre de la paternidad y la maternidad*” ¹⁹.

4. Demanda dirigida contra los padres y el hijo menor. Principal o subsidiaria

En mi opinión, cuando el autor del daño es un menor de diez años o más, habrá frente a la víctima dos obligados di-

¹⁶R. PIRSON Y A. DE VILLE, *Traité de la Responsabilité Civile (Principes élémentaires et applications pratiques)*, París, 1933, pág. 448, citado por Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en *La responsabilidad civil de los padres...*, pág. 48.

¹⁷C. ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español*, Madrid, 1977, pág. 126.

¹⁸CNCiv., Sala D, mayo 27-997, “Villegas, Luis y otro c/ Elserer, Oscar A.”, L.L. 8 de setiembre de 1997, pág. 5. CNCiv. y Com. Morón, Sala 2ª, 31/5/1994, “Solarí, Juan y otra v. La Cabaña S.A. s/ Daños y perjuicios”. BA B2352258: “La atribución de responsabilidad de los padres de la víctima del daño nace como si fuera por su propia culpa, la que deriva de una falta de vigilancia o de buena educación en el sentido de la formación de hábitos -v. gr., consejos respecto del comportamiento en la calle con relación al hijo-”.

¹⁹Ivonne LAMBERT- FAIVRE, “La evolution de la responsabilité civile. De un dette de responsabilité à une creance d’indemnisation”, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, enero- marzo de 1987, París, 86º anné, pág. 6.

rectos, el autor responsable directo, art. 1109, y los padres, también responsables directos, pues las obligaciones paternas perduran mientras el hijo no alcance la mayoría de edad. Se trata de obligaciones concurrentes, pero que no dan lugar a reintegros pues ambos obligados son responsables directos.

Si el autor del daño es un menor de menos de diez años los jueces pueden por razones de equidad, art. 907, disponer un resarcimiento a cargo del patrimonio del inimputable, responsabilidad directa fundada en un factor objetivo. Considero que esta obligación no reviste el carácter de subsidiaria, el sistema no impone a la víctima demandar primero a los padres y luego, sólo si estos fueran insolventes, al hijo. Que la realidad indique que las víctimas no inician reclamos indemnizatorios contra menores de esta edad, que se presumen insolventes, no habilita a establecer la condición jurídica de subsidiaria de la obligación. De ser así el legislador debió preverlo expresamente tal como lo hacen otras legislaciones extranjeras que establecen la responsabilidad del inimputable fundado en la equidad pero con carácter subsidiario, por ejemplo los códigos civiles alemán, austríaco, italiano, brasileño ²⁰.

Ante la afirmación de que los padres resultan obligados por un hecho cuya autoría es ajena, pero que permite atribuirles responsabilidad en virtud de la garantía, podría uno preguntarse: ¿para qué mantener una disposición como el artículo 1114? ¿No bastaría el artículo 1109? Entiendo que no, ya que esta última norma prescribe la responsabilidad por el hecho propio, y en esta situación el *hecho es ajeno*, lo que es directa es la responsabilidad. No debe olvidarse que se trata de una responsabilidad especial, excepcional impuesta por la ley, no se ubica dentro de la regla general donde se responde por el hecho propio. De allí la interpretación res-

²⁰La figura de la “responsabilidad por equidad” tiene su origen en los derechos de corte germánico, se ha incorporado también a alguno de los derechos latinos y de Europa oriental. Así se la encuentra en el § 829 B.G.B. alemán, § 1310 ABGB austríaco, § 54.I del Código suizo de las obligaciones, art. 1386 bis C.C. belga, apartado 2º del art. 2.047 C.C. italiano, artículo 489 C.C. portugués, artículo 907 C.C. argentino y en el § 352 C.C. húngaro.

trictiva y el carácter limitativo con que debe aplicarse, sólo son responsables quienes allí se mencionan y no otros parientes, si éstos lo fueren será en virtud de otra norma de carácter general, el artículo 1009.

En caso de que la demanda se dirija contra los progenitores y el hijo, corresponde determinar si existe responsabilidad principal o subsidiaria, y si ambos son responsables, ¿se trata de responsabilidades conexas?, ¿concurrentes?, ¿indistintas? Si la víctima acciona primero contra los padres y luego contra el hijo ¿procede la repetición?

En el supuesto de daño causado por el hijo menor de 10 años, ambos son deudores, pero entendemos que *no se trata típicamente de obligaciones concurrentes o indistintas*. Éstas aunque tienen diversidad de causa fuente presentan idéntico objeto, pero en el caso particular en análisis pueden tener *diferente prestación*, los dos obligados adeudan al mismo o mismos acreedores por distintas causas, pero el menor inimputable puede ser condenado a resarcir un monto distinto al que debe afrontar quien lo tiene a su cuidado. En las indemnizaciones de equidad no pueden darse reglas fijas en cuanto a la extensión y quantum del resarcimiento, ya que las disposiciones de los arts. 903 a 906 del C.C. describen lo que, en expresión de López de Zavalía, constituye una *“imputación rigurosa”*; hacen referencia a los actos voluntarios, en cambio, en los involuntarios los límites a la reparación no están impuestos en función de la culpabilidad del agente sino del grado de causalidad.

En lo relativo al *quantum*, el Código menciona exclusivamente la “importancia del patrimonio del autor del hecho” y “la situación personal de la víctima”, pero el juez puede contemplar y valorar otros aspectos ya que esta norma le faculta a adoptar su decisión con un mayor grado de discrecionalidad. Aída Kemelmajer de Carlucci y Carlos A. Parellada en “Indemnizaciones de equidad”²¹, mencionan entre las posi-

²¹ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, y Carlos A. PARELLADA en “Indemnizaciones de equidad”, J.A. 1981-II-155. En consideración de los autores, los jueces

bles pautas a considerar por el magistrado al fijar el monto de prestación las siguientes:

- a) que la víctima haya podido obtener indemnizaciones por otras vías,
- b) la capacidad intelectual de acuerdo a la edad del autor a efectos de valorar la comprensión real del hecho,
- c) objeto sobre el que haya recaído el daño.

La responsabilidad regulada en el art. 907 del C.C. argentino no es solidaria ni subsidiaria. El damnificado no está obligado a demandar primero al autor del daño y sólo en caso de fracaso, al progenitor, ni tampoco a la inversa, nada le impide accionar directamente contra el autor inimputable: hay dos responsabilidades principales²². Además de que ambos son responsables, es normal que el menor sea insolvente, entonces resultaría un desgaste jurisdiccional inútil que el damnificado deba reclamar primero al hijo para recién poder dirigirse contra los padres.

Tampoco son alternativas. La víctima puede iniciar acción contra el inimputable fundado en el art. 907 y luego o concomitantemente contra el civilmente responsable. Puede acumular ambas acciones o ejercerlas de modo sucesivo; por lógica que no podrá percibir una reparación mayor que el daño sufrido.

pueden apreciar al fijar el monto si la víctima fue indemnizada por prestaciones de la previsión social, seguros. También pueden atender a la edad del autor y valorar la real posibilidad de comprensión del hecho y de esta forma atenuar el rígido sistema de la edad mínima. Por otra parte, es de relevancia el objeto del daño, no es lo mismo la afección a la persona de la víctima a si resulta destruido o deteriorado un objeto suntuario.

²²Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, N° 2489, Buenos Aires, Perrot, 1976, t. IV-A, págs. 322/323, nota 914; Félix TRIGO REPRESAS- Rubén COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, N° 12, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, pág. 234; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI y Carlos A. PARELLADA en "Indemnizaciones de equidad", J.A., 1981-II-155. En este sentido, Cámara Crim. y Corr. San Francisco, "Di Giulio, H.R.", 2/5/79 en L.L. 1980-B-271/272. En contra, Juan Carlos VERA OCAMPO, "Responsabilidad de los padres o tutor", E.D., 121-951, afirma que en este caso "la responsabilidad del padre es refleja e indirecta, pero subsidiaria...".

Si hay más de un autor inimputable, se puede acumular ambas acciones fundadas en el art. 907, y el juez en este caso en base a las circunstancias mencionadas anteriormente, podrá condenar a uno sí y a otro no, o condenar a ambos en distinta extensión. No existe solidaridad entre ellos. En caso de que uno de los autores fuere imputable y el otro no, se pueden acumular las acciones; tampoco son solidarias.

En cuanto a la pregunta sobre si puede el civilmente responsable, en este caso los progenitores que afrontaron el pago, repetir contra el hijo, considero que no procede la acción fundada en el art. 1123, pues esta norma presupone la imputabilidad del autor directo. Además de esta valla legal expresa habría otra razón. En este supuesto, según dijimos, hay dos obligados por causas diversas. La responsabilidad del menor es excepcional, es facultativo para el juez condenar al menor a reparar los daños de acuerdo con las condiciones patrimoniales de autor y víctima, pero la obligación de los progenitores no es excepcional, ya que a ellos les cabe garantizar la indemnización a los terceros en caso de que sus hijos ocasionen daños.

Si el menor que causó el daño tiene más de 10 años, el padre que pagó la indemnización ¿puede repetir contra el hijo? Entendemos que tampoco en este caso cabe reclamo alguno del padre contra el hijo, es responsabilidad directa de los padres. El daño deriva del incumplimiento de los deberes a su cargo, por tanto no cabe la repetición.

Son responsabilidades concurrentes, ambos responden pero las obligaciones reconocen causas diferentes.

Conclusiones

- La responsabilidad de los padres es directa desde el punto de vista del fundamento, debido a que hay una razón propia y personal que la justifica y esa razón se conecta con la condición de padre. Los padres responden en razón del incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

- En caso de que el reclamo se iniciara contra los padres y el hijo, ambos son deudores, pero entendemos que *no se trata típicamente de obligaciones concurrentes o indistintas*. Éstas aunque tienen diversidad de causa fuente presentan idéntico objeto, pero en el caso particular en análisis pueden tener *diferente prestación*, los dos obligados adeudan al mismo o mismos acreedores por distintas causas, pero en caso de que el menor fuera inimputable puede ser condenado a resarcir un monto distinto al que debe afrontar quien lo tiene a su cuidado.

- La responsabilidad regulada en el art. 907 del C.C. argentino no es solidaria ni subsidiaria. El damnificado no está obligado a demandar primero al autor del daño y sólo en caso de fracaso, al progenitor, ni tampoco a la inversa, nada le impide accionar directamente contra el autor inimputable: hay dos responsabilidades principales.

- Los padres no tienen acción recursoria contra el hijo, cualquiera fuere la edad del menor. El daño deriva del incumplimiento de los deberes a su cargo, por tanto no cabe la repetición.

XIII. EXIMENTES

1. Limitaciones de la responsabilidad. Formas de apreciación

Todo supuesto de responsabilidad civil admite la posibilidad para el sindicado como responsable de eximirse de la misma. Las causales varían según cual sea el factor de atribución que justifique su obligación; si el mismo es subjetivo, podrá probar su falta de culpa o la ruptura del nexo causal; si es objetivo las posibilidades se limitan a la acreditación del quiebre de la vinculación causal.

En el caso particular que nos ocupa, tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia argentina han afirmado que el factor de atribución que sustenta la responsabilidad paterna es de orden subjetivo, culpa en la vigilancia o en la educación, o bien en ambas ¹. Se lo ha identificado como un supuesto de presunción de culpa ², por lo que la prueba de no haber incurrido en ella se traslada al demandado.

¹ Uno de los argumentos fundamentales para realizar esta aseveración es precisamente la relevancia que se le otorga a uno de los eximentes que el legislador admite en el art. 1116: “Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos si probaren que les ha sido imposible impedirlos”.

² Alfredo ORGAZ, *La culpa*, Córdoba, Marcos Lerner, 1981, pág. 160; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 370; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Actuaciones por daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 220; Jorge J. LLAMBIAS, “Responsabilidad excusable de los padres: determinación y despla-

La culpa como factor de atribución está definida en el art. 512 del C.C.: "... la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". La norma hace referencia al incumplimiento obligacional, pero en doctrina es aceptada sin discusión la posibilidad de aplicar esta disposición al ámbito extracontractual.

Sabido es que "Las presunciones de culpa, para ser tales, deben admitir prueba en contrario"³. Así fue expresado de modo unánime por la Comisión N° 2 de las Jornadas sobre Responsabilidad Civil (en homenaje al doctor Roberto H. Brebbia), realizadas en 1986, que abordó el tema "Presunciones de culpa y presunciones de responsabilidad", en el punto 6 de las conclusiones de la mencionada Comisión se dejó sentado que: "La presunción de culpa es desvirtuable, ante todo, mediante la demostración de que el agente obró con la diligencia o prudencia debidas (unanimidad)". Orgaz afirma que la falta de culpa se prueba con la diligencia normal, acreditando que se ha obrado de manera cuidadosa y prudente, que se empleó "aquellas diligencias" que exigía la naturaleza de la obligación, y que correspondían a las circunstancias de persona, tiempo y lugar⁴. Del mismo modo sostiene Llambías que los padres pueden desvirtuarla acreditando, precisamente, su ausencia de culpa debiendo en consecuencia demostrar

zamiento", E.D., 82, pág. 481 y ss.; Dentro de esta corriente, TRIGO REPRESAS y COMPAGNUCCI DE CASO entienden que se trata de una responsabilidad presumida cuyo fundamento no emerge de los deberes de buena educación y vigilancia emanados de la patria potestad, sino de la patria potestad en sí misma. *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, t. 2 a, pág. 233 y ss.

³ Comisión 2 de las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en homenaje al doctor Roberto H. Brebbia (Rosario, 6 y 7 de noviembre de 1986), que abordó el tema "Presunciones de culpa y presunciones de responsabilidad: (unanimidad)".

⁴ ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, Córdoba, Marcos Lerner, 1981, pág. 161.

que ellos han mantenido una vigilancia activa sobre sus hijos y que los han educado celosamente ⁵.

Acorde a este razonamiento el artículo 1116 del C.C. dispone que: “Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, *si probaren que les ha sido imposible impedirlos*. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos”.

Si nos preguntamos acerca del modo en que los jueces ponderan este eximente y revisamos las resoluciones judiciales encontramos que, en general, los magistrados no eximen a los padres de responsabilidad ⁶. Los argumentos que expresan son que *no se encuentra suficientemente acreditada la vigilancia paterna* o entienden que *la educación recibida no fue la adecuada para evitar el resultado dañoso ya que el mismo acaecer del hecho así lo evidencia*, es decir, casi nunca se admite que haya sido imposible impedir el hecho; se exige una diligencia muy especial, no es suficiente haber puesto cuidado, precauciones. Quizás la *naturaleza de las obligaciones* que se asumen con la paternidad, las *circunstancias de las personas* a las que se exige la diligencia y aquellas a las que se debe vigilar, cuidar y educar, justifiquen que los jueces sean tan rigurosos en su apreciación.

En mi opinión, y así lo he sostenido en otro apartado, los padres son garantes del resarcimiento de los daños que sus hijos menores pudieren ocasionar, o sea propugno la aplicación de un fundamento objetivo. Pero esto no significa que esa garantía tenga que ser absoluta, ya que todo supuesto de responsabilidad civil admite eximentes; aun en hipótesis en

⁵ LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, t. IV-A, pág. 372 y ss., parág. 2514 y N^{ros} 290 y 291.

⁶ Estos criterios interpretativos parecen remontar a la particular habilidad de los jurisconsultos romanos para elegir las mejores soluciones sin reformas legislativas de importancia.

las que el legislador ha sido muy riguroso como el caso de los propietarios de establecimientos educativos el artículo 1117 del C.C. permite la exoneración, aunque solo por “caso fortuito”⁷.

La ruptura del nexo causal, cualquiera sea el factor en que repose la responsabilidad, opera en general como eximente o atenuante si se acredita que la causa idónea productora del daño provino de culpa de la víctima, culpa de un tercero por quien no se debe responder o por caso fortuito o fuerza mayor.

En el caso de la responsabilidad paterna dadas las singulares características que suelen presentar los hechos, cada una de estas causales debe analizarse pormenorizadamente, reparando en los detalles del caso y sus particularidades considerando que el autor y quizás la víctima, en razón de la edad sean personas carentes de discernimiento para la ley.

1.1. Culpa de la víctima

Justo es que asuma las consecuencias dañosas de un hecho aquel que con su conducta ha provocado en todo o en parte el resultado, por ende si este se produjo con participación total o parcial de la víctima a ella le corresponde asumir su responsabilidad. El Código Civil así lo admite en el art. 1111: “El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”.

Pero analizar la posible “culpa de la víctima” cuando el afectado es un menor de menos de diez años plantea dificultades, pues ¿como podría considerarse la culpa de un inimputable? Su conducta no podría ser valorada conforme

⁷ Esto ha sido motivo de análisis interpretativo por diferentes autores, entendiéndose en general que resulta discutible esta limitación tan reducida.

las pautas fijadas en el art. 512 del C.C., pues éstas han sido establecidas para considerar el actuar de una persona imputable. Esta cuestión produjo dos posiciones bien diferenciadas en doctrina:

a) Quienes sostienen como Bustamante Alsina que: *“El damnificado debe ser imputable. El hecho de un inimputable no excusa la responsabilidad del demandado”*⁸. En su opinión la posibilidad de liberación del sindicado como responsable no es aceptable pues los términos de la ley son claros, “culpa” de la víctima; más aún tratándose de una persona inimputable que merece protección del ordenamiento cabe una interpretación estricta. En expresión de Llambías⁹, el hecho inculpable de la víctima debe asumir los caracteres del caso fortuito -imprevisible o inevitable- para que opere la exoneración de responsabilidad.

b) Otra posición, que encontramos acertada, propugna que el simple hecho de la víctima es suficiente para romper el nexo causal, aunque no haya reproche posible a la conducta.

Las funciones de la relación causal son básicamente dos: determinar quién es autor del daño y encontrar una causa adecuada que fije la extensión de la reparación. Si esa relación causal liga el daño con el hecho de la víctima (culpable o no), sin intervención de otra causa idónea, mal podría formularse juicio de atribución de responsabilidad a alguien distinto de la propia víctima. La falta de uno de los presupuestos de la responsabilidad tornaría arbitraria una definición en otro sentido.

En expresión de Pizarro y Vallespinos: *“El centro de la cuestión debe ser emplazado en torno a la relación de causalidad, no se trata de ponderar culpas sino autorías materiales y, desde ese ángulo, tanto el hecho culpable de la vícti-*

⁸ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9^ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 307.

⁹ Jorge J. LLAMBÍAS, “La culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil”, J.A., Doctrina, 1974-6.

*ma como el no culpable pueden ser causa adecuada, exclusiva o concurrente, del daño. No se advierten razones que permitan, en principio, atribuirlo a un tercero”*¹⁰.

Aunque el menor no pueda apreciar lo justo o lo injusto de su actuar estamos frente a un acto “objetivamente ilícito”, por eso cuando el afectado sea inimputable cabe referirse a *un hecho de la víctima*, y desde la relación causal apreciar el aporte fáctico que incorporó al resultado quien resultó víctima del daño.

Si tanto el autor del daño como la víctima son menores inimputables el nexo de causalidad será el elemento que determine la responsabilidad de los progenitores y cada uno estará obligado en la medida en que su hijo haya aportado a la producción del resultado.

Si ambos fueren mayores de diez años, edad a partir de la cual se alcanza el discernimiento para lo ilícito y por tanto se asume responsabilidad directa, se podrá estimar si hubo “concurrencia de culpas” para determinar el porcentaje de responsabilidad personal de cada uno de los intervinientes en el hecho, arts. 921 y 1009 del C.C. Lógicamente sin dejar de lado la concurrencia con la responsabilidad paterna.

Para el caso de que ambos o alguno de los intervinientes fuesen menores sin discernimiento, debe tenerse presente que en el sistema legal argentino, además de la responsabilidad parental, el artículo 907 del C.C. permite al juez fijar una indemnización a cargo del autor del hecho aplicando un factor de atribución objetivo, basado en la equidad; pero siempre la respuesta sobre quién está obligado a reparar el daño surge del análisis del nexo causal.

¹⁰Ramón Daniel PIZARRO - Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3, pág. 113.

1.2. Culpa de un tercero por quien no se debe responder

En esta responsabilidad identifico como “tercero por quien no se debe responder”, a alguien que es distinto de la víctima y que no guarda relación con el presunto responsable (demandado) ya sea éste el propio menor, los padres o con la persona que ellos hayan designado como encargada de cuidar al hijo. Si el perjuicio surge del actuar o por la influencia de esa persona será ella quien asuma el deber de responder, como en todo supuesto de estas características.

No puede considerarse tercero al otro progenitor (que no ejerce la guarda), ni aquellas personas que por su profesión o actividad específica hayan tenido en la emergencia bajo su cuidado y vigilancia al menor (el dependiente o auxiliares que colaboran en la tarea de cuidado del hijo), tampoco aquellas personas a quienes se les haya delegado accidental o transitoriamente el cuidado del menor, como puede ser un vecino o allegado, a quien se confió el cuidado del hijo, según lo expongo más adelante. La víctima tendrá ante sí dos o más responsables indistintos, concurrentes, el menor, los padres y las personas que los tenían a su cuidado, podrá demandar a uno o a todos, no correspondiéndole a la víctima determinar las relaciones entre ambos ¹¹.

Pero si cabe considerar la posibilidad de que el menor hubiera causado el daño bajo la inducción de una persona extraña a sus progenitores ya sea porque fuese obligado físicamente, en cuyo caso el menor sería prácticamente instrumento de una voluntad ajena, o actuara bajo coacción moral. Sin dudas acreditada la existencia de la influencia del tercero será éste quien deba asumir la obligación de reparar.

El análisis de la causalidad determinará si el daño provino de modo exclusivo de la intervención de quien se estima tercero o hubo concurrencia con el demandado.

¹¹ En este sentido, se pronunciaron Graciela M. MORENO y Raquel VILLAGRA, en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones en Homenaje a la Dra. Josefa Méndez Costa (Santa Fe, noviembre de 1990).

1.3. Caso fortuito o fuerza mayor

Cuando el origen del daño se encuentra en un hecho imprevisible o imposible de evitar, los padres y el menor se encontrarán exentos de responder ¹².

2. Eximentes especialmente previstos en el ordenamiento con relación a los padres

Abordaré el tema analizando en primer término las causales determinadas normativamente, y luego haré referencia a las situaciones que con mayor frecuencia llegan a los tribunales.

Según se expuso en otro apartado los magistrados son siempre rigurosos a la hora de juzgar la conducta de los padres y hacen una interpretación restrictiva de los eximentes de responsabilidad paterna, razón por la cual casi nunca se los excusa.

2.1. Transferencia de la guarda del menor. Artículo 1115 del C.C.

Según lo prevé el art. 1115 la responsabilidad paterna cesa: “si el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona”.

Acorde al fundamento subjetivo que asienta la responsabilidad en la culpa en la vigilancia, si la autoridad se ha tras-

¹²El punto es que parte de la doctrina entendió al hecho del propio menor de corta edad, inimputable, como caso fortuito, por tanto si quien provocaba el daño era un hijo inimputable no había responsabilidad paterna pues se trataba de un acontecimiento de la naturaleza o caso fortuito. Ver capítulo “Requisitos. Causación de daño por el menor”.

ladado a otros por algún motivo legítimo, son estos quienes asumen la obligación.

Debe tenerse presente que desde esta perspectiva de razonamiento la cohabitación es un aspecto eje, ya que la posibilidad de cumplir el deber de vigilancia solo será factible si hay proximidad física. Por esta razón la mayoría de la doctrina nacional afirma el cese de la responsabilidad paterna en estos casos ¹³. Comparte esta tesitura el Prof. López Mesa quien expresa que sustentar otra postura “*implica adherir a un juego de ficciones: a) Fundar en la ficción del control del menor por sus padres la responsabilidad de éstos, cuando en los hechos no pueden tener control alguno sobre él, b) Sostener la ficción de que los menores no viven solos, sino que dependen siempre de la supervisión de un adulto, cuando la realidad actual demuestra que son cada vez más los menores que se manejan exclusivamente por sus medios, trabajando, administrando sus dineros, viviendo solos, alquilando un departamento, etc.*” ¹⁴. Debe tenerse presente que el autor realiza estas afirmaciones cuando la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años.

Otra opinión estima que la “habitación” sólo cesa cuando se transfiere la guarda a alguna de las personas legalmente responsables que mencionan el art. 1113 y el art. 1117 del C.C. Esta posición encuentra respaldo en el texto del artículo 1115 y en su fuente, la obra de Aubry y Rau, la responsabilidad de los padres cesa “cuando el hijo ha sido colocado en servidumbre, aprendizaje o en establecimiento de enseñan-

¹³ Arturo ACUÑA ANZORENA, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Platense, 1963, pág. 295 y ss.; HENoch D. AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos...*, pág. 79; G. BORDA, *Tratado de derecho... Obligaciones*, pág. 298; Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado de derecho... Obligaciones*, t. IV-A, pág. 364; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General...*, pág. 358; Juan Carlos SMITH, “La responsabilidad por el hecho de los incapaces”, E.D., 99-790.

¹⁴ Marcelo LÓPEZ MESA, en Félix A. TRIGO REPRESAS y M. LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. III, pág. 175.

za, de forma que se encuentre de una manera permanente, bajo la influencia y autoridad de otra persona”¹⁵

Aunque en la actualidad ha decrecido la posibilidad de aplicación de esta disposición pues los casos para los cuales el legislador previó esta norma no son hoy los más frecuentes, internados o alumnos pupilos son situaciones excepcionales, el servicio militar obligatorio fue derogado¹⁶, tampoco puede afirmarse que no existen más, porque en algunas circunstancias hay razones que justifican la transferencia de la guarda para un cometido especial y en un lugar y tiempo determinado. En la mayoría de las familias el niño o adolescente concurre a diario por espacios de tiempo acotados a lugares de educación o formación, sin que esto conlleve una separación del hogar familiar, pero en poblaciones más alejadas de los centros urbanos es factible encontrar otra realidad, ya que la carencia de establecimientos educacionales cercanos hace que los estudiantes deban incorporarse a ellos por varios días en la semana; o en determinadas familias existen razones particulares que impiden brindar cuidado de modo personal a los encargados de hacerlo, o median razones de

¹⁵Acdeel SALAS, “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, en *Estudios...*, pág. 135; Baldomero LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Imprenta Jacobo Peuser, 1900; José Olegario MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, L.J. Rosso, 1928; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *Cód. Civil...* (dir. Belluscio, coord. Zannoni), t. 5, pág. 612; Rubén COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad por el hecho ajeno*, La Plata, Lex, 1987, pág. 60 y ss.

¹⁶Hay al respecto precedentes judiciales en los que se exigía para responsabilizar a la Fuerza Armada que se tratase que el acto que originaba el perjuicio estuviese vinculado a la actividad militar: “Si se trata de un acto dañoso cometido al margen de la función militar, por ejemplo en día franco o en conexión con actividades ajenas al servicio, hay responsabilidad presunta del padre. (...) No existe transferencia de la guarda en relación a los actos ajenos al servicio militar y fuera del tiempo de prestación de los mismos. En esos casos el padre reasume sus poderes de vigilancia y le es atribuida la responsabilidad por los daños que ocasione el menor y fuera de aquellas circunstancias condicionantes de la delegación de la guarda”. Cámara C. y C., Mercedes, Sala I, 1987/11/24, “Palazzo, Alberto D. c/ Rauch, Isidoro A. y otros”.

orden académico ya que se estima que los establecimientos educativos situados en otros centros urbanos brindan una mejor formación que la que pudieran aportar los del lugar, etcétera. Por otra parte si bien se ha eliminado la obligatoriedad del servicio militar, subsisten los colegios militares con la posibilidad de que el joven se incorpore al establecimiento durante un lapso prefijado de tiempo. En suma, no es posible afirmar que la hipótesis prevista por el art. 1115 del C.C. haya quedado vacía de contenido por la realidad, pero sí acotada su aplicación.

Hay situaciones que desde el fundamento tradicional, culpa en la vigilancia o en la educación, generan un mayor margen de discrepancias pues no resulta simple determinar si hay desplazamiento de guarda o si el hecho dañoso reconoce causas concurrentes en su producción. Trataremos separadamente algunas de ellas.

2.1.1. Daños ocasionados por los menores en establecimientos educativos

Cuando un menor ingresa a un establecimiento educativo, la posibilidad de cuidado y vigilancia real de sus padres queda restringida. Ahora bien, hay que considerar si ese alojamiento habitual por horas determinadas en días determinados encuadra en los términos que prevé como eximente el art. 1115: “si el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona”, constituyéndose durante ese lapso una delegación de la guarda al establecimiento, de modo tal que éste deba asumir las responsabilidades que esta situación trae aparejada.

Bustamante Alsina al comentar un fallo, que si bien resuelve sobre un hecho de distintas características al tema en análisis, reflexiona sobre las condiciones que debe reunir la entrega de la guarda, y dice: *“la entrega de la guarda debe ser circunstanciada. En efecto la patria potestad es indelegable, por lo que si el padre ha transmitido de hecho su autoridad y poder sobre el hijo a otra persona, sólo pudo hacerlo para un*

*cometido específico, encuadrando en circunstancias de lugar y tiempo*¹⁷.

A mi entender en esta hipótesis podría decirse que en forma temporal por el lapso en que el menor se encuentra en el ámbito del colegio, los padres pierden durante esas horas la posibilidad de “vigilar” al menor, pero ello no implica transferir la guarda a la institución.

La razón de ser de un establecimiento educativo es precisamente brindar educación, instrucción, es esa su obligación principal, pero indudablemente ese cometido lleva anexa una obligación de seguridad resguardar la integridad de los alumnos, lo que supone control, vigilancia, buena organización de la función. En su redacción actual, el artículo 1117 del Código Civil hace responsable al propietario del establecimiento por daños ocasionados o sufridos por sus alumnos menores independientemente a la edad que tengan, quedan excluidos los establecimientos terciarios y universitarios. La existencia de esta norma no implica suprimir la responsabilidad personal que pudiere caberle al maestro, profesor o personal del establecimiento si se probara su culpabilidad en el hecho; pueden concurrir con el establecimiento o desplazar la responsabilidad del mismo.

Sin embargo no nos parece aceptable sentar una regla general que exima de responsabilidad a los padres en todo supuesto en que el perjuicio se ocasione en el ámbito escolar, sino que creemos debe atenderse a las circunstancias del caso concreto, en particular al origen del hecho dañoso. Si éste deriva de la simple falta de custodia y control que requiere un niño de corta edad, por ejemplo el maestro o encargado de la supervisión se retiró del aula o del lugar en que se encontraba el menor sin motivo que lo explique y sin dejar a al-

¹⁷Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “Límites legales de la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores de edad”, L.L., 1988-B, 282/283. En esa ocasión, el menor se encontraba cumpliendo el servicio militar obligatorio y causa daños al conducir un automóvil, pero en circunstancias ajenas al servicio.

guien encargado de la vigilancia, estará justificada la responsabilidad del establecimiento o del maestro. Lo mismo si el hecho deriva de omisión de los deberes de organización, por ejemplo alumnos implicados en un accidente que tiene lugar a la hora del recreo o en horas libres, cuando estos habían abandonado el recinto escolar, contraviniendo la prohibición expresa del centro al respecto. En este sentido como expresa Bustamante Alsina, no se habría cumplido el “cometido específico” de vigilancia de los menores.

Como ejemplo de supuestos en que pudieron existir defectos en la organización de la actividad, si bien en paseos escolares, cabe citar el siguiente: los alumnos de un establecimiento educativo, dependiente de la Municipalidad de Buenos Aires, durante un paseo a un río sufrieron las consecuencias de un aluvión pues la noche anterior a la excursión había llovido torrencialmente. El tribunal considera responsable a la Municipalidad pues si maestros o acompañantes “no sabían o suponían que una lluvia torrencial podía aumentar el caudal de los ríos, o si se desconocían las características del río que atravesaba el camping, debieron ser más respetuosos de las bondades del lugar”.

“La escuela asume una obligación de seguridad, de esencia objetiva, de la que solo se puede liberar probando una causa ajena, extremo que no se da en la especie. La conducta culposa de sus dependientes (maestros acompañantes) quienes deficientemente vigilaron a los alumnos que acompañaron en la emergencia, hace nacer indefectiblemente, su responsabilidad de carácter objetivo, sin perjuicio de lo mencionado “*supra*”, respecto de la obligación de seguridad también de carácter objetivo, asumida por la Escuela. Como consecuencia de ello, resulta también responsable la M.C.B.A., organismo respecto del cual, la escuela depende”¹⁸.

Pero tratándose de situaciones en las que influye notoriamente la personalidad del niño o adolescente, si el hecho

¹⁸“C. L. C. c/ M.C.B.A. s/ ds y ps (Acc. Tran. c/ Les. o Muerte)”, CNCiv., 14/9/1998.

acaece por reacciones o actitudes que escapan al quehacer de los maestros o educadores que por aquellas horas lo controlan, entiendo que los padres no pueden quedar exentos de responsabilidad ¹⁹. En especial cuando se trata de menores cercanos a la mayoría de edad, a los que en otros países se ha dado en llamar muy gráficamente “grandes menores” ²⁰, pues en estos supuestos suele ser mayor la incidencia de la formación recibida en el seno del hogar que la aportada por la escuela o la incorrecta vigilancia en que se incurrió en el establecimiento ²¹.

En este sentido se pronunció la Cámara 1^a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro:

“Cabe responsabilizar, en los términos del art. 1114 del C.C., a los padres de un menor por el delito de homicidio que este último cometió respecto de una compañera del colegio al que concurría -en el caso, ambos se habían retirado antes

¹⁹A nuestro criterio, enmarca en esta hipótesis el lamentable episodio acaecido en un establecimiento educativo de Carmen de Patagones en nuestro país, en el que un joven, Junior, entonces de 15 años, disparó una pistola 9 milímetros de su padre contra sus 28 compañeros del 1º B del colegio Islas Malvinas de Carmen de Patagones, y ocasionó la muerte a tres de ellos e hirió a cinco. Según informó el diario Clarín, el 25/9/2005, la mayoría de las familias de los alumnos que cursaban con Junior ya presentaron demandas contra la Provincia de Buenos Aires. Algunos, además, le iniciaron juicio a la Prefectura Naval, dueña del arma que el adolescente usó. De los 28 compañeros de Junior, al menos las familias de quince, ya presentaron demandas o están a punto de hacerlo. Indudablemente, la búsqueda de un responsable solvente ha hecho que accionaran contra el Estado y no contra los padres.

²⁰Silvia DÍAZ ALABART, “Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1903 del Código Civil”, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, 1990, vol. I, pág. 465, nota 19.

²¹En este sentido, se expidió el tribunal que condenó como co-responsables a los padres de un alumno cuyos útiles escolares habían sido arrojados por la ventana del colegio y al caer hirieron a un peatón que transitaba por el lugar. El joven se había hecho la “rabona” y al momento del hecho contaba con 17 años, por lo que el tribunal merituó que a esa edad es mayor la influencia de la educación paterna que la de los profesores, CNCiv. y Com. Fed., Sala 3^a, 13/5/1992, “Duarte de Martínez, Rosa Z. v. Frías Salinas, Eduardo D. y otros”, J.A., 1993-III-583.

del horario de clases de la institución y el crimen ocurrió fuera de las instalaciones de la demandada-, pues, conociendo que su hijo era portador de una conducta desordenada, agresiva y violenta, no hicieron lo suficiente para encauzarlo mediante los tratamientos necesarios, conforme las atribuciones impuestas por los arts. 265 y 278 del Código mencionado”²².

Reitero serán la particularidades concretas las que indiquen cuál aspecto tuvo real influencia en el resultado²³.

Un hecho de características singulares que llevó a un desenlace con consecuencias trágicas para una docente fue resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul. En diciembre del 2000 en oportunidad en que una profesora se hallaba cumpliendo tareas en una de las aulas dictando su asignatura en período compensatorio a siete alum-

²² Cámara 1ª C. y C. San Isidro, Sala II, 22/8/2006, “A., E. y ots. c/ Provincia de Buenos Aires”, LLBA 2006 (noviembre), 1299, con nota de Marcelo HERSALIS y Julián JALIL, D.J., 6/12/2006, 1002.

²³ Merece considerarse un supuesto que si bien no enmarca en la actividad escolar pues el establecimiento no intervino en la organización, trata de un grupo de adolescentes que paseaba con autorización de los padres. En el desarrollo del contrato de viaje celebrado por una empresa con un contingente de estudiantes de edad promedio 17 años, su comisionado, actuando por fuera de lo previsto, organizó y condujo a los menores a un club nocturno absolutamente inapropiado, desentendiéndose incluso de mantener la adecuada vigilancia en su interior pese a los numerosos episodios que sin duda, preludiaron la tragedia que se precipitó al salir a la vía. Pero el Tribunal considera también la conducta paterna: “Sin embargo, los actores prestaron su conformidad para que su hijo, con tan sólo 17 años, saliera del país, transitará y permaneciera en el extranjero entre los días 12 y 17 de diciembre de 1996 sin condicionamiento alguno de compañía adulta y hacia un destino cuya fama ha trascendido lo meramente turístico para ganar espacio por otras circunstancias oscuras cuando no siniestras; quizás las mismas que habilitaron la calificación del Tribunal brasileño al que ya he hecho referencia. Por eso es que propongo también al Acuerdo que en mérito a tales circunstancias, reduzcamos la responsabilidad que endilgo a la demandada precedentemente en un porcentual que estimo justo fijar en el 30% del total”. “Franzoni Juan Carlos y otra c/ Transporte Automotor Caluch SA y otros - daños y perjuicios”, Cámara 1ª C. y C. de San Nicolás (Buenos Aires), 26/9/2003.

nos, recibió un puntazo en la zona abdominal propinado por un menor de quince años de edad, empleando un cuchillo que portaba y que era de su propiedad (según lo reconocido por el padre en la causa penal). Dicho puntazo produjo en la víctima una herida que le ocasionó la muerte. El tribunal no admitió la liberación de los padres por el solo hecho de haber negado conocer que ese día el hijo llevara el cuchillo al Colegio, frente a la admisión que hicieron de que el menor “es un paisano, compró con sus ahorros un cuchillo típico de campo, que era parte de su atuendo casi cotidiano. Que el cuchillo lo lleva al colegio en varias oportunidades, no como un arma, sino como una herramienta de trabajo o un útil de tarea”. “Que en los actos del Colegio siempre él hace de gaucho, porque llevará el cuchillo a la cintura, el sombrero, las botas, la bombacha y la rastra, etc. con total naturalidad porque es su vida y se le nota”. Se admite que “... en ese rol era alentado por los docentes y responsables del Colegio; que en las fiestas tomaba parte como tal portando un cuchillo campero, herramienta de trabajo y hasta montando a caballo”. “Estas afirmaciones ponen en evidencia la aceptación por parte de los progenitores de una costumbre en la forma de vestir del menor, que aunque ellos la consideraran natural, no es la habitual, ni la que corresponde usar de manera cotidiana y menos para concurrir al colegio, fuera de los días previstos para alguna actuación en especial. El cuchillo, no constituye un útil escolar, ni siquiera puede, ni debe ser utilizado como tal; y por tanto representaba un peligro tanto por el daño que su manipulación podía ocasionar a terceros, como a sí mismo, circunstancia que debió ser prevista por los padres, quienes tenían la obligación de impedir que su hijo lo llevara consigo en forma de atuendo”. Esto sin que el tribunal dejara fuera la responsabilidad del establecimiento frente a los padres de la docente fallecida ²⁴.

²⁴“P, D S y otra c/ Orden Franciscana de Frailes Conventuales y otros - Daños y perjuicios”, Cámara C. y C. de Azul (Buenos Aires), 16/6/06.

El contenido de la guarda va mucho más allá de la misión encomendada al colegio por ello estimo que, aun desde un fundamento subjetivo, la permanencia del menor en un establecimiento educativo por algunas horas diarias no alcanza a constituir un traslado de la guarda que exima a los padres de responsabilidad como regla, solo dificulta a los padres practicar la vigilancia que un menor de corta edad requiere. Menos aún podría liberárselos de responder en estas circunstancias si se aplica un factor objetivo fundado en la garantía.

En el sentido de mantener la responsabilidad paterna cuando el hijo menor se encuentre en dependencias escolares, el Proyecto de Unificación del año 1998, instituía en el artículo 1678: “La responsabilidad por el hecho del hijo y del pupilo, conforme a los artículos 1658 y 1660 subsiste aunque se hallen en el ámbito de actividad de un establecimiento educativo. Quien tiene a su cargo el establecimiento, su director, y demás personal, responden concurrentemente solo si se prueba su culpa grave o su dolo”.

2.1.2. Familiares y amigos guardadores

En algunas ocasiones los padres confían transitoriamente o de modo circunstancial el hijo a un guardador de hecho, un adulto quien durante un período de tiempo se ocupa del menor. Pueden distinguirse diferentes situaciones ya que en algunos casos los encargados del cuidado pueden ser abuelos u otros familiares, amigos, vecinos o profesionales del cuidado de menores; en consecuencia estas personas pueden ocuparse gratuitamente o no del menor. Estimo que en cualquiera de estas hipótesis estas personas son meros auxiliares de los padres. En este sentido se ha resuelto:

“Así, y como ya lo señalé, la sola ocurrencia del hecho dañoso hace presumir que la vigilancia paterna ha sido defectuosa: si bien no se encontraban presentes en el lugar, el error en la elección o falta de información sobre quien quedaría a cuidado del niño mientras compartía momentos de esparcimiento en casa de una compañera de colegio -quedando finalmente al cuidado de una empleada doméstica que se encontraba en otra dependencia del amplio departamento, si-

tuación en la que se entiende, *dado su carácter ocasional, que la guarda ha permanecido en cabeza de los progenitores- y la no inculcación en los hábitos del menor de la prohibición de utilizar instrumentos susceptibles de lesionar a otros o a sí mismo, como resultó el uso de un encendedor y papeles encendidos, son hechos atribuibles a los padres del menor*". "M., R. A. y otro c/ P., S. A. s/ daños y perjuicios", CNCiv., 12/12/2006.

Desde un fundamento subjetivo se argumenta que en estos casos la vigilancia del menor se traslada, por tanto será el encargado del control quien deba responder por su omisión.

Reitero, no pueden adoptarse soluciones rígidas universales en este tema, en principio sostengo que quien de hecho ejercita la guarda por habérsela confiado los padres no los sustituye en su obligación de responder. Además quien resulta afectado como víctima no tiene por qué indagar en las relaciones especiales que pudieran existir entre los padres y quien transitoriamente tiene al menor a su cuidado, en consecuencia podrá demandar en forma exclusiva a los padres o en forma conjunta al menor autor, padres y cuidadores. Puede que el autor del daño sea un niño de corta edad que exige vigilancia permanente, en cuyo caso el solo resultado evidencia la negligencia del custodio, en esta conjetura la víctima podrá demandarlo como responsable pero no rige la presunción de culpa sino que ésta deberá ser acreditada, art. 1109. En hechos de estas características si la reparación del daño hubiese sido asumida por los padres, podrán éstos ejercer acción de reintegro en virtud el art. 1123.

Es posible que los padres aleguen que no tuvieron ninguna culpa, puesto que por causas legítimas no pudieron permanecer junto a sus hijos, sino que se preocuparon por procurar su correcta vigilancia. Por las mismas razones expuestas en el punto anterior, sostengo que la responsabilidad parental sigue vigente salvo situaciones particulares, donde las características del hecho indiquen que éste acaeció por culpa exclusiva de la persona encargada de guardar al niño que exigía una rigurosa vigilancia dada su corta edad; pero si se trata de un adolescente o joven, los padres debieron inculcar hábitos y actitudes responsables que permitan autocon-

tención en los hijos, son ellos quienes deben garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la patria potestad. Indudablemente no es aceptable la liberación paterna si la persona a la que confiaron el menor no era la adecuada. Sólo cuando la negligencia del guardador, que deberá probarse, sea de entidad se podría liberar a los padres de su responsabilidad. Conforme el criterio jurisprudencial imperante estimo dificultosa la liberación, por ello es previsible que se condene solidariamente a ambos.

Padres, tutores, acogedores y guardadores cumplen funciones diferentes, y desempeñan distintos papeles en la sociedad. No se puede esperar lo mismo de un guardador de hecho que de un padre. Por eso, el grado de responsabilidad por los daños causados por los menores bajo su cuidado no puede ser el mismo.

Si quien de hecho se ocupa del menor ha sido contratado por los padres, en virtud de una relación laboral, puede darse el curioso supuesto de que siendo el guardador realmente culpable del hecho del menor, el padre sea llamado a indemnizar por la vía del artículo 1113 del Código Civil en calidad de principal. Este artículo establece la responsabilidad del principal respecto de los perjuicios causados por sus empleados con ocasión de sus funciones.

3. Falta de culpa en la vigilancia del hijo. Art. 1116

Dispone el artículo 1116: “Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos”.

Creo necesario efectuar una consideración especial sobre los términos empleados en este artículo: “*imposible impedirlos*”, que reconocen como antecedente el art. 1384, § 5 del Código Civil francés generando en la doctrina de aquel

país planteos semejantes al que realizo ²⁵. El punto de partida en el análisis, es el significado que el *Diccionario de la Real Academia* da del término *imposible*, allí se encuentran las siguientes acepciones:

“(Del lat. *impossibilis*).

1. adj. *No posible*.

2. adj. *Sumamente difícil. U. t. c. s. m. Pedir eso es pedir un imposible*.

3. adj. *Inaguantable, enfadoso, intratable. Está imposible. Se ponen imposibles*.

4. m. Ret. *Figura que consiste en asegurar que antes de que suceda o deje de suceder algo ha de ocurrir otra cosa de las que no están en lo posible*”.

Estos significados dejan entender que la imposibilidad se refiere a algo que escapa a lo que para el ser humano es viable alcanzar o conseguir; de la interpretación gramatical pareciera exigírsele a los padres que acrediten haber cumplido con algo que está fuera de su alcance realizar, que no les es factible. Si además consultamos sobre la expresión *Condición imposible* se lee: “1. f. Der. La que de hecho o de derecho se opone a la ley o a la naturaleza de las cosas”. Es decir refuerza la idea de algo inaccesible, impracticable.

Este razonamiento nos lleva a considerar que la terminología legal se aproxima a un hecho extraño, a factores impracticables que rompen el nexo causal, lo cual nos permite situarnos en el artículo 514 del C.C. que expresa: “Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que *previsto, no ha podido evitarse*”. Lo que nos permitiría pensar que estamos

²⁵ Dice el citado apartado del Código Civil francés: “la responsabilidad pre indicada tiene lugar, a menos que el padre y madre y los artesanos no prueben que ellos no han podido impedir el hecho que da lugar a esta responsabilidad”. De allí que también sus intérpretes se preguntaran si la prueba que este artículo exige es únicamente la ausencia de culpa, o si, por el contrario, *la de que el daño se debe a una causa extraña, como la fuerza mayor o la culpa de la víctima*.

en presencia de una presunción “de responsabilidad” o “de causalidad” que se destruye probando la interrupción del nexo causal (caso fortuito, hecho de un tercero, culpa de la propia víctima), y no de una “presunción de culpabilidad”. Pareciera darse uno de los supuestos en los que Pizarro y Vallespinos señalan que en el plano teórico hay diferencias categóricas, *“sin embargo cuando la comparación se establece entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva sustentada en la idea de culpa presumida “iuris tantum”, legal o jurisprudencialmente, el panorama cambia bastante”*²⁶.

Las decisiones jurisprudenciales parecen orientarse hacia esa interpretación, aun cuando no se lo exprese de modo directo. El razonamiento judicial puede encontrarse justificado en la consideración debida a los demás integrantes de la sociedad, el respeto al prójimo y al principio jurídico de no dañar a otro. Los miembros que integran una comunidad tienen el derecho a confiar en que quien decide tener un hijo, lo hace consciente de la responsabilidad que asume, no solo frente al hijo sino ante la sociedad. La patria potestad impone obligaciones: alimentar a los hijos menores, vigilarlos de modo estricto mientras la edad del niño así lo exija; educar, que no sólo es instruir sino inculcar valores y autocontrol para reconocer la injusticia de las acciones propias en relación a otras personas, así como incorporar la obligación de responder por las consecuencias que deriven de su actuar; imposiciones que han de cumplirse intentando alcanzar el justo equilibrio entre la vigilancia, el control y el libre desarrollo de la personalidad.

Para evitar la dicotomía que implica manifestar que se aplica el sistema normativo vigente pero en verdad se lo tergiversa bajo argumentos retóricos, encuentro conveniente y necesario, realizar las modificaciones legislativas a fin de que la ley recepte el criterio que la realidad social de este tiempo requiere. Si no se estará ocultando bajo la apariencia de una

²⁶ Ramón Daniel PIZARRO - Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3, pág. 203.

imputación subjetiva una atribución objetiva del daño, lo que puede acarrear como consecuencia lo que expresa Miguel F. De Lorenzo “*el intérprete instala dogmáticamente una ficción en el derecho que traduce una renuncia y una dejación*”, pues se corre el riesgo de que la doctrina renuncie al proceso crítico y termine por constituirse un mito jurídico y entonces “*el conocimiento se transforma en creencia*”²⁷.

Conclusiones

- Todo supuesto de responsabilidad civil admite la posibilidad para el sindicado como responsable de eximirse de la misma.

- En el caso de los padres si tal como nuestra ley prevé el fundamento es subjetivo, esos eximentes serán la prueba de la no culpa y la ruptura del nexo causal.

- Los criterios de decisión de los magistrados en cuanto a la posibilidad de dar por cumplidas las obligaciones paternas de vigilancia y educación a los efectos de eximirlos de responsabilidad, demuestra una interpretación tan rigurosa que se aproxima a las causales de liberación imperantes en el factor objetivo.

- En mi opinión sobre los padres pesa una responsabilidad fundada en un factor objetivo, son garantes del resarcimiento de los daños que sus hijos menores pudieren ocasionar. Pero esto no significa que esa garantía tenga que ser absoluta, ya que todo supuesto de responsabilidad civil admite eximentes que en el caso del factor objetivo operan si se acredita la ruptura del nexo causal, culpa de la víctima, culpa del tercero o ruptura del nexo causal.

²⁷Miguel Federico DE LORENZO, “Sobre ficciones y mitos en el derecho privado”, La Ley, 4/1/2007, 1; La Ley, 5/1/2007, 1.

- La realidad indica que la hipótesis prevista por el art. 1115 del C.C. encuentra acotada su aplicación, pero no podría afirmarse que haya quedado vaciada de contenido.

- En los supuestos en que el perjuicio se ocasione en el ámbito escolar, no nos parece aceptable sentar una regla general que exima de responsabilidad a los padres sino que creemos debe atenderse a las circunstancias del caso concreto, en particular al origen del hecho dañoso. Si éste deriva de la simple falta de custodia y control que requiere un niño de corta edad, estará justificada la responsabilidad del establecimiento o del maestro. Lo mismo si el hecho deriva de omisión de los deberes de organización.

- Pero tratándose de situaciones en las que influye notoriamente la personalidad del niño o adolescente, entendemos que los padres no pueden quedar exentos de responsabilidad; en especial cuando se trata de menores cercanos a la mayoría de edad.

- En caso de que el perjuicio se produzca mientras el menor se encuentra bajo el cuidado de un guardador de hecho transitorio no pueden adoptarse en este tema soluciones rígidas ni universales. En principio sostenemos que quien de hecho ejercita la guarda por habérsela confiado los padres no los sustituye en su obligación de responder, salvo que se trate de un niño de corta edad que exige vigilancia permanente y el daño que éste provocó evidencie negligencia del guardador, en cuyo caso no rige la presunción de culpa sino que ésta deberá ser acreditada.

XIV. DAÑOS MÁS FRECUENTES CAUSADOS POR MENORES DE EDAD

Resulta muy difícil pretender abarcar toda la casuística que el tema presenta en la realidad, y por otra parte no es propósito de este trabajo enumerar el catálogo de situaciones que pueden acaecer, sino que creemos importante atender a los criterios de resolución que siguen los jueces al analizar los casos concretos más habituales pues ese será el indicador que permita revelar la eficacia de las normas vigentes o la necesidad de introducir cambios en la legislación.

Hemos escogido para el análisis las materias que mayores polémicas despiertan en doctrina y por ende mayores dificultades presentan a los magistrados.

1. Menor que conduce automotor

El estilo de vida actual a la par que otorga mayor libertad en el ámbito del desempeño personal a niños y jóvenes, facilita el acceso al uso, manipulación y conducción de objetos que en muchos casos entrañan peligro para el menor y para terceros. Entre esas cosas merecen especial consideración los vehículos a motor pues su intervención genera un alto porcentaje de hechos dañosos. Dentro de esta materia hay situaciones diferentes que ameritan un tratamiento desglosado, pues el conductor puede contar o no con la debida licencia habilitante; el automotor con el que se causa el daño puede ser de propiedad de los padres, o del menor o de un tercero, y desde la perspectiva jurídica, no hay en el tema criterios uniformes en doctrina y jurisprudencia.

La reforma legislativa impuesta por la ley 26579 tiene gran influencia en este tema, ya que al establecer que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años queda resuelta la discusión que se suscitaba acerca de si los padres debían o no responder en el caso de que el hijo hubiese alcanzado esa edad y fuera el titular registral del automotor.

La Ley Nacional de Tránsito, N° 24.449 (art. 11), sólo requiere mayoría de edad para la conducción de determinado tipo de vehículos, (camiones, maquinaria especial no agrícola, ambulancias, vehículos de seguridad pública y de transporte de pasajeros). Fuera de ello, desde los doce años se puede conducir bicicletas en la vía pública, desde los dieciséis ciclomotores y desde los dieciocho automóviles particulares -siempre que se cumplan las condiciones requeridas para obtener el registro habilitante-, edad que puede reducirse a diecisiete con venia del representante legal, art. 17, ley 24.449 ¹.

Ante todo debe repararse que cuando se hace alusión al automotor, se hace referencia a una cosa sobre cuyo titular dominial pesa responsabilidad ². La doctrina y jurisprudencia nacional caracterizan al automotor en movimiento como cosa riesgosa, en consecuencia el titular registral asume la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado prevista en el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte; por tanto, él será responsable salvo que acredite ruptura del nexo causal de su parte. En caso de que la unidad sea conducida por un menor, puede que el dueño del automotor como sucede en la mayoría de los casos, sean ambos padres o uno de ellos, pero también el vehículo puede ser de propiedad del menor o pertenecer a un tercero.

Desde el punto de vista legal las víctimas encuentran a un responsable, que se presume solvente porque al menos es

¹ En idéntico sentido en la ciudad de Córdoba, Código de Tránsito, ordenanza N° 998, decreto reglamentario 511 "g", art. 17.

² Decreto-ley 6582/58, Régimen jurídico del automotor, art. 27.

el titular de la cosa que causó el daño, aunque en la vida práctica no siempre sea así ³.

1.1. Menor que conduce vehículo de los padres con registro para conducir

Desde los 17 años y con conformidad de los padres se puede obtener registro habilitante para conducir, por tanto es valedero realizar las siguientes consideraciones.

Si con esas condiciones el menor hubiese logrado el carnet y el automotor que conduce pertenece a los padres, estos responden por ser dueños de la cosa riesgosa, según lo dispone el art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte del C.C. Debiera operar también a favor de la víctima, la posibilidad de citar en garantía a la compañía aseguradora; decimos debiera pues la realidad indica que no todos los vehículos que circulan en nuestro país cuentan con seguro de responsabilidad civil.

Otra cuestión es si además responden de acuerdo a los parámetros del art. 1114, es decir como padres por los actos dañosos del hijo menor. En este caso las opiniones de doctrina y jurisprudencia difieren en la consideración que tiene como eximente para los progenitores el hecho de que el menor conduzca con licencia habilitante. La respuesta está ligada al factor de atribución que se aplique, pero aun fundándose en el que mayoritariamente doctrina y jurisprudencia admiten como válido, culpa en la vigilancia y en la educación,

³ Se pretende que desde el punto de vista del resarcimiento del daño las víctimas encuentren un responsable solvente, el titular de la cosa que causó el daño. Pero en la realidad esto puede presentar complejidades, por ejemplo la cosa no siempre tendrá valor económico acorde a la magnitud del daño causado, no siempre se cuenta con el seguro pertinente, el vehículo puede haber sido transmitido sin que se haya efectuado aún la pertinente inscripción registral, etcétera, situaciones que no es del caso ahondar en esta oportunidad ya que excede el tema en análisis.

los pareceres no son coincidentes en el ámbito nacional, ni tampoco en el extranjero.

En nuestro país una postura rigurosa que se asienta en la culpa paterna podría sintetizarse de este modo: aun cuando el menor cuente con la debida habilitación administrativa la responsabilidad paterna subsiste -incluso cuando el hijo es propietario del vehículo-, pues el solo acaecer del hecho dañoso acredita que la educación recibida no fue la correcta, o que no estuvo lo suficientemente vigilado ⁴.

La responsabilidad que el art. 1114 del C.C. atribuye a los padres es meramente presunta, de modo tal que estos pueden desvirtuarla acreditando, precisamente, su ausencia de culpa, debiendo en consecuencia los padres demostrar que ellos han mantenido una vigilancia activa sobre sus hijos y que los han educado celosamente; pero ya hemos dicho de modo reiterado, los magistrados interpretan con rigurosidad. Por ello se ha sostenido -doctrinaria y jurisprudencialmente- que no puede exonerarse de responsabilidad al padre de un menor que protagoniza un accidente de tránsito, aun cuando conduzca habilitado para ello, argumentándose que “no es posible desconocer las obligaciones que nacen del ejercicio de la patria potestad a cargo del progenitor con relación a su hijo menor adulto, cuyo poder de dirección subsiste en su integridad hasta la mayoría de edad, de tal manera que aunque el menor esté habilitado oficialmente para conducir, la responsabilidad paterna es consecuencia indiscutible de la autorización dada al hijo para la conducción de una cosa peligrosa, asumiendo así la responsabilidad refleja que nace de

⁴ CNCiv., Sala C, setiembre 29-1989, “Lara, Ramón F. y otros c/ Rodríguez, Carlos”, L.L., 1990-B-98. En este caso, un joven de 20 años conduciendo un automóvil de su propiedad ocasiona daños a otros vehículos que se encontraban estacionados. Pese a la edad del joven, a que éste era el propietario del vehículo y que no convivía con sus padres, el tribunal mantiene la responsabilidad de los padres.

la necesidad de asegurar la incolumidad de terceros que puedan resultar víctimas del hecho dañoso”⁵.

Frente a esta definición, otra parte de la doctrina opina que tratándose de un conductor adolescente cercano a la mayoría de edad, no resulta lógico pretender que los padres ejerzan sobre él vigilancia. No sólo imposible de practicar sino también inconveniente para un joven, ni tampoco puede definirse que debe entenderse por adecuada educación, por ello la pregunta ¿o acaso el permitir que el hijo se desempeñe con autonomía habiendo cumplido los requisitos legales, registro para conducir y seguro de responsabilidad civil, es muestra de fallas en la formación?

En opinión de Bustamante Alsina, por supuesto que emitida antes de la ley 26579, la jurisprudencia nacional como la extranjera ha evolucionado en esto siguiendo el cambio de las costumbres y en atención a la utilidad que presta el automóvil sostiene que no puede esta verse limitada por la restricción de su uso cuando se trata de menores de edad. *“La autoridad administrativa concede la licencia de conductor desde los 18 años si el interesado aprueba los exámenes correspondientes relativos a su capacidad física, conocimiento de las normas del tránsito e idoneidad para la conducción del vehículo, a partir de allí el menor adulto responde directamente por los daños que cause a terceros conduciendo un automóvil de su propiedad”*. Esa responsabilidad directa es excluyente de la del padre desde que el menor tiene la constancia oficial de su aptitud para manejar, la cual es prueba suficiente de que el padre no ha incurrido en culpa alguna que signifique violación de sus deberes de cuidado y vigilancia respecto a la conducta del menor. La responsabilidad del progenitor se vería comprometida si el automóvil fuese de su propie-

⁵ Del voto del doctor Collazo, Cám. Civil Cap., Sala F, en J. A., 1966-II, pág. 250 y ss.; conf. Roberto H. BREBBIA, “Accidentes de automotores”, Buenos Aires, Omeba, 1961, pág. 157 y ss.; José de AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, 7ª ed., Río de Janeiro, 1983, vol. 2, págs. 162/63.

dad, pero no como consecuencia de la patria potestad y del deber impuesto por el art. 1114, sino como efecto de la responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa que establece el art. 1113 (Adla XXVIII-B, 1799) en relación al dueño o guardián de la misma”⁶.

También Llambías opinaba que el permiso para conducir automóviles no es en sí una manera incorrecta de ejercer la patria potestad, cuando el hijo está habilitado reglamentariamente para ello⁷.

En este sentido, se expidió el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, al decidir que si el demandado contaba a la fecha del hecho con veinte años y con licencia para conducir, se encontraba reglamentariamente habilitado para conducir automotores, excluye a sus progenitores de toda responsabilidad en los términos del art. 1114 del C.C.⁸ Dicen los párrafos pertinentes de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, en setiembre del año 2000: “Como puede observarse, aun cuando pueda discreparse en la naturaleza y alcance de la responsabilidad dispuesta por el art. 1114

⁶ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “Límites legales de la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores de edad”, L.L., 1988-B, págs. 282/283.

⁷ Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho, ... Obligaciones*, pág. 387, N° 321. Trae a colación el autor la evolución de la doctrina francesa “*en la que han jugado un gran papel el cambio de costumbres y las características del medio social*”, la cual se ha visto reflejada en la jurisprudencia de la Corte de Casación gala, según reseña publicada en J.A., 1958-I, sec. doct., pág. 37, N° 16; 1959-III, sec. doct., pág. 107; 1960-V, sec. doct., pág. 90. Esto mereció el comentario crítico del doctor ORÚS, J.A., 1962-II, sec. doct., pág. 43, quien sostiene que los argumentos de la Corte de Casación -que descartara la presunción de culpa del padre de un menor de 19 años que conducía su motoneta- “*parecen prudentes y juiciosos, pero sus resultados prácticos son inconvenientes*”, por la inseguridad que crea el casuismo, añadiendo que “*el problema requiere solución legislativa*”.

⁸ T.S.J., Sala Penal, 1/9/00, “B., D. F.”, L.L.C. 2001, 793. Fallo anterior a la ley 26.579.

del C.C., cuando se avanza en el análisis a la hipótesis particular del menor adulto que posee licencia de conducir, esto es, que se encuentra estatalmente habilitado para hacerlo, la conclusión es unívoca: la exoneración de los progenitores.

El fundamento también es común: no puede en tal caso achacárseles omisión de vigilancia activa alguna, toda vez que la autorización administrativa desobliga a los padres de las obligaciones emergentes de la patria potestad (tesis subjetiva) o bien hace desaparecer la garantía que deben asumir en virtud de su condición de padres (tesis objetiva), ya que no resulta razonable que, contando su hijo con dicho permiso por haber cumplimentado todos los requisitos exigidos por la autoridad para obtenerlo, permanezcan responsables de un accionar en cuya autorización el propio Estado ha decidido prescindir de la voluntad de aquellos y dar autonomía al joven”⁹.

La realidad indica que en la mayor parte de los casos en que el menor ocasiona daño a raíz de la conducción de un automotor, el vehículo que maneja es de propiedad de los padres, por ello desde el punto de vista de la reparación del perjuicio los inconvenientes se reducen ya que quienes responden son los progenitores por ser dueños del vehículo.

1.2. Menor que conduce vehículo propio con registro para conducir

Es indudable que en esta hipótesis existe responsabilidad por parte del menor, como responsable directo y como titular de la cosa riesgosa.

Pero este supuesto es el que dio lugar a interrogantes de difícil respuesta, pues según cual sea la posición que se adop-

⁹ T.S.J., Sala Penal, 1/9/00, “B., D. F.”, L.L.C. 2001, 793. En el caso, incluso el vehículo no contaba con seguro que respaldara la reparación, y mereció críticas por aseverar la posición unánime de la doctrina mientras que según se demuestra no es un tema cerrado al debate.

te habrá frente a la víctima más o menos personas responsables, sólo el menor o de modo conjunto el menor y sus progenitores. Si bien los planteos eran anteriores a la reducción de la edad para alcanzar la mayoría, consideramos que en ciertas ocasiones puede reabrirse el debate, aunque no serán las hipótesis más frecuentes.

Según se expresó con anterioridad parte de la doctrina y jurisprudencia sostienen que si el menor adulto tiene una constancia oficial de aptitud para manejar, ello se alza como prueba suficiente de que los progenitores no han incurrido en culpa alguna que signifique violación de sus deberes de cuidado y vigilancia respecto a la conducta del menor, en consecuencia se los exime de responsabilidad ¹⁰. En expresión de Zavala de González: *“si el menor conduce un automotor con carnet reglamentario, los padres pueden liberarse de responsabilidad ya que les es imposible prohibir la actividad de conducción, y nada puede imputárseles en materia de ‘vigilancia activa’”* ¹¹.

La opinión de Bustamante Alsina queda clara en el comentario a fallo al que se hizo referencia, si el menor ha aprobado todos los exámenes tendientes a obtener el registro de

¹⁰Jorge BUSTAMANTE ALSINA, cita 6. Cámara C. y C. de Mercedes, Sala I, 24/11/87, “Palazzo, Alberto D. c/ Rauch, Isidoro A. y otros”. L.L., 1988-B-280. Este fallo que mereciera el comentario laudatorio de Jorge Bustamante Alsina (cita 6), expresó: “Tratándose de un menor adulto que manejaba su propio automóvil habilitado administrativamente para ello, no puede achacarse imprudencia al padre por no oponerse al manejo del vehículo por su hijo, ni inculparlo por ello, siendo en consecuencia procedente la exculpación que pretende tanto o más cuanto a que la existencia de la cobertura de los daños sufridos por la víctima por el seguro contratado por aquél la hace incólume frente a los perjuicios sufridos, salvando así el prurito que podría surgir en presencia de una supuesta insolvencia del menor”. CNCiv., Sala E, 7/9/06, “Goncalvez, Emiliano c/ Giusti, Norma Dora y otros s/daños y perjuicios”: “La circunstancia de poseer el menor licencia habilitante para conducir otorgada por la autoridad administrativa, excluye la configuración de imprudencia del padre por no oponerse a la utilización del vehículo, de manera tal que no le resulta aplicable lo dispuesto en el art. 1114”, www.eldial.com.ar, 9/10/06.

¹¹Matilde ZAVALA DE GONZALEZ, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, pág. 660 en adelante, en particular pág. 674. La autora transcribe el párrafo pertinente de un fallo de la Cámara 7^a C. y C., Córdoba, 20/12/93, publicado en Semanario Jurídico ejemplar del 10/11/94,

conductor “a partir de allí el menor adulto responde directamente por los daños que cause a terceros conduciendo un automóvil de su propiedad”. Las consideraciones del autor ya fueron expuestas de modo precedente.

Por una solución contraria, se pronuncia Nora Lloveras, quien frente a esta hipótesis se manifiesta a favor de mantener la responsabilidad de los padres de modo conjunto con el hijo ¹². Fundamenta su conclusión en la necesidad de ser consecuentes con la tendencia actual del derecho de daños que se caracteriza por buscar la reparación del perjuicio injusto, por ende procura “*sumar responsables*” y no restar personas que puedan cumplir la obligación de reparar. En opinión de la autora, no resulta adecuado liberar a los padres sobre la base de un criterio administrativo, por ende responden hasta la mayoría de edad del hijo. Se inclinaba por reducir la edad para alcanzar la mayoría de edad a los dieciocho años y no recurrir a soluciones controvertidas que tergiversan el sistema y desconocen la tendencia doctrinaria actual del derecho de daños. Comparten esta posición Aída Kemelmajer de Carlucci ¹³ y algunos tribunales ¹⁴.

Nº 1010, que dice: “Resulta extraño al sentido común que el padre prohíba a su hijo de veinte años el manejo de un automóvil, para el cual lo habilitan las normas municipales, razón por la que no existe la falta de vigilancia activa” requerida por el art. 1116 del C.C.; y menos que el daño derivado del uso de cosas peligrosas o riesgosas como los automotores evidencia una falta de educación, ya que precisamente la tesis contraria es la prevaleciente en nuestra sociedad, donde los padres facilitan el aprendizaje e aquéllos cuando los menores alcanzan la edad indicada y están en condiciones de hacerlo”.

¹²Nora LLOVERAS, “El menor habilitado para conducir y la responsabilidad refleja de los padres”, en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Oscar Ameal (dir.), Silvia Tanzi (coord.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, Lexis Nexis Nº 1013/002924. También Guillermo BORDA había manifestado “*la preocupación moderna de encontrar un responsable solvente frente a quien ha sufrido un daño injusto*”, *Obligaciones*, t. II, pág. 270.

¹³Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores. ¿Hacia una responsabilidad doblemente objetiva?”, J.A., 2002, Lexis Nº 00029/000022.

¹⁴Cámara Civ. y Com. Corrientes, Sala IV, 5/7/06, “Urrutia, Natalia S. c/ Urbina, Eugenio Angel y María del Carmen Abad de Urbina”, L.L., Litoral,

Mosset Iturraspe sostiene que el automotor se ha vuelto en estos tiempos un símbolo de independencia y pese al riesgo que entraña no puede sustraerse su uso a los menores, pero la solución jurídica en este caso deviene por el lado de la titularidad del dominio y no a través de la responsabilidad de los padres ¹⁵.

Por mi parte, he reflexionado la cuestión a la luz del factor de atribución que propongo para sustentar la responsabilidad paterna, garantía, y creo justificado mantener la responsabilidad paterna de modo conjunto con la del hijo aun cuando el vehículo sea de propiedad de este último, quien al conducirlo causó daño. Esto representa variar mi posición anterior ya que en una oportunidad al comentar un fallo de la Cámara 2ª Civil y Comercial de Córdoba ¹⁶, compartí la posición liberadora de la responsabilidad paterna que adoptó el tribunal ya que el joven conductor tenía más de dieciocho años y licencia para conducir, adhiriendo de este modo a la postura expuesta en primer término. Pero advierto hoy que todos esos argumentos están basados en orden a limitar la respon-

2006 (diciembre), 1463. “La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores nace como si fuera de su propia culpa y subsiste aun cuando lleguen a la mayoría de edad, pues, debe apreciarse la edad del causante del accidente al momento en que sucede el siniestro -en el caso, se trata de un accidente de tránsito-, pudiendo el damnificado accionar contra el menor por su propio hecho ilícito, contra los padres por su responsabilidad refleja, o conjuntamente contra ambos (del voto del doctor Rodríguez)”. Al momento del accidente el autor era menor, alcanzó la mayoría de edad durante la sustanciación del proceso. Además ver cita 4.

¹⁵Jorge MOSSET ITURRASPE - Daniel Hugo D'ANTONIO - Norberto José NOVELLINO, *Responsabilidad de los padres, tutores y curadores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 93, y Jorge MOSSET ITURRASPE, en “Daños causados por menores de más de 10 años. Responsabilidad del menor. La situación de los padres. La vigilancia activa. Las eximentes”, en *Revista de Derecho de Daños 2002-2*, Menor dañado y menor dañado, pág. 143 y ss.

¹⁶María Cristina PLOVANICH DE HERMIDA, “Accidente de automotor. Liberación de responsabilidad de los padres”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de N^{ros} 1-2*, Nueva Serie, Córdoba, 2000, vol. 7, pág. 435.

sabilidad paterna cuando la razón de ser de la misma es la “culpa en la vigilancia o educación”, es decir el factor subjetivo tradicional. Luego de sopesar los argumentos que exponemos en el capítulo referido “Factor de Atribución”, las razones que aporta Nora Lloveras y sobre todo en consideración al incremento de accidentes automovilísticos que se ha producido en los últimos tiempos, muchos de ellos con resultados fatales, donde participan jóvenes como conductores y en los que no resultan ajenos como causa el exceso de velocidad o el consumo de alcohol, creo justificado modificar la proposición y mantener la responsabilidad paterna de modo conjunto con la del hijo. Si la responsabilidad, según sostengo, deviene de la condición de padres y su titularidad se conserva debe mantenerse también la responsabilidad por los hechos dañosos de los hijos que conduzcan vehículos aun cuando estos sean de propiedad del menor; así frente a la víctima habrá dos responsables conjuntos. El menor responsable directo por el hecho propio, art. 1109, y como dueño del vehículo, art. 1113, y los padres como garantes de los hechos dañosos de sus hijos menores, art. 1114.

Las causas a las que se hizo referencia exteriorizan falta de respeto por valores esenciales en una sociedad por parte de conductores temerarios, que no necesariamente son siempre jóvenes inexpertos, pero que en el caso de estos demuestran además carencia de autocontrol sumado al sentido de invulnerabilidad e inmunidad, “a mí no me va a pasar”, propio de esa etapa de la vida.

Por otra parte y teniendo en mira la prevención, función trascendental del derecho de daños, podría proponerse que se extremen los recaudos al otorgar licencia para conducir a un joven de diecisiete años, como por ejemplo exigir la realización de un test psicológico riguroso que posibilite detectar actitudes inconvenientes o reñidas con la actividad que se va a emprender, es decir agudizar las previsiones que fija la legislación cuando hace alusión a que se debe: “Aprobar un examen de aptitud psicofísica, con las características que se determinen por vía reglamentaria” y “Superar el examen teórico sobre conocimientos de señalización, *comportamiento en*

la vía pública, legislación de tránsito, *actuación en caso de accidentes* y todo otro tema de interés que se establezca por vía reglamentaria”¹⁷. O que la licencia que se obtiene por primera vez, tenga un tiempo de validez inferior a un año, y previo al otorgamiento por un plazo mayor se evalúe nuevamente al joven y fundamentalmente se verifique en los registros de los Tribunales de Faltas municipales si hay constancias de infracciones a las normas de tránsito por parte del joven interesado en obtener el carnet de conductor. Todo esto acompañado de una verdadera educación cívica que inculque observancia de los valores básicos de la comunidad entre los que se ubica el “principio de no dañar”, que lleva implícito el cumplimiento de las normas establecidas.

Esto sería un modo de hacer realidad la trascendente función preventiva que le corresponde al derecho de daños.

Al respecto resulta de interés la disposición que regula el otorgamiento de la licencia con la aplicación del régimen de puntos, tal como ha sido adoptado en diversas jurisdicciones en nuestro país.

En España, se introdujo por ley 17/2005, que regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y modifica el texto de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Dice el artículo 72. “Personas responsables. 1. La responsabilidad por las infracciones a lo dispuesto en esta Ley recaerá directamente en el autor del hecho en que consista la infracción, excepto en el supuesto de los pasajeros de los vehículos que estén obligados a utilizar el casco de protección en los casos y en las condiciones que reglamentariamente se determinan, en que la responsabilidad por la infracción recaerá en el conductor.

Cuando la autoría de los hechos cometidos corresponda a un menor de 18 años, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, en razón al incumplimiento de la obliga-

¹⁷ Ciudad de Córdoba, Código de Tránsito, ordenanza N° 998, decreto reglamentario 511 “g”, art. 14.

ción impuesta a éstos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores.

La responsabilidad solidaria quedará referida estrictamente a la pecuniaria derivada de la multa impuesta, que podrá ser moderada por la autoridad sancionadora. Cuando se trate de infracciones leves, previo el consentimiento de las personas referidas en el segundo párrafo de este apartado, podrá sustituirse la sanción económica de multa por medidas sociales relacionadas con la seguridad vial”.

Merece destacarse lo dispuesto en el último párrafo referido a la posibilidad de, en caso de infracciones leves, sustituir la sanción económica de multa por “medidas sociales relacionadas con la seguridad vial”, según entendemos del texto se desprende que la mira está puesta en formar conciencia y educación vial en los jóvenes como función preventiva de daños.

1.3. Menor que conduce vehículo de los padres sin registro para conducir

Aquí sí resulta clara la existencia de responsabilidad paterna pues además de la que emana del artículo 1113 como dueños del automotor¹⁸, les cabe la del artículo 1114 del C.C., pues el hecho denota incumplimiento de los deberes paternos. Si el hijo aún no alcanzó los diez años sus padres serán exclusivos responsables cualquiera fuere el factor de atribución que se considere. En caso del fundamento subjetivo lo serán por incurrir en culpa en vigilancia y educación, y si el factor fuere objetivo, opera el deber de garantía que como padres les corresponde ante el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Si el conductor tuviere más de diez años, conjuntamente con los padres está obligado a responder el propio menor a

¹⁸ En esta hipótesis, la compañía aseguradora se eximiría de su obligación de garantía.

título personal, como responsable directo por culpa propia, arts. 921 y 1109 del C.C.¹⁹.

En severos términos, que parecen indicar la existencia de responsabilidad indirecta y a la vez directa de los padres se expidió una Cámara de Bahía Blanca:

“Los padres, que vergonzosamente le prestaron un vehículo a pesar de no tener siquiera la edad mínima requerida para conducir, deben responder por el ochenta por ciento de los daños causados por su hijo no sólo en los términos del art. 1114 del C.C., sino por su propia temeridad al prestarle el vehículo (art. 1109 del C.C.), la cual -a no dudarlo- tiene causalidad adecuada con el fatídico desenlace que aquí se analiza”²⁰.

En la hipótesis menos probable de que el conductor tuviese menos de diez años, o que se tratase de un incapaz por falta de salud mental, además de la responsabilidad paterna, podrá el juez en virtud del artículo 907 del C.C., imponer la indemnización fundada en razones de equidad a cargo del patrimonio del menor no de modo subsidiario sino conjunto.

1.4. Menor que conduce vehículo de un tercero

1.4.1. Con registro para conducir

La respuesta a este supuesto se deriva de las consideraciones expuestas en los puntos anteriores. El titular registral del vehículo, que en el caso no son los padres, responderá en su condición de dueño, artículo 1113 del C.C., salvo que acredite que el vehículo le ha sido sustraído o usado contra su voluntad.

¹⁹ En este sentido, TRIGO REPRESAS - COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., pág. 273

²⁰ “S., L. J. y G., N. E. c/ V., H. E. y otros s/ indemnización de daños y perjuicios” (Expediente número 128.945), Cámara 1ª C. y C. de Bahía Blanca, 28/8/07.

Si el menor autor del hecho tuviera diez años o más cabría su responsabilidad a título propio, artículo 1109 del C.C.

De modo conjunto responderían los padres en virtud del artículo 1114 del C.C., salvo que acreditaran que entre el hecho y su función paterna se ha producido la ruptura del nexo causal; por ejemplo que el menor hubiera sido obligado a conducir por alguien extraño a ellos, en cuyo caso estaríamos frente al hecho de un tercero.

1.4.2. Sin registro para conducir

Si en cambio el menor careciera de licencia para conducir, podría agregarse como razón fundante de la responsabilidad directa del propietario del vehículo, además de la que impone el art. 1113 la que se desprende del art. 1009 del C.C. por su actuar imprudente al facilitar el volante a quien no reúne los requisitos habilitantes para conducir.

Las mismas consideraciones efectuadas en el acápite anterior rigen respecto al menor y sus padres.

2. Menor que causa daño en juegos o con cosas no peligrosas

Como en la mayoría de las situaciones de la vida real cuando acaece un daño hay participación de una cosa. Sin embargo tratándose de niños no cabe descartar de plano la hipótesis de que se cause daño sin la intervención de una cosa, como lo demuestran las peleas o riñas en las que el perjuicio resulta de un golpe de puño, puntapié, empellón o caída de alguien sobre otro, por ejemplo en un natatorio un niño se arroja del trampolín y cae sobre algún bañista que se encuentra abajo, práctica de juegos infantiles que entrañan torpeza como las “luchitas” o rodadas que provocan magullones, fracturas, etcétera.

Pero en muchas otras circunstancias los perjuicios resultan a partir de juegos infantiles que incorporan objetos sim-

ples que de por sí no implican peligrosidad, pero al ser utilizados por quienes no tienen conciencia de la fuerza de desplazamiento o condiciones de uso se vuelven generadores de daño, pelotas, hamacas, cuerdas, etc.

Allí es donde debe reforzarse el cumplimiento de los deberes paternos de control, supervisión, educación para crear conciencia de peligro y respeto por la persona y objetos ajenos, pues si los utensilios destinados a los juegos infantiles no fueron colocados o vigilados correctamente por su propietario o guardián los daños resultan de la característica riesgosa o viciosa de la cosa.

En cuanto a los juguetes la autora española Cristina López Sánchez propone considerar en sentido literal “*juguetes*” a los que lo son *por naturaleza* caracterizados por haber sido fabricados en una empresa dedicada a su elaboración ²¹; otras categorías estarían constituidas por los *juguetes por destino*, *los confeccionados* y *los transformados por el menor*. Es sobre todo en las últimas categorías donde debe extremarse la vigilancia y el control pues la imaginación infantil permite utilizar cosas que de por sí o inertes no resultan peligrosas pero lo son por el uso que los niños le dan, piedras, palos, paraguas, cintas de goma que sirven como “*gomera*”, etc.

De la revisión de fallos surge que en la mayoría de los casos si los niños que intervienen en el juego son de corta edad, la parte más afectada resulta el rostro, en especial los ojos, ya sea porque se lastiman con palos, dardos, hamacas en movimiento que son empujadas por otro niño, etcétera. Las resoluciones, en general, condenan a los padres del menor agresor, salvo que el hecho acaezca en el tiempo en que el niño jugaba en un ámbito distinto al de su hogar, discutién-

²¹ Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, Dykinson, 2001, pág. 207 y ss. Denomina *juguetes por destino* a todos aquellos objetos que a pesar de no reflejar características de un juguete en sentido propio, han sido utilizados por los menores en su diversión, palos, piedras, cerillas, etc.; los *confeccionados por el menor* son los que nacen de su imaginación, por ejemplo tirachinas.

dose en ese caso la responsabilidad del encargado de la custodia de los menores, por caso el progenitor dueño de casa en cuya esfera de control sucedió el hecho, quien resulta responsable por falta de vigilancia de los menores ²².

En nuestro país, no he encontrado regulación específica respecto a la fabricación de juguetes, sí referencia a Certificación de calidad de los juguetes que otorga el INTI ²³; de todos modos entendemos que si el daño deriva del mal diseño o defecto que presente el objeto, opera respecto al fabricante la ley de Protección al Consumidor, ley 24.240 y modificatorias, leyes 24.999 y 26.361.

3. Cosas peligrosas

3.1. Fuego, combustibles

El fuego es una de las cosas peligrosas que concita especial atracción en los niños, pero por ser algo previsible a la hora de responder resultan casi siempre responsables los adultos que ejercen el control o vigilancia que un menor de corta edad requiere, los padres, de modo presunto con posibilidad de acreditar lo contrario, y los guardadores, respecto a quienes deberá demostrarse su culpabilidad. Esto según la doctrina y jurisprudencia tradicional. Bajo la idea de una res-

²² A propósito, valer recordar la sentencia que dicta el Tribunal de Casación francés en el caso Gabillet, donde se estimó que un niño de tres años que cayó de una hamaca improvisada y con un palo que llevaba en la mano golpea y hace perder un ojo a un compañero, era responsable del daño causado en virtud del art. 1384.1º, ya que el Tribunal de Casación rechaza el recurso del padre señalando que el niño tenía el uso, la dirección y el control del palo, esto es, entiende que el *menor sin discernimiento puede "ser guardián" de la cosa que ocasiona el daño*. Ver capítulo de Antecedentes, Derecho francés, pág. 49 y ss.

²³ INTI, Organismo de Certificación Reglamento de Certificación Emisión: 8/3/02 Rev. 004 F.U.R: 02/3/06.

ponsabilidad objetiva fundada en la garantía los padres, como la que proponemos, sólo se eximirían si demostrasen ruptura del nexo causal.

El uso de combustibles, explosivos o ácidos es otro factor de riesgo. En España, el Tribunal Supremo, en fecha reciente tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un hecho en el que un niño sufrió lesiones al tomar contacto con un ácido que había sido escondido en una obra en construcción por un grupo de menores que lo había comprado en un supermercado con el fin de realizar un experimento. Los padres del niño reclamaron una indemnización a los padres de los menores, a los menores, a las personas que vendieron el ácido, al *camping* donde ocurrió el hecho y a la entidad que explotaba el supermercado. La Sentencia de Primera Instancia absolvió a los empleados, a la titular del establecimiento y al *camping*, y condenó a los padres e hijos que adquirieron el producto. La Sentencia de la Audiencia revocó la del Juzgado y condenó a todos los demandados. Recurrido el decisorio en casación, el Tribunal Supremo de España absolvió a quienes vendieron el líquido, a la titular del establecimiento y a los menores que compraron el producto, manteniendo el resto de los pronunciamientos. Argumentó el Tribunal: “La responsabilidad declarada en el art. 1903 del C.C. de España, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad con presunción de culpa en quien la ostenta”²⁴.

²⁴T. Supremo, 8/3/2006, “Don Alberto y otra c/ Doña Paula y otros”, publicado en La Ley Online: “Los padres de los menores que adquirieron un ácido en un supermercado y lo escondieron en una obra en construcción resultan responsables, en los términos del art. 1903 del C.C. de España, por las lesiones sufridas por el niño que al descubrirlo tomó contacto con el líquido al vertérsele en forma accidental, pues, la circunstancia de que no se haya probado cuál de los hijos de los recurrentes ocultó materialmente el producto no

3.2. Armas

Otro elemento riesgoso por naturaleza son las armas y lamentablemente no son pocos los daños derivados del mal uso que de ellas efectúan menores. En nuestro país la Ley Nacional de Armas y Explosivos, ley N° 20.429, del 21/5/73, dispone en el art. 29, inc. 11: “Sólo las personas mayores de edad podrán ser titulares de los actos previstos en la primera parte del presente artículo, con las formalidades que establecerá la reglamentación” (la primera parte del artículo se refiere a adquisición o transmisión por cualquier título, uso, tenencia y portación de armas de uso civil). Entre las condiciones para ser legítimo usuario se requiere también ser mayor, art. 55, 1).

De modo similar se regula respecto a los particulares que se dediquen a la caza mayor: “Acreditar su condición de tales, conforme a las normas que determine el Registro Nacional de Armas”. Respecto de los tenedores de armas se imponen Medidas de Seguridad en el: art. 124: “Toda persona o institución que disponga a título legítimo de armas de fuego y municiones, deberá adoptar *todas las medidas a su alcance tendientes a impedir sustracciones o extravíos*”.

Precisamente los padres demandados por hechos de esta naturaleza no logran acreditar ante los magistrados haber tomado esas medidas idóneas, pues el criterio de apreciación, como corresponde, es muy riguroso.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Córdoba resolvió en julio de 2006, sobre el reclamo que efectuaran los padres de un adolescente que recibió un disparo en el ojo proveniente del actuar de otro compañero mientras se encontraban jugando en la casa del hijo de los demandados, propietarios del arma. La Cámara responsabilizó a estos últimos y a los padres del menor que disparó:

obsta a la responsabilidad de aquéllos, en tanto todos los menores mostraron su conformidad con la actividad creadora del riesgo del daño”.

“El hecho de que haya sido el compañero del hijo del matrimonio demandado el que disparó el arma e hirió a otro menor que se encontraba jugando en la casa de los accionados, no les permite a estos últimos, como propietarios de la cosa riesgosa, aducir la culpa de un tercero para eximirse de responsabilidad, ya que los menores tomaron el arma para jugar por negligencia de los dueños.

Cabe responsabilizar a los padres del menor -en el caso, de 13 años- que jugando disparó un arma e hirió al hijo de los actores, con fundamento en el art. 1114 del C.C., pues la debida enseñanza sobre el riesgo que significa un arma, o el simple hecho de apuntarla sobre una persona sólo para jugar, no ha sido debidamente transmitida por los padres a su hijo”²⁵.

Argumenta el tribunal que los progenitores propietarios del arma y dueños de casa donde sucedieron los hechos, responden como propietarios de la cosa riesgosa, art. 1113 C.C., y como responsables directos por culpa en la vigilancia, art. 1109. El compañero de su hijo que se encontraba en la casa del matrimonio y disparó el arma, no es un tercero por quien no deban responder los propietarios de la cosa, ya que antes se advierte que el arma la tomaron tal vez para jugar por negligencia de los dueños. En otras palabras, a la luz del art. 1109 o del art. 1113, 2. párrafo, 2ª parte del C.C., no cabe la eximente que aducían, ya que el nexo de causalidad no ha sido quebrado.

Con relación a los padres del menor autor del disparo -menor de 13 años que dispara un rifle de aire comprimido que impacta en el ojo derecho del hijo de los actores que en ese momento estaba observando televisión, a *posteriori* de haber realizado las tareas propias de la escuela junto con sus compañeros- el tribunal los hace responsable con fundamento tanto en la ausencia de una vigilancia activa o de una adecuada educación o enseñanza sobre el peligro que encierra

²⁵ Cámara 1ª Civ. y Com. (Córdoba), “Prax, Luciano Adrian c/ Savid, Angel Olindo y Otros - Ordinario”, 04/7/2006, Actualidad Jurídica, 10904.

jugar con armas, con lo cual la responsabilidad es de índole subjetiva; el hecho prueba por sí solo que la debida enseñanza sobre el riesgo que significa un arma o el simple hecho, pero gravísimo de apuntarla sobre una persona sólo para jugar, no ha sido debidamente transmitido por los padres a su hijo; un menor de 13 años, persona que tiene discernimiento para distinguir lo bueno de lo malo (art. 921 del C.C.), está bajo la órbita permanente de sus padres, lo que lleva a la sencilla conclusión que el diálogo con ese niño debe y debió ser frecuente y sobre todo respecto a las cosas riesgosas o peligrosas que están al alcance de un menor de esta edad.

En general, los fallos vinculados a hechos de estas características resuelven de idéntico modo ²⁶.

4. Conductas violentas

La realidad nos nutre de manera cotidiana sobre información referida a episodios de violencia en los que participan menores, asaltos, agresiones físicas de un joven o niño a otro coetáneo o adulto, accionar de patotas, episodios de abusos sexuales perpetrados por adolescentes, etcétera, todas muestras de una dolorosa descomposición social.

Ante los reclamos de las víctimas, en la faz civil los tribunales hacen responsables a los padres con base en el factor subjetivo, por falta de vigilancia activa o carencia de educa-

²⁶ “No puede invocarse que el uso del arma -con la que se materializó el homicidio- lo fue contra la voluntad de los padres como fundamento de la falta de legitimación pasiva. El *sub lite* no aprehende un caso de responsabilidad objetiva (art. 1113 del C.C.) sino diferente: la responsabilidad del padre por los hechos de sus hijos menores que es de naturaleza subjetiva”. “Salerno, Angela y ot. c/ Ferrazzini Esteban y ot. s/ Daños y perjuicios”, Cámara C., C. y de Garantías en lo Penal de Necochea (Buenos Aires), 19/5/05.

ción moral o de convivencia, no admitiéndose eximentes a su respecto ²⁷.

En nuestro país el estudio jurisprudencial sobre el tema, reiteramos, indica que sólo se libera a los responsables cuando no se traiciona la expectativa social de que los daños injustos deben ser reparados. Esto queda evidenciado si se analizan las reglas aplicadas por los jueces:

- los padres responden por culpa in vigilando y están obligados a vigilar al menor de acuerdo a su edad,

- si los padres demuestran haber vigilado al menor, surge como hecho autónomo de imputación de la responsabilidad, la culpa en la educación,

²⁷ Cámara Civ. Com. Lab. y Minería de General Pico, 24/10/05, "Leiton de Lapettina, Miriam y otro c/ Alí, Manuel A. y otros", L.L. Patagonia, 2006 (febrero), 91, "Los padres de un menor autor de un delito -en el caso, abuso sexual- resultan responsables por el daño moral sufrido por la víctima, en tanto no acreditaron haber ejercido una "vigilancia activa" sobre su hijo, como tampoco que le hayan brindado una educación basada en valores y principios ajustados a las convicciones de nuestra sociedad y acorde con las necesidades y exigencias de los tiempos que corren. Las consecuencias penales de la conducta delictiva de un menor -en el caso, autor del delito de abuso sexual-, no es motivo para excusar la responsabilidad que deben afrontar sus padres ante el daño moral inferido a la víctima que es reclamado mediante la acción de daños y perjuicios", T.S., La Pampa, Sala A, 31/5/05, "Alvarez, Flavia Lorena y otros c/ G., D. J. y otros", RCyS, 2006-VII, 166, con nota de Alejandro Dalmacio Andrada, L.L., Patagonia 2006 (febrero), 48, L.L., Patagonia, 2005 (octubre), 1272, D.J., 3/5/06, 26, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, Sala II, 15/3/99, "M., J. A. y otra c/ R., A. A. y otros", LLBA 1999-613; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 30/8/1996, "Morales de Granero, Norma L. c/ Feisan García, Omar", C.C.C. y Garantías en lo Penal Necochea, 19/5/05, "Salerno, Angela y otro c/ Ferrazzini, Esteban y otro", Publicado en: RCyS 2006-VII, 140, con nota de Marcelo Hersalis; Eduardo O. Magri; Julián Jalil, LLBA 2005 (noviembre), 1177, D.J., 2005-2, 964 - La Ley, 2005-E, 270, con nota de Marcos M. CORDOBA, en el caso los familiares de la víctima de un homicidio en ocasión de robo perpetrado por menores de edad interpusieron demanda de daños y perjuicios contra los padres de dichos menores. Los demandados plantearon una excepción de falta de legitimación pasiva. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda. La Cámara confirmó el fallo apelado. CNCiv., Sala D, "Villegas, Luis y otro c/ Elserer, Oscar A", 27/5/1997, L.L. 1997, E, 64, D.J., 1997-3-1139.

- la comisión del hecho ilícito por parte del menor, demuestra de por sí, insuficiente la educación impartida.

Resulta entonces que, para los padres no es posible prácticamente, satisfacer los requisitos impuestos por una prueba liberatoria de doble contenido positivo así de riguroso. Muestra de ello es el razonamiento seguido por el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, Sala A, el 31/5/2005²⁸ (fallo dictado cuando la mayoría se alcanzaba a los 21 años), al entender por recurso extraordinario en un caso en el que había sido condenados a resarcir los daños un joven de 19 años y sus padres, en virtud de las lesiones ocasionados por el menor a su novia, en circunstancias en que regresaban de un local nocturno. La Cámara había confirmado el fallo condenatorio de 1º instancia afirmando que *“El criterio estricto de ponderación de la eximente del art. 1116, lleva en la práctica, a considerar la responsabilidad de los padres, con un criterio de responsabilidad objetiva, puesto que la prueba de ella no se contenta sólo con la genérica referencia de haber brindado suficiente educación al hijo, puesto que si el daño se cometió es porque la educación falló, de modo que en los hechos los padres se eximirían de responsabilidad a través de la culpa de la víctima o de otra situación que provoque la ruptura del nexo de causalidad”*. La Corte provincial, tras adscribir a la doctrina subjetiva, consideró que: *“La interpretación errada del fundamento de la responsabilidad de los padres... ha llevado al tribunal de Alzada a soslayar el art. 1116 del C.C. que contempla la posibilidad de los padres de demostrar su falta de culpa mediante la prueba del presupuesto legal previsto al efecto”*.

Manifiesta que *“corresponde analizar las circunstancias que concurren en cada caso concreto”*, y al apreciar las del supuesto en análisis lo hace de modo muy riguroso. Sostiene

²⁸ ST La Pampa, Sala A, 31/5/05, “Alvarez, Flavia Lorena y otros c/ G., D. J. y otros” RCyS, 2006-VII, 166, con nota de Alejandro Dalmacio Andrada, L.L., Patagonia 2006 (febrero), 48, L.L., Patagonia 2005 (octubre), 1272, D.J., 3/5/06, 26.

que la doctrina es uniforme al sostener que el criterio de interpretación de las causales de eximición que se consagran en el art. 1116, debe ser restrictivo, y entiende que en los hechos que se juzgan la “vigilancia activa” que exige la ley -entendida como un concepto abarcativo de formación del hijo a través de la educación- para eximir de responsabilidad a los padres, no ha quedado suficientemente demostrada en autos. Del informe socioambiental surge que el grupo familiar es unido, de buenas relaciones entre los miembros y sin símbolos de violencia ni conflictos aparentes, y la prueba pericial psicológica confirma el dictamen del asistente social al sostener que la pareja (padres) resulta consolidada por los 24 años de convivencia con un concepto de familia basado en valores que han tratado de transmitir a sus hijos, sin signos de perturbación ni en la pareja, ni en la relación paterno filial, ni en la fraterna. Sin embargo, ambos informes fueron elaborados a partir de entrevistas (una en el primer caso y varias según los peritados en el segundo) llevadas a cabo entre tres y cuatro años posteriores al hecho, respectivamente y concluye afirmando que: “Debe considerarse acreditada la presunción “*iuris tantum*” que pesa sobre los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores, habida cuenta que ni la prueba pericial -socio ambiental y psicológica- ni las declaraciones de los testigos, demuestran que aquellos hubieran mantenido una “vigilancia activa” respecto a su hijo -en el caso, provocó lesiones graves a quien era su novia-, esto es haberle inculcado una educación moral y de convivencia convenientes conforme al carácter, necesidades, costumbres y edad suficientes para impedir el daño, siendo irrelevante la relación de pareja bien avenida que mantienen los progenitores, las relaciones de vecindad o el concepto social del que gozan”.

En los hechos, la prueba de la eximente tal como lo exige el Tribunal, comporta casi tanto como probar el *casus*.

Comparto el sentido final de estas decisiones, pero insisto a mi criterio debiera fundarse la responsabilidad paterna en un factor objetivo, ya que además de adecuarse a los tiempos que se vive, quizás resultaría más eficaz, más enérgico,

exigir a los padres garantía por incumplimiento de los deberes que impone la patria potestad.

Una muestra de esta necesidad la evidencian las informaciones que brindan los medios de comunicación en la temporada estival cuando anuncian que las autoridades del Partido de la Costa, Provincia de Buenos Aires, analizan implementar una serie de medidas para poner fin a los disturbios que generan los jóvenes por las noches, con resultados de muerte o heridos graves, además de destrozos en cosas de propiedad de los vecinos. Para ello resolvieron aumentar los controles a la venta de alcohol en los comercios e *incorporar ordenanzas para multar a consorcios y padres de los menores*. Lamentablemente el fenómeno se extiende y es una dolorosa realidad en diversas localidades del país o en balnearios de países limítrofes ²⁹.

Aspiro también a que en esta instancia el derecho cumpla una función preventiva, formadora de conductas, creo que no se trata de una utopía y como tal algo que no se sabe si en algún tiempo o lugar se concretará, sino por el contrario algo exigible en el aquí y ahora, operará como una razón más para que todos aquellos que deciden asumir la paternidad reflexionen sobre lo que ella conlleva, como lo expresan los fallos sin distinguir por condición social o económica.

Conclusiones

- Cuando el daño derive de la conducción de un automotor de propiedad del menor, y cuente con licencia habilitante, debe mantenerse también la responsabilidad de los padres. Frente a la víctima habrá dos responsables conjuntos, el menor responsable directo por el hecho propio, art. 1109, y como dueño del vehículo, art. 1113, y los padres como garantes de los hechos dañosos de sus hijos menores, art. 1114 del C.C.

²⁹Diario La Nación, lunes 2 de febrero de 2009.

- Si el menor ocasiona daños al conducir el vehículo de los padres sin registro para conducir, resulta clara la existencia de responsabilidad paterna pues además de la que emana del artículo 1113 como dueños del automotor, les cabe la del artículo 1114 del C.C., pues el hecho denota incumplimiento de los deberes paternos.

- Cuando el vehículo sea propiedad de un tercero, y el menor cuente con registro para conducir, el titular registral del vehículo, responderá en su condición de dueño, artículo 1113 del C.C., salvo que acredite que el vehículo le ha sido sustraído o usado contra su voluntad.

XV. ANTECEDENTES DE REFORMA EN PROYECTOS NACIONALES

1. El Código de Vélez

Las dos normas básicas en las que Vélez Sársfield regulaba la materia han sido modificadas, pues los textos originales fueron derogados por la ley 23.264, art. 273. Los padres responden por los daños que causen sus hijos menores de diez años, que habiten con ellos.

Este artículo generó amplios debates por la confusión que inducía la referencia sólo a los menores de menos de diez años.

Artículo 1114: “El padre, y por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder, y que habiten con ellos, sean legítimos o naturales”.

Al reformularse el régimen de patria potestad, se adecuó el texto de esta norma. No obstante ello, se mantuvieron los artículos 1115 y 1116 referidos a los eximientes de responsabilidad.

2. Proyectos de reformas al Código Civil

De los proyectos de ley tendientes a modificar la legislación civil y comercial, existentes en nuestro país, algunos introducen modificaciones más trascendentes que otros ¹.

¹ Para un pormenorizado análisis acerca de los proyectos de reforma al Código Civil argentino, ver Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Los últimos cincuenta

2.1. *Anteproyecto de Bibiloni*

Este anteproyecto surge como resultado del trabajo de la Comisión creada por el presidente Alvear en 1926 ², uno de cuyos miembros fue Juan Antonio Bibiloni, quien no introduce modificaciones sustanciales en este tema, sino que propone suprimir el artículo 273, y en lo referente a los directores de colegio permite su liberación si prueban que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y con el cuidado que era su deber poner.

Jorge Mosset Iturraspe considera demasiado vaga, amplía la redacción propuesta y estima que permite la liberación de directores de colegio con excesiva generosidad ³.

2.2. *La Comisión de 1936*

Esta Comisión se ocupa de la responsabilidad de los padres separados, o frente a los hijos extramatrimoniales, menores abandonados, reitera que cesa la responsabilidad paterna cuando demostraren que no pudieron prevenir el daño (art. 890).

años del derecho civil argentino (1941-1991)" en *Codificación civil y derecho comparado*, Buenos Aires, Zavalía, 1994, pág. 230 y ss.

² La Comisión se integró con Roberto Repetto (ministro de la Corte Suprema), Julián V. Pera y Raymundo Salvat (Cámaras primera y segunda de la Capital; sucedidos luego por Gastón Federico Toba y César Tezanos Pintos), Héctor Lafaille (Univ. de Buenos Aires), Juan Carlos Rébora (Univ. de La Plata), Juan Antonio Bibiloni (Acad. Nacional de Ciencias Jurídicas de Buenos Aires), Rodolfo Rivarola (Col. de Abogados Capital Federal), Enrique Martínez Paz (Univ. de Córdoba) y José A. Gervasoni (Univ. del Litoral). Ver MOISSET DE ESPANÉS, *Codificación civil y derecho comparado*.

³ Seguramente se hacía presente ya la necesidad de aliviar la situación de los directores y maestros de escuela, requerimientos que encuentran satisfacción a partir de la modificación en 1997 al artículo 1117 del C.C.

2.3. Anteproyecto de 1954

Este trabajo es el fruto de una Comisión creada por el Ministerio de Justicia de la Nación, cuyo Instituto de Derecho Civil dirigido por el profesor Jorge J. Llambías redacta un anteproyecto de reforma integral, que al decir de Moisset de Espanés marca una nueva etapa en la concepción jurídica al receptor el pensamiento *ius* privatista italiano ⁴.

La responsabilidad de los padres se trata en el artículo 1083: “Los padres, tutores y curadores son responsables de los daños causados por los incapaces confiados a su guarda, que habiten con ellos. Cuando los incapaces fuesen puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, la responsabilidad pasará a ésta. No habrá lugar a la responsabilidad prevista en este artículo si se probase la imposibilidad en que se hubiese estado para impedir el hecho dañoso. La carencia de discernimiento del autor del hecho no excusa la responsabilidad”.

2.4. Proyecto de 1987

El proyecto de Código Civil de 1987 no incorpora reformas en el tema, mantiene la misma regulación normativa.

2.5. Proyecto de la Comisión designada por la Cámara de Diputados, Poder Legislativo

Si bien este proyecto tampoco se ocupa del tema, al igual que el de 1987 merecen considerarse las modificaciones que,

⁴ Luis MOISSET DE ESPANÉS; ob. cit., *Codificación civil y derecho comparado*. Este meritorio esfuerzo tuvo escasa difusión en su momento, sin embargo influyó en la modificación de numerosos aspectos de la legislación civil argentina, ausencia, bien de familia, edad nupcial, etc.

como miembro integrante de la Comisión, sugiriera el jurista Jorge Mosset Iturraspe.

Propone como artículo 1089, correspondiente al actual 1114: “Los progenitores, padre y madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores, sometidos a la patria potestad, sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. En los casos de divorcio o separación de hecho será responsable el cónyuge que mantenga la tenencia del hijo, al momento de ocurrir el hecho dañoso. Sin perjuicio de ello, el juez podrá, en consideración a las circunstancias del caso, extender la responsabilidad al otro cónyuge”.

Como eximente considera la situación en que el hijo se encuentra de modo permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, pero resta trascendencia a la *habitación* del hijo menor en la casa paterna o fuera de ella, artículo 1090.

Fundamenta la responsabilidad en el “deber de vigilancia activa” y también en el de “dar buenos ejemplos y una educación y formación sana”, de ahí que los padres no se eximan con la prueba de la imposibilidad de evitar el hecho dañoso, artículo 1091.

También dispone la imposibilidad de ejercer la acción de reintegro por parte de los padres contra el hijo menor de diez años, artículo 1092.

2.6. Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92 (Comisión designada por el Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia)

Esta Comisión propone la siguiente redacción para reemplazar al art. 1114 actual:

“Art. 1584: Los padres son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores no emancipados que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los hijos que tuvieren discernimiento. El progenitor no se libera si la no convivencia con el menor obedece a una causal que le es imputable”.

Como en el régimen actual, se mantiene la responsabilidad solidaria e indistinta de los padres con el menor imputable.

Una de las autoras del Proyecto, Aída Kemelmajer de Carlucci, expresa: *“si el menor tiene más de 14 años, responderá en forma indistinta con sus padres; si es menor de esa edad, el juez debe valorar, en cada caso, si el acto fue o no realizado con discernimiento; si declara que el acto es involuntario, sólo responderán los padres”*⁵.

La falta de convivencia no libera si obedece a una causal que es imputable al progenitor; pero podrán liberarse y trasladar la responsabilidad si el hijo estaba bajo la vigilancia de otra persona, por una causa que no le es imputable e en beneficio de la salud o educación del hijo.

Prevé expresamente que los padres no responden por aquellos hechos dañosos causados por los hijos en tareas inherentes al ejercicio de profesión o tareas encomendadas por terceros, ni por incumplimiento contractual.

En cuanto a razón jurídica que justifica esta obligación paterna, la citada jurista mendocina sostiene: *“Esta responsabilidad se funda en los deberes emergentes de la patria potestad; por ello desaparece la posibilidad de que los padres se liberen acreditando que les fue imposible evitar el hecho. En tal sentido puede decirse que se ha receptado la tendencia predominante a la objetivización”*⁶.

Otro aspecto que merece resaltarse es que esta responsabilidad subsiste sólo hasta los 18 años, pues el proyecto prevé que a esa edad se alcanza la mayoría de edad. Con lo que solucionaría, en parte, una preocupación que se ha planteado la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, acerca de si mantener o no la responsabilidad paterna cuando el menor autor del hecho estuviera más o menos próximo a la mayoría

⁵ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI (La responsabilidad civil en el proyecto de reformas del Código Civil de 1993)”, J.A., 1993-II-823.

⁶ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, trabajo citado en nota anterior.

de edad. Concretamente me refiero a los denominados como “grandes adolescentes”, en doctrina y jurisprudencia francesa, y “grandes menores” en Italia, entendiendo que en estos supuestos las posibilidades de control por parte de los responsables no se dan en la misma forma que en la menor edad y cabe por tanto flexibilizar las exigencias.

2.7. Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1998

El art. 1658 dispone: “El padre y la madre responden concurrentemente por el daño causado por sus hijos menores no emancipados que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los hijos que tienen discernimiento.

El progenitor no se libera aunque el menor no conviva con él, si ello deriva de una causa que le es atribuible”.

Libera a los padres de responsabilidad cuando el daño guarda conexión con el ejercicio de profesión o desempeño laboral del hijo.

XVI. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

“Los padres, son solidariamente responsables de los daños causados por los hijos menores que se encuentren bajo su patria potestad. Sólo se eximirán si acreditan ruptura del nexo causal. Esto sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos mayores de diez años.

En los casos de divorcio o separación de hecho subsiste la responsabilidad solidaria de ambos progenitores; sin perjuicio, de ello *el juez podrá, en consideración a* las circunstancias del caso eximir a uno o a ambos, conforme lo expresado en el párrafo anterior.

Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento contractual de sus hijos”.

CONCLUSIONES GENERALES

La responsabilidad de los padres debiera fundarse en un factor objetivo, exigir a los padres garantía por incumplimiento de los deberes que impone la patria potestad.

Entiendo que esta razón jurídica se adecua a los tiempos actuales, donde resulta un eufemismo sostener la posibilidad de vigilancia para los hijos menores hasta que alcancen la edad de los dieciocho años, o pretender valorar la educación brindada con bases homogéneas en una casuística tan amplia.

Sin duda que influyen en esta interpretación, razones de interés social como es la protección del dañado injustamente y el reforzamiento de los fines preventivos.

El derecho no protege a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación -en sentido jurídico- de dejar a esa persona en una situación lo más parecida posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona.

Por otra parte, la aplicación de un factor objetivo aportaría mayor seguridad jurídica, ya que evitaría el desorden que pueden provocar las interpretaciones judiciales disímiles, pues ante una casuística tan vasta los parámetros con los que se juzga o valora si se encuentran o no cumplidos los deberes de vigilancia o educación, pueden ir desde la indulgencia a una rígida severidad.

Si bien la realidad demuestra que en su mayoría los jueces deciden aplicando raseros estrictos, en algunos casos se fuerza la interpretación legal a extremos que torna inconveniente mantener la formulación legal actual.

Aspiro también a que en esta temática el derecho cumpla una función preventiva. La implementación de campañas de difusión a efectos de hacer conocer a todos los sectores de la sociedad la existencia de una obligación legal que, en principio, alcanza a ambos progenitores con carácter inexcusable, es un intento más para estimular a las familias y a la sociedad a reflexionar sobre cuáles debieran ser las pautas de actuación más adecuadas para impedir o disminuir la causación de daños y en consecuencia, evitar ser alcanzados por esta severa responsabilidad. Creemos que no se trata de una utopía y como tal algo que no se sabe si en algún tiempo o lugar se concretará, sino, por el contrario, algo exigible en el aquí y ahora, que operará como una razón más para todos aquellos que deciden asumir la paternidad reflexionen sobre lo que ella conlleva, sin distinguir por condición social o económica de los progenitores.

Tal vez la aplicación de este criterio estricto por los magistrados y su difusión hacia la sociedad contribuiría a que los padres cumplan su función de tales con mayor celo y rigurosidad, de modo tal que la pregonada libertad de los hijos no provoque víctimas inocentes.

El derecho no puede ser un sistema de intervención reactivo y de respuestas *ex post facto*, tiene que ser activo y preventivo en su enfoque de los problemas en los que interviene; de lo contrario se tratan sólo las patologías. Creo que cabe proponer soluciones solidarias y justas a los problemas de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, Platense, 1963.
- AGUIAR, Henoch D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, TEA, 1950.
- AGUIAR DÍAS, José de, *Da responsabilidade civil*, 7ª ed., Río de Janeiro, 1983, vol. 2.
- ALBA CRESPO, Juan José, “Precedente romano del artículo 1109 del Código Civil: la ‘Lex Aquilia’”, artículo que obra en el Departamento de Derecho Civil, Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), 1986.
- ALPA BESSONE, Guido, *La responsabilita civile*, Milán, 1976.
- ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- ALTERINI, Atilio A., *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.
- “Informe sobre la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil de 1998”, L.L., 1999-C, Sección doctrina-864.
- ARGÜELLO, Luis Rodolfo - PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, TEA, 1962.
- BASILE, Carlos Alberto, “Modificación de la legislación española sobre separación y divorcio”, *La Ley*, 21/2/07, 8.
- BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La reinvencción de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Buenos Aires, Paidós, 2003.
- BENJAMÍN, Antonio Herman V., traducido por Roberto López Cabana, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, I A-B.

- BLANC, E., *La responsabilité des parents*, París, 1953.
- BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de derecho de familia*, 5ª ed. actualizada, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1991, t. II.
- “La nueva ley española de separación y divorcio”, *La Ley*, 21/2/07, 6.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, t. II,
- BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- BUERES, Alberto J., *El acto ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986.
- BUERES, Alberto J. - MAYO, Jorge A., “La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (Algunos aspectos esenciales)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N°12, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996.
- BREBBIA, Roberto H., “Accidentes de automotores”, Buenos Aires, Omeba, 1961.
- BUSNELLI, Francesco Donato, “Libertà e responsabilità fra i coniugi nella vita familiare”, *Rivista di Diritto Civile*, 1973, t. I.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- “Límites legales de la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores de edad”, *L.L.*, 1988-B, 282/283.
- CAFFERATA, José Ignacio, *La guarda de menores*, Buenos Aires, Astrea, 1978.
- CAMMAROTA, Antonio, *Responsabilidad extracontractual. Hecho y acto ilícito*, Buenos Aires, Depalma, 1947, t. 2.
- CARBONNIER, J., *Derecho flexible*, Madrid, Tecnos, 1974.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José M., *La patria potestad*, Madrid, 1960.
- CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Platense, 1994, t. IV.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1987.

- COLOMBO, Leonardo A., *Culpa aquiliana*, Buenos Aires, TEA, 1947.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Responsabilidad por el hecho ajeno*, La Plata, Lex, 1987.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces” en *Estudios de derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, t. II.
- CÓRDOBA, Marcos M., “Anticipación de la mayoría de edad. Modificación de la pauta objetiva para determinar la absoluta capacidad de las personas”, *La Ley* 17/10/06, 1.
- D’ANTONIO, Daniel Hugo, “Las distintas etapas de la minoridad: Menores impúberes; con discernimiento y adultos”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2002:2 Menor dañino y menor dañado, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *La responsabilidad civil*, 2ª ed., Bilbao, Universidad de Deusto, 1989.
- *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1978.
- DE COSSÍO, Alfonso, “La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1966, t. XIX.
- DE COSSÍO, A.- DE LORENZO, Miguel Federico, “Sobre ficciones y mitos en el derecho privado”, *La Ley*, 4/1/2007, 1; *La Ley*, 5/1/2007, 1.
- DÍAZ ALABART, Silvia, “La responsabilidad por los actos ilícitos dañinos de los sometidos a patria potestad o tutela”, en *Anuario de Derecho Civil*, julio-setiembre de 1987.
- “Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1903 del Código Civil”, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, 1990, vol. I.
 - “Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores: el art. 19 de la LORPM”, en *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Madrid, Ciudad Argentina- Dykinson, 2001.

- “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Universidad de Salamanca, 2001, vol. II.
- DIEZ PICAZO, Luis, “La responsabilidad civil hoy”, Anuario de Derecho Civil, 1979, t. XXXII.
- *Derecho y familia*, Madrid, Civitas, 1984.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 1ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2002.
- FANZOLATO, Eduardo Ignacio, *Derecho de familia*, Córdoba, Advocatus, 2007, t. I.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, Publicaciones de la Universidad de Lima, 1990.
- FERRER RIBA, Josep, “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, InDret, abril de 2001, www.indret.com.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, 1993, t. XX, vol. 2.
- GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, Montecorvo, 1992.
- GUNTARDT DE LEONARDI, Elena E. - MASSIANO, Analía C., “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores”, J.A., 1997-II-839.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 8ª ed., Barcelona, Ariel, 1983.
- *Instituciones de derecho romano*, Barcelona, 1951, vol. I.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en *Código Civil y leyes complementarias*, Belluscio (dir.), Zannoni (coord.), Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5.
- “La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI (La responsabilidad civil en el proyecto de reformas del Código Civil de 1993)”, J.A., 1993- II- 823.
- “Las modificaciones introducidas en el derecho argentino a la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Reus, 1986.

- “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores”, en *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
 - “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores. ¿Hacia una responsabilidad doblemente objetiva?”, J.A., 2002, Lexis N° 00029/000022.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA Carlos A., en “Indemnizaciones de equidad”, J.A., 1981-II-155.
- LAFAILLE, Héctor, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1950.
- LAMBERT-FAIVRE, Ivonne, “La evolution de la responsabilité civile. De un dette de responsabilité à une creance d’indemnisation”, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, enero-marzo de 1987, París, 86° aneé.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, “La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos”, Madrid, Tecnos, 1988.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Introducción a la responsabilidad civil”, www.indret.com, junio 2006.
- LÓPEZ OLACIREGUI, José María, “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° 1, La Ley, 1999.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, Madrid, Dykinson, 2001.
- LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, t. I; 1970, t. II; 1977, t. III; 1976, t. IV-A.
- “Responsabilidad excusable de los padres: determinación y desplazamiento”, E.D., 82-481.
 - “La culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil”, J.A., Doctrina, 1974-6.
- LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Imprenta Jacobo Peuser, 1900.
- LLOVERAS, María Emilia, *Lecciones de derecho civil*, Córdoba, Advocatus, 1990, Cap. VII.
- LLOVERAS, Nora, *Patria potestad y filiación. Comentario analítico de la ley 23.264*, Buenos Aires, Depalma, 1986.

- “La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores”, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
 - “El menor habilitado para conducir y la responsabilidad refleja de los padres”, en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Ameal, Oscar (dir.), Tanzi, Silvia (coord.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, Lexis Nexis N° 1013/002924.
- MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, L. J. Rosso, 1928.
- MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 6ª ed., Colombia, Biblioteca Jurídica Dike, 1990.
- MAZEAUD, Henri y León - TUNC, André, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJEA, 1977, t. I.
- MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2003.
- MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Cambio social y cambio legislativo”, en *Codificación Civil y Derecho Comparado*, Buenos Aires, Zavalía, 1994.
- “Acto ilícito y responsabilidad civil”, en *La responsabilidad, Libro homenaje a Isidoro Goldenberg*, A. A. Alterini-R. M. López Cabana (dirs.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
 - Revista Notarial de Córdoba, N° 23, en comentario al libro *La culpa*, de Alfredo ORGAZ, www.acader.unc.edu.ar.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (dir.) y otros, *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia”, L.L., 1979-B-522.
- “Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado”, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1980, t. I.

- “Daños causados por menores de más de 10 años”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2002-2: Menor dañino y menor dañado, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge - D’ANTONIO, Daniel Hugo - NOVELLINO, Norberto José, *Responsabilidad de los padres, tutores y curadores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.
- NAVARRO MICHEL, Mónica, *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, Barcelona, José María Bosch, 1998.
- OLLIER, P.D., *La responsabilité civile des Père et Mère (Etude critique de son régime légal)*, París, 1961.
- ORGAZ, Alfredo, *La ilicitud*, Buenos Aires, Lerner, 1974.
- *El daño resarcible*, Córdoba, Marcos Lerner, 1980.
- *La culpa*, Córdoba, Lerner, 1981.
- OSSOLA, Federico A., “La antijuridicidad ¿presupuesto de la responsabilidad civil?” en *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Carlos G. Vallespinos (dir.), Córdoba, Advocatus.
- PATTI, Salvatore, “L’ illecito del “quasi maggiorenne” e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del Bundesgerichtshof”. *Rivista del Diritto Commerciale*, 1984, parte prima.
- PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto - ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, TEA, 1962.
- PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones-2-3*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- PIZARRO, Ramón Daniel, “Modernas fronteras de la responsabilidad civil: El derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional”, *Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina)*, www.acader.unc.edu.ar, abril de 2006.
- PLOVANICH DE HERMIDA, María Cristina, “Accidente de automotor. Liberación de responsabilidad de los padres”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba, Nueva Serie*, N^{ros} 1-2, vol. 7, 2000.
- PUCCINELLI, Oscar Raúl, “¿Derecho constitucional a la reparación?”, *E.D.*, 167-970.

- REYNA, Carlos A., “Comentario a los arts. 1114/1116”, en *Código Civil*, dirigido por A. Bueres y coordinado por Elena Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- RIVERA, Julio César, “El derecho privado constitucional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 1999.
- ROGEL VIDE, Carlos, “La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas. Patria potestad o tutela”. *Anuario de Derecho Civil*, 1976, t. XXIX.
- *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español*, Madrid, 1977.
- SALAS, Acdeel, “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, J.A., 1946-III-805.
- *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Librería Jurídica, 1947.
 - *Código Civil Anotado*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, actualizado por Acuña Anzorena, A., 1958.
- SAUX, Edgardo I., “El menor y los accidentes de tránsito”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2002-2: Menor dañino y menor dañado, Santa Fe Rubinzal-Culzoni.
- “Mayoría de edad a los 18 años”, *La Ley* 24/2/2010, 1.
- SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica en forma de notas*, Buenos Aires, 1881.
- SCHIPANI, Sandro, “El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad”, en *Homenaje a Isidoro H. Goldenberg*, A.A. Alterini - R. M. López Cabana (dirs.), Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1995.
- SMITH, Juan Carlos, “La responsabilidad por el hecho de los incapaces”, E.D., 99-790.
- SOLARI, Néstor E., “Responsabilidad de los padres que no conviven por los daños causados por sus hijos menores de

- edad”, en www.eldial.com.ar, edición especial “Responsabilidad de los padres por los daños ‘sufridos’ u ‘ocasionados’ por sus hijos menores de edad”, octubre de 2007.
- TOBIÁS, José W., “Accidentes de tránsito y peatones inimputables”, L.L., 1994-C.
- TRIGO REPRESAS, Félix - COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, t. 2a.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III.
- VERA OCAMPO, Juan Carlos, “Responsabilidad de los padres o tutor”, E.D., 121-951.
- “Responsabilidad de los padres, en general: cuándo es inexcusable”. E.D., 60-887.
- VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 2.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Reus, 2001.
- ZANNONI, Eduardo A., “Acción recursoria de los padres contra sus hijos menores” en *Revista de Derecho de Daños*, 2002.2: Menor dañino y menor dañado, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Personas, casos y cosas en el derecho de daños”, Hammurabi, 1991.
- *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4.
 - *Actuaciones por daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

ÍNDICE

I. Introducción	7
II. Importancia del tema	12
III. La problemática vinculada con la responsabilidad civil de los padres	
1. Marco general	17
2. Principales cuestiones	19
3. Evolución del fundamento de la responsabilidad civil en general	21
3.1. Posición tradicional. Factor subjetivo	22
3.2. Nuevas tendencias. Factor objetivo	23
4. Fundamentos propuestos para sustentar la responsabilidad paterna	24
4.1. Culpa en la vigilancia	24
4.2. Culpa en la educación	25
4.3. Teoría de ambas culpas acumuladas	26
4.4. Teoría del fundamento económico	27
4.5. Teoría de la solidaridad familiar	27
4.6. Garantía	29
4.7. Riesgo	30
IV. Antecedentes históricos	
1. Derecho romano	32
1.1. Responsabilidad en general	32
1.1.2. Antecedentes de la responsabilidad paterna en el derecho romano	35
1.1.3. <i>La potestas del paterfamilias</i>	37
1.1.4. Acción noxal	39

1.2. Derecho medieval	41
1.3. El derecho español. Las partidas.....	42

V. Derecho extranjero. La responsabilidad civil de los padres en el derecho comparado

1. Introducción	45
2. Sistema continental europeo.....	47
2.1. Derecho francés	47
2.1.1. Influencia de Domat y Pothier	49
2.1.2. Legislación	52
2.1.3. Doctrina y jurisprudencia	53
2.2. Derecho italiano.....	56
2.2.1. Legislación	56
2.2.2. Doctrina y jurisprudencia	57
2.3. Derecho español.....	61
2.3.1. Legislación	61
2.3.2. Doctrina y jurisprudencia	62
2.4. Derecho alemán	68
2.4.1. Legislación	68
2.4.2. Doctrina y jurisprudencia	70
3. Otros códigos europeos.....	73
3.1. Portugal	73
3.2. Suiza	74
3.3. Holanda	74
4. Sistema iberoamericano	76
4.1. América latina - Mercosur y países asociados.....	76
4.1.1. Brasil.Código del siglo XXI	77
4.1.2. Paraguay.....	78
4.1.3. Uruguay	79
4.1.4. Venezuela	80
4.2. Códigos del siglo XX.....	81
4.2.1. Bolivia.....	81
4.2.2. Perú	82
4.3. Países de la costa del Pacífico	85
4.3.1. Chile	85
4.3.2. Ecuador	87
4.3.3. Colombia.....	88
4.3.4. El Salvador	91
4.4. México	91

VI. Fundamento de la responsabilidad de los padres en el derecho argentino

1. Código Civil de Vélez Sársfield	95
2. Régimen legal vigente. Ley 23.264	95
3. Fundamento en la doctrina y jurisprudencia argentina	96
3.1. Posición tradicional	96
4. Fundamentos subjetivos	97
4.1. Culpa en la vigilancia	97
4.2. Culpa en la educación	104
4.3. Teoría de ambas culpas acumuladas	107
4.4. Teoría del fundamento económico	110
4.5. Culpa social	111
5. Fundamentos objetivos	112
5.1. Fundamento en la patria potestad	112
5.2. Solidaridad familiar	114
5.3. Garantía	115
5.4. Riesgo	117

VII. Nuestra posición

1. Hipótesis de este trabajo	123
2. Fundamentación de la hipótesis	125
2.1. Fundamento en la garantía	125
2.2. Posibilidad de un fundamento mixto	130
2.3. Semejanza con la responsabilidad del principal por el dependiente	132
2.4. Influencia de los principios del derecho	135
2.5. Modos de reparación del perjuicio	138
2.5.1. Seguro de responsabilidad civil	138
2.5.2. Otros modos de reparación	139
Conclusiones	140

VIII. Análisis del sistema jurídico argentino en función del criterio sustentado. Presupuestos

1. Personas responsables	143
1.1. Patria potestad. Concepto	143
2. Titularidad y ejercicio de la patria potestad	145
3. Vínculos matrimoniales desavenidos	154

3.1. La familia desunida	154
3.2. Tenencia compartida. Coparentalidad	156
4. Supuestos polémicos	164
4.1. Divorcio. Separación judicial	164
4.2. Separación de hecho	168
5. Supuestos de ejercicio unilateral de patria potestad ..	170
5.1. Muerte	171
5.2. Ausencia con presunción de fallecimiento.....	171
5.3. Interdicción o inhabilitación de alguno de los padres	173
5.4. Privación de la patria potestad	174
Conclusiones	175

IX. Análisis del sistema jurídico. Requisitos

1. Minoridad	177
1.1. Modificación de la edad para alcanzar la mayoría	182
2. Otras formas de reparación a cargo de los menores ...	185
3. Hipótesis particulares	188
3.1. Menor que trabaja	189
3.2. Menores emancipados	194
3.2.1. Emancipación comercial	195
3.3. Padres menores de edad no emancipados	195
3.4. Hijo mayor de edad incapaz	196
4. Hijo mayor de edad capaz	197
Conclusiones.	198

X. Análisis del sistema jurídico

1. Requisitos: convivencia	201
1.1. Análisis desde el fundamento subjetivo	204
1.2. Análisis desde el fundamento objetivo	207
Conclusiones	210

XI. Análisis del sistema jurídico argentino en función del criterio sustentado

1. Requisitos. Causación directa de un daño por el hijo menor	213
Conclusiones	224

XII. Naturaleza jurídica de la obligación de reparar

1. Responsabilidad de los padres en relación con la del hijo	227
2. Responsabilidad del menor causante de daños	231
2.1. Menor inimputable. Hijo menor de diez años	232
2.2. Hijo menor, mayor de diez años	233
3. Carácter de la responsabilidad paterna	233
3.1. Directa o indirecta	234
3.2. Nuestra opinión	237
4. Demanda dirigida contra los padres y el hijo menor. Principal o subsidiaria	238
Conclusiones	242

XIII. Eximentes

1. Limitaciones de la responsabilidad. Formas de apreciación	245
1.1. Culpa de la víctima	248
1.2. Culpa de un tercero por quien no se debe responder	251
1.3. Caso fortuito o fuerza mayor	252
2. Eximentes especialmente previstos en el ordenamiento con relación a los padres	252
2.1. Transferencia de la guarda del menor. Artículo 1115 del C.C.	252
2.1.1. Daños ocasionados por los menores en establecimientos educativos	255
2.1.2. Familiares y amigos guardadores	261
3. Falta de culpa en la vigilancia del hijo. Art. 1116.....	263
Conclusiones	266

XIV. Daños más frecuentes causados por menores de edad

1. Menor que conduce automotor	269
1.1. Menor que conduce vehículo de los padres con registro para conducir	271
1.2. Menor que conduce vehículo propio con registro para conducir	275
1.3. Menor que conduce vehículo de los padres sin registro para conducir	281

1.4. Menor que conduce vehículo de un tercero	282
1.4.1. Con registro para conducir	282
1.4.2. Sin registro para conducir	283
2. Menor que causa daño en juegos o con cosas no peligrosas	283
3. Cosas peligrosas	285
3.1. Fuego, combustibles	285
3.2. Armas	287
4. Conductas violentas	289
Conclusiones	293

XV. Antecedentes de reforma en proyectos nacionales

1. El Código de Vélez	295
2. Proyectos de Reformas al Código Civil.....	295
2.1. Anteproyecto de Bibiloni	296
2.2. La Comisión de 1936.....	296
2.3. Anteproyecto de 1954	297
2.4. Proyecto de 1987	297
2.5. Proyecto de la Comisión designada por la Cámara de Diputados, Poder Legislativo	297
2.6. Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92 (Comisión designada por el Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia)	298
2.7. Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1998.....	300

XVI. Propuesta de modificación legislativa

Conclusiones generales	303
Bibliografía general	305

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Arturo M. Bas 236,
en el mes de junio de 2011

