

Prof. Alejandro Sué M.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL DEL PADRE, DE LA MADRE O DEL TUTOR

I

INTRODUCCION

A la responsabilidad por el hecho personal, apuntan Mazeaud y Tunc (1), se opone la responsabilidad por el hecho ajeno. Sin embargo, es inexacto señalar que en este último caso no hay participación del responsable civil. Seguramente que su hecho no es la causa última del daño, siéndole sí la intervención del autor, material. Pero por eso no deja de constituir su comportamiento una de las causas del perjuicio que, sin ella, no se hubiese producido el daño. Por esta razón consideramos acertada la opinión de quienes sostienen que en estas hipótesis especiales se responde del hecho ajeno, pero por una culpa personal. La conducta del menor, del alumno o aprendiz, del sirviente o dependiente, guarda una conexidad directa con determinados deberes de obligatoria observancia por parte del padre, madre o tutor, del preceptor o artesano, del dueño o principal. Se ha querido destacar con la anterior afirmación que, si bien es verdad la no participación instrumental del civilmente responsable en la producción directa del perjuicio, no es menos cierto que desde el punto de vista causal el resultado dañoso se debe en mayor o menor grado a una conducta observada por él, antes de la comisión material del hecho ilícito por parte del menor, alumno, aprendiz, sirviente o dependiente.

Fue ésta la concepción que tuvieron las primeras agrupaciones sociales. En principio el clan, la tribu, la familia, resultaban responsables por los daños causados por cualquiera de sus miembros: el precio del hombre (Wergeld), una de las expresiones de la composición penal germánica en la evolución desde la venganza privada a la pena pública, fue considerada como una obligación que pesaba solidariamente sobre el grupo familiar. Sin embargo, a medida que la organización de la familia se debilitaba, veíase también desaparecer la responsabilidad del grupo. En la Edad Media aún existían casos como el de las "comunidades silenciosas" (taisibles), en donde se respondía con la comunidad de bienes, que existía en el viejo derecho francés entre las personas que vivían en la misma casa: los padres y los hijos. Pero, muy pronto la responsabilidad por el hecho ajeno cambia de carácter. No se trata ya de hacer solidariamente responsable al grupo por el hecho de uno de sus miembros, sino de constreñir a cierta persona a usar la ascendencia o autoridad que posee sobre, otra para impedirle la realización de comportamientos dañinos al prójimo; o constreñirlo a ejercer racionalmente la elección de quienes le han de prestar una función determinada, por lo que la responsabilidad civil de aquellos se, basa entonces sobre una falta de vigilancia o una desafortunada elección, circunstancias estas atribuibles solamente a la persona del civilmente responsable, tomando en consideración que si el daño se produce, en alguna manera se debe 'al inapropiado uso de los atributos antes señalados.

A nuestro juicio la anterior concepción tuvo influencia decisiva en el legislador patrio al regular la responsabilidad por el hecho ajeno, lo. que quedará demostrado con el análisis que a continuación haremos de cada caso específico, siguiendo el mismo orden que fue previsto en el cuerpo normativo de nuestro; Código Civil.

II

FUNDAMENTACION LEGAL Y DOCTRINARIA

Esta responsabilidad especial se encuentra regulada en el encabezamiento del Artículo 1.190 del Código Civil y en la parte final del mismo dispositivo legal, norma última ésta que también es aplicable a la responsabilidad de los preceptores y artesanos. Dichos dispositivos legales establecen: "Artículo 1.190. 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 origen a esa responsabilidad; pero ella subsiste aun cuando el autor del acto sea irresponsable por falta de discernimiento".

Las normas transcritas tienen como antecedente inmediato el Artículo 79 del "Proyecto de Código Franco-Italiano de las Obligaciones y de los Contratos", el cual dispone en su párrafo 1º, que: "El padre, a falta de él la madre, y el tutor son responsables del daño causado por el hecho ilícito de los hijos o niños menores que habiten con ellos"; y en su párrafo 3º, que: "La responsabilidad de esas personas es exigible a menos que prueben que no han podido impedir el hecho que da lugar a esa responsabilidad; subsiste aunque el autor del acto sea irresponsable por falta de discernimiento".

La indubitable precisión legal advertida en los textos citados contrasta con la controvertida fundamentación doctrinaria de esta responsabilidad. Es fácil observar que el codificador civil no requiere la probanza de la culpa del civilmente responsable, circunstancia esta aprovechada por los partidarios de la "Teoría del Riesgo" para afirmar que, si la culpa, es un requisito necesario de la responsabilidad del hecho personal, los casos de responsabilidad por el hecho ajeno constituyen hipótesis claras de responsabilidad sin culpa, bastando con que el daño se haya producido para que nazca con todos sus efectos la responsabilidad por el hecho ajeno. Tal argumentación, por simplista, nos luce poco convincente. Decir que en la responsabilidad de los padres y del tutor no es necesario el elemento culpa, por no exigirse su probanza, es algo menos que una exageración. El que a la víctima no se le obligue a probar la culpa del civilmente responsable no puede significar nunca la inexistencia de la culpa como elemento de esta responsabilidad especial, ya que es posible que no sea necesaria su prueba sencillamente porque la Ley la presume, cuestión que, a nuestro juicio, ocurre en el presente caso.

Por eso compartimos plenamente el criterio por la casi totalidad de la doctrina nacional y extranjera en relación al punto que se discute. Eloy Maduro Luyando (2), por ejemplo, señala que esta responsabilidad se fundamenta en una culpa personal que se presume en cabeza del civilmente responsable. Dicha culpa radica en la idea de que es al padre, a la madre, o al tutor, a quienes corresponde la vigilancia, la guarda, la dirección y los poderes de corrección del menor; atributos estos derivados de los poderes inherentes a la patria potestad. De modo que si el menor incurre en un hecho ilícito, el legislador presume que los poderes de vigilancia, corrección y dirección del menor fueron mal ejercidos; que el padre, madre o tutor, incurrieron en una culpa personal "in vigilando". José Melich Orsini (3), indica que la doctrina clásica suele enseñar que la responsabilidad de los padres o tutores por el daño causado por el hecho ilícito de los menores que habitan con ellos tienen su razón de ser en una presunción legal, pues el padre, la madre, o en su caso el tutor, habrían incurrido a su vez en una culpa personal traducida por lo menos en una falta de vigilancia. De la prueba aportada por el demandante para establecer que ha sido

víctima de un daño por causa de un hecho ilícito del menor, deducirá el legislador que ha existido culpa por omisión atribuible a la persona a quien correspondía la vigilancia; culpa que consistirá en no haber usado, como era debido, la autoridad que la Ley habría depositado en sus manos a fin de impedir el hecho dañoso y, consecuentemente, que tal daño tendría una causa adecuada -esta culpa presunta-.

Los hermanos Mazeaud (4), al igual que otros tratadistas extranjeros, amplían la cobertura de la presunción al decir que la presunta culpa contra el civilmente responsable radica en una falta de vigilancia o en una falta de educación, indicando además que la presunción debe extenderse al vínculo de causalidad: la víctima no está obligada a probar ni la falta de vigilancia o de educación, ni que esa culpa sea la causa del daño que ha padecido debido a un hecho realizado por el autor material del daño.

Por lo antes expuesto parece no ser acertada la opinión sostenida por los defensores de la "Teoría del Riesgo", pues es la fuerza de una presunción legal lo que explica la no exigencia de la prueba de la culpa, y en modo alguno debe entenderse tal omisión como la negación de este impretermitible elemento dula responsabilidad de los padres o tutores. Además, consideramos que la afirmación hecha en el sentido de que es suficiente el solo daño para que exista responsabilidad no se compeadece con las exigencias señaladas por el Código Civil en su Artículo 1.190.

En efecto, no es verdad, por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico, que el padre, la madre, o el tutor, sean responsables por toda clase de daño causado por sus hijos o pupilos menores que habiten con ellos. El legislador venezolano ha sido suficientemente claro al indicar, como regla general, que la responsabilidad especial existirá sólo en la medida en que el daño provenga de un hecho ilícito cometido por el menor; y al hacer referencia al delito civil tipo es necesario que se dé estricto cumplimiento a las exigencias contenidas en el Artículo 1.185 del Código Civil, esto es: debe existir conducta culposa, daño injusto, y relación causal entre la conducta y el daño; requerimientos que demuestran lapidariamente cuán falsa es la apreciación de quienes niegan el elemento culpa en la responsabilidad especial de los padres o tutores, ya que de haber sido cierto lo dicho por ellos bastaría con que el menor produjera un daño, abstracción hecha de su participación culposa, para que el padre, la madre o el tutor tuvieran que responder necesariamente.

Ahora bien, es conveniente destacar que la presunción de culpa contemplada por el legislador en contra del civilmente responsable no tiene carácter irrefragable, pues a tenor de la parte final del Artículo. 1.190 del Código Civil la responsabilidad de estas personas cede cuando logran demostrar que no pudieron impedir el hecho que ha dado origen a la responsabilidad, lo que lógicamente nos conduce al tratamiento necesario del mecanismo de defensa por excelencia del civilmente responsable, materia ésta que obliga al estudio de los medios para desvirtuar la presunción establecida por la ley. ¿Qué es lo que se presume en contra de los padres o tutores?: Si acogemos el criterio de los hermanos Mazeaud, podemos afirmar que la Ley presume una falta personal derivada tanto de la inadecuada vigilancia como de la mala educación impartida al menor. Sin embargo un criterio restrictivo, compartido por nosotros, se inclina por la aceptación de la presunción solamente en lo atinente a la falta de vigilancia, desechándola en relación a la educación defectuosa. Son muchas las razones que han influido para la adopción de este criterio. En primer lugar, porque es esa presunción la única verdaderamente fundamentada por los hechos regulados legalmente. Cuando un niño incurre en una conducta ilícita es normal presumir que con una vigilancia adecuada del padre, de la madre o del tutor, se habría impedido su comisión.

Por otra parte, la tesis de los Mazeaud no explica el porqué los padres o tutores no responden por el hecho ilícito de los hijos cuando éstos dejan de cohabitar con ellos, a pesar que sea de público conocimiento la insuficiente educación impartida al autor material del daño. De igual manera, admitir que la presunción comprende la culpa por una mala educación implicaría también aceptar que al civilmente responsable se le permita desvirtuarla probando que al hijo o pupilo se le educó satisfactoriamente, cuestión esta que en nuestro ordenamiento jurídico no se adecua a lo requerido por la parte final del artículo 1.190 del Código Civil, en cuanto a que "...La responsabilidad de estas personas no tiene efecto cuando ellas prueban que no han podido impedir el hecho que ha dado origen a esa responsabilidad . . .:"

José Melich Orsini (5), si bien no descarta la mala educación como factor concurrente en la producción del daño injusto, le niega sí carácter exonerativo autónomo al alegato de los padres o del tutor en cuanto a haber educado bien al hijo o pupilo. Señala que no basta probar la subitaneidad del acto del menor para exonerarse de responsabilidad, ni les basta establecer que ejercían de ordinario una vigilancia normal sobre la conducta de su .hijo o pupilo. Desde el momento en que el menor incurrió en hecho ilícito la ley presume que hay deficiencias en los poderes de vigilancia y educación, y el responsable civil debe desvirtuar tal presunción. En el debate que se suscitara entre él -y la víctima la prueba versará fundamentalmente sobre la prudencia y diligencia observada para impedir el hecho.

Esa conducta se manifiesta principalmente por actos de vigilancia y por la ausencia de toda actividad temeraria. Si del debate aparece que, no obstante ser correcta la conducta actual del padre, hay entre las causas del daño circunstancias, antecedentes en que puedan imputársele violaciones de su deber de educación (negligencia, malos ejemplos, habitual desobediencia del menor, etc.) o violación del deber de tomar las medidas preventivas aconsejadas por la prudencia, entonces la prueba suministrada por el padre, madre o tutor, debe considerarse insuficiente en cuanto al establecimiento del extremo requerido de no haberle sido posible evitar el daño. Melich concluye con un señalamiento que en el fondo es coincidente con nuestra postura, al indicar que de nada vale que el responsable civil haya establecido en un caso concreto que educó bien a su hijo o pupilo, que le prohibió determinada conducta, que le imprimió castigo, etc., si del conjunto de los hechos aparece que no tomó todas las medidas necesarias que normalmente habría tomado un buen padre de familia para impedir los actos atribuidos al menor. Por eso consideramos que la defensa del demandado debe orientarse a desvirtuar la presunción de la culpa "in vigilando".

La circunstancia precedente, incluso la defectuosa educación, lo que hace es entorpecerle al civilmente responsable la aspiración de demostrar que no pudo impedir el hecho. Resulta temerario para un padre acostumbrado a una habitual desobediencia del menor, o que enseña malos ejemplos a sus hijos, alegar que hizo todo lo posible para impedir el hecho dañoso; cuando lo normal es que un menor educado bajo tales preceptos se dedique frecuentemente a causar fechorías y que la única forma de frenar su ímpetu de maldad es precisamente ejerciendo una rigurosa vigilancia de su comportamiento. Es más fácil la demostración de la ausencia de culpa "in vigilando" en el padre, madre o tutor no revestido de aquellos antecedentes, que en el padre, madre o tutor permisivo, incurso en los defectos educativos antes señalados. En suma, la mala educación es un elemento que dificulta la destrucción de la presunción de la culpa "in vigilando", pero no es una presunción colateral a ésta.

III

REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PADRE, DE LA MADRE, O DEL TUTOR

1.- La Minoridad del Autor Material

El Código Civil venezolano no conceptualiza la figura del menor de edad. La concreción de esta etapa existencial la obtenemos por la interpretación, que con argumento en contrario, se hace del precepto alusivo a la mayoría; y en tal sentido podemos decir que, a tenor del Artículo 18, es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho años; por lo que resulta fácil entender que quien no haya alcanzado esa edad está reputado jurídicamente como menor.

En consecuencia, desde el instante en que el hijo o pupilo llega a cumplir los años señalados por el precitado Artículo 18 del Código Civil, la presunción de culpa contenida en el Artículo 1.190, ejusdem, desaparece; importando poco si continúa viviendo con su padre, madre o tutor, o si para el momento de producirse el daño se encontraba afectado por un estado de demencia, caso este último que obligaría a la víctima a demostrar la culpa del que lo tiene bajo su cuidado para poder obtener así una reparación con fundamento en el Artículo 1.185. La exigencia de la minoridad, indiscutible en principio, presenta elementos controversiales cuando el autor material del daño es un menor emancipado.

Aníbal Dominici (6) dice al respecto, que: "La ley no distingue entre los menores emancipados o no, poniendo como única condición, que vivan con el padre. Es opinión admitida, sin embargo, que el menor emancipado por el matrimonio, aunque habite en la casa paterna es enteramente responsable de sus hechos; porque, si es hombre es jefe de una familia, y, si es mujer tiene su marido que la representa. Y es también doctrina corriente, que el padre no se liberta de la responsabilidad legal cuando el menor se ha separado irregularmente de la casa y no ha puesto los medios coercitivos que sean necesarios para obligarlo a volver al hogar y poder ejercer sobre él la autoridad paterna ... Igual regla debe observarse, respecto a los tutores, con los menores o entredichos que viven con ellos. No tienen esa responsabilidad los curadores, porque los curados no viven bajo su inspección."

Sobre la asimilación del menor emancipado a la situación del mayor de edad, los hermanos Mazeaud (7) han escrito lo siguiente: "Hay que admitirlo sin vacilación cuando el menor haya sido emancipado por su matrimonio. La independencia que adquiere al fundar una familia tiene como consecuencia hacerle que se libere de la vigilancia de sus padres, incluso si continúa viviendo con ellos. La cuestión es 'más delicada cuando se trata de una emancipación voluntaria, realizada por los padres. Sin embargo, incluso en tal supuesto, habría que resistirse a aplicar la presunción de culpa, porque, la emancipación, como la mayoría de edad, pone fin a la patria potestad a la que estaba unida la responsabilidad..."

La Corte de Casación Francesa, se inclina por la negativa de liberar a los padres en los casos de emancipación conferida, pues les sería por demás fácil a éstos, mediante una emancipación apresurada, deshacerse de la obligación de velar por sus hijos menores. Así como un padre puede emancipar a un hijo con el propósito de facilitarle su realización independiente, habida cuenta de sus óptimas cualidades de persona prudente y emprendedora, puede también recurrir al expediente de la emancipación simplemente para eludir la permanente amenaza que significa la conducta de un hijo normalmente habituado a la producción de daños.

En todo caso, sin mengua del valor que tienen los anteriores criterios, hay un hecho de singular importancia, que le otorga un perfil propio a nuestro ordenamiento jurídico en relación al caso de marras. La reciente "Ley de Reforma Parcial del Código Civil", decretada por el Congreso de la República el día seis de julio de mil novecientos ochenta y dos, dispuso en su artículo 55 la sustitución de los artículos 382 al 386, ambos inclusive, del viejo código reformado, introduciendo en las normas sustitutivas una nueva regulación que nos aparta de la presente controversia. En efecto, el código del cuarenta y dos contempla en sus artículos 382 y 383, respectivamente, tanto la emancipación por matrimonio como la emancipación conferida, lo que nos ubicaba en el centro de la disputa. Para fortuna nuestra, este régimen fue parcialmente afectado por el contenido de las nuevas disposiciones que entraron a regir a partir del año ochenta y dos, en virtud que de ellas fue excluida la emancipación conferida, subsistiendo tan solo la emancipación por matrimonio. El Código Civil vigente acoge ahora la siguiente regulación: "Artículo 382.- El matrimonio produce de derecho la emancipación. La disolución del matrimonio no la extingue. Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación se extingue para el contrayente de mala fe, desde el día que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada". "Artículo 383.- La emancipación confiere al menor la capacidad de realizar por sí solo actos de simple administración. Para cualquier acto que exceda de la simple administración, requerirá autorización del Juez competente. Para estar en juicio y para los actos de jurisdicción voluntaria, el emancipado debe estar asistido por uno de los progenitores que ejercía la patria potestad y a falta de ellos, por un procurador especial que el mismo menor nombrará con la aprobación del Juez."

La eliminación de la emancipación conferida es consecuencia directa de la modificación hecha al artículo 18 del Código Civil. Estando vigente el Código del cuarenta y dos era explicable la posibilidad de emancipar al menor que hubiese cumplido dieciocho años, toda vez que la mayoría se alcanzaba con una edad superior a ésta. Al producirse la reforma, resulta ahora que la mayoría de edad coincide totalmente con los años requeridos para la procedencia de la emancipación conferida. Esta coincidencia inutiliza los efectos de la emancipación, venida a menos frente al cúmulo de facultades generales que se adquieren a partir de la mayoría. No es jurídicamente razonable conferir la emancipación a quien ya es mayor de edad, y por ende, capaz para todos los actos de la vida civil.

Por lo anteriormente dicho, la discusión en nuestro medio se ha limitado exclusivamente a si la emancipación por matrimonio excluye o no la responsabilidad de los padres o tutores del autor material del daño. Cuestión de gran interés, si tomamos en cuenta que la emancipación no le quita al emancipado la condición de menor exigida por el artículo 1.190 del Código Civil, amén de no ser señalada causal expresa de exoneración.

Estas circunstancias imponen al Juez de la causa la necesidad de valorar concienzudamente todos los factores concomitantes al hecho, a fin de determinar en cada caso concreto si los padres o el tutor pudieron o no impedir la conducta que da origen a la responsabilidad. En la formación de este criterio no sólo es determinante lo alegado por cada una de las partes, sino que también influyen en la discrecionalidad judicial las peculiaridades de un delito civil cometido por un sujeto que, aún siendo menor de edad, se haya desligado del rigorismo que caracteriza a la patria potestad y a la tutela. El estudio concatenado de los artículos 383 y 265 del Código Civil, permite advertir cómo la inclinación hacia un criterio exonerativo se gesta precisamente al amparo de una guarda sensiblemente relajada por efecto de la emancipación misma realidad ésta que el juzgador debe tomar en cuenta.

2.- La comisión de un hecho ilícito por parte del menor.

Como principio general el Código Civil venezolano, en su artículo 1.190, exige a la víctima la demostración del hecho ilícito productor del daño. Señala el precepto que 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. No es posible concebir la responsabilidad de los padres o tutores si previamente no queda probado que el hijo o el pupilo, según sea el caso, ha producido un perjuicio injusto causalmente vinculado a la conducta que objetivamente se le imputa.

La anterior exigencia legislativa es de fácil satisfacción cuando el autor material del daño, el menor, a pesar de ser incapaz actúa con discernimiento, ya que siendo imputable en sentido subjetivo la culpabilidad en él no se discute. En este caso luce incontrovertible la factibilidad del hecho ilícito exigido por el precitado artículo 1.190, amén de que, con apego al contenido del Artículo 1.186 del Código Civil, el incapaz queda obligado personalmente siempre que haya obrado con discernimiento en la realización de un acto ilícito.

La controversia se suscita cuando el daño injusto ha sido causado por un menor de edad con ausencia de discernimiento, debido a que en esta hipótesis, al no existir imputabilidad jurídica (*imputatio juris*), -mal puede pensarse en la calificación culposa de la conducta del menor, y faltando la culpa no puede hablarse, ortodoxamente, de un hecho ilícito. Empero, debemos recordar una vez más que en estas responsabilidades especiales los padres o tutores responden del hecho ajeno pero por una culpa personal; hecho ajeno en donde se exige en principio la culpa del autor material, para evitar la injusticia de hacer recaer sobre los padres o tutores todos los efectos negativos de los daños causados con participación de sus hijos o pupilos, a pesar que el resultado dañoso pudo haberse originado sin ningún grado de culpabilidad del agente material.

Tal propósito, sin embargo, no debe ser extendido hasta la enunciación de una irresponsabilidad de los padres o tutores cuando sus hijos o pupilos causan el daño sin estar dotados de discernimiento. Sobre este particular adherimos el criterio sostenido por Giorgi, (8) quien señala: "...al querer ser justos, la culpa de los padres o tutores se agrava tanto más cuanto más está el menor necesitado de vigilancia, porque está privado de discernimiento. En verdad que, ¿no es precisamente para defender a la sociedad de los hechos malos ejecutados por personas aun no dotados de criterios suficientes para regirse por sí, por lo que la Ley ha hecho recaer la responsabilidad de sus actos sobre aquellos que tienen el deber de vigilarle y educarle: ¿Cómo no comprender que no es necesaria la culpa personal del autor inmediato de la ofensa, cuando se medita que la Ley nos hace también responsables del hecho de nuestros animales, los cuales no están en verdad sujetos a la imputación?

Es verdad que el presunto responsable civil no puede alegar a su favor la inexistencia de la culpa del menor sin discernimiento, pero sí puede esgrimir como causal atenuante o exonerativa todas las circunstancias que partiendo del propio hecho de la víctima, son suficientemente graves como para impedirle la frustración del hecho que ha dado origen a la responsabilidad.

Tan lapidaria verdad afortunadamente tuvo acogida por nuestro codificador civil quien, siguiendo la orientación del "Proyecto de Código Franco Italiano de la Obligaciones y de los Contratos", tuvo a bien preceptuar que la responsabilidad del padre, de la madre o del tutor, subsiste aun cuando el autor del acto sea irresponsable por falta de discernimiento. Esta adición normativa aclara meridianamente la situación planteada y nos evita el tratamiento de tesis contradictorias como la doctrinariamente conocida con el nombre de "La Culpa Objetiva". No obstante deja subyacente una interrogante contestada insuficientemente por los tratadistas que se han ocupado de esta cuestión, y sobre la cual expondremos lo siguiente: Si racionalmente no es

exigible la probanza de la culpa en el menor sin discernimiento, pues no se puede probar lo que no existe, ¿esto significa acaso que los padres o tutores han de ser considerados ineluctablemente responsables cada vez que al menor se le haya relacionado con el daño sufrido por la víctima?. A nuestro entender la respuesta debe ser negativa. El haberse señalado que la vigilancia debe extremarse cuando el menor carece de discernimiento no quiere significar que al producirse un daño necesariamente debe ser tenido como resultado del hecho del menor, y por ende imputado a la conducta del responsable civil presunto. Es menester previamente determinar que el daño es injusto, y que el mismo se encuentra causalmente vinculado a la conducta del menor; vale decir: hay que cumplir necesariamente con la exigencia de la "imputatio facti", ya que en la práctica puede ocurrir que el daño sobre el cual gravita la figura del menor no haya sido efectivamente producido por él. En segundo lugar, clarificado el problema causal, sobreviene una nueva interrogante: ¿Acaso no es posible que el menor haya sido utilizado culposamente por la propia víctima para la producción del daño?; ¿En cuántas oportunidades, por ejemplo, observamos que personas lúcidas colocan a un menor sin discernimiento en los controles de un vehículo encendido, y éste por manipulaciones inconscientes genera una desgracia?

Sólo cuando se logran, salvar las observaciones anteriores podemos inequívocamente afirmar que el padre, la madre, o el tutor, son responsables del daño causado por el hecho ilícito de los menores que habitan con ellos.

Para concluir este punto nos vamos a referir a un aspecto tangencialmente tratado en una consideración precedente. ¿Qué ocurre cuando el daño es causado por un incapaz sin discernimiento y la víctima no logra reparación del que lo tiene bajo su cuidado? este problema, a nuestro juicio, comprende no sólo el caso particular del menor, sino que también abarca los actos dañosos ejecutados por los incapaces por defecto intelectual, cualquiera sea su edad. Pero como queremos ser fieles al rigorismo que nos hemos impuesto al programar la presente investigación, vamos a referirnos exclusivamente a la situación jurídica del menor de edad en cuanto sus actos comprometan patrimonialmente a los padres o tutores.

En efecto, ya hemos señalado que cuando el menor actúa sin discernimiento, si bien no hay para él responsabilidad civil directa, la situación del padre, de la madre o del tutor, no experimenta ninguna mejoría, ya que la responsabilidad de estas personas subsiste. Sin embargo puede ocurrir que cuando la víctima pretenda hacer efectivo su derecho de crédito en contra de la persona del civilmente responsable, tal pretensión se imposibilite. Por ejemplo: una situación de insolvencia podría frustrar el resarcimiento del daño causado. Cuando esto sucede entra en juego la aplicabilidad del Artículo 1.187 del Código Civil, cuyo contenido textual consagra que: "En caso de daño causado por una persona privada de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener reparación de quien la tiene bajo su cuidado los Jueces pueden, en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización equitativa." Con esta norma el legislador ha querido depositar en el arbitrio judicial la posibilidad de procurar de alguna manera el restablecimiento del equilibrio patrimonial roto por efecto del acto ilícito, pues es probable que el autor material del daño tenga recursos económicos suficientes para, por lo menos, aliviar la situación de desgracia que padece la víctima por la frustrada reparación a que tenía derecho. No se trata desde luego de un caso de responsabilidad civil, creemos más bien que estamos ante un recurso de equidad con carácter subsidiario al cual se acude solamente cuando el cuidador no repara; tiene la peculiaridad de que procede sin la presencia de la culpa del menor; es de concesión discrecional por parte del Juez; y además no cubre el monto total del daño padecido. Pero en todo caso queda claro que tal recurso, por ser subsidiario, es posterior al requerimiento insatisfecho formulado a la persona civilmente responsable, procedimiento este que es

diametralmente distinto al aplicado en la jurisdicción penal cuando se hace uso de la facultad contenida en el Artículo 3Q del Código de Enjuiciamiento Criminal, y en virtud del cual la acción civil puede ser intentada junto con la penal en juicio de esta última especie. En efecto, el Código Penal, aplicable a esta mixtura, obliga a proceder de una manera diferente. El Artículo 114, numeral 32, de dicho Código, expresa: "Artículo 114: La excención de la responsabilidad penal declarada en el artículo 62, número 42 del artículo 65 y Artículos 69, 72 y 73, no comprende la exención de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes:... 3a. Responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley, salvo el beneficio de competencia. Si no tuvieren bienes responderán sus padres o guardadores, a menos que conste que no hubo por su parte culpa o negligencia....".

De tal manera que si la reclamación civil se formula en juicio civil y por ante un Tribunal Civil, la norma aplicada es la contenida en el Artículo 1.187 del Código Civil; mientras que si es formulada en un juicio penal, por ante un Tribunal Penal, la regla a seguir será la prevista en el Libro Primero, Título XI del Código Penal, que trata "De la responsabilidad civil, su extensión y efectos," y que ordena ir primero contra los menores de quince años para que respondan con sus propios bienes, pudiendo hacer uso del beneficio de competencia regulado en el Artículo 1.950 del Código Civil, gracias al cual el deudor tiene derecho a que al ejecutársele se le deje lo necesario para vivir honestamente, según acostumbra generalmente las personas pobres de su educación, y con cargo de devolución, cuando mejore de fortuna.

Los acreedores hipotecarios o privilegios están excluidos de contribuir al beneficio de que trata este artículo.

En la jurisdicción penal la subsidiaridad se da para los padres o guardadores quienes, salvo que demuestren ausencia de culpa, deberán responder si los menores de quince años no tuvieren bienes. Se destaca en la previsión penal que en este caso sí estamos en presencia de una verdadera responsabilidad y no en un simple recurso de equidad pues, además de requerirse el elemento culpa, se elimina la discrecionalidad judicial y la reparación que se acuerda engloba la totalidad del daño experimentado.

3.- La relación de filiación de adopción o de tutoría entre el responsable civil y el autor material del daño.

Para que se dé la responsabilidad prevista en el encabezamiento del Artículo 1.190 del Código Civil es menester que el civilmente responsable sea padre, madre o tutor del autor material del daño. -0 dicho en sentido inverso, el autor material del daño debe ser hijo o pupilo del responsable civil; destacándose fácilmente que el legislador al señalar a las personas responsables no hace ningún tipo de distinción entre las clases de padres o tutores, por lo que debemos entender que los anteriores vocablos comprenden tanto a los padres legítimos como a los naturales y adoptivos, y tanto al tutor ordinario como al interino, al de hecho y al de derecho.- En todo caso corresponderá a la víctima la demostración plena de la existencia de estas relaciones de filiación o tutoría.

Es conveniente Insistir en que, si bien la responsabilidad está estrechamente unida a los poderes de vigilancia sobre el menor, se necesita sin embargo que tales poderes tengan su fundamento en una relación jurídica previa. No basta, en consecuencia, con una simple guarda de hecho, por lo que no es posible aplicar la responsabilidad del Artículo 1.190 a los hermanos mayores, tíos, padrastros, etc., que en un momento dado pudieran estar ejerciendo el cuidado del menor; en

cambio sí es factible la aplicación del anterior precepto a los abuelos que, por ser tutores de derecho, pueden ejercer el cargo sin necesidad que se les discierna. Todo de conformidad con el contenido de los artículos 308 y 312 del Código Civil.

Se ha sostenido además, que la responsabilidad especial de estas personas requiere la presencia de dos requisitos. Un elemento de derecho, constituido por la relación jurídica que debe unir al civilmente responsable con el autor material del daño. Ha de existir, desde luego, un vínculo de filiación, de adopción, o de tutoría, nacido de conformidad con las disposiciones contenidas en los Títulos V, VI, y IX del Libro Primero del Código Civil. Cada vinculación, según sea el caso, deberá ser probada por el legitimado activo de la acción resarcitoria, so pena de sucumbir en la querrela instaurada.

Requiere también un elemento de hecho. Es indispensable que exista la posibilidad material de ejercer efectivamente la vigilancia, el control, del hijo o pupilo. El padre, la madre, o el tutor, son responsables no por su condición de tales, sino porque siendo titulares de las facultades que los autorizan para moldear coercitivamente la conducta del menor, sin embargo ejercen defectuosamente tales atributos, o simplemente se abstienen de ejercerlos, incurriendo así en una culpa personal, propia, diferente a la culpa del autor material del daño.

Ahora bien, en el señalamiento del responsable civil el legislador menciona a tres personas distintas: el padre, la madre, y el tutor. Este último es responsable cuando faltan los dos primeros. Pero, el padre y la madre, ¿cuándo responden? De ordinario podría pensarse que el responsable civil es el progenitor que ejerce la patria potestad. No obstante, es posible encontrarnos con sujetos titulares de la patria potestad a los que no se les considera responsables. Sabido es que esta responsabilidad especial se fundamenta en una presunción de falta personal, por lo que la única persona que podría incurrir en ella es el sujeto obligado a ejercer la guarda. Es el inadecuado ejercicio de la guarda lo que origina la responsabilidad. Nunca podrá ser responsable, el padre o la madre que tan sólo es titular de patria potestad como simple facultad abstracta, porque si así fuera la responsabilidad se convertiría en una penalización a la condición de padre o de madre, con lo cual se destruirían los principios fundamentales que justifican su existencia. La guarda es una figura normalmente relacionada con la patria potestad del menor, pero en la concreción de esta responsabilidad su existencia autónoma nadie la discute, pues no siempre la titularidad de la patria potestad lleva consigo el ejercicio de la guarda.

Al emerger la guarda como un elemento fundamental en el estudio de esta responsabilidad, luce necesario el tratamiento detallado del asunto. A los doctrinarios de la época se les impone la necesidad de crear la literatura jurídica indispensable para la mejor explicación y comprensión de los cambios habidos en el campo del derecho civil, a raíz de la reforma experimentada por el texto matriz. Hemos observado un aserto en la novísima reforma de nuestro código al introducir algunas precisiones que facilitan la labor del intérprete, evitando de esta forma algunas especulaciones contradictorias, no siempre ajenas a los estrados judiciales, y que por lo general contribuyen a acentuar la escabrosidad del tema.

El viejo código se había limitado al tratamiento de la guarda del pupilo sometido a tutela. Su ileso artículo 347, señala que el tutor tiene la guarda de la persona del menor, es su representante legal, y administra sus bienes. Esta redacción sobrevivió a la reforma. Empero, nada decía el código del cuarenta y dos sobre la guarda del menor sometido a la patria potestad. Semejante vacío legal originaba una grave dificultad cada vez que se pretendía armar la estructura técnica de la responsabilidad, luciendo a veces totalmente desarticulada por la inconsistencia de algunas conexiones causales. Esta circunstancia creaba confusión sobre la verdadera ratio juris de una presunción de culpa relativa, menguando consecuentemente la eficacia probatoria a los

mecanismos de defensa puestos a la disposición de un progenitor dotado de patria potestad, pero imposibilitado para el ejercicio de la guarda.

La reforma ha definido algunos aspectos soslayados por las legislaciones precedentes, y que ahora son tratados expresamente en los artículos 264 y 265 del vigente Código Civil. Del contenido de ambas normas podemos destacar los siguientes aspectos: primero, que tanto el padre como la madre, ejercitantes de la patria Potestad, tienen la guarda de sus hijos y fijan de mutuo acuerdo el lugar de su educación, residencia o habitación. Prescribe además el Precitado artículo 264, que cuando el padre y la madre tienen residencias separadas, el Juez de menores, si no hay acuerdo entre las Partes, determinará cuál de los dos tendrá la guarda de los hijos. Segundo, que la guarda comprende la custodia, la vigilancia y la orientación de la educación del menor, así como la facultad para imponerle correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental.

De estos preceptos se extraen algunas conclusiones lapidarias, como éstas: a.- La guarda implica la obligación de custodiar y vigilar al menor, así como la obligación de orientar su educación. Como elemento- concurrente, el legislador faculta al padre y la madre para imponerle al menor las correcciones adecuadas a su edad y su desarrollo físico y mental. Este castigo debe ser entendido como un recurso complementario; conferido por el legislador para reforzar la custodia y vigilancia, en aquellos casos en que factores conductuales del menor entorpezcan el cumplimiento de la obligación impuesta al guardador; b.- La guarda, si bien es un concepto íntimamente vinculado a la patria potestad, puede existir separada de ésta sin llegar a desmejorar. Así acontece cuando el padre y la madre tienen residencias separadas, y uno solo de ellos ejerce efectivamente la guarda. El otro progenitor no pierde por tal hecho la patria potestad del menor. Es un caso de patria potestad sin guarda; c: La guarda del menor, y no la patria potestad, explica la responsabilidad del padre y de la madre. Toda responsabilidad se fundamenta en una falta personal del civilmente responsable. Para que exista culpa es menester la inobservancia de la conducta a la que se está obligado. Sólo el progenitor encargado de la guarda está obligado a custodiar y vigilar el comportamiento del menor y, por ende, sólo él puede incumplir culposamente la obligación que la Ley le ha impuesto. El progenitor desprovisto de la guarda no puede ser tenido como trasgresor de esa custodia y vigilancia, sencillamente porque él no estaba obligado,, a pesar de ser titular de la patria potestad conjuntamente con su cónyuge.

Todo lo anterior revela las dificultades que existen para la formulación de una regla general en cuanto a la determinación del responsable civil. En nuestra legislación se hallan circunstancias que puedan hacer variar el señalamiento del sujeto responsable. Esto obliga a un examen particularizado de cada hipótesis para poder arribar a una determinación inequívoca. A manera ilustrativa citaremos algunos ejemplos en que es factible el cambio de la guarda del padre a la madre, o de la madre al padre. Cambio que traslada consigo la responsabilidad de una persona a otra.

Primero.- En materia de divorcio o de separación de cuerpos, nos encontramos con las siguientes situaciones: a.- Conforme al artículo 191 del Código Civil, al admitirse la demanda de divorcio o de separación de cuerpos el Juez puede provisionalmente confiar la guarda a uno solo de los cónyuges. Es conveniente observar que el arbitrio judicial puede favorecer al cónyuge que hasta ese momento no ejercía la guarda del menor, operándose de esta forma el traslado; b.- Preceptúa el artículo 192, ejusdem, que en la sentencia de divorcio o de separación de cuerpos el Juez decidirá en interés del menor la atribución de la guarda a uno de los progenitores, en el lugar donde éste fije su residencia, pudiendo también confiarla a terceras personas aptas para

ejercerla. Sobre este aspecto es útil hacer tres consideraciones. La primera para resaltar la posibilidad de que el cónyuge distinguido en la sentencia sea el no favorecido por la decisión provisional, dictada por el Juez al admitirse la demanda. La segunda, para precisar que el conferimiento de la guarda a uno de los cónyuges, no conlleva el despojo de la patria potestad respecto al otro. Sólo cuando el divorcio o la separación de cuerpos se haya fundamentado en alguna de las causales previstas en los ordinales 44, 54 y 64 del artículo 185, el cónyuge que haya incurrido en ellas quedará privado de la patria potestad sobre sus hijos menores. En los demás casos, la sentencia de divorcio o de separación-de cuerpos no produce la privación de la patria potestad. Y la tercera, para advertir simplemente que no existirá responsabilidad especial del padre o de la madre, si la guarda es confiada a terceras personas aptas para ejercerla, pues además de no darse el elemento de derecho exigido por el artículo 1.190 falta también la cohabitación requerida por el mismo dispositivo legal.

Segundo.- En materia de nulidad del matrimonio merecen destacarse dos circunstancias: a.- Inmediatamente después que se demande la nulidad del matrimonio el Tribunal puede a instancia del actor o de cualquiera de los cónyuges, o bien de oficio, dictar las medidas provisionales contenidas en el artículo 191 del Código Civil, cuyos efectos fueron explicados precedentemente. Con base en esta facultad, expresamente acordada por el artículo 125, el Juez podrá confiar la guarda a uno solo de los cónyuges, reproduciéndose en este caso la misma alternativa reseñada en la demanda de divorcio o de separación de cuerpos, vale decir, el traslado de la guarda de una persona a otra; b.- Indica el artículo 128 del Código Civil que la sentencia anuladora del matrimonio determinará el progenitor que habrá de tener a su cargo la guarda de los hijos. El fallo judicial necesariamente debe señalar al guardador, pero tal determinación no exime al otro cónyuge del cumplimiento de las restantes cargas inherentes a la patria potestad, pues en todo caso el matrimonio declarado nulo continúa produciendo efectos civiles respecto de los hijos.

Las enunciaciones anteriores explican el porqué modernamente la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por admitir el desplazamiento de la responsabilidad del padre a la madre, o de la madre al padre, cada vez que en una u otra dirección se trasladen también los poderes de la guarda. En condiciones normales, cuando un progenitor ejerce la patria potestad y al mismo tiempo los atributos de la guarda, no hay duda de que él debe resarcir el perjuicio. Pero cuando se produce una disociación de la guarda y la patria potestad, el responsable será el progenitor que tiene a su cargo la guarda del menor.

Ahora bien, todo cuanto se ha dicho sobre la disociación de la guarda y la patria potestad sirve para la determinación del responsable civil cuando uno solo de los progenitores ejerce los atributos de la guarda. Pero, ¿qué acontece cuando el padre y la madre tienen al mismo tiempo la patria potestad y la guarda del hijo?. Es indudable que los dos son responsables. Sin embargo debe definirse la forma como han de responder. ¿Responderá cada uno por su parte? ¿Está acaso descartada la posibilidad de una responsabilidad solidaria?

Dos posturas contrapuestas han tratado de responder las interrogantes anteriores. Un primer sector de la doctrina opina que dicha responsabilidad es mancomunada, por lo que el padre y la madre han de responder por la cuota que le corresponde a cada uno, y no por el todo. De tal manera que si uno de ellos es insolvente, el efecto negativo de esta insuficiencia económica será padecido por la propia víctima, impedida como está de cobrarle más al otro deudor.

Quienes defienden esta tesis argumentan a su favor la ausencia de un señalamiento expreso capaz de atribuirle una calificación distinta. como regla general las obligaciones con pluralidad de

sujetos son mancomunadas, a no ser que una disposición legal o convencional la catalogue como solidaria. Cuando el artículo 1.223 del Código Civil señala que no hay solidaridad entre acreedores ni deudores, sino en virtud de pacto expreso o disposición de la Ley, nos está indicando el carácter taxativo que tienen las fuentes de la solidaridad. Es un *numerus clausus* que se nos impone aun en contra de nuestra voluntad. Su análisis es necesario cada vez que pretendemos catalogar a una obligación como mancomunada o como solidaria. En el presente caso la obligación de resarcir, por tener origen delictual, escapa a la esfera del negocio jurídico., No es objeto, entonces, de una calificación convencional. Pero tampoco es objeto de una calificación normativa. Basta con leer detenidamente el artículo 1.190, para percatarnos de esta afirmación. El dispositivo legal nada dice al respecto. Por lo que al no darse ninguna de las fuentes mencionadas en el artículo 1.223, la responsabilidad del padre y de la madre es de carácter mancomunado, no solidaria.

Contrariando la anterior se ha desarrollado una nueva tesis. Es la opinión de quienes asignan carácter solidario a la responsabilidad del padre y de la madre, cuando ambos son guardianes del autor material del daño. Considerar mancomunada a esta responsabilidad es ignorar el propósito proteccionista que justifica su vigencia. El legislador ha creado responsabilidades especiales, imbuido por la conveniencia de otorgarle a la víctima la mayor. protección posible frente a las contingencias negativas que todo proceso suele presentar, sobre todo cuando existe un sujeto pasivo plural. La solidaridad le otorga a la víctima la ventaja de no tener que perseguir separadamente a cada deudor por la cuota que le corresponde, facultándolo más bien para exigir de cualquiera de ellos el resarcimiento total del perjuicio, mecanismo este que evita a todo trance el efecto negativo de una eventual insolvencia .

Además, no es verdad que dicha responsabilidad adolezca de una expresa calificación que la identifique como solidaria. Es cierto que el artículo 1.190 nada dice al respecto, empero el contenido de un solo dispositivo no autoriza a formular tan contundente afirmación. Los sostenedores de la tesis anterior parecen haber olvidado que el artículo 1.195 del Código Civil es una norma de general aplicación a todos los casos de coautoría delictual, y es bien clara la citada norma al Preceptuar que si un hecho ilícito es imputable a varias personas, todas ellas quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado. El término "imputable" , usado por el Legislador, denota la idea de causalidad, tanto física como jurídica, por lo que la coautoría delictual se presenta cuando varias personas ejecutan el hecho ilícito (causalidad física), o cuando, sin ejecutarlo desde el punto de vista material, a varias personas se les imputa el daño causado por un tercero (causalidad jurídica). A esta última categoría corresponde el contenido del artículo 1.190, al establecer que el padre, la madre, que a la falta de éstos el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los menores que habitan con ellos. Ya habíamos indicado, al estudiar el segundo requisito de esta responsabilidad, que el padre, la madre y el tutor respondían por un hecho ajeno pero por una culpa personal. Para que se le dé la responsabilidad especial es menester que el daño sufrido por la víctima se encuentre causalmente vinculado a la falta de responsable civil. La fuerza de una presunción relativa releva la probanza de tal relación, imputando el daño a la culpa del padre y de la madre. Configurase de esta forma la coautoría de ambos.

Siendo entonces un caso de coautoría delictual, la responsabilidad del padre y de la madre tienen indefectiblemente un carácter solidario.

La admisión de este último parecer, engendra sin embargo un nuevo escollo. Al poderse requerir el pago total al padre o a la madre, cabe preguntarse ahora si ese resarcimiento afecta exclusivamente los bienes propios, o si por el contrario es una carga de la comunidad.

Hay quienes afirman que el presente caso puede enmarcarse dentro del contenido del artículo 165 del Código Civil, cuyo Ordinal 1ro. señala que son cargas de la comunidad todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos que pueda obligar a la comunidad.

Como puede verse, ésta es una opinión nacida al abrigo de la flexibilidad gramatical imprimida por el Legislador al precitado dispositivo. Sólo una interpretación exageradamente extensiva puede atribuirle al precepto la condición de casillero sin fondo, en el que puede darse la cabida a toda obligación contraída por uno cualquiera de los cónyuges, y que a juicio del intérprete sea susceptible de comprometer a la comunidad. Si esto es así el planteamiento tiene asidero legal.

Sin embargo hay razones para discutir la validez de este criterio. Señalemos una de derecho estricto. El Ordinal 1ro. del artículo 165 no tiene el alcance que se le pretende atribuir, toda vez que se trata de una norma programática destinada a establecer un principio general de conexidad necesaria entre un patrimonio ganancial, por una parte, y los actos jurídicos susceptibles de afectarlos económicamente, por la otra. Estos actos están expresamente señalados en los ordinales 22, 3s, 42, 52 y 6s del mismo artículo. De tal manera que el mencionado ordinal 12 no alude a una carga específica. Es más bien un marco teórico de general aplicación a todos los casos limitativamente enumerados en los restantes ordinales del comentado artículo 165. Los réditos e intereses vencidos, las reparaciones menores o de conservación, los gastos que acarree la administración de la comunidad, el mantenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes, así como los gastos para la administración de los ascendientes, pueden estar relacionados con obligaciones contraídas por el marido o por la mujer si estas obligaciones han sido con total apego a los requerimientos expresados en los ordinales que la contienen, estaremos en presencia de compromisos susceptibles de obligar a la comunidad. No serían ya simples obligaciones singulares del marido o de la mujer. Han adquirido las características necesarias para ser tenidas como reales cargas de la comunidad independientemente de que su nacimiento se deba a una conducta observada por uno cualquiera de los cónyuges sin el deliberado propósito de comprometer a la comunidad.

Para mayor abundamiento se ha dicho, que si el Legislador hubiese querido atribuirle al mentado ordinal 12 la misión de casillero sin fondo, no habría tenido necesidad de enumerar después un conjunto de cargas específicas, pues las mismas estarían incluidas dentro de aquel casillero. Resultando de una inutilidad evidente, tanto los ordinales restantes como el artículo 166 del Código Civil.

El peso de las objeciones formuladas han robustecido el parecer de quienes sostienen una opinión distinta. Sin aceptar que la presente responsabilidad es subsumible en el contenido del artículo 1.195, tendríamos que convenir también en la procedencia de la llamada contribución en la carga de la deuda patentizada en la acción que ha de ejercer el solvente en contra del otro deudor al requerirle, a su vez, el pago de la parte que fijará el Juez según la gravedad de la causa cometida por cada uno de ellos. Persigue esta acción una distribución equitativa del efecto resarcitorio entre todos los sujetos responsables, afectando, según el grado de culpa, los bienes privativos de cada sujeto obligado. De tal manera que la contribución en la carga de la deuda sólo se explica si cada deudor responde con sus propios bienes, o con la parte que le toca de los bienes comunes. No tendría justificación alguna si la reparación del daño se hiciese con cargos a los indiferenciados bienes de la comunidad; pues cualquiera sea el deudor querellado, el pago por él efectuado lesionaría igualitariamente el patrimonio de ambos cónyuges, sin tomar en cuenta la gravedad de cada falta. Esto no sólo inutiliza el ejercicio de la acción sino que también vulnera la forma prevista por el legislador para el cálculo de la contribución.

Los bienes comunes, salvo pacto en contrario, pertenecen de por mitad al marido y a la mujer. Si el resarcimiento ha de afectarlos, sin el señalamiento del cónyuge a quien pertenece la parte de los bienes comunes afectados, se debe entender que la reparación del daño modifica en partes iguales el patrimonio de cada uno de los cónyuges, y no es precisamente esto lo preceptuado por la Ley.

La segunda parte del artículo 1.195 señala, que quien ha pagado íntegramente la totalidad del daño, tiene acción contra cada uno de los coobligados por una parte que fijará el Juez, según la gravedad de la falta cometida por cada uno de ellos. Esta es la forma como el juzgador debe conducirse.

Sólo cuando le es imposible establecer el grado de responsabilidad de los coobligados, tendrá que hacer la repartición por partes iguales. De tal manera que la repartición igualitaria, cuya vigencia pretende imponer la tesis comentada, tiene apenas el valor de solución supletoria aplicable a los casos en que no es posible medir el grado de culpa correspondiente a cada deudor. Dos argumentos finales se han esgrimido en la defensa de esta última tesis. Uno, referido al alcance del artículo 167 del Código Civil, cuyo contenido señala que la responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en su parte de los comunes. Siéndolo así, tendríamos que admitir que la responsabilidad del padre no perjudica a la madre en su parte de bienes comunes, de igual manera como responsabilidad de la madre tampoco afecta al padre en su parte de bienes comunes. Por existir pluralidad de vínculos cada deudor solidario responderá con lo suyo, trátase de bienes propios estrictu sensu o con su parte de los bienes comunes. Esta forma de pago deja salvo la parte de bienes comunes correspondiente al deudor no requerido, la cual sólo es afectable cuando los bienes propios de éste no son suficientes para cubrir la contribución en la carga de la deuda, una vez que el solvens ejercite la acción correspondiente. Pero como es sabido, este es un recurso que sobreviene a la extinción de la obligación solidaria, y por ende no debe ser confundido con ella.

El otro argumento tiene una connotación práctica, relacionada con la restringida esfera dentro de la cual podría tener aplicación la tesis que ubica la indemnización del daño como una carga de la comunidad, pues es evidente que su eficacia se halla limitativamente referida a la preexistencia de una comunidad de bienes con contenido patrimonial, sobre la que pueda incidir el requerimiento indemnizatorio. Al faltar este presupuesto no podría la víctima obtener la reparación del daño. Aun cuando así lo hubiese ordenado una sentencia judicial, la ejecución del mandato no se podría materializar por la inexistencia de bienes gananciales. La víctima sufriría todo el efecto del daño inferido, no obstante que el padre y la madre del menor tuviesen abundantes bienes propios. La pretensión del dañado sería fácilmente burlado.

4.- La cohabitación del menor con el responsable civil.

La exigencia de la cohabitación tiene relación estrecha con el ejercicio de los poderes inherentes a la guarda. En efecto, cuando no se cumple este requisito los padres o tutores ven menguadas sus posibilidades de ejercer vigilancia efectiva del menor; la presunción de culpa personal no estaría, por lo tanto, justificada. Solamente con la cohabitación, señala-Messineo (9), surge la posibilidad de vigilancia.

El Código Civil venezolano es determinante al indicar la obligación del menor de hacer vida común con sus padres. Basta con leer el contenido de sus artículos 264 y 265 para percatarnos de la rigurosidad con que el Legislador Patrio trata lo concerniente a la residencia o habitación. Menos exigente ha sido el Legislador al regular dicha materia en relación al tutor. Observamos

que el Artículo 348, ejusdem, se limita a indicar que cuando el tutor no sea abuelo o abuela, el Tribunal, consultando previamente al Consejo de Tutela y oyendo al menor, si tuviere más de diez años, determinará el lugar en que deba ser creado éste y la educación que deba dársele. De tal manera que sólo los abuelos, en el papel de tutores, tienen facultad para decidir sobre la habitación del pupilo, no ocurriendo esto con los tutores desprovistos de dicha ascendencia, quienes seguramente tendrán, en algunos casos, que aceptar como morada del pupilo una habitación distinta a la de ellos, cada vez que el Consejo de Tutela con la eventual opinión del menor así lo decida.

La mayoría de los autores consideran que la cohabitación, supuesto de hecho de la responsabilidad, desaparece cuando el menor deja de hacer vida común con el responsable civil, aun en el caso de que éste conserve la guarda jurídica del autor material del daño. Empero, estimamos acertada la opinión de los hermanos Mazeaud (10) cuando indican la necesidad de que la no convivencia tenga un motivo legítimo. Si el hijo o el pupilo, sin razón valedera, ha abandonado la morada de su padre o de su tutor, éstos siguen estando obligados. La habitación conjunta no significa que el menor deba cometer el hecho ilícito en el interior de la morada común. El perjuicio puede ser ocasionado dentro o fuera de la casa; con o sin autorización del padre, de la madre o del tutor. En cualquier caso en que no se legitime el abandono de la habitación común se debe considerar que la marcha del menor obedece a una inexcusable violación del deber de vigilancia impuesto al responsable civil, y, por ende, él debe reparar el daño causado en tal circunstancia.

De ahí que la probanza de la habitación común por parte de la víctima no se debilita por el hecho simple de que el responsable civil alegue en su defensa el abandono material de la casa común por parte del menor. Es menester que tal alegato se encuentre fundamentado en un elemento de convicción que justifique dicho abandono, como lo sería, por ejemplo, el que el menor haya sido constreñido a prestar el servicio militar obligatorio.

IV.- Las Presunciones.

Cuando la víctima prueba los requisitos necesarios para la procedencia de la responsabilidad de los padres y tutores, la Ley presume que el civilmente responsable ha incurrido en una falta personal, en una culpa in vigilando. Pero también que esa culpa in vigilando es la causa del daño sufrido por la víctima. La presunción se extiende por ello al vínculo de causalidad y, por lo tanto, la víctima no está obligada a demostrar que el daño sufrida por ella y causado por el menor se debe a la falta de vigilancia de los padres o tutores. De tal manera que de los tres requisitos impretermitibles que, junto con el incumplimiento de la obligación preexistente, configura la responsabilidad civil especial, dos de ellos son presumidos por el Legislador: La culpa y la relación de causalidad. La víctima debe demostrar solamente el daño injusto padecido, extremo este satisfecho con la probanza del hecho ilícito cometido por el menor.

Sin embargo, la anterior consideración no es aceptada pacíficamente. Hay opiniones que sostienen la necesidad de probar la relación de causalidad entre la culpa presunta del responsable civil y el daño injusto sufrido por la víctima. En relación a esta opinión pensamos que quienes exponen este criterio no han advertido que la presunción de la relación de causalidad no obedece a una simple especulación teórica, sino que es más bien un dogma impuesto por la redacción que el codificador patrio le dio al artículo 1.190 del Código Civil. Si se ha aceptado unánimemente la presunción de la culpa personal in vigilando, ¿Cómo puede ahora establecerse que la víctima debe demostrar la relación causal entre aquella culpa presunta y el daño por ella padecido?.

Existe presunción de culpa pero, ¿presunción de culpa en qué?: lógicamente que la presunción de culpa en la producción del daño. La relación de causalidad como concepto jurídico es la vinculación teórica entre dos elementos sensibles. La relación de causalidad está formada tanto por esa atadura teórica como por los factores objetivos que se vinculan: Uno con el carácter de causa, el otro con el carácter de efecto necesario de la causa. De tal manera que no es posible concebir un vínculo causal sin una causa o sin un efecto, y en el caso que nos ocupa estimamos que mal quede dudarse sobre la existencia de la causa (culpa in vigilando) y del efecto (daño injusto). La causa existe en virtud de una presunción que nadie discute, y el efecto existe por fuerza de la probanza de que el hecho ilícito del menor se hace previamente al planteamiento de la presunción, pues si el hecho ilícito del menor no se hubiese demostrado con anterioridad no tendría sentido hablar de la responsabilidad del padre, de la madre o del tutor; y no está de más recordar que el daño configurativo del hecho ilícito del menor es el mismo daño umbilicado causalmente a la conducta de los padres o del tutor, y por el cual ellos han de responder.

De tal manera que constreñir a la víctima a probar la relación de causalidad, en la práctica significa obligarla a probar la culpa del civilmente responsable en la producción del daño injusto; cuestión que nos parece contradictoria, ya que se le estaría imponiendo la aprobanza de un elemento presumido por la Ley.

Ahora bien, si hemos considerado que la presunción de culpa y personal explica y justifica la presunción de la relación de causalidad entre el daño y la culpa presunta, se impone también aceptar que la presunción de culpa, por ser *juris tantum*, conlleva consecuentemente el desvirtuaje de la presunción del vínculo causal al faltar el elemento causa, el daño como efecto quedaría aislado de la conducta del padre, de la madre o del tutor. Así sucede por ejemplo, cuando la persona inicialmente tenida como responsable civil prueba que no ha podido impedir el hecho que ha dado origen a la responsabilidad. En principio esta defensa está dirigida a destruir la presunción de culpa personal del responsable civil, pero, su efecto se extiende más allá de este propósito y aniquila también la presunción de la relación causal. Por esta razón no compartimos la opinión de Eloy Maduro Luyando(11), cuando dice que: "...respecto a la presunción *juris tantum* del vínculo de causalidad jurídica, se le admite al civilmente responsable la prueba contraria, o sea la prueba de una causa extraña no imputable: a) Culpa de la Víctima, b) hecho de un tercero c) caso fortuito o fuerza mayor; d) hecho del príncipe. Al demostrar cualquiera de las circunstancias que constituyen la causa extraña no imputable, el demandado estará desvirtuando la presunción del vínculo de causalidad entre su propia culpa y el daño por el hecho ilícito del menor, para establecer una nueva relación de causalidad entre la causa extraña no imputable y el daño ilícito del menor".

Observamos que cuando Maduro deja entrever la posibilidad de alegar causales exonerativas como la culpa de la víctima o el hecho de un tercero parece olvidar que las presunciones de culpa y de relación causal presuponen la comisión de un hecho ilícito por parte del menor. Si el demandado demuestra que el daño injusto padecido por la víctima se debe a la intervención causal del hecho de un tercer o a la culpa de la propia víctima, ciertamente que no habrá responsabilidad de los padres o tutores, pero no porque se desvaneciera el vínculo causal entre una culpa *in vigilando* y el daño, sino porque el hecho ilícito del menor, presupuestos sin quanon de la responsabilidad, nunca llegó a producirse, ya que la víctima en virtud de lo alejado y probado por el demandado no logró demostrar que el daño por él sufrido se debió por la conducta del menor, y si no hay hecho ilícito del menor mal puede hablarse de una culpa del padre, de la madre o del tutor, mucho menos puede existir relación de causalidad entre una culpa inexistente y un daño producido sin intervención causal del menor.

Ludwig Enneccerus, sostiene que no hay conexión causal cuando la acción deba considerarse indiferente, según la experiencia de la vida, para la producción del daño; y creemos que cuando el presunto responsable demuestra no haber podido probar el daño, está probando precisamente que su comportamiento fue indiferente para la producción del perjuicio.

En conclusión, al probarse: la minoridad del autor material; la comisión del hecho ilícito por parte del menor; la relación de filiación, adopción o tutoría; y la cohabitación, se presumen ipso jure, y con carácter juris tantum, la culpa personal in vigilando del padre, de la madre, o del tutor, y la relación causal entre esa culpa personal presunta y el daño causado a la víctima. Y al destruirse la presunción de culpa personal porque el padre o la madre, o el tutor, prueba que no pudo impedir el hecho que ha dado origen a la responsabilidad se desvirtúa por esa misma razón la relación causal entre el daño y lo que en principio fue una culpa presunta, inexistente ahora debido a la prueba en contrario.

MECANISMOS DE DEFENSA

El responsable civil puede esgrimir en su favor no solamente que no pudo impedir el hecho que da origen a la responsabilidad, sino también las causales generales de exoneración y las pruebas contrarias a los requisitos a la responsabilidad civil que pudieran subsistir, no obstante la precedencia de las aludidas causales generales de exoneración. Las defensas del demandado las podemos concretar así:

1° Las causales generales de exoneración van dirigidas a probar que en el caso concreto no hubo por parte del menor comisión del hecho ilícito. Esto se logra demostrando algunos de los siguientes alegatos: a) que la víctima no probó la culpa del menor. La eficacia de esta causal tiene aplicabilidad cuando el menor posee discernimiento. Ningún interés práctico tendría su alegato cuando el autor material del daño carece de él, ya que es bien sabido que la responsabilidad de los padres o tutores subsiste aun cuando el autor del acto sea irresponsable por falta de discernimiento. Quien carece de discernimiento es inimputable, y al faltar la imputabilidad consecuentemente falta de culpabilidad. b) Que el daño fue originado por una causa extraña no imputable al menor, tal como ocurre cuando el maleficio se debe al hecho de un tercero, a la falta de la propia víctima, al caso fortuito o a la fuerza mayor. La demostración de una causa extraña no imputable establecerá la relación de causalidad entre el daño sufrido y el hecho del tercero, o la culpa de la víctima, o el caso fortuito o fuerza mayor; lo cual impide que en relación al menor se hable de un hecho ilícito.

Consideramos que si el hecho del tercero o la culpa de la víctima figuran con una participación concurrente con el hecho del menor, estas causales no han de producir la exoneración de la responsabilidad, sino que generan solamente una atenuación de ella en virtud de los mecanismos que ofrecen la compensación de faltas y la coautoría en el hecho ilícito, regulados en los artículos 1.189 y 1.195 del Código Civil.

2° La prueba contraria a los requisitos de la responsabilidad especial: si la víctima prueba definitivamente que el hijo o pupilo cometió el hecho ilícito, el demandado puede aun liberarse de la responsabilidad desvirtuando los alegatos que la víctima haga para probar la minoridad del hijo o pupilo, la relación de filiación, adopción o tutoría y la cohabitación.

3° Y, por último, puede el demandado, habiéndose probado los requisitos de la responsabilidad especial, demostrar que no pudo impedir el hecho que ha-dado origen a la responsabilidad. Esta defensa produce el efecto explicado al desarrollarse lo atinente a las presunciones.

V.- La coexistencia de responsabilidades.

La responsabilidad por el hecho ajeno tiene su justificación en la necesidad de procurarle a la víctima un máximo de posibilidades en la materialización del derecho a ser indemnizada. Con frecuencia el autor del daño, por su precaria situación, no puede hacer frente a la obligación de resarcir y, si él fuera el único responsable, la víctima tendría que padecer indefectiblemente todas las consecuencias negativas del perjuicio. Procurando evitar la injusticia que una situación similar a la anterior pudiera ocasionar, el legislador ha presentado ante la víctima a otro responsable. El dañado puede así ejercer una acción directa contra el padre, la madre o tutor; o bien accionar directamente contra el menor mismo, en tanto éste haya obrado con discernimiento (Artículo 1.186 del Código Civil). Esta previsión, como es fácil observar, impide que la víctima sea burlada por una eventual insolvencia del hijo o pupilo.

Ahora bien, si el propósito del legislador es el otorgamiento de una mayor seguridad a la víctima, tal cometido se logra con la indemnización del daño por parte del padre, de la madre o del tutor. De ahí que tan pronto como la indemnización se produzca, el responsable civil que ha reparado tiene la facultad para reclamarle al autor material del daño el reembolso total de lo pagado. Esta acción se da cuando el menor haya actuado con discernimiento, única hipótesis de coexistencia de responsabilidades; no concediéndose en los casos en que el discernimiento falta. Cuando el incapaz haya actuado sin discernimiento, los efectos negativos de la indemnización incumben íntegramente al responsable civil, y mucho menos que absorba la carga de la reparación.

CITAS

- (1) MAZEAUD y TUNC. "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Delictual y Contractual".
- (2) MADURO, Eloy. "Curso de Obligaciones", "Derecho Civil III".
- (3) MELICH, José. "Responsabilidades Civiles Extracontractuales".
- (4) MAZEAUD, Henry León y Jean. "Lecciones de Derecho Civil". (5) MELICH, José. Ob. cit.
- (6) DOMINICCI, Aníbal.
"Comentarios al Código Civil Venezolano".
- (7) MAZEAUD, Henry León y Jean. "Lecciones de Derecho Civil".
- (8) GIORGI, Jorge. "Teoría de las Obligaciones en el Derecho Romano"
- (9) MESSINEO, Francisco. "Manuel de Derecho Civil y Comercial"
- (10) MAZEAUD, Henry, León y Jean. "Lecciones de Derecho Civil"
- (11) MADURO, Eloy. Ob. cit