

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



TESIS DOCTORAL

**Responsabilidad civil extraobligacional por los actos ilícitos  
del sometido a la autoridad parental, (derecho costarricense)**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Jorge Luis Quesada Hidalgo**

DIRECTOR:

**Manuel Albaladejo García**

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5322941391

p. 32-

426

**Autor: JORGE LUIS QUESADA HIDALGO**

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRAOBLIGACIONAL POR LOS  
ACTOS ILICITOS DEL SOMETIDO A LA AUTORIDAD  
PARENTAL  
(DERECHO COSTARRICENSE)**

**DIRECTOR: Dr. Manuel Albaladejo García**  
Catedrático de Derecho Civil



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**Facultad de Derecho  
Departamento Civil**

**1980**

*A mi esposa María Yanory,  
por su estímulo y colaboración.*

# INDICE

## INTRODUCCION.-..... I

I. Justificación del tema.- II. Plan a seguir.- III. Agradeci-  
miento.- Notas bibliográficas.

## PRIMERA PARTE.- FUNDAMENTO DOCTRINAL Y JURIDICO DE LA RES- PONSABILIDAD CIVIL EXTRAOBLIGACIONAL POR LOS ACTOS ILICI- TOS DEL SOMETIDO A AUTORIDAD PARENTAL.-

### Capítulo I.- Fundamento doctrinal.-..... 1

1. Fundamento doctrinal. A) Planteamiento del problema.- B) Dere-  
cho Costarricense.- C) Construcción doctrinal atinente al fundamento -  
de la responsabilidad de los padres y tutores.- 1. Teoría clásica.- 2.  
Teoría del riesgo.- 3. Teoría intermedia.- D) Crítica a las apreciacio-  
nes precedentes.- E) De las antinomias y ficciones jurídicas de la teo-  
ría clásica.- 1. Calificación del hecho (ajeno) del hijo como hecho --  
propio del padre.- 2. Sobre el ligamen causal entre la conducta del pa-  
dre o tutor y el hecho del menor.- a) ¿Existe un nexo causal, efectivo,  
real y no presunto entre la conducta del padre y el hecho cometido por  
el menor? b) En relación al ligamen de causalidad apto para el resarci-  
miento del daño.- c) Confusión entre causalidad y culpabilidad.- F) O-  
tras contradicciones.- 1. El que vigila y educa no siempre es el pres-  
unto responsable.- 2. Derogación del principio de que no hay responsa-  
bilidad sin culpa.- 3. La culpa como causa excluyente de responsabili-  
dad y no como criterio de imputación.- 4. La presunción legal de culpa  
como invento reciente de la doctrina.- a) Antiguo Derecho Romano.- b)  
Epoca Clásica.- c) Derecho Justiniano.- d) Creación del Código Napole-  
ónico.- G) Conclusión.-

### Capítulo II.- Fundamento jurídico.-..... 47

A) Delimitación previa.- B) La autoridad parental y tutelar, ver-  
dadero fundamento.- C) La prueba liberatoria.- 1. Principio general.-  
2. Origen del contenido de la fórmula liberatoria.- 3. El objeto de la  
prueba liberatoria.- 4. Configuración autónoma de la prueba liberato-  
ria para cada uno de los padres.- 5. Forma de apreciar los poderes de-  
beres a efecto de la prueba liberatoria.- D) Conclusión de la 1º parte.

**SEGUNDA PARTE.- LOS LLAMADOS A RESPONDER Y LOS REQUISITOS  
DE ESTA RESPONSABILIDAD.-**

**Capítulo III.- Los llamados a responder.-..... 67**

I. Los llamados a responder.- A) Caracter excepcional de la responsabilidad por hecho ajeno.- B) Los padres.- 1. Breve introducción.- 2. Familia matrimonial.- a) Contenido incierto de la fórmula "los padres".(art. 1047 C. Civ.).- b) Sobre la forma en que deben responder ambos cónyuges.- 3. Responsabilidad en caso de divorcio, separación judicial y nulidad de matrimonio.- a) Disociación entre la guarda legal y la titularidad de la autoridad parental.- b) Cónyuges separados de hecho.- 4. Familia extramatrimonial.- a) Responsabilidad exclusiva de la madre.- b) Responsabilidad exclusiva del padre.- 5. Familia adoptiva.- C) Tutores o encargados.- 1. Regulación legal y fundamento de esta responsabilidad.- 2. La prueba liberatoria.- 3. Significado del término "encargados".- 4. La tutela de hecho.- 5. Responsabilidad por los actos ilícitos de los niños expósitos o abandonados; y menores acogidos en un establecimiento de asistencia social.- a) Situación antes de la declaratoria judicial de abandono.- b) Después de la declaratoria.- c) Situación de menor declarado administrativamente en abandono, pero no judicialmente.- 6. A propósito de la responsabilidad de los entes de asistencia social.- D) Conclusión: "Cuadro representativo de los llamados a responder".

**Capítulo IV.- Los requisitos de esta responsabilidad.-.... 127**

I. Los requisitos de esta responsabilidad. A) Observación previa.- B) Requisitos específicos.- 1. Existencia de un ligamen jurídico entre el responsable y el agente del daño.- 2. Que el daño sea ocasionado por un menor de edad.- a) La edad del menor.- i. Capacidad de actuar.- ii. Menor incapaz.- b) Algunas legislaciones extranjeras.- c) Conclusión.- d) Menor emancipado.- i. responsabilidad por los daños del menor emancipado en los distintos países.- ii. Derecho Costarricense.- iii. El hijo que contrae matrimonio sin el asentimiento de sus padres.- 3. El menor debe convivir con el responsable.- a) Significado técnico y avance de la expresión "que habiten en su misma casa" (art. 1047 C. Civ.).- b) Importancia del requisito de la convivencia.- c) Casos de cesación legítima de convivencia entre el responsable y el menor causante del daño.- i. Motivos legítimos.- ii. Motivos ilegítimos.- C) Requisitos genéricos.- 1. ¿Es necesario establecer el carácter culposo del hecho del menor?

**TERCERA PARTE.- EFECTOS.-**

**Capítulo V.-..... 181**

I. Ilícitud civil e ilícitud penal. A) Introducción.- B) Diferencias en orden legal y práctico entre ilícitud civil e ilícitud penal.- C) Efectos jurisdiccionales.- 1.- Evolución legislativa costarricense.- a) Aspectos teóricos generales que debemos recordar. i. Teoría clásica ii. Teoría positivista.- iii. Sistema de separación de acciones.- iiiii. sistema de acumulación de acciones.- b) Breve reseña histórica de nues

### III

tro actual régimen jurídico en cuanto al ejercicio de la acción civil.-  
i. Código de procedimientos penales de 1910.- ii. Código penal de 1941.  
iii. Código Penal de 1970.- iiiii. Código de procedimientos penales de  
1973.- c) Ley orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.- 2. Con-  
clusión.- D) Subordinación de la Instancia Civil a la Penal.- E) En re-  
lación al daño moral.- a) Escuela del Derecho Lesionado.- b) Escuela -  
de la consecuencia del acto ilícito.- 2. Resarcimiento del daño moral.-

II. El deber de indemnizar del inimputable. A) Planteamiento de  
la cuestión.- B) Antecedentes históricos.- 1. Corriente latina.- 2. Co-  
rriente germana.- C) Evolución legislativa de la responsabilidad del -  
nimputable.- 1. Código de Prusia.- 2. Código Civil Austríaco.- 3. Cód-  
igo alemán (B.G.B.).- 4. Código Federal Suizo de las obligaciones.- 5.  
Códigos del grupo latino.- D) Características esenciales de la respon-  
sabilidad del inimputable.- 1. Subsidiaridad.- 2. Discrecionalidad.-  
E) Justificación doctrinal del deber de indemnizar del inimputable.-  
1. Teoría del riesgo.- 2. Teoría de la responsabilidad como garantía.-  
3. Teoría de la culpa en sentido objetivo.- 4. La equidad como funda-  
mento.- D) Responsabilidad civil del inimputable en el derecho costa-  
rricense.-

BIBLIOGRAFIA.-..... 252

I. Libros.- II. Revistas.- III. Códigos Extranjeros.-

## INTRODUCCION

### I. JUSTIFICACION DEL TEMA.

Actualmente, tanto en la doctrina como en la legislación ex -  
tranjera se reconoce -sin discrepancia- que es necesaria una modi-  
ficación más o menos amplia de las normas reguladoras de la respon-  
sabilidad civil, generalmente de ascendencia romana.

En efecto, la doctrina jurídica tradicional, en materia de --  
responsabilidad civil, se ha encontrado totalmente dominada por el  
"*principio de la culpa*". Esta orientación hace su aparición en el Dere-  
cho Romano al sancionarse la *Lex Aquilia*, se mantiene a través de --  
los siglos durante el Derecho Justiniano y el "*jusnaturalismo*", para  
terminar concretándose en una fórmula jurídica modelo: el artículo  
1382 del Código Napoleónico.

Ya a finales del siglo pasado, sin embargo, se hicieron notar  
las limitaciones propias de la responsabilidad basada exclusivamen-  
te en la culpa. Las profundas transformaciones económicas y socia-  
les, así como la evolución de la responsabilidad civil hacia la i-  
dea de "*reparación*", pondrán de manifiesto la insuficiencia de la --  
culpa como fundamento del deber de indemnizar.

Esto trae como consecuencia que algunas legislaciones (p. ej.  
la italiana, 1942, la venezolana de 1942, la rusa de 1964 y la de -  
Portugal de 1966), tratando de entrar en contacto con las realida-  
des sociales vigentes, se decidieran a promulgar una serie de nor-  
mas tendentes a regular la responsabilidad civil en sus distintos

aspectos.

Hoy día, con el propósito de dar una solución aceptable y de algún modo definitiva a la necesidad de prevención y protección de las personas y bienes jurídicos frente a los innumerables daños -- que se producen, ha surgido en algunos países una tendencia avanzada, muy pujante, que pretende abolir ideas tan arraigadas como la culpa en sentido clásico y, en definitiva, desplazar, según su posición más extrema, la disciplina de la responsabilidad civil del Derecho Privado, en que ahora se encuentra, al Derecho Público, lo que implicaría al mismo tiempo abolir la imputabilidad y la responsabilidad individual o, al menos, dar a estos conceptos un sentido diferente al que han tenido hasta la fecha (1).

En el tema de la responsabilidad civil de los padres por los actos ilícitos del sometido a la autoridad parental --concretamente-- la reflexión filosófica ha llegado a puntos tan avanzados que algunos hablan ya de una "responsabilidad del Estado, subsidiaria respecto a la impuesta a los padres" en todas aquellas hipótesis en que triunfe -- el intervencionismo estatal en materia educativa. Se ha dicho, por otra parte, que puede deducirse una atenuación de la responsabilidad de los padres, pues en la sociedad cada uno puede imputarse una parte del mal causado por el hijo, incluida la víctima (2). Se postula, por último, ya la creación de un seguro obligatorio para cubrir estos riesgos, ya que hay que tener en cuenta que la mayor parte de los daños causados por los niños ocurren por accidente -- (3).

Ante toda esta evolución jurídica y doctrinal, en materia de

responsabilidad civil, ¿qué actitud ha adoptado el legislador costarricense?

Pese a las actuales previsiones del legislador costarricense en otros sectores del Derecho -por paradójico que parezca- en el ámbito de la responsabilidad civil se mantiene aferrado a una regulación decimonónica, notoriamente insuficiente para los días en que vivimos. En efecto, recientemente se han promulgado en nuestro país tres modernas legislaciones: en materia de familia, por Ley n° 5476 de 21 de Diciembre de 1973, se creó el Código de Familia, que entró en vigencia seis meses después de su publicación en el Alcance N° 20 de la Gaceta N° 24 del martes 5 de Febrero de 1974. En el campo penal, el 1 de Julio de 1975, entró en vigencia el nuevo Código de Procedimientos Penales, creado por Ley N° 5397 de 19 de Octubre de 1973. Por último, en el ámbito del derecho Administrativo, hace poco se sancionó una de las más modernas leyes con que cuenta nuestro sistema jurídico, nos referimos a la Ley General de la Administración Pública N° 6227 de 2 de Mayo de 1978. Todo esto sin mencionar -por lo extensa que se haría la lista- la proliferación legislativa fuera de los códigos, que pretende dar soluciones a los numerosos problemas que la tecnología y el progreso científico moderno han hecho repercutir en el ámbito del Derecho costarricense.

Por todo lo dicho anteriormente, del estado actual de las circunstancias jurídicas y sociales en que se encuentra nuestro Derecho, surge como una necesidad apremiante el poner al día las normas reguladoras de la responsabilidad civil. Esta inapelable ver-

dad es la que nos ha motivado a realizar la presente investiga --  
ción. En ella aspiramos a ofrecer una exposición -tan completa co-  
mo lo permitan las naturales limitaciones de espacio- de las actua  
les orientaciones en materia de responsabilidad civil de los pa --  
dres por los actos ilícitos del sometido a la autoridad parental.  
Y con este aspecto concreto de la responsabilidad civil como estan  
darte -a modo de idea de conjunto- trataremos de aclarar y sistema  
tizar numerosas cuestiones relacionadas con la responsabilidad ci-  
vil en general.

## II. Plan a seguir.

Con el propósito de dotar a la presente investigación de uti-  
lidad práctica, hemos decidido limitarla fundamentalmente, al Dere  
cho Costarricense. Sin embargo, siguiendo las actuales orientacio-  
nes metodológicas, recogemos en ella -con el fin de adaptarlos a -  
nuestro Derecho y sin pretensiones de aportación propia- estudios  
de autores extranjeros sobre algunos ordenamientos que pertenecen  
al mismo sistema jurídico que el Derecho Costarricense. Esto se de  
be, por un lado, a que nos encontramos ante un tema del que nada -  
se ha escrito -a no ser en forma accidental- en nuestra doctrina y,  
por otro, del que existen pocos, muy pocos, pronunciamientos con-  
cretos de nuestros tribunales de justicia.

Semejante vacío nos conduce y aboca a un planteamiento inicial  
que resulta obligatorio. Nos referimos, al examen detallado de las  
normas jurídicas que actualmente aluden a la responsabilidad civil  
en el Derecho Costarricense. Con dicho análisis pretendemos centrar

la atención del lector en la serie de insuficiencias de nuestra le  
gislación para resolver el problema de la responsabilidad civil por  
los actos ilícitos del sometido a la autoridad parental. Deficien-  
cias entre las que se presenta una bastante curiosa: allá donde to  
das las legislaciones europeas y americanas establecen una presun-  
ción de responsabilidad en relación a los padres por los daños pro  
vinientes de los actos ilícitos de sus hijos menores, la nuestra es  
omisa al respecto. ¿Se debe entender que se trata de *una responsabi-*  
*lidad de pleno derecho*, independientemente de cualquier falta (de edu-  
cación o de vigilancia) de parte de los padres?; o, por el contra-  
rio, ¿debemos pensar que todo se debe a un error de nuestro legis-  
lador y que en su voluntad estaba el ordenar una *responsabilidad sub-*  
*jetiva*, basada en una *presunción de culpa* por descuido de los padres,  
que admite prueba en contrario?. La solución de esta aparente anti-  
nomia se encuentra en el apartado "B", capítulo I, de la PRIMERA  
PARTE.

Después del análisis de las normas jurídicas y de sentencias  
o resoluciones que de algún modo aluden y se refieren al instituto  
de la responsabilidad civil de los padres -con el objeto de prepara-  
rar el terreno a nuestra tesis sobre lo que debe ser el fundamento  
jurídico de esta responsabilidad- ofrecemos un amplio estudio de to  
da la construcción doctrinal en torno al fundamento de la responsa-  
bilidad civil de los padres (teoría clásica de la culpa, teoría del  
riesgo, tesis intermedia).

Con el enfoque *De las antinomias y ficciones jurídicas de la Teoría -*  
*Clásica de la Culpa* concluimos el capítulo I, de la PRIMERA PARTE. No

hay en él un apartado dedicado *exclusivamente* a lo que la Historia - se refiere, sin embargo, con la finalidad única de demostrar que - la presunción legal de culpa es una invención reciente de la doctrina, en el último apartado del capítulo, recogemos estudios recientes de los historiadores del derecho, que en forma indirecta, ofrecen amplia luz sobre el proceso histórico de la institución desde el Antiguo Derecho Romano hasta la creación del Código Napoleónico.

Con la conjugación de ambos Derechos (Positivo y Científico), en el capítulo I, dejamos ya sentadas las bases necesarias para *demostrar* en el capítulo II, de la PRIMERA PARTE, lo que creemos debe ser el *verdadero fundamento jurídico* de la responsabilidad de los padres. En este capítulo hemos incluido lo referente a la *Prueba Liberatoria*; ya que pensamos que delimitar el objeto de la misma significa, en verdad, aclarar también los confines de la responsabilidad civil de los padres, pues la definición de las hipótesis en que un sujeto está exento de responsabilidad permite determinar, por exclusión o sea negativamente, los casos en que debe responder (4).

La SEGUNDA PARTE consta, al igual que la anterior, de dos capítulos. El primero de ellos, o sea el cap. III, está consagrado a determinar en forma sistemática quiénes son *los llamados a responder* por los actos ilícitos de los menores. Al final del mismo, a modo de conclusión, hemos elaborado un *Cuadro Representativo de los Llamados a Responder*. En la primera columna de éste se señala la posible *situación* en que se pueden encontrar tanto los padres como los hijos. Luego, en la segunda columna, de acuerdo con esa situación, se indica el llamado a responder. Por último, en la tercera columna se

señalan los artículos que sancionan esta responsabilidad. Veamos - un ejemplo: SITUACION (familia matrimonial); RESPONSABLES (el padre y madre, solidariamente); ARTICULOS (638, 1046, 1047, 1048 (2), C. Civ. y 138 C. Fam.).

El capítulo cuarto, de la SEGUNDA PARTE, está dedicado a los *requisitos de esta responsabilidad*. Considerando que la tarea del estudio del derecho no debe limitarse a una interpretación exegética de la ley, sino que debe ir más allá, nos hemos apartado aquí de la doctrina y jurisprudencia costarricense, las cuales, al referirse a los requisitos esenciales para exigir la responsabilidad sancionada por los artículos 1047 y 1048, párrafo 2º, del C. Civ., son unánimes en subordinar la existencia de tal responsabilidad a la concurrencia de dos requisitos, a saber: a) que los hijos sean menores de quince años, y b) que éstos habiten con sus padres. En vez de tales condiciones, hemos creído oportuno hacer una doble distinción: a) Si el daño lo causa un menor con capacidad natural de entender y de querer, la víctima del daño deberá probar los *requisitos específicos* de: relación jurídica entre el responsable y el agente; la minoría de edad del autor inmediato del daño; y la convivencia. Además, deberá probar, como *requisitos genéricos*: el daño, la culpa del agente inmediato, y el nexo causal entre ésta última y el daño. En cambio, b) si el daño lo causa un menor absolutamente incapaz de entender y de querer, la víctima deberá probar, a efectos de obtener la indemnización correspondiente, los mismos requisitos *específicos y genéricos* anteriormente citados, excepto la culpa del agente inmediato del daño.

Por último, con el capítulo quinto de la TERCERA PARTE concluimos nuestro estudio, ocupándonos en él de *Los Efectos* de la responsabilidad civil de los padres. Este capítulo es, sin duda, el más extenso y detallado de la presente investigación. Dividido en dos apartados (*Ilícitud civil e ilícitud penal* y *El deber de indemnizar del inimputable*) tienen cabida aquí aspectos tan importantes como el relativo a los EFECTOS (jurisdiccionales, subordinación de la instancia civil a la penal y en relación al daño moral) que se producen cuando el acto ilícito cometido por el menor lo es *simultáneamente* para ambos derechos (Civil y Penal).

Cerramos la exposición con un tema que no podía faltar y sin el cuál este trabajo hubiera quedado, ciertamente, incompleto. Nos referimos al *deber de indemnizar del inimputable*. En efecto, independientemente de que en la mayoría de los casos los hijos menores no suelen tener patrimonio propio (de aquí precisamente que se llame a responder a sus padres, tutores o encargados) es de suma importancia conocer las características (*subsidiaridad, discrecionalidad y responsabilidad atenuada por razones de equidad*) y el fundamento jurídico (*la equidad*) bajo los cuales, todos los códigos de la *corriente germánica* y algunos de la "*corriente latina*", obligan al menor inimputable a responder civilmente pese a su incapacidad natural de querer y entender.

### III. AGRADECIMIENTO.

Siendo éste un trabajo realizado gracias a la inapreciable ayuda que me ha brindado el tratadista español MANUEL ALBALADEJO

GARCIA, quiero hacer constar públicamente mi reconocida gratitud a dicho profesor. Mi agradecimiento también a la Corte Suprema de -- Justicia de Costa Rica, por haberme distinguido con una "Beca de - Estudios" durante dos años en España. De modo especial, a los Ma- gistrados, ULISES ODIO SANTOS y EDGAR CERVANTES VILLALTA, dos de - los juristas costarricenses que personalmente han influído -como - alumno primero y como Juez actualmente- en mi formación e inclina- ciones profesionales.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Cfr. SANTOS BRIZ, infra nota 4, cap. I, p.9.
- (2) Véase CARBONNIER, infra nota 3, cap. I p. 103.
- (3) SANTOS BRIZ, infra nota 4, cap. I, p. 14.
- (4) Cfr. MARCHETTI, infra nota 8, cap. I, p. 151.

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTO DOCTRINAL Y JURIDICO

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRAOBLIGACIONAL

POR LOS ACTOS ILICITOS DEL SOMETIDO A AUTORIDAD PARENTAL (1).

# C A P I T U L O I

## FUNDAMENTO DOCTRINAL

SUMARIO: 1. FUNDAMENTO DOCTRINAL, A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- B) DERECHO COSTARRICENSE.- C) CONSTRUCCION DOCTRINAL ATINENTE AL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES Y TUTORES.- 1. Teoría clásica.- 2. Teoría del riesgo.- 3. Teoría intermedia.- D) -- CRITICA A LAS APRECIACIONES PRECEDENTES.- E) DE LAS ANTINOMIAS Y FICCIONES JURIDICAS DE LA TEORIA CLASICA.- 1. Calificación del hecho (ajeno) del hijo como hecho propio del padre.- 2. Sobre el ligamen causal entre la conducta del padre o tutor y el hecho del menor.- a) ¿Existe un nexo causal, efectivo, real y no presunto -- entre la conducta del padre y el hecho cometido por el menor? b) - en relación al ligamen de causalidad apto para el resarcimiento -- del daño.- c) Confusión entre causalidad y culpabilidad.- F) OTRAS CONTRADICCIONES.- 1. El que vigila y educa no siempre es el presunto responsable.- 2. Derogación del principio de que no hay responsabilidad sin culpa.- 3. La culpa como causa excluyente de responsabilidad y no como criterio de imputación.- 4. La presunción legal de culpa como invención reciente de la doctrina.- a) Antiguo

derecho Romano.- b) Epoca clásica.- c) Derecho Justiniano.- d) cre  
ación del Código Napoleónico.- G) CONCLUSION.

## CAPITULO I

## FUNDAMENTO DOCTRINAL

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El día seis de junio de mil novecientos sesenta y seis, cuando R. P. G., de diez años de edad, regresaba de la escuela hacia su casa, sostuvo una reyerta con un compañero suyo tres años menor que él. Como consecuencia de la misma, el primero sufrió una lesión que le produjo una ceguera absoluta en el ojo izquierdo. Los Tribunales de Justicia condenaron a los padres del autor material del hecho a indemnizar a la víctima, como responsables civiles del perjuicio causado por su hijo.

La cuestión sobre el fundamento de la responsabilidad civil de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores pertenece a los más genuinos problemas de la vida jurídica. En efecto, la necesidad misma de explicar el por qué, en hipótesis como éstas, determinadas personas son llamadas a responder por un hecho que no han cometido, ha conducido a la doctrina científica a la elaboración de diversas teorías. Dentro de ellas, ocupando un lugar de privilegio, se encuentra la *Tesis Clásica de la Culpa*, según la cual, la responsabilidad de los progenitores para los actos ilícitos de sus hijos tiene su razón de ser en la presunción legal de que los

padres, o en su defecto el tutor, han incurrido ya en culpa *in vigilando* (2), ya en una culpa *in educando* o en ambas a la vez (3).

En el extremo opuesto, los allegados a la *teoría de la responsabilidad por riesgo* (4), ante la dificultad para fundamentar la responsabilidad de los padres en base a la idea de culpa, indican que se trata de una obligación de pleno derecho, independiente de cualquier falta de vigilancia o educación. Es decir, sustituyen el punto de vista interno de la culpabilidad por el punto de vista externo de la simple causalidad (5). Todo hecho, culposo o no, que cause un daño, obliga al autor a reparación, sin que haya que preocuparse de la cuestión de determinar si el autor del daño ha obrado bien o mal.

En una zona marginal a la teoría subjetiva, es decir, continúa a la objetiva, se ubican aquellas tesis que constituyen, en cierto modo, un *"battaglioni di punta verso la responsabilità oggettiva"* (6). Para sus seguidores, los padres responden por los daños de sus hijos por una culpa *in vigilando*, pero esta se halla *rebasada, prolongada*, por una idea de *garantía*. Es decir, sin negar abiertamente la teoría clásica de la culpa, se camina hacia la idea de responsabilidad objetiva, de ahí su denominación de tesis intermedia o *"tierra de nadie"* (7).

Toda esta elaboración doctrinal ha llevado a la desfiguración de principios fundamentales. La doctrina clásica, por ejemplo, ante la exigencia de reconducir las hipótesis de responsabilidad indirecta al principio de la culpa, califica el acto ilícito del hijo (hecho ajeno) como *hecho propio* del padre; realza como presunto

el nexo de causalidad entre la conducta del padre y el hecho ilícito del menor, allá donde muchas veces no existe del todo, donde algunas veces aparece como dudoso o difícilmente demostrable; v.g., aquellos casos en que se quiere encontrar y demostrar la existencia de la relación de causalidad entre la negligente educación del padre y *determinado* hecho ilícito del menor (8).

Estas contradicciones, y otras más que se indicarán (véase *infra* p.13), llevarán al lector al convencimiento absoluto de que --ninguna de las tesis señaladas explica el *verdadero* fundamento de la responsabilidad de los padres y tutores. El cual debe buscarse --en nuestra opinión-- en algún aspecto que la ley considere *esencial*, que a diferencia de la culpa o del riesgo, concurra siempre que --es requerida la responsabilidad de los padres o tutores por el acto ilícito del sometido a la autoridad parental o tutelar.

Es en la *relación jurídica* existente entre el responsable y el agente (autoridad parental y tutelar), y más concretamente, en los poderes y deberes que de ella derivan, que debe hallarse la razón justificativa o el fundamento de la responsabilidad de los padres y tutores. Se responde en consecuencia, por el daño procedente del hijo o del pupilo, no simplemente porque se es padre o tutor, sino porque como tales se tiene el poder de *dirigir* la conducta de aquellos, a fin de evitar que de ella derive un daño (9).

A la demostración de esta hipótesis general dedicaremos la --PRIMERA PARTE de la presente investigación. En el primer capítulo, después de un breve análisis de las principales normas jurídicas --que regulan la responsabilidad civil de los padres en el derecho --

costarricense, trataremos de demostrar, una a una, las contradicciones en que han incurrido los partidarios de la teoría del riesgo, los de la tesis clásica de la culpa, y los de la tesis intermedia. Luego, en el segundo capítulo, expondremos lo que creemos debe ser el verdadero fundamento jurídico de la responsabilidad civil de los padres y tutores por los actos ilícitos del menor.

#### B) DERECHO COSTARRICENSE.

El artículo 1045 del Código Civil regula el principio general de responsabilidad civil por hecho propio. Este, al igual que acontece en la mayoría de sistemas jurídicos que se cobijaron con el modelo francés de 1804, reposa en la idea de culpa.

En el párrafo primero del artículo 1048 del Código Civil se ordena la responsabilidad de los directores de colegios o escuelas y de los amos, por los daños que causen sus discípulos y criados. El apartado segundo permite que los llamados a responder puedan liberarse probando *que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria* (10).

En forma un tanto escueta, en un sólo artículo se disciplina la responsabilidad de los padres y, en su defecto tutores o encargados, por los daños que causen sus hijos o pupilos menores de quince años que habiten con ellos (*Cfr.* art. 1047 C. Civ.).

De las normas transcritas cabe observar dos cuestiones de suma importancia para arribar al verdadero fundamento de la responsa

bilidad de los padres y tutores. En primer término, donde por regla se instituye que sólo se responde por hecho propio (Cfr. art, 1045 C. Civ.), el legislador reclama la responsabilidad de unas personas (padres, tutores o encargados) por el hecho de otras (hijos o pupilos). Seguidamente, allá donde la mayoría de las legislaciones europeas (11) y americanas (12) establecen una presunción de responsabilidad en relación a los padres por el hecho ilícito de sus hijos menores, la nuestra es omisa al respecto.

La primera ambigüedad la atenderemos más tarde. Por ahora, - interesa determinar cuál fue la voluntad del legislador al alejar se de sus modelos (C. Civ. Fra. 1804 y Proyecto de García Goyena de 1851) y regular en forma *separada* y no *conjunta* la responsabilidad de los padres y directores de colegios o maestros; y sobre todo: ¿Por qué se ordena una presunción de responsabilidad para estos últimos y no en cuanto a aquellos?

En lo tocante a este particular, el parecer del exégeta se encuentra dividido. Según TREJOS (13), tal y como está regulada - actualmente la responsabilidad de los padres, se debe entender -- que se trata de *una responsabilidad de pleno derecho*, independiente de cualquier falta (de educación o de vigilancia) de parte de los padres. Ello es así -según su conjetura- porque el común de la doctrina y legislaciones que sirvieron de patrón al Código Civil de 1888, a diferencia de éste, permiten a los padres *expresamente* eximirse de toda responsabilidad probando que ellos no han podido impedir el hecho que da lugar a ésta; el nuestro, en cambio, *ni ex*-*presa*, *ni implícitamente* hace semejante excepción.

En sentido contrario, la Sala de Casación estima que la forma ción actual del art. 1047 C. Civ., podría inducir a creer que se trata de una responsabilidad que se impuso a los padres por el sólo hecho del vínculo de sangre, y con la idea de asegurar la reparación del daño; pero que es erróneo atribuir esos alcances al antedicho precepto. En su sentir, lo que se ordena es *"una responsabilidad subjetiva, basada en la presunción de culpa por descuido de los padres, - que admite prueba en contrario, al igual que ocurre con los jefes de colegios o escuelas, según el artículo 1048, párrafo segundo del Código Civil; y es obvio -continua- que no podría haber otra interpretación por el hecho de que el le gis lador no usara una fórmula más categórica en el artículo 1047, pues el principio está implícito en esa regla, y su texto debe interpretarse en armonía con la doctrina que sirve de fundamento a la responsabilidad de los progenitores" - (14).*

Para resolver esta aparente antinomia, es preciso referirse, - primordial y básicamente a la tradición histórica que informa el - sistema. En efecto, el Título II, "Delitos y Cuasi-delitos" de nuestro actual Código Civil, fue extraído por el legislador del Código Napoleónico de 1804 y del Proyecto de García Goyena de 1851 (15). Am bos ejemplares reglamentan *conjuntamente* la responsabilidad de los - padres y aquella de los jefes de colegios (maestros), denotando al mismo tiempo una sola presunción, para una y otra responsabilidad.

Su sistematicación conjunta no fue casual. El legislador de - aquella época consideraba que el maestro era un *continuator* de la - autoridad paterna sobre el menor, que su poder era consecuencia de una delegación *ex lege* de los poderes del padre, y que por esa ra-

zón, se debía establecer su responsabilidad, existiendo entre el profesor y el alumno una relación *casi idéntica* a la del hijo y el padre (16).

Aún hoy día, el Código Civil Español, al igual que otros (17) regula colectivamente el deber de los progenitores y los maestros o directores de artes y oficios, respecto a los perjuicios causados por sus hijos, alumnos y aprendices, erigiendo para ambas hipótesis una idéntica presunción de responsabilidad (Cfr. art. 1903, párrafos 2, 6 y 7 C. Civ. Esp.).

Por su parte, el art. 1384 C. Civ. Fra. ha sido objeto de dos retoques después de 1804; uno y otro se refieren a la responsabilidad de los maestros por el hecho de sus alumnos. El primero fue realizado por ley del 20 de Julio de 1899: el artículo 1, que agregaba un párrafo al art. 1384 C. Civ. Fra., sustituía con la responsabilidad del Estado la de los maestros públicos; la segunda reforma se debe a la ley del 5 de Abril de 1937. Esa ley, que modificó el artículo 1384 del citado código, *suprimió la presunción de responsabilidad sobre los maestros* que había establecido el legislador de 1804: en lo sucesivo, la víctima del daño causado por un alumno estaba obligada a probar la responsabilidad del maestro a quien le pedía la reparación. Antes de la ley del 5 de Abril de 1937, el precepto estaba redactado como sigue: *"La responsabilidad precedente tiene lugar, a menos que el padre y la madre, los maestros y los artesanos, prueben que no han podido impedir el hecho que ha dado lugar a esa responsabilidad"* (18).

Si nos ajustamos a los antecedentes, cosa lógica en estos casos, es inadmisibile concebir que el legislador costarricense de --

1888 haya querido establecer una presunción de responsabilidad respecto a los directores de colegios y no en relación a los padres. Nótese, que en este asunto la evolución ha sido a la inversa. El Código Francés, al igual que todas las legislaciones americanas y Europeas que se sirvieron de éste como arquetipo, han mantenido la presunción legal de responsabilidad respecto a los padres, y al contrario, algunas la han abolido respecto a los maestros, v.g., el Código Francés, por ley de 5 de Abril de 1937. Por eso, sólo forzando el marco de referencia histórico que informa nuestro régimen de Derecho Civil, se podría especular que en la inteligencia del legislador predominó la idea de regular *separadamente* ambas responsabilidades, con el designio de excluir la presunción legal respecto a los padres y no en orden a los jefes de colegios o escuelas.

Entendemos -al igual que CORSARO- (19) que actualmente ambos tipos de responsabilidad (padres y maestros) poseen su propia autonomía, y que no podemos seguir bajo el prejuicio de que el maestro es un *continuidador* de la autoridad del padre. Asimismo que entrambos especímenes existen una serie de diferencias: la alternatividad o concurrencia de la responsabilidad del padre y del maestro; responsabilidad de este último por los hechos del alumno mayor; los límites de la responsabilidad de uno y otro; la diferencia de poderes -deberes que tienen los dos, etc-. Sin embargo, a los fines que aquí interesan, esa disfrazada autonomía en nuestro régimen, continuará siendo más aparente que real, puesto que en ningún momento estuvo en el intelecto del codificador separarlas, y mucho menos, eliminar la presunción de responsabilidad respecto a los padres, -

tutores, o encargados.

Superada esta aparente contrariedad, en lo sucesivo, y para mayor entendimiento en la *fattispecie*, la responsabilidad de los padres tutores o encargados deberá entenderse regulada -a nuestro entender- de la siguiente forma: "*Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres son responsables los tutores o encargados del menor*". Hasta --- aquí, el 1047 C. Civ.; seguidamente debe añadirse el segundo párrafo del art. 1048 C. Civ.: "*...cesará la responsabilidad de las personas dichas, si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria*".

#### C) CONSTRUCCION DOCTRINAL ATINENTE AL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES Y TUTORES.

En forma un tanto esquemática, a efecto de una mayor claridad expositiva, reduciremos a tres las soluciones admitidas ordinariamente por la doctrina para fundamentar la responsabilidad civil de los padres y tutores ante el posible evento dañoso del menor.

##### 1. Teoría clásica.-

La doctrina clásica suele señalar que la responsabilidad de los padres o tutores por el hecho ilícito de los menores que habitan con ellos tiene su razón de ser en una presunción legal de que el padre, la madre, o en su defecto el tutor, habrían incurrido a su vez, en una falta personal. Esta presunta falta personal, según la opinión de algunos (20) consiste simplemente en una falta de vi

gilancia (culpa *in vigilando*). Otros (21), suman a la falta de vigilancia, la falta del deber de educación respecto al menor (culpa *in educando*).

## 2. Teoría del riesgo.-

Ciertos autores (22), por su parte, antes de construir la responsabilidad de los padres sobre presupuestos exclusivamente subjetivos, deciden abandonar la tesis clásica de la culpa colocándose en el extremo opuesto de la responsabilidad por riesgo. Con arreglo a su criterio, se trata de una *responsabilidad de pleno derecho* independiente de cualquier falta (de vigilancia o de educación) de parte de los padres. Puesto que, si bien estos juegan un papel fundamental en la educación y vigilancia de los hijos, ese rol es limitado: los padres están cada vez más cautivos por sus tareas profesionales; los hijos, a partir del momento en que crecen, están sometidos a influencias diversas, en la escuela y fuera de la escuela, y esas influencias son a menudo preponderantes; por eso, -- los padres deben responder civilmente de los daños que acarrear -- sus hijos en base a la idea de solidaridad familiar (23).

Dentro de esta misma línea de pensamiento, otros (24), ante la dificultad para instituir la responsabilidad de los padres en base a la idea de culpa, acuden al argumento de la responsabilidad por *garantía*. A su juicio, el llamado a rearcir el daño culposamente causado por otro, se obliga no por su propia culpa (más que *presunta*, reconstruida, es decir no real) sino porque el ordenamiento jurídico *añade* a la obligación del autor del daño, y para mejor garantía de las eventuales víctimas, la obligación de ciertas perso-

nas que por encontrarse en una especial relación con él deben responder de sus actos. Esto es, aquél que responde por el hecho ajeno, no responde por *débito propio* sino por *débito ajeno* y su responsabilidad es pura responsabilidad sin débito propio, es decir, pura *rispondenza* o *garanzia* por deuda de otro (25)

### 3. Tesis intermedia.-

Por último, en una zona neutral se encuentran aquellas doctrinas que representan -para emplear una expresión de BONVICINI- un "*tertium genus*" intermedio entre las teorías de la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad subjetiva. Cabe recordar en este sentido a MAZEAUD y LUNG, para quienes a la idea de culpa se agrega una idea de garantía, destinada esencialmente a obligarle al padre de familia a una gran vigilancia. "*Ciertamente* -escriben estos tratadistas- *la idea de culpa es el fundamento principal de la responsabilidad, y por ello se admite que el padre pueda efectuar cierta prueba en contrario; pero se halla rebasada, prolongada en cierto modo, y porque la responsabilidad se basa asimismo parcialmente sobre una idea de garantía, la jurisprudencia relativa a la prueba que deberá presentar el padre para conseguir una exención de responsabilidad, es en realidad bastante fluctuante*" (27)

### D) CRITICA A LAS PRECEDENTES APRECIACIONES.

De las tres soluciones adoptadas por la doctrina, ninguna conduce al auténtico fundamento jurídico de la responsabilidad de los padres. En contra de la teoría del riesgo, creemos con DE CUPIS, - que no basta sólo con mantener que las razones que han determinado la inversión de la carga de la prueba tienen un carácter objetivo

(28), si luego no se especifica el significado de esta afirmación. Es decir, una vez rechazada la culpa como causa de imputación de la responsabilidad, es preciso reemplazar este criterio por otro que no sea el sustancialmente negativo, que nada o muy poco expresa, de *objetividad o falta de culpa*. "Y no cabe objetar, creyendo que con ello se supera la imprecisión de la fórmula *responsabilidad sin culpa*, que su fundamento se encuentra en la creación del riesgo: el principio *ubi conmoda et ibi incommoda* puede servir como justificación satisfactoria al desplazamiento de la carga del daño en los supuestos en que éste se ha originado a consecuencia de una actividad peligrosa cuyo ejercicio reporta una utilidad a su titular, pero es por completo inadecuado cuando, como en nuestro caso, no concurren ni el riesgo ni el correlativo beneficio" (29).

Por otra parte, de acuerdo a la naturaleza y características de la responsabilidad indirecta, creemos inútil hacer la confrontación entre *garantía de un lado y responsabilidad indirecta de otro*. Es muy manifiesta la diferencia. La garantía puede nacer también de la --convención y someter al fiador o garante a responder, ora solidaria, ora simplemente, de una obligación no suya. Por el contrario, únicamente en *la ley* se encuentra el fundamento de la responsabilidad indirecta. Sólo cuando el autor inmediato del hecho ilícito --sea también responsable *personalmente*, será posible ver nacer de la responsabilidad indirecta efectos análogos a la *garantía solidaria*, porque ambas personas están consideradas como *solidariamente* responsables con respecto al perjudicado (30).

En el mismo sentido, CHIRONI -simpatizante de la tesis clásica de la culpa- se pregunta si en la responsabilidad por hecho aje

no puede tener lugar la responsabilidad por riesgo "*más propiamente - la llamada garantía*". En su concepto, la respuesta debe ser negativa, puesto que la responsabilidad por hecho ajeno consiste enteramente en la obligación de vigilar, y el presunto defecto de vigilancia - debida es lo que produce la obligación de reparar el daño que com tió otro.

Por consiguiente -continúa- si existe la posibilidad de que - el presunto responsable presente prueba para demostrar que vigiló como debía, es decir, para que se elimine la culpa presunta en él, y en seguida decimos que el responsable por hecho ajeno lo es en - forma *objetiva o garantía*, no tendría razón de ser la prueba de la fal ta de culpa; "*así que en esta parte de la ordenación no puede nunca tener lu gar el concepto de responsabilidad sin culpa*" (31).

Refutada la hipótesis de la responsabilidad por riesgo como - fundamento de la responsabilidad de los padres, con mayor entereza se debe soslayar la tesis intermedia o "*tierra de nadie*". Si bien es cierto, esta representa con mayor desenvoltura y sensibilidad - el dato real (32), no resuelve el fondo del problema. Agregar, --- "*que la responsabilidad de los padres por su presunta culpa se duplica con cier ta obligación de garantía*", para, seguidamente, mantener que la culpa se halla "*rebasada*" -superada, diríamos nosotros- por una obliga -- ción de garantía, es incurrir en el mismo despropósito reseñado en la teoría del riesgo. En efecto, se podría exhortar en su contra - la misma censura indicada a propósito de la tesis del riesgo, porque si existe la posibilidad de que el presunto responsable presen te prueba liberatoria para demostrar que vigiló y educó como debía,

es decir, para que se elimine la culpa presunta en él; y luego se dice que el responsable por hecho ajeno lo es por garantía, no tendría razón de ser la prueba de la falta de culpa.

Fuera de eso, pensar que la culpa se encuentra rebasada por una obligación de garantía, pero sin negar su función como fundamento de la responsabilidad, convertiría en responsables a los padres incluso después de haber dado prueba de la ausencia de culpa. (33).

Por último, aparte de las graves dudas sobre su validez y utilidad jurídica arriba subrayadas, es ya muy sintomático que ciertos autores que se pronuncian en su favor no hayan logrado sino -- simples formulaciones de carácter descriptivo, sin especificar en qué sentido tales supuestos representan un *tentium genus* intermedio entre los dos principios de la culpa y el riesgo (34).

Rebasadas las hipótesis del riesgo y la teoría intermedia, podríamos pensar que el verdadero fundamento se encuentra en la teoría clásica de la culpa. Pero no opinamos de ese modo. En realidad, la tendencia a explicar la responsabilidad de los padres con los principios de las tres teorías nombradas, ha conducido a evidentes deformaciones de conceptos elementales; siendo esta situación más palpable -como se verificará- en la doctrina elaborada por los escritores que pertenecen a la corriente tradicional, en quienes se acrecienta el esfuerzo interpretativo a base de una idea de culpa que todavía domina el campo (35).

E) DE LAS ANTINOMIAS Y FICCIONES JURIDICAS DE LA TEORIA CLASICA.

1. Calificación del hecho (ajeno) del hijo como hecho propio del padre.

La exigencia de reconducir las hipótesis de responsabilidad indirecta al principio de la culpa ha hecho sentir sus propios efectos, ante todo, sobre la calificación del hecho jurídico apto para hacer surgir la responsabilidad aquiliana como hecho propio del sujeto que es llamado a responder (36).

DE CUPIS, por ejemplo, señala que "... se responde del daño causado por el hecho de un tercero, si bien en cuanto tal hecho, se ha fundado en otro hecho propio, por la razón decisiva de que es el comportamiento propio el que lo ha hecho posible mediante una omisión; por tanto, en definitiva, se responde por hecho propio del daño indirectamente causado por uno mismo"

Para este autor -igual que los demás defensores de la teoría clásica de la culpa- el hecho productivo del daño viene, por consiguiente, calificado como *propio* del padre, tanto en la hipótesis de que el hecho haya sido cometido por él, como en el caso de que el hecho haya sido cometido por el hijo, pero causado por el padre. "Por tanto, hecho propio y hecho ajeno determinado por hecho propio, son para estos autores una misma cosa" (38).

En nuestra opinión, tal forma de calificar el hecho del padre, no es más que el fruto de una *contaminatio* entre el concepto de hecho propio y el concepto de *hecho ajeno causado por hecho propio*. En efecto, entre esas dos ideas existe la misma sustancial diferencia que se presenta entre el concepto de acción y el de evento.

Mientras el hecho propio puede identificarse con la acción u omisión del responsable, tal y como se deduce de las expresiones usadas por la norma que tal responsabilidad disciplina (Cfr. Art. 1045), el hecho (ajeno) causado por el hecho propio, representa la consecuencia de éste último, y debe por tanto, configurarse como el evento que con esta acción se consigue (39).

En otras palabras, el hecho de otro no llega a ser nuestro -- porque nosotros hayamos, de cualquier modo, influido sobre su verificación; tal hecho queda solamente hecho de otro causado por hecho nuestro. Por ejemplo, un menor logra herir a otro lanzándole una piedra; podrá traerse a consideración, a los fines de responsabilidad, la conducta de los padres, pero aún cuando se logre encontrar una negligencia en este último en cuanto a la vigilancia (o a la educación), y un ligamen causal entre su conducta y la del menor, el lanzamiento de la piedra quedará para siempre como hecho del menor, no un hecho propio del padre, aunque éste por su conducta pueda haberlo, en cierto modo, ocasionado. Por ello, el padre podrá ser considerado responsable del daño, pero por un hecho ajeno (40).

## 2.- Sobre el ligamen causal entre la conducta del padre o tutor y el hecho del menor.

a) ¿Existe un efectivo, real y no presunto o ficticio, nexo causal entre la conducta del padre y el hecho cometido por el menor? (41). Los autores de la doctrina clásica de la culpa no se plantean más el problema del nexo causal entre la conducta del padre y el hecho del menor. Ellos lo han resuelto y superado ya mediante la presun-

ción de que la culpa del responsable -consistente en la mayoría de los casos, en un defecto de vigilancia (o mala educación)- constituye una de las causas del daño, porque sin ella ésta no se habría verificado, en cuanto es normal que faltando la vigilancia (o educación) debida de parte de aquellas personas que son llamados a -- responder, un daño sea causado por quien está sujeto a la vigilancia (42).

No se puede realzar como presunto el nexo causal entre la -- conducta del padre o tutor y el hecho del menor. Constantemente se presentan situaciones donde tal nexo no existe; casos en que aparece como dudoso o difícilmente demostrable. Por ejemplo, cuando se quiera encontrar y demostrar la existencia de la relación de causalidad entre la *negligente educación* del padre y *determinado* hecho ilícito del menor, "*pues aún reconociéndose, como observa MARCHETTI, el in - flujo negativo de la mala educación sobre la personalidad del menor, es muy difícil reconocer en ésta el antecedente necesario de un determinado hecho ilícito. Si así fuese, ¿por qué no ampliar entonces la responsabilidad del padre incluso a los daños ocasionados por el hijo mayor de edad?*" (43).

Por otra parte, a la culpa (*in educando* o *in vigilando*) del padre no sigue siempre inevitablemente una conducta productiva de daños; y a la inversa, un proceder legítimo del padre (buena educación y exceso de vigilancia), no sobreviene forzosamente un comportamiento lícito y no productor de daños de parte del menor. Es decir, -- perfectamente se puede originar el daño sin que nada pueda repro-- charse, en términos de culpabilidad, al llamado a responder por el hecho ajeno (44).

Si con lo anterior no basta para rechazar la idea de presumir un nexo causal entre la conducta del padre y el hecho del hijo, -- existe un argumento de carácter legal, que despeja cualquier duda al respecto. En efecto, mientras que en la norma fundamental que sanciona la responsabilidad por hecho propio, hay una alusión inequívoca al nexo causal entre el comportamiento del (agente) responsable y el hecho dañoso (así, art. 1045: "*Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño...*"), esta referencia falta en el art. 1047 C. Civ., que se limita únicamente a declarar la responsabilidad de determinadas personas para los hechos de --- otros. Una simple lectura del precepto basta para comprobar que el vocablo "*causado*" que emplea el legislador sólo se refiere al nexo causal entre el agente material y el daño; y no a la causalidad entre el evento dañoso y la conducta del responsable (45).

De aquí que presumir (crear en realidad) la existencia de ese vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el comportamiento -- del responsable signifique introducir una *fictio iuris* las más de -- las veces, contraria a la realidad, y, recordemos, no prevista por la ley. Por consiguiente, y de conformidad con todo lo que viene -- dicho, si no se considera esencialmente necesario que la conducta de los responsables (padres o tutores) haya determinado la del a -- gente (hijo o pupilo), forzoso es concluir, que no es la culpa, -- (*in educando* o *in vigilando*) por parte de aquellos la cusa jurídica re -- levante en orden al nacimiento de su responsabilidad. (46).

b) En relación al ligamen de causalidad apto para el resarcimiento del daño. El ligamen de causalidad *mediata* establecido entre la --

conducta del responsable y el daño causado inmediatamente por el menor, no es suficiente para justificar la obligación de resarcimiento conforme lo ordenado por el artículo 704 C. Civ. (47).

En efecto, reglamentado por el legislador (48) y confirmado en su día por la jurisprudencia (49), el resarcimiento del daño está limitado a aquellos que son consecuencia "*inmediata y directa*" del hecho que lo ocasiona. A contrario sensu, se excluyen del resarcimiento aquellos daños que provengan como consecuencia *mediata* o *indirecta* del hecho ilícito. Si esta conclusión es exacta, el ligamen causal entre la conducta del responsable (padre o tutor) y el hecho ilícito del menor -que es un vínculo de causalidad *mediata* - no es idóneo para hacer surgir el deber de resarcimiento de acuerdo con el principio de causalidad sancionado por nuestra ley civil para justificar tal acción (50).

Se ha dicho por algunos, a efectos de superar esta contrariedad, que no puede negarse valor *sic et simpliciter* a la causalidad *mediata*, ni debe efectuarse una interpretación literal del artículo 704 C. Civ. en sentido de limitar la responsabilidad a los daños inmediatos y directos (51). Asimismo se ha expuesto, que el fin de la norma precitada es sólo aquél de significar que la obligación de resarcimiento no debe ser ilimitada. Es decir, que el propósito del legislador es el de fijar un simple criterio de moderación.

Creemos que el fin de la norma no es sólo el de significar que la obligación de resarcimiento no debe ser ilimitada. Al contrario, dicho precepto legal lo que hace es delimitar, en modo exacto, el ámbito del daño resarcible y, correlativamente, excluir el

resarcimiento de aquellos que no se derivan del hecho del responsable en modo inmediato y directo. Por otra parte, los términos inmediato y directo, que parecen repetir con energía el mismo concepto, son en efecto tales de hacer excluir que el legislador tuviera en mente tan sólo un simple criterio de *moderación* a fines del daño resarcible: moderación que debe confiarse, en definitiva, al poder discrecional del juez (52).

En suma, como observa MARCHETTI, *dichos términos, al contrario, introducen un criterio rígido, definido, tales de impedir interpretaciones subjetivas -tan fáciles en esta debatida materia- sobre la relación de causalidad jurídica que debe ligar la conducta al evento*" (53).

c) Confusión entre causalidad y culpabilidad.- La tendencia de la doctrina clásica a explicar con el principio de la culpa la hipótesis de responsabilidad de los padres y tutores, conlleva no sólo a la necesidad de calificar el hecho ajeno como hecho propio y a unir con el nexo causal la conducta del responsable al evento dañoso, sino también a confundir, en ciertos casos, los conceptos de *causalidad y culpabilidad*.

De acuerdo con los postulados de la teoría criticada, cuando un menor comete un acto ilícito el legislador presume la culpa del responsable civil y, al mismo tiempo, la existencia de un vínculo causal entre su conducta y el daño. Es decir, que la presunción va más allá de la culpa abarcando igualmente la causalidad; pues, --- obligar a la víctima a probar ese nexo causal sería forzarla -en opinión de MAZEAUD- a demostrar indirectamente la misma realidad de la culpa.

Puesto que, "*¿cómo demostraría (la víctima) que una falta de vigilancia o mala educación han causado el daño de que se queja, sin probar por eso -- mismo que ha habido falta de vigilancia o mala educación? Al demostrar, por ejemplo, que, si no hubiera habido falta de vigilancia, el hijo no se habría podido escapar, se demuestra necesariamente que ha habido falta de vigilancia; la prueba del vínculo de causa a efecto necesita la de la culpa. La víctima --concluye el citado jurista-- por estar dispensada de probar la culpa, debe estar dispensada, pues, de probar el vínculo de causalidad*" (54).

Tal forma de razonar --a nuestro entender-- no es más que la --confusión entre los conceptos de causalidad y culpabilidad. En efecto, la causalidad es la que tiene por objeto establecer cuándo y en -- qué condiciones un resultado cualquiera --o más concretamente, un -- daño-- debe ser imputado objetivamente a la acción o a la omisión -- de una persona. Por su parte, la culpabilidad es la que se propone determinar cuándo y en qué condiciones un resultado debe ser imputado subjetivamente a su autor (55).

Si un menor comete un hecho ilícito la víctima debe probar, --al contrario de lo que escribe MAZEAUD-- el vínculo de causalidad entre la "*acción*" (56) del menor y el resultado dañoso. Al damnificado corresponde probar cuándo y en qué condiciones ese perjuicio debe ser *imputado objetivamente* (57) a la acción u omisión del menor. Luego, sólo en el evento de que se pueda imputar objetivamente el hecho ilícito al menor, se entrará a examinar lo concerniente a la culpabilidad, o sea, si el *juicio* que el agente ha hecho, antes de realizar el acto, no sólo es objetivamente injusto, sino que esta injusticia la haya conocido o podido conocer y, que por lo tanto,

le es *personalmente* reprochable (58).

Deslindando así los campos de la culpabilidad y de la causalidad, no se incurre en el error de creer que al obligar a la víctima a probar un vínculo de causalidad se le está forzando, "*indirectamente*" a probar la misma realidad de la culpa. Uno y otro concepto deben ser diferenciados en el desarrollo del proceso. La víctima aportará al tribunal la prueba de los *presupuestos esenciales* para -- exigir la responsabilidad de los padres o tutores de conformidad con el artículo 1047 C. Civ. (59) e, igualmente *deberá* probar *cuándo* y *en qué condiciones* el resultado dañoso, sobre el que se pide resarcimiento, debe ser imputado objetivamente al menor. Aportada es ta prueba por el demandante, corresponderá a los padres o tutores del autor material del hecho, a efectos de eximirse de responsabilidad, presentar la prueba liberatoria correspondiente. Sobre el objeto y demás particularidades de la prueba liberatoria por parte de los padres véase *infra*. cap. II, p. 51).

#### F) OTRAS CONTRADICCIONES.

La obsesión de apoyarse en los principios de la teoría de la culpa para fundamentar la responsabilidad civil extraobligacional de los padres y tutores por los actos ilícitos de sus hijos y pupilos, ha conducido es substancia, a las siguientes antinomias y ficciones jurídicas: Calificación del hecho (ajeno) del hijo como hecho propio del padre; creación de un ficticio nexo causal entre la conducta del padre y el hecho ilícito cometido por el menor; la -- inexistencia de un ligamen causal apto para el resarcimiento del -

daño; y la confusión entre causalidad y culpabilidad. A la par de estas "críticas" en contra de la teoría clásica se pueden señalar otras, en apariencia secundarias, pero que no dejan de tener relevancia en orden a la búsqueda del fundamento jurídico de la responsabilidad de los padres y tutores.

1. El que vigila o educa no siempre es el presunto responsable.

La doctrina dominante manifiesta que los padres son responsables ante la víctima por haber incurrido en una culpa in vigilando o in educando, sin embargo, no siempre aquel que es llamado a responder a título de culpa coincide con el que *materialmente* ejecuta la vigilancia y educación del menor. En este sentido, puede servir de ejemplo, a efecto de verificar nuestra aseveración la sentencia del Tribunal Supremo Español de 30-IV-1969 (60).

Supuesto de hecho: un numeroso grupo de niños, divididos en dos bandos, se lanzaban piedras recíprocamente. En el mismo bando estaban Juan Ramón y Miguel, lanzando el primero una piedra hacia sus rivales con la mala fortuna de que el segundo, inopinadamente, se cruzó en la trayectoria de ésta, causándole lesiones que determinaron la pérdida de un ojo.

El menor que había tirado la piedra era hijo de la demandada, si bien había estado siempre a cargo del *abuelo materno* viviendo en su casa y bajo su custodia, como si fuera su propio hijo a todos los efectos.

El padre de la víctima demanda a la madre y al abuelo del menor causante del daño para que fueran condenados solidariamente al

pago de determinada indemnización.

El juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a la madre y subsidiariamente al abuelo, caso de insolvencia de la primera.

La Audiencia revoca en parte la sentencia, absolviendo al a -buelo -respecto al cual se aprecia falta de legitimación pasiva- y condenando a la madre.

El Tribunal Supremo Español declaró no haber lugar al recurso

Uno de los motivos del recurso alegaba interpretación errónea del artículo 1902 del C. Civ. Esp. (art. 1045), en tanto que, aun cuando la patria potestad del menor Juan Ramón perteneciese a la madre, estaba perfectamente acreditado que, de hecho, éste se en -contraba *bajo la custodia y cuidado del abuelo materno*, y consiguientemente, era éste el encargado de la vigilancia y custodia del menor ci tado. Es su falta de cuidado en esta vigilancia lo que ocasionó el daño, debiendo encuadrarse esta negligencia en el artículo 1902 del C. Civ. Esp. (Art. 1045 C. Civ.).

El Tribunal Supremo refuta así tal motivo: "*Establecido categóricamente por la Sala de Instancia que el resultado lesivo, cuya reparación se --pretende, no ha sido causado por acto u omisión propia del demandado, abuelo ma* terno, es evidente la inexistencia de la aplicación errónea del art. 1902 C. Civ. Esp. (Art. 1045 C. Civ.), pues falta el acto primero de los tres requisitos que la inveterada y constante jurisprudencia de esta Sala exige para la existencia de responsabilidad por culpa extracontractual" (61).

Es interesante observar, cómo en el presente caso el sujeto - obligado jurídicamente a la vigilancia, sobre la cual la ley hace recaer la presunción de responsabilidad, no se identifica con la - persona física (abuelo materno) que materialmente ejercita la vigi- lancia y educación del agente del daño. Sin embargo, la jurisprudencia española, en un afán de mantenerse teóricamente fiel a la - doctrina de la culpa, atribuye el hecho a una omisión (de vigilan- cia o de educación) por parte de la madre respecto al menor (art. 1903, párrafo 2° C. Civ. Esp.), y no del abuelo materno, que cuidaba del niño como si fuera su propio hijo.

En nuestra opinión, de cualquier forma que se examine el concepto de culpa, ya en su posición clásica ( " *omisión de la diligencia exi-* gible al agente" ) (62), ya en su posición moderna ("*culpa social*", - "*error de conducta*") (63), lo cierto es que no se puede achacar el hecho dañoso del menor Juan Ramón a una *culpa* de su madre. El -- Tribunal Supremo Español prescinde de facto de ella para denominar responsable a aquella persona que, de acuerdo al vínculo jurídico que le liga al menor, debe responder del daño causado.

Entonces, ¿por qué no reconocer en esa *relación jurídica en* - tre la madre y el menor la razón suficiente y necesaria para exi- gir la reparación del perjuicio? Si en este mismo asunto por ejemplo, el menor hubiese carecido de madre y el abuelo hubiera sido - nombrado su tutor, muy posiblemente el Tribunal Supremo Español de clararía la responsabilidad del abuelo *ex* art. 1903 C. Civ. Esp. - (art. 1047 C. Civ.), con lo cuál, resultaría nítidamente que ante una situación idéntica la respuesta es diametralmente opuesta se - gún que la persona tenga o no legalmente la guarda del menor (64).

## 2. Derogación del Principio de que no hay Responsabilidad sin Culpa.

Hoy día, algunas legislaciones (65), contrariando los postulados de la doctrina clásica, han derogado el principio general de que no hay responsabilidad sin culpa. En efecto, se establece que en caso de daño causado por un incapaz de entender y de querer, si no es posible obtener resarcimiento de las personas llamadas a la vigilancia del incapaz, el juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa. (Cfr. art. 2047 párrafo 2° C. Civ. Italiano).

Esta reglamentación, además de tener importancia dogmática, tiene reflejos eminentemente prácticos. El legislador, en un anhelo de dar a la víctima un medio más eficaz de tutela frente a los incapaces, no titubea en rehuir el dogma de la culpa y permitir, aunque sea tan sólo por razones de equidad (67)- que una persona, a quien no se le puede imputar *subjetivamente* el resultado de su acción, pueda ser condenada a pagar una indemnización.

Algo similar acontece dentro de nuestro régimen jurídico al decretarse que "la declaratoria de inimputabilidad o exención de pena en favor de menores prevista en el artículo 25 del Código Penal, no perjudicará el ejercicio de la acción civil contra ellos, por los daños y perjuicios que hubiesen causado, siempre que los alimentos quedaran asegurados conforme a la ley..."

La insuficiencia de la culpa para responder a las exigencias de la realidad, en casos como los recientemente nombrados, ha he-

cho que el legislador prescinda de ella como único ingrediente para atribuir a un patrimonio determinado las consecuencias del daño (69). Lo que implica -a nuestro entender- que su valor dentro del sistema de responsabilidad civil es sólo eventual y que junto a ella coexisten otros criterios de imputación de igual -mayor o menor- jerarquía, pero dignos de ser apreciados en el análisis del caso concreto.

### 3. La Culpa como Causa Excluyente de Responsabilidad y no como Criterio de Imputación.-

Para sostener el criterio de que estamos ante "*una responsabilidad subjetiva, basada en una presunción de culpa por descuido de los padres, -- que admite prueba en contrario*", y que de aquí deriva necesariamente -- que haya de valorarse la culpabilidad como presupuesto del juicio de responsabilidad, la Sala de Casación se apoya en el párrafo 2° del art. 1048 C. Civ. (70).

Cabe reconocer, frente a lo dispuesto por el antedicho precepto, que la idea de culpabilidad no está totalmente ausente del supuesto de hecho contemplado por la norma. Pero aún así, una presunción de tal género no es reconocible ni aún con la inversión de la carga de la prueba.

En efecto, el hecho de que el legislador haya procedido de -- tal manera no significa *necesariamente presumir* que el responsable ha ya ocasionado por culpa el daño (71). Por el contrario, 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 res -

ponsable ha empleado "*el cuidado y vigilancia común u ordinaria*", lleva a pensar que su papel se limita, *exclusivamente*, al de causa o condición que excluye la responsabilidad y no al criterio o causa legal para su imputación (72).

#### 4. La Presunción Legal de Culpa como Invención Reciente de la Doctrina.-

El fundamentar la responsabilidad de los padres en una presunción de culpa (*in vigilando* o *in educando*), no sólo acarrea las dificultades arriba indicadas sino que podría conducir a pensar que esta idea reinó *ab initio* como cimiento de la obligación de los progenitores de reparar el mal causado por sus hijos. Un breve recorrido entre las referencias históricas que informan el sistema de responsabilidad por hecho ajeno, nos permitirá cerciorarnos de que la imagen de la presunción de culpa es una reciente innovación doctrinal y que, por el contrario, el sostén del deber de restauración del daño ocasionado por los hijos menores ha sido, desde tiempos inmemoriales, la relación jurídica entre padres e hijos.

a) Antiguo Derecho Romano.- La idea de una responsabilidad por el hecho ajeno es antiquísima. En efecto, armoniza con una organización muy sólida de agrupaciones sociales. El grupo, el clan, la -- tribu, *la familia*, por absorber la individualidad de sus miembros, resultaba responsable en su generalidad, al menos por los delitos penales cometidos por uno de ellos: la obligación del pago del -- *Wergeld* (precio del hombre) pesaba solidariamente sobre la familia (73).

La responsabilidad del *paterfamilias* en aquellas agrupaciones -

sociales, lejos de asentarse en la noción de culpa, lo hacía sobre la idea de solidaridad familiar. El padre sólo se liberaba de su responsabilidad por el *abandono noxal*, es decir, entregando al culpable del hecho dañoso (74). Era -explica GIORGI- una responsabilidad más real que personal, como la de un tercer poseedor de un fundo hipotecado con relación al acreedor hipotecario (75).

A medida que la organización familiar se debilita, se observa como, poco a poco, va desapareciendo la responsabilidad del grupo. El abandono del ofensor, como único medio de sustraerse de la venganza, señala el momento histórico en que roto el vínculo de solidaridad, la responsabilidad cambia de naturaleza transformándose -de colectiva (política) en individual, esto es, *jurídica*, si bien seguirá conservando durante largo tiempo un matiz típicamente subjetivo (76).

Con la fundación en Roma del sistema de acciones noxales y la posibilidad que se abre de defender al inculpado, se induce el proceso de *subjetivización* de la responsabilidad de los padres. Esta -- nueva técnica autorizará al damnificado por hecho ilícito de un hijo sometido a la patria potestad al ejercicio de la acción *noxalis* contra el padre; éste será libre de escoger entre el pago de la indemnización debida o la consignación del autor del daño al perjudicado (*Noxae dedere*) (77).

En resumidas cuentas, el hecho del menor apenas afectaba ligeramente al padre, en el sentido de que sólo estaba obligado a permitir al lesionado ejercer la venganza contra el hijo y, únicamente si se negaba a entregar al autor del delito al ofensor (*noxae --*

*deditio*), se hacía personalmente responsable del acto (78).

Esta posibilidad de elección o de defensa por parte del padre -conviene recordar- llevará en la práctica a realizar un análisis cada vez más minucioso del *nexo causal*, lo que permitirá aislar el caso puramente fortuito de la conducta humana imputable, provocando de este modo, la evolución de la responsabilidad hacia la idea de culpa. No obstante -apunta MAZEAUD (79)- todavía estamos muy lejos de la idea de culpa tal como la entendemos hoy. El legislador se detuvo más en la constancia del perjuicio causado que en el hecho de la culpa cometida. Sólo se puede hablar de un "*primer embrión*" de la idea de culpa.

La subordinación del autor del daño al responsable explica in mejorablemente lo sucedido en este periodo inicial. En efecto, el antiguo derecho romano concibió la patria potestad como un poder i limitado del padre; éste gozaba de facultades muy amplias sobre la persona y bienes del hijo. En el orden personal, el padre podía abandonar al hijo (derecho de exposición, abandono noxal) como si fuera un esclavo o una cosa. En el orden patrimonial, el hijo no podía tener nada propio, sus adquisiciones pasaban al padre (80). Es decir, el ligamen jurídico entre padres e hijos, antes de constituir un *deber*, establecía un poder *absoluto* del *paterfamilias* en re lación a sus subordinados. "*Constituía, en frase de WINDSCHEID, una potestad puramente egoísta, cuya extensión se determinaba sólo en interés del padre*" (81).

Esta etapa primigenia, por ello, permitirá trabajosamente vis lumbrar una responsabilidad *personal* del padre por la acción ilíci

ta del hijo menor. Es más tarde, en el derecho de principios de la República, con ideas más completas sobre causación y, sobre todo, con una nueva forma de entender la patria potestad, cuando se hace responsable personalmente al padre por los delitos que el hijo hubiere cometido con conocimiento suyo, sin que por otra parte, hubiese tratado de impedir el hecho.

b) Epoca Clásica.- Este período se presenta para algunos autores - (82) como una etapa muy rica para el derecho. Para ellos, los clásicos conocieron el concepto de culpa como elemento subjetivo de la responsabilidad extracontractual; y fue -agregan- precisamente en este convulsionado período de la historia romana, cuando se --- construyeron las bases filosóficas de toda la concepción jurídica que ha permanecido inalterable con el devenir de los siglos y que constituye un valiosísimo patrimonio de nuestra civilización occidental.

Aquí es donde -en decir de PALMERO (83)- a las obligaciones - que nacieran de los delitos se les impuso, como presupuesto de la acción, la necesidad de un elemento subjetivo particular, el que - -de igual o diverso contenido que el actual- sirve de auténtica simiente del concepto de culpa o imputación moral de las consecuencias de una conducta humana.

Otros, no de acuerdo con tal criterio, afirman que en esta etapa el Derecho Romano no logró liberarse por completo de las primeras ideas recibidas en materia de responsabilidad, y que la condena pronunciada contra el autor del daño a favor de la víctima -- conservó siempre el carácter de una compensación, de un rescate, -

es decir, "el precio del perdón que extingue la venganza" (84).

En lo que respecta a la responsabilidad de los padres, específicamente, el Derecho Clásico no va a introducir modificaciones -- sustanciales, pues si bien es cierto que bajo los emperadores la reparación pecuniaria del padre prevalece sobre la entrega del o - fensor, ello se debe, como advierte BLANC, no tanto al obstáculo - que supone la oposición del *paterfamilias* al ejercicio de la venganza privada, como a la circunstancia de que el menor es una persona sometida (*alieni iuris*) carente de patrimonio propio con que satisfacer la indemnización (85).

c) Derecho Justiniano.- Con la aparición de la *Lex Aquilia* se va a conferir relieve al elemento ilicitud. La palabra "*injuria*" se con- vierte en sinónimo de culpa pasando con ello a un primer plano, borrando casi por completo la idea de daño; puesto que lo que se pe- na es una culpa y no el hecho de haber ocasionado un perjuicio (86). Esto vino a suscitar la hipótesis del menoscabo causado por perso- nas desprovistas de razón (v.g. niño, loco, etc.), quienes por su condición no podían incurrir en *injuria*. La solución que se le da - al problema, según leyes del Digesto (D. IX, 2 fr. 5. s. 2) (87), - es la de equiparar el hecho del niño al del loco. Para ellos, el - accionar de ambos estaba igualado al "*casus*", o sea, al caso fortuito o la fuerza mayor.

Por otra parte, bajo el influjo de las ideas griegas y cris- tianas, se procedió a derogar la acción noxal respecto al hijo (88). Los derechos que a éste iban reconociendo fueron cambiando el colorido de la patria potestad, dotando de reciprocidad la relación, -

que fue progresivamente implicando *deberes* y no *derechos* para el padre. La patria potestad va así transformándose en una *función*, en un *officium* (89). Entre los nuevos cometidos asignados a los padres, - estará el de responder *personalmente* por los daños que el hijo hu - biera producido.

En cifra, es cierto que en el Derecho Romano se obligó *perso*nalmente a los padres a resarcir a la víctima el perjuicio materialmente causado por sus hijos menores, pero no en base a una presunción de culpa. La legislación romana -explica GIORGI- no admitió - la presunción de culpa por el hecho de otra persona sino *excepcio* - nalmente en sólo dos casos determinados por el edicto del Pretor -- (90). Ello se debe a que la teoría del derecho romano fue entera - mente conforme a los principios de la ley romana, afirmando la res - ponsabilidad de los padres sólo cuando se *comprobara* que el padre o la madre hubieran podido impedir el daño y no lo hubieren hecho -- (91).

d) Creación del Código Napoleónico.- La innovación de la presun -- ción de culpa como fundamento de la responsabilidad de los padres es relativamente reciente; se origina en las opiniones doctrinales que rodearon la creación del art. 1384 del Código Civil Francés de 1804. En efecto, con éste precepto legal se introduce la primera - variación substancial en la forma de regular tal responsabilidad, pues, en vez de ser la víctima del daño la obligada a probar la -- responsabilidad de los progenitores, se invierte la carga de la -- prueba, y se establece que la responsabilidad del padre, y de la - madre luego de la muerte del marido, tiene lugar a menos que "*prue*ben que no han podido impedir el hecho que ha dado lugar a ésta responsabilidad".

Esta alteración inherente a la carga de la prueba provocará, a efectos de mantener el principio de la culpa como único criterio válido para obtener resarcimiento del daño, la creación de la idea de *presunción de culpa*. Reveladoras son en éste sentido las palabras pronunciadas por TARRIBLE ante el Cuerpo Legislativo:

*"El daño, para que sea objeto de reparación, debe ser efecto de una culpa o de una imprudencia..."*

*Con el mismo principio se enlaza también la responsabilidad más importante, pronunciada por el artículo 17 (art. 1384, párrafos 4 y 7 C. Civ. Fra. 1804) contra el padre y la madre luego de la muerte del marido, por los daños causados por los hijos menores de edad...*

*Si los subordinados franquean la vigilancia, esos extravíos se atribuyen con razón al relajamiento de la disciplina doméstica que está en poder del padre, de la madre... este relajamiento --- constituye una culpa: crea una causa de un daño, indirecta pero --- suficiente para hacer que recaiga sobre ella la carga de reparación.*

*Esta responsabilidad es necesaria para mantener despierta la atención de los superiores sobre la conducta de los inferiores y para recordar los austeros deberes de la magistratura que ejercen...*

*... Cesa su responsabilidad si prueban que no han podido impedir el hecho que da lugar a ello...*

*En efecto, la responsabilidad no puede alcanzar a los que es tan exentos de todo reproche..." (92)*

Hemos preferido el método de reproducción casi textual del párrafo del indicado pensador, para llevar al lector al convencimieno

to absoluto de que fue en la *opinion* de la doctrina científica -- donde, por primera vez, se recurrió a la idea de *presunción de culpa* para explicar la responsabilidad de los padres. No obstante, si observamos el *contenido exacto* del artículo 1384, párrafos 4 y 7 C. Civ. Fra. 1804, por ninguna parte se establece una presunción de culpa respecto a los progenitores. El legislador se limita simplemente a introducir una doble derogación a las reglas comunes en materia de resarcimiento: por una parte, llama a responder a una persona distinta del agente y, de otra, invierte la carga de la prueba.

¿Qué ha pretendido conceptuar realmente el legislador?

En primer término, al llamar a responder a los padres por los daños de sus hijos, no es que se establezca la presunción de que los progenitores han causado (o contribuido a causar) culposamente el daño, sino porque a falta de esta mención expresa no podrían ser obligados a indemnizar por el hecho de sus hijos. En segundo lugar, la inversión de la carga de la prueba se explica, sin más, como la expresión técnica para indicar un mayor rigor en la exigencia de *ciertos deberes* y como remedio práctico para aliviar la difícil situación procesal del demandante, que, caso contrario, se vería en la grave dificultad de demostrar que la conducta del responsable no ha sido conforme al *standard* de diligencia establecido por la ley.(93)

#### G) CONCLUSION.-

Fundamentar, por tanto, la responsabilidad de los padres y -

tutores en una culpa real o presunta significa en síntesis poner - las bases sobre un elemento jurídicamente no relevante, y por consiguiente, no productivo de efectos *inmediatos y directos* en orden - al evento dañoso; en fín, no siempre presente en la *fattispecie* (94).

Por ello, debemos buscar la razón de ser de la responsabili - dad de los padres y tutores en algún aspecto que la ley considere esencial, como imprescindible, que concorra siempre en *todas* las hipótesis de daños causados por un menor y no *eventualmente*. En un elemento que, a diferencia de la culpa o del riesgo, pueda ser ex traído de las entrañas de la misma norma, y que no sea el produc - to de una creación meramente doctrinal.

Este elemento lo encontramos en la *relación jurídica* existen - te entre el menor autor del daño y el responsable. Es precisamente esta conexión legal la razón necesaria y suficiente para que los - padres y tutores puedan ser llamados a responder por el hecho ilícito de sus hijos o pupilos. Los poderes -deberes- in - herentes a la autoridad parental y tutelar sitúan a los padres y - tutores en una posición de privilegio, para dirigir la conducta de sus subordinados a modo de evitar que causen daño.

En consecuencia, se responde, no simplemente porque se es pa - dre o tutor, sino porque como tales, se tiene el poder de *dirigir* la conducta del hijo o pupilo; y donde existe semejante poder, co - existe también el deber correlativo de ejercitarlo. La responsabi - lidad se manifiesta así, a manera de una *sanción* por la violación de tales deberes (95).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

(1) En busca de una mayor exactitud terminológica, hemos decidido titular esta investigación así: "RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRAOBLIGACIONAL POR LOS ACTOS ILICITOS DEL SOMETIDO A LA AUTORIDAD PARENTAL". Con la denominación de "Responsabilidad civil" se pretende situar la cuestión en el ámbito de lo propio, por contraposición a la responsabilidad penal. En este sentido, véase ROGEL VIDE, C.- "La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Español".- Cívitas, Madrid, 1977, p. 19 y ss.

El calificativo "extraobligacional" lo hemos tomado del tratadista español ALBALADEJO, para quien la culpa y la responsabilidad que proviene de los actos ilícitos, y que algunos llaman *extracontractuales* (para distinguirlos de aquellos que se pueden dar en el cumplimiento de las obligaciones), deben ser denominados "extraobligacionales", "en cuanto de lo que quedan fuera no es del cumplimiento de los contratos, sino del de las obligaciones, aunque estas no hayan nacido del contrato". (Cfr. ALBALADEJO, M.- *Derecho de Obligaciones*.- Bosch, 4º ed. Barna, 1977, II-2, p. 509). Con el vocablo "extraobligacional" nos interesa deslindar aún más el terreno abandonando el constituido por los actos ilícitos consistentes en el incumplimiento de obligaciones previamente establecidas.

Por último, con la locución "actos ilícitos" se pretende abarcar la obligación de resarcimiento del daño tanto en la hipótesis de que el acto, positivo o negativo del menor haya sido contrario a la ley civil como a la penal. Sobre el concepto general de "actos ilícitos" véase ORGAZ, A.- "El daño resarcible. - Actos ilícitos!"- Bibliográfica, Buenos Aires, 1952, p. 19 y ss. Para la explicación del término "autoridad parental" véase infra. Cap. II, p. 60, del texto a que se refiere la nota 5.

(2) Para algunos autores de la teoría clásica, la ley sólo presume la culpa *in vigilando*, por lo que incumbe al perjudicado probar que el padre o tutor ha incurrido en culpa por defecto de la educación impartida. En la doctrina italiana, véase por todos a CHIRONI, G.- "La Culpa en el Derecho Civil Moderno. Culpa Extracontractual".- Reus, 2º Ed. Trad. Ita., Madrid, 1978, I p. 141-142. - En la doctrina francesa véase a MAZEAUD y LUNG.- "Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual".- 5º ed. trad. Fra. Buenos Aires, 1962. Por los alemanes, puede consultarse a ENNECCERUS KIPP-WOLFF.- "Derecho de obligaciones".- Bosch, 3º ed. Trad. Al. Barcelona, 1966, V-2, p. 1124-1126. En la doctrina española Cfr. GULLON BALLESTEROS, A.- "Curso de Derecho Civil. Contratos en Especial. Responsabilidad Extracontractual".- Tecnos, Madrid, 1972, p. 479.

(3) Para la mayoría de los simpatizantes de la doctrina clásica, el deber de educación no puede considerarse autónomo respecto al de vigilancia; por eso, la presunción legal comprende la doble culpa *in vigilando* e *in educando*. - En la doctrina italiana véase por todos a BONASI BENUCCI, E.- "Responsabilidad Civil".- Bosch, Edic. Original Trad. del Ita. Barcelona, 1958, p. 243-45' En la francesa, véase CARBONNIER, J.- "Derecho Civil. Situaciones Extracontractuales y la Dinámica de las Obligaciones".- Bosch, 1º ed. Trad. Fra. Barcelona, 1971, - p. 103-105, II-3. En la española, BORREL MACIA, A.- "Responsabilidades derivadas de la Culpa Extracontractual Civil" - Bosch, 2º ed. Barcelona, 1958, p 157. En -

Argentina COLOMBO, L.- "*Culpa Aquiliana*" (*Cuasi-delitos*), Buenos Aires, 1944. p. 340. Por la doctrina venezolana véase a MERLICH ORSINI, J.- "*Responsabilidad por Hecho Ajeno*" Caracas, 1965. p. 72-73. En la doctrina costarricense, los pocos autores que se han ocupado del tema, siempre se han inclinado por la presunción de la doble culpa, por todos véase BRENES CORDOBA, A.- "*Tratado de las per<sub>u</sub>sonas*"- Lehman, 2ºed. San José, 1936, p. 356.

(4) Actualmente la expresión "*responsabilidad objetiva*" se encuentra muy arraigada en el lenguaje jurídico, no obstante, algunos autores se resisten a emplearla por equívoca y contradictoria. SANTOS BRIZ, por ejemplo, distingue entre *Responsabilidad objetiva*, *responsabilidad sin culpa* y *responsabilidad por riesgo*, diferente a su vez de la *responsabilidad basada en la culpa individual*. Cfr. SANTOS BRIZ, J.- "*La responsabilidad Civil*" - Montecarlo, 2ºed. Madrid, 1977, p. 407. Nosotros, al igual que el citado autor, hemos preferido utilizar la denominación "*responsabilidad por riesgo*", para destacar la posición de aquellos defensores de la doctrina del riesgo que reducen su tesis a la simple negación de la culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad civil sin reemplazarla con nada. "*Es lo que se puede llamar la Teoría del Riesgo Integral, tesis puramente negativa*". Cfr. MAZEAUD Y LUNG, supra nota 2, p.

(5) CASTAN TOBEÑAS, J.- "*Derecho Civil Español, Común y Foral*" - Reus, 10º ed. Madrid, 1977, IV, p. 900.

(6) BARASSI, "*Teoría Generale delle Obligazioni*" - Le Fonti, 2ºed. Milano, 1948, II, p' 573-75.  
TABET, A.- "*Questioni in Tema di Fatti Illiciti dei Minori*" - in Foro Ita., 1953 I, p. 1435-36.

(7) Cfr. LEON GONZALEZ, J.- "*La Responsabilidad Civil por los Hechos Dañosos del Sometido a Patria Potestad*". En estudios de Derecho Civil honor al Prof. CASTAN TOBEÑAS - Ed. U. de Navarra, Pamplona, 1969. VI, p. 281-2.

(8) Cfr. MARCHETTI, A.- "*Sulla Responsabilitá per Fatto Altrui*" - en Rev. Dir. Com., 1961, p. 143-44.

(9) MARCHETTI, A.- "*Sull'Oggetto della Prova Liberatoria Richiesta al Genitore e al Tutore dall'art. 2048, última comma, Codice Civile*". - Foro Ita., 1959. IV, p. 57-58.

(10) Los párrafos 3, 4, 5 y 6, del art. 1048 C.Civ. fueron introducidos por el legislador con posterioridad a la reglamentación de la responsabilidad de los padres, tutores, jefes de colegios o escuelas, por Decreto Legislativo Nº14, 6 Jun. 1902. El párrafo 3, se refiere a la responsabilidad de la persona que encarga a otra de uno o muchos actos; y los restantes, regulan la responsabilidad de los empresarios de establecimientos peligrosos y los que se dedican a la explotación de medios de transporte. Sobre el particular véase ORTIZ ORTIZ, E.- "*Responsabilidad de la Administración Pública, Evolución y Tendencias*" (Sin publicar) San José, 1980. p. 5.

(11) Véase art. 1384 C. Civ. Fra., art. 2048 C. Civ. Ita., art. 1903 C. Civ. Esp., párrafo 832 B. G. B. de Ale., art. 491 C. Civ. Por.

(12) Véase art. 1116 C. Civ. Arg.; Art. 1190 C. Civ. Ven.; art. 1521 C. Civ. Bra.; art. 1298 C. Civ. Uru.; art. 2320 C. Civ. Chile; art. 2348 Col.; art.

2279 C. Civ. Guat.; art. 1922 C. Civ. Mex.

(13) TREJOS, G.- *"Introducción al Derecho de Familia Costarricense"* - Juricentro, San José, 1977. p. 142-46.

(14) Cas. N° 55, 1971, I sem., Consid. III, p. 25.

(15) De la legislación francesa véase art. 1382 y ss. del C. Civ.; del Proyecto art. 1900 y ss.

(16) CORSARO, L.- *"Sulla Natura Giuridica della Responsabilitá del Precettore"*, in Rev. Dir. Com., 1967, p. 43.

(17) Cfr. art. 1048 C. Civ. Ita.; art. 1117 C. Civ. Arg.: *"Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo. Rige igualmente respecto a los directores de colegios, maestros, artesanos o aprendices, mayores de diez años, y estarán exentos de toda responsabilidad si probaren que no pudieron impedir el daño con la tutoridad que su calidad les confería, y con el cuidado que era su deber poner"*. De idéntica regulación art. 1190 C. Civ. Ven.; art. 1298 C. Civ. Urs.; - art. 2320 C. Civ. Chile; y arts. 2277 y 2279 C. Civ. Gua.

(18) MAZEAUD Y LUNG, supra nota 2. p. 467-69.

(19) CORSARO, supra nota 16. p. 467-69.

(20) Véase texto supra a que se refiere la nota 2.

(21) Véase texto supra a que se refiere la nota 3.

(22) TREJOS, supra nota 13. p. 144.

(23) STARCK, *"Droit Civil, Obligaciones"* - Librairies Techniques, París, 1972. p. 259. Cit. por TREJOS, supra nota 13, p. 145.

(24) PACHIONI, *"Diritto Civile Italiano. Dei Delitti e Quasi Delitti"* - Padova, Milano, 1940. IV, p. 222.; MERLICH ORSINI, supra nota 3, p. 22-23. Para este último autor la responsabilidad por hecho ajeno se debe " ... sobre todo a una política legislativa tendiente a garantizar a la víctima del daño un resarcimiento debido a las condiciones en que se encuentra el agente inmediato del - daño quien por lo general es insolvente o inimputable".

(25) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7, p. 276-277.

(26) BONVICINI, E.- *"La Responsabilitá Civile. Responsabilitá Soggetiva e Oggetiva, Contractuale e Extracontractuale, Responsabilitá per Fatto Altrui"*. Giuffré Editore, Milano, 1971. I, p. 446-47.

(27) MAZEAUD Y LUNG, supra nota 2, p. 526-27.

(28) DE CUPIS, A.- *"El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil"* Bosch, 2°ed. trad. Ita., Barcelona 1975. p. 677.

(29) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7, p. 280-81. Esta crítica es también

valedera para la tesis mantenida por S. 1º Civ. (S.J.), 1970 (16:05 de 6 Ago), - que en su considerando III expone que los padres son responsables porque ellos "...han asumido y asumen el riesgo de cargar con cualquier responsabilidad por los daños de sus hijos..." ¿Donde está el riesgo y el beneficio correlativo del titular de la autoridad parental?

(30) Véase GIORGI.- "*Teoría de las Obligaciones*".- Reus, 2º ed. trad. Ita 7º ed. Madrid, 1929, V, p. 494-495. Conviene aclarar, que la crítica formulada - en este párrafo va dirigida contra los que manifiestan que *siempre* -en la res-ponsabilidad indirecta- se producen efectos análogos a la garantía. En ningún momento se pretende negar una *eventual* responsabilidad *solidaria* de los padres (padre y madre) y del hijo respecto a la víctima (véase infra cap. II).

(31) Cfr. CHIRONI, supra nota 2, p. 92.

(32) SCOGNAMIGLIO.- "*Responsabilità per Fatto Altrui*".- Noviss. Dig. Ita. 1968, XV, p. 693 y ss.

(33) LEON GONZALEZ, supra nota 7, p. 280-281.

(34) Cfr. Ibid.; además, véase SCOGNAMIGLIO, supra nota 32, p. 694.

(35) MARCHETTI, supra nota 8, p. 137-138.

(36) Ibid.

(37) DE CUPIS, supra nota 28, R. 673-674; véase también COLOMBO, supra nota 3, p. 327-328; BONASI BENUCCI, supra nota 3, p. 223; CHIRONI, supra nota 2, p. 82-93; para éste último autor el responsable por hecho ajeno tiene una "culpa suya personal, y responde, sí, de injuria objetiva segura, pero por injuria subjetiva propia..."

(38) MARCHETTI, supra nota 8, p. 138-139.

(39) Ibid. p. 139-140. Esta crítica ha sido formulada por el Juez MARCHETTI a propósito del derecho it, no obstante, consideramos que es perfectamente aceptable dentro de nuestro sistema jurídico. En su contra se levanta la opinión de ADRIANO DE CUPIS, para quien "...no se puede oponer la diferencia entre hecho propio y hecho ajeno causado por hecho propio, por ser decisivo para la responsabilidad que el hecho propio haya causado el daño ajeno y, por tanto, que el daño que origina el proceso causal, sea el hecho propio. Lo que cuenta para el ordenamiento jurídico y es la razón determinante de la responsabilidad es la participación, aunque sea indirecta, del sujeto con su propio comportamiento a la producción del daño: Participación idónea para justificar la afirmación de que la responsabilidad deriva del comportamiento del responsable, y que por tanto, se califica como directa" véase DE CUPIS, supra nota 28, p. 675, nt. 116.

(40) Cfr. MARCHETTI, supra nota 8, p. 139-140.

(41) Para un análisis *detailed* del nexo causal véase ORGAZ, A.- "*El daño Resarcible. Actos Ilícitos*".- Bibliográfica, Buenos Aires, 1952 p. 59-93; DE COSSIO.- "*La causalidad en la Responsabilidad Civil*".- en ADC, 1966, T. 19, p. 527 y ss; análisis *parcial* véase GULLON BALLESTEROS, supra nota 2, p. 478.

(42) MARCHETTI, supra nota 8, p. 143-144.

(43) Ibid.; además, véase LEON GONZALEZ, supra nota 7, p. 279; ROGEL VI-DE, C.- "*La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Español*" - Ci- vitas, Madrid, 1977. p. 138.

(44) MARCHETTI, supra nota 8, p. 143. A la culpa *in educando* como funda- mento de la responsabilidad opone CARBONNIER cit. por ROGEL VI-DE, supra nota 42 p. 138, un argumento finísimo y divertido, diciendo que, en tal caso, los padres o tutores de niños bien educados no responderían nunca.

(45) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7, p. 279-280; MARCHETTI, supra nota 8, p. 142-143.

(46) MARCHETTI, supra nota 8, p. 147.

(47) Ibid, p. 140-142. Esta crítica ha sido expuesta por MARCHETTI den- tro del Derecho Italiano, no obstante, es perfectamente valedera dentro de nues- tro sistema jurídico que sanciona el mismo principio de causalidad *inmediata y directa* entre la conducta del responsable y el daño causado.

(48) Véase art. 704 C. Civ. "*En la indemnización de daños y perjuicios - sólo se comprenderán los que como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban causarse*". Este pre- cepto es aplicable al campo de la responsabilidad civil "*extraobligacional*"; véase Jurisprudencia infra nota 49.

(49) En múltiples oportunidades nuestros tribunales se han pronunciado - en el sentido de que se excluyen del resarcimiento aquellos daños que no sean - consecuencia *inmediata y directa* del hecho del responsable; Cfr. T.S.C. N° 634, 1977 (8:40 de 26 Ago.), en Rev. Jud. N° 10, p. 88; T.S.C. N° 1160, 1976 (14:30 de 22 de Dic.), en Rev. Jud. N° 7, p. 117; T.S.C. N° 752, 1976 (9:15 de Set.), en Rev. Jud. N° 6, p. 129.

(50) MARCHETTI, supra nota 8, p. 141-142.

(51) DE CUPIS, supra nota 28, p. 674.

(52) MARCHETTI, supra nota 8, p. 141-142.

(53) Ibid.

(54) MAZEAUD Y LUNG, supra nota 2, p. 316-317.

(55) ORGAZ, supra nota 41, p. 59.

(56) En el concepto de "*acto ilícito*" pueden distinguirse tres elemen- tos: la acción como tal, su oposición al derecho o a la moral y la culpabili- dad.

*"A este respecto ha de entenderse por "acción" todo o- brar humano voluntario y, por ello, objetivamente impu- table; es decir, concebido como controlable por la vo- luntad a la cual se imputa el hecho".*

Véase KARL LARENZ, "*Derecho de Obligaciones*"; Rev. de Derecho Privado, 2º ed. - trad. Esp., Madrid, 1959. II, p. 563-564.

(57) "*Objetivamente imputable*" a la voluntad humana es también aquélla - conducta *involuntaria* que no fue dominada por dicha voluntad, pero que pudo ser lo porque se dio en definitiva la posibilidad de un control de conciencia. En este sentido puede obrar también un *niño* o un enfermo mental. Es diferente la *imputación por culpa o subjetiva*: que es el juicio que el agente ha hecho, no sólo objetivamente injusto, sino que esta injusticia la haya reconocido o podido conocer y que ello le sea personalmente reprochable. Véase *Ibid*, p. 570.

(58) KARL LARENZ, *supra* nota 56, p. 570.

(59) Esos presupuestos esenciales son: a) la cohabitación; b) la edad -- del menor; c) el vínculo legal entre autor material del hecho y el responsable; d) ¿Deberá probar la culpabilidad del menor? (Véase *infra* cap. IV).

(60) La sentencia del T.S.E. de 30 - 1969 es citada por ROGEL VIDE, *supra* nota 43, p. 141-145. En esta obra pueden también consultarse las sentencias del Tribunal Supremo Español de 15-II-1975 y 14-II-1959, debidamente explicadas por el citado autor. ROGEL VIDE, después del análisis detallado de las sentencias - del T.S.E. que, en los últimos años, se han ocupado de la responsabilidad civil por los hechos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela, llega a una reveladora conclusión: "*sólo cuando los daños no han sido causados por el menor; no responde el padre o tutor; en todos 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*".

(61) Desde el punto de vista Jurídico no cabe ninguna duda sobre la validez de las conclusiones a que llega el T.S.E., pues, es lógico que el *abuelo materno* no puede -en este caso concreto- ser condenado a responder por faltar el *vínculo jurídico* necesario para obligarle a responder por el menor (autoridad parental o tutelar). Es correcto que se condene a la madre, pero no por una *culpa* (*in vigilando o in educando*) como lo afirma el T.S.E.; puesto que, estando al supuesto de hecho, es difícil establecer una culpa en ese orden.

(62) Sobre el concepto de culpa véase SANTOS BRIZ, L. - "*La culpa en el Derecho Civil*" - en R.D.P., 1967, p. 614 y ss. SANTOS BRIZ, *supra* nota 4, p. 41; CARBONNIER, *supra* nota 3, p. 82; TRAVIESAS, M. - "*La Culpa*", en R.D.P., 1926, T. 13, p. 273 y ss.; GULLON BALLESTEROS, *supra* nota 2, p. 477.

(63) MAZEAUD Y LUNG, *supra* nota 2, p. 46-85. Estos tratadistas después - de analizar, una a una, las definiciones que se han dado de la culpa presentan la siguiente definición de "*culpa cuasidelictual*": "*La culpa cuasidelictual es un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias 'extremas' que el autor del daño*".

(64) ROGEL VIDE, *supra* nota 43, p. 142.

(65) Véase art. 489 C. Civ. Por. de 1966; art. 54 Código Federal de las Obligaciones Suizo de 1911; párrafo 832 B.G.B. de 1896; el nuevo art. 907 del C. Civ. Arg. según la reforma de 1968.

(66) Sobre los alcances del art. 1047 C. Civ. Ita., véase TABET, A. - "*Fa-*

*tto illicito a danno di minori incapace e concorso di responsabilità del danneggiato e dei genitori*" - in Foro Ita., 1958. I, p. 46 y ss.

(67) Véase infra cap. V., donde se hará un estudio sobre el deber de indemnizar del incapaz.

(68) Cfr. art. 8. Ley Orgánica Jurisdicción Tutelar de Menores.

(69) LEGUINA VILLA, J.- *"Responsabilidad de la Administración Pública"* - Tecnos, Madrid, 1970. p. 130. Para este autor la función específica de la responsabilidad Civil consiste solamente en la *"transferencia o desplazamiento de la incidencia del hecho dañoso de un patrimonio a otro..."* .

(70) Cfr. Cas. Nº 55, 1971, I Sem. (16:15 de 14 de mayo), en Rev. Jurisprudencia Civ. S. Cas. 1950-1975, p. 186.

(71) MARCHETTI, supra nota 8, p. 144-145.

(72) RODOTA, *"Il problema della Responsabilitá per Fatto Altrui"*.- in - Rev. Com. 1961, p. 137 y ss. Cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7, p. 278.

(73) MAZEAUD, supra nota 2, p. 466-467; en el mismo sentido ROVELLI, - *"Responsabilitá per Fatto Illicito Altrui"*, in Arch. Resp. Civ., marzo-giugno, Nº 2-3, p. 85.

(74) CARBONNIER, supra nota 3, p. 102.

(75) GIORGI, supra nota 30, p. 378.

(76) DE VISSCHER, *"Le régime Romain de la Noxalité. De la Vengeance Collective a la Responsabilité Individuelle"* - p. 349, cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7, p. 272.

(77) CHIRONI, supra nota 2, p. 87-98.

(78) JÖRS y KUNKEL.- *"Derecho Privado Romano"*.- p. 382, cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7, p. 273.

(79) MAZEAUD y LUNG.- *"Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual"*.- 5ªed. trad. del fra., Buenos Aires, 1962, I-2, p. 42-43.

(80) CASTAN VAZQUEZ, J.- *"La Patria Potestad"*.- Rev. Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 21-22.

(81) Ibid.

(82) PALMERO, J.- *El Daño Involuntario, Indemnización de Equidad.*- Buenos Aires, 1973, p. 96-97. MONIGLIANO, W.- *"Il risarcimento del danno cogionato da persona priva di discernimento"*.- in Rev. di. Dir. Civ., 1937, p. 201.

(83) PALMERO, supra, nota 82, p. 96.

(84) Véase MAZEAUD, supra nota 79, pag 48.

(85) LEON GONZALEZ, supra nota 7, p. 273.

(86) CARBONNIER, supra nota 3, p. 90-91. Para este autor, *"la culpa hace su aparición en el Derecho Romano a través de la represión de los delitos privados. Esta originalidad cuasi-penal explica una característica del sistema romano de responsabilidad civil, a saber: su tipicidad. Aparecen en él una serie de delitos especiales, concretos, nominados (injuria, factum, damnum injuria datum, rapina) en vez de un principio general de responsabilidad que englobe todas las infracciones. Entre estos delitos hay dos que se diferencian de los otros, a causa de su mayor generalidad: la injuria y el damnum injuria datum (el delito de la lex Aquilia), los cuales han permitido la moderna elaboración de la doctrina de la culpa, en razón del relieve conferido al elemento ilicitud o injusticia (la injuria)".* Además, véase MAZEAUD, supra nota 79, p. 57.

(87) Cfr. PALMERO, supra nota 82, p. 96-100. Reveladora también en este sentido es la siguiente cita recogida del autor precitado: *"El que está en la infancia o el loco, si hubiesen matado a un hombre, no están sujetos a ley Cornelia, porque al uno lo ampara la inocencia de su designio y al otro la infelicidad de su desgracia..."* D. 48, 8, fr. 12.

(88) Cfr. COLOMBO, supra nota 3, p. 290-291. En su criterio, los griegos no reglamentaron algo análogo al abandono noxal de los romanos, por ser una institución ruda y peligrosa para el porvenir de los menores. Esta forma de pensar es la que, en cierto modo, influirá para que los romanos deroguen la acción noxal respecto a los hijos.

(89) CASTAN VAZQUEZ, supra nota 80, p. 24.

(90) GIORGI, supra nota 30, p. 377. Los dos casos en que se admitió la presunción de culpa en el Derecho Romano según el edicto del Pretor son: contra el padre de familia, por las cosas arrojadas desde la ventana de su habitación, contra los dueños de naves, de posadas, de caballerizas, por los daños y hurtos cometidos por sus dependientes.

(91) Cfr. CHIRONI, supra nota 2, p. 98.

(92) TARRIBLE, cit. por MAZEAUD, supra nota 79, p. 67-68.

(93) LEON GONZALEZ, supra nota 7, p. 284-285.

(94) MARCHETTI, supra nota 8, p. 147.

(95) LEON GONZALEZ, supra nota 7, p. 287, manifiesta un criterio contrario: *"Los padres y tutores deben responder '... no como una sanción al mal ejercicio de la patria potestad, sino porque la ley así lo indica y es una consecuencia ineludible de la condición de padre".*

No estamos de acuerdo con el criterio del relacionado autor, puesto que la responsabilidad civil tiene un *"carácter normalmente sancionatorio".* *"La sanción resarcitoria en que consiste la responsabilidad civil debe ser considerada como un elemento de protección del interés. La norma jurídica, aparte de un mandato o prohibición-precepto-comprende también la amenaza de unas consecuencias desfavorables para el caso de violación del precepto-sanción-. En cuanto*

*tal consecuencia sea amenazada con el fin de reintegrar el interés lesionado, - la norma pretende sancionar la violación del precepto conminando al responsable a la reparación del daño". Sobre el particular, véase DE CUPIS, supra nota 28, del cap. I, p. 580-583.*

## C A P I T U L O I I

### FUNDAMENTO JURIDICO

SUMARIO: A) DELIMITACION PREVIA.- B) LA AUTORIDAD PARENTAL Y TUTELAR, VERDADERO FUNDAMENTO.- C) LA PRUEBA LIBERATORIA.- 1. Principio general.- 2. Origen del contenido de la fórmula liberatoria.- 3. El objeto de la prueba liberatoria.- 4. Configuración autónoma de la prueba liberatoria para cada uno de los padres.- 5. Forma de apreciar los poderes-deberes a efecto de la prueba liberatoria.- D) Conclusión de la PRIMERA PARTE.

## CAPITULO II

## FUNDAMENTO JURIDICO

A) DELIMITACION PREVIA.-

El fundamentar la responsabilidad civil sancionada por el artículo 1047 C. Civ. en la *relación jurídica* existente entre el responsable y el agente, podría hacer surgir en su contra el argumento de que tal precepto reglamenta al mismo tiempo la responsabilidad de los padres y de los tutores, o sea, de personas ligadas al menor por vínculos jurídicos distintos (autoridad parental y tutelar). Para evitar una posible acometida contra nuestra postura, de previo al examen de los poderes-deberes que permiten a los padres impedir que sus hijos causen daños, procederemos a repeler el posible ataque.

En un primer momento -en contra de lo que opinaba POTHIER- se consideró que el tutor no debía ser asimilado al padre o a la madre. Que sus derechos no se parecían en nada a los que procedían de la patria potestad; "no son -se dijo- sino una reducción de ellos, insuficiente para fundar la responsabilidad del artículo 1384, párrafo 4º, C. Civ. Fra. (art. 1047 C. Civ.), el cual implica una autoridad absoluta sobre la persona del menor" (1).

¿Es posible mantener actualmente el mismo criterio?

La tutela, tal y como se conceptua en este momento, es una autoridad dada a un individuo, conforme a la ley, para que cuide de la persona y de los bienes del menor. *"El pupilo debe obediencia y respeto al tutor. Este tiene respecto de aquel, los derechos y obligaciones de los padres, con las limitaciones que la ley establece"* (Cfr. art. 200 C. Fam).

Es, por consiguiente, un poder *análogo* a la autoridad parental, una especie de magistratura doméstica, como acertadamente se ha dicho, instituida en bien de los que, careciendo de dirección y apoyo paternales, necesitan por su falta de experiencia y madurez de juicio, de un sostén que ampare su natural debilidad (2).

En consecuencia, racionalmente no se puede seguir dictaminando que los poderes-deberes del tutor no se asemejan en nada a aquellos de los padres, y que son insuficientes para fundamentar la responsabilidad *ex* artículo 1047 C. Civ. Al contrario, actualmente las facultades del tutor son muy amplias; se observa respecto a la administración de los bienes del pupilo, que la finalidad de la ley no se ciñe a un campo netamente pecuniario. Diríamos que, sin descuidarlo, prevalece en él lo relacionado a la educación del menor (3); el legislador la quiere tan completa que para ello hace que el tribunal, al entrar el tutor en el ejercicio de su cargo, fije una cantidad de dinero que ha de invertirse en la educación del pupilo (Cfr. art. 201, párrafo 1° C. Fam.)

En substancia, los supuestos de responsabilidad del titular de la patria potestad o del tutor, en cuanto determinados siempre

por un hecho ilícito del incapaz cuya guarda les está encomendada, son susceptibles de un tratamiento *uniforme*, dado que las similitudes de ambas hipótesis superan con creces las diferencias específicas -problema del guardador de hecho, guarda encomendada a cónyuge distinto del que ejerza la autoridad parental- que entre ambas pueda haber (4).

B) LA AUTORIDAD PARENTAL Y TUTELAR, VERDADERO FUNDAMENTO.- (5)

La autoridad parental se otorga a los padres para que protejan al hijo menor en su salud, seguridad, y moralidad. Para ello, su ejercicio confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar, y, en forma moderada, corregir al hijo (6).

Este sinnúmero de poderes-deberes se declinan hacia el representante en un doble sentido: personal y patrimonial. Uno y otro son de importancia para evitar que los menores causen daños a terceros. No obstante, por su mayor relieve, nos referiremos con más amplitud a los primeros.

En el aspecto personal, los padres tienen el derecho y el deber de guarda, es decir, de tener al hijo en su compañía, de mantenerlo y educarlo con arreglo a su fortuna, de vigilarlo y corregirlo en forma moderada. Asimismo, pueden solicitar al tribunal que autorice la adopción de las medidas de asistencia educativa necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, que pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado por un tiempo prudencial (art. 130 C. Fam.) (7).

Por otra parte, estos poderes-deberes no pueden renunciarse - (art. 128 C. Fam.) y son intransmisibles por convenio, por ser deberes que pesan sobre los padres, quienes no pueden despojarse voluntariamente en favor de otra persona de los atributos que dicha potestad comprende. Tampoco puede modificarse por acuerdo de partes, salvo lo que el Código de Familia dispone en su artículo 56 - para la separación o divorcio por mutuo consentimiento en relación con la guarda, crianza y educación de los hijos, pero aún en tales casos, el padre o la madre conservan *siempre* su autoridad "de la -- cual no pueden ser despojados, sino mediante sentencia de los Tribunales en razón de incumplimiento de sus deberes o de otras graves causas puntualizadas por la ley". (8).

Ahora bien, ¿qué acontece si los padres o tutores no ejerci-  
tan sus poderes ni cumplen sus deberes como lo ordena la ley?

Antes de todo, pueden *suspenderse o modificarse*, a juicio del tri-  
bunal y atendiendo al interés de los menores, todos o algunos de -  
los poderes-deberes que rodean a la autoridad parental y tutelar -  
(arts. 139, 145 C.F.). En seguida, si se incumplen o descuidan los  
deberes de protección, de cuidado y educación que les incumben con  
respecto al menor, de manera que éste se encuentre en una situa-  
ción de abandono material o moral, podrán hacerse acreedores de --  
una *sanción penal* (art. 187 y 188 C.Pen.)

Pero, si por no ejercitar los poderes y no cumplir sus debe-  
res el menor comete un acto ilícito ocasionando daño a tercero, la  
ley (art. 1047 C. Civ.) los condena a reparar a la víctima el mal

producido, a menos que prueben "*que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria*" (Cfr. art. 1048 C. Civ. párrafo 2°). Así, la responsabilidad civil de los padres por hecho dañoso del hijo, se manifiesta -si es que cabe la expresión- como una sanción civil por la violación de los deberes que la autoridad parental les impone; y sólo podrán eximirse de tal responsabilidad aportando la correspondiente prueba liberatoria.

### C) LA PRUEBA LIBERATORIA.-

#### 1.- Principio general.-

El estudiar lo concerniente a la prueba liberatoria, nos servirá para determinar los límites y el fundamento mismo de la responsabilidad de los padres y tutores. En efecto, delimitar el objeto de la prueba significa, en verdad, aclarar también los confines de la responsabilidad, puesto que la definición de *las hipóte* -*sis* en que un sujeto está exento de responsabilidad permita determinar, por exclusión, *los casos* en que éste debe responder: un criterio que sea apto para definir las primeras vale en consecuencia también para precisar, aunque sea solo negativamente, los segun -dos. (9).

#### 2. Origen del Contenido de la fórmula liberatoria.-

Previamente al estudio del objeto de la prueba liberatoria, conviene determinar la procedencia de la fórmula utilizada por --

nuestro legislador. Como repetidas veces se ha señalado, el legislador costarricense abrió los brazos al Código Francés de 1804 y al proyecto de García Goyena de 1851, para servirse de ambos como pauta a seguir en la redacción del Código Civil de 1888.

La fórmula liberatoria consagrada en ambos prototipos es literalmente desigual. En efecto, el codificador francés en su artículo 1384, párrafo 7, establece que el padre, y la madre después de la muerte del marido, no se liberan "... a menos que prueben que no han podido impedir el hecho que ha dado lugar a esta responsabilidad". Por su parte, el Proyecto Español de 1851 reglamenta que la responsabilidad de los padres y tutores cesará si "...prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño". (Cfr. art. 1901, párrafo 6).

El legislador costarricense, al encontrarse ante diversas recetas, optó por mezclar las dos. La primera parte la tomó del molde francés ("*si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad...*"), y la segunda del español, puesto que, el probar que se utilizó "*el cuidado y vigilancia común u ordinaria*", no es otra cosa que demostrar que se empleó "*toda la diligencia de un buen padre de familia*", para impedir el daño.

### 3.- El Objeto de la Prueba liberatoria.-

Revelado el origen del contenido de la fórmula liberatoria, - la primera pregunta que surge es ¿cómo pueden liberarse los padres y tutores de la responsabilidad establecida por el art. 1047 C. -- Civ.? Según se dijo, se liberan probando que no han podido impedir

el hecho ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria (art. 1048, párrafo 2º). Pero, ¿qué hay que entender por eso?

Ya en los trabajos preparatorios del Código Civil Francés se discutió el punto. BERTRAND DE GREUILLE (10), en su informe ante el tribunal, declara: *"Si los padres y las madres... llegan a probar que se han encontrado en la imposibilidad de impedir el hecho de que alguien se queja, entonces desaparece la garantía, porque la imposibilidad bien comprobada equivale a fuerza mayor, que no origina ninguna acción a favor del que sea víctima del mismo"*. En efecto, el citado autor mantiene que los padres se liberan si prueban que el daño se produjo por una causa extraña y no previsible a los límites normales dentro de los que opera la garantía de resarcimiento y vinculada a la patria potestad (11).

Más tarde, en las resoluciones de la jurisprudencia francesa, se vendrá a adoptar una posición contraria a la del citado autor, al declararse *"que la responsabilidad establecida por el artículo 1384, párrafo 4º, se funda sobre los deberes derivados de la patria potestad; desde el punto que esos deberes se han cumplido exactamente, los padres deben ser absueltos. Por tanto, no se necesita que demuestren la fuerza mayor, la imposibilidad de prever el daño y la de impedirlo, el acontecimiento 'imprevisible e irresistible'; se liberan desde el instante en que prueban que un individuo normal habría vigilado y tal vez habría educado a su hijo como ellos han hecho; en pocas palabras, desde el momento que prueben que no ha habido ni falta de vigilancia ni falta de educación"*. (12).

Esta idea, de que basta la prueba de la simple ausencia de culpa, y no de una causa extraña, pasó a imperar en la doctrina de la época. Todavía es frecuente la afirmación de que la responsabi-

lidad de los padres y tutores por los daños de sus hijos y pupilos, se basa en una culpa presunta, con la admisibilidad de la prueba liberatoria de su ausencia.

Pero, no fundándose esta responsabilidad en una presunción de culpa *in vigilando* o *in educando*, sino en los especiales poderes y deberes inherentes a la autoridad parental y tutelar, la prueba liberatoria -en nuestro concepto- no tiene por objeto la falta de una culpa eficiente en la producción del específico evento lesivo. Ella atiende, en primer término, a la demostración de que los padres y tutores no han sido la causa *mediata* del perjuicio, por haber cumplido todos sus deberes y ejecutado sus poderes respecto al menor, conforme a lo indicado por la ley. En segundo lugar, que ellos no han contribuido a la producción del específico evento dañoso, por faltar un nexo causal *real* entre su conducta y el hecho del menor (13).

Esto es así -como explica MARCHETTI- porque la conducta del padre o tutor que puede asumir relevancia, a fin de determinar si existe responsabilidad *ex art. 1047 C. Civ.*, es sólo aquella tenida respecto al menor y no en relación al específico hecho dañoso. En otros términos, que la única forma de que los padres y tutores puedan ocasionar tan solo *mediatamente* el daño, es representando una conducta contraria a los particulares poderes-deberes derivantes del vínculo jurídico que les liga al menor (autoridad parental y tutelar); y sólo dicha conducta puede ser valorada a fin de establecer si hubo responsabilidad de su parte (14).

Los padres o tutores deberán entonces probar el haber cumpli-

do sus deberes respecto al menor y el haber ejercitado, en caso de necesidad los poderes que la ley les confiere, y, *eventualmente*, que su comportamiento respecto al menor, conforme o no a derecho, no podía en ese caso particular y en derogación de cuanto normalmente sucede, desplegar alguna influencia sobre la conducta del mismo -- (15).

En cifra, el argumento de la prueba liberatoria no sólo va -- más allá de la vigilancia comprendiendo también la educación impartida, sino que, conceptualmente se abarcan todos los deberes y poderes del padre y del tutor, donde la inobservancia de los primeros o la falta de ejercicio de los segundos, parezca tener alguna repercusión mediata e indirecta en el hecho del hijo (16). Así, -- quedará exento de responsabilidad el padre o tutor que demuestre -- ante el juez que ha educado, guardado y vigilado al menor (arts. -- 130, primera parte, C. Fam. 187 y 188 C. Pen). Que en forma moderada ha corregido al hijo, solicitando incluso al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar su orientación (art. 130, segunda parte, C. Fam.). Sólo de esta forma, podrá decirse que la conducta del obligado ha estado conforme a derecho, y en consecuencia, fuera de toda responsabilidad.

#### 4. Configuración Autónoma de la Prueba Liberatoria para cada uno de los Padres.-

Los padres (padre y madre) se liberan de responsabilidad de -- mostrando que han cumplido sus deberes y ejercitado sus poderes en relación al menor. Pero, ¿qué sucede cuando el menor ha permanecido cerca de uno solo de sus padres?; ¿tal circunstancia puede ser

invocada por el otro cónyuge para eximirse de responsabilidad?, o al contrario, ¿ambos deben responder solidariamente ante la víctima, no existiendo la posibilidad de que uno solo de ellos se libere de su responsabilidad ofreciendo la prueba liberatoria descargando toda la obligación sobre el otro? La naturaleza solidaria de la responsabilidad de los padres *ex art. 1047 C. Civ. (17)*; la obligación conjunta de educar, guardar, corregir, "*de preparar el porvenir*", de sus hijos (*arts. 34, 130 C. Fam*); y el hecho de que los poderes-deberes inherentes a la autoridad parental no puedan renunciarse (*art. 128 C. Fam.*); son aspectos que conducen a pensar en la imposibilidad de que uno solo de los progenitores pueda ofrecer, en determinadas circunstancias, la prueba liberatoria descargando toda la responsabilidad en el otro.

No obstante, el centro de la cuestión no es ese. Su núcleo está en determinar cuando la conducta del padre o de la madre ha estado conforme o no a derecho. En efecto, si ambos cónyuges se encuentran ejercitando *normalmente* sus poderes-deberes en cuanto al menor, lo lógico es que uno y otro respondan solidariamente ante la víctima, sin que pueda descargarse toda la responsabilidad en uno de ellos sólo.

Pero, la solución no puede ser la misma si el ejercicio de los poderes-deberes correspondientes a la autoridad parental no es *normal*. Por ejemplo, que ambos cónyuges convengan en un juicio de divorcio por mutuo consentimiento -y así lo aprueba el tribunal (*art. 56 C. Fam.*)- que la guarda, crianza y educación del menor corresponderá a uno solo de los padres. Si estando en esta situación el

menor comete un daño, no podrá negarse la legitimidad del comportamiento del cónyuge que en esos momentos se encuentra imposibilitado de dirigir la conducta del menor, lo que será suficiente para -excluir su responsabilidad descargando la misma en el otro obligado.

Aún más, la obligación conjunta y no alternativa de educar, vigilar, corregir, asistir, etc., a los hijos menores fijada por ley entrambos padres, tiene por su lógico y necesario presupuesto, el resto de lo expresamente indicado por el mismo artículo 1047 C. Civ. que los menores por los que se ha de responder "*habiten en la misma casa*". Cuando al contrario, un hijo menor permanece cerca de uno solo de sus padres, tal circunstancia puede ser invocada por el otro cónyuge para liberarse de su responsabilidad (18).

Se debe concluir, que la prueba liberatoria prevista en el -- art. 1048 párrafo 2° C. Civ. debe tener como objeto únicamente el *normal* cumplimiento de los deberes y el normal ejercicio de los poderes inherentes a la patria potestad o a la autoridad tutoria. Así, cuando cualquiera de los llamados a responder se encuentre imposibilitado (legalmente) para dirigir la conducta del menor, podrá en forma *unilateral* ofrecer la prueba liberatoria correspondiente y eximirse de responsabilidad descargando la misma en el otro - obligado (19).

##### 5. Forma de Apremiar los Poderes-Deberes a Efecto de la Prueba Liberatoria.-

Decíamos que la autoridad parental confiere los derechos e impone deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, co-

rregir al hijo. La investigación para eximir al padre o al tutor - de responsabilidad, deberá abarcar todos esos poderes-deberes.

En cuanto a la educación que es el primero que se indica, se debe valorar no tanto en relación al provecho que el menor ha obtenido, esto es, el resultado de ella, sino respecto al esfuerzo, al empeño que haya puesto el educador en impartirla (20). Pues puede suceder -y de hecho acontece- que el padre o el tutor hayan cumplido a conciencia todos los deberes para educar al menor sin obtener un resultado positivo. En tal caso, no pueden considerarse responsables, puesto que la ley quiere sólomente que hayan hecho todo lo posible para educar, dentro de sus posibilidades económicas, sociales y ambientales, al menor.

Para BONASI, este deber de educación no puede ser considerado como autónomo respecto al de vigilancia. Si así fuese -señala-, el padre podría estimarse responsable aun tras el cese de la vida en común, ya que la obligación relativa a la educación del hijo puede resultar igualmente violada, retrotrayéndose los efectos de tal vigilancia aún más allá del momento en que cesó la vida en común. Y además -agrega el citado autor- la autonomía de la educación no se halla declarada expresamente por la ley y podría extender de modo excesivo la responsabilidad de los padres y tutores (21).

Siguiendo esta misma línea de pensamiento -escribe PASETTI-, que es el resultado de la educación la que determina el grado de -vigilancia, esto es, el caracter del hijo eventualmente modificado por la educación impartida. A su juicio, el resultado de la educación da el criterio para valorar si el padre había o no ejecutado

su deber de vigilancia. Esto conduce a la ulterior consecuencia de que la violación de la obligación de educación, a efectos de responsabilidad de los padres, no tiene una particular importancia autónoma y directa, sino sólomente indirecta en cuanto fija la medida de la obligación de vigilancia (22).

Nos inclinamos por pensar que, a efecto de apreciar la prueba liberatoria, los deberes de educación y de vigilancia están íntimamente conexos entre sí. En efecto, si partimos de un punto de vista fijo -sobre el cual no existe duda- tanto una como otra obligación deben ser apreciadas de acuerdo al natural desarrollo fisiológico y psicológico del menor. Si el hijo es incapaz de entender y de querer (23), los padres que cohabitan con él se libran de responsabilidad probando que han cumplido debidamente con su vigilancia; pues no se les podrá exigir prueba sobre la educación de una persona que permanece ajena a los estímulos preventivos y correctivos (24).

Mientras que, si el menor posee la capacidad de entender y de querer, los padres son responsables, no sólo como vigilantes, sino también como educadores. Es precisamente en este caso, donde la demostración de una sana y adecuada educación conlleva a su vez la de una correcta vigilancia. El padre, al probar su empeño por educar y corregir al menor indirectamente estará probando si había o no ejecutado su deber de vigilancia. Así pues, el padre no podrá liberarse de la responsabilidad respecto a terceros aduciendo haber empleado todos los medios posibles para educar al hijo rebelde, habiéndole vigilado como un hijo normal (25).

Por último, conviene recordar que no solo es importante la investigación de la vigilancia y educación del menor. Los padres y tutores para liberarse de responsabilidad, deben de hacer llegar hasta el tribunal la prueba *global* del cumplimiento de sus deberes y ejecución de sus poderes respecto al menor. Se deberá indagar si -- han cumplido debidamente con la obligación de *asistencia* alimentaria (art 151 y ss C. Fam. 185 y 186 C. Pen); si han abusado de su poder paterno (art. 149, inciso 6 C. Fam. 188 C. Pen); si se han preocupado por reclamar la presencia del hijo en la casa paterna cuando éste se ha alejado sin justificación alguna (art. 129, 130 C. Fam. 187 C. Pen); si han cumplido con la obligación de recurrir en caso de necesidad al Juez Tutelar para la adopción de medidas adecuadas (art. 130 C. Fam, 1 y 6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tut. de menores) (26).

En fín, el juez deberá efectuar un estudio detallado y *conjunto* de toda la gama de *poderes-deberes* que comprenden la autoridad parental y tutelar. Una vez reunida toda la prueba presentada por el responsable si el escrutinio de la relación de hechos probados y no probados arroja como resultado que la conducta del obligado ha estado conforme a derecho se le debe liberar de la responsabilidad por el daño del menor. Ahora, si la respuesta es negativa, deberá ser condenado a responder ante la víctima, pero no porque su propia conducta haya sido la causa del daño, sino por la sencilla razón de que la ley (art. 1047 C Civ) lo ordena, y si así no fuere estaría exento de toda responsabilidad.

#### D) CONCLUSION DE LA PRIMERA PARTE.-

Sabido es que todo intento de construcción de fórmulas -en el

campo del Derecho sobre todo- entraña dificultades y atrae peli--  
gros. Pero, ante la conveniencia didáctica que representa, trataremos  
de compendiar nuestra disertación en la siguiente fórmula general  
:

"La autoridad parental y tutelar constituyen un conjunto de dere  
chos y deberes que corresponden a los padres y tutores sobre la  
persona (y patrimonio) de cada uno de sus hijos y pupilos no eman-  
cipados, como medio de realizar la función legal que les incumbe -  
de proteger, educar, vigilar y, en forma moderada, corregir a sus  
subordinados. Por eso, cuando éstos causan un daño a un tercero, -  
los padres y tutores deberán ser *sancionados* obligándoles a indem-  
nizar a la víctima; pero no porque con su propio hecho (culpa *in* -  
*vigilando* o *in educando*) hayan causado el mal, sino porque así lo indica  
la ley (art. 1047 C. Civ.) como una sanción legal, por no haber  
*normalmente* ejercitado sus poderes y cumplido sus deberes a fin de -  
evitar el perjuicio. Ahora bien, en virtud de que los padres y tu-  
tores perciben mejor que la víctima el modo de ser, el carácter, -  
las costumbres y el medio social en que se desenvuelve el menor,  
se deroga el derecho común de responsabilidad: se invierte la car-  
ga de la prueba en favor del damnificado (Art. 1048, párrafo 2° C.  
Civ.)" (27).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) MAZEAUD Y LUNG, supra nota 3 cap. I; p. 493-497.
- (2) TREJOS, supra nota 13, cap. I; p. 179.
- (3) CAMMAROTA.- *"Responsabilidad Extracontractual. Hechos y Actos Ilicitos"*.- Buenos Aires, 1947, V-2, p. 503-504.
- (4) ROGEL VIDE, supra nota 43, cap I; p. 128.
- (5) En nuestro país, el Código General de 1841 y el Código Civil de --- 1888 emplearon exclusivamente la voz "*patria potestad*", que significa, como es sabido, poder del padre sobre sus hijos. La Constitución Política de 1949 y las reformas al Código Civil de 1952 introdujeron cambios importantes en esta materia al consagrar constitucionalmente la igualdad de derechos de los cónyuges y prescribir que compete a los padres ( es decir, al padre y a la madre), con iguales derechos, el ejercicio de la patria potestad.
- Hoy día, nuestro Código de Familia, siguiendo la tendencia mundial de la doctrina y la legislación en materia de patria potestad introduce por primera vez la expresión "*autoridad parental*". Con ello se pretende responder a la doble y bien conocida evolución histórica de la patria potestad, que en una vertiente ha pasado de *poder* a *función*, y en otra vertiente ha pasado de ser algo atribuido exclusivamente al padre, a constituir algo compartido por el padre y la madre. Nosotros, conscientes de que el Código de Familia emplea indistintamente las expresiones "*patria potestad*" y "*autoridad parental*" (Cfr. arts. 130 y 132), preferimos el término de autoridad parental que está más acorde con el principio de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges entre sí y de los padres con respecto a sus hijos.
- Sobre la naturaleza y evolución de la patria potestad véase CASTAN VAZ - QUEZ, supra nota 80, cap' I, p. 15 y ss.; en el derecho costarricense, véase -- TREJOS, supra nota 13, cap. I, p. 127-128.
- (6) Véase TREJOS, supra nota 13, cap. I, p. 129.
- (7) Ibid., p. 131.
- (8) Sobre el término y suspensión de la autoridad parental véase arts. 145 y 146 del C. Fam.; además S. 2º Civ. res. Nº 117, 1978 (15:10 de 10 de mayo) en Rev. Jud. Nº 13, p. 180. Véase también TREJOS, supra nota 13, cap. I, p. 159 y 160.
- (9) MARCHETTI, supra nota 8, cap. I, p. 151.
- (10) BERTRAND DE GREVILLE, cit. por MAZEAUD Y LUNG, supra nota 2, cap. I, p. 317-319.
- (11) Este mismo criterio es seguido hoy día por LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p! 288-289. Para este autor la prueba liberatoria consistió "*...en la demostración de que el hecho del menor es un acontecimiento atípico en rela-*

ción al 'ámbito de control del padre'". O dicho de otro modo, que el daño se ha producido por una causa extraña y no previsible en los límites normales dentro de los que opera esa garantía de resarcimiento vinculada a la patria potestad.

(12) Cfr. MAZEAUD y LUNG, supra nota 2 del cap. I, p. 317-319.

(13) Para un análisis de la ausencia de culpa, véase ROVELLI, R.- "*La responsabilità Civile da Fatto illecito*".- Unione Tipografico -Editrice Torinese, Torino, 1964, p. 247-248.

(14) Cfr. MARCHETTI, supra nota 9, cap. I, p. 60-61.

(15) Ibid. P. 57-58.

(16) Ibid.

(17) La forma de responder los padres (padre y madre) ante la víctima será objeto de análisis detallado en el transcurso de esta investigación, véase - infra cap. III p. 75

(18) Cfr. art. 1047 C. Civ. Para algunos autores -criterio que no duda - mos en compartir- la cohabitación del agente del daño (el hijo) con el responsable es un requisito *esencial* para exigir la reparación del perjuicio. Así lo indican: ROVELLI, supra nota 13, p. 246-247; VISINTINI, G.- "*La Responsabilità Civile nella Giurisprudenza*".- Edizioni Cedam, Padova 1967, p 335-336. En contra, OLLIER cit, por LEON GONZALEZ, supra nota 7 del cap. I, p. 299. Para estos dos últimos autores, "*el nexo que se establece entre la responsabilidad paterna y la comunidad de habitación es un nexo lógico, pero no un nexo necesario. Con otras palabras, la presencia bajo el mismo techo permite presumir muy fundamentalmente que el padre ha podido ejercer un control efectivo sobre la conducta lesiva del menor, aunque no autorice a afirmarlo con carácter absoluto; pero a la inversa, la falta de convivencia no produce por sí sola la exoneración del responsable*".

(19) Véase MARCHETTI, supra nota 9, cap. I, p. 61-62.

(20) Ibid, p. 57-58.

(21) Cfr. BONASI BENUCCI, supra nota 2, cap I, p. 243-245

(22) Cfr. PASETTI, G.- "*In tema di Responsabilità del Genitore per mancata educazione del figlio*", in Giur. It., 1949, I, 2, p. 292-294. En el mismo sentido, POGLIANI, M.- "*Responsabilità e Risarcimento da Illecito Civile*".- Editore Dott. A Giuffrè, Milano, 1964, p. 113-114. Para este último autor, la prueba liberatoria debe ir dirigida a demostrar en forma *conjunta* -no separada- que se ha cumplido con la obligación de vigilar y educar al hijo; ambos aspectos deben ir unidos en la prueba, pues son parte de una misma situación y no aspectos distintos.

(23) "*La capacidad de entender hace referencia a las facultades intelectivas y cognoscitivas y consiste en la aptitud del sujeto para comprender el significado de sus actos y valorar sus consecuencias en el ámbito social. La capacidad de querer, se refiere, por su parte, a la idoneidad psíquica para deter*

*minar libremente según el recto discernimiento, entre el bien y el mal, resistiendo los impulsos". Véase LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap., I, p. 302 nt. 94.*

(24) Cfr. TABET, A.- "*Questioni in tema di fatti illeciti dei minori*".- in Foro Ita., 1953, I p. 1437-1438.

(25) Véase PASETTI, supra nota 22, p. 292-293.

(26) En la jurisprudencia italiana (concretamente Cass. 28 de giugno de 1951, N°1728, in Resp. Civ. e Priv.) se ha subrayado la obligación del padre de reclamar la presencia en casa paterna del hijo que se ha alejado sin justificación, y la obligación de recurrir, si es necesario, al Juez Tutelar de Menores para la adopción de medidas adecuadas (art. 318 C. Civ. Ita.); en otros casos se ha dado realce a la adopción de parte del padre de las medidas correctivas adecuadas al vivaz carácter del hijo, consistentes en haber llamado a la policía para que quitaran el arma al menor y el dirigirse a la autoridad para que se internara al menor en una casa de educación (Sent. 6 luglio de 1957, Mon Trib 1958 p. 161) cit. por MARCHETTI, supra nota 9, cap. I, p. 57-58.

(27) Sobre el carácter normalmente *sancionatorio* de la responsabilidad civil, véase texto supra a que se refiere la nota 95, cap. I.

S E G U N D A P A R T E

LOS LLAMADOS A RESPONDER

Y LOS REQUISITOS DE ESTA RESPONSABILIDAD

## C A P I T U L O   I I I

### LOS LLAMADOS A RESPONDER

SUMARIO: I. LOS LLAMADOS A RESPONDER.- A) CARACTER EXCEPCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO.- B) LOS PADRES.- 1. Breve in -  
troducción.- 2. Familia matrimonial.- a) contenido incierto de la  
fórmula "los padres" (art. 1047 C. Civ.).- b) Sobre la forma en --  
que deben responder ambos cónyuges.- 3. Responsabilidad en caso de  
divorcio, separación judicial y nulidad de matrimonio.- a) Disocia  
ción entre la guarda legal y la titularidad de la autoridad paren-  
tal.- b) Cónyuges separados de hecho.- 4. Familia extramatrimonial.  
a) Responsabilidad exclusiva de la madre.- b) Responsabilidad ex -  
clusiva del padre.- 5. Familia adoptiva.- C) TUTORES O ENCARGADOS.-  
1. Regulación legal y fundamento de esta responsabilidad.- 2. La -  
prueba liberatoria.- 3. Significado del término "encargados".- 4.  
La tutela de hecho.- 5. Responsabilidad por los actos ilícitos de  
los niños expósitos o abandonados; y menores acogidos en un esta -  
blecimiento de asistencia social.- a) situación antes de la decla-  
ratoria judicial de abandono.- b) Después de la declaratoria. c) -  
Situación de menor declarado administrativamente en abandono, pero

no judicialmente.- 6.- A propósito de la responsabilidad de los en  
tes de asistencia social.- D) CONCLUSION: "CUADRO REPRESENTATIVO -  
DE LOS LLAMADOS A RESPONDER".

## CAPITULO III

## LOS LLAMADOS A RESPONDER

A) CARACTER EXCEPCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO.-

El artículo 1047 del C. Civ. establece que: "*Los padres son responsables del daño causado por sus hijos... En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor*".

¿Cabe extender la responsabilidad sancionada por este precepto a otras personas que se encuentren, con respecto al menor, en una *situación análoga* a "*los padres*"? o, dicho de otro modo, ¿es posible una ampliación de esta responsabilidad a otras personas distintas de las mencionadas en el texto de la ley; especialmente aquellos parientes que por su posición dentro del agregado familiar -- (abuelos, hermanos mayores, etc.) suelen ejercer de hecho un cierto control sobre la conducta del menor?

De la redacción del art. 1384 del Código de Napoleón surgió, por primera vez, tal interrogante. En este cuerpo legal no se reglamentó la responsabilidad civil del tutor por los actos ilícitos del pupilo. Pero la doctrina francesa, unánime en extender, a pesar del silencio de la ley, la responsabilidad de los padres también a los tutores, hizo surgir la duda de si la responsabilidad -

del hecho no propio debía extenderse también a todos aquellos que, investidos de autoridad sobre otros, podían creerse obligados a una vigilancia, o al menos constituidos en facultad de poderles impedir las malas acciones. Por ejemplo, el marido con respecto a la mujer, los ascendientes para con los descendientes de segundo o --tercer grado, los tíos con respecto a los sobrinos, o los hermanos mayores con respecto a los menores, etc. (1).

La duda subsiste en la actualidad. Al comentar el art. 1903 - C. Civ. Esp. (equivalente en nuestro régimen a los arts. 1047 y --1048 párrafos 1º y 2º C. Civ.) el Magistrado Español SANTOS BRIZ, escribe: "*Las personas obligadas a responder por hecho ajeno son los padres, tutores, dueños o directores de un establecimiento o empresa y los maestros o directores de artes y oficios. La enumeración no puede considerarse exhaustiva, aunque trate de imponer una obligación, sino simplemente enunciativa o ad exemplum; por tanto, podrá ampliarse por analogía.*" (2).

Además, -continúa el citado autor- el artículo 1903 C. Civ. - Esp. (arts. 1047 y 1048, párrafos 1º y 2º C. Civ.) establece una clara presunción de responsabilidad, que admite prueba en contra -rio y de la carga de la prueba no queda relevada -esto es lo más -interesante de su tesis- la persona cuya responsabilidad se declare por analogía de las expresamente designadas. "*La aplicación analógica es clara, en cuanto que la misma situación debe dar lugar a la misma disposición*" (3).

Contrariamente a lo que piensa SANTOS BRIZ, la mayoría de la doctrina estima que la enumeración de los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno es de carácter taxativa, y no simplemente --

enunciativa o *ad exemplum*. CARBONNIER, entre otros, estima que "no -- existe una responsabilidad general por hecho ajeno, sino tan sólo casos particulares y limitados que el intérprete no puede ampliar" (5). En el mismo sentido, COLOMBO opina que de la excepcional naturaleza que tiene la responsabilidad por hecho ajeno se infiere que su aplicación debe ser *restrictiva*, ya que lo normal es que cada uno sea responsable de los hechos que él mismo realiza (6).

Consideramos, al igual que la mayoría de la doctrina, que no cabe una ampliación de esta responsabilidad a otras personas distintas de las mencionadas en el texto de la ley. La circunstancia misma de que el legislador haya *equiparado* a los padres, el tutor -- (o encargado) demuestra su intención de excluir la aplicabilidad de la norma especial a otros sujetos (7). Además, el deber de responder que pesa sobre los padres es un auténtico "*deber legal*" que no existiría en defecto de una afirmación expresa del código (8).

Por otra parte, si la ley declara responsables a los "*padres*" o, en su defecto, los "*tutores*" es precisamente porque el *officium* de la autoridad parental implica especiales poderes y deberes de educar, guardar, vigilar, y en forma moderada, corregir al hijo, - que justifican plenamente en aras del interés superior de la familia y la solidaridad social, un mayor rigor en la exigencia de la obligación de indemnizar. Por eso, si falta esta razón legitimadora (u otra de naturaleza semejante, como ocurre, por ejemplo, en la autoridad tutelar), carece también de fundamento y sería contraria a la equidad una extensión analógica de la responsabilidad civil (9).

Hay que entender, en definitiva, que la interpretación de los artículos 1047 y 1048, párrafos 1° y 2° del C. Civil debe ser *restrictiva*, debido a que estamos en una esfera excepcional. Sin embargo, que la enumeración que hacen los antedichos preceptos tenga carácter taxativo no implica que personas no mencionadas *nominatium* -- puedan ser declaradas responsables en base al principio general de responsabilidad por hecho propio (art. 1045 C. Civ.); en cuyo caso será preciso que la víctima demuestre que el daño causado por el menor se produjo como consecuencia de una "*falta, negligencia o imprudencia*" del presunto responsable. Así ocurriría siempre que el menor esté sometido a una guardería no legal, sino *de hecho*, pues es evidente que si se halla bajo control de las demás categorías de personas a que se refieren los artículos 1047 y 1048, párrafos 1° y 2° del C. Civ., subsistirán las razones que han determinado la inversión de la carga de la prueba (10)

## B) DE LOS PADRES.-

### 1. Breve introducción.-

El legislador establece que "*los padres*" son responsables por los daños causados por sus hijos menores (art. 1047 C. Civ.). No queda claro si esta responsabilidad se entiende tan sólo respecto a los padres ligados por matrimonio o si, por el contrario, debe ampliarse a las demás hipótesis: padres divorciados, separados judicialmente, padres no ligados por matrimonio, padres adoptivos, etc.

Sin embargo, tal situación no puede imputarse a una defectuo-

sa técnica legislativa. Al contrario, el Código regula aspectos *normales* en la vida de los padres del menor. Corresponde al intérprete resolver las eventuales anomalías que se puedan presentar. Por eso, trataremos de solventar en primer término el problema de la responsabilidad de los padres ligados por matrimonio, para luego descifrar las hipótesis de responsabilidad de aquellos que, -- por disposición de ley o declaración judicial, se encuentran en otras circunstancias.

## 2.- Familia Matrimonial.-

a) Contenido incierto de la fórmula "los padres" (art. 1047 C.Civ.). El artículo 1047 C. Civ. llama a responder en primer término a -- "los padres". La primera cuestión a resolver es si la locución "los padres" está referida al padre y a la madre o si, por el contrario, remite solo a los padres excluyendo a las madres.

A primera vista, la voz "los padres" no parece crear ningún -- problema. Cualquier intérprete apostaría sin temor, a que está referida "al padre y a la madre". Nosotros *en principio* lo interpretaremos así. Sin embargo, existen razones para dudar de su verdadero contenido: en primer lugar, es a partir de la publicación de la - Ley N° 1443 de 21 de Mayo de 1952 que se establece en nuestro régimen el ejercicio conjunto de la autoridad parental(11). Es decir, que cuando se redactó el Código Civil de 1888 el padre era quien ejercía en forma *exclusiva*, la patria potestad sobre sus hijos menores. Por otra parte, ninguno de los Códigos (el de Napoleón y - el proyecto de García Goyena), tomados como modelo por el nuestro, regulan el ejercicio conjunto de la patria potestad, y en ambos,

con ligeras diferencias de matíz, -que no es del caso comentar ahora- se llama a responder al padre, y sólo *en defecto* de éste, a la madre.

Para aclarar la duda, aunque sea brevemente, conviene observar las fórmulas utilizadas por las diferentes legislaciones para reglar lo concerniente a la responsabilidad civil por los actos ilícitos del menor y lo referente a la autoridad parental.

Algunas legislaciones suelen atribuir al padre -y en su defecto, con una u otra fórmula, a la madre- la responsabilidad por los actos dañosos de los menores sujetos a la autoridad parental.

El Código Civil francés (12) en el párrafo 4° del artículo -- 1384, señala que son responsables "*el padre, y la madre después de la muerte del marido*". El Código italiano de 1865 en su artículo 1153, - párrafo 2°, usa la expresión "*el padre, y a falta de éste, la madre*". El Código Civil Español, en el párrafo 2°, del art. 1903, llama a responder "*el padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre*". El B.G.B. habla en su párrafo 829 de la responsabilidad del "*tercero con deber de vigilancia*", entendiéndose que ese obligado a vigilar es el titular de la patria potestad, o sea, el padre (párrafos 1627 y 1631), pero además de él la madre (párrafo 1634) y, en su caso, sólo ésta (párrafo 1684) (13).

Al transformarse la patria potestad, de un *poder exclusivo* -- del padre en una *función*, en un *officium*, conferido por ley a ambos - progenitores, varía radicalmente, en algunas legislaciones, la reglamentación sobre la responsabilidad del padre y de la madre por

los actos ilícitos de sus hijos menores.

Así, el Código Civil Italiano de 1942, que a diferencia del -derogado de 1865 -en el que la madre respondía *en defecto* del padre- declara responsables "*al padre y a la madre*" conjuntamente, estableciendo, como observa DE CUPIS, un régimen de corresponsabilidad -- con el fin de reforzar los vínculos familiares (14).

Por su parte, el legislador francés mediante la Ley N° 70-459 de 4 de Junio de 1970, modifica lo concerniente al ejercicio de la autoridad parental, reglamentando en el artículo 372 del C. Civ., que durante el matrimonio "*el padre y la madre*" en común, les corresponde el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos menores. Con esta misma ley se reforma el párrafo 4° del art. 1384 C. Civ., estableciendo que en lo sucesivo, "*el padre y la madre*" son responsables del daño causado por sus hijos menores (15).

En nuestra legislación ha variado la fórmula en cuanto a la -autoridad parental, mas no en relación a la responsabilidad civil. En efecto, el Código General de 1841 y el Civil de 1888 reglamentaban un poder *exclusivo del padre* sobre los hijos menores. La Constitución de 1949 y las reformas al Código Civil en 1952 vinieron a introducir cambios sustanciales en la materia, al ordenar que: compete a los padres (padre y madre) con iguales derechos el ejercicio de la patria potestad (Cfr. arts. 129 y 138 C. Civ., hoy derogados por ley N° 5476 de 21 de Diciembre de 1973). Con la creación del actual Código de Familia (publicado en el Alcance N° 20 de la Gaceta N° 24 del martes 5 de Febrero de 1974), se consolida el ejercicio conjunto de la autoridad parental, al disponer el art. 138, --

del citado cuerpo de leyes que: *"El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio..."* (16). Sin embargo, el Código Civil vigente -creado en 1888- mantiene, letra por letra, la misma fórmula para exigir la responsabilidad por los actos ilícitos causados por un menor.

Entonces, ¿debemos entender, al igual que la doctrina (17) y jurisprudencia (18) costarricense, que la expresión *"los padres"* se refiere al padre y a la madre?

En la forma en que se encuentra, *actualmente*, regulada la autoridad parental no cabe duda que la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores corresponde conjuntamente al padre y a la madre. Pero, ello no indica que, ingenuamente, tengamos que aceptar como buena la expresión *"los padres"*. De lo expuesto se infiere que el legislador perfectamente pudo referirse solo a *"los padres"* y no a *las madres*. De todos modos, para evitar dudas, sería conveniente que el Código Civil en lugar de declarar que *"los padres"* son responsables...etc., dijera en el art. 1047 - (empleando igual fórmula que el art. 138 C. Fam.) que son responsables *"el padre y la madre"*.

En suma, interpretando la expresión *"los padres"*, usada en el art. 1047 C. Civ., no como el legislador quiso *entonces* sino como hubiese querido *ahora*, debemos concluir estableciendo la fórmula siguiente: *puesto que ambos cónyuges ejercen con iguales derechos y deberes la autoridad parental sobre los hijos habidos en matrimonio, la responsabilidad por los daños que causen los menores, incumbe a los dos, es decir, "al padre y a la madre"* (véanse artículos 1047 C. Civ., 34, 127, 128, 129, y --

138 C.Fam) .

b) Sobre la forma en que deben responder ambos cónyuges.- Sabemos que ante la víctima responden los dos cónyuges, pero, ¿de qué forma?; ¿quedan obligados a indemnizar a la víctima mancomunada o solidariamente? (19)

Los tribunales costarricenses, (20) cuando les ha tocado re - solver el punto, no dudan en manifestar que al "*tenor literal del art. 1047 C. Civ. se establece una especie de solidaridad*" de los padres ante los daños causados por sus hijos menores. En el mismo sentido se pronuncia algún sector de la doctrina. TREJOS, por ejemplo, sin mayores explicaciones, escribe que "*la responsabilidad incumbe directa y solidariamente a los padres, es decir, al padre y a la madre*". (21)

¿Es admisible afirmar, entonces, que el padre y la madre responden *solidariamente* por el daño causado por su hijo menor, sin -- que lo ordene *expresamente* el art. 1047 del C. Civ.?

Recordemos que la solidaridad pasiva, sea cual fuere la causa de que provenga, es necesario que sea expresa. Nunca se presume, -- tanto por las serias consecuencias que acarrea a quien tiene que soportarla, como por ser de carácter excepcional. (22). Además, en las obligaciones *ex voluntate* la solidaridad puede ser establecida por los interesados o por la ley. Pero en las *ex lege*, - o sea, las que ahora nos interesan- será la ley la que haya de establecer la solidaridad (23).

No obstante, "*¿cabe quizás todavía, mediante interpretación, llegar a la conclusión de que en el caso en estudio hay solidaridad, porque, en el mismo,*

aun no dispuesto de forma explícita, tal ha sido, sin embargo, el espíritu de la ley? Y si ello no es posible, ¿cabría obtener la conclusión de que hay solidaridad porque viniera impuesta por la naturaleza de la obligación?". (24).

Conviene observar, antes de emitir un criterio sobre el particular, la forma en que soluciona el problema la doctrina, y sobre todo, la legislación extranjera.

El legislador francés, en un afán de evitar toda clase de comentarios al respecto, resuelve la cuestión estableciendo *expresamente* la solidaridad. Por medio de la Ley N°70-459 de 4 de Junio de 1970, se reforma el artículo 1384, párrafo 4°, y se ordena que: "Le père et la mère, en tant q' ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage cause par leurs enfants mineurs habitant avec eux"

En la Italiana de 1942 no se establece, como en la francesa, explícitamente, que el padre y la madre son solidariamente responsables por los daños que causen sus hijos menores. Sin embargo, la doctrina (26) y jurisprudencia (27) vienen entendiendo que el espíritu de la ley es acogerla. "En cuanto al acto ilícito del hijo -comenta el autor italiano MESSINEO- la responsabilidad, tanto del padre como de la madre, se establece de manera conjunta, y no alternativa; la cosa se comprende, puesto que, en tal responsabilidad, aquellos sujetos incurren por el hecho de estar investidos de la patria potestad como officium, conferido por ley a ambos y por lo tanto, independientemente del hecho de que el ejercicio de esa potestad sea del padre o de la madre. Se puede ver en ello -concluye- un caso de responsabilidad solidaria, por efecto del principio general que se contiene en el artículo 1924". (28).

En la legislación alemana sucede lo mismo que en la anterior. Aun no habiendo sido adoptada como regla la solidaridad, el criterio de la doctrina es que debe admitirse. Así lo enseña KARL LA -- RENZ, (29), para quien, *el padre y la madre*, como consecuencia del aspecto "*tuitivo*" de la patria potestad, están obligados, en concepto de deudores solidarios, a responder por los actos ilícitos de sus hijos menores, de conformidad con lo ordenado por el párrafo 840, 1º, del B.G.B. (30).

En la Española no ocurre lo mismo que en las tres anteriores. En ella, aunque los deberes de educación y vigilancia corresponden en la realidad y naturalmente a ambos cónyuges de una manera *conjunta*, la ley no ha mantenido esta paridad de situación a la hora de sancionar su responsabilidad por los hechos del menor que se atribuye, según el artículo 1903, párrafo 2º, en primer término al padre y "*sólo por muerte o incapacidad de éste a la madre*". (31).

Sin embargo, a pesar de lo ordenado por el art. 1903, párrafo 2º, C. Civ. Esp., en la doctrina española se conocen algunas opiniones en pro de la responsabilidad conjunta del padre y de la madre por los actos ilícitos del menor. Así, LEON GONZALEZ, sostiene que una interpretación restrictiva del término "*incapacidad*" contrasta abiertamente con la equidad y desconoce, no solo la configuración actual de los poderes familiares, sino, además, el principio de solidaridad que hoy inspira toda la materia del derecho de daños. "*Es posible -afirma- que el legislador de 1889, en contemplación a unas necesidades sociales distintas de las nuestras, haya querido responsabilizar a la madre únicamente dentro de los estrechos márgenes que parece señalar -*

la letra del precepto. Pero a medida que la mujer asume dentro y fuera del ámbito familiar un papel en muchos aspectos equiparables al marido, van desapareciendo también las razones que en otra época sirvieron de justificación a una diversidad de tratamiento jurídico" (32).

En el mismo sentido ha dicho CASTAN VAZQUEZ que en lugar de declarar que la madre responde "por muerte o incapacidad" del padre, se debe usar la expresión "el padre y la madre" son responsables civiles. Esto encuentra justificación -a su juicio- "en que la tendericia moderna, tanto en el derecho comparado como en el propio derecho español, se orienta al reconocimiento de la participación de la madre en la patria potestad; ahora bien, -continua- si la madre participa en esta función, le estará atribuida también, tanto como al padre, o al menos, en los casos en que no pueda -- cumplirlo este, la vigilancia del menor, de donde se deriva la responsabilidad". (33).

En la legislación costarricense, la situación es bastante sui géneris. En ella, si bien el artículo 638 C. Civ. indica que: "la solidaridad entre deudores solo resulta de pacto expreso o de disposición testamentaria o de ley" y, aunque falta un precepto legal que la establezca formalmente respecto a "el padre y la madre" por los actos ilícitos de sus hijos menores, no obstante, la doctrina (34) y jurisprudencia (35) vienen declarando que debe admitirse. Pero el problema está - en que no se especifica el camino para arribar a dicha conclusión.

Para acoger la solidaridad en el caso en estudio se pueden señalar tres caminos, de los cuales, el último nos parece el más aceptable: en primer lugar, se puede argumentar que la ley establece la solidaridad como excepción al disponer que: "La obligación de repa-

rar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasi-delito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasi-delito -- sea como autores o cómplices y sobre sus herederos" (art. 1046 C. Civ.) En pro de la tesis de la solidaridad, por otra parte, se puede decir que el principio de solidaridad que actualmente inspira la materia del derecho de daños tiende a la "mejor protección de las eventuales víctimas", y la solidaridad de los responsables asegura más firmemente el resarcimiento. (37) Por último, aun no establecida expresamente (38) por ley, existe la solidaridad, porque así se deduce del fundamento mismo de la responsabilidad civil de los cónyuges por el acto ilícito del sometido a la autoridad parental.

En efecto, el fundamento de la responsabilidad civil de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores se encuentra en el ejercicio de la *autoridad parental*. Ahora bien, al ordenar el legislador (art. 138 C. Fam.) que los cónyuges ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos en matrimonio, en la *familia matrimonial* se está produciendo un estado de derecho conforme al cual, en el supuesto de que un hijo menor cause un daño, cada cónyuge se hallaría *directamente* obligado ante la víctima a responder "por el todo y como deudor del todo". (Solidaridad pasiva) (Véase arts. 638, 1046 y 1047 del C. Civ.)

### 3. Responsabilidad en caso de divorcio, separación judicial y nulidad de matrimonio.-

a) Disociación entre la guarda legal y la titularidad de la *autoridad parental*.- Según hemos visto anteriormente, en situaciones *normales*, cuando un menor causa un daño, responden "el padre y la madre"

por no haber cumplido sus deberes o ejercitado sus poderes para impedir el hecho. Ahora bien, ¿sucederá lo mismo si los atributos de la autoridad parental se encuentran divididos entre ambos cónyuges a causa del divorcio, separación judicial o nulidad de matrimonio?

El Código de Familia, en ciertos aspectos, que son a la vez "*durables*" y "*modificables*" concede al Juez un amplio "*poder regulador*". (39). Así sucede con la *autoridad parental* en donde, de acuerdo con las nuevas normas, el tribunal, teniendo en cuenta primordialmente "*el interés de los menores*" (arts. 2 y 139 C. Fam.), deberá resolver en -- sentencia, en caso de divorcio, separación judicial o nulidad de -- matrimonio, a cuál de los cónyuges confiere los poderes-deberes in -- herentes a la autoridad parental.

En efecto, el tribunal, haciendo uso de sus facultades, podrá:

- a) Conceder el ejercicio de todos los atributos de la autoridad parental a aquél de los padres a quien haya confiado la guarda del -- hijo, quedando a salvo el derecho de visita y de vigilancia del otro (art. 139 C. Fam.);
- b) Conceder a uno de los padres la guarda y educación del hijo, y al otro la administración de los bienes -- (art. 139 C. Fam.);
- c) Confiar la guarda a un tercero o a una institución especializada, quienes asumirán las funciones del tutor, si ninguno de los padres está en capacidad de ejercer las funcio -- nes inherentes a la autoridad parental (arts. 56, 139, C. Fam.); y
- por último d) Conceder la guarda, crianza y educación de los hijos conforme lo solicitan los cónyuges en el convenio de divorcio o se -- paración judicial, por mutuo consentimiento; siempre que su peti -- ción no sea contraria al "*interés de los menores*". (arts. 48, 54, 56

60 y 139 C. Fam.).

En algunas de estas hipótesis, sin que se produzca propiamente traslación de la autoridad parental, se segrega de ella la guarda del menor, la cuál es confiada a aquel de los padres que *el tribunal* considera idóneo (40). El propio Código de Familia prevé además otras varias hipótesis, en que, por virtud de la ley o de una decisión judicial se produce disociación entre la guarda y la autoridad parental, tal como ocurre eventualmente como consecuencia de las medidas provisionales que al iniciarse el juicio de divorcio o de separación judicial debe tomar el juez, respecto de los hijos - (Art. 56 C. Fam.) o, como acontece en ciertas situaciones que se dan respecto a los hijos al constatarse la nulidad de un matrimonio (art. 66 C. Fam.).

En cualquiera de estos casos es necesario decidir ¿a cuál de los padres debe aplicarse la responsabilidad de que tratan los artículos 1047 y 1048 párrafo 2° del C. Civ.?; ¿al que tiene la titularidad de la patria potestad o a aquél a quien se le ha atribuido la guarda?

La relación de autoridad parental, constituye como sabemos, - el criterio de imputación a través del cual se transmite a los padres la responsabilidad civil por los hechos del menor. Ahora bien, en determinadas situaciones *excepcionales* que afectan directamente a la estabilidad de la familia, como son el divorcio, la separación judicial o bien la nulidad del matrimonio, el propio ordenamiento jurídico ha alterado el funcionamiento normal de este principio, - permitiendo que no coincida la *guarda* de los hijos en el sujeto ti-

tular de la autoridad parental (41).

Por ello, en consonancia con el fundamento o razón de ser de esta responsabilidad, en nuestro concepto, en situaciones *normales* la responsabilidad debe corresponder "*al padre y la madre*" que normalmente pueden cumplir sus deberes y ejercer sus derechos para impedir que el menor cause un daño (*titular de la autoridad parental*). Pero, en circunstancias anormales (divorcio, separación judicial o nulidad de matrimonio), no vacilamos en afirmar que la responsabilidad se debe desplazar en el mismo sentido que el derecho de *guarda* sobre el menor. Puesto que, únicamente aquél de los padres que tiene tal atributo, en relación a su hijo, posee los poderes necesarios para *dirigir* la conducta del menor a modo de evitar que incurra en el hecho que da origen a la responsabilidad.

Es evidente que en ninguna de las hipótesis mencionadas al inicio de este apartado, puede atribuirse la responsabilidad a a -- quel de los padres que solo tiene *en abstracto* la titularidad de la patria potestad, sin la guarda del menor, porque respecto al mismo faltaría una de las *condiciones esenciales* que señala el art. 1047 C. Civ., a saber, "*que habiten en su misma casa*". (Cfr. art. 1047 C. Civ.)  
(42)

Sin embargo, es necesario hacer hincapié en que, si bien en tales hipótesis la responsabilidad se traslada con la guarda, esta sólo conlleva la responsabilidad cuando proviene de la disociación de la autoridad parental. Por eso, cuando la guarda del menor se ejerce por una persona distinta de los padres, tal ejercicio de la guarda no basta para comprometer la responsabilidad del guardador,

aunque esa persona ejerza el cargo por delegación de los propios - padres. No basta, en efecto, una *guarda de hecho* sobre la persona -- del menor; es indispensable la *declaración expresa del tribunal* que así lo autorice (art. 139 C. Fam.)

No compartimos, por consiguiente, el criterio expuesto por GU LLON BALLESTEROS en el sentido de que el simple cuidado de los hijos menores por parte de uno de los cónyuges significa la atribución de parte de las facultades y deberes que lleva consigo la patria potestad. "*Es decir, que quien los tiene a su cuidado ejerce de una manera limitada la patria potestad*". (43). Si esta afirmación fuera cierta, cabría aplicar el art. 1047 C. Civ. a los tíos, tías, padrastros, madrastras, hermanos del menor, etc., quienes en múltiples oportunidades ejercen sobre él una *guarda de hecho*. Lo cual no es posible --según lo vimos al inicio del presente capítulo-- pues chocaría con el *numerus clausus* del citado precepto legal (44).

Es más, ni aun el "*cuidado provisional*" del menor que ordena el tribunal como medida previa antes de iniciarse el juicio de divorcio o separación judicial, creemos que puede ser suficiente para - exigir reparación del daño ex arts. 1047 y 1048, párrafo 2° C. Civ. a la persona que *provisionalmente* se encarga del menor (45).

En efecto, una vez pedido el divorcio, el tribunal puede autorizar u ordenar a cualquiera de los cónyuges la salida del domicilio conyugal (art. 54 C. Fam.) y, en tal caso, a solicitud del padre o de la madre, del Ministerio Público o del Patronato Nacional de la Infancia, el tribunal deberá resolver a cuál de los *cónyuges, persona, pariente o institución adecuada* debe dejarse el *cuidado provi* -

sional de los hijos (art. 55 C. Fam.).

En el eventual caso de que el menor cause un daño estando bajo el *cuidado provisional* de una de las mencionadas personas o instituciones, en nuestro concepto, se les podrá exigir responsabilidad pero no con base en las normas específicas que sancionan la responsabilidad civil por los actos ilícitos de los hijos menores (arts. 1047 y 1048; párrafo 2° C. Civ.), sino por aplicación de la norma genérica de responsabilidad por hecho propio (art. 1045 C. Civ.) - En otros términos, no es posible hacer recaer sobre el "*cuidador provisional*" la misma presunción legal de responsabilidad ordenada para el padre y la madre, el tutor o guardador, del menor causante del perjuicio.

Existen motivos que nos inducen a pensar así; En primer lugar el "*cuidador provisional*", como la misma norma lo ordena, sólo se ocupará *transitoriamente* del menor, lo cual indica que no adquiere su guarda legal. En segundo lugar, el hecho de que el menor haya sido confiado pasajeramente a otra persona o institución no desnaturaliza en absoluto el *vínculo jurídico* existente entre los responsables (el padre y la madre) y el menor, quienes *legalmente*, hasta que no exista una *sentencia firme* que ordene lo contrario, siguen ejerciendo todos los poderes-deberes inherentes a la autoridad parental (46). Los padres deben seguir manteniendo, y educando con arreglo a su fortuna al menor, deben vigilarlo y en forma moderada corregirlo. El cuidador provisional es sólo un coadyuvante en tales funciones. (47). Por último, nuestros tribunales -refiriéndose al *depositorio provisional*, que para el caso es lo mismo- han manifestado -

que "el depositario de un menor en forma provisional no adquiere todas las obligaciones que conlleva la guarda, crianza y educación del mismo, como si lo tiene el depositario definitivo..." (véase S. 2º Civ. Nº 21, 1977 (15:15 de 25 Ene.), en Rev. Jud. Nº 8, p. 191).

b) Cónyuges separados de hecho.- Solucionados los problemas de disociación de la guarda legal de la autoridad parental (hipótesis de divorcio, separación judicial y nulidad de matrimonio), y de la guarda provisional del menor, surge otro de características semejantes: la responsabilidad de los cónyuges separados de hecho.

¿Cabe exigir responsabilidad en este caso, a los dos progenitores o sólo a aquel que se quedó al *cuidado* del menor causante del daño?

LACRUZ opina que en caso de separación de hecho debe responder el cónyuge que conserva la guarda del hijo (48). En sentido contrario se levanta la tesis de MAZEAUD, para quien la separación convencional de hecho, es una situación *extralegal* que no cabe tener en cuenta (49).

El problema plantea dos aspectos diferentes. Es posible que uno de los cónyuges tenga la guarda del hijo por una violación de las reglas legales: que es lo que acontece cuando uno de los cónyuges abandona al otro dejándole el cuidado exclusivo de los hijos. Por otra parte, suele suceder que uno de los padres tenga la guarda del hijo al margen de toda violación legal: que es lo que ocurre cuando uno de los progenitores ha tenido que ausentarse por razón de viaje; para sufrir una pena de prisión, para acudir a un --

llamamiento a filas, etc.

En nuestro sentir, en una y otra hipótesis, deben responder - ambos progenitores.

En cuanto a la primera cuestión, cabe decir que la norma del Código de Familia que establece que el padre y la madre ejercen, - con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio, no hace distinción alguno, por lo que debe aplicarse aun en el supuesto de que los progenitores se en -- cuentren momentáneamente separados de hecho (50). Por otra parte, la resulta de una situación "*extralegal*" -como lo indica MAZEAUD- no puede surtir efectos en perjuicio de terceros.

En relación a la segunda hipótesis, aunque no estemos ante una situación "*extralegal*", lo cierto es que, mientras no exista una - resolución judicial suspendiendo o modificando los atributos de la autoridad parental, se sobreentiende que ambos cónyuges la siguen ejerciendo conjuntamente. En efecto, la condenatoria a prisión por un hecho punible, la incapacidad o ausencia declarada judicialmente, y el abandono judicialmente declarado de los hijos, son causas legítimas de suspensión y modificación de la autoridad parental, - pero repetimos, se necesita el criterio del tribunal que así lo declare para que surta efecto respecto a terceros (Cfr. art. 146, in cisos 4, 5, y 6, y párrafo final, C. Fam.)

En definitiva, por estar unida la responsabilidad del padre y de la madre a la autoridad parental, y más concretamente, al ejercicio de los poderes-deberes que de ella proceden, se explican las

conclusiones siguientes: a) en situaciones normales se debe llamar a responder al padre y a la madre titulares de la autoridad parental; b) si los atributos de la autoridad parental se encuentran divididos entre ambos cónyuges, por causa de divorcio, separación judicial o nulidad de matrimonio, la responsabilidad recae sobre el padre o la madre *designado por el tribunal* para ejercer la *guarda* del menor; y por último, c) en el caso de separación de hecho seguirán respondiendo los dos progenitores, porque la *guarda* sólo conlleva - responsabilidad si es el tribunal el que ordena su disociación de la autoridad parental.

#### 4. Familia extramatrimonial.-

a) Responsabilidad exclusiva de la madre.- Sabemos que en situaciones *normales* se llama a responder "*al padre y a la madre*" titulares de la autoridad parental y que, cuando el propio ordenamiento ha alterado el funcionamiento *normal* de este principio, la responsabilidad se traslada al padre o la madre que ejerza el derecho de *guarda* sobre el menor. Ahora bien, ¿cuál de los dos criterios deberá - imperar en el caso de un hijo extramatrimonial?, ¿Se deberá llamar a responder al que tiene la titularidad o al que tiene la *guarda* - del menor?.

Hoy día no cabe dudar sobre la aplicabilidad del artículo 1047 C. Civ. a los padres de hijos extramatrimoniales. Sin embargo, no siempre fue así. Inicialmente se presentó la discusión de si el artículo 1384 C. Civ. Fra. 1804, llamaba a responder solamente al padre y a la madre ligados por matrimonio. En efecto, los redactores para precisar los casos en que la madre sustituía al padre, no es-

cribieron: "La madre luego de la muerte del padre", sino : "La madre luego de la muerte del marido". Algunos, interpretando literalmente el precepto opinaron que la expresión "marido" indicaba que sólo los padres unidos por matrimonio debían ser llamados a responder. Otros, rechazaron la interpretación al pie de la letra basándose en que la intención de los redactores había sido la de unir la responsabilidad del artículo 1384 con el ejercicio de la patria potestad, y que por tanto, se refería a los padres de hijos fuera de matrimonio (51). Este último criterio, es el que se mantiene actualmente.

Nuestra legislación no ofrece dudas sobre el particular. Directamente se llama a responder "al padre y la madre", y en su defecto tutores o encargados del menor. Se eliminan las expresiones "la madre luego de la muerte del marido" (art. 1384 C. Civ. Fra.) y "el padre y la madre viuda" (art. 1901, párrafo 2º, del Proyecto GARCIA GOYENA), por lo que debemos de interpretar que la intención del legislador es la de llamar a responder a los padres de hijos extramatrimoniales (52).

Pero, ¿a cuál de ellos, al padre o a la madre, se refiere el artículo 1047 C. Civ.?.

Si la autoridad parental señala, como sabemos, el camino para llegar hasta la persona responsable por los hechos del menor, para determinarlo, basta con examinar las normas referentes a tal institución.

Hasta las reformas de 1952, la autoridad sobre el hijo nacido fuera de matrimonio era ejercida, *exclusivamente*, por la madre. El padre la tenía sólo en tres casos: cuando el reconocimiento se había

llevado a cabo con anuencia de la madre; cuando el que reconocía - había suministrado alimentos al hijo en los dos años anteriores al reconocimiento; y cuando faltaba la madre. Si se presentaba alguna de esas tres hipótesis, la madre perdía la autoridad y ésta pasaba a ejercerla el padre (53). En consecuencia, antes de la citada reforma, la responsabilidad por los actos ilícitos de los hijos extramatrimoniales correspondía *exclusivamente* a su madre, salvo las tres excepciones en que la responsabilidad pasaba *exclusivamente* al padre por haber adquirido la titularidad de la patria potestad.

Desde las reformas de 1952 hasta la creación del actual Código de Familia, la situación viene a ser la siguiente: la autoridad parental sobre los hijos extramatrimoniales, *en el supuesto de que el padre hubiere reconocido al hijo*, pasa a pertenecer con iguales derechos y obligaciones a *ambos* progenitores. Lo que indica que, en principio, seguirá respondiendo la madre, pues, el padre sólo podrá ser llamado a responder conjuntamente con la madre: si se prueba legalmente su filiación mediante un reconocimiento o por una investigación de paternidad. Fuera de estos dos casos, el vínculo de filiación, por no existir jurídicamente, no podría surtir ningún efecto respecto al padre del hijo extramatrimonial.

Con el nuevo Código de Familia se vuelve, en cierta forma, al sistema anterior a 1952, al disponer como principio general, que (*aún cuando el padre los hubiere reconocido*) la madre ejerce *exclusivamente* la autoridad sobre tales hijos. Pero en lugar de reproducir los tres supuestos en que, bajo la legislación derogada, el padre podía, con exclusión de la madre, ejercer su autoridad, el Código --

dispone que *el tribunal puede, en casos especiales a su juicio*, a petición de parte (es decir, del padre, de la madre o del Patronato Nacional de la Infancia), y atendiendo exclusivamente el interés de los menores, conferir la autoridad parental al padre conjuntamente con la madre (art. 142, párrafo 2º; C. Fam) (53).

En efecto, tal y como se encuentra actualmente regulada la autoridad parental sobre los hijos habidos fuera del matrimonio, la primacía de la madre es absoluta. Esta, *aún cuando fuera menor* (54), - ejerce la patria potestad sobre sus hijos, pues la misma ley otorga personalidad jurídica para esos efectos (Cfr. art. 142, párrafo 1º, C. Fam.). Ello quiere decir, que cuando un hijo extramatrimonial cause un daño se debe llamar a responder *exclusivamente* a la madre y, sólo *excepcionalmente*, al padre; o sea, cuando el tribunal, - atendiendo el interés de los menores, haya decidido conferirle la autoridad parental *conjuntamente* con la madre.

Esta solución parece la más realista. Sin embargo, se presenta un problema difícil de resolver. Supongamos que el tribunal conceda el ejercicio conjunto de la autoridad parental a los dos progenitores, pero el padre y la madre no viven juntos; ¿a cuál de los dos se le debe llamar a responder?; ¿al que convive con el menor o ambos padres conjuntamente?.

En nuestro concepto los dos deben responder solidariamente ante la víctima. No se puede resolver el problema diciendo que el responsable es el progenitor que ejerce la guarda del hijo. Recordemos que la guarda conlleva la responsabilidad cuando la ley (o el tribunal) ordena su disociación de la autoridad parental. En esta

hipótesis, si bien el cuidado del menor lo ejerce aquél de los progenitores con el cual convive, no podemos hablar de una guarda legal sino de hecho, pues legalmente la guarda corresponde a los dos.

Diferente sería la cuestión si el tribunal otorga el ejercio conjunto de la autoridad parental haciendo la salvedad de que el derecho de guarda corresponderá a uno de los dos progenitores. En este caso sí podríamos decir que la responsabilidad se desplaza en el mismo sentido que el derecho de guarda y que el responsable es el padre o la madre que legalmente la ejerce.

A la inversa, supongamos que el hijo extramatrimonial vive con su madre y con su padre y que, *aún cuando éste último lo hubiere reconocido*, no exista declaración alguna del tribunal confiriéndole la autoridad parental *conjuntamente* con la madre.

Ante tal hipótesis responde *exclusivamente* la madre del menor - quien tiene la primacía absoluta sobre él. Existen dos razones fundamentales para creerlo así: en primer lugar, el reconocimiento de un menor por su padre no es ya suficiente fundamento legal para concederle la autoridad parental, aún cuando dicho reconocimiento hubiere sido consentido por la madre del menor, pues se necesita la declaración expresa del tribunal en ese sentido (55). En segundo lugar, si bien es cierto que el elemento "convivencia" es un *requisito esencial* para exigir la responsabilidad ex art. 1047 C. Civ., éste no basta por sí sólo, pues falta la verdadera *relación jurídica* entre el responsable, y el agente del daño.

Por eso, el padre de hijo extramatrimonial responderá única-

mente si se establece el vínculo jurídico para llegar hasta él (*autoridad parental*). Mientras esto no suceda, podrá exigírsele responsabilidad por medio del principio general de responsabilidad por hecho propio (art. 1045 C. Civ.), pero no con base en la norma específica de responsabilidad civil por los actos ilícitos de los hijos menores (art. 1047 y 1048, párrafo 2º, C. Civ.).

Pero, ¿qué sucede si en este mismo caso el tribunal concede más tarde (después del acto ilícito) *al padre* la autoridad parental conjuntamente con la madre?, ¿podrá el ofendido, que por una u otra razón no obtuvo el resarcimiento del daño de la madre del menor, accionar contra el padre con base en el art. 1047 y 1048, párrafo 2º, C. Civ.?.

La respuesta es negativa. Es cierto que, mediante el reconocimiento el hijo extramatrimonial entra jurídicamente a formar parte de las familias consanguíneas de sus progenitores, *para todo efecto* (Cfr. art. 97 C. Fam.); y que, los efectos de la paternidad pueden aún remontarse a la fecha de su concepción (56). Pero, la *relación jurídica* (autoridad parental) entre padre e hijo -que es la que nos interesa- no nace con el reconocimiento, sino de la declaración expresa del tribunal; y sus efectos se inician a partir de la fecha de dicha declaración. Por ello, el padre responderá conjuntamente con la madre *después* de la autorización del tribunal y no antes de ésta.

b) Responsabilidad exclusiva del padre.- ¿Existe, no obstante, la posibilidad de que el padre de un hijo extramatrimonial sea llama-

do a responder en forma *exclusiva*?

Tal como está reglamentada la autoridad parental sobre los hijos fuera de matrimonio (art. 142, párrafo 1° C. Fam.), *parece impo*sible. En efecto, el texto legal prevé únicamente la posibilidad - de que el padre ejerza la patria potestad *conjuntamente* con la madre, pero no en forma exclusiva (57).

Sin embargo, *circunstancias especiales* podrían conducir a una responsabilidad exclusiva del padre. Si la madre del menor muere, por ejemplo, nada se opone a que, ante tal situación, el tribunal otorgue el ejercicio de la autoridad parental al padre, en forma exclusiva, si esta solución se revela más acorde con el interés del menor, antes de ponerlo en tutela (58). Asimismo, en el supuesto de notoria mala conducta o trato cruel o abusivo por parte de la ma-dre, nada impide que el padre del hijo extramatrimonial pueda sollicitar la *guarda* del menor; y que el tribunal, atendiendo al interés del hijo, la conceda (59). En ambas hipótesis, si el menor causa - el daño responde *exclusivamente* el padre, porque es la misma ley la que está permitiendo la disociación entre la guarda del menor y la titularidad de la autoridad parental.

En la familia extramatrimonial, en síntesis, cuando un menor causa un daño, responde exclusivamente la madre, y *excepcionalmente*, el padre. En efecto, a éste último afecta la presunción de responsabilidad *únicamente* en las hipótesis siguientes: cuando el tribu - nal haya otorgado la autoridad parental conjuntamente con la madre del menor, en cuyo caso responden solidariamente ante la víctima - los dos progenitores; o cuando, por *circunstancias especiales* se con-

fiera, por medio del tribunal, la autoridad parental en forma exclusiva al padre, en cuyo caso, sólo éste es responsable ante la víctima.

##### 5. Familia adoptiva.-

No resulta dudoso que el artículo 1047 C. Civ. se refiera a "los padres" unidos por matrimonio y a los extramatrimoniales. Pero, ¿se aplicará asimismo a los *padres adoptivos*?

Esta pregunta no cabe formularla ya en algunas legislaciones. La Italiana, por ejemplo, al referirse a la responsabilidad de los padres, de los tutores por el hecho ilícito de los hijos menores, *expresamente* llama a responder a los adoptantes, al disponer en el párrafo 1º del artículo 2048 C. Civ. que: "*la misma disposición se aplica al adoptante*". (60).

Sin embargo, no todas las legislaciones son como la italiana. Al contrario, la mayoría de ellas son omisas al respecto. La doctrina extranjera (61), para solventar el problema, lo que hace es aplicar a los padres adoptantes los mismos criterios que rigen la responsabilidad de los padres unidos por matrimonio.

En nuestro régimen jurídico no existe dificultad alguna para resolver la cuestión de la misma forma en que lo hace la doctrina extranjera. Puesto que, tanto la *adopción simple* (art. 114 C. Fam.) como la *plena* (art. 124 C. Fam.) crean entre el adoptante y el adoptado los mismos vínculos jurídicos que ligan a los padres con sus hijos.

En este caso -ya se trate de adopción simple o plena- si el menor adoptado causa un daño responderá el adoptante que normalmen

te ejerce la autoridad parental sobre el menor (art. 116 y 124 C. Fam.). Y solo cuando quien o quienes tengan la patria potestad sobre el adoptado se hallen incapacitados *de hecho o de derecho* para ejercerla y el tribunal decida otorgar los atributos de la autoridad parental a otra persona (art. 117 C. Fam.), podrá llamarse a responder a quien en ese momento ejerza la *guarda legal* sobre el menor.

Aunque, por vía doctrinal, existe una aceptable solución al problema de la responsabilidad por acto ilícito del menor adoptado, es de esperar que, en una futura reforma al Código se incluya junto a la responsabilidad de los padres y tutores, la de los adoptantes, evitando así cualquier duda al respecto.

### C) TUTORES O ENCARGADOS.-

#### 1. Regulación legal y fundamento de esta responsabilidad.-

El art. 1047 C. Civ., después de llamar a responder al padre y a la madre, agrega: "En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor"

¿Quiere esto decir que el tutor debe ser asimilado al padre y la madre del menor?

El estado actual de los textos legales (art. 200 C. Fam.) conducen a una respuesta afirmativa. Sin embargo, en un principio se pensó que el tutor no podía ser llamado a responder por el acto ilícito de su pupilo. Que no tenía ningún derecho sobre la persona

del menor, por lo que, *en derecho* tal asimilación era imposible, no pudiendo agregarle a sus obligaciones una "responsabilidad reforzada". Sus poderes -se dijo- no se parecen en nada a los derivados de la patria potestad; no son sino una reducción de ellos, insuficiente para fundar la responsabilidad del artículo 1384, párrafo 4°C. Civ. Fra., el cual implica una autoridad absoluta sobre la persona del menor. (62).

La responsabilidad del tutor fue introducida en los Códigos -posteriores al Código de Napoleón por analogía existente entre los poderes de guarda del menor inherentes a la patria potestad y los que confiere la tutela. En éstos el legislador, consciente de que el tutor ejerce sobre la persona del menor una autoridad semejante a la de los padres, no duda en "reforzar" su responsabilidad llamándolo a responder por los daños causados por su pupilo.

Así, GARCIA GOYENA, en su proyecto de 1851, después de señalar como responsables "el padre y la madre viuda", llama a responder a los "tutores" por "los perjuicios causados por menores que están bajo su autoridad y compañía" (Cfr. art. 1901 párrafos 2° y 3°). De idéntica -forma procede el legislador italiano de 1865, al disponer en el artículo 1153, que "los tutores" son responsables de los daños ocasionados por los pupilos que vivan con ellos. Fórmula ésta que mantiene el actual Código Italiano (1942) al declarar: "el padre y la madre o el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los hijos menores... o de las personas sujetas a tutela, que habitan con ellos". (Cfr. art. 2048, párrafo 1°, C. Civ.).

Algunos sistemas jurídicos señalan como responsable al tutor,

pero varían la fórmula. Es el caso del B.G.B. de 1896 (párrafo -- 832); del Código Civil de Portugal de 1966 (art. 491). Estas le - gislaciones en vez de llamar a responder *directamente* al tutor, indican como responsables por los actos ilícitos del menor a aque -- llas personas que "*por virtud de ley*" están obligados a *vigilar* a los menores. Dentro de las personas señaladas por ley se encuentran: el titular de la patria potestad, o sea el padre (párrafos 1627 y 1631 B.G.B.), pero también además de él la madre (párrafo 1634) y en su caso sólo la madre (párrafo 1684 y 1697); la madre legítima (párrafo 1707); y por último, el *tutor* (párrafos 1800 y 1794) (63).

Las legislaciones americanas, por su parte, adoptan la fórmu - la tradicional. Se llama a responder a los padres y en su defecto, los tutores. Así, la venezolana de 1942 (art. 1190) señala que: -- "*el padre, la madre y, a falta de estos, el tutor, son responsables del daño o - casionado por el hecho ilícito de los menores que habitan con ellos*". Con lige - ras variantes, pero manteniendo la fórmula venezolana, se encuen - tran las legislaciones de Argentina 1869 (art. 1117); la brasile - ña de 1916 (art. 1521); la uruguaya de 1868 (art. 1298); la chile - na de 1855 (art. 2320); y la mexicana de 1928 (art. 1921).

La legislación costarricense no constituye la excepción. En - ella, al igual que en los citados Códigos Civiles se llama a res - pponder en primer término a "*los padres*" y en defecto de estos, los "*tuto - res o encargados*"

Para entender esta fórmula, lo primero que tenemos que resol - ver es: ¿en qué casos la responsabilidad recae sobre el tutor?

El precepto parece expreso. Se refiere al padre y a la madre, mientras normalmente se encuentren ejerciendo la autoridad parental sobre el menor; y al tutor, cuando se trate de un daño casuado por un menor que no esté en patria potestad sino sujeto a tutela.

Pero, ¿cuando podemos decir que el menor está sujeto a tutela?

"El poder tutelar de los abuelos o de los demás parientes del menor llamados a ejercer la tutela, ha dicho nuestra Sala de Casación, tiene carácter subsidiario al derecho preferente de los padres, y cabe prever respecto de la guarda e intereses del menor cuando no hubiese persona que tenga patria potestad sobre él o cuando quien la tenga se encuentre incapacitado de hecho o de derecho para ejercerla" (64).

En consecuencia, en todas aquellas hipótesis en las que un menor de 18 años no esté en patria potestad, por muerte o ausencia judicialmente declarada de sus padres, porque es abandonado por éstos, por suspensión de la autoridad parental a los dos cónyuges, etc., el Juez, "de oficio" deberá nombrarle un tutor; siempre que tales hechos lleguen a su conocimiento por "cualquier medio" (art. 171 C. Fam.)

Ahora bien, ¿cuál es la razón de ser de la responsabilidad -- del tutor?

Según lo expusimos anteriormente (véase supra cap. II), el -- fundamento jurídico de la responsabilidad del tutor está en la *relación jurídica* que le une al pupilo (autoridad tutelar); y más concretamente, en el ejercicio de los poderes-deberes que de ese ligamen jurídico se derivan.

El tutor es llamado a responder no porque con su culpa haya - causado o contribuido a causar el daño, sino porque la ley le confiere respecto a su pupilo los poderes suficientes para *dirigir* la conducta del menor a modo de impedir que éstos causen un perjuicio.

En efecto, los poderes-deberes del tutor se desplazan en un doble sentido: *patrimonial* y *personal*. En cuanto al primero, el tutor asume la presentación judicial y extrajudicial del pupilo en todos los asuntos que a éste interesen; en el plano personal, la ley confiere atribuciones y deberes tales como: cuidar del menor, interesarse por su bienestar y defensa, pudiendo, cuando el caso lo requiera, corregirle moderadamente a intento de retraerlo de un peligro físico. Por su parte, el pupilo debe respeto y obediencia a su tutor debiendo prestarse de buen grado a cuanto en su bien le fuera prescrito (65).

En fin, como el tutor tiene respecto al pupilo los mismos derechos y obligaciones (66) que los padres con sus hijos menores, - la ley, cuando el pupilo causa un daño, *refuerza* su responsabilidad obligándole a indemnizar a la víctima, a modo de *sanción*, por no haber cumplido sus deberes y ejercitado sus poderes -respecto al pupilo- para evitar el perjuicio. Esta y no otra, es la razón de ser de su responsabilidad.

## 2. La prueba liberatoria.-

Respecto a la prueba liberatoria -con la siguiente aclaración- remitimos al lector a las consideraciones hechas al indagar sobre la prueba liberatoria para los padres, que valen también para el -

tutor.

Hay quien opina que se debe mirar con un criterio menos riguroso la prueba liberatoria ofrecida por el tutor. Es innegable -observa CAMMAROTA- que en el menor sujeto a tutela regularmente hay menos sentido de obediencia o acatamiento; no existe el menor interés y la perseverancia que tienen los padres en imponer su autoridad, cuyos afanes se explican en la ponderable evolución futura -- del hijo. Por eso, -concluye el citado autor- aunque la ley parezca disponer una responsabilidad idéntica, debe contemplarse con -- criterio menos riguroso la excusa alegada por el autor (67).

En principio, no deja de tener razón CAMMAROTA. Si bien es -- cierto que, desde un punto de vista *estrictamente jurídico* el juez debe contemplar de la misma forma la prueba liberatoria ofrecida por el tutor y la de los padres, pues se usa la misma fórmula liberatoria para uno y otro, en la realidad la situación varía un poco.

La rigidez del poder de los padres tocante a la disciplina sobre los hijos está atemperada por el íntimo afecto que les liga -- con ellos, y las gestiones de los progenitores llevadas a cabo en el manejo del patrimonio filial son de suponerse influidas antes -- por el interés del hijo, que por el suyo propio. Mas, como el elemento afectivo y el desinterés personal suelen faltar en la tutela, *a ésta se da menor extensión respecto a la persona del gobernado*, y requiere ser reglada cuidadosamente en cuanto a la relación con los bienes que recae la administración (68).

Por ello, creemos que, únicamente a efectos de apreciar la -- prueba liberatoria, la excusa alegada por el tutor, que en igual ocasión habría invocado el padre del menor, -aunque la ley dispone

una responsabilidad idéntica para ambos (art. 100C. Fam. y 1047 C. Civ.)- debe ser contemplada por el Juez con un criterio menos riguroso.

### 3. Significado del término encargados.-

El uso de la expresión *tutores* o *encargados* por el art. 1047 C. Civ. hace necesario precisar el término *encargados*.

¿A quién se refiere el legislador al usar tal locución?.

Ni el Código Napoleónico, ni el Proyecto de GARCIA GOYENA, ni ninguna de las actuales legislaciones que regulan la materia, utilizan una expresión semejante.

Se habla de *curadores* (69), de *vigilantes* (70), de *guardador*, pero no de *encargados*.

Algunos códigos Civiles como el de Chile de 1855 (art. 2320); el de Brasil de 1916 (art. 1251, inciso 2°); y el de Colombia de 1887 (art. 2347), que provienen -al igual que el nuestro- del Proyecto de GARCIA GOYENA y del Código Napoleónico, utilizan la expresión *tutor* o *curador*. Otros, emplean expresiones más genéricas como *guardadores* que utilizan en Nicaragua, el de Honduras y casi todos los Códigos Penales hispanoamericanos (71).

¿Podría interpretarse, entonces, que la expresión *encargados* está referida a los *curadores*?

De acuerdo con el ordenamiento jurídico costarricense -aunque así fuese- una solución de ese tipo es inadmisibile. En nuestro sistema jurídico la tutela y la curatela son inconfundibles. La prime

ra es la autoridad dada a una persona, conforme a la ley, para que cuide de la persona y de los bienes de un menor que no esté sujeto a patria potestad (art. 162 C. Fam.); mientras que, la curatela es cierto régimen jurídico correspondiente a los mayores que se hallan en estado de incapacidad mental o física para el gobierno de su persona y de sus bienes (art. 217 C. Fam.).

Tal vez, en un sistema jurídico como el español, sí se podría pensar que el legislador, al colocar después de la locución tutor la expresión *encargado*, estuviera refiriéndose a la figura de *curador*. Puesto que, el sistema español incluye dentro de la tutela *los incapacitados por cualquier causa, ya sean mayores o menores*. (72). Es decir, no se establece, como en nuestro derecho, una diferencia radical entre la tutela y la curatela.

Pero, es inadmisibles pensar que en el derecho costarricense el legislador haya querido equiparar el tutor al curador, y que, en artículo 1047 deba leerse: En defecto de los padres, son responsables los tutores o (curadores), en vez de, o (encargados).

Descartada la posibilidad de que el legislador con la expresión *encargados* se estuviera refiriendo al *curador*, debemos buscar otra solución. La cual, debido a la originalidad que sigue nuestro sistema, no puede encontrarse en la doctrina y legislación extranjera, sino que debe hallarse a la luz de la doctrina y jurisprudencia patria.

En nuestro sistema legal existen tres figuras jurídicas tendientes a la protección del menor: la autoridad parental, la tute-

la y el depósito.

La autoridad parental, según lo hemos visto, confiere a los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo. (art. 139 C. Fam.). La tutela, por su parte, otorga al tutor los derechos y obligaciones de los padres, con las limitaciones que la ley establece (art. 200 C. Fam.) El *depósito*, tal y como está regulado en el Código de Procedimientos Civiles art. 721, implica un concepto más amplio. Este se refiere a los hijos de familia, pupilos o incapacitados, a quienes sus padres, tutores o curadores tratasen con excesiva dureza, o les dieran consejos, preceptos o ejemplos corruptores (inciso 4°); a los huérfanos que hubieren quedado abandonados por muerte, ausencia o imposibilidad legal o física de la persona que lo tuviere a su cargo (inciso 5°). (73).

Es necesario diferenciar entre el depositario *provisional* y el *definitivo*. Los primeros no adquieren todos los derechos y obligaciones que conlleva la autoridad parental, mientras los segundos sí; de ahí que una medida de tal naturaleza solamente puede ser dada en juicio declarativo y no mediante simples diligencias de depósito. (T.S.C. N° 977, 1975 (10:15 de 7 nov.) en Rev. Jud. N° 3, p. 122).

Al no existir dentro de nuestro derecho ningún precepto legal que utilice la expresión *encargados*, no queda otra salida que interpretar que con esa locución se alude al *depositario definitivo*. En efecto, únicamente ésta institución jurídica reúne las condiciones necesarias para ocupar tal sitio. Por eso, en lo sucesivo -según -

nuestro criterio- el artículo 1047 C. Civ. deberá leerse: *En defecto de los padres, son responsables los tutores o (depositarios definitivos) del menor.*

#### 4. La tutela de hecho.-

Problema especial plantea el caso en que el menor esté sometido a una tutela no legal, sino de hecho. Muchas veces sucede que, por un acto espontáneo de beneficencia, un menor es acogido en una casa particular, sin que sus protectores se interesen por su situación legal. Cuando este menor causa un daño surge el problema de la responsabilidad civil, es decir, si los guardadores del menor - deben o no responder por el acto ilícito de éste.

Sobre el particular, la opinión de la doctrina se encuentra dividida:

CAMMAROTA, por ejemplo, dice que no debe formularse distinción alguna entre el desempeño *legal* de la tutela y *la que se ejerce por determinación propia*; pues a su juicio imperan iguales principios en uno y otro caso. En la tutela de hecho -escribe- hay una voluntaria asunción de responsabilidad por la educación y vigilancia -- del menor. Desde que se tiene sin obligación debe estimarse que lo es para cumplir deberes; un abandono del menor en cualquier sentido, supondría responsabilidad sin atenuantes, pues el mal desempeño en la educación y custodia no lo relevaría de ella, ya que pudo arbitrar la intervención de la autoridad. (74).

En el mismo sentido, observa CONDE PUNPIDO que, *por haber asumido el guardador de hecho voluntariamente una obligación de custodia del menor, parece que debiera responder en los casos en que hubiera habido por su parte in*

*cumplimiento doloso o culposo de tal obligación, puesto que se da aquí el mismo fundamento jurídico que en los casos de guardería legal; ubi eadem ratio est, - ibi aedem iuris dispositio esse debet (75).*

En contra de tales criterios, se argumenta por algunos (76) el carácter limitativo y de *numerus clausus* de la responsabilidad por hecho ajeno. En su concepto, al aludir a un *deber de responsabilidad* por los actos de otro, la ley da a entender que para que exista responsabilidad se requiere una *expresa declaración* del legislador. En consecuencia, si se llama a responder al *tutor de hecho* se chocaría -según ROGEL VIDE- con la precisión en serie cerrada de tal responsabilidad (art. 1903 C. Civ. Esp., equivalente a los arts. 1047 y -- 1048 C. Civ.)

CHIRONI, aún siendo de la misma opinión de ROGEL VIDE, ofrece la solución intermedia de establecer la responsabilidad de las personas no designadas "*nominatim*" en la ley, al amparo del principio general de responsabilidad por hecho propio (art. 1045 C. Civ.)

En su concepto, cuando un menor es acogido por un acto espontáneo de beneficencia en alguna casa particular, el elemento de la convivencia no basta para que surja la presunción de responsabilidad en contra del cabeza de familia; sin embargo, por el hecho de haberle dado albergue en su casa al menor, asume respecto a la sociedad la obligación de tener cuidado de él (vigilar su comportamiento y sus actos), y la obligación deriva de la condición que voluntariamente asumió; por esto, cuando el ofendido pruebe que el hecho ilícito pudo acontecer sólomente a causa de la omisión en la vigilancia debida, la responsabilidad tendrá plena justificación. (77).

De todas las tesis expuestas, ésta última nos parece la más - aceptable. Según lo vimos anteriormente, la guarda de un menor sólo conlleva la responsabilidad (ex art. 1047 C. Civ.) cuando proviene de la disociación de la patria potestad. En todos los demás casos, sólo puede exigirse la responsabilidad con base en el principio general (art. 1145), en cuyo caso, corre a cargo de la víctima la carga de la prueba. Además, como también lo dijéramos al principio del presente capítulo, para que la responsabilidad ex art. 1047 se pueda hacer efectiva, es necesaria la existencia de un vínculo jurídico entre el responsable y el agente, puesto que, no se permite una ampliación analógica de esta responsabilidad a otras personas distintas de las mencionadas en el texto de la ley.

5. Responsabilidad por los actos ilícitos de niños expósitos o abandonados; y menores acogidos en establecimiento de asistencia social.-

El artículo 1048 párrafo 1°, del C. Fam., al referirse a la custodia de menores en estado de abandono, dispone que: *Los menores declarados judicialmente en estado de abandono podrán ser puestos bajo custodia del Patronato Nacional de la Infancia para que los coloque en una institución adecuada, persona o familia idóneas, y gestione la adopción o promueva la tutela.*

Por su parte, el inciso f de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (ley N° 3286 de 28 de mayo de 1964), faculta a esa institución para declarar administrativamente el abandono de menores de edad y para disponer en forma provisional, sobre la guarda y crianza de los menores mediante su depósito administrativo en per

sona o familia idónea (78).

Ahora bién, ¿a quién corresponde responder por el daño que ocasiona un menor abandonado?.

La cuestión debe resolverse -a nuestro entender- haciendo la diferencia entre el *menor declarado judicialmente en abandono y el declarado en forma administrativa*, de la manera siguiente:

a) Situación antes de la declaratoria judicial de abandono.-  
Antes de la declaratoria judicial de abandono, se podrá accionar -contra los padres del menor con base en el art. 1047 C. Civ.. En hipótesis de que el menor sea entregado a un *depositario provisional*, contra este último, pero con base en el principio general de responsabilidad por hecho propio (art. 1045 C. Civ.); recayendo, como se sabe, sobre el damnificado la carga de la prueba.

b) Después de la declaratoria judicial de abandono, puede suceder lo siguiente: que el tribunal decida poner al menor bajo *custodia* (79) del Patronato para que éste gestione la adopción o promueva la tutela del menor, colocándolo en una institución adecuada, -persona o familia idóneas. Por otra parte, en el caso de que el Tribunal no desee colocar al menor bajo custodia del Patronato, deberá proveerlo de tutor.

En la primera hipótesis, si el menor es colocado por el Patronato en una institución, responderá ésta representada por su director, puesto que *cuando un menor no sujeto a patria potestad fuere acogido en un establecimiento de asistencia social, el director o jefe de la institución será su tutor y representante legal desde el momento del ingreso* (80). Si el

Patronato entrega al menor a una persona o familia idónea, para exigir responsabilidad civil, es necesario establecer la forma en que el menor es entregado. Si lo es en *forma provisional*, en nuestro concepto, recaerá sobre el Patronato la presunción legal de responsabilidad por tener su Jefe el carácter de tutor; el guardador provisional sólo responderá sobre la base del principio general de --responsabilidad (art. 1045). Si es entregado en *depósito definitivo* o *en adopción*, responderá el depositario o, en su caso, el adoptante o adoptantes del menor.

En la segunda hipótesis, o sea, cuando el tribunal no coloca al menor bajo custodia del Patronato, deberá responder la persona designada por el tribunal como tutor.

c) Situación del menor declarado administrativamente en abandono, pero no judicialmente.- Si el menor no ha sido declarado judicialmente en abandono o entregado en depósito judicial, pero existe declaración administrativa de abandono por parte del Patronato, en la cuál se ordena el *depósito administrativo* en persona o familia idónea; ¿quién deberá responder?.

A juicio nuestro subsiste la presunción legal de responsabilidad respecto a los padres del menor y, una responsabilidad con base en el principio general (art. 1045 C. Civ.) sobre el depositario administrativo.

Esto por cuanto, la declaración administrativa de abandono --suspende indefinidamente (pero no irreversiblemente) el ejercicio de la autoridad parental (81). Lo que indica que, mientras no exista una *declaración judicial de abandono* el Patronato sólo podrá dispo--

ner, en *forma provisional*, sobre la guarda y crianza del menor. Y, según se dijo en su oportunidad, el *depositario provisional* sólo puede ser llamado a responder con base en el principio general de responsabilidad y no sobre la presunción legal de responsabilidad ex artículo 1047 y 1048, párrafo 2° del C. Civ..

A efectos de evitar posibles críticas en contra de nuestra -- postura, cabe hacer algunas aclaraciones sobre la responsabilidad civil en que puedan incurrir tanto el Patronato Nacional de la Infancia como los entes de asistencia social, por los actos ilícitos de menores.

En primer lugar, se podría decir por algunos -cosa que no aceptamos- que el llamar a responder a las citadas instituciones -- choca con la precisión en serie cerrada del art. 1047 C. Civ.. En -- contra de quienes así piensan, cabe aclarar que nuestra posición -- se refiere *única y exclusivamente* a aquellos casos en que los menores quedan bajo la *guarda legal* de la relacionada institución y no -- cuando éstas sólo tengan la representación legal del mismo.

De todos es conocido que, en nuestro país existen organismos estatales que se ocupan de la guarda, crianza, educación y corrección de menores abandonados por sus padres. A tales entes de asistencia pública es a los que aludimos. Pues, en ellos se reúnen todos los requisitos necesarios para exigir la responsabilidad civil ex art. 1047 C. Civ.; cuando por medio de declaración judicial adquieren el carácter de tutores.

6. A propósito de la responsabilidad de los entes de asistencia social.-

Según ROVELLI no pueden incurrir en la responsabilidad ex art. 2048 C. Civ. (82), ni el ente de asistencia social a quién pueda ser dada la tutela en la hipótesis del art. 354 C. Civ. (83), ni la persona que en tales casos es delegada por la administración de la entidad para ejercitar las funciones de la tutela (84).

Su postura es aceptable, pues tiene como punto de partida la forma en que actualmente se regula la responsabilidad civil por los actos ilícitos en el Derecho italiano. En efecto, esta legislación establece un principio general de responsabilidad (art. 2046); una norma que regula la responsabilidad por el *daño ocasionado por el incapaz* (art. 2047); y, un precepto que disciplina la *responsabilidad de los padres, de los tutores, de los preceptores y de los maestros artesanos* (art. 2048).

El ámbito de aplicación del art. 2047, párrafo 1º, C. Civ. Ita., resulta bien definido. La inimputabilidad del autor del hecho dañoso genera la responsabilidad (única) de las personas encargadas de *su vigilancia*: padres, tutores, adoptantes, maestros, enfermeros, y, en general, cualquiera que se le haya confiado, aunque sea temporalmente y, *por cualquier título*, el incapaz. Este precepto se aplica a cualquier sujeto que resulte incapaz de entender y de querer, sea éste mayor o menor, pues la previsión normativa agota las hipótesis de cualquier daño causado por incapaces (85).

El art. 2048 C. Civ. Ita. se refiere, al contrario, sólo a me

nores capaces, y regula la responsabilidad no ya del sujeto al -- cual el *menor está confiado*, sino aquella de los padres y tutores, *en cuanto tales*, siempre que convivan con ellos (86).

Esto nos permite comprender la tesis de ROVELLI, en el sentido de que los entes de asistencia social no son responsables sobre la base del art. 2048; sino en relación al art. 2047. En efecto, -- este último precepto sanciona la responsabilidad del *vigilante* de -- incapaces a él confiado por *cualquier título*; pudiendo incluirse dentro de dicha categoría los entes de asistencia social, los hospi -- cios de huérfanos, etc. A quienes, el mismo precepto que sanciona su responsabilidad les permite repetir contra el incapaz, toda vez que el art. 2047 párrafo 2º, deroga el principio de *responsabilidad sin culpa*, estableciendo que, en caso de daño causado por persona in -- capaz de entender y de querer, si no es posible obtener resarci -- miento de las personas llamadas a la vigilancia del incapaz, el -- juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, *puede* atribuir a la víctima una indemnización equitativa, girándola a cargo del patrimonio del autor del daño. (Sobre la acción de repe -- tición y el deber de indemnizar del inimputable véase infra cap. V)

En definitiva, mientras en nuestro derecho no exista una re -- glamentación similar a la italiana, tendremos que establecer la -- responsabilidad de los entes de asistencia sobre la base de los ar -- tículos 1047 y 1048, párrafo 2º, C. Civ., en todos aquellos casos en que dichas instituciones --por declaración judicial y no adminis -- trativa-- asumen el carácter, no de simples representantes legales, sino de tutores del menor.

Creemos, sin embargo, que para evitar dudas sobre el particular, sería conveniente que el Código Civil, en una futura reforma al capítulo V, título II, "DELITOS Y CUASI DELITOS", incluya: una presunción de responsabilidad (única) de las personas encargadas de *la vigilancia de los incapaces* por cualquier título (padres, tutores, adoptantes, maestros, enfermeros, directores de entes de asistencia, etc.); sea el incapaz mayor o menor. Y otro precepto que se refiera, al contrario sólo a *menores capaces de entender y querer*; que presuma la responsabilidad no ya del sujeto al cuál el menor es *confiado*, sino de aquellas personas que se encuentran ligadas a él por un vínculo jurídico como la autoridad parental u otro de naturaleza análoga (autoridad tutelar); quienes lógicamente deberán convivir con el menor.

Con ello tendremos normas de derecho singular que prevengan la responsabilidad por un hecho ajeno (valga decir cometido por otro). En la primera (*daño ocasionado por el sujeto incapaz*), el presunto responsable se liberaría demostrando que, aunque efectuó la *vigilancia común u ordinaria*, *no pudo impedir el hecho* por el cual se le exige responsabilidad. Y, en la segunda (*daño causado por un menor capaz de entender y de querer "no emancipado"*), el presunto responsable deberá presentar, a efectos de eximirse de responsabilidad, la prueba de que, no obstante, haber cumplido los deberes y ejecutado los poderes inherentes al vínculo jurídico que le liga al menor, (autoridad parental y tutelar), *no pudo impedir el hecho*. (Sobre el objeto de la prueba liberatoria, véase supra cap. II, p. 52-55).

Este es a nuestro entender el sistema más práctico y equitativo para resolver el problema de la responsabilidad de los entes de

asistencia social. Sin embargo, con caracter meramente informativo; en este sentido se puede citar también la fórmula adaptada por el nuevo Código Civil de la República Soviética Federativa de Rusia (1 de Agosto de 1964). En este cuerpo de leyes se soluciona la cuestión estableciendo expresamente que: *"el tutor, o la organización encargada de ejercer una vigilancia sobre un ciudadano declarado incapaz, responderá del daño causado por él, a menos que pruebe que el daño se ha causado sin su culpa"*. (art. 452).

En fín, ya sea que se adopte uno u otro sistema, lo cierto es que en nuestro Derecho es necesario el establecimiento de normas concretas que disciplinen la responsabilidad en que puedan incurrir aquellos entes de asistencia social que por diversos motivos se encargan del cuidado de menores. Esto lo decimos, no porque actualmente dichas instituciones se encuentren al margen de la ley, sino por la necesidad imperante de una normativa exclusiva en este campo, evitando con ello, que se tenga que acudir a las normas generales sobre responsabilidad Civil (arts. 1045, 1047 y 1048, párrafo 2º, C. Civ.).

#### D) CONCLUSION.-

Tratando de esquematizar lo expuesto en el presente capítulo, hemos decidido confeccionar un CUADRO REPRESENTATIVO DE LOS LLAMADOS A RESPONDER. Este se divide en tres partes: la primera columna indica la posible *"situación"* en que se pueden encontrar tanto los padres como los mismos menores (en relación a estos faltan algunas -

hipótesis, tales como "*menor de vida independiente*", "*menor emancipado*", - etc, que serán estudiadas posteriormente, véase infra cap. IV. En la segunda columna se indican los *responsables* y la forma en que deben responder. Por último se señalan los artículos que sancionan esta responsabilidad (no se indican algunos artículos del Código Penal, del Código de Procedimientos Penales, y de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, que analizaremos más adelante, véase infra cap. V.

También encontrará el lector algunas "*situaciones*" ("*muerte de uno de los padres unidos por matrimonio*" y "*muerte del padre divorciado o separado judicialmente a quien el tribunal ha confiado la guarda*"), que no fueron estudiadas en este capítulo, pero que no dejan de ser importantes para obtener una visión global del problema, que es el objetivo primordial del cuadro.



NOTAS BIBLIOGRAFICAS

(1) GIORGI, supra nota 30 del cap. I, p. 404-405.

(2) SANTOS BRIZ, supra nota 4 del cap. I, p. 357.

(3) Ibid. p. 359. Es interesante la posición del Tribunal Supremo Español sobre este particular. En la sentencia de 30 de Abril de 1969 sostuvo un -- criterio contrario al de SANTOS BRIZ, es decir, se negó a la aplicación analógica del art. 1903 C. Civ. Esp. (arts. 1047 y 1048 C. Civ.) al confirmar una sentencia de la Audiencia Territorial, que había absuelto al abuelo de un niño de la demanda que contra él y contra la madre del menor había interpuesto el padre de otro niño, herido de una pedrada por el primero. Aunque se probó la ausencia de la madre, y se acreditó también que el abuelo ejercía de hecho el cuidado y la educación del menor causante de la lesión, el Tribunal, interpretando literalmente el párrafo segundo del artículo 1903 (art. 1047 C. Civ.), limitó la -- responsabilidad a la madre. Sin embargo, en una reciente sentencia del Tribunal Supremo Español (23 de Febrero de 1976) mantiene un criterio semejante al de -- SANTOS BRIZ, en otras palabras, se inclina por la aplicación analógica del art. 1903 C. Civ. Esp. (arts. 1047 y 1048 C. Civ.), al declarar en el considerando -- 6º que *"se pueden entender incluidos en el art. 1903 otros supuestos en los que exista o se genere alguna relación jurídica distinta de las que el precepto contempla ad exemplum, como pueden ser las del comodato originado por la cesión -- gratuita y temporal que el propietario de un automovil hace a otra persona a la que le ligan lazos familiares o cuasi-familiares de gran afecto, cuya relación crea deberes recíprocos"*.

Los hechos en síntesis, habían sido estos: Doña Amalia A.M., dueña de un automovil se lo prestó a su novio para un breve desplazamiento. El novio sufrió un aparatoso accidente, a consecuencia del cual falleció él y resultaron gravemente lesionadas otras dos personas, ocupantes de otro vehículo. El propietario de este último y su compañía aseguradora formularon demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra Doña Amalia A.M., contra la Compañía Aseguradora del vehículo propiedad de ésta y contra los herederos declarados o herencia yacente de Dor Manuel (el novio de Doña Amalia). El tribunal de instancia condenó a Doña Amalia, tesis que el Tribunal Supremo Español confirmó.

En contra de esta sentencia se ha manifestado la mayoría de la doctrina -- española. Por todos véase ALBALADEJO, supra nota 1 del cap. I, p. 528-529. De -- ANGEL YAGÜEZ, R.- *"Lecciones sobre Responsabilidad Civil"*.- Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, p. 61-62.

(4) Véanse ROGEL VIDE, supra nota 43 del cap. I, p. 127, de ANGEL YA -- GÜEZ, supra nota 3 p. 61-62; LEON GONZALEZ, supra nota 7 del cap. I, p. 290; -- CHIRONI, supra nota 2 del cap. I, p. 101-102; DE CUPIS, supra nota 28 del cap. I, p. 678; GIORGI, supra nota 30 del cap. I, p. 393; ROVELLI, supra nota 73 del cap. I, p. 236; CARBONNIER, supra nota 3 del cap. I, p. 97-98; MAZEAUD y LUNG, supra nota 2 del cap. I, p. 469-471.

(5) CARBONNIER, supra nota 3 del cap. I. p. 97-98.

(6) COLOMBO, supra nota 3 del cap. I, p. 307-308.

(7) En este sentido, ROVELLI, supra nota 73 del Cap. I, p. 236; MAZEAUD y LUNG, supra nota 2 del cap. I, p. 473-475.

(8) Véanse de ANGEL YAGÜEZ, supra nota 3, p. 908; LEON GONZALEZ, supra nota 7 del cap. I, p. 289.

(9) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7 del cap. I, p. 289-290.

(10) Ibid. En el mismo sentido MAZEAUD y LUNG, supra nota 2 del cap I, - p. 495. Refiriéndose al art. 1384, párrafo 4º, del C. Civ. Fra., indica que "... no se refiere a otros parientes que al padre y a la madre, por próximos que sean al menor. Tal es el caso de los abuelos y bisabuelos. Incluso si han muerto el padre y la madre, los abuelos no son investidos de la patria potestad; por eso, cuando asumen de hecho la guarda del nieto, no serán responsables más que si se prueba contra ellos una culpa".

(11) TREJOS, supra nota 13 del cap. I, p. 146-147.

(12) Esto era así antes de la reforma al art. 1384, párrafo 4, por Ley - Nº 70-459 de 4 de Junio de 1970.

(13) KARL LARENZ, supra nota 56 del cap. I, p. 606-608; ENNECCERUS, supra nota 3 del cap. I, p. 1125.

(14) DE CUPIS, cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7 del cap. I, p. 292. Además, véase el art. 316 C. Civ., en "*Código Civile, con la Costituzione e le principali leggi speciali, a cura di Rosario Nicoló e Adolfo Di Majo, Aggionato al 31 oct. 1977*".- Dotta Giuffrè editore, Milano 1977 p. 85-90.

(15) Véase "*Code Civil, Soixante-deux huitieme Edition Jurisprudende Generale*".- Dolloz, Paris 1978-1979) p. 226-236 y 646-660.

(16) El artículo 1384, párrafo 4º C. Civ. Fra., después de la mencionada reforma, quedó así: "*Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, son solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs avec eux*". El art. 372 C. Civ., así: "*pendant le mariage le père et la mère exercent en comun leur autorité*".

(17) TREJOS, supra nota 13 del cap. I, p. 129. El artículo 138 C. Fam., prescribe que: "*El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la patria potestad sobre los hijos habidos en matrimonio. En caso de conflicto, predominará lo que decida el padre, mientras el tribunal, en procedimiento sumario, no resuelva cosa distinta, tomando en cuenta el interés del menor*".

(18) Cfr. BRENES CORDOBA, supra nota 3 del cap. I, p. 355-356; TREJOS, - supra nota 13 del Cap. I, p. 146-147.

(19) Cas. Nº 55, 1971, I Sm. (16:15 de 14 Mayo).

(19) Un estudio detallado sobre el tema de la responsabilidad solidaria o mancomunada por acto ilícito en ALBALADEJO, M.- "*Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*"; A.D.C., 1963, p. 345 y ss.

(20) Véase las sentencias siguientes: S. 1º Civ. 1970 (16:05 de 6 Ago) Consid. IV, p. 13; T.S.C. Nº 746, 1977 (14:50 de 22 Sept.) en Rev. Jud. nº 10, p. 236; J. 1º Civ. (S.J.) Nº 276, 1969 (8: 30 de 20 Nov.) Consid. III, p. 5. Esta última sentencia fue confirmada por S. 1º Civ. Nº 365, 1970 (15:30 de 12 Ago) Es interesante el criterio del Juez al señalar una *solidaridad* de los padres -- (padre y madre) y los hijos ante la víctima. En este caso lo que sucedió en sín tesis, fue lo siguiente: Un menor de edad, E.G., fue lesionado por otro, R.S. -- Como consecuencia de la lesión el primero sufrió fractura de fémur derecho.

En sentencia del 14 h. del 17 de Noviembre de 1966, el Tribunal Tutelar de menores consideró a R.S. autor de delito de lesiones en perjuicio del menor E.G., sin perjuicio de la acción civil a que se refiere el art. 8 de la L.O.J. T.M. en relación a los daños y perjuicios causados. El señor Juez Primero Civil en el considerando de su sentencia expone: *"además de la responsabilidad civil en que los menores pueden incurrir como consecuencia de los delitos que ellos cometan, si se prueba que los padres, tutores o guardadores no evitaron el daño habiendo podido evitarlo o que descuidaron notablemente la custodia del menor, entonces estos estarán también obligados a la indemnización correspondiente, o sea, que serían civil y solidariamente responsables con sus hijos, pupilos o en cargados, para el pago de la indemnización correspondiente"*.

Por ahora se puede observar lo dicho sobre la solidaridad de los padres (padre y madre); más adelante nos referiremos a la solidaridad entre padres e hijos ante la víctima. Véase infra cap. V.

(21) TREJOS, supra nota 13 del cap. I, p. 146-147.

(22) Véanse BRENES CORDOBA, A.- *"Tratado de las Obligaciones"*.-(Ediciones Juricentro, S.A., San José, 1977), p. 38. ALBALADEJO, supra nota 19, p. 346-347; para este autor, *"el establecimiento de la solidaridad puede hacerse de cualquier forma, expresa o tácita. Basta con que, en el caso de que se trate, efectivamente exista voluntad de las partes (o en general, de la fuente de obligación; así la voluntad del testador, si aquella se instituye en testamento) de quererla, o con que una interpretación adecuada de la ley lleve a la conclusión de que, para aquel caso, su espíritu la dispone por excepción"*.

(23) ALBALADEJO, supra nota 19, p. 348.

(24) Ambas interrogantes las formula el tratadista español ALBALADEJO, - al referirse a los *"posibles caminos para entender acogida la solidaridad"*. Las hemos copiado literalmente, porque, de una forma u otra están dirigidas al punto que venimos estudiando: si los padres deben o no responder solidariamente -- por los daños de sus hijos menores. Cfr. Ibid., 349.

(25) Véase el art. 1384 "Code Civil", supra nota 15, p. 653.

(26) Véanse BONASI BENUCCI, supra nota 3 del cap. I, p. 245-246; ROVELLI, supra nota 73 del cap. I, p. 228. Para este último, la responsabilidad sancionada por el artículo 2048, párrafo 1, C. Civ. Ita., es una *"corresponsabilità solidale"*; *"hay solidaridad entre las obligaciones de los padres, del tutor y del adoptante y las obligaciones del hijo menor, de la persona sujeta a tutela y del adoptado"*.

(27) Véase Sent. Tribunale Bari 7 de Luglio 1953, in Foro It. 1953, I, - p. 1566; Sent. 10 giugno 1947, in Tremi 1947, p. 531. Ambas citadas por ROVELLI

supra nota 73, del cap. I. p. 228-230.

(28) MESSINEO, cit. por MERLICH ORSINI, supra nota 3 del cap. I, p. 81, nt. 52.

El artículo 1294 C. Civ. Ita., citado por MESSINEO, dispone: "*los codeudores están obligados solidariamente si de la ley o del título no resulta otra cosa*". Según ALBALADEJO, supra nota 19, p. 352, presupuesto el relacionado artículo 1294 C. Civ. Ita.: "*...es inútil que el artículo 2055, 1º, diga, tratando de los hechos ilícitos que: 'Si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño'*".

(29) KARL LARENZ, supra nota 56 del cap. I, p. 607. En el mismo sentido, ENNECCERUS, supra nota 3 del cap. I, p. 1126.

(30) Véase "Código Civil Alemán" (B.G.B.).- Bosch, Barcelona, 1955, p. - 174. El párrafo 840, 1º del B.G.B., prescribe: "*Si varias personas son responsables conjuntamente por los daños causados por un acto ilícito responden como deudores solidarios*".

(31) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7 del cap. I, p. 291. El párrafo 2º del art. 1903 señala que: "*El padre, y por muerte o incapacidad de este, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía*".

(32) Ibid. p. 291-292. Concluye este autor que "*parece más conveniente - entender el art. 1903 en un sentido amplio y considerar comprendidos bajo el término 'incapacidad' todos aquellos casos en que de hecho, la educación y control de los hijos ha sido confiada a la madre. Esta es la postura más aceptable y no sólo porque armoniza plenamente con la del precepto (la mejor protección - de las eventuales víctimas), sino porque además concuerda con la tendencia moderna de conocer una coparticipación de la madre en el ejercicio de la patria - potestad*".

(33) Véase CASTAN VAZQUEZ, supra nota 8, del cap. I, p. 316.

(34) Véase texto supra a que se refiere la nota 20.

(35) Véase texto supra a que se refiere la nota 21.

(36) Este precepto es equivalente, con pequeñas diferencias, al art. --- 2055 C. Civ. Ita. y al párrafo 840, 1º del B.G.B.

(37) Esta es, en cierto modo, la tesis defendida por aquellos autores -- que indican que "*el instituto de la responsabilidad civil es contemplado hoy -- por los ordenamientos teniendo más en cuenta la posición jurídica de la víctima que ha sufrido el daño que del sujeto que lo ha provocado*". Así, LEGUINA VILLA, supra nota 69 del cap. I, p. 116-117; en el mismo sentido GULLON BALLESTEROS, - supra nota 2 del cap. I, p. 490-491. "*En realidad -escribe este autor-en favor de la solidaridad no pueden jugar más que consideraciones de equidad. Hay que - destacar, en este sentido, la evolución experimentada por la responsabilidad extracontractual, que viene a ser un Derecho Tuitivo de la Víctima. De ahí, las - modernas teorías sobre responsabilidad objetiva; la imposición de una mayor diligencia en el obrar, las presunciones de culpa, etc. La mancomunidad supondría*

un retroceso en este panorama, porque el perjudicado podría ver satisfecho por entero su interés en el resarcimiento si uno de los obligados resultara insolvente". En contra, ALBALADEJO, supra nota 19, p. 363-364, para quien "la preferencia de la ley por la mayor seguridad del acreedor no se puede sostener sin más, por el solo hecho de que éste haya sido víctima de un acto ilícito (cosa que, intuitivamente, es cierto que inclina más el ánimo en su pro que en el de los causantes del daño). Pues la verdad es que lo que la balanza se incline a favor de aquel, es perjuicio para el acreedor solvente frente a uno eventualmente insolvente. Ya que el acreedor cobrará, pero ¿podrá después obtener el deu dor, que pagó, el reembolso de la parte correspondiente al insolvente?".

(38) Sobre el significado de la locución "expresamente" véase ALBALADEJO, supra nota 19, p. 347, nt. 1 bis.

(39) TREJOS, supra nota 13, p. 203. Este autor hace un análisis detallado sobre la importancia de las cláusulas generales y del poder regulador y moderador que la nueva ley atribuye al tribunal, que son de gran importancia para la interpretación y aplicación del nuevo Código de Familia.

(40) Véase en este sentido J. 7º Civ. (S.J.) Nº 15, 1975 (9:00 de 6 Mayo) en "Código de Familia", anotado y concordado por GERARDO TREJOS y CARLOS MANUEL ARGUEDAS. (Editorial Costa Rica, S.J., 1976) p. 97-98. En esta sentencia se puede apreciar un claro ejemplo de disociación entre la guarda del menor y la autoridad parental:

*"Estima el juzgado conveniente que los menores queden bajo la patria potestad de ambos padres, quienes la compartirán por igual, ya que, aun cuando su conducta de incumplir con el deber de fidelidad que le impone el matrimonio, el demandado se constituyó culpable del divorcio, la figura paterna en la orientación y formación de los hijos resulta aconsejable por constituir ese instituto jurídico una función tuitiva, que deben ejercer hasta donde sea posible, ambos progenitores. No sucede lo mismo en cuanto a la guarda, crianza y educación de los hijos, que deben confiarse exclusivamente a la madre, sea la actora, no sólo por cuanto el padre no es merecedor de ese derecho al haber incurrido en causal de divorcio, que lo desnaturaliza moralmente para ejercer esos atributos del poder paterno, sino porque, en la propia demanda y respectiva contestación a la misma, ambas partes estuvieron de acuerdo en que se resolviera como queda expuesto este último extremo."*

En el mismo sentido pueden verse las sentencias siguientes: S. 1º Civ. Nº 210, 1978 (16:10 de 11 Jul.), en Rev. Jud. Nº 14, p. 108; S. 2º Civ. Nº 402, -- 1976 (9:10 de 24 Sept.) en Rev. Jud. Nº 6, p. 155; y, S. 2º Civ. Nº 228, 1975 (15:10 de 6 ago.), en Rev. Jud. Nº 2, p. 97.

(41) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 13 del cap. I, p. 294-295.

(42) Véase MERLICH ORSINI, supra nota 3 del cap. I, p. 85-87.

(43) Cfr. GULLON BALLESTEROS, supra nota 2 del cap. I, p. 481 nt. 22.

(44) En el mismo sentido ROGEL VIDE, supra 43 del cap. I, p. 134. Este autor formula la misma crítica refiriéndola al sistema jurídico español. Al preguntarse, ¿qué sucede en un caso de nulidad de matrimonio o separación judicial cuando la madre, aún siendo culpable, tenga a su cuidado los hijos menores? --- ¿quien responde en caso de que cometan un hecho dañoso? Este autor contesta diciendo que: "al no ser la madre titular de la patria potestad no tiene por qué

responder, puesto que el art. 1903 C. Civ. Esp. sólo llama a responder a la madre cuando ella sea titular de la patria potestad del menor, y no cuando ejerza de hecho la guarda del menor". "Cualquier otra solución -concluye- chocaría con el 'númerus clausus' del 1903 o la referencia específica que el art. 20 C. Pen. Esp. hace al titular de la patria potestad."

(45) Sobre el cuidado provisional de los hijos véase J. 7º C. Civ. (S.J.) Nº 291, 1975 (14:00 de 23 Oct.), en "Código de Familia" supra nota 40, p 95-96. En esta sentencia el tribunal, haciendo uso de las facultades que la ley (art. 54 C. Fam.) le otorga, resolvió:

"Que en el estado actual de los niños, medianamente estable, un nuevo cambio de hogar no sería conveniente pues implicaría un nuevo desajuste con el con siguiente reacomodo vivencial. Es por ello que no parece oportuno atender la petición de la actora, en cuanto solicita se autorice que las niñas permanezcan - semana de por medio con ella, puesto que prácticamente se estaría dándole hogares alternos a las niñas, con continuos cambios de trato, lo que no parece aconsejable para el bien de las infantas. Ahora bien, el mismo dictamen médico aludido establece que las actitudes negativas, hostiles y rechazantes entre los padres siguen ocasionando más traumas emocionales a los niños, considerando como posible solución permitirle a la madre visitar periódicamente a sus hijas. En este orden de cosas, el Juzgado se inclina por permitirle a la madre una vez -- por semana, recoger a sus hijas en la casa donde ellas habitan, debiendo regresarlas a su hogar al cabo de cuatro horas".

(46) Así lo ha manifestado el T.S.C. Nº 977, 1975 (10:15 de 7 Nov.) en - Rev. Jud. Nº 3, p. 122.

(47) Usamos la expresión *funciones* porque modernamente se estudia la patria potestad, no como un poder, sino como una función de los padres respecto a los hijos. Así lo indica CASTAN VAZQUEZ, supra nota 80 del cap. I. p. 178, al - escribir que: "la misión encomendada a los padres requiere que estos dispongan de ciertos derechos; pero estos derechos son, al propio tiempo, deberes. Por ello preferimos hablar aquí de funciones de los padres, estudiándolas con su doble carácter de deberes y derechos."

(48) LACRUZ, cit. por DE ANGEL YAGÜEZ, supra nota 3 del cap. III, p. 66, en contra CAMMAROTA, supra nota 3 del cap. II p. 489, para quien:

El resultado de un acuerdo extralegal entre marido y mujer no puede surtir efecto contra terceros, por eso el esposo no podría eludir responsabilidad, alegando, por ejemplo, que el menor vivió con la madre y está bajo el poder de ella.

(49) Cfr. MAZEAUD, supra nota 2 del cap. I, p. 492-493.

(50) Así lo ha manifestado el T.S.C. Nº 862, 1977 (9:20 de 2 de nov.) en Rev. Jud. Nº 11, p. 116.

Es importante en este sentido la regulación de la patria potestad en el - actual Código Civil de Guatemala, en donde sí se regula la situación de los cónyuges "en unión de hecho", al disponer el art. 252 que: "La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso". Véase Código Civil (Publicado por el Ministerio de Gobernación, Guatemala, 1964), p. 325 y ss.

(51) Un análisis más amplio del problema en MAZEAUD y LUNG, supra nota 2 del cap. I, p. 493-494.

El mismo problema se presentó con el proyecto de GARCIA GOYENA de 1851 en donde se utilizó la expresión "*el padre y la madre viuda*". Véase GARCIA GOYENA, F.- "*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*".- Editorial Cometa, S.A., Zaragoza, 1974, p. 968-969.

(52) Como es sabido, la Ley n° 5476 de 21 de Diciembre de 1973 que creó el Código de Familia borró por completo, la denominación de *hijos naturales y adulterinos* integrándolos en una sola categoría: "*hijos extramatrimoniales*". -- Así lo ordena el art. 2 C. Fam. al exponer que: "*Se prohíbe toda calificación sobre la naturaleza de la filiación*". Por consiguiente, seguiremos utilizando -- las expresiones "*hijos extramatrimoniales*" y "*familia extramatrimonial*"

(53) Cfr. TREJOS, supra nota 13 del cap. I, p. 152-154.

(54) Ibid., p. 155-156; además véase "Código de Familia", supra nota 40, p. 187. Comenta TREJOS que: "*La norma consagrada en el nuevo párrafo 1º del artículo 142 del Código de Familia es en extremo interesante. Crea una curiosa figura jurídica. La madre, no obstante ser menor de edad y carecer de capacidad para administrar sus bienes y su persona, posee plena personería para administrar la persona y los bienes de su prole*".

(55) Así se desprende de la letra y del espíritu del art. 142 C. Fam. -- "*La madre, aun cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio, y tendrá plena personería jurídica para esos efectos.*

*El Tribunal puede, en casos especiales a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, y atendiendo exclusivamente el interés de los menores, conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre!*

Nosotros interpretamos que, mientras el tribunal no se manifieste sobre el particular, seguirá ejerciendo *exclusivamente* la autoridad parental la madre, aunque el padre haya reconocido al hijo extramatrimonial. En este sentido, veáse TREJOS, supra nota 13 del cap. I, p. 155-156.

(56) Cas. N° 160, 1970, II Sem. (29 de Dic.)

(57) En este sentido, VARELA, cit. por TREJOS, supra nota 13 del cap. I, p. 156-157.

(58) Así opina TREJOS, supra nota 13 del cap. I, p. 156-157. Según su -- criterio, "*de las actas de la comisión redactora (del Código de Familia) se deduce claramente la posibilidad del ejercicio exclusivo de la autoridad por el padre del hijo extramatrimonial*".

(59) En este sentido se ha pronunciado el T.S.C. N° 988, 1978, (9:40 de 7 Dic.), en Rev. Jud. n° 11, p. 113; concretamente ha resuelto que: "*...en el su puesto de notoria mala conducta o trato cruel o abusivo por parte de la madre, el padre fuera de las nupcias puede gestionar que se le prive a ésta del ejercicio de la patria potestad sobre el menor o que se le suspenda o modifique, o bien que se le separe de la guarda y la crianza...*".

(60) Véase POGLIANI, supra nota 22, cap. II, p. 102-108.

(61) En la francesa véase MAZEAD Y LUNG, supra nota 2, cap. I p. 494; en la italiana véase por todos BONVICINI, supra nota 28, cap. I, 444-446; en la española Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 13, cap. I. p. 294; en la alemana véase ENNECCERUS, supra nota 2, cap. I, p. 1901-1915; la argentina Cfr. CAMMAROTA, - supra nota 3, cap. II, p. 489; en la venezolana MERLICH ORSINI, supra nota 3, cap. I, p. 78-87; en la panameña véase LOMBARDI, J.- " *Responsabilidad Extracontractual Civil en el Derecho Panameño*". Impresora Panamá. Panamá, 1965, p. 112-115.

(62) Cfr. MAZEAUD Y LUNG, supra nota 2, cap. I, p. 493-497.

(63) Cfr. ENNECCERUS, supra nota 2, cap. I, p. 1125.

(64) Véase Cas. 1938 (15:00 de 22 dic.) II sem.; tomo único, p. 2160; -- cit. por TREJOS, supra nota 13, p. 179.

(65) Cfr. TREJOS, supra nota 13, cap. I, p. 189.

(66) "... con las limitaciones que la ley establece", véase art. 200 C. Fam.

(67) Cfr. CAMMAROTA, supra nota 3, cap. II, p. 507-508.

(68) Véase BRENES CORDOBA, cit. por TREJOS supra nota 13, cap. I p. 179.

(69) En este sentido véase art. 1901 del Proyecto de GARCIA GOYENA que - en su párrafo 3º, después de llamar a responder a "los tutores", agrega: "esta disposición se extiende a los curadores de locos o dementes". En el mismo sentido el Código argentino de 1869, que en su artículo 1117, párrafo 1º, expone: "Lo establecido sobre los padres rige respecto a los tutores y curadores...". De la misma forma los Códigos de Uruguay 1868 (art. 1298); de Chile 1855 (art. 2320); de Brasil de 1916 (art. 1251, inciso 2º); en de Colombia de 1887 (art. 2347); estos tres últimos emplean la expresión *tutor o curador*.

(70) En este sentido véase los Códigos de Italia 1942 (art. 1047); y de Portugal 1966 (art. 491).

(71) Cfr. MERLICH ORSINI, supra nota 3, cap. I, p. 88 nt. 70.

(72) Véase ALBALADEJO, M.- "*Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*". Bosch, Barcelona, 1974, p. 157.

Es diferente en el sistema jurídico español en donde según el art. 199: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de que no estando bajo patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos," y acto seguido indica el art. 200: "Están sujetos a tutela:  
1º) Los menores de edad no emancipados legalmente; 2º) Los locos o dementes, -- aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir"

(73) Véase art. 721 C. Proc. Civ.; art. 20 y 21 del Código de la Infancia; la sentencia del T.S.C. (Alaj.) N° 338, 1978 (14:40 de 17 de mayo); en Rev. Jud. N°13, p. 176.

(74) Cfr. CAMMAROTA, supra nota 2, cap. II, p. 508-509; en el mismo sentido BORREL MACIA, supra nota, 3, cap. I, p. 163-164.

(75) CONDE PUMPIDO, C.- *"Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces"*. En estudios de Derecho Civil en Honor a CASTAN TOBEÑAS. Ed. U. de Navarra S.A., Pamplona, 1969, II, p. 105.

(76) Véase CASTAN TOBEÑAS, supra nota 5, cap. I, p. 908; ROGEL VIDE, supra nota 43, cap. I, p. 134-135.

(77) Cfr. CHIRONI, supra nota 2, cap. I, p. 144; en el mismo sentido PUIG PEÑA.- *"Tratado de Derecho Civil Español"*. Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, IV-2, p. 577.

(78) Puede consultarse el Reglamento del Patronato Nacional de la Infancia de 16 de mayo de 1977 (gaceta nº104 de 1º de junio 1977) que crea la Sección de Abandono y Adopción de Menores como órgano encargado de tramitar y resolver todo lo relacionado con los casos de abandono de menores de edad, así como su ubicación provisional o definitiva en personas, hogares, o instituciones a través del depósito o por medio de la adopción o la tutela. En este sentido véase TREJOS, supra nota 13, cap. I, p. 169 nt. 46.

(79) Nuestros tribunales utilizan el vocablo *custodia* para denominar globalmente aquella persona en quien recae la guarda, crianza y educación del menor.

(80) Al referirse a los niños expósitos o abandonados; menores acogidos en establecimientos de asistencia social, nuestro actual Código de Familia, señala:

Artículo 170: *"Quien haya recogido a un niño expósito o abandonado será preferido en tutela."*

*Cuando un menor no sujeto a patria potestad fuere acogido en un establecimiento de asistencia social, el director o jefe de la institución será su tutor y representante legal desde el momento del ingreso.*

*El cargo no necesita discernimiento, pero el tutor está obligado a rendir al tribunal un informe anual sobre la situación del pupilo y sus bienes.*

*Asimismo informará al tribunal del ingreso o salida del menor del establecimiento."*

(81) En este sentido TREJOS, supra nota 13, cap. I, p. 169. Este autor hace la observación de que, no obstante la diferencia capital entre *declaración judicial de abandono* y *la declaración administrativa de abandono*, el Patronato constantemente autoriza la adopción de menores que apenas han sido declarados en depósito administrativo, contraviniendo lo dispuesto por el art. 103 C. Fam., que exige la declaración judicial de abandono o depósito judicial del menor, para que la citada institución pueda otorgar su consentimiento para la adopción (simple o plena).

(82) El párrafo 1º del art. 2048 C. Civ. Ita., establece que: *"El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los hijos menores no emancipados o de las personas sujetas a tutela, que habitan con ellos. La misma disposición se aplica al adoptante..."*

(83) El art. 354 C. Civ. Ita., se refiere a la tutela confiada a los entes de asistencia, y disciplina que :

*"La tutela dei minori, che non hanno nel luogo del loro domicilio parenti conosciuti o capaci di esecitare l'ufficio di tutore, può essere deferita dal -*

*giudice tutelare a un ente di assistenza nel comune dove ha domicilio el minore o l'ospizio in cui questi é ricoverato.*

*L'amministrazione dill'ente o dell'ospizio delega uno dei propri membri a esecitare le funzioni di tutela.*

*E tuttavia in falotá del giudice tutelare di nominare un tutore al minore quando la natura o l'entitá dei beni o oltre circostanze lo richiedono".*

Véase CODICE CIVILE, a cura di Rosario NICOLÒ e Adolfo di MAJO, Aggiornato al 31 oct. 1977, Dott. a Giuffrè Editore, Milano, 1977, p. 85 a 90.

(84) Cfr. ROVELLI, supra nota 73, cap. I, p. 238.

(85) Cfr. TABET, supra nota 6, cap. I, p. 1431-1432.

(86) Ibid.

## C A P I T U L O I V

### LOS REQUISITOS DE ESTA RESPONSABILIDAD

SUMARIO: I. LOS REQUISITOS DE ESTA RESPONSABILIDAD. A) OBSERVACION PREVIA.- B) REQUISITOS ESPECIFICOS.- 1. Existencia de un ligamen jurídico entre el responsable y el agente del daño.- 2. Que el daño sea ocasionado por un menor de edad. a) La edad del menor.- i. capacidad de actuar.- ii. menor incapaz.- b) Algunas legislaciones ex tranjeras.- c) Conclusión.- d) menor emancipado.- i. responsabilidad por los daños del menor emancipado en los distintos paises.- ii. derecho costarricense.- iii. El hijo que contrae matrimonio sin el asentimiento de sus padres 3. El menor debe convivir con el responsable.- a) Significado técnico y alcance de la expresión "Que habiten en su misma casa" (art. 1047 C. Civ.).- b) Importancia del requisito de la convivencia.- c) Casos de cesación legítima de convivencia entre el responsable y el menor causante del daño.- i. motivos legítimos.- ii. motivos ilegítimos.- C) REQUISITOS GENERICOS.- 1. ¿Es necesario establecer el caracter culposo del hecho del menor?

## CAPITULO IV

## LOS REQUISITOS DE ESTA RESPONSABILIDAD

A) OBSERVACION PREVIA.-

La doctrina y jurisprudencia costarricense (1), al referirse a los requisitos esenciales para exigir la responsabilidad sancionada por los artículos 1047 y 1048, párrafo 2° son unánimes en subordinar la existencia de tal responsabilidad a la concurrencia de una doble condición, a saber: a) que los hijos sean menores de --- quince años; b) que estos habiten con sus padres.

Estos dos requisitos son los que se desprenden de la interpretación literal del artículo 1047 C. Civ. De ahí que lo dicho por la doctrina y jurisprudencia, en principio, parece correcto.

Nosotros, sin embargo, consideramos que una interpretación literal de tal precepto contrasta abiertamente con el fundamento mismo de la responsabilidad que se pretende sancionar, desconociendo no solo su origen histórico sino, además, los principios que -- hoy inspiran la responsabilidad civil *extraobligacional* por el acto ilícito del sometido a la autoridad parental o tutelar.

La tarea del estudioso del derecho -consideramos- no debe limitarse a una interpretación exegética de la ley, sino que debe ir más allá. El investigador no debe limitarse únicamente a buscar lo

que el legislador haya podido o querido decir originalmente, sino, fundamentalmente, debe establecer el sentido adecuado de la regla de acuerdo a las ideas reinantes a la hora de tratar el tema.

Partiendo de esta premisa general, y basándonos sobre todo, - en lo dicho por las doctrinas y legislaciones extranjeras, en cuanto al tema de los requisitos necesarios para hacer surgir el deber de indemnizar, debe hacerse una doble distinción:

a) si el daño lo causa un menor con capacidad natural de entender y de querer, la víctima deberá probar los *requisitos específicos* de: relación jurídica entre la responsable y el agente; la minoría de edad del autor inmediato del daño; y la convivencia. Además, deberá probar como *requisitos genéricos*: el daño, la culpa del agente inmediato, y el nexo causal entre esta última y el daño.

b) En cambio, si el daño lo causa un menor absolutamente incapaz - de entender y de querer, la víctima deberá probar, a efectos de obtener la indemnización correspondiente, los mismos *requisitos específicos y genéricos*, citados en el apartado anterior, excepto la culpa del agente inmediato del daño.

El objeto del presente capítulo es analizar estos presupuestos. Al tratar cada uno de ellos, procuraremos explicar lo que dice actualmente el Código. Luego, después de un estudio de la doctrina, jurisprudencia, y sobre todo, de las legislaciones extranjeras, buscaremos una solución acorde con nuestro derecho.

## B) REQUISITOS ESPECIFICOS.-

1.- Existencia de un ligamen jurídico entre el responsable y el au-

tor material del daño.-

La relación autoridad parental (o tutelar) constituye como sabemos, el criterio de imputación a través del cual se transmite a los padres (y tutores) la responsabilidad civil por los hechos del menor. En consecuencia, si falta este ligamen jurídico entre el responsable y el agente, no se podrá exigir la responsabilidad ex artículos 1047 y 1048, párrafo 2° C. Civ.

Por eso, lo primero que tiene que demostrar la víctima, a efecto de exigir esta responsabilidad, es que el padre y la madre, o en su defecto, el tutor, ostentan la autoridad parental o tutelar. Si no logra establecer la existencia de tal requisito, podrá exigir reparación del daño, pero no ya en base a los citados preceptos legales, sino en relación al principio general de responsabilidad (art. 1045); en cuyo caso, corre por su cuenta la carga de la prueba.

Con el objeto de no incurrir en reiteraciones, remitimos al lector a lo dicho sobre el tema que nos ocupa, en supra cap. II, p. 49: "B) *La autoridad parental y tutelar, verdadero fundamento*"; asimismo, véase supra cap. III, p. 95: "C) *Tutores o encargados*".

2. Que el daño sea ocasionado por un menor de edad.-

El art. 1047 C. Civ. señala que los padres son responsables del daño causado por sus "*hijos menores de quince años*".

Aquí, aparentemente, surge la primera contradicción entre lo que literalmente ordena el citado precepto y la tesis que hemos ve

nido sustentando. En efecto, si afirmamos que el fundamento de la responsabilidad de los padres se encuentra en la autoridad parental, ¿cómo entender, entonces, que los padres responden hasta la edad de 15 años, si ese ligamen jurídico perdura hasta los 18 años?

Tal contradicción, sin embargo, es totalmente infundada, y en el peor de los casos, sólo aparente. Los argumentos siguientes llevarán al lector al convencimiento absoluto de la necesidad de exigir como requisito "que el daño sea ocasionado por un menor de edad", en vez de "un menor de quince años".

Nos referiremos, en primer término, a *la edad del menor*. Luego, en el apartado subsiguiente, se resolverá la cuestión del "menor emancipado". Esto último, por cuanto algunas legislaciones (v.g., la italiana de 1942, art. 2048 C. Civ.), después de exigir la minoría de edad en el agente del daño, agregan, "no emancipado". ¿Será necesario formular, también, esa aclaración en nuestro Derecho? (véase infra p. 141):

a) La edad del menor.- La edad es el principal hecho constitutivo de la capacidad de actuar.

Estando la capacidad de actuar ligada al presupuesto de la capacidad cognoscitiva y volitiva, el Derecho imputa al sujeto su propio comportamiento en cuanto el mismo se encuentra en posibilidad de darse cuenta del alcance y significado de sus actos (2).

Es por ello que en todo ordenamiento, por razones de carácter práctico, o sea, para simplificar las relaciones en las que es relevante la edad del sujeto, se hace necesario establecer un punto

cronológico fijo en la vida de las personas, a partir del cual se le considere (hasta prueba en contrario) capaz de actuar y, antes del cual, se le considera incapaz, pues sería complicado y dificultoso exigir, caso por caso, la prueba de la capacidad en concreto correspondiente a cada edad (3).

Nuestro ordenamiento, por razones de carácter práctico, ha -- considerado necesario distinguir:

i. capacidad de actuar.- Con el cumplimiento de los 18 años se adquiere la mayoría y con ella la capacidad de actuar (4).

ii. menor incapaz.- El menor incapaz no tiene capacidad de actuar, - por esta razón se encuentra sometido a la representación que compete, por regla general, a quienes ejercen sobre él la autoridad parental o tutelar (el padre y la madre o en su defecto, el tutor).

En cuanto a la minoridad, nuestro Derecho realiza una distinción: *"El menor de quince años es persona absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice, salvo lo dispuesto sobre matrimonio"* (art. 20 C. Civ.)

Mientras que: *"Los actos o contratos que el mayor de quince años realice por sí mismo siendo todavía menor, serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante o del mismo menor cuando alcance la mayoría - dad, salvo:*

1. Si se tratare de su matrimonio; y
2. Si se ejecutare o celebrare el acto o contrato diciéndose mayor y la - parte con quien contrató tuviere motivo racional para admitir como --- *cierta tal afirmación "* (art. 21 C. Civ.)

Luego sucede una situación curiosa. Después de realizar esta distinción en cuanto a la minoridad, acto seguido, nuestro legislador ordena: *"Las reglas de los dos artículos anteriores (se refiere a los precitados arts. 20 y 21 C. Civ.) no comprenden las obligaciones civiles que provengan de hechos ilícitos"* (art. 22 C. Civ.)

De la lectura de este último precepto legal, resulta claro -- que los menores de edad, *aun menores de quince años*, con todo y su incapacidad absoluta para obligarse por actos y contratos que personalmente realicen, son responsables de las obligaciones civiles que -- provengan de los actos ilícitos (civiles y penales) que puedan cometer.

Como puede observarse, el Derecho da un tratamiento diferente a la capacidad según que opere como condición de validez negocial (*"actos y contratos que personalmente realice el menor"*) o como presupuesto de responsabilidad (*"obligaciones civiles que provengan de hechos ilícitos"*). Esta última hipótesis es mucho más amplia, y por serlo, implica un mayor rigor.

*"No es difícil, sin embargo, hallar una justificación racional a este fenómeno. En efecto, si el discernir entre el bien y el mal, y más concretamente, entre el daño injustamente causado y el obrar socialmente permitido, no precisa un desarrollo pleno y completo de las facultades mentales, y puede alcanzarse, por tanto, antes de la mayoría de edad, no ocurre lo mismo cuando se trata de la práctica negocial: el acervo de conocimientos y experiencia necesaria para adquirir aquello que en el lenguaje común se designa como 'el sentido de los negocios', presupone sin duda una mayor madurez que sólo se alcanza con el pleno desarrollo de esas facultades". (5).*

Por lo visto el Código Civil nuestro, (art. 22). respecto a las obligaciones provenientes de los actos ilícitos, iguala el menor al mayor de edad. La regla general es la capacidad y la excepción la incapacidad. Presunción *iuris tantum* que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario de que el agente no poseía, al tiempo de ocasionar el daño, dicha capacidad natural, ya sea por la escasa edad como por padecer de una deficiencia mental.

Ahora bien, vista la diferencia de tratamiento que da el Derecho costarricense a la capacidad para obligarse por actos y contratos que personalmente realice el menor y aquella para responder -- por las obligaciones civiles que provengan de hechos ilícitos, cabe preguntarse: ¿en qué estriba y cual es la importancia práctica de fijar en el artículo 1047 C. Civ. la edad de quince años como límite para que los padres (o tutores) respondan por los actos ilícitos de sus hijos (o pupilos)?

¿Si un menor de 15 años -capaz según el art. 22 C. Civ. de obligarse por los actos ilícitos que realice- causa un daño, subsiste la responsabilidad del padre (o tutor) ex art. 1047 C. Civ., pese a la del propio hijo, dimanante del artículo 22 C. Civ.?, o, -- ¿nos hallamos aquí ante un conflicto de normas?

Creemos -contestando en el sentido positivo las dos últimas -interrogantes- que nos hallamos ante un conflicto de normas y que subsiste la responsabilidad del padre (o tutor) pese a la del propio hijo. Nuestro Código Civil, al igual que lo hacen algunas legislaciones (6), considera el problema desde el punto de vista del damnificado y no del autor del hecho. Al obligar a responder al me

nor (art. 22 C. Civ.) no se está liberando de responsabilidad a -- los padres (o tutores), al contrario, se obedece a la necesidad de una legislación más *equitativa* en este aspecto. Por eso, el art. 22 y 1047, ambos del Código Civil, pueden ser aplicados conjuntamente de acuerdo al interés de la víctima. (Dentro de los límites que luego examinaremos, véase infra cap V, "*Deber de indemnizar -- del inimputable*").

Sin embargo -contestando a la primera interrogante-, el fijar la edad de quince años como edad límite en el art. 1047 C. Civ., antes que contribuir a la elaboración de un sistema *práctico de -- responsabilidad civil* más bien hace retroceder nuestra legislación convirtiéndola en un sistema contrario a la realidad; puesto que, la capacidad de entender y de querer no responde en el ámbito civil a esquemas preestablecidos, sino, que se fundamenta en la "*idoneidad natural de la persona*" (7).

En efecto, la capacidad de entender y de querer se va adquiri -- riendo gradualmente con el progresar de los años y es posible, y -- aun frecuente, que un sujeto menor de quince años, incapaz de actuar ante los ojos de la ley, posea una capacidad natural de entender y de querer.

Entonces -pensamos nosotros-, no es más aconsejable eliminar el límite de los quince años y hablar de "*daño ocasionado por menor incapaz*", y que sea el Juez quien, caso por caso y vistas las circunstancias concurrentes en el mismo, determine si el autor del hecho dañoso poseía o no el grado de discernimiento necesario y sufi -- ciente para poder imputarle, a título de culpa, sus consecuencias

jurídicas (8)

De esta forma han procedido ya ciertos sistemas jurídicos extranjeros:

b) algunas legislaciones extranjeras.- Para que se dé la responsabilidad de los padres y tutores, se exige en la mayoría de legislaciones que el agente inmediato del daño por cuyo hecho se responde sea menor de edad. Por tanto, si el hijo o pupilo llegare a la mayoría de edad, aunque continúe conviviendo con su padre o tutor, cesa la presunción de responsabilidad sobre estos.

Sucede así, en aquellas legislaciones que adoptaron como modelo el Código Francés. En el cual, la idea general que guió a los redactores del artículo 1384, párrafo 4º, fue la de basar la responsabilidad sobre la patria potestad en razón de la posibilidad que ese poder confiere a su titular para impedir que el hijo cause daños. (9)

En este sentido, son un ejemplo digno de mencionar, los Códigos Civiles de los siguientes países: el italiano de 1865 (art. 1153 párrafo 2º). España, (art. 1901, párrafo 2º del proyecto de 1851 y art. 1903, párrafo 2º Código de 1889); es conveniente destacar que el citado proyecto utiliza una expresión muy significativa para la tesis que hemos venido defendiendo: "*hijos que están bajo su potestad*". El de Portugal 1867 (art. 2379). El de Argentina 1869 (art. 1114). Uruguay de 1868 (art. 1298) en donde se usa una fórmula idéntica a la del Proyecto Español de 1851: "*hijos que están bajo su potestad*". El de Chile de 1855 (art. 2320). El Código Civil -

de los Estados Unidos del Brasil de 1 de Enero de 1916 (art. 1521, inciso 1º) también emplea la expresión "*hijos menores que estuvieren bajo su potestad*". El Colombiano de 1887 (art. 2347, párrafo 2º). El venezolano de 1942 (art. 1190, párrafo 1º). Y por último, el de Guatemala de 1877 (art. 2277, párrafo 1º).

Con mayor acierto, algunas legislaciones como la italiana de 1942, sin apartarse de la idea general de basar la responsabilidad en estudio en la autoridad parental, lo que hacen es establecer una distinción entre el menor capaz de entender y de querer y el -- que no lo es. El Código Civil italiano en dos artículos regula la responsabilidad proveniente de los actos ilícitos del menor. El artículo 2047 establece la responsabilidad del vigilante por el daño causado por el menor que no posee la capacidad de entender y de -- querer; el artículo 2048 disciplina la responsabilidad de los padres y tutores por los daños causados por el menor, pero capaz de entender y de querer. En ambos casos, la prueba de la capacidad o incapacidad del menor incumbe al que invoca la presunción legal establecida en tales artículos, no tanto porque a la víctima le co - rresponda la carga de la prueba, sino antes bien porque "*la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción*" (10). Con esto se supera, -- -a juicio de TABET- sin necesidad de fijar diferencias de edad en la vida del menor, la vieja fórmula del Código de 1865, en el cual se igualaba el menor al mayor de edad respecto a las obligaciones nacientes de delitos (11).

En contraste con la legislación italiana se puede citar el --

nuevo Código Civil de la República Soviética Federativa de Rusia, (1 de Agosto de 1964). En este cuerpo de leyes se regula la responsabilidad del padre, madre o tutor, mediante la fijación de diferentes edades. Es decir, no se distingue como en el Código Italiano de 1942 entre el menor capaz de entender y de querer y el que no lo es, sino que se establece expresamente la diferencia entre *"la responsabilidad por el daño causado por menor de quince años"* y *"la responsabilidad por daños causados por un menor de quince años a dieciocho años"*. De esta forma, si el perjuicio lo causa un menor de quince años responderán *"el padre, la madre o el tutor"*, *"a menos que prueben que el daño se produjo sin su culpa"*. (Cfr. art. 450). Pero, si el causante del daño es un incapaz mayor de quince años pero menor de dieciocho, responderá el mismo menor. Sin embargo, *"cuando el menor de quince a dieciocho años carece de bienes o de salario suficiente para reparar el daño, debe ser reparado por la parte correspondiente, por su padre, madre o curador, a menos que prueben que el daño se produjo sin mediar culpa por su parte. Esta obligación le será atribuida cuando el autor del daño llegue a su mayoría de edad, y también antes, si quien está al cuidado del mismo adquiere bienes o salario suficientes para reparar el daño"*. (Cfr. art. 451).

Como ejemplo, hemos escogido estas dos legislaciones (la italiana y la rusa) para que el lector, después de observar una y otra, pueda constatar el poco valor práctico que tiene el límite de 15 años fijado por nuestro legislador en el art. 1047 C. Civ.

En efecto, ambas legislaciones establecen fórmulas diferentes pero en ninguna de las dos la víctima del daño causado por un incapaz (menor de dieciocho años) se podría ver en una situación como

la siguiente:

Supongamos que un menor de dieciocho años, pero mayor de quince (incapaz según la legislación italiana, soviética y costarricense) causa un daño. De acuerdo con el sistema italiano, la víctima tiene las siguientes posibilidades: a) puede accionar contra el obligado a la *vigilancia* del menor (el padre, la madre, el tutor, el ente de asistencia social, en fin, cualquiera que legalmente tenga ese cargo) según el art. 2047, párrafo 1º, C. Civ., si el agente del daño es incapaz de entender y de querer (art. 2048, párrafo 1º C. Civ.); y, por último, c) si en ninguno de los casos anteriores el perjudicado ha podido obtener el resarcimiento de las personas mencionadas, el Juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una *indemnización equitativa* (art. 2047, párrafo 2º C. Civ.) (sobre este último punto volveremos en infra cap. V).

Conforme al sistema soviético, la víctima puede: a) accionar contra el menor causante del daño, si éste tuviere bienes (art. 451 párrafo 1º C. Civ.); b) Si el menor no tuviere bienes, el damnificado puede accionar, según *presunción de culpa expresamente establecida*, contra el padre, la madre o el tutor, del agente material de daño (art. 451, párrafo 2º); y, por último, c) todavía le queda la alternativa de accionar contra el mismo menor cuando llegue a la mayoría de edad, y también antes si quien está al cuidado del mismo adquiere bienes o salario suficiente para reparar el daño (art. 451, párrafo 2º).

Ahora bien, ¿qué sucede en nuestro sistema?. Tal y como está regulada actualmente la responsabilidad civil, si un menor de die-

ciocho años, pero mayor de quince, causa un daño, la víctima sólo podrá accionar: a) contra el mismo menor de conformidad con los artículos 22 C. Civ. (que le obliga a responder personalmente por los daños provenientes de sus actos ilícitos) y 1045 del C. Civ.- (principio general de responsabilidad por hecho propio). En cuyo caso, correrá por su cuenta y riesgo la carga de la prueba. Asimismo, podrá demandar: b) al padre y la madre o, en su defecto, al tutor, pero solamente con base en el principio general de responsabilidad (art. 1045), en donde también tendrá que probar la culpa o negligencia de los citados responsables.

Pone en evidencia, el ejemplo anterior, el escaso valor práctico de limitar -de la forma que lo hace nuestro actual Código Civil- a los quince años la edad para que los padres y tutores respondan por los hechos dañosos de sus hijos y pupilos. Con ello se perjudica a la víctima tanto como al menor. Pues, siempre que el incapaz haya superado el límite de edad (quince años), correrá a cargo del damnificado la carga de la prueba y, en la hipótesis poco frecuente, pero no por ello imposible, de que la víctima logre demostrar *la culpa del agente del daño*, este último se convertirá en *víctima* del injusto sistema.

En efecto, puede suceder que un menor de edad, pero mayor de quince años, que apenas posee bienes suficientes para subsistir, -se vea obligado a indemnizar a la víctima. Y algo más grave aún, -que el Juez -máximo guardián de los intereses del menor (art. 2 C. Fam.)- no pueda evitarlo, por carecer de un precepto legal que le permita, *en consideración a las condiciones económicas de las partes*, fijar

una *indemnización equitativa* (sobre la obligación de indemnizar del imputable: *responsabilidad por equidad*, véase infra cap. V). (12).

c) *Conclusión*.-

Pensamos, al igual que CASTAN TOBEÑAS, que la crisis jurídica actual es, en gran parte, crisis de la casuística y del Derecho estricto. Y que, en la actual coyuntura de la sociedad es aconsejable una técnica legislativa y una metodología flexible, que permitan a la jurisprudencia y a la doctrina adaptar los textos a la movilidad continua de la vida y *dar un prudente juego a la equidad*, como medio útil y necesario, en muchos casos, para moderar los rigores de una justicia demasiado rigurosa, *humanizando el Derecho*. (13).

Por eso, creemos que sería conveniente que el Código Civil, en lugar de declarar responsables a los padres del daño causado por sus *hijos menores de quince años*, dijera en el artículo 1047 (empleando igual fórmula que algunas legislaciones extranjeras) que no son responsables el padre y la madre, o el tutor, del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus hijos menores.

Por todo lo dicho anteriormente, proponemos esta medida y, además porque creemos que la solución contraria, o sea, el seguir manteniendo la edad de quince años en el art. 1047 C. Civ. lleva al absurdo resultado, en oposición no sólo con la finalidad protectora del precepto, sino incluso, con el normal funcionamiento de los poderes-deberes inherentes a la autoridad parental, de que los padres puedan desentenderse del control y educación de los hijos -

cuando cumplan esa edad (otras incongruencias, en relación al tema de la edad del menor, se verán en infra cap. V).

d) EL MENOR EMANCIPADO.-

Estableciendo como única condición que el hijo sea menor de quince años, no es necesario distinguir entre menores emancipados y los que no lo son. Sin embargo, si se acoge nuestra tesis en el sentido de que se exija la minoría de edad en vez de los quince años, ¿es indispensable distinguir entre el menor emancipado y el que no lo es?.

i. Responsabilidad por los daños del menor emancipado en los distintos países.- El instituto de la emancipación se encuentra diversamente regulado en los distintos países. En algunos la emancipación no equipara al menor y al mayor de edad, sino que simplemente constituye una especie de concesión parcial de capacidad de actuar al menor que lo coloca en una situación parecida, pero no idéntica al mayor de edad con plena capacidad de actuar. (14).

Es por ello que resulta interesante realizar aquí una breve confrontación de Derecho comparado entre algunas legislaciones civiles en cuanto a la responsabilidad por los daños del menor emancipado (15).

El Código Civil de Francia no equipara al emancipado con el mayor de edad. La emancipación le da al menor solamente la posibilidad de realizar determinados actos de la vida civil; establece este código dos clases de emancipación; la tácita que tiene lugar

con el matrimonio del menor y la expresa. En el caso de esta última, algunos autores niegan la posibilidad de que los padres puedan liberarse de la responsabilidad por los daños de sus hijos. Pues, si eso fuera posible, -argumentan- les sería por demás fácil a los padres, mediante una emancipación apresurada, liberarse de la re-gla rigurosa dictada contra ellos por el artículo 1384; por otra parte, el precepto se refiere a los menores, sin hacer diferencias; en fin, -concluyen- los padres conservan, pese a la emancipación, la obligación de velar por su hijo. A juicio de MAZEAUD, tales con-jeturas no pueden ser aceptadas. Pues, el último argumento no es concluyente: la obligación de velar por el hijo -explica el citado autor- subsiste incluso cuando éste haya llegado a la mayoría; sin embargo, la responsabilidad del artículo 1384 cesa en ese caso. En cuanto a los otros dos argumentos, -continúa MAZEAUD- no puede tenerse en cuenta sino esto: la emancipación apresurada e inconsiderada del hijo *difficil* puede constituir una culpa que justificaría, en ciertos casos al menos, una acción de responsabilidad basada so-bre el artículo 1382. Hasta puede constituir un fraude contra la ley, si se tiene por objeto ponerle término a la responsabilidad de los padres; en tal caso, el artículo 1384, sería también aplicable excepcionalmente, ya sea de modo directo, ya sea al menos a -- través del conducto del artículo 1382. "*La razón decisiva que, fuera de este último caso, conduce a excluir el artículo 1384, en el supuesto de la eman-* ci- pa- ción, *es -concluye el autor francés- que la emancipación pone fin, co-* mo *la mayor edad, a la patria potestad; por estar unida la presunción de culpa al ejercicio de esa potestad, debe desaparecer, pues, en uno y otro caso"* (16).

El Código Civil de España, por su parte, considera el alcanu-

ce de la mayoría como una forma de emanciación (17), pues en su artículo 314 dispone que la emancipación tiene lugar: por matrimonio del menor, por la mayor edad, por concesión del padre o la madre - que ejerza la patria potestad. Se distingue entre otras cosas del Derecho Civil francés en que según éste, la emancipación por concesión de los padres puede ser revocada y, conforme aquél, la emancipación es siempre irrevocable (art. 319). Para GULLON BALLESTEROS y ROGEL VIDE -autores españoles- no entran en el supuesto de hecho del art. 1903 C. Civ. (norma que sanciona la responsabilidad de los padres y tutores) los emancipados, porque la emancipación, de cualquier forma, habilita al menor para *regir su persona* y bienes como si fuera mayor, según el art. 317 C. Civ. Esp. (18). En sentido contrario, otros autores -también españoles- como SANTOS BRIZ y PUIG BRUTAU, alegan que la ley no distingue, y que el precitado artículo 317 no se extiende a las consecuencias del acto ilícito (19).

En la legislación alemana, el B.G.B. no trata de la emancipación; la sustituye con la declaración de mayor de edad, que tiene carácter pleno y surte los mismos efectos que si el menor hubiese cumplido la edad de veintiún años. No hay pues, estado intermedio entre la mayor y la menor edad. (20).

El Código Civil argentino sí admite la emancipación, pero solamente por matrimonio y con efectos restringidos, como situación intermedia entre la menor y mayor edad. Con la emancipación por matrimonio -explica el jurista argentino COLOMBO- se faculta a los interesados para que ejerzan actividades civiles, en cuanto ellas no estén prohibidas especialmente. La patria potestad termina y el me

nor ya no depende de sus progenitores, sino de sí mismo. Al formar un hogar, apartándose del de origen, gobierna sus actos y escapa de la vigilancia paterna. La ley, en razón de su nuevo estado, le otorga una categoría superior, *todavía no plena de derechos*, pero suficientemente amplia como para considerarla separada de la tutela paterna (art. 128 y 306 del C. Civ. Arg.) (21).

El Código Civil de Venezuela reproduce la doctrina de los códigos latinos, como el español y el francés, al tratar de la emancipación, que puede ser, según el artículo 406, por matrimonio del menor, y, conforme al artículo 407, por concesión del padre o madre que ejerza la patria potestad y, en su defecto, del tutor. La emancipación no equivale a la mayor edad, sino que, siguiendo en esto también la inspiración de los códigos francés y español, constituye una situación intermedia, que faculta tan sólo para actos de administración; el artículo 410, establece que el emancipado tendrá curador, que será el padre o la madre o en otro caso, la persona que designe el mismo menor (22). La legislación venezolana, al igual que las anteriores, no distingue entre menores emancipados y no emancipados al regular la responsabilidad civil por los actos ilícitos del menor. Sin embargo, -MERLICH ORSINI, autor venezolano- admite que la emancipación tanto por matrimonio como por voluntad del padre o del tutor, hace desaparecer la responsabilidad de estas personas (23).

En el Código italiano de 1865 se distinguen dos situaciones: cuando la emancipación proviene del matrimonio y cuando se origina por concesión o declaración del padre. En el primer caso, la docu-

trina de la época no discute el hecho, y afirma unánimemente que termina la responsabilidad del padre. En la segunda hipótesis existe controversia. Para GIORGI, por ejemplo, en la emancipación voluntaria sería ilógico que el padre, librándose de la responsabilidad, se beneficiase, en el daño de terceros, de la imprudencia cometida al conceder plena independencia a un hijo que no la merecía (24). Mientras que, para su coetáneo CHIRONI no debe hacerse ninguna diferencia entre la emancipación por matrimonio y la hecha por declaración de los padres; en ambos casos -según su parecer- cesa la presunción legal de culpa por los hechos ilícitos de los hijos que están en potestad (25).

El Código Civil italiano actual (1942) viene a eliminar toda discusión sobre el particular. En efecto, este cuerpo de leyes en su artículo 2048, párrafo 1º, al reglar la responsabilidad de los padres, de los tutores, etc., indica que tales personas "*son responsables de daño ocasionado por el hecho ilícito de los hijos menores no emancipados*". Lo que implica que, si el hijo se emancipa -por cualquiera de las dos formas, pues el código no distingue- los padres quedan libres de la presunción de responsabilidad; y sólo es posible demandarlos en relación al principio general ex art. 2046 C. Civ. Ita.

ii. Derecho Costarricense.- En nuestro Derecho no existe una situación de emancipación que sea intermedia entre la mayor y la menor edad, entre la incapacidad de actuar y la plena capacidad de actuar. Emancipado el menor, adquiere la plena capacidad de actuar (26).

Actualmente se encuentra eliminada la figura de la *emancipación voluntaria*, pues la mayoría se adquiere a los dieciocho años. Se man

tiene, en cambio, la *emancipación legal* que se produce por el matrimonio del menor. "El matrimonio válido del menor -expresa el Código de Familia- produce los efectos de la mayoría de edad" (Cfr. art. 36, párrafo 1°). Esta emancipación se funda en que, con arreglo al actual Código de Familia, el matrimonio es incompatible con la subordinación a la autoridad parental y tutelar. Por otra parte, producida esta emancipación por el hecho del matrimonio, cualquiera que sea la edad del menor, siempre que tenga edad suficiente para contraer el mismo, es definitiva e irrevocable, en forma tal que aun cuando el matrimonio venga disuelto durante la época en que el menor no ha alcanzado la mayoría, el mismo no recae en la autoridad parental ni en la tutela, puesto que, "si se disuelve el vínculo matrimonial, el ex-cónyuge mantendría su condición de mayor de edad". (Cfr. art. 36, párrafo 2°) (27)

Ahora bien, si nuestra tesis consiste en que, a efectos de exigir responsabilidad a los padres, tutores o encargados, se elimine el límite de los quince años y se coloque en su lugar "*menor de edad*", ¿sería necesario también agregar "*no emancipado*"?

Lo visto sobre la emancipación en el Derecho costarricense -- conduce directamente a una respuesta negativa. Tal aclaración es indispensable en aquellas legislaciones en las cuales la emancipación (por matrimonio o por concesión) produce una situación intermedia entre la mayor y la menor edad en el agente del daño. En aquellas que, emancipado el menor, no adquiriera la plena capacidad de actuar, sino que sólo exista la posibilidad de realizar determinados actos de la vida civil (v.g. actos de administración de sus --

bienes). En fín, en todas las que, de una u otra forma, los padres sigan ejerciendo *legalmente* alguna potestad sobre el menor (v.g. de recho de los padres a pedir la revocatoria de la emancipación).

Pero, en un sistema como el nuestro, en el cual, producida la emancipación por el hecho del matrimonio (única emancipación posible) el menor adquiere la mayoría de edad manteniéndose ésta *definitiva e irrevocablemente*, aun en la hipótesis en que se disuelva el vínculo matrimonial, no es necesario hacer ninguna aclaración. Basta con que se diga que los padres responden por el daño causado por el hecho ilícito de su "*hijo menor de edad*".

iii. el hijo que contrae matrimonio sin el asentimiento de sus padres.- Lo que hemos expuesto hasta aquí, les habrá permitido a algunos plantearse el problema del hijo que contrae matrimonio sin el *asentimiento* (28) de sus padres o del pupilo sin el *consentimiento* (29) de su tutor.

La autoridad parental y tutelar comprende también la facultad de dar su asentimiento o consentimiento, según sea el caso, para el matrimonio del hijo o pupilo (arts. 16, 19, 21 y 22 C. Fam.)

Concretamente, el artículo 16, inciso 1° del Código de Familia dispone que *será prohibido el matrimonio del menor de 18 años sin el asentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela*, salvo lo estipulado en el inciso 1° del artículo 21.

Este último precepto indica que, el Tribunal podrá suplir la dispensa del asentimiento o consentimiento de los padres, previa información sumarísima, cuando el menor haya sido declarado admi

nistrativamente o judicialmente en estado de abandono, o cuando el asentimiento se niegue y sea necesario para evitar que el menor sufra los perjuicios que podrían derivar de los delitos cuya acción o pena se extinguen con el matrimonio (Cfr. art. 21 C. Fam. y 92 - C, Pen.) (30).

Fuera de estas dos últimas hipótesis, si el menor de 18 años contrae matrimonio, no obstante la negativa de sus padres o tutor a otorgar su asentimiento (o consentimiento), ¿qué sucederá?; ¿se produce o no la emancipación del menor?, o, ¿en tal caso continua dependiendo el menor de los padres o tutor, y, por tanto, subsiste la responsabilidad de éstos frente a terceros por los daños que ocasione?

Según el derecho costarricense, la emancipación se perfecciona, y el emancipado deberá cargar, desde que asume su nuevo estado, con las secuelas de sus actos ilícitos. Los padres y tutores que dan libres de la presunción de responsabilidad (ex arts. 1047 y -- 1048, párrafo 2º), pero no porque la negativa a que el hijo o pupilo contraiga matrimonio les libere de dicha presunción, sino por que nuestra ley establece que el matrimonio celebrado a pesar de la prohibición del artículo 16 es válido (Cfr. art. 17 C. Fam.). Con lo cual, el menor que se casa, aun sin asentimiento de sus padres, adquiere la mayoría de edad quedando al margen de la esfera de responsabilidad civil ex arts. 1047 y 1048, párrafo 2º C. Civ.

### 3. El menor debe convivir con el responsable.-

"Es cada vez más frecuente observar que en los sectores más progresistas de la sociedad, el padre, quien a tono con el progreso se ha afiliado a un estilo de vida cuya premisa es la utilización exclusiva del tiempo con fines productivos, puede tal vez ahora, proporcionar a su familia un mejor nivel material de vida. Pero ese padre siempre presionado por el tiempo y dominado -- por una necesidad compulsiva de producir y de consumir, nunca está en casa, y en realidad, tiene poca oportunidad de 'convivir' con sus hijos. Es claro que un padre ausente difícilmente puede servir a sus hijos como modelo. De ahí que los hijos, sin el contrapeso de la imagen vivida y orientadora de un padre, se identifican con personajes de ficción que representan valores muy distintos de los valores familiares". (31).

(Dr. Ramón de la Fuente.  
Prof. en Psiquiatría de  
la U.N.A.M.)

a) Significado técnico y alcance de la expresión: "Que habiten en su misma casa" (art. 1047 C. Civ.).- El segundo requisito -tercero según nuestro criterio- sancionado "expresamente" por el artículo -- 1047 del C. Civ. es que los hijos "*habiten en su misma casa*".

¿Cuál es el alcance y significado técnico de tal expresión?

Nuestro legislador en este aspecto es bastante original. Mientras que las demás legislaciones se refieren a tal presupuesto utilizando fórmulas amplias, por ejemplo, hijos menores "*que viven en su compañía*" (Cfr. art. 1903, párrafo 2º, C. Civ. Esp.); hijos menores "*habitent avec eux*" (Cfr. art. 1384 C. Civ. Fra., reformado por L.

N° 70-459 de 4. Jun. 1970); hijos menores no emancipados "*che abita-no con essi*" (Cfr. art. 2048, párrafo 1°, C. Civ. Ita.) etc.; la muestra parece limitar la responsabilidad solo a los hijos que habitan "*en su misma casa*".

¿Quiére ello decir que el padre se exime de responsabilidad alegando, por ejemplo, que cuando el menor causó el daño habitaba en casa diferente a la suya, v.g., en una residencia estudiantil?

La frase que "*habiten en su misma casa*" carece de un significado técnico vinculado al del domicilio, o residencia; el alcance de la expresión se refiere a la *convivencia* de los hijos menores con sus padres, ya en aquel o en otro lugar aun cuando sea accidental. El padre, por ejemplo, no se eximirá de responsabilidad alegando que el hecho ilícito se produjo en un lugar que no es su domicilio; -- basta la simple residencia, aunque sea transitoria. La ley -comenta CAMMAROTA- responsabiliza a los padres de los hechos ilícitos -de sus hijos menores en tanto *conviven* con ellos, siendo indiferente el lugar de radicación, el carácter temporario o permanente de ella, etc., porque lo que interesa es la vigilancia y habitación -común (32).

Al concepto de "*cohabitación*" -observa POGLIANI- debe indudablemente conferírsele un significado amplio, no debe consentirse su -exclusión en la hipótesis de ausencias temporales, aun cuando pro-longadas, del hijo, como en el caso de que éste se traslade a otra localidad por razones de estudio, diversión, a menos que, en tales ocasiones, el menor se le haya confiado a otros que deban eventual

mente responder por su propia omisión en la vigilancia. En este último caso, si bien es cierto que el padre o tutor es sustituido en la vigilancia, no siempre se encuentra libre de responsabilidad -- que subsiste *cuando se prueba* que los padres no le habían impartido al menor una *educación adecuada* (33).

De igual forma se expresa ROVELLI, para quien no cabe duda -- que permanece la "*cohabitación*" cuando el daño ha sido ocasionado -- por el menor en el momento en que éste se encuentra fuera de su casa y lejos de la presencia de los familiares, o cuando se debe a una ausencia temporal de la casa de los padres; en cuanto la "*cohabitación*" no puede ser entendida --a su juicio-- en sentido *estrictamente material* de presencia del menor en la casa en el momento de la comisión del hecho ilícito (34).

Queda claro, entonces, que la expresión utilizada por el artículo 1047 C. Civ. ("*que habiten en su misma casa*") debe entenderse, no en un sentido riguroso de vivir bajo el mismo techo, sino en su --acepción amplia de *convivencia*. Es decir, lo esencial es que los hijos CONVIVAN con sus padres en el hogar, fuera de él, en fin, dondequiera que se radiquen o trasladen su domicilio, residencia o habitación (35).

b) Importancia del requisito de la convivencia.- Problema difícil de resolver es si la falta de convivencia elimina, por sí sola, la presunción de responsabilidad señalada por los artículos 1047 y --1048, párrafo 2º, C. Civ.

Se ha escrito por algunos que: "*faltando la relación de convivencia*

*debe faltar la responsabilidad, porque inútilmente se puede argumentar de la obligación abstracta impuesta por la ley, si en realidad no existen los términos de hecho para que se puedan cumplir. La obligación legal existe en cuanto existen estos términos, que a su vez constituyen una obligación especial" (36).*

En contra de quienes así piensan, se ha dicho que no es posible llevar demasiado lejos este razonamiento, puesto que, el nexo que se establece entre la responsabilidad paterna y la comunidad de habitación es un *nexo lógico pero no necesario*. Es decir, que la presencia bajo un mismo techo permite presumir fundadamente que el padre ha podido ejercer un control efectivo sobre la conducta lesiva del menor, aunque no autorice a afirmarlo con carácter absoluto; pero a la inversa, la falta de convivencia no produce necesariamente por sí sola, la exoneración del responsable. (37).

En nuestro concepto, la cuestión debe enfocarse de un modo diferente. Si observamos las distintas legislaciones, podremos apreciar lo siguiente: a) existen las que exigen *expresamente* el requisito de la convivencia del responsable con el agente; b) las que lo olvidan respecto al tutor; y por último c) las que no lo mencionan en absoluto.

En el primer grupo se ubican la mayoría de las legislaciones europeas y americanas (38). Entre las que previenen de forma expresa la convivencia para los padres, mas no para los tutores, se encuentran el Código Civil de Chile de 1855 (art. 2320), el Código Civil de Colombia de 1887 (art. 2347). Y, entre los que no mencionan en absoluto el requisito de la convivencia tenemos los Códigos Civiles de Portugal de 1966 (art. 491); de Alemania 1896 (párrafo

832); de Suiza 1911 (art. 44); de Etiopía 1960 (art. 2027 y 2052); y el de la R.S.F.S.R., de 1964 (arts. 450 y 451). Tampoco exigen formalmente el requisito de la convivencia la mayoría de Códigos Penales (39).

¿Quiere esto decir que para los Códigos últimamente citados (grupos b y c) no tiene importancia la convivencia y para los primeros sí?

Para unos y otros es importante el requisito de la convivencia. Este es un presupuesto que deriva del propio fundamento de la responsabilidad civil de los padres y tutores y no necesita ser explicado en la norma legal; tal condición va implícita en los poderes-deberes inherentes a la autoridad parental y tutelar. Lo --- cual quiere decir que al demostrar la víctima la existencia del ligamen jurídico entre el responsable y el agente, tácitamente está -- probando la *convivencia* y, a la inversa, el responsable no se exonera de la obligación de indemnizar probando sólo la falta de - convivencia; pues la ausencia de este elemento no basta, *por sí sola*, para eliminar la presunción de responsabilidad, ex arts. 1047 y 1048 párrafo 2° C. Civ.

Si esto es así, y por otra parte aceptamos la doctrina ya indicada de que la prueba de tener el demandado la autoridad paren-tal o tutelar sobre el menor permite presumir de hecho que el me-nor convive con él, no se ve ninguna diferencia real entre el sistema de aquellos Códigos que explícitamente hablan de la necesidad de la convivencia del menor con el padre o tutor y aquellos que no lo hacen así. En uno y otro caso, la prueba de ser el demandado pa

dre o tutor del agente del daño haría presumir que el último convive con aquél; y por otra parte, en ambos casos tampoco bastaría -- por sí sola, la ausencia de "*cohabitación*", sino que se requeriría -- la prueba de que la autoridad parental (o tutelar) *no podría ser ejercitada normalmente*. (40)

Y, *no poder ejercitar normalmente* la autoridad parental o tutelar puede resumirse en la exigencia, que hoy se señala casi de modo unánime aun dentro de los Códigos que hacen de la convivencia un requisito expreso de la responsabilidad de los padres y tutores, de que tal convivencia haya cesado por un *motivo legítimo* y en forma -- tal que haya vuelto imposible para el presunto responsable continuar ejerciendo los poderes-deberes sobre el menor. Lo cual equivale dicho en otros términos, a no conformarse con la prueba de falta -- de convivencia para exonerar de responsabilidad al padre o tutor, ni siquiera con la prueba de que la convivencia ha cesado por un -- motivo no imputable al responsable que ejerce la autoridad sobre -- el menor, sino a exigirle que pruebe pura y llanamente que no le -- era posible ejercitar sus poderes y cumplir sus deberes de un modo normal. (41).

Así entendida la convivencia no se considera cesada la responsabilidad si el hijo se ha fugado de casa contra la voluntad de -- los padres. En esta hipótesis más bien la presunción de responsabilidad se agrava si los padres incumplen la obligación de reclamar al hijo en la casa paterna y recurrir, si es el caso, a la autoridad pública (arts. 130, 146(2), y (6) C. Fam. y 188 C. Pen.) (42). Tampoco cesa la convivencia si los padres han abandonado por un motivo no legítimo al hijo, desinteresándose de él (43).

Ahora bien, ¿en qué casos, entonces, se considera que existe una *cesación legítima* de convivencia entre los responsables y el menor causante del perjuicio?; ¿es posible establecer una regla general que incluya todas las hipótesis? De esto nos ocuparemos en el apartado siguiente.

c) Casos de cesación legítima de convivencia entre el responsable y el menor agente del daño.- La convivencia del hijo menor con los padres, con el tutor y con el adoptante, debe considerarse como un hecho normal y la no convivencia como un *hecho excepcional* (44). En efecto, para que surja la presunción de responsabilidad ex arts. 1047 y 1048 párrafo 2º, el perjudicado debe probar la existencia de todos los elementos que no conciernan a la prueba liberatoria, es decir, los *requisitos específicos y genéricos*. Si el responsable, con el objeto de eximirse de la obligación de indemnizar a la víctima invoca a su favor la falta de *convivencia* con el menor causante del daño, *deberá probar* que la misma ha cesado por un *motivo legítimo*.

Ahora bien, ¿en qué casos considera la ley que la convivencia ha cesado por un motivo legítimo?

La opinión de la doctrina en relación a este punto es bastante contradictoria. Ello se debe, en primer lugar, a que la mayoría de los autores, en un afán de mantenerse fieles a la teoría de la culpa, reducen la cuestión a determinar si la ausencia de convivencia se debe o no a una culpa (in vigilando o in educando) del pa-dre, tutor o adoptante. En segundo lugar, no existe una idea clara de lo que debe entenderse por cesación legítima o ilegítima de con

vivencia, puesto que la doctrina, al referirse al tema, lo que hace es poner ejemplos aislados sin establecer, aunque sea a título de orientación, algunos principios generales.

A continuación expondremos algunas de las más interesantes opiniones de los partidarios de la tesis clásica de la culpa, para que el lector pueda constatar lo inadmisibile de sus conclusiones. Luego, una vez superado el caracter artificioso de tales argumentos, señalaremos -con caracter netamente orientador- ciertos motivos legítimos e ilegítimos de cesación de convivencia entre el agente del daño y los responsables, que pueden ser invocados a efectos de eximirse de responsabilidad, por estos últimos.

*"Si el hijo ha abandonado el hogar y se ha dado a una vida desordenada y licenciosa -pregunta BONASSI BENUCCI- ¿subsiste la responsabilidad del padre o debe entenderse cesada la convivencia y con ella la responsabilidad del progenitor? Debería estimarse que, cesada la convivencia, quedan los padres exonerados sin más, de toda responsabilidad al respecto; sin embargo, si el alejamiento del hijo del hogar paterno debe su origen a una culpa in vigilando o in educando de los progenitores, no parece equitativo negar la responsabilidad de estos, ya que la convivencia falta en tal supuesto por una causa ilegítima imputable a los padres". (45).*

*"La responsabilidad de los padres -escribe GIORGI- cesa cuando el hijo, por motivo legítimo, no vive con ellos. Decimos por motivo legítimo, ya que el ser vagabundo el hijo, su fuga de la casa paterna son hechos de insubordinación derivados las más de las veces de la mala educación y por tanto, insuficientes para excusar al padre y a la madre".*

Algunos autores van más lejos en su razonamiento y estable -

cen que no es suficiente para que desaparezca la presunción de responsabilidad con que la falta de convivencia exista por un motivo legítimo. "Se requiere además -de acuerdo a su criterio- que la falta de cohabitación le impida de hecho al padre vigilar al hijo". Así, cuando se compruebe de hecho que la falta de convivencia no es en modo alguno obstáculo para la vigilancia del padre, hay que aplicar la presunción de responsabilidad; por ejemplo, cuando el hijo viva muy cerca de la casa de sus padres, o también cuando haya causado el accidente en un momento en que se encuentra en casa de ellos (47).

Así, los escritores, siguiendo por esta línea de ideas, van tan adelante que opinan que la ausencia del padre o, en su caso, la madre "no influye para disminuir la responsabilidad civil; porque si bien en tal momento surge una imposibilidad del padre, de evitar el daño, a él incumbe el cuidado de designar las personas que, en su ausencia, cuiden del menor, y no hay que olvidar que los actos realizados por éste que pueden reportar cierta responsabilidad por parte del padre, son consecuencia muchas veces de la educación dada; y de eso sí que debe responder él, aunque durante su ausencia se cause el daño o perjuicio". (48).

Todas estas explicaciones, aunque coherentes con los postulados que le sirven de punto de apoyo (la fundamentación culposa de la responsabilidad) son inadmisibles en buena técnica jurídica. En unos casos porque, como ya se ha indicado, es imposible establecer un nexo de causalidad necesaria entre la educación impartida y el concreto evento dañoso de que se trata; en otros, porque el control y la vigilancia del menor son puramente ilusorios, dada la imposibilidad de hecho para su efectivo ejercicio (49).

¿Como admitir, en efecto, con un mínimo de rigor lógico que - la responsabilidad del padre, ausente de su domicilio durante unas horas por razones profesionales, tiene su origen y justificación - en el incumplimiento del deber de encomendar a otra persona la --- guarda del hijo normal de catorce a quince años que ha causado el daño? Pero más aún, si se acepta el principio de la culpa será preciso admitir también que el menor debe estar sometido en todo mo-mento a vigilancia, por lo que si el padre o la madre no pueden e-jercitarla de hecho, alguien habrá de sustituirles en esta función. Ahora bien, incluso admitiendo que estas personas existen (normalmente serán las designadas en el párrafo 1° del art. 1048 C. Civ.) ¿cómo se puede hablar de una culpa *in vigilando* y respecto a quién cuando el daño se ha producido fuera de la órbita de su responsabilidad, así, por ejemplo, cuando el menor regresa de un colegio donde se encuentra internado hacia su casa? (50).

Claro es que en estos y otros casos análogos (v.g. hijo menor enviado a otra ciudad a cursar estudios, tanto primarios como técnicos o universitarios; hijo menor que está subordinado a otro por efecto de una actividad laboral, etc) se intenta superar el absurdo jurídico argumentando que la culpa que se imputa al responsable no es en realidad una falta de vigilancia, sino una verdadera culpa *in educando*. "*Pero esta justificación tampoco satisface y no sólo por la poderosa objección antes apuntada del nexo causal, sino porque además, y apurando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, permitiría llegar a la conclusión de que los padres pueden ser llamados a responder incluso de los daños que causen sus hijos mayores de edad, si el demandante logra demostrar una omisión culposa (Cfr. art. 1045) en el ejercicio del deber de educación*". (51)

Todas estas contradicciones, en definitiva, hacen necesario acudir a otros argumentos que expliquen en forma real y no ficticia todas aquellas hipótesis en las cuales la ley considera que *ha cesado por un motivo legítimo* la relación de convivencia entre el responsable y el menor agente del daño.

Resulta muy difícil, en efecto, sentar reglas generales en esta materia con carácter apriorístico. No obstante, fundándose la responsabilidad de los padres no en una presunción de culpa in vigilando o in educando sino en los especiales poderes inherentes a la autoridad parental, -a título de orientación- cabe señalar como motivos *legítimos* e *ilegítimos* de no convivencia de los padres, tutores o adoptantes y el menor, por el cual son llamados a responder, los siguientes:

i. motivos legítimos.- Los responsables podrán alegar que ha cesado la convivencia con el menor causante del daño:

a) Cuando existe una sentencia firme del tribunal que los prive -- del ejercicio de la guarda legal del menor (hipótesis de divorcio, separación judicial y nulidad de matrimonio).

b) Cuando el menor, contra la voluntad de los responsables, se ha alejado del hogar y estos prueben que hicieron todo lo posible, acudiendo incluso a la autoridad judicial, para que aquel fuera reintegrado a su casa.

c) Cuando el menor de edad contraiga matrimonio, aunque siga viviendo en casa de sus padres (supuesto de emancipación legal)

ii. motivos ilegítimos.- Todas las demás hipótesis se consideran motivos *ilegítimos* de cesación de convivencia entre el responsable y el

menor agente del daño y subsiste, por tanto, la presunción de responsabilidad.

Cabe preguntar, entonces, ¿continúa la convivencia y subsiste la presunción de responsabilidad cuando el hijo haya sido confiado a personas a las que el padre y la madre pueden tener confianza -- (parientes o no parientes), por ejemplo, hijo dado a criar, hijo -- dejado a cargo del servicio doméstico, menor enviado a pasar vacaciones en casa de parientes o amigos, etc. Asimismo, cuando el hijo haya tenido que dejar a sus padres para seguir cursos en una -- ciudad universitaria, para terminar su educación, para cumplir su servicio militar (en aquellos países que existe tal obligación), -- etc.? (52).

En nuestro concepto, la respuesta debe ser positiva. Sin em -- bargo hay quienes opinan lo contrario. DE PAGE, por ejemplo, consi -- dera que cuando el hijo menor no habita con sus padres, una de las condiciones para aplicar la presunción de responsabilidad falta, y no se puede inferir de *este solo hecho material* que son los padres -- los que han faltado a sus deberes y no el hijo quien se ha sustra -- ído a los esfuerzos de sus padres. Será necesario --concluye este -- autor-- *probar* que la no "*cohabitación*" se debe a una mala educación, y por tanto, será el principio general de responsabilidad el que -- deberá aplicarse (53).

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia Belga. MARTY relata un caso en que la Corte de Apelación había sostenido la responsabilidad del padre, aunque el hijo había sido confiado -- *al cuñado* y habitaba con éste último, con el argumento de que no se

había demostrado que el cuñado hubiera sustituido al padre - en la guarda del hijo y la responsabilidad para con los terceros; añade que la Corte de Casación francesa, al conocer del recurso, - decidió lo contrario, considerando que la presunción de responsabilidad *cesa al cesar la habitación común, sin que sea necesario que el menor - haya pasado a la vigilancia y dirección de la persona que tiene su guarda...* (54).

Si bien la jurisprudencia belga y los autores citados sostienen que el simple hecho de que falte la convivencia basta para excluir la presunción de responsabilidad contra el padre o tutor, - la doctrina predominante considera, por el contrario, que la responsabilidad subsiste.

Así, autores como ROVELLI, POGLIANI, y otros, consideran que no debe ser aplicable la presunción legal de responsabilidad cuando el hecho es cometido mientras el menor se encuentra en vacaciones cerca de parientes o en un instituto; asimismo, cuando el menor está ausente por seguir cursos universitarios o cualquier curso de estudio que lo aleje de la casa paterna en medida tal, que a su hogar regrese solamente en vacaciones (55).

Sobre lo que todavía no existe un verdadero acuerdo doctrinal, es en relación a aquellas hipótesis en que el hecho dañoso es cometido mientras el menor se encuentra bajo la vigilancia de una persona que sea, a su vez, responsable en virtud del artículo 1048, párrafo 1º, p. ej. los jefes de colegios o escuelas, de su patrón, - etc..

Ciertos autores (56) estiman que la responsabilidad de los pa

dres y tutores no puede cesar en el caso de *cohabitación* mas que si el hijo ha sido instalado en casa de una persona que sea, al mismo tiempo, responsable en virtud del artículo 1048, párrafo 1º, C. Civ.

Nosotros creemos, sin embargo, que ni aún en la hipótesis de que el menor se encuentre en casa de un profesor o un maestro o bajo vigilancia de otras personas (v.g. de aquél que le proporciona un trabajo) cesa la convivencia del menor con sus padres o tutores y que, por consiguiente, se mantiene la presunción de responsabilidad que recae sobre ellos. La aplicabilidad del artículo 1047 C. - Civ. no excluye la responsabilidad concurrente de otros sujetos -- (profesores, maestros, patrón) por el mismo hecho ilícito del menor, al contrario, se produce una *corresponsabilidad solidaria*. (57).

Vistos hasta aquí los *requisitos específicos* de convivencia, *minoría de edad*, y, *relación jurídica* entre el agente y el responsable, en el apartado siguiente se analizará lo referente a los *requisitos genéricos*.

## B) REQUISITOS GENERICOS

1.- ¿Es necesario establecer el carácter culposo del hecho del menor?-

¿Producido el evento dañoso y concurriendo los requisitos específicos de: *relación jurídica entre el responsable y el agente; convivencia; y la minoría de edad* (el menor de quince años según el Código Civil); nace la presunción de responsabilidad ex arts. 1047 y 1048, párrafo 1º?; o ¿es necesario, además, que el daño provenga de un -

hecho culposo del menor?.

El art. 1047 de nuestro vigente Código Civil, siguiendo en este punto sus constantes modelos, el Proyecto de GARCIA GOYENA (art. 1901) y el Código Napoleónico (art. 1384), no exige en forma expresa que se establezca el *carácter ilícito* del hecho del menor. En esto coincide con la mayor parte de Códigos Civiles americanos y europeos (58).

En cambio, algunas codificaciones de países germánicos, en -- los textos relativos a la responsabilidad por el hecho personal, -- mencionan la *ilicitud* expresamente; *Widerrechtlich*, traducción de -- la injuria de la *Lex Aquilia* (*injuria -non jure- contra jus*) (59).

Se ha dicho, en relación a esta diversa forma de reglamentar un mismo problema, que no es necesario que se mencione expresamente la *ilicitud*, pues, en las codificaciones que no se utiliza esa técnica, la *ilicitud* está implícita en el concepto general de infracción (60).

En cuanto a si es mejor éste o aquél sistema, la doctrina no ha llegado a ningún acuerdo todavía. Sin embargo, algunas legislaciones que no tienen una tradición germánica (v.g. la italiana 1942, la de Portugal 1966 y la venezolana 1942, entre otras) se han decidido por mencionar *expresamente* la *ilicitud*. Es más, se ha dado entrada, dentro de la responsabilidad subjetiva, a cierto juicio de valoración social. Es el caso del artículo 2043 C. Civ. Ita. que vincula la *ilicitud* al daño, al exigir que el hecho haya causado -- un daño injusto (61).

De todos modos, la cuestión de si resulta mejor el sistema utilizado por las codificaciones de origen germánico o el empleado por aquéllas que provienen de la francesa, es un tema que, aún siendo interesante, queda al margen de la presente investigación. En efecto, lo que interesa, por ahora, es saber si es o no necesario exigir como presupuesto indispensable de la responsabilidad de los padres y tutores que el autor del daño haya cometido, por sí mismo un verdadero acto ilícito, o más concretamente, si la víctima debe probar que el daño proviene de un acto culposo del menor.

Se ha dicho, que además de los requisitos específicos (convivencia, minoría de edad, relación jurídica entre el responsable y el agente), la víctima debe probar el carácter *culposo* del hecho del menor. Que la indagación sobre el comportamiento del incapaz es necesaria para evitar el absurdo de que el padre o el guardador sean obligados al resarcimiento de un daño ocasionado por un comportamiento que, si hubiera correspondido a un sujeto dotado de entendimiento y de voluntad, no hubiera permitido el resarcimiento (62).

La indagación sobre el estado subjetivo de una persona es posible en aquellas hipótesis en que ésta sea imputable, y capaz, -- por tanto, de incurrir en culpa. Pero, ¿podríamos decir lo mismo -- en aquellos supuestos, nada infrecuentes, de que el menor no posea capacidad natural de entender y de querer?; en otras palabras, ¿es posible indagar sobre el estado *subjetivo* de una persona que por su condición (incapaz de entender y de querer) no puede incurrir en culpa?.

Los partidarios de la teoría clásica de la culpa, es decir, -

aqueellos que fundamentan la responsabilidad de los padres y tutores en una culpa *in vigilando o in educando*, con el objeto de mantener la validez y eficacia práctica de su teoría y salvar el obstáculo de la falta de discernimiento del menor, acuden al expediente de la culpa *in abstracto*, o formas de naturaleza análoga, p. ej. *faute objective, faute sociale*.

En efecto, para ellos sólo una solución parece posible: configurar la culpa *in abstracto* de forma que el hecho del menor pueda ser calificado como *objetivamente ilícito*. Para eso es preciso vaciar la noción de culpa de toda significación subjetiva (imputabilidad) y considerar que basta el elemento subjetivo (la pura y simple transgresión jurídica) para producir el efecto específico de la puesta en marcha del mecanismo de responsabilidad por hecho ajeno. Es decir, será suficiente, según expresiones de la doctrina francesa, que el hijo haya realizado "un acto tal que hubiese comprometido su propia responsabilidad caso de ser mayor" o bien que "realizado por un mayor hubiese constituido una culpa" o en fin, un hecho "del cuál el niño debería responder si tuviese conciencia de sus actos". (63).

Según MAZEAU, -uno de los máximos defensores de la apreciación *in abstracto* de la culpa- se debe rechazar la apreciación *in concreto* del error de conducta (64), pues eso hace de la culpa una noción puramente subjetiva, ya que hay que sondear el estado espiritual de agente, puesto que no cabría condenarlo por daños y perjuicios si su conciencia estuviera en paz, si estuviera en su naturaleza o en sus hábitos proceder como ha procedido. "Así pues y sin vacilar -concluye este autor- cabe rechazar la apreciación in concreto de la culpa cua-

*sidelictual. Debe examinarse el acto culposo en sí mismo, separado del agente; proceder por comparación, preguntarse lo que habría hecho otro individuo, un tipo abstracto: apreciar la culpa in abstracto". (65)*

Hasta aquí parece razonable lo dicho por los partidarios de la teoría clásica para superar el obstáculo de la falta de discernimiento en el menor causante de daño. MAZEAUD, sin embargo, se atreve a ir más lejos en su razonamiento y, tratando de dar una solución al problema de si es o no necesario una culpa personal del agente del daño, expresa: "Por ser, en principio, el fundamento de la responsabilidad de los padres no una culpa cometida por el hijo, sino la cometida por los padres mismos, podría creerse suficiente esa culpa para exigir su responsabilidad, sin que fuera necesario que se acumule con la culpa del hijo. Pero eso sería razonar muy de prisa. Al exigir la culpa de los padres, se exige por eso mismo, indirectamente, la del hijo. En efecto, ¿cómo se les reprocharía a los padres no haber impedido que su hijo realizara un acto normal?. La culpa de los padres consiste en no haber impedido que el hijo (por la vigilancia y la educación que le aseguran) incurriera en culpas. Así pues, cabe afirmar, ...que 'la responsabilidad civil del padre y la madre suponen una culpa del hijo menor' Pero la culpa del hijo no es un requisito autónomo de la responsabilidad de los padres; resulta tan solo de la necesidad de estar incursos en culpa los padres". (66).

Esta forma de razonar encierra, entre otras cosas, la confusión de dos conceptos elementales: *causalidad* y *culpabilidad*.

En efecto, la *causalidad* es la que tiene por objeto establecer cuándo y en qué condiciones un resultado cualquiera -o más concretamente un daño- debe ser imputado *objetivamente* a la acción o la o-

misión de una persona. Por su parte, la culpabilidad es la que se propone determinar cuándo y en qué condiciones un resultado debe ser imputado *subjetivamente* a su autor (67).

En consecuencia, si un menor comete un hecho ilícito a causa del cual se produce un daño; la víctima *deberá probar*, además de los requisitos específicos (relación jurídica, convivencia y menor edad), *el vínculo de causalidad entre la acción* (68) del menor y el resultado dañoso. En otras palabras, deberá demostrar cuándo y en qué condiciones ese perjuicio debe ser *imputado objetivamente* (69) a la acción u omisión del menor. Luego, sólo en el evento de que se pueda imputar objetivamente el daño al menor, se entrará a examinar lo concerniente a la *culpabilidad*, o sea, si el *juicio* que el agente ha hecho, antes de realizar el acto, no sólo es objetivamente injusto, sino que esta injusticia la haya conocido o podido conocer y, que por lo tanto, le es personalmente reprochable (70).

Deslindados, así, los conceptos de culpabilidad y de causalidad, no se incurre -al igual que MAZEAUD- en el error de creer que al obligar a la víctima a probar un vínculo de causalidad entre el daño ocasionado y la acción del menor, se le está forzando, indirectamente, a probar la misma realidad de la culpa; o bien, que *al exigir la culpa de los padres, se exige por eso mismo, indirectamente, la del hijo.*

Queda claro, entonces, que la víctima, para obtener la indemnización correspondiente, deberá probar, además de los *requisitos específicos*, *la existencia de un daño* (71) y que el mismo le es *objetivamente imputable a su autor* (nexo causalidad). Ahora bien, lo que no hemos

resuelto todavía es si también debe demostrar la culpa del menor autor del perjuicio.

Se ha dicho, que para la fundamentación del deber de indemnizar no basta, sin embargo, en general que el daño se base en una acción o en una omisión que según su carácter objetivo sea antijurídica, sino que además ha de añadirse un *factor o elemento subjetivo*: al agente le ha de alcanzar la *culpabilidad* (72).

La solución a este problema hace necesaria una distinción previa según que el menor posea o no la capacidad natural de *entender y querer*.

En el ámbito de la responsabilidad por hecho ilícito civil entendemos por esta expresión la *aptitud para la culpa* (73), esto es, aquel grado de desarrollo psíquico que se alcanza normalmente antes de la mayoría de edad y que constituye el presupuesto de capacidad indispensable para la imputación subjetiva (y no meramente *material*) de los propios actos (74).

En consecuencia, si el daño proviene de un hecho ilícito realizado por un menor capaz de entender y de querer, la víctima, además de los *requisitos específicos*, deberá probar que el menor obró culposamente. Pero, por el contrario, si el daño lo causa un menor incapaz de entender y de querer, -según nuestro criterio- se debe prescindir excepcionalmente de la exigencia de culpa y conformarnos -- con la *antijuridicidad objetiva*.

Recordemos que la ilicitud es independiente de las circunstancias concernientes a los sujetos que realizan la acción; así, el

acto contrario a derecho es siempre y por ésto sólo ilícito, aun - que haya sido practicado por un sujeto sin voluntad o que ha obrado sin culpabilidad. Lo que no habrá en estos casos es *punibilidad* - para que el agente, sea en el orden penal para la aplicación de la pena, sea en el orden civil para la indemnización de los daños (75) Pero la aplicación de la pena o la obligación de resarcir no son - elementos de la *ilicitud o antijuridicidad*, sino solamente las eventuales consecuencias que puedan acarrear un acto ilícito (76).

Por ello, si es cierto que la responsabilidad sancionada por los arts. 1047 y 1048, párrafo 2º, C. Civ. se funda en el ligamen - jurídico entre el responsable y el agente (autoridad parental y tutelar), resulta ocioso acudir al expediente de la culpa *in abstracto*, u otras fórmulas de naturaleza análoga (*faute objective, faute sociale*), para explicar el problema de los daños causados por un menor incapaz de entender y de querer (77).

La víctima solo pretende, a través del hecho del incapaz considerado en su calidad de *elemento causal*, alcanzar el patrimonio del padre. Por supuesto que el daño ocasionado ha de implicar al menos la violación meramente *objetiva o material* (78) de una regla o un deber jurídico, pero una vez cumplida esta condición bien puede decirse que la responsabilidad nace ya *originaria y directamente*, como un - efecto vinculado al ejercicio de la autoridad parental, *sin necesidad* de que el agente haya cometido un hecho culposo.(79).

Desde el punto de vista del sujeto dañado, por consiguiente, el hecho dañoso no es tanto el resultado del comportamiento del menor incapaz, que debe ser castigado con la sanción resarcitoria, -

sino más bien el simple hecho jurídico, productor de consecuencias lesivas a su patrimonio, que sirve de presupuesto al juicio de responsabilidad según el cual el hecho dañoso es imputable a otro sujeto -se trate o no del autor material del daño- que, por haber sido declarado responsable, debe, finalmente, cumplir la obligación de reparar el perjuicio (80).

*Resumiendo*, en la problemática atinente a si ¿es necesario, a efectos de obtener resarcimiento del daño, que la víctima demuestre, además de los requisitos específicos, el carácter culposo -- del hecho del menor?, cabe distinguir dos situaciones:

a) *Si el hecho dañoso lo ha realizado un menor con capacidad natural de entender y de querer*, es decir, aquel sujeto que, no solo le faltan -- las facultades intelectivas y cognoscitivas para comprender el -- significado de sus actos (*capacidad de entender*), sino que también -- carece de idoneidad psíquica para determinarse libremente, según el recto discernimiento entre el bien y el mal, resistiendo sus -- impulsos (*capacidad de querer*), en nuestro concepto, la víctima debe -- rá probar, además de los ya citados *requisitos específicos*, los *supuestos genéricos* siguientes: la antijuricidad objetiva del daño y que éste lo es *objetivamente* imputable a la acción u omisión del menor (*nexo causal*).

No es necesario, en esta última hipótesis, que se pruebe el carácter culposo del hecho del menor, pues como observa GIORGI, -- "*la responsabilidad de los padres y 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 ma*

los, ejecutados por personas aun no dotadas de criterio suficiente 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 comprenden -nos interroga el citado autor- 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?" (81).

Que esto así, es decir, que nuestro ordenamiento no condiciona la obligación de indemnizar por el hecho dañoso de un menor incapaz de entender y de querer al presupuesto de culpabilidad en el agente inmediato del daño, lo demuestra en forma inequívoca -- tanto lo dispuesto por el artículo 22 del Código Civil, a cuyo contenido y alcance nos hemos referido en el apartado anterior -- (véase supra p. 131), como el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de menores al disponer que: "*La declaratoria de inimputabilidad o exención de pena en favor de menores prevista por el artículo 25 del Código Penal (82), no perjudicará el ejercicio de la acción civil contra ellos, por los daños y perjuicios que hubieren causado, siempre que sus alimentos quedaren asegurados...*" (83). (Esta norma y sus semejantes (artículos 133 C. Pen. de 1941 y 104 C. Pen. de 1970), serán objeto de un minucioso estudio en el apartado primero del capítulo siguiente; véase infra cap. V: "*Illicitud Civil e Illicitud Penal*").

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

(1) Véanse Cas. N° 55, 1971 (16:15 de 14 mayo); y, S. 1° Civ. N° 365, - 1970 (15:30 de 12 Ago.), que confirma la sentencia de J. 1° Civ. (S.J.), N°276, 1969 (8:30 de 20 Nov). En ésta última, el Juez Primero, en el considerando VII, indica: "...el art. 1047 C. Civ. establece la responsabilidad directa de los pa-dres por los hechos dañosos de sus hijos menores de quince años, exigiéndose ú-nicamente como requisitos la convivencia y la mencionada edad..."

En la doctrina, véase por todos TREJOS, supra nota 13 cap. I, p. 146-147. Quien escribe: "La responsabilidad civil sobre la base del artículo 1047 no con-cierne más que a los hijos menores de quince años, y es necesario, igualmente, que éstos habiten con sus padres".

(2) Cfr. PEREZ VARGAS, V.- "Existencia y Capacidad de las Personas".- E-dición Provisional, San José 1977, p. 109.

(3) MESSINEO, cit. por PEREZ VARGAS, supra nota 2, p. 110.

(4) Así lo ordena el art. 19 del C. Civ. al disponer que: "Son mayores de edad las personas que han cumplido dieciocho años; y menores las que no han llegado a esa edad".

En este sentido no deja de ser interesante la "Resolution" 29/72 del Consejo de Europa tomada en su reunión del 19 de Septiembre de 1972. En ella, en-tre otras cosas, se recomienda:

- "a) La resolución en primer lugar, recomienda a los Gobiernos de los Esta-dos miembros bajar la mayoría de edad de modo que sea inferior a la - de veintiun años, y más concretamente, fijarla, si dichos gobiernos - lo estiman oportuno, en los dieciocho años, quedando a salvo la posi-bilidad de que los Estados mantengan una edad más elevada de capaci-dad para ciertos actos limitados y determinados en materias en que se juzgue que se requiere una mayor madurez.
- b) El Comité de Ministros recomienda también a los Gobiernos de los Esta-dos miembros, y en particular a aquellos de los países en los cuales - la mayoría de edad siga fijada por encima de los dieciocho años que - examinen la oportunidad de conceder a ciertos menores la capacidad de ejercer los actos corrientes de la vida diaria y de obrar por sí so - los en otras materias apropiadas.
- c) Recomienda el Comité de Ministros, por último, a los Gobiernos de los Estados miembros en los cuales la rebaja de la mayoría de edad reduz-ca de manera sustancial los derechos que para los hijos se derivan -- del deber de sostenimiento que sus padres tienen con relación a ellos, y entrañe el riesgo de privarles de la ayuda necesaria para proseguir sus estudios o terminar su formación profesional, que tomen las medi-das adecuadas para paliar tales consecuencias".

El Consejo fundamenta las anteriores recomendaciones en que si, en "la ma-yoría de Estados miembros, la edad de la plena capacidad jurídica ha estado fi-jada durante largo tiempo en veintiun años, dicha edad se sitúa hoy por debajo de esa cifra en la mayor parte de las legislaciones; y se pone también de relie

ve que ya actualmente las disposiciones legales de varios Estados miembros confieren a los menores que hayan alcanzado cierta edad una capacidad jurídica especial para obrar por sí solos en campos importantes, y que de hecho en otros Estados se obtienen resultados sensiblemente parecidos por otros medios.

Se deduce además que en razón de la instrucción recibida durante la escolarización obligatoria más larga, y en razón también de la abundancia de información de que disponen, los jóvenes -aunque la vida actual sea más compleja- se hacen aptos para hacer frente a las exigencias de la vida a una edad más temprana que antes.

Se observa, por otra parte, que la necesidad, de proteger a los jóvenes -pierde su importancia en razón de las medidas destinadas a proteger a la población de todas las edades en el campo económico; y se expresa finalmente la esperanza de que la mayoría de edad favorezca el desarrollo de un sentimiento de responsabilidad entre los jóvenes". Véase CASTAN VAZQUEZ, J.- "La Resolución del Consejo de Europa sobre la edad la plena capacidad jurídica".- En R.D.P., - Enero de 1973, p. 3 y ss.

(5) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 303-306.

(6) En este sentido pueden verse el Código Civil Italiano de 1942 (art. 2047, 2048); el de Portugal de 1966 (art. 489); el nuevo artículo 907 Código Civil Argentino, según reforma de 1968, por ley 17.111, que textualmente dispone: "Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima". Véase PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 144-145.

(7) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 303.

(8) Esta es la doctrina tradicional, recogida ya por POTHIER, que se expresa con la conocida máxima *nominem in delictis aetas excusat*.

Véase POTHIER.- "Tratado delle Obligazioni".- cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 304.

(9) MAZEAUD y LUNG, supra nota 2 cap. I, p. 499.

(10) Cfr. ROVELLI, supra nota 73, cap. I p. 214.

(11) Cfr. TABET, supra nota 6 cap. I, p. 1433-1434.

(12) Esta situación no se presentará si el daño causado por el menor proviene de un acto ilícito penal. En este campo la regulación es más equitativa. Se permite el ejercicio de la acción civil contra el menor, por los daños y perjuicios que hubiere causado, "siempre que sus alimentos quedaren asegurados conforme a la ley" (artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores). En relación a la "importancia y diferenciación entre el ilícito civil y el ilícito penal" véase infra cap. V.

(13) CASTAN TOBEÑAS, J.- "Crisis Mundial y Crisis del Derecho".- Reus, - Madrid, 1960, cit. por TREJOS, supra nota 13 cap. I, p. 214.

(14) Cfr. PEREZ VARGAS, supra nota 2, p. 124.

(15) Esta confrontación la hemos tomado, en lo que a la emancipación se

refiere de Ibid., p. 125, nt. 168.

(16) Cfr. MAZEAUD, supra nota 2, cap. I, p. 500-501.

(17) "...la emancipación, dejando a salvo ciertas limitaciones que no afectan la responsabilidad civil, habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuese mayor digase lo mismo del menor que haya obtenido el beneficio de la mayor edad"; Véase ROGEL VIDE, supra nota 43, cap. I, p. 135.

(18) Cfr. GULLON BALLESTEROS, supra nota 2, cap. I, p. 481; ROGEL VIDE, supra nota 43, cap. I, p. 135.

(19) Ambos cit. por ROGEL VIDE, supra nota 43 p. 135.

(20) Cfr. PEREZ VARGAS, supra nota 2, p. 125, nt. 168.

(21) Cfr. COLOMBO, supra nota 3, cap. I p. 332.

(22) Cfr. PEREZ VARGAS, supra nota 2, p. 125, nt. 168.

(23) Véase MERLICH ORSINI, supra nota 3, cap. I, p. 91-92.

(24) Cfr. GIORGI, supra nota 30, cap. I, p. 339.

(25) Cfr. CHIRONI, supra nota 2, cap. I p. 150.

(26) En este sentido véase PEREZ VARGAS, supra nota 2, p. 123-124.

(27) Ibid.

(28) Por Ley N° 5895 de marzo de 1976, nuestro legislador haciendo uso de una mejor técnica jurídica decidió sustituir la palabra "consentimiento" por "asentimiento". En el matrimonio del hijo menor de 18 años es necesario el *asentimiento de los padres*, que es un elemento integrante del acto, pero no indispensable, pues puede ser sustituido -en ciertos casos (véase art. 21, incisos 1 y 2, C. Fam.)- por el tribunal, previa información sumarásima.

(29) En el caso del "tutor", a diferencia de los padres, se habla de "consentimiento" para que su pupilo pueda contraer matrimonio (Cfr. art. 22 C. Fam)

(30) En ciertos delitos contra la honestidad o delitos sexuales (violación, estupro, y abuso deshonesto), nuestro Código Penal (art. 92) permite que se extinga la acción penal o la pena cuando se produce el matrimonio del procesado o condenado con la ofendida.

(31) DE LA FUENTE, R.- *Desintegración Familiar. "Consideraciones sobre el Problema de la Desintegración Familiar"*.- Ediciones Bailén, Madrid, 1968 p. 280.

(32) Cfr. CAMMAROTA, supra nota 3, cap. II, p. 487.

(33) Cfr. POGLIANI, supra nota 22, cap. II, p. 111-112; en el mismo sentido MAZEAUD, supra nota 2, cap. I, p. 503-505, para quien: "cuando, por no reu

nirse el requisito (se refiere a la convivencia), sea inaplicable el artículo - 1384, párrafo 4º (equivalente 1047 y 1048, párrafo 2º del C. Civ. nuestro), la víctima no queda privada, por ese hecho, de toda acción que le permita pedirle reparación a los padres. Tan solo está obligada a demostrar la culpa cometida - por estos últimos; a colocarse en el terreno del artículo 1382".

Conviene aclarar el hecho de que la mayoría de autores italianos y franceses al referirse al requisito de la convivencia usan la expresión "cohabitación". Término éste que para algunas legislaciones (v.g. la española, la costarricense) significa "vida marital entre el hombre y la mujer". Este último es el significado más vinculado con el Derecho.

En efecto, "las legislaciones (Cfr. art. 24 C. Fam.) suelen imponer al marido la obligación de vivir en una misma casa con su mujer; y a ésta, la de habitar con su marido donde quiera que fije su residencia, salvo que judicialmente se la exima por resultar peligroso para su vida". En este sentido, véase --- OSSORIO, M.- "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales".- Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1974, p. 133.

Nosotros seguiremos utilizando la expresión "convivencia", en vez de "cohabitación". Pues la primera se ajusta mejor al tema en estudio: "El hijo debe convivir con sus padres", para que surja la presunción de responsabilidad ex --- artículos 1047 y 1048, párrafo 2º, Código Civil.

(34) ROVELLI, supra nota 13, cap. II, p. 242-243.

(35) SALVAT, cit. por CAMMAROTA, supra nota 3, cap. II, p. 487.

(36) Véase por todos CHIRONI, supra nota 2, cap. I, p. 118.

(37) OLLIER, cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 299.

(38) Pueden consultarse los Códigos Civiles de España (art. 1903, párrafos 2 y 3); Italia (art. 2048); de Francia (art. 1384); de Argentina el de --- 1869 (art. 1114); de Venezuela el de 1942 (art. 1190); Uruguay de 1868 (art. --- 1298); etc.

(39) Véanse Códigos Penales de Venezuela (art. 114); de España (art. 20); de Honduras (art. 17); de Costa Rica (art. 133 C. Pen.) y el art. 8 de la Ley - Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.

(40) MERLICH ORSINI, supra nota 3, cap. I, p. 96-98.

(41) Cfr. Ibid.

(42) Cass. Ita., 28 giugno 1951, in Resp. Civ. e Priv., 1952, p. 26 cit. por VISENTINI, supra nota 18 cap. II, p. 336. En el mismo sentido BONASI BENUCCI, supra nota 3, cap. I, p. 239-240.

(43) Sent. Trib. TORINO, 31 marzo 1958, cit. por ROVELLI, supra nota 13, cap. II, p. 240 nt. 3.

(44) Cfr. ROVELLI, supra nota 13, cap. II, p. 249.

(45) BONASI BENUCCI, supra nota 3, cap. I, p. 239-240.

(46) GIORGI, supra nota 30, cap. I, p. 399-400.

- (47) MAZEAUD, supra nota 2, cap. I, p. 501-503.
- (48) Véase BORREL MACIA, supra nota 3, cap. I, p. 159.
- (49) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 300.
- (50) Ibid.
- (51) Ibid., p. 301.
- (52) MAZEAUD, supra nota 3 del cap. I, p. 503-505. Opina que estos casos cesa la convivencia y con ello la presunción de responsabilidad. En sentido contrario POGLIANI, supra nota 22, del cap. II, p. 111-112.
- (53) DE PAGE, cit. por MERLICH ORSINI, supra nota 3, cap. I, p. 95-96, nt. 85.
- (54) MARTY, cit. por MERLICH ORSINI, supra nota 3 del cap. I, p. 97-98, nt. 89.
- (55) Cfr. ROVELLI, supra nota 13 del cap. II, p. 242-243; POGLIANI, supra nota 22 del cap. II, p. 111-112; CHIRONI, supra nota 2 del cap. I, p. 118; GIORGI, supra nota 30 del cap. I, p. 399-400.
- (56) LAROMBIERE, AUBRY y RAU., cit. por GIORGI, supra nota 30 del cap. I, p. 399-400.
- (57) Cfr. ROVELLI, supra nota 13 del cap. II, p. 244-245.
- (58) Así el Código de Francia; el Italiano de 1865; los mexicanos, el de España y sus seguidores, el de Perú, el de Brasil, el de Chile y sus seguidores, el de Honduras, el de Uruguay, el de Nicaragua, el de Suiza, etc.
- (59) Cfr. CARBONNIER, supra nota 3 del cap. I, p. 93-94. Los artículos de países germánicos son: párrafo 823 del B.G.B.; art. 41 C.O.; art. 1294 C. -- Civ. austríaco; art. 1401 C. Civ. holandés. También mencionan la ilicitud algunas codificaciones provenientes del proyecto Franco-Italiano (Cfr. art. 79): La italiana de 1942 (art. 2043) y la venezolana de 1942 (art. 1190).
- (60) Ibid.
- (61) El art. 2043 C. Civ. Ita., expresa: "*Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño".*
- (62) BONASI BENUCCI, supra nota 3, cap. I, p. 241.
- (63) OLLIER, cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 317; además véanse MAZEAUD y LUNG, supra nota 2, cap. I, p. 71-74; CARBONNIER, supra nota 3, cap. I, p. 83-94.
- (64) Para MAZEAUD, supra nota 2, cap. I, p. 85-87; "*La culpa cuasidelictual es un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidado*".

sa situada en las mismas circunstancias 'externas' que el autor del daño'.

(65) Cfr. Ibid., p. 71-75. En contra CARBONNIER, supra nota 3 cap. I, p. 93-94; a su juicio: "El concepto de error de conducta sólo proporciona una orientación sumamente vaga. ¿Se ha de apreciar el error in concreto, con relación a la personalidad del pretendido responsable (atendiendo a su comportamiento habitual)? ¿Se debe valorar in abstracto con relación al tipo medio del honesto padre de familia, del hombre serio y respetuoso para con las exigencias sociales? Hay partidarios de una y otra posición".

(66) Cfr. MAZEAUD, supra nota 2, cap. I, p. 507-509; MERLICH ORSINI, supra nota 3, cap. I, p. 100-101, nt. 94.

(67) Véase texto supra a que se refiere la nota 55 del cap. I.

(68) Véase texto supra a que se refiere la nota 56 del cap. I.

(69) Véase texto supra a que se refiere la nota 57 del cap. I.

(70) Véase texto supra a que se refiere la nota 58 del cap. I.

(71) "No habrá acto ilícito punible, para los efectos de responsabilidad del agente, sin daño causado. Esto implica que el daño es un elemento; no del acto ilícito en sí mismo, ni siquiera de la punibilidad en general, sino solo de esta punibilidad específica: la Responsabilidad Civil". En este sentido ORGAZ, supra nota 41, cap. I, p. 20-21.

(72) KARL LARENZ, supra nota 56, cap. I, p. 569.

(73) DE CUPIS, cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 303.

(74) LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 303.

(75) Salvo los casos de "indemnización por equidad" que veremos en infra cap. V.

(76) Cfr. ORGAZ, supra nota 41, cap. I, p. 23.

(77) OLLIER, cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 311.

(78) La distinción entre *ilicitud objetiva* y la llamada *ilicitud subjetiva* es una distinción entre la violación de la norma jurídica considerada en sí misma, y la violación que realiza el sujeto que, además, es *culpable*; mientras que la distinción entre *ilicitud formal* e *ilicitud material o sustancial*, prescinde en ambos casos de cómo actúa el sujeto y se funda sólo en lo que efectivamente viola la acción de éste: si la violación alcanza sólo a la "forma" de la norma, esto es, a su *exterioridad*, a su apariencia, hay *ilicitud formal*; si lo que hiere la acción es la *sustancia* de la norma, esto es, su contenido mismo, - los valores que la ley quiere salvaguardar, hay *ilicitud material*. Los términos en ambas distinciones no se corresponden, por tanto: "se puede sostener, que hay *ilicitud objetiva* -en cuanto que para caracterizarla, se prescinde de la condición subjetiva del agente-y, al mismo tiempo, que es *material o sustancial* en el sentido de que la *ilicitud* no se atiene a la apariencia o exterioridad de la ley violada, sino a su contenido real o su sustancia normativa". En este sen

tido véase ORGAZ, supra nota 41, cap. I, p. 24-26.

(79) Cfr. LEON CONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 312.

(80) Cfr. LEGUINA VILLA, supra nota 69, cap. I, p. 129.

(81) Cfr. GIORGI, supra nota 30, cap. I, p. 392. En contra BONASI BENNUCCI, supra nota 3, cap. I, p. 241-243. Para este último autor: *"La indagación sobre el comportamiento del incapaz es necesaria para evitar el absurdo de que el padre o el guardador sean obligados al resarcimiento de un daño ocasionado por un comportamiento que, si hubiera correspondido a un sujeto dotado de entendimiento y de voluntad, no hubiera permitido el resarcimiento. La incapacidad de entendimiento y de voluntad del agente determina una mera presunción de que el daño por él ocasionado sea el fruto de una actividad irrazonable y desconsiderada, siendo posible, sin embargo, que el niño o el loco, ocasionen un daño en el curso de un comportamiento que objetivamente considerado no se halle en contradicción con los normales principios de diligencia y prudencia. Piénsese en el caso de un demente que escapando a la vigilancia a que se halle sometido se dedique a conducir un vehículo y atropelle a un viandante. ¿Por el mero hecho de que el conductor se halle privado de entendimiento y de voluntad, puede sin más excluirse la posibilidad de que el guardador del incapaz suministre prueba liberatoria encaminada a demostrar que el hecho lesivo se debió a culpa exclusiva de la víctima, a caso fortuito o a hecho de un tercero? No nos parece que se pueda contestar afirmativamente tal interrogante; puede indudablemente suceder que la conducta del incapaz no se halle en contradicción con las normas del Código de Circulación ni con las obligaciones de general prudencia y diligencia y haya sido la víctima, la que por su imprudencia resulte responsable exclusiva del daño sufrido. Por lo tanto, a nuestro parecer la prueba liberatoria referida al comportamiento del menor, o del incapaz es siempre admisible porque, repetimos, opinando en forma diversa se llegaría a afirmar la responsabilidad en todos los supuestos de daño ocasionado por el menor aún cuando éste con su comportamiento no hubiera violado ninguna norma de conducta y el daño deba atribuirse a una causa extraña"*.

(82) El artículo 78 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores (Nº 3260 de 21 de diciembre de 1963, reformada por ley nº 3534 de 23 de julio de 1965) reforma el artículo 25 del Código Penal de 1941, para que se lea así:

- 1) *El sordomudo de nacimiento o desde la infancia, no educado; y*
- 2) *El que debido al estado de enajenación mental en que se encuentra en el momento del hecho, fuere incapaz de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de dirigir sus acciones".*

(83) En relación con este precepto véase artículo 133 del Código Penal de 1941 (vigente en la actualidad según Ley Nº 4891 de 8 de noviembre de 1971), que ordena:

*"La exención de pena en los casos previstos en el artículo 25 (véase texto supra a que se refiere la nota 82), no perjudica el ejercicio de la acción civil relativa a los daños causados por el incapaz..."*.

Es la misma norma que consagra el art. 8 de la L.O.J.T.M., pero referida solo a la exención de pena que establece el art. 25 C. Pen., inciso 1º, al establecer que están exentos de pena los menores de 17 años. (véase J. 1º Civ. (S.J.) nº 276, 1969 (8:30 de 20 de nov.), consid. I.

TERCERA PARTE

EFFECTOS

## C A P I T U L O V

SUMARIO: I. ILICITUD CIVIL E ILICITUD PENAL. A) INTRODUCCION.- B) DIFERENCIAS EN ORDEN LEGAL Y PRACTICO ENTRE ILICITUD CIVIL E ILICITUD PENAL.- C) EFECTOS JURISDICCIONALES.- 1. Evolución legislativa costarricense.- a) Aspectos teóricos generales que debemos recordar.- i. teoría clásica.- ii. teoría positivista.- iii. sistema de separación de acciones.- iv. sistema de acumulación de acciones.- b) Breve reseña histórica de nuestro actual régimen jurídico en cuanto al ejercicio de la acción civil.- i. código de procedimientos penales de 1910.- ii. código penal de 1941.- iii. código penal de 1970.- iv. código de procedimientos penales de 1973.- c) Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.- 2. Conclusión.- D) SUBORDINACION DE LA INSTANCIA CIVIL A LA PENAL.- E) EN RELACION AL DAÑO MORAL.- 1. Procedencia del daño moral.- a) Escuela del Derecho Lesionado.- b) Escuela de la Consecuencia del acto ilícito.- 2. Resarcimiento del daño moral.

II. EL DEBER DE INDEMNIZAR DEL INIMPUTABLE, A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.- B) ANTECEDENTES HISTORICOS.- 1. Corriente latina.- 2. Corriente germana.- C) EVOLUCION LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD DEL INIMPUTABLE.- 1. Código de Prusia.- 2. Código Civil austríaco.- 3. Código alemán (B.G.B.).- 4. Código Federal Suizo de las obligaciones.- 5. Código del grupo latino.- D) CARACTERISTICAS ESENCIA -

LES DE LA RESPONSABILIDAD DEL INIMPUTABLE.- 1. Subsidiaridad.- 2. Discrecionalidad . - E) JUSTIFICACION DOCTRINAL DEL DEBER DE INDEMNIZAR DEL INIMPUTABLE.- 1. Teoría del riesgo.- 2. Teoría de la responsabilidad como garantía.- 3. Teoría de la culpa en sentido objetivo.- 4. La equidad como fundamento.- D) RESPONSABILIDAD CIVIL -- DEL INIMPUTABLE EN EL DERECHO COSTARRICENSE.-

## CAPITULO V

## ILICITUD CIVIL E ILICITUD PENAL

A) INTRODUCCION.-

Los padres, tutores o encargados pueden ser llamados a responder cuando el daño causado por el menor proviene de un ilícito puramente civil o de un ilícito penal o de la conjugación de ambas ilicitudes: civil y penal.

¿Qué EFECTOS produce sobre la responsabilidad civil de los padres, tutores o encargados, el hecho de que el acto ilícito cometido por el menor lo sea *simultáneamente* para ambos derechos (civil y penal)?.

En el APARTADO PRIMERO del presente capítulo nos referiremos a los principales efectos: a) los jurisdiccionales; b) los relativos a la subordinación de la instancia civil a la penal; y por último c) los relacionados con la reparación del daño moral.

B.- DIFERENCIAS EN EL ORDEN LEGAL Y PRACTICO ENTRE ILICITUD CIVIL E ILICITUD PENAL.-

"*Filosóficamente*" -como bien lo ha dicho CASTAN TOBEÑAS (1)- es difícil fijar criterios diferenciales entre el *ilícito penal* y el *sim*

ple *illicito civil*. Sin embargo, en el orden legal y práctico, se pueden señalar ciertas diferencias.

El Derecho Penal y el Derecho Civil recogen el concepto de ilicitud teniendo a la vista una de las consecuencias eventuales de ella, la *punibilidad* en el orden penal, el *resarcimiento* en el orden civil (2). La razón de ser de esta distinción reside en el hecho de que en toda sociedad civilizada hay conductas ilícitas que son merecedoras de la aplicación de una pena, mientras otras sólo dan lugar a la obligación de indemnizar a la víctima por el daño que se ha causado (3).

Las primeras son las que constituyen el llamado *illicito penal*. Su clasificación como tales es producto de una circunstancial opción de política legislativa, pues dependen de la ideología y convicciones dominantes en cada momento. Es característico de tales comportamientos punibles el hallarse previamente descritos (*tipificados*) por la ley penal (4). Delito penal no es cualquier acto contrario a derecho y cometido culposamente, sino este acto requiere, además, que recaiga dentro de los moldes o casillas previamente establecidas por ley: "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" (5).

En cambio, el ilícito civil es, por así decirlo, un comportamiento simplemente dañoso, *no tipificado* por ley penal y cuya sanción -por entenderse que solo sanciona un interés particular- consiste en imponer al autor de los mismos una obligación de resarcimiento o indemnización. En el derecho civil, a diferencia del penal, es suficiente con que haya una violación de cualquier orden jurídico, aunque no corresponda a una figura previamente delineada

y precisa. El delito civil, en otras palabras, no necesita -como bien apunta ORGAZ- "*corresponder a un catálogo previo de delitos, que en materia civil no existe*". (6).

Se ha dicho, por algunos, que una de las diferencias entre ilicitud civil e ilicitud penal lo constituye el hecho de que los bienes amparados son, en el caso de ilícito penal, predominantemente públicos. Se suele objetar que esto no siempre es así, pues en ocasiones el tipo penal tutela intereses particulares, como ocurre con los delitos contra la propiedad. Mas incluso dentro de ellos -cabe establecer algún matiz, pues es razonable preguntarse si lo que la ley intenta en estos casos no es, más que proteger a las posibles víctimas de dichos delitos, evitar que se produzcan contra la propiedad, entendida ésta como valor abstracto y como soporte de la estructura económica de la sociedad. Así se explica, por ejemplo, que los efectos represivos de las leyes penales -materializados en la aplicación de las penas- se produzcan a impulsos del aparato estatal y aunque no los desee la víctima del acto delictivo: quien sufre el robo podrá renunciar a ser restituido, pero no se halla legitimado para detener la acción punitiva del poder público contra el autor de la sustracción (7).

Por último, la ley penal -a diferencia de la civil- tiene la finalidad de imponer una pena (8). De ahí que no exista responsabilidad penal por *hecho ajeno*. Y que tampoco incurren en ella los incapaces de entender y de querer. Por lo contrario, la responsabilidad civil tiene una finalidad *reparadora*. Lo que pretende es determinar "*sobre qué patrimonio y en qué medida deben recaer las consecuencias de un*

*acto humano o simplemente de un hecho*" (9). Dicho en otros términos, las reglas legales sobre la atribución de responsabilidad civil intentan restablecer el bien lesionado por un hecho dañoso, pero sin sujeción al criterio básico de la responsabilidad penal, que es la "*culpabilidad*". No queremos decir que este concepto de culpabilidad sea ajeno al dominio de la responsabilidad civil. Muy al contrario, se halla en lo más profundo de sus raíces (10). Lo que tratamos de señalar es que en la atribución de responsabilidad civil pueden jugar *otras* motivaciones, circunstanciales, variables, de carácter económico social. Y que como consecuencia de ella, por ejemplo, pueden verse afectados por la responsabilidad un menor, un loco, una persona jurídica o un individuo que ha causado un daño sin su culpa (11).

No obstante las anteriores diferencias entre la ilicitud civil y la penal, puede suceder que el acto ilícito lo sea *simultáneamente* para ambos tipos de derecho (penal y civil), debido a que el mismo acto es: contrario a derecho (antijuridicidad); culpable (12); corresponde a una de las figuras señaladas por ley (tipicidad); y, por último, ha causado un daño (13).

En efecto, hay hechos que constituyen ilícito penal y que como tales merecen la aplicación de una pena. Pero, puesto que a la vez esos hechos pueden causar un daño a alguien, decimos que son fuente de responsabilidad civil. Es aquí donde se conjugan ambos tipos de ilicitud, el resolver este problema es de enorme interés práctico para: a) Determinar la jurisdicción, o sea ¿ante qué juez puede o debe el titular de la acción civil demandar la indemniza--

ción del daño?; b) también, para saber lo relacionado con la *subordinación* de la instancia civil a la penal, ¿qué sucede si la sentencia penal es absolutoria sobre la acción civil, fundándose en la falta de culpabilidad del acusado, puede darse esta situación si hubo daños?; y por último, c) para aclarar la cuestión atinente a la reparación del daño moral. En el derecho costarricense tiene -- gran interés que el acto ilícito lo haya sido civil o penal. Esto porque, según nuestros tribunales (14), "*la disposición del Código Civil relativa a los daños y perjuicios derivados de la culpa extracontractual, se refiere únicamente a los de índole patrimonial, excluyendo aquéllos que lesionan intereses de tipo moral...*".

En los apartados siguientes, nos dedicaremos a resolver uno a uno los anteriores puntos. No está por demás advertir, que al estudiar cada uno de ellos, sólo remitiremos a aquéllos que atañen, directa o indirectamente, a la responsabilidad de los padres y tutores por los actos ilícitos del sometido a autoridad parental o tutelar. Razón por la cual, -por escapar a los alcances de ésta investigación- omitiremos el análisis de ciertos aspectos de carácter estrictamente procesal (civil y penal); limitándonos -repetimos- al tema central del presente estudio.

### C. EFFECTOS JURISDICCIONALES.-

Un menor de seis años mantiene una riña con un compañero suyo dos años mayor que él. Como consecuencia de la misma, el primero sufre una lesión que le produce ceguera absoluta del ojo izquierdo.

En este supuesto de hecho, tenemos: un delito de lesiones ti-

pificado en el artículo 125 C. Pen., un daño (pérdida de un ojo) - que es fuente de responsabilidad civil.

¿Ante qué juez puede o debe el titular de la acción civil demandar la indemnización del daño?; ¿debe separarse la acción civil de la penal de modo que cada una tenga que resolverse en su respectiva jurisdicción?; o al contrario, ¿está facultado el Juez Penal, cuando la sentencia sea condenatoria, para ordenar la reparación del daño?. Por otra parte, ¿debe el Juez Penal ordenar *de oficio* la reparación del daño o está condicionada su facultad a la acción -- del interesado?.

Estas interrogantes, y otras más que plantea el tema, no podrán ser contestadas debidamente sin un estudio serio y detallado de la evolución legislativa costarricense en relación al ejercicio de acción civil en sede penal.

#### 1. Evolución Legislativa Costarricense.-

a) Aspectos teóricos generales que debemos recordar.-(15) Debemos recordar que son dos las teorías respecto a la reparación del daño - privado como consecuencia de un delito y su acción en el proceso penal. Esas dos teorías son: i. La clásica. ii. La positivista.

i. teoría clásica.- En épocas antiguas el delito traía como eventual consecuencia que el ofendido o su familia recurriera al "*derecho de - venganza, o sea hacerse justicia por su propia mano, derecho éste que frecuentemente era ilimitado, desproporcionado y cruel. Posteriormente, siempre dentro -- del sistema de 'justicia privada' se establecen algunas limitaciones. En la medida que el sistema de justicia privada fue evolucionando, se fue conformando una*

posición del Juez (tercer imparcial) mejor asentada, limitándose mucho más los alcances de la venganza. Surgieron de esta manera, instituciones más elaboradas que pretendían señalar de algún modo cuál era el resarcimiento que debía efectuarse con motivo del delito o mal ocasionado. En el Derecho germano surgió el instituto de la 'compensación', que consistía en que el ofendido, a instancias del juez, aceptaba recibir una indemnización pecuniaria, pagada por el delin -- ciente, pero a cambio de la presunta pena que le pudiera ser impuesta. El ofen -- dido no estaba obligado a aceptar dicha composición, y en caso de rechazarla, -- el Juez debía ejecutar la pena por sus propias manos. Era como un sustituto de la pena, y, no propiamente una reparación civil. Posteriormente, se estableció que una parte de la compensación (denominada fredum) sería para las arcas del -- tesoro público (con lo que se convierte en especie de pena pública), y otra par -- te sería para la víctima, como una especie de indemnización por el daño ocasio -- nado". (16).

Se ha dicho, que este proceso condujo al surgimiento del Dere -- cho penal como Derecho Público, lográndose con el transcurso de -- los años, una clara distinción entre la pena de carácter público, y la indemnización de daños y perjuicios, así como la restitución de la cosa objeto del delito. Aparece, de esta forma, la teoría clá -- sica, la cual sostiene el carácter privado de la restitución de la indemnización de daños y perjuicios, frente al carácter público y estatal de la pena. Con ello, se vendrá a determinar que el "único titular legítimo de la acción civil tendiente a la reparación es el ofendido y que por tanto, no es interés ni derecho del Ministerio Público ejercerla en su nombre sin su consentimiento, ni podrá el juez acordarla de oficio" (17).

ii. teoría positivista.- Esta tesis, al contrario de la anterior, sos -- tiene que la reparación del daño se encuentra dentro de la función

social del Estado, el que tanto en interés directo del ofendido - como en interés colectivo, debe ordenar también la reparación la - que por tal motivo es de carácter público a igual que la pena, por lo que el juez debe condenar *de oficio* a la reparación civil. En -- tal hipótesis, si el ofendido no demanda la reparación del daño, - el interés social sí lo demanda al Juez y también al Ministerio Pú - blico, instituto éste que debe solicitarla en nombre y en sustitu - ción del ofendido si es el caso (18).

¿A cuál de estas dos teorías se adhiere el Derecho Costarricense?.

Luego nos ocuparemos de ello. Con antelación conviene recor - dar que, en relación con el destino que debe darse a la acción ci - vil resarcitoria, también existen dos sistemas básicos: iii. Sistema de separación de acciones. iv. Sistema de acumulación de acciones.

iii. Sistema de separación de acciones.- De acuerdo con este sistema, -- las acciones civil y penal, deben ser ejercidas en forma separada, porque -conforme a los partidarios de esta postura- el carácter de ambas acciones es distinto, ya que mientras que una es privada, la otra es pública, así mismo porque la presencia de la acción civil - en el proceso penal puede perturbar o dificultar la buena marcha - de éste (19).

iv. Sistema de acumulación de acciones.- Según este sistema las accio - nes civil y penal deben ser, a diferencia del anterior, ejercidas en forma conjunta. Se han dado muchas razones para explicar su fun - damento jurídico, siendo la más aceptada -a juicio de HOUED VEGA- la que plantea la hipótesis de la conexidad impropia entre las cau

sas (penales y civiles), justificada entre otras cosas, por la uni ci dad del ordenamiento jurídico así como por el principio de econo mía procesal, que en última instancia llevarían a evitar la exis ten cia de fallos contradictorios. (20).

b) Breve reseña histórica de nuestro actual régimen jurídico en --  
cuanto al ejercicio de la acción civil.-

i. código de procedimientos penales de 1910.- No obstante su valor jurídi co como antecedentes históricos de nuestro Derecho, hemos decidido --por ser ésta una "*breve reseña histórica*"-- no citar ciertas disposi ci ones legales (21) que surgieron con anterioridad al Derecho Le gis l ati vo N° 51 de 3 de agosto de 1910, que fue el que dio origen al Código de Procedimientos Penales de 1910, a partir del cual, iniciaremos esta corta narración de referencias legislativas.

Originalmente este Código siguió la teoría Clásica, es decir, mantenía el carácter privado de la indemnización frente al carác ter público y estatal de la pena, razón por la cuál, el juez no po día acordar el resarcimiento del daño de oficio. En él la acción civil que nacía del delito sólo podía instaurarse junto con la cri mi nal antes del auto de enjuiciamiento o después que ésta hubiese sido resuelta en sentencia que cause ejecutoria (Cfr. art. 6) (22) Cuando la acción civil se presentaba *conjuntamente* con la penal, debiendo seguirse y fallarse simultáneamente, tenían que tramitarse en legajos separados (art. 38) (23); los mismos jueces penales debían resolver la cuestión civil (art. 135) (24); debiendo contener el fallo condenatorio o absolutorio, "*el monto de lo debido a título de responsabilidad civil...*" (art. 102, inciso 6, referido a los requisi-

tos de sentencia). (25).

Este sistema no dio buenos resultados, según se dijo, porque la intervención en el proceso penal de los perjudicados en lo que se refería al reclamo civil, "...sólo produce complicaciones de procedimientos innecesarios. Si los ofendidos desean vigilar o gestionar la condenatoria para efecto de obtener la indemnización correspondiente, el camino es el de constituirse partes acusadoras, lo que les garantiza su personalidad dentro del juicio". ((26).

Con base en tales razones, entre las reformas introducidas -- por Ley N° 8 de 29 de noviembre de 1937, se incluyeron las referidas a la modificación de la acción civil en el proceso penal, instaurándose el sistema o teoría positiva, según la cual, el juez *de oficio* (aunque ninguna de las partes lo solicitare) debía condenar en sentencia y, en abstracto, al pago de los daños y perjuicios producidos con la comisión del delito (art. 6 y 24 del Código Procesal Penal de acuerdo a la reforma); para que después pudiese el ofendido, si ese era su deseo, recurrir a los tribunales civiles, quienes mediante el procedimiento de ejecución de sentencia debían fijar el monto de lo reclamado. (27).

ii. Código Penal de 1941.- Este Código, al igual que el anterior, se adhiere a la teoría positivista. En el capítulo referido a la reparación civil (arts. 122 y ss.) -que aún hoy día se encuentra vigente- se obliga a los tribunales penales a pronunciarse *de oficio*, en abstracto, sobre la responsabilidad civil, la que luego deberá hacerse efectiva en la vía civil mediante el trámite de ejecución de sentencia. (Cfr. art. 7 C. Proc. Civ.).

iii. Código Penal de 1970.- Este Código Penal, actualmente vigente, no contiene disposiciones sobre el modo de fijar la reparación civil. De ahí que , mientras no se emitan nuevas normas sobre la forma de establecer el monto de la reparación civil, seguirán aplicándose, - en lo que corresponda, las reglas establecidas en el cap. III, Título IV, Libro I, del Código Penal de 1941. (esto según Ley N° 4891 de 8 de noviembre de 1971) (28).

iiii. Código de Procedimientos Penales de 1973.- Con el actual Código de Procedimientos Penales, creado por Ley N° 5397 de 19 de octubre de 1972 y que entró en vigencia a partir de 1 de julio de 1975, se regresa nuevamente a la teoría clásica, exigiéndosele al ofendido el ejercicio de la acción civil resarcitoria *conjuntamente* con la acción penal (art. 9 a 12, en relación con el 56 y ss.), si es que desea que la reparación le sea acordada por el mismo tribunal penal, --- puesto que, en caso contrario, éste de oficio no puede hacerlo. De esta manera se tutela el interés privado sólo a petición del pro - pio ofendido, aunque excepcionalmente, puede el Ministerio Público ejercer la acción civil resarcitoria a nombre del damnificado (29)

Al entrar en vigencia éste nuevo Código de Procedimientos Penales, se dictó la Ley Especial para la Jurisdicción de los Tribunales N° 5711 de 27 de junio de 1975. En el artículo 67 de la precitada ley se establece, que: "En la Jurisdicción Tutelar de Menores regirán la Ley respectiva y la Ley Orgánica del Poder Judicial, salvo en cuanto a la segunda instancia, cuyo conocimiento corresponderá a los Tribunales Superiores Penales...".

De esta manera, en forma un tanto resumida, hemos descrito la evolución legislativa costarricense en relación al ejercicio de la

acción civil en sede penal. Nuestra intención no ha sido otra que ubicar dentro del marco jurídico costarricense la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores. Puesto que, corresponde, actualmente, a dicha jurisdicción conocer de la situación de aquellas personas cuya edad no exceda de los diecisiete años y que se encuentren en "estado de peligro social" (cfr. art. 1), entendiéndose como tales aquellos menores a quienes se les "atribuye una infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta" (Cfr. art. 2).

c) Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.- De conformidad con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores - N° 3260 del 21 de Diciembre de 1963, reformada por ley N° 3534 de 23 de Julio de 1965, corresponderá a dichos tribunales conocer de la situación de los menores cuya edad no exceda de diecisiete años y que se encuentren en "estado de peligro social", considerándose como tales aquellos menores a quienes "se atribuya una infracción calificada en la legislación común, como delito, cuasidelito o falta". (art. 1 y 2) (30).

El artículo 8 de esta Ley, en lo que concierne a la reparación del daño privado surgido como consecuencia del delito, dispone que: "*La declaración de inimputabilidad o de exención de pena en favor de menores prevista en el artículo 25 del Código Penal no perjudicará el ejercicio de la acción civil contra ellos, por daños y perjuicios que hubieren causado, siempre que sus alimentos quedaren asegurados conforme a la ley. Estarán también obligados a la indemnización correspondiente los padres, tutores o guardadores, cuando se probare que habrían podido evitar el daño o que descuidaron notablemen*"

*te la guarda del menor".*

Se ha dicho, por parte de nuestra Sala de Casación, que al redactar este precepto legal el legislador incurrió en un "*lapsus*". -- Puesto que, los redactores de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores aluden a la declaración de inimputabilidad o exención de pena prevista en el inciso 1º, del art. 25 del Código Penal de 1941, queriendo con ello referirse a menores que la Ley Orgánica deja fuera del precitado Código, sin advertir que más adelante, en el artículo 78 de esa misma ley, se reforma y suprime el primitivo inciso 1º, que era el que se ocupaba precisamente de los menores de diecisiete años (31).

Esta situación ha dado margen para que algunos opinen que el art. 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, sóloamente se refiere a aquellos infantes sordomudos de nacimiento o desde la infancia, no educados (inciso 1º art. 25 C. Pen 1941, reformado por el art. 78 de L.O.J.T.M.) y a los que, debido a su estado de enajenación mental al momento de suceder el hecho, son incapaces de apreciar el caracter delictuoso de sus actos o dirigir sus acciones (Cfr. inciso 2 del art. 25 C. Pen. 1941, reformado por el art. 78 de L.O.J.T.M.); pero no a los menores de 17 años que están, por su edad, fuera de la ley penal (32).

Según nuestro criterio, lo que sucedió fue -como muy bien lo apunta nuestra Sala de Casación- que al redactar el susodicho art. 8 se incurrió en el defecto o *lapsus* de remitir, dentro de la precitada norma, al artículo 25 C. Pen. de 1941 siendo lo cierto que, el original inciso 1º de este último artículo, al que realmente se

hace alusión, fue suprimido por el legislador al crear el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.

Sin embargo, esto no indica como se ha dicho (33) que el actual artículo 8 de la Ley Orgánica esté referido únicamente a los sordomudos de nacimiento o desde la infancia, no educados y a los que debido a su estado de enajenación mental al suceder el hecho son incapaces de apreciar el carácter delictuoso de sus actos. La procedencia del art. 8 demuestra lo contrario.

En efecto, si buscamos el verdadero origen del art. 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores la situación se aclara. El legislador de 1941, al redactar el artículo 133 C. Pen., tomó como prototipo el artículo 207 del Código de ASTUA AGUILAR, y estableció que *"la exención de pena en los casos previstos en el artículo 25 no perjudica el ejercicio de la acción civil relativa a los daños causados por el incapaz, siempre que queden asegurados los alimentos de éste. Estarán también obligados a la indemnización correspondiente los padres, tutores o guardadores del incapaz, cuando se probare que han podido evitar el daño o que han descuidado notablemente la guarda de aquel"*. Disposición ésta que es similar a la que establece el nuevo Código Penal de 1970 en su artículo 104 (34) e idéntica al artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.

Comparando letra por letra el artículo 8 y el artículo 133 C. Pen. 1941, podremos observar más plásticamente la exactitud de la tesis que propugnamos: ambos se refieren a la *exención de pena*, con la ventaja a favor de nuestra postura de que, mientras el artículo 133 dice: *"En los casos previstos en el artículo 25"*; el art. 8 indica:

"en favor de menores prevista el el art. 25" Por otra parte, también a -- nuestro favor, el artículo 133 expresa que: "no perjudica el ejercicio de la acción civil relativa a los daños causados por el incapaz, siempre que queden asegurados los alimentos de éste"; y el artículo 8 emplea una fórmula similar, pero mejor elaborada: "no perjudicará el ejercicio de la acción civil contra ellos (éste "ellos" sustituye a la voz genérica "incapaz" y se refiere lógicamente a los "menores" de 17 años, sean o no capaces de entender o de querer, que son los únicos que están bajo la Jurisdicción Tutelar de Menores), por los daños y perjuicios -- que hubieren causado, siempre que sus alimentos quedaren asegurados conforme a la ley".

En los demás aspectos son idénticas estas dos normas legales, excepto --cosa que le da mayor amplitud al art. 8-- que este precepto se refiere también al *menor* declarado "inimputable", además del -- exento de pena. Matíz este último que preterimos comentar, por no tener relevancia alguna en favor o en contra de la tesis que venimos defendiendo, cual es, que el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores es la norma jurídica que se debe aplicar, a efectos de reparación del daño privado surgido como consecuencia del delito, cuando quien lo causa es un menor de diecisiete años de edad.

La tesis que defendemos hace que tengamos dos regulaciones -- diametralmente opuestas, a efectos de obtener la indemnización por el daño proveniente de un ilícito penal, cuando quien lo causa es un menor de diecisiete años; la que establece el Código Civil ex arts. 1047 y 1048 párrafo 2º; y la que se ordena el artículo 8 de

la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.

En la primera, la ley (Cfr. art. 1047 C. Civ.), si el causante del daño es un menor de 15 años, llama a responder *directamente* a los padres (padre y madre) o, en su defecto, a los tutores o encargados del menor; contra quienes se establece una presunción legal de responsabilidad (Cfr. art. 1048 párrafo 2°). Presunción que se aplicará si la víctima *prueba* ante el Tribunal los *requisitos específicos de:* relación jurídica entre el responsable y el agente; -- convivencia y minoría de edad (menor de 15 años según el Código); y los requisitos genéricos (35), correspondientes.

Por el contrario, en la segunda hipótesis, la ley (Cfr. art. 8 L.O.J.T.M.), llama a responder *directamente al menor* por los daños y perjuicios que hubiere causado, "*siempre que sus alimentos quedaren asegurados conforme a la ley*" y subsidiariamente (también) a los padres, tutores o guardadores, -y aquí está la diferencia básica entre una y otra regulación- "*cuando se probare que habrían podido evitar el daño o que descuidaron notablemente la guarda del menor*". Es decir, no se establece, como en la legislación civil, una presunción legal de responsabilidad en favor de la víctima, a cargo de quien correrá toda la carga de la prueba.

Vistas las diferencias fundamentales entre la legislación civil y la penal, a efectos de resarcir el daño proveniente de un acto ilícito; ¿cuál de las dos se debe aplicar?

En nuestro Derecho no sucede como en el español donde se distingue entre hechos ilícitos punibles (*delitos penales*) y los no cons

titutivos de delitos o falta (actos y omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penados por ley) (*delitos civiles*). Los primeros -según la legislación española- se rigen por el Código Penal (como dice el art. 1092 C. Civ. Esp.). Los segundos son los que -- propiamente caen bajo la órbita de la ley civil (36).

De ahí que, al no existir una regulación como la española, la jurisprudencia se haya visto obligada a solventar el problema de clarando que: "dentro de los conceptos de delito y cuasidelito se debe incluir forzosamente cualquier tipo de acciones ilícitas que causen daños o perjuicios y que provengan de una acción positiva o negativa, de ahí que haya que prescindir de toda ubicación o enfoque por razón de materia (civil o penal) tomando en cuenta solo el daño causado a la víctima, ya sea por dolo, falta, negligencia o imprudencia, según lo establecido por el Código Civil, que además contiene un sistema unitario para efectos de reparar el daño producido independientemente de que la acción sea civil o penal" (37)

## 2.- Conclusión.-

Consideremos, que todo lo que hemos visto hasta el momento, - en cuanto a la evolución legislativa y jurisprudencial del derecho costarricense, nos permite contestar a las preguntas que hiciéramos al inicio del presente apartado. En efecto, al comenzar el tema E: "*Efectos jurisdiccionales*", partimos de un *supuesto de hecho*, - según el cual, un menor de seis años le produjo a otro una lesión tipificada en el art. 125 C. Pen., y que como consecuencia de ella la víctima sufrió una pérdida del ojo izquierdo. En aquella oportunidad preguntábamos. ¿Ante qué Juez puede o debe el titular de la acción civil demandar la indemnización del daño?; ¿debe separarse

la acción civil de la penal de modo que cada una tenga que resolverse en su respectiva jurisdicción? o, al contrario, ¿está facultado el Juez Penal, cuando la sentencia sea condenatoria, para ordenar la reparación del daño? Por otra parte, ¿puede el Juez Penal ordenar *de oficio* la reparación del perjuicio o está condicionada - su facultad a la acción civil del interesado?

El punto de partida para resolver la cuestión consiste, no en entrar a distinguir teóricamente entre la ilicitud penal y la civil, sino en establecer cuál es el sistema o teoría que sigue nuestro ordenamiento respecto a la reparación del daño privado -- proveniente de un delito o falta penal.

Decíamos que existen dos teorías respecto a la reparación del daño privado surgido como consecuencia del delito: *la teoría clásica* que sostiene el carácter privado de la restitución de la indemnización de daños y perjuicios, a la cual, se adhiere nuestro Código Procesal Penal (arts. 9 y 10); y *la teoría positivista* que, al contrario de la anterior, sostiene que la reparación del daño se encuentra dentro de la función social del Estado el que tanto en interés directo del ofendido como en interés colectivo, debe ordenar también la reparación la que por tal motivo es de carácter público a igual que la pena, por lo que el Juez *debe condenar de oficio a la reparación*. Dentro de este último sistema se ubica el Código Penal de 1941 (arts. 103 y ss., vigentes actualmente por Ley N°4891 de 8 de noviembre de 1971) y la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores* (art. 8); siendo esta última ley la que se debe aplicar cuando el autor del delito o falta penal tiene una edad que no exceda de die

cisiete años. (Cfr. art. 1).

En consecuencia, producido un daño que puede ser delito o falta, (si lo es o no resultará de la sentencia, que evidentemente -- puede ser absolutoria por inexistencia de la infracción punible o porque el inculpado es declarado exento de responsabilidad por menor edad (penal), enajenación, sordomudez) en estos casos -al incurrir causas de exclusión de antijuridicidad o de culpabilidad, según terminología de la doctrina penal (38)-, el reo es absuelto de delito. Pero como a pesar de ésto sí responde civilmente (art. 8 L.C.J.T.M.), el Juez Tutelar *de oficio*, aunque ninguna de las partes se lo solicite (teoría positivista), deberá, en la sentencia que dicte la absolución, condenar *en abstracto* al pago de daños y perjuicios producidos por el inculpado. (39).

Una vez firme la sentencia penal, la víctima, si ese es su de sec, puede recurrir a los Tribunales Civiles a reclamar los daños y perjuicios provenientes del delito. En esta jurisdicción podrá -instaurar un *juicio ordinario* contra el menor causante de daño (art. 8 L.O.J.T.M.; art. 22 C. Civ.) y contra los padres, tutores o en -cargados del menor en su carácter de responsables civiles ex arts. 1047 y 1048, párrfo 2° C. Civ..

¿Qué normas deberá aplicar el Juez para condenar o absolver a los padres del menor?, ¿la civil que establece una presunción de -responsabilidad contra los padres o la penal que no la contiene?. ¿Nos hallamos ante un conflicto de normas -art. 8 L.O.J.T.M. y --- arts. 1047 y 1048, párrafo 2° C. Civ.- o, frente a dos regulacione -nes complementarias que pueden ser aplicadas alternativamente?.

En nuestra opinión, en vez de un conflicto de normas, lo que existe son dos regulaciones complementarias cada una con su propio ámbito y que pueden ser aplicadas alternativamente. Recordemos que las normas civiles (arts. 1045, 1047 y 1048, párrafo 2º) son más amplias que la penal (art. 8), que impone un requisito más su *tipicidad*; y, al ser mayor su ámbito de aplicación, comprende todos los actos ilícitos (civiles o penales).

Si a esto agregamos, que en el Derecho costarricense, a efectos de obtener indemnización por el daño causado, se prescinde de toda ubicación o enfoque por razón de la materia (civil o penal)--tomando en cuenta sólo el daño causado a la víctima, tenemos que --llegar a la conclusión de que, en el presente asunto, el Juez tiene la libertad absoluta de aplicar tanto las normas civiles como --las penales (que se refieren a la responsabilidad civil) para acordar la reparación del daño causado por el menor.

Por otra parte, la inversión de la carga de la prueba en materia civil y no en penal, se explica debido a que, mientras en el --proceso civil, por imperativo del principio de la carga de la prueba *formal*, la actividad probatoria descansa en la aportación de las partes, esto es, constituye un acto exclusivamente de parte, la situación es completamente distinta en el proceso penal regido por --el principio de la libre investigación del Juez lo que permite a --éste aportar elementos de juicio sobre la existencia o inexistencia de la culpa del guardador, supliendo incluso la pasividad de --éste (40).

Ahora bién, producido el mismo daño de que hemos venido ha --

blando, ¿qué sucede si la sentencia penal es absolutoria sobre la responsabilidad civil?, ¿podrá acudirse a la vía ordinaria a reclamar los daños producidos por el menor?.

En la *sección* siguiente, éste será el tema central de discusión.

#### D. SUBORDINACION DE LA INSTANCIA CIVIL A LA PENAL.-

Cuando un menor ocasiona un daño por medio de un hecho ilícito (civil y penal) se presenta una cuestión interesante de resolver, cual es, lo relacionado con la subordinación de la instancia civil a la penal. Si la sentencia firme en lo penal declara que no existió el hecho de que pudiera derivarse una responsabilidad civil, ¿puede utilizarse, posteriormente, la acción civil resarcitoria ante la jurisdicción civil?.

En cuanto a este tema -en nuestro concepto- se deben distinguir dos situaciones: aquellas en que interviene la parte ofendida en el proceso penal y en las que no lo hace.

En las primeras, si la víctima del daño establece la acción civil ante la jurisdicción penal para que el Juez de esa instancia condene, aunque sea en abstracto, al causante del daño y a las personas que sean civilmente responsables con ellos (padres, tutores o encargados), y el Juez penal en su sentencia declara que no existió el hecho de que pudiera derivarse responsabilidad civil y que, por tanto, debe absolverse de la responsabilidad civil al menor, a los padres y tutores (art. 8 L.O.J.T.M.); una vez firme la senten-

cia penal -en nuestro concepto- no puede la víctima acudir positivamente a la vía civil, puesto que la sentencia penal adquiere el carácter de Cosa Juzgada (Cfr. arts. 725 y 726, ambos del C. Civ.) (41).

En cambio, si la víctima no interviene en el proceso penal y el Juez de esta jurisdicción declara que no existió el hecho de -- que pudiere derivarse una responsabilidad civil nada impide para que, posteriormente, la víctima acuda a la vía ordinaria a reclamar los daños y perjuicios.

Ello es así porque, en primer término, nuestra ley en lo referente a la responsabilidad civil está imbuída de un sistema unitario prescindiendo de cualquier ubicación o enfoque por materia (penal o civil), con miras al resarcimiento del daño causado a la víctima. De ahí que en la hipótesis en estudio, si el damnificado no interviene en el proceso penal para reclamar los daños y perjuicios nada impide que pueda acudir a la vía declarativa a demandar a los responsables civiles por los daños del menor, en donde, no podrán oponer en su contra la excepción de cosa juzgada, ya que el nuevo juicio civil tendrá una plataforma jurídica distinta. (arts. 1045, 1046, 1047 y 1048 C. Civ.)

Por otra parte, una cosa es que la resolución o fallo penal - pueda ser, y de hecho sea un elemento prejudicial en cuanto al procedimiento civil posterior, y otra muy distinta que haya de atribuirse *incondicionalmente* el mismo valor a lo que no es parte resolutiva de la sentencia, por ejemplo, a los hechos establecidos en el resultado de hechos probados. En realidad, se olvida frecuentemen-

te que cuando un tribunal criminal establece unos hechos como probados, lo hace dentro de un orden de relaciones concreto, y con la exclusiva referencia a un tipo definido por la ley. Es decir, que cuando un tribunal dice que determinado inculpado procedió sin culpa, ha de entenderse "*sin culpa punible*", pero no excluyendo toda idea de *culpa civil*, y con ella toda responsabilidad de este orden. Así que, las afirmaciones o negaciones de que tales hechos en lo criminal, son simplemente afirmaciones y negaciones de que tales hechos encuadren en una figura delictiva. (42). Por tanto, el fallo absolutorio en el proceso penal no prejuzga sobre la responsabilidad civil. Es decir, que se limita a declarar que determinados hechos no tienen el carácter de punibles para la jurisdicción penal, pero esos mismos hechos pueden ser valorados en la jurisdicción civil como fuente de responsabilidad ex arts. 1045, 1047 y 1048, párrafo 2º, todos del D. Civ. (43).

Invirtamos el orden de la cuestión. Supongamos que, producido un daño por un menor no se incoa procedimiento penal, sino que la víctima entabla un juicio ordinario en la jurisdicción civil en reclamación de los perjuicios sufridos; ¿debe el juez civil darle -- curso al juicio ordinario? o, ¿debe poner el asunto en conocimiento del Juez penal, para sustanciar la eventual responsabilidad penal del causante del daño y suspender la acción civil hasta que la causa criminal termine?.

Según lo visto anteriormente, por regla general, la vía civil se abre una vez sustanciada la criminal. Sin embargo, del artículo 7 del C. Proc. Civ. se deduce la posibilidad de que se acuda a la

vía civil para exigir la responsabilidad civil antes de que la jurisdicción criminal conozca de los hechos. En tal caso, si la víctima acude primero a la vía civil (juicio ordinario) el Juez de esta jurisdicción deberá darle curso a la acción civil resarcitoria y poner el asunto en conocimiento del Juez Penal para que resuelva sobre la eventual responsabilidad penal del causante del daño. Esto último, por el hecho de que los efectos represivos de las leyes penales -materializados en la aplicación de las penas- se producen a impulsos del aparato estatal y, aunque no lo desee la víctima -- del acto delictivo, así debe proceder el Juez.

Ahora bien, el ejercicio paralelo de la acción civil y la penal suscita un problema: ¿Qué efectos producirá en el juicio civil la resolución que pueda recaer en el juicio penal?

En la actualidad se ha abandonado la antigua doctrina que entendía que la prosecución del delito, después de terminada la causa criminal, atacaba a la cosa juzgada, en su lugar ha surgido una orientación favorable a la independencia de la acción civil, y la consiguiente posibilidad de discutir, sin trabas, ante la propia jurisdicción el problema de la responsabilidad pecuniaria. (44).

Esta orientación moderna es la que ha seguido nuestra jurisprudencia llegando a establecer que no existe subordinación, en estos casos, de la acción civil a la penal y viceversa. De suerte -- que los pronunciamientos de la sentencia penal no pueden tener o -- tro alcance que el de declarar la responsabilidad criminal y la civil inherente al hecho delictivo, sin prejuzgar en ningún caso, y mucho menos en la absolución, si el hecho tiene otras valoraciones

jurídicas, cuya calificación y efectos han de ser apreciados por tribunales de otros orden; ni puede estimarse que, ante la diversa naturaleza y finalidad de las acciones que se ejercitan en una causa criminal y en un juicio civil, concorra entre la sentencia absolutoria que pone fin a la primera y al fallo que decide el segundo aquella identidad que requiere el artículo 724 C. Civ. para la procedencia de la excepción de cosa juzgada (45).

E) EN RELACION AL DAÑO MORAL.-

En ciertas legislaciones tiene gran interés que el acto ilícito haya sido civil o penal, para efectos de reparación del daño moral. Esto es así porque se admite la reparación del agravio moral solo cuando el acto ilícito es delito del derecho criminal y no en los demás casos de simple ilicitud civil (46).

¿Qué sucede en el Derecho Costarricense?

De previo resolver la cuestión dentro de nuestro Derecho, es conveniente analizar algunos aspectos generales de la teoría del daño moral (47).

1.- Procedencia del daño moral.-

Se suelen citar dos escuelas para explicar la procedencia del daño moral: a) Escuela del Derecho lesionado; y b) Escuela de la consecuencia del acto ilícito.

a) Escuela del Derecho lesionado.- Es la que considera que existen derechos no *patrimoniales* tales como la honestidad, la honra, la vi

da humana, la salud, etc; y que cualquier ataque a un derecho de esta índole, aunque tenga secuelas patrimoniales, se reputa daño moral en virtud del principio de que lo principal atrae a lo accesorio. (48). Por ejemplo, si un menor lesiona a otra persona al atropellarla con su bicicleta, como ello atenta contra la vida o salud del accidentado, debe calificarse como daño moral, aunque aparezca pagos de gastos tales como la curación del perjudicado, los sueldos que deja de percibir, etc.

No obstante, esta escuela considera que el daño moral propiamente dicho presenta dos caras: i. el daño moral puro.- ii. daño patrimonial con repercusión sobre el patrimonio.

El primero es aquel que afecta exclusivamente el estado anímico de la víctima. Mientras que, el segundo es el que se refiere a las consecuencias materiales del acto lesivo (p. ej., la curaciónes, sueldos, etc). Se califica como daño moral este segundo aspecto, por tener tal categoría el derecho afectado, que impone su mayor jerarquía valorativa. (49).

b) Escuela de la Consecuencia del Acto Ilícito.- Es la que establece que cuando un hecho ilícito afecta al patrimonio, nos encontramos ante un *daño material*. Mientras que, si el hecho solo afecta a lo *subjetivo-anímico* es moral. En tal caso, el daño moral es uno solo y vale por lo que la escuela anterior considera daño moral puro.

## 2.- Resarcimiento del daño moral.-

Han de resarcirse tanto los daños patrimoniales como los mora

les (50). La reparación del daño moral proveniente de un ilícito penal se admite por la jurisprudencia de una manera unánime, estimándose que *"en los hechos punibles contra las personas, en los que el bien jurídico directamente lesionado es la vida, la salud o la integridad física del ser humano, aparte del daño patrimonial causado a la víctima se produce otro tipo de daños, concretamente de carácter moral, consistente en la pena y dolor de perder un hijo o al padre a causa de un homicidio culpable o doloso; es la angustia, la pena interior o moral del ofendido al verse postrado en la cama de un hospital, privado de la compañía y de las atenciones de sus seres queridos, de sentirse de pronto un ser inútil para el trabajo -aunque fuese transitoriamente- a ver su físico mutilado o deforme, estos daños morales han de estar comprendidos en la reparación o indemnización que debe hacer el condenado por el hecho punible cometido"* (51).

Mientras que, por el contrario, la reparación del daño moral procedente de un acto ilícito civil es denegado en algunas resoluciones judiciales, aduciendo para ello, entre otras cosas, que *"la disposición del Código Civil relativa a los daños y perjuicios derivados de la culpa extracontractual, se refiere únicamente a los de índole patrimonial, excluyendo aquellos que lesionan intereses de tipo moral..."* (52).

En efecto, el hecho de que en la legislación penal existan reglas que ordenen expresamente (53) la reparación del daño moral --proveniente de un hecho punible y en lo civil no, ha creado la incertidumbre de si se podrá o no instaurar una demanda de responsabilidad civil para que se repare el daño proveniente de un ilícito puramente civil.

*"No hay duda -opina DIAZ PAIRO- en cuanto al resarcimiento del daño*

exclusivamente patrimonial, ni tampoco en cuanto al resarcimiento de las repercusiones patrimoniales del llamado daño moral en sí mismo, prescindiendo de su trascendencia al patrimonio. ¿Podrá establecerse - se pregunta el citado -- autor- una demanda de responsabilidad civil para que se repare el daño puramente moral, el dolor causado? Esto constituye una de las cuestiones más discutidas en el terreno de la responsabilidad aquiliana, reinando los más opuestos pareceres. Puede decirse que la tendencia es favorable al resarcimiento del daño moral, dentro de ciertos límites, dado que es imprescindible prevenir las demandas temerarias y caprichosas; tal corriente ha penetrado ya en varias legislaciones (B.G.B. art. 847; Código Civil Suizo arts. 47 y 49). El debate perdura en las legislaciones carentes de reglas sobre el particular, como ocurre en la nuestra. La opinión favorable alega que el art. 1902 C. Civ. Esp. (equivalente en nuestro Derecho al art. 1045 C. Civ) habla de reparación de daños sin distinguir entre éstos; que las condenas de dinero además de la función de resarcimiento tienen las de compensación y pena; que la dificultad o imposibilidad de valorar el daño no debe impedir el otorgamiento de una cantidad a la víctima. Es preferible que ésta reciba algo que nada. En sentido adverso se deduce que el espíritu del Código, de acuerdo con la tradición de que brotó, y la mentalidad de sus redactores, es sólo el de admitir la resarcibilidad del daño patrimonial; que para que los jueces puedan dictar condenas pecuniarias con función de compensación o pena se requiere una declaración legislativa, la cual no existe en nuestro ordenamiento jurídico material o procesal (se refiere al ordenamiento español, pero la situación viene a ser la misma en el costarricense); que al faltar esa función no puede hablarse de resarcimiento, puesto que falta toda posibilidad de valorar pecuniariamente un elemento psíquico, como es el dolor; en último término, y no es flojo argumento, que no encerrada dentro de los adecuados límites esa responsabilidad por daño moral va a servir de base a demandas -

*injustas, arbitrarias y algunas veces hasta ridículas. Esta última tesis -con- cluye este autor- no parece la más ajustada a nuestro Derecho vigente" (54).*

No obstante el valor real de los argumentos apuntados por -- DIAZ PAIRO para oponerse al resarcimiento del daño moral proveniente de la responsabilidad extracontractual, actualmente, la doctrina científica tiende a admitir, sobre todo con relación a la culpa extracontractual, que todo daño, material o moral, siempre que sea real y demostrado, da lugar a reparación (55).

En nuestro Derecho, sin embargo, si bien se admite -siguiendo los lineamientos de la doctrina y jurisprudencia francesa y española- que puede indemnizarse el daño moral puro, o sea aquél que no trasciende de la esfera patrimonial, lo cierto es que, a diferencia del derecho español y del francés, el sistema jurídico costarricen se exige para la resarcibilidad de los daños morales que tengan -- siempre su base en un hecho ilícito penal (56).

En resumen, la condena por daños morales -dentro del ordenamiento costarricense- por tener carácter estrictamente complementario de la sanción penal, no puede decretarse con relación al ilícito puramente civil. En consecuencia, tiene gran interés el saber - si el acto ilícito cometido por el menor ha sido civil o penal, para efectos de la reparación del daño moral.

## II EL DEBER DE INDEMNIZAR DEL INIMPUTABLE:

### A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.-

Independientemente de que en la mayoría de los casos los hi -  
jos menores o pupilos no suelen tener un patrimonio propio (de a -  
quí precisamente que se llame a responder a los padres y tutores -  
conforme artículos 1047 y 1048, párrafo 2° C. Civ), ¿es posible, -  
de acuerdo al ordenamiento positivo costarricense, que la víctima  
de un daño causado por un menor pueda accionar *directamente* contra -  
el autor inmediato del perjuicio?

Si el autor del daño es un menor imputable y capaz, por tanto,  
de incurrir en culpa, de conformidad con lo dispuesto por los artí -  
culos 22, 1045, 1047, 1048, párrafo 2° del C. Civ. y art. 8 de L.O.  
J.T.M., nace la posibilidad jurídica de que la víctima pueda accio -  
nar directamente contra el menor. De esto no cabe duda.

Pero, ¿podría decirse lo mismo en el supuesto, nada infrecuen -  
te, de que el autor material del daño sea un menor incapaz de en -  
tender y de querer?

De previo a resolver este problema conforme al ordenamiento -  
costarricense, conviene dedicar cierta atención a las diversas so -  
luciones adoptadas en otros sistemas jurídicos; así como a las a -  
portaciones doctrinales más significativas en orden a la responsa -  
bilidad civil de los inimputables (57).

Para mayor entendimiento de la *fattispecie* iniciaremos el pre -  
sente estudio con algo que consideramos de capital importancia y -  
sin lo cual no podríamos entender una responsabilidad tan particu -  
lar como lo es la de los inimputables; nos referimos, por supuesto,  
a los antecedentes históricos.

B) ANTECEDENTES HISTORICOS.-

Este apartado, lejos de aportar una serie de datos que podrían confundir al lector, lo que pretende es *ubicar* el problema de la responsabilidad del inimputable dentro de lo que se ha dado en denominar: "*corriente latina*" y "*corriente germana*".

1. Corriente Latina.-

Esta orientación empieza en la *Lex Aquilia* y se mantiene intacta a través de los siglos durante el derecho justiniano y el "*jus naturalismo*", para terminar concretándose en una fórmula jurídica - modelo, o sea, el art. 1382 del C. Civ. francés, el que, razonando *a priori*, impide lógicamente que prospere cualquier acción *resarcitoria* contra la persona privada de razón (58).

En efecto, los jurisconsultos de fines de la República, por influencia de las ideas griegas dedujeron la concepción, que se hizo famosa, de la culpa aquiliana: *Impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*. Así la palabra *injuria* se convirtió en sinónimo de culpa; pasando ésta a primer plano y borrando casi la idea de daño, pues lo que se penaba era una *culpa* más que el hecho de haber ocasionado un daño (59).

Así, con la aparición de la *Lex Aquilia*, no resultará difícil advertir la solución romana conferida al problema de la responsabilidad civil de los inimputables. "*Si sólo por culpa se puede hacer posible a una persona de las consecuencias dañosas de un evento cualquiera, el principio contrario se desprende como un corolario axiomático: el no culpable,*

o sea, el *inimputable*, no puede responder bajo ningún concepto, y así es que se establece, con valor de enunciamiento general, la absoluta irresponsabilidad -- del *furiosus* y del *infans*". (60).

Recuérdese en este sentido el famoso pasaje de ULPIANO (D. IX, 2 fr. 5, s.2): "Y por esto preguntamos, si un furioso hubiese causado un daño, ¿habrá acción de la Ley Aquilia?, y Pegaso dijo que no; porque... ¿qué culpa habría en él no estando en su sano juicio? y esto no es verdadero; cesará, pues, la acción de la Ley Aquilia, así como no es aplicable la ley Aquilia si un cuadrúpedo hubiese causado el daño, o si hubiese caído una teja, deberá decirse lo mismo, pero también si un infante hubiera causado el daño debe decirse lo mismo. Pero si lo hubiese hecho un impúbero, dice Labeon, puesto que se obliga por hurto, queda él obligado también por la Ley Aquilia; y opino que esto es verdad, si ya fuera capaz de injuria" (61).

Como fácilmente se colige del fragmento anterior, tanto el *furiosus* como el *infans* no son responsables de sus actos, puesto que, su accionar está equiparado más bien al *casus*; o sea, al caso fortuito, o la fuerza mayor.

Esta doctrina clásica se va a perpetrar a lo largo de los siglos hasta la codificación napoleónica, en cuyos trabajos preparatorios los legisladores parecen mostrar su voluntad de no admitir en este punto ninguna innovación fundamental (62).

En efecto, "los redactores del Código Civil francés, aun cuando reglamentaron minuciosamente la incapacidad del alienado sujeto a interdicción y la del niño en cuanto a la formación de los actos jurídicos, nada dijeron de la responsabilidad delictual y cuasidelictual en que pudieran incurrir esas personas, si

bien es cierto que el menor 'no es restituible contra las obligaciones de su delito o cuasidelito'; pero no concretan si quieren referirse, con ese precepto, incluso al menor que no haya alcanzado el uso de razón". (63).

Tal situación hizo que los partidarios de la responsabilidad civil de los inimputables centraran su atención en una reforma al art. 1382 del C. Civ. Fra. En el año 1902, el parlamentario Pourquery de BOISSERIN, presenta un proyecto a la Cámara de diputados de París, en donde se propiciaba la modificación del art. 1382 del C. Civ. Fra. para lograr la sustitución de la palabra *faute* por *fait* además de la declaración expresa de "*le dement c'est responsable civilement du préjudice par lui cause*". En apoyo de su despacho cita como precedente el art. 829 del B.G.B.; el art. 2377 del C. Civ. de Por.; el art. 57 C. Civ. Suizo de las Obligaciones. Todo quedó en una -- simple tentativa de reforma, pues el proyecto fue aprobado en la - Cámara Baja, pero no logró igual suerte en la Alta; es decir, obtuvo sólomente media sanción (64).

Estas son las razones por las cuales se explica que la orientación tendiente a aceptar la responsabilidad del inimputable, dentro de la legislación francesa no prospere, y al contrario, decida mantenerse fiel, en este aspecto, a las enseñanzas de POTHIER, --- quien desechó siempre, sin ninguna clase de atenuantes, cualquier forma en que una persona privada de voluntad pueda ser pasible de consecuencias jurídicas especiales (65).

Esta será, sin más, la orientación que impere en la mayoría - de codificaciones pertenecientes a la "*corriente latina*", dentro de - la que se ubica -lógicamente- el Código Civil Costarricense (Cfr.

arts. 1045, 1047, 1048, párrafo 2°).

## 2. Corriente Germana.-

Las codificaciones de los países germánicos se apartaron de la tradición romanista en materia de responsabilidad del inimputable. Esto produjo un cambio radical que repercutirá, más tarde, en todas aquellas legislaciones que se decidieron por seguir lo que podríamos denominar la "*corriente germánica*".

¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad *ex-maleficio*? , se pregunta TOMASIO. Indudablemente que la respuesta no ha de encontrarse en el concepto de culpa que predicán los antiguos, sino en las enseñanzas del viejo derecho germano, concretamente en el antiguo Código de Sajonia que contenía una máxima de gran sabiduría: "*Wer unsvillig gethan, muss willig zahlen*", esto es, las acciones que regulan el resarcimiento deben atender antes que nada el derecho de propiedad lesionado, pues es atributo inherente al dominio de las cosas que si las mismas fuesen injustamente destruidas o dañadas, quien cometió el perjuicio debe repararlo (66).

Según esta corriente, las acciones tendentes a obtener el resarcimiento del daño se fundan predominantemente en la costumbre; no son acciones "*ex delicto*" sino "*ex aequitate*", su base no es tanto la culpa del agente como el derecho de propiedad lesionado del que dimana el poder de exigir el resarcimiento de esas lesiones (67). En una palabra, el fundamento de la responsabilidad emana y se justifica precisamente en el ejercicio del mismo derecho de propiedad, que impone un deber general de abstención de los demás miembros de

la sociedad, sin que para nada se tenga en cuenta la culpabilidad del agente del daño. Debe resarcirse porque se rompió o lesionó una cosa, la persona o los derechos de otros, y de ahí se deduce todo el esquema lógico de la responsabilidad. La acción resarcitoria viene así a ser ontológicamente absorbida por las acciones reales que nacen de la propiedad (68).

De estas ideas se desprende con toda claridad las diferencias que median entre las dos corrientes (latina y germana). Diferencias que, como comprobaremos a continuación, quedarán plasmadas positivamente, a la hora de reglamentar la responsabilidad del inimputable, en todas aquellas codificaciones que siguieron la tradición germana.

Dentro de esta "*corriente germana*" se ubican -en lo que corresponde a nuestro Derecho- el art. 133 del C. Pen. 1941, el art. 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores; y los arts. 104 y 105 C. Pen. 1970.

Debidamente ubicados los preceptos legales que tocan el tema de la responsabilidad del inimputable en el Derecho Costarricense, a continuación iniciaremos el estudio de aquellas codificaciones que de una forma u otra se ven influidas por la corriente germana. Después de analizar las fórmulas utilizadas para resolver el problema de la responsabilidad del inimputable en tales codificaciones, entraremos a examinar -como lo expusiéramos al inicio de este apartado- las opiniones doctrinales en torno al tema en análisis. Para concluir, ofreceremos lo que consideramos debe ser la solución a la responsabilidad del inimputable dentro del Derecho

costarricense.

C) EVOLUCION LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD DEL INIMPUTABLE.-

1. Código de Prusia.-

Este Código es el primero en sancionar la responsabilidad civil atenuada de menores y dementes, con cargo a su patrimonio, para el caso de que no sea posible obtener resarcimiento de quienes están obligados a la vigilancia.

En efecto, el *Código Territorial Prusiano* en el Título VI: "*De los deberes y de los derechos que resultan de los actos prohibidos*", de la Primera Parte, contiene tres artículos que disciplinan directamente la responsabilidad del inimputable. En el primero de ellos, o sea en el art. 41, se ordena que: "*Cuando un furioso, un insensato, o un niño menor de siete años, causen un daño a otro, no se puede tomar de su fortuna sino lo necesario para la reparación del daño inmediato*". El artículo 42, por su parte dispone: "*La fortuna de las personas contempladas en el artículo precedente no responde del perjuicio, sino en el caso de que quien lo ha sufrido a éste no pueda obtener reparación con los bienes del que vigile a dichas -- personas o de los padres de ésta*" (subsidiaridad). Por último, en el artículo 43, se disciplina lo siguiente: "*Sólo se puede, aun en el caso -- del artículo anterior, tomar de la fortuna del ofensor, la proporción que no le prive a éste de lo que sea necesario para su subsistencia; y si se trata de un menor, de los medios para obtener una educación adecuada a su rango*".

Perfectamente puede apreciarse la forma en que este cuerpo de leyes, reconociendo la subsidiaridad de la indemnización y circuns-

cribiendo sólo al daño inmediato, incorpora por primera vez el --- principio de responsabilidad mitigada del inimputable. De ahí que se diga por algunos (69), que el Código de Prusia representa el -- primer esfuerzo de armonización y de cabal demostración de que no existe incompatibilidad lógica entre los principios tradicionales o romanos de la responsabilidad estructurada sobre la culpa subjetiva, con la posibilidad de que *por razones de equidad*, los inimputables puedan responder civilmente de sus actos perjudiciales.

Se ha dicho, sin embargo, que si bien el Código Territorial - Prusiano reconoce la responsabilidad de los inimputables, necesita armonizarla con algunos principios generales de responsabilidad -- tradicional, para lo cual establece el principio de *subsidiaridad* de la acción, juntamente con la limitación de la medida de interés só lo al daño directo, respetando una parte de la fortuna que asegure sus medios de vida normal o "*beneficio de competencia*". Y que por esa - razón estamos ante un ejemplo evidente de responsabilidad estructurada sobre la *culpa subjetiva*, con la acción -subsidiaria- como en lo que respecta a sus alcances: daño inmediato y reserva de bienes en favor de la subsistencia del deudor (70).

## 2. Código Civil Austriaco.-

La influencia de la Codificación prusiana se deja sentir de - forma inmediata en el *Código Civil austriaco*. Y es precisamente en este cuerpo de leyes donde se van a notar, en toda su dimensión, las características de la "*corriente germánica*".

En efecto, el primer proyecto elaborado por MARTINI y que es conocido como Código Galiciano, recoge una antigua tradición germana expresada a través de la palabra *erfolgshaftung* (responsabilidad - por el evento) por lo cual el fundamento de la responsabilidad emana

na -como ya lo expresáramos anteriormente- más del derecho de propiedad lesionado que de la culpabilidad en que pueda haber incurrido el agente del daño, por lo que sin mayores dudas, se dejan sentadas las bases para la admisión de la responsabilidad de los inimputables (párrafo 456) (71).

Este proyecto, conocido como Código Galiciano no llegó a sancionarse, pero en el Código Civil de Austria, promulgado con fuerza de la ley el 1 de Junio de 1811, se mantiene el párrafo 456 del viejo proyecto en el artículo 1310, el cual faculta al Juez para imponer al incapaz de discernimiento una obligación de indemnizar equitativa, de acuerdo con la respectiva situación económica de las partes (72).

Entre el Código Civil austriaco y el Código Territorial Prusiano median algunas diferencias dignas de mención para un mayor entendimiento del progreso alcanzado en lo que respecta al deber de indemnizar del inimputable. En primer término, "mientras que en el Código de Prusia esta responsabilidad se basa en el antiguo principio derivado del 'Sachsenspiegel', que fundamenta todo deber de reparación en el mismo daño, en el legislador austriaco se justifica simplemente por razones equitativas de orden patrimonial. Principio de 'equidad concreta' que será acogida más tarde y formulada con mayor precisión por el B.G.B. alemán. Por otra parte, el art. 1310 amplía el beneficium competentiae (73) al permitir que sea el Juez quien determine a su prudente arbitrio el quantum de la indemnización debida; en el Landrecht prusiano la responsabilidad podía extenderse hasta el límite de no privar al incapaz de lo necesario para su subsistencia" (74).

Por último, cabe destacar que el Código Civil austriaco tiene el mérito de haber usado por primera vez, como elemento integrativo de la *fattispecie*, el término equidad; el que a su vez sirve de fundamento -repetimos- a la reparación del daño, atribuyéndosele un sentido semejante al que le conferían los prusianos. De esta forma la equidad viene a significar: "acción que nace en forma subsidiaria a l s demás

ria a los demás, sólomente cuando no se cuente con otro resorte legal para de - fender el derecho, y en otro sentido, consideración del estado patrimonial de las partes vinculantes para la relación de responsabilidad" (75).

### 3. Código Alemán (B.G.B.).-

En la legislación alemana la ley (párrafo 829) establece en cierto grado la responsabilidad de los inimputables por los daños causados por ellos cuando de las circunstancias especiales del caso aparece como "equitativo" al menos un resarcimiento parcial. Son presupuestos de esta "responsabilidad por equidad": a) que en el caso concreto una persona inimputable haya causado con su conducta un daño a otro que en el sentido de los párrafos 823 al 826 represente un acto objetivamente injusto; b) que el perjudicado no pueda obtener indemnización del daño de un tercero obligado a vigilar al incapaz (76); y c) que "según las circunstancias del caso, especialmente de las relaciones entre los interesados, la equidad" exija un resarcimiento total o parcial y que este no prive al obligado a indemnizar de -- los medios necesarios para su subsistencia "según su estado" o le impida el cumplimiento de los deberes legales de asistencia que la incumban (párrafo 829). A las especiales circunstancias del caso que han de ser tenidas en cuenta corresponden, p. ej., la peligrosidad de la conducta del irresponsable y la medida en que el mismo posea inteligencia o domine su voluntad, la clase y gravedad de la infracción, así como las circunstancias económicas, tanto del agente como del perjudicado; igualmente han de considerarse entre ellas la existencia o no de una protección por contrato de seguro por ambas partes (77). Teniendo en cuenta estas circunstancias, el Juez hallará en cada caso una resolución modificativa en la cual evitará en lo posible el excesivo rigor (78).

Para entender la legislación alemana en punto a la responsabilidad del inimputable debemos saber que el B.G.B. ha renunciado a la *definición unitaria y general de un supuesto de hecho delictuoso*, como el

que han establecido casi todas las codificaciones modernas al determinar que toda irrogación dañosa contraria a derecho obliga a indemnizar; así p. ej. el Código Prusiano (Pr. ALR I. 6 párrafos 8-12), el austríaco (A.B.G.B. 1925) el francés (art 1382 y 1383), el Código de Obligaciones Suizo (art. 91 moderno, art. 50 antiguo), el Código Civil Italiano (art. 2043); el Código Civil Español (art. 1902); y todos los Códigos Civiles americanos sin excepción. Por otra parte, el B.G.B., tampoco ha seguido el ejemplo del derecho romano, que solo conocía una serie de supuestos de hecho delictuosos aislados, distintos entre sí en sus requisitos y en sus consecuencias, como por ejemplo el *factum, la rapina*, el daño a las cosas, la lesión corporal, el daño doloso, etc. (79).

La ley alemana -en opinión de ENNECCERUS- ha seguido más bien un *camino intermedio*, y junto a algunos supuestos de hecho delictuosos especiales, ha formulado 3 de índole más general, a saber: a) lesión de los *bienes, de la vida y de derechos* (párrafo 823 I); b) violación de una *disposición de protección* (párrafo 823 II); y por último c) daños causados *dolosamente* y contra las *buenas costumbres* (párrafo 826) (80).

Ahora bien, en las disposiciones referentes a las acciones delictuosas, el B.G.B. alemán se atiene, al igual que todos aquellos que siguen el sistema romano, al *principio de la culpa*, separándose en ese punto del *antiguo Derecho alemán*, que mantenía el principio de la responsabilidad por resultado producido: "*quien causa un daño debe repararlo*" (81).

Sin embargo -aquí está lo interesante- se prescinde *por excepción* del requisito de la culpa para contentarse con la provocación de un resultado en la llamada responsabilidad por equidad para personas no imputables manteniéndose así este campo fiel al antiguo derecho alemán.

Resumiendo, en el Derecho alemán, "*aunque la inspiración netamente romanista del primer proyecto de Código mantuvo a ultranza el criterio exclusivo*

de la culpa, tras vivos debates en defensa de la tradición de los derechos germánicos se llegó a una solución de compromiso, plasmada en el párrafo 752 del Proyecto de 1896, según el cual quien realizase un acto de los enumerados como delito civil podía ser obligado a indemnizar, pese a no haber incurrido en culpa (asi, los menores y dementes) cuando la equidad lo exigiese. Pero, como ha señalado MOMIGLIANO, el triunfo del individualismo sobre el movimiento nacional germánico tendente a un derecho en sentido más social, hará que tal disposición sea abolida, manteniéndose únicamente con caracter excepcional, en el párrafo 829, respecto a los incapaces". (82).

#### 4. Código Federal Suizo de las Obligaciones.-

El Código Federal Suizo de las Obligaciones de 30 de Marzo de 1911, en el párrafo 1° del art. 54, establece: "Si la equidad lo exige, el Juez puede condenar a una persona, aunque sea incapaz de discernimiento, a la reparación total o parcial del daño que ha causado" (83).

Se ha dicho que la regulación lograda por los suizos al crear el citado precepto legal confiere a los jueces mayor libertad, ya que no establece ninguna pauta especial que le señale un criterio o medida para la aplicación del dispositivo, confiándose exclusivamente al libre arbitrio judicial. Es decir, que en el Derecho suizo las circunstancias fácticas que configuran el contenido de la invocación formal de equidad, al no estar especificadas por la norma, quedan libradas a la apreciación del intérprete (84).

Aparte de esta elasticidad y amplitud en la previsión normativa que permite al Juez fundamentar el deber de reparación en otras consideraciones que las puramente económicas, el Código Federal -- Suizo sigue, en relación a la indemnización por equidad, un criterio similar a las legislaciones anteriormente citadas.

## 5. Códigos del Grupo Latino.-

Aunque con gran dificultad, algunas codificaciones de origen latino han aceptado expresamente, por razones de equidad, la responsabilidad subsidiaria de los incapaces.

Inició esta tendencia el Proyecto Italo-Francés para un Código de las Obligaciones al disponer en el artículo 76, que: "*En el caso de daño ocasionado por personas privadas de discernimiento si el damnificado no ha podido obtener el resarcimiento por el que está obligado a la vigilancia, el Juez puede, en consideración de las partes, condenar al autor del daño a una equitativa indemnización*".

En Italia se produce una interesante discusión doctrinal entre los defensores y detractores del principio, habiendo por último triunfado la tesis de reglamentar en el Código Civil de 1942, - pese al principio general de ninguna responsabilidad sin culpa (art. 2046), una responsabilidad subsidiaria del incapaz por razones de equidad. De esta forma nace el artículo 2047, que después de disponer que: "*en caso de daño ocasionado por una persona incapaz de entender y de querer, el resarcimiento se debe por quien está obligado a la vigilancia del incapaz...*"; en el párrafo 2° ordena: "*En el caso de que el perjudicado no haya podido obtener el resarcimiento de quien está obligado a la vigilancia (subsidiaridad), el Juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa*".

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, en 1942, el legislador venezolano tomando como modelo el Proyecto Italo-Francés y el Código Civil italiano de 1942, establece que en ningún caso po-

drá la víctima accionar directamente contra el agente del daño imputable (art. 1186 C. Civ.), salvo el recurso de equidad que, con carácter subsidiario, le concede el art. 1190 para la hipótesis excepcional de que tampoco pueda obtener reparación del responsable civil (85).

Por último, entre las codificaciones pertenecientes al bloque latino que recientemente han llegado a admitir, por razones de equidad, una responsabilidad de los incapaces se encuentran: el Código Civil de Portugal promulgado el 25 de noviembre de 1966 (art. 489); y el Código Civil argentino en su nuevo artículo 907 creado por Ley N° 17.711 del año 1968.

En efecto, con una regulación bastante concreta en lo que se refiere a los límites del *quantum respondeatur*, el artículo 489 del -- nuevo Código Civil de Portugal establece una "*obligación de indemnizar por persona no imputable*" al disponer expresamente que: "*Si el acto causante de los daños hubiese sido realizado por persona no imputable, puede ésta, por razones de equidad, ser condenada a repararlos, total o parcialmente, desde que no sea posible obtener la debida reparación por las personas a quien incumbe su vigilancia*". (párrafo primero) "*La indemnización será calculada en tal forma que no quede privada la persona no imputable de los alimentos necesarios, conforme a su estado y condición, con los medios indispensables para cumplir -- sus deberes legales de alimentos*" (párrafo segundo).

En análoga forma, introduciendo en la tradición jurídica argentina un principio nuevo: "*el de la resarcibilidad del daño involuntario fundado en razones de equidad*", el novel artículo 907 del C. Civ Arg., textualmente dispone: "*Los jueces podrán también disponer -*

*un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima". (86)*

#### D. CARACTERISTICAS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL IMPUTABLE

Repasando cada uno de los preceptos legales transcritos en el apartado anterior, el lector puede comprobar que, salvo ligeras diferencias de matíz, -que no viene al caso comentar ahora- en lo esencial coinciden casi todos los legisladores al reglamentar la responsabilidad civil del inimputable.

En efecto, todos ellos sancionan una responsabilidad civil *subsidiaria, discrecional y atenuada por razones de equidad.*

##### 1. Subsidiaridad.-

La totalidad de los códigos que sancionan la responsabilidad civil del inimputable, siguiendo los orígenes históricos de la figura y su necesidad de diferenciarse ontológicamente de la responsabilidad basada sobre el aspecto subjetivo o la culpa, le han acordado *carácter subsidiario*, lo que significa que sólo se podrá establecer este tipo de indemnizaciones una vez que se demuestre la imposibilidad material o jurídica de efectuarla contra quien debe responder en virtud de su relación jurídica con el agente inmediato del daño. En otras palabras, el damnificado debe accionar, en primer lugar contra el llamado a responder por los actos ilícitos del menor y solamente en la hipótesis de que el responsable civil haya superado la presunción de responsabilidad puesta a su cargo o

bien resulta insolvente, le será permitido a la víctima pretender la indemnización del incapaz (87).

Sin embargo, algunos autores basándose en la amplitud de la redacción del artículo 54 del C. Civ. suizo, han querido reconocer en este precepto un ejemplo de donde deducir que es factible configurar dogmáticamente el daño involuntario sin necesidad de condicionarlo a la exigencia de la subsidiaridad (88).

En contra de quienes así piensan se ha dicho, que si bien algunos preceptos legales (v.g. art. 54 del C. Civ. suizo) no establecen en forma imperiosa la obligación de accionar previamente -- contra el responsable civil (padre, tutor o encargado), lo cierto es que el sentido mismo de la indemnización equitativa impone la subsidiaridad. Puesto que, si se dice que lo que se quiere corregir son los casos en donde la aplicación de la ley resulta excesivamente rigurosa en atención a las particularidades que ofrece al juzgador, esto hace que la naturaleza misma de la equidad venga en auxilio de la víctima cuando ésta no tenga realmente otro medio para obtener la reparación (89). Imposibilidad que puede ser bien de orden jurídico (prueba liberatoria) como de orden material (insolvencia e, incluso, inexistencia de un encargado de la vigilancia) (90).

Nosotros consideramos -al igual que PALMERO- que el *fundamento equitativo* de la obligación de indemnizar del inimputable, asentado sobre la desnivelación económica de las partes, es el argumento -- más sólido en favor de la subsidiaridad; y que sentar la posición

contraria, además de contravenir una tradición legislativa universal sin excepciones (véase "*evolución legislativa...*" supra 216), importaría una incongruencia lógica con el *concepto de equidad*, que en la mayoría de codificaciones (p. ej. Código de Prusia (arts. 41-43) B.G.B. alemán (párrafo 829); C. Civ. Ita. art. 2047; C. Civ. Por. art. 489, etc.) está condicionado en comparación con los bienes de fortuna del inimputable (91).

## 2. Discrecionalidad.-

Si observamos detenidamente las legislaciones que establecen una responsabilidad a cargo del inimputable, podremos comprobar como en la mayor parte de ellas el legislador no impone una obligación sino una simple "*facultad*" del Juez de ordenar, de acuerdo a la situación económica de las partes, una indemnización equitativa.

El legislador italiano, por ejemplo, establece que el Juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, "*puede*" condenar al autor del daño a una indemnización equitativa (Cfr. art. 2047, párrafo 2º). De idéntica forma procede el de Suiza al disponer que si la equidad lo exige, "*el Juez puede*" condenar a una persona, aunque sea "*incapaz de discernimiento*", a la reparación total o parcial del daño causado. (Cfr. art. 54, párrafo 1º, C. Civ.).

Variando un poco la fórmula, pero estableciendo un carácter discrecional que se desprende de la interpretación de la norma, se encuentran: El Código Civil de Portugal que en su art. 489, párrafo 1º, dispone que si el acto causante de los daños lo realiza -- una persona no imputable, "*puede ésta*" (no dice que "*debe ésta*"), por

razones de equidad, ser condenada a repararlos. (Cfr. art. 489, - párrafo 1°). El Código Civil austríaco, que en su art. 1310 dice - que si la víctima no puede obtener la indemnización de las personas obligadas a la vigilancia del incapaz, "*el Juez debe discernir*" -- si hay o no lugar a una indemnización equitativa. El Código Civil Argentino, que en su nuevo artículo 907 habla de que "*los Jueces podrán*" también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundado en razones de equidad, etc..

Este carácter discrecional de la responsabilidad por equidad ha dado margen para que algunos consideren que no existe un verdadero "*derecho de indemnización*". En efecto, según su criterio, al utilizarse el término "*podrán*" el instituto de la responsabilidad del inimputable se convierte en una simple atribución del Juez.

Ahora bien, "*¿es factible sostener que están dados los supuestos necesarios para justificar un 'derecho a la indemnización' o, por el contrario, la institución agota su contenido como simple facultas agendi del judicanti?*" (92).

Esta interrogante ha surgido dentro de cierta corriente de -- pensamiento italiana que destaca la necesidad de separar, como categorías jurídicas autónomas, la *indemnidad del resarcimiento*, lo que origina, como es lógico, un cúmulo de consecuencias.

Sin embargo, nosotros --al igual que PALMERO\_ no coincidimos -- con el reconocimiento de una diferenciación ontológica defendida -- por algunos autores entre *indemnización y resarcimiento*. Creemos que -- sus argumentos (93) son rebatibles desde diversos puntos de vista. En primer lugar, no se desprende del análisis particularizado de --

los diferentes textos positivos una justificación autonómica de - ambos términos; muy por el contrario, se observa que sin mayores disquisiciones se emplea uno u otro con significados siempre coincidentes. En lo que respecta, por otra parte, a los límites de -- los daños resarcibles, no es cierto que las indemnizaciones se limiten estrictamente al daño directo, pues es posible encontrar, en casos especiales, indemnizaciones que abarquen toda la medida del interés, como es el caso de cuando media una inmensa desproporción entre la fortuna del ofensor y de la víctima, justamente en la hipótesis que estamos estudiando. Por último, tampoco aceptamos que la forma de actuar de la indemnización no permita la ejecución forzada en forma específica, pues no encontramos impedimentos legales para que se fije como contenido de la prestación, una obligación - de dar cosa cierta como ocurre en múltiples oportunidades (94).

### 3. Responsabilidad Atenuada por Razones de Equidad.-

Por último, se señala como característica fundamental de la - responsabilidad del inimputable que la misma debe ser "*atenuada por razones de equidad*". Esto significa que el daño causado por el incapaz tiene tan solo un "*valor de referencia*", desde el momento en que - la fijación del *quantum debeatur* depende del arbitrio equitativo del Juez en vista de las circunstancias de las partes, sobre todo de - orden económico (95).

El Juez debe inspirarse en la "*equidad*" al liquidar la indemnización (96). Por ello, la equidad deja de ser una categoría meta-jurídica, con valor de *ratio naturalis* para pasar a formar parte integrativa del ordenamiento positivo vigente, a través de la refe -

rencia específica o de la alusión concreta, cada vez que el legislador la necesita para resolver un problema determinado (97).

E) LA JUSTIFICACION DOCTRINAL DEL DEBER DE INDEMNIZAR DEL INIMPUTABLE.-

Tratando de encontrar argumentos que den una explicación científica por la que un niño, por ejemplo, puede ser condenado a indemnizar el daño por él causado, se han dado diversas explicaciones por parte de la doctrina, entre las más interesantes tenemos:

1.- Teoría del Riesgo.-

A finales del siglo pasado se hicieron notar las limitaciones propias de la responsabilidad exclusivamente basada en la culpa -- (98). Se sustituye el punto de vista interno de la culpabilidad -- por el punto de vista externo de la simple causalidad llegando así a la creación de la teoría del riesgo, según la cual, el que hace nacer para otro un riesgo debe responder del daño que causa, *aunque no medie culpa de su parte* (99). Se elabora una fórmula precisa: *cuius commoda eius incommoda*, es decir, si se actúa en interés propio es justo que se asuman también los peligros que de dicha conducta se desprenden y, al mismo tiempo, que se sufran las consecuencias del obrar dañoso para otras personas, como si se hubiesen efectuado con el propio patrimonio (100).

Esta forma de razonar, sirvió, en cierto modo, para que algunos trataran de justificar el deber de indemnizar del inimputable. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia francesa se llegó a decir -

que "quien padece una dolencia capaz de producir perjuicios sobre la persona o derechos de otro, ese riesgo debe asumirlo y entre la tarea de optar entre la víctima y el ofensor, la justicia se inclina siempre en favor del primero".

Algo así como si la peligrosidad implícita de la incapacidad de entender y de querer fuese causa suficiente para justificar un esquema de responsabilidad civil (101).

Sin embargo, autores como SALEILLES o JOSSERAND se muestran reacios a aplicar la teoría del riesgo sin restricciones a cualquier supuesto de daños causados por un incapaz. Con ello, y aunque otra cosa pudiera parecer a primera vista, no contradicen su propia doctrina, sino que, por el contrario, la aplican con todo rigor diferenciando el principio del riesgo creado de la pura y simple causalidad material (102).

La falta del riesgo y su correlativo beneficio son circunstancias que ponen en evidencia el escaso valor práctico de utilizar la *teoría del riesgo* para justificar el deber de indemnizar del inimputable. Su mérito, en este campo, puede haber sido el de demostrar que la culpa no cubre todas las hipótesis fácticas posibles de donde nace la indemnización civil, pero de ahí a lograr la justificación de la responsabilidad de los inimputables queda mucho terreno por recorrer.

## 2.- Teoría de la Responsabilidad como Garantía.-

BORIS STARCK -autor francés- abandonando los criterios clásicos de la culpa y del riesgo defiende la tesis de que la responsabilidad civil se fundamenta en las ideas de garantía y pena priva-

da. "Su planteamiento inicial le lleva a contemplar el fenómeno de la responsabilidad desde el punto de vista de la víctima y no en consideración al agente, ya que es a la primera a quien interesa primordialmente el problema del daño y porque además resulta inconcebible construir un sistema de reparación sin preocuparse en absoluto de las razones que el dañado podría invocar para reclamar la indemnización. El principio inspirador de la teoría puede resumirse, -con palabras del propio STARCK- en el reconocimiento de un derecho individual a la seguridad, cuya violación no autorizada constituye un daño ocasionado sin derecho, una injusticia en sí misma, con independencia del estado psíquico y mental de aquel que lo causa. Se trata, en definitiva, de reconocer junto al derecho de propiedad y de aquellos otros derechos individuales cuya protección 'objetiva' no se pone en duda por nadie, la existencia de un derecho garantizado con la misma eficacia: el que tenemos a la conservación de nuestros propios bienes, nuestros cuerpos, nuestra vida y la de nuestros allegados" (103).

### 3. Teoría de la Culpa en Sentido Objetivo.-

Esta teoría es sustentada por MAZEAUD y A. LUNG. Según estos autores el Juez debe comparar la conducta del autor del daño con la que habría observado un individuo cuidadoso en iguales condiciones "externas". En su concepto, en la esfera de responsabilidad civil existe una concepción objetiva: la que niega la necesidad de la culpa, o sea la *teoría del riesgo*. La cual es objetiva en el sentido de que examina tan solo el daño, sin preocuparse de la conducta del autor del mismo; compromete la responsabilidad de este último cualquiera que haya sido su conducta. Exactamente en oposición con la teoría del riesgo se encuentra la de la culpa apreciada *in concreto*, concepción puramente subjetiva, en el sentido de que juzga -

el acto a través del agente, porque condena la conciencia de éste último y porque no lo condena a reparación más que si se descubre una culpa moral. Y entre estas dos tesis extremas (teoría del riesgo y la culpa apreciada *in concreto*) se sitúa la *teoría de la culpa en sentido objetivo*. Ciertamente es *objetiva* en cuanto se opone a la apreciación *in concreto*; pues ya no es cuestión de tomar en cuenta el estado anímico del autor del daño, sino tan sólo comparar la conducta de éste con la conducta de un tipo abstracto. No deja por eso de ser menos subjetiva, en amplia medida, si se coteja con la teoría del riesgo, ya que no exige la responsabilidad del demandado sino en el único caso de que éste haya cometido un *error de conducta* o si ha obrado de un modo distinto de lo que habría debido obrar (104).

La flexibilidad de esta fórmula permite su aplicación incluso a los individuos carentes de discernimiento, pues ya no se trata de apreciar una culpa *in concreto*, juzgando el acto a través del agente, sino examinar el acto culposo en sí mismo, separado del agente; proceder por comparación, preguntarse lo que habría hecho otro individuo, un tipo abstracto, es decir, el *bonus paterfamilias* del Derecho Romano: *apreciar la culpa in abstracto*. (105).

Conviene aclarar que esta teoría no conduce a condenar al incapaz siempre que ocasione un daño, pues ello supondría considerarle injustamente con más severidad que a las personas capaces, es preciso, en todo caso poder imputarle una "culpa" en el sentido de que con su actividad haya contrariado la norma y cometido un error de conducta (106). Sabido es -escriben los propulsores de esta te-

oría- que el artículo 1384, párrafo 4º, (se refiere al C. Civ. --- Fra.), no puede aplicarse de hecho más que si el hijo ha incurrido en una culpa. Si se decidiera de otra forma se haría que recayera una presunción de culpa sobre todos los actos realizados por menores, al menos desde el instante en que causen un daño a alguien; - cuando tal presunción no existe en contra de los mayores de edad. (107).

#### 4.- La Equidad como Fundamento.-

No obstante las críticas de que ha sido objeto (108) la única justificación científica al instituto de la responsabilidad del -- inimputable debe hallarse en la equidad. ¿Qué significa la equidad? *"Estableciendo una comparación, podría decirse que la equidad como valor objetivo, absoluto e inmutable, que deambulaba por el platónico y difuso terreno de -- las idealidades jurídicas -- más que nada fundamento metafísico del derecho vigente-, ha decidido hacer abandono de tan celestial morada para acompañar a los -- hombres en la dura y diaria tarea de administrar justicia, para lo cual ingresa decididamente en el mundo normativo de hoy. De ahí entonces que en la ciencia -- del derecho contemporánea, la 'equidad sustitutiva' o billigkeit-klausel -- como la denomina la doctrina germana- pierde casi totalmente su trascendencia y gravitación ante un sistema de responsabilidad que debe estructurarse en base a la 'certeza' que le confiere la descripción abstracta o fattispecie de cada caso -- particular"* (109).

La equidad en este sentido vendrá a constituir, fundamental -- mente, un margen de atribuciones especiales a los jueces, de modo que les permitan interpretar la norma ajustada a las modalidades -- particulares del caso, es decir, *"suavizar el rigor del principio, cuan-*

do la aplicación pura y simple del mismo podría tener consecuencias excesivas" (110).

En fin, la equidad, como fundamento del deber de indemnizar - del inimputable, no constituye un sistema autónomo de valoración - de justicia sino un *criterio de interpretación* que adapta la norma a - aquellas hipótesis que revisten connotaciones especiales. Por ello se ha dicho, que la equidad actual ha dejado de ser una categoría meta-jurídica, con valor de *ratio naturalis*, para pasar a formar parte integrativa del ordenamiento o de la alusión concreta, cada vez que el legislador la necesita para resolver un problema determinado (111).

#### D. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL INIMPUTABLE EN EL DERECHO COSTARRICENSE.

Si bien nuestra actual legislación civil no contiene una norma similar a las contenidas en las codificaciones extranjeras antes mencionadas, eso no implica, como veremos a continuación, que en la legislación costarricense se desconozca la responsabilidad civil del inimputable. Por el contrario, existen tres preceptos, - situados en la legislación penal, pero referentes a la materia en estudio, que ofrecen una base positiva más que suficiente para incluir el sistema jurídico costarricense dentro de aquellos ordenamientos que imponen al incapaz una responsabilidad civil. Nos referimos concretamente, a los artículos 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción de Menores, su similar artículo 133 del C. Pen. de 1941 (vigente) y, por último, el artículo 104 del C. Pen. 1970.

El primero de ellos dispone: "*La declaratoria de inimputabilidad o exención de pena en favor de menores prevista en el artículo 25 del Código Penal, no perjudicará el ejercicio de la acción civil contra ellos, por los daños y perjuicios que hubieren causado, siempre que sus alimentos quedaren asegurados conforme a la ley. Estarán también obligados a la indemnización correspondiente los padres, tutores o guardadores, cuando se probare que habrían podido evitar el daño o que descuidaron notablemente la guarda del menor*".

De la fórmula empleada por el legislador parece desprenderse que el principal obligado es el menor y que los padres, tutores o guardadores, son los que responden subsidiariamente "*cuando se probare que habrían podido evitar el daño o que descuidaron notablemente la guarda del menor*".

Esto que parece un error del legislador, en realidad no lo es. Pues tanto el art. 133 del Código Penal de 1941, que originó el precitado artículo 8, como el art. 104 C. Pen. 1970, utilizan la misma fórmula. En efecto, el artículo 133 dispone, en una forma casi idéntica al art. 8, que: "*La exención de pena en los casos previstos en el artículo 25 (se refiere, entre otros, al menor de 17 años), no perjudica el ejercicio de la acción civil relativa a los daños causados por el incapaz, siempre que quedaren asegurados los alimentos de éste. Estarán también obligados a la indemnización correspondiente, los padres, tutores o guardadores del incapaz cuando se probare que han podido evitar el daño o que han descuidado notablemente la guarda de aquél*". Y con una técnica más elaborada, el artículo 104 C. Pen dispone: "*En los casos de inimputabilidad, subsiste la responsabilidad del incapaz, siempre que queden asegurados sus alimentos o los gastos que ocasione su internamiento y de ella serán subsidiariamente responsables sus*

*padres, tutores, curadores o depositarios que hubieren podido evitar el daño o descuidado sus deberes de guarda. La misma regla se aplicará a los casos de semi-imputables".*

Es decir, allá donde *todas* las legislaciones, sin excepción, sancionan la responsabilidad del inimputable estableciendo como característica principal de ésta la *subsidiaridad*, o sea, que el menor sólo responde una vez que se demuestre la imposibilidad material o jurídica de quienes deban responder por él, la nuestra invierte la cuestión obligando como responsable civil, en primer término, al inimputable y *subsidiariamente* ("*cuando se probare que habrían podido evitar el daño o que descuidaron notablemente la guarda del menor*") a los padres, tutores o guardadores.

No sabemos si deliberadamente o en forma accidental, pero lo cierto es que nuestro legislador se empeña en exigir la responsabilidad civil del inimputable. Prueba de ello lo constituye también el ya estudiado art. 22 del C. Civ. (véase supra cap. IV, p.130-135) en donde se deja abierto el camino para que la víctima de un daño causado por el menor incapaz pueda accionar directamente contra él.

Este último precepto del Código Civil (art. 22) sumado a los ya citados artículos de la legislación penal (art. 8 L.O.J.T.M., 133 C. Pen. de 1941, y art. 104 C. Pen. 1970), ofrecen al Juez un cauce legal apropiado para imponer al menor incapaz de entender y de querer una obligación de indemnizar, que si bien no reviste como es de desear- unas características análogas a las que observáramos en las legislaciones extranjeras (Prusia, Suiza, Australia, Alemania, Italia, Portugal y Argentina), lo cierto es que obligan -

al inimputable a responder con sus propios bienes de los posibles daños que pueda causar.

Ahora bien, el hecho de que nuestro legislador imponga la obligación de indemnizar del inimputable en una forma que se aparta totalmente de los antecedentes históricos y de las características particulares del instituto en estudio se debe, sin más, a la costumbre de nuestros codificadores de adoptar instituciones ya elaboradas en otros sistemas sin analizar sus antecedentes históricos y demás aspectos relacionados con la misma.

En efecto, si tratamos de averiguar de dónde tomó nuestro legislador los artículos 133 del C. Pen. de 1941, el art. 104 C. Pen. 1970, y el art. 8 de la ley orgánica -preceptos que sancionan en el Derecho costarricense la responsabilidad civil del inimputable- nos daremos cuenta de que, el primero de ellos proviene del Código de ASTUA AGUILAR (art. 207); el segundo y el tercero, son copia casi idéntica del primero. Es decir, que los tres artículos tienen un tronco común: el art. 207 del Código de ASTUA AGUILAR.

Ahora bien, todo este proceso de *trasplante* de artículos de una legislación a otra, nuestro codificador lo ha efectuado en forma mecánica, sin advertir que en torno al instituto de la responsabilidad civil del inimputable existe toda una *evolución legislativa* ("*corriente latina*", "*corriente germánica*") y un cúmulo de *características* ("*subsidiaridad*", "*discrecionalidad*" y "*responsabilidad atenuada por razones de equidad*") que hacen que este instituto tenga su razón de ser o *fundamento jurídico* ("*la equidad*").

De todo lo que llevamos dicho se desprende una conclusión: es conveniente que en el *Código Civil* (empleando una fórmula *similar* a -- la de los Códigos Civiles de Prusia, Austria, Alemania, Italia, -- Portugal, Argentina, etc.) se sancione expresamente, al igual que en dichas codificaciones, una responsabilidad civil del menor inimputable que sea, a su vez: *subsidiaria, discrecional y atenuada por razones de equidad.*

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, supra nota 5, cap. I, p. 919-920.
- (2) Cfr. ORGAZ, supra nota 41, cap. I, p. 26-27.
- (3) Cfr. de ANGEL YAGUEZ, supra nota 3, cap. III, p. 11-12.
- (4) Ibid. este autor cita la famosa sentencia del T.S.E. de 13 Nov. --- 1934, que hace la distinción entre ilícito penal e ilícito civil así:

*"Mientras que el delito civil es una categoría abstracta y general, que solo exige la concurrencia de la antijuricidad y la culpabilidad, unidas a la concreción del daño, los delitos penales constituyen especies fijas y concretas; en las que han de concurrir como elementos, además de esa antijuricidad y esa culpabilidad, la llamada 'tipicidad' y la 'punibilidad' (notas estas mediante las cuales la doctrina moderna suele caracterizar la antijuricidad específica, penalmente sancionada); de tal modo que mientras todo hecho, doloso o culposo, aún cuando no esté previsto especialmente por ley, puede dar lugar a indemnización si produce daño, sólo pueden ser su primidos por una pena aquellos hechos que, causen o no perjuicio a otra persona, están previstas y castigadas por la ley penal".*

(5) ORGAZ, supra nota 41, cap. I, p. 26-28; CASTAN, supra nota 5, cap. I, p. 919-920; GULLON BALLESTEROS, supra nota 2, cap. I, p. 493-394. Nuestro Código Penal establece este "Principio de legalidad" en el artículo 1º, al disciplinar que: "Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido apenas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente".

(6) ORGAZ, supra nota 41, cap. I, p. 28; en el mismo sentido DE ANGEL - YAGÜEZ, supra nota 3, cap. III, p. 11-12; GULLON BALLESTEROS, supra nota 2, cap. I, p. 493-394; CASTAN TOBEÑAS, supra nota 5, cap. I, p. 919-920.

(7) Cfr. DE ANGEL YAGÜEZ, supra nota 3, cap. III, p. 13.

(8) Se define la "PENA" como un "castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta. MEZGER dice que en sentido estricto es 'la imposición de un mal proporcionado al hecho', es decir, una 'retribución' por el mal que ha sido cometido. Y en sentido auténtico, la pena es la que corresponde, aún en lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido', debiendo existir entre la pena y el hecho una equiparación valorativa (equiparación desvalorativo)". En este sentido véase OSSORIO, supra nota 33, cap. IV, p. 558.

(9) RUBIO GARCIA-MINA, cit. por ANGEL YAGÜEZ, supra nota 3, cap. III, p. 13.

(10) Véase supra cap. I, en donde hacemos un análisis de la teoría *clásica de la culpa* y las múltiples contradicciones en que han incurrido sus partidarios con el objeto de mantener el principio general de que: "*No hay responsabilidad sin culpa*".

(11) Cfr. ANGEL YAGÚEZ, supra nota 3, cap. III, p. 13. Un ejemplo categórico en sentido lo constituye el artículo 2047 del Código Civil italiano de 1942 que deroga el principio general de que "*no hay responsabilidad sin culpa*", al disponer que el Juez "*en consideración a las condiciones económicas de las partes*" puede condenar al menor incapaz de entender y de querer a una "*indemnización equitativa*". Igual sucede en nuestro Derecho en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, en donde, *expresamente*, se autoriza a la víctima para que pueda accionar contra el incapaz, "*por los daños y perjuicios que hubieren causado, siempre que sus alimentos quedaren asegurados conforme a la ley*". Por el contrario, en el Derecho Penal, "*nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado por ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención*" (Cfr. art. 30 C. Pen., principio general: "*No hay pena sin culpa*".)

(12) En principio, porque en el Derecho Civil se admiten supuestos excepcionales de responsabilidad sin culpa (véase texto supra a que se refiere la nota anterior).

(13) ORGAZ, supra nota 41, cap. I, p. 29. Para un análisis detallado de la cuestión pueden consultarse MORENO MANCHOLI, - "*La Responsabilidad Civil por Culpa Extraobligacional, y la Penal por el Delito o Falta de Daños*". En R.D.P., 1972, p. 628 y ss.; CONDE-PUMPIDO, supra nota 75, cap. IV, p. 75 y ss.

(14) En este sentido véase S. 2º Civ., N° 363, 1977 (15:30 de 16 de noviembre), en Rev. Jud. N° 11, p. 99: "*La disposición del Código Civil relativa a los daños y perjuicios derivados de la culpa extracontractual, se refiere únicamente a los intereses de índole patrimonial, excluyendo aquéllos que lesionan intereses de tipo moral, por lo que en la especie, si la actora reclama en su demanda una reparación pecuniaria alegando que el demandado cometió hechos que lesionan su dignidad como mujer o como educadora, lo procedente es rechazar la acción en todos sus extremos*". (C. Civ. art. 1045).

(15) El tema de la "*acción civil en sede penal*" ha sido tratado por algunos autores costarricenses, pero sin enfocar el problema del daño proveniente de un hecho ilícito causado por un menor de edad. Nosotros, basándonos en esas importantes y valerosas investigaciones -y en lo dicho por algunos autores extranjeros-, trataremos de adaptarlas al tema que nos ocupa.

En el Derecho costarricense pueden consultarse:

HOUED VEGA, M.- "*La acción civil en sede penal*". Rev. Jud, C.R. N° 12, Año III, junio 1979, p. 33 y ss.

CERVANTES VILLALTA, E.- "*La acción civil resarcitoria y los efectos del desistimiento*". Rev. Jud. C.R. N°11, Año III, marzo 1979, p. 9 y ss.

CASTILLO BARRANTES, E.- "*Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*". Ed. del Colegio de Abogados, 1977. p. 134 y ss.

En la legislación extranjera véase:

ORGAZ, supra nota 41, cap. I, p. 19 y ss.

DE ANGEL YAGÚEZ, supra nota 3, cap. III, p. 23 y ss.

GULLON BALLESTEROS, supra nota 2, cap. I, p. 495 y ss.

CASTAN TOBEÑAS, supra nota 5, cap. I, p. 921.

CONDE-PUMPIDO, supra nota 75, cap. IV, p. 75 y ss.; y, ROGEL VIDE, supra nota 43, cap. I, p. 133.

(16) Cfr. HOUED VEGA, supra nota 15, p. 33-34; CERVANTES VILLALTA, supra nota 15, p. 9.

(17) Ibid.

(18) Ibid. El sistema clásico, como tendremos oportunidad de verlo más adelante, lo sigue nuestro actual Código de Procedimientos Penales (Cfr. arts. 9 y 10); por el contrario, se adhieren al sistema positivista el anterior Código de Procedimientos Penales de 1910 (Cfr. arts. 6 y 24), lo mismo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española (Cfr. arts. 108, 111, 112 y 742, entre otros).

(19) Cfr. HOUED VEGA, supra nota 15, p. 34. Dentro de las legislaciones que sigue el sistema de separación de acciones está la argentina (Cfr. art. 79 del C. Pen. de Buenos Aires).

(20) Ibid.; además véase CASTILLO BARRANTES, supra nota 15, p. 142. Este sistema lo siguen la mayoría de Códigos procesales modernos, entre ellos, el francés (art. 13), el italiano (art. 23) y el costarricense (art. 11).

(21) Con anterioridad al Código de Procedimientos Penales de 1910, se puede citar el Código General conocido como Código de Carrillo, promulgado el 30 de julio de 1841. Este cuerpo de leyes regulaba en la Parte Segunda (que correspondía a la materia penal) en su título I, capítulo V (artículos 18 a 26) un singular instituto que se denominaba "*DE LA SATISFACCION*", en el cuál aludía al resarcimiento obligatorio que debía efectuar el imputado o imputados por el daño ocasionado por su dolo o culpa.

Esa satisfacción comprendía, de acuerdo al art. 19, lo siguiente:

- 1) La restitución de los bienes del ofendido.
- 2) La indemnización de los males ocasionados a la persona o bienes del ofendido.
- 3) La pensión a la viuda e hijos menores si hubiese resultado muerto el ofendido.
- 4) La pensión al herido o maltratado durante el tiempo que hubiese durado su incapacidad para el trabajo.

Un estudio detallado de los alcances de este cuerpo de leyes en materia de resarcimiento por daño proveniente de un ilícito penal véase HOUED, supra nota 15, p. 34.

(22) El art. 6, disponía que: "*La acción civil que nace de delito público sólo puede instaurarse juntamente con la criminal, antes del auto de enjuiciamiento o después que ésta haya sido resuelta en sentencia que cause ejecutoria*".

(23) El art. 38, disciplinaba que: "*Cuando por haberse demandado en el curso de la causa la reparación del daño privado del delito, deben seguirse y fallarse simultáneamente la acción penal y la civil, ellas deberán tramitarse legajos separados*".

(24) El art. 135, decía: "*Conocerán del reclamo relativo a la reparación civil del daño proveniente de un hecho punible, los Tribunales de justicia re* -

presiva, siempre que la acción correspondiente se haya ejercido antes de dictar se el auto de enjuiciamiento, y ante los mismos jueces de la acción penal".

(25) El art. 102, inciso 6; disponía: "El fallo, que debe contener la -- condenatoria o absolución de cada procesado, en relación con todos los hechos -- del cargo, el monto de lo debido a título de responsabilidad civil, con obser-- vancia de lo dispuesto en el Código Penal sobre el particular...". Véase HOUED, supra nota 15, p. 36

(26) PICADO GUERRERO, A.- "Explicación de las Reformas al Código de Pro-- cedimientos Penales"; cit. por HOUED, supra nota 15, p. 37.

(27) HOUED VEGA, supra nota 15, p. 37.

(28) "Mientras no existan reglas en el Nuevo Código Penal, para determi-- nar la indemnización por concepto de resultas civiles de un hecho punible, debi-- damente imputado y sancionado, la indemnización se hará con base a las disposi-- ciones del Código Penal anterior", véase T.S.C. N° 624, 1975 (9:45 de 8 de agos-- to), en REV. JUD. N° 2, año I, San José, 1976, p. 182.

(29) El art. 10. C.P.P., dispone: "La acción civil deberá ser ejercida -- por el Ministerio Público:

- 1) Cuando el titular de la acción, sin constituirse en actor civil, le de-- legue su ejercicio;
- 2) Cuando el titular de la acción sea incapaz de valer sus derechos y no-- tenga quien lo represente, sin perjuicio del Patronato Nacional de la Infancia.

En estos casos los demandados solo podrán oponerse en el debate (art. 389)"

Para HOUED VEGA el inciso 1), del precitado artículo es "incongruente con lo postulado por la teoría clásica, pues obliga al Ministerio Público a ejercer la acción civil cuando el titular de la acción, sin constituirse en actor civil, le delegue su ejercicio, con lo cual abre un amplio portillo para que cualquier persona que pretendiese obtener la reparación del daño pudiese recargar tal actividad en dicho instituto"; véase supra nota 15, p. 38.

(30) El art. 1 señala que: "Corresponderá a la Jurisdicción Tutelar de -- Menores conocer de la situación de los menores cuya edad no exceda de los dieci-- siete años y que se encuentren en estado de peligro social, resolver exclusiva-- mente sobre las medidas aplicables a dichos menores y ejecutar las resoluciones que dicte, todo ello con la finalidad de readaptarlos moral y socialmente. Para efectos de esta ley, se entenderá por menor de edad al que en este artículo se define". Y el artículo 2 señala:

"Para los efectos del artículo anterior se considerará en estado de peligro social a todo menor de los referidos en el artículo 1 a -- quien se atribuya una infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta".

(31) Véase Cas. N°55, 1971 (16:15 de 14 mayo), que confirma la sentencia S. 1°Civ. 1970 (16:05 de 6 de ago.), en donde se dice que el inciso 1° original del art. 25 del C. Pen. 1941 fue suprimido por el art. 78 L.O.J.T.M., en razón de que en lo sucesivo todo lo relacionado con el juzgamiento de los hechos come-- tidos por los menores de 17 años se regulará por la legislación Tutelar de Meno-- res y no por la común, pero que al parecer se incurrió en un lapsus al redac-- tar el art. 8, ya que en vez de una remisión al art. 25 del C. Pen. de 1941, de

bió aludirse a la declaratoria de inimputabilidad o a la exención de pena de los menores sujetos a la presente ley, o haberse expresado que en cuanto a la responsabilidad civil de esos menores que regiría por el art. 133 C. Pen. de 1941, o, en fin, algo parecido, pero no proceder como se hizo.

(32) Véase la sentencia del J. 3º Civ. (S.J.), 1970 (9:30 de 10 de mayo) Consid. III.

(33) Véase texto supra a que se refiere la nota anterior.

(34) El art. 104 C. Pen. de 1970, dispone: *"En los casos de inimputabilidad, subsiste la responsabilidad del incapaz, siempre que queden asegurados sus alimentos o los gastos que ocasione su internamiento y de ella serán subsidiariamente responsables sus padres, tutores, curadores o depositarios que hubieren podido evitar el daño o descuidado sus deberes de guarda. La misma regla se aplicará en el caso de los semi-inimputables"*.

(35) Sobre los requisitos genéricos y específicos, véase supra cap. IV.

(36) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, supra nota 5, cap. I, p. 890-891. En la legislación española en el Libro Cuarto *"De las Obligaciones y Contratos"*, Título -- Primero, *"Disposiciones Generales"*, se establece: *"Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal"* (art. 1092 C. Civ. Esp.). Y en el art. 1093 C. Civ. Esp., se indica: *"Las que deriven de actos u omisiones en que intervengan culpa o negligencia no penas por ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro"*. Con lo cual remite al art. 1902, que es el principio general de responsabilidad por hecho propio: *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*.

(37) Cfr. S. 1º Civ. Nº 466, 1975 (9:00 de 31 oct.), en Rev. Jud. Nº 3, p. 109. En donde además se dice: *"Nuestra ley en lo referente a la culpa extracontractual está imbuida de un sistema unitario prescindiendo de cualquier ubicación o enfoque por materia (penal o civil) con miras al resarcimiento del daño causado por la víctima en lo referente a la responsabilidad por hechos del hombre..."*.

(38) *"Han sido -observa CONDE PUMPIDO- los penalistas, al distinguir entre causas de justificación o de exclusión de la ilicitud del acto, y causas de inculpabilidad o excluyentes de culpabilidad de su autor, quienes han destacado que la inimputabilidad, al pertenecer al grupo segundo de aquellas causas, si bien excluye el aspecto de la culpabilidad del acto, no priva a éste, en cambio de su carácter de ilicitud, conservación de ilicitud que implica el mantenimiento de las consecuencias jurídicas que todo acto contrario a derecho lleva consigo, tanto en lo que se refiere a la legitimidad de los actos impeditivos del mismo (legítma defensa contra los actos de los inculpables) como a la necesidad de reparar el daño antijurídico causado"*. Véase supra nota 75, cap. IV, p. 81. En el mismo sentido ROGEL VIDE, supra nota 43, cap. I, p. 130-131.

(39) Esto de acuerdo con el sistema que sigue la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores (art. 8); el Código de Procedimientos Penales de 1941, vigente en cuanto a las reglas sobre la responsabilidad civil (Ley Nº 4891 de 8 de noviembre de 1971). En cambio, en el actual Código de Procedimien-

tos Penales (vigente a partir de 1 de julio de 1975) el Juez *no puede* acordar - *de oficio* la indemnización de daños y perjuicios, sino sólo cuando el ofendido (arts. 9 a 12 y 56 a 79) y, excepcionalmente, el Ministerio Público (art. 10) lo soliciten (Teoría Clásica). En cuyo caso, el Juez deberá condenar al pago de los mismos *en CONCRETO*. De acuerdo con el Magistrado CERVANTES VILLALTA existen varias razones, por las que el Juez o Tribunal penal que conoce de un hecho ilícito productor de daños, debe condenar *en concreto* y *no en eabstracto* al resarcimiento de los mismos: a) Por economía procesal: de acuerdo con lo dispuesto - por los arts. 185, inciso 5), 393, 399, 400 inciso 5), 474, inciso 1) y 2), 475 y 476, del C. Proc. Pen., y lo resuelto por la Sala Primera Penal en sentencia de 16:00 Hrs. del 4 de mayo de 1978, el Juez penal ante quien se presenta la acción civil resarcitoria, debe establecer la existencia y el monto de los daños y perjuicios, porque de hacerlo en abstracto, en la vía civil tendrá que -- realizarse la ejecución de la sentencia completa, sea con todos los trámites -- del 981 y ss. C. Proc. Civ., para la liquidación, comprobación y fijación tanto de la existencia como del monto de los daños y perjuicios, es decir, *doble juicio, por ende doble costo, amen de que nadie conoce mejor los hechos que el -- Juez penal*; b) por otra parte, la admisibilidad del recurso de casación está en función de la suma determinado en cuanto a la condenatoria por daños y perjuicios, conforme lo establecen los artículos 474, inciso 1) y 2), 475 y 476 C. -- Proc. Pen; c) el artículo 185, inciso 5), obliga al Tribunal a comprobar la extensión del daño causado por el delito, *aunque no se hubiere ejercido acción resarcitoria*, con mayor razón cuando sí se ha ejercido; por último, d) porque la Corte Plena en sesiones del 17 y del 24 de abril de 1978, artículos XXI y II, en su orden, en lo que se refiere a la circular N°18 del 18 de septiembre último, publicada por primera vez en el Boletín Judicial N°197 del 18 de octubre de 1978, dispuso que: "*Tanto los médicos forenses como los demás peritos y funcionarios del organismo de investigación judicial, están obligados a rendir informes o dictámenes que soliciten los Tribunales de Juicio, los Jueces Penales y de instrucción, los Alcaldes Penales y los funcionarios del Minsiterio Público, en relación con la responsabilidad civil derivada de delito y a la correspondiente acción resarcitoria que se ejercita dentro de los procesos penales, todo con el objeto de fijar la magnitud de los daños causados por el hecho punible, pues esos problemas deben dilucidarse dentro del mismo proceso penal, conforme lo dispuesto en los arts. 185, inciso 5), 393 y 399 del . Proc. Pen. y en armonía con las amplias disposiciones de los artículos 1,2, y 55 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial*". Véase en este sentido CERVANTES VILLALTA, supra nota 15, p. 12-13.

Estas mismas razones -en nuestro concepto- deberían valer para obligar al Juez Tutelar a condenar *en concreto* y *no en abstracto* como lo hacen actualmente ¿No es cierto que, a igual situación idéntica regulación?

(40) Cfr. CONDE PUMPIDO, supra nota 75, cap. IV, p. 102.

(41) El artículo 725 dispone que: "*Las sentencias pronunciadas por los tribunales de justicia represiva, gozan de autoridad de cosa juzgada para o contra toda persona indistintamente y de una manera absoluta, cuando deciden:*

19.- *Si el acusado o indiciado a quien se imputan hechos que constituyen una infracción de derecho criminal, es o no el autor de ellos.*

20.- *Si esos hechos le son imputables desde el punto de vista de la ley penal.*

39.- *Si ellos presentan los caracteres requeridos para la aplicación de tal o cual disposición de aquella ley".*

Y, el artículo 726, señala que: *"Las demás resoluciones de una sentencia dada por el tribunal de justicia represiva, que no se encuentren comprendidas en uno de los tres casos del artículo anterior, no tendrán fuerza de autoridad de cosa juzgada, ante el tribunal civil, a menos que en el juicio criminal hubiera intervenido la parte ofendida".*

(42) Cfr. COSSIO, cit. por GULLON BALLESTEROS, supra nota 2, cap. I, p. 496 nt. 9.

(43) Así lo han declarado nuestros tribunales civiles en algunos casos como este: *"Nuestra ley en lo referente a la culpa extracontractual está imbuida de un sistema unitario prescindiendo de cualquier ubicación o enfoque por materia (penal o civil), con miras al resarcimiento del daño causado por la víctima en lo referente a la responsabilidad por hechos del hombre; de ahí que en el presente caso, debe rechazarse la excepción de cosa juzgada opuesta por la empresa demandada con base en el juicio penal realizado, ya que las acciones basadas en ese juicio tienen una plataforma de causas jurídicamente distintas al soporte del presente ordinario"* (art. 1045 C. Civ.). En este sentido Cfr. S. 1º Civ., N° 466, 1975 (9:00 de 31 de oct.) en Rev. Jud. N° 3, p. 91-92.

(44) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, supra nota 5, cap. I, p. 922.

(45) Así se deriva de lo dicho por nuestros tribunales al declarar que: *"Aún cuando exista proceso penal pendiente, los tribunales civiles sí son competentes para conocer del cobro de los daños y perjuicios derivados del accidente cuyo proceso se tramita en la vía penal, máxime que el actor basó su demanda en el dolo o culpa civiles, caso en el que no existe subordinación con la vía penal y viceversa (arts. 1045 y 1046 C. Civ.)"*; véase S. 1º Civ. N° 561, 1976 (8: 20 dic.) en Rev. Jud. N° 7, p. 230.

(46) Por ejemplo, en el Derecho argentino el art. 1078 C. Civ. admite la reparación del daño moral solamente cuando el daño proviene de un ilícito penal y no en los demás casos de simple ilicitud civil. Cfr. ORGAZ, supra nota 41, cap. I, 31.

(47) El resumen que a continuación presentamos lo hemos tomado en parte de un análisis que hace el prof. RAMIREZ SEGURA, M.- *"Aspectos civiles de la acción resarcitoria"*. en Rev. Jud. C.R. año III, N° 12, junio 1979, p. 39 y ss.

En relación con el tema del Daño Moral pueden verse, entre otros, a ALVARO VIGARAY, *"La Responsabilidad por el Daño Moral"*, en A.D.C., 1966, p. 81 y ss.; GULLON BALLESTEROS, supra nota 2, cap. I, p. 487-488; ORGAZ, supra nota 41 cap. I, p. 31 y ss.; CASTAN TOBEÑAS, supra nota 5, cap. I, p. 898; ALBALADEJO, supra nota 1, cap. I, p. 542 y ss.; SANTOS BRIZ, supra nota 4, cap. I, p. 275 y ss.

(48) RAMIREZ SEGURA, supra nota 47, p. 41.

(49) Ibid.

(50) *"Además la jurisprudencia nacional se ha inclinado en las últimas fechas por resarcir el daño moral siempre que se produzca y no limitado a los delitos contra la honra, la dignidad y la honestidad o cuando dejaren cicatri -*

ces deformantes". Cfr. Ibid.

(51) Cfr. T.S.C. N° 421, 1977 (8:30 de 22 jun.) en Rev. Jud. N° 9.p. 151

(52) En reciente sentencia dictada por S. 2° Civ., N° 363, 1977 (15:30 de 16 de nov.). en Rev. Jud. N° 11, p. 99; se ha declarado: "*La disposición del Código Civil relativa a los daños y perjuicios derivados de la culpa extracontractual, se refiere únicamente a los de índole patrimonial, excluyendo aquellos que lesionan intereses de tipo moral, por lo que en la especie, si la actora reclama en su demanda una reparación pecuniaria alegando que el demandado cometi6 hechos que lesionan su dignidad como mujer y como educadora, lo procedente es rechazar la acción en todos sus extremos*" (art. 1045 C. Civ.).

(53) Así lo dispone expresamente el art. 22 C. Pen. 1941, vigente por -- Ley N° 4891 de 8 de noviembre de 1971, al disciplinar que: "*La reparación civil comprende:*

- 1) *La restitución de la cosa.*
- 2) *La reparación del daño material y moral.*
- 3) *La indemnización de los perjuicios*".

Y el art. 125, que: "*La reparación del daño moral, en las infracciones -- contra la honra, la dignidad o la honestidad o en otros casos de daño a intereses de orden moral, consistirá en una indemnización pecuniaria que, si no hubiere base suficiente para fijarla por medio de peritos, la determinará el Juez -- prudencialmente, según las circunstancias de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido*".

(54) DIAZ PAIRO, "*Teoría General de las Obligaciones*", 2° ed., I. II, p. 54-55, cit. por CASTAN TOBEÑAS, supra nota 5, cap. I, p. 898 nt. 2.

(55) Ver por todos CASTAN TOBEÑAS, supra nota 5, cap. I, p. 898.

(56) Igual sucede en el Derecho argentino; véase texto supra nota 46; y en el Derecho italiano, véase BONASI BENUCCI, supra nota 3, cap. I, p. 84, en donde indica este autor:

"*Por lo que se refiere a la responsabilidad civil, se ha precisado que la condena por los daños morales por tener carácter estrictamente complementario de la sanción penal, no puede decretarse con relación a un ilícito puramente civil, sea que éste se considere de tal naturaleza, por que no ofrezca materia para ninguna figura de delito, sea porque no se determine en los términos precisos de la norma establecida en el artículo 185 del Código Penal una responsabilidad civil por hecho de tercero en necesaria conexión con el delito mismo*".

(57) En relación a las aportaciones de la doctrina nos referimos lógicamente a la extranjera, pues en la doctrina civilista costarricense no existe -- ni aún en forma accidental -- ningún análisis que nos pueda servir de orientación. De ahí que, la mayoría de opiniones doctrinales las tomaremos de autores franceses p. ej. MAZEAUD, CARBONNIER, POTHIER, etc.; españoles p. ej. LEON GONZALEZ, CONDE PUMPIDO (estos dos estudian directamente el tema de la responsabilidad del inimputable), ALBALADEJO, SANTOS BRIZ, ROGEL VIDE (que lo enfocan en

forma accidental); italianos p. ej. ROVELLI, DE CUPIS, BONASI BENUCCI, POGLIANI et. (quienes lo analizan en forma general); los autores alemanes KARL LARENZ y ENNECCERUS -KIPP WOLFF (quienes también lo estudian en forma general en sus respectivos tratados); y por último, servirá como prototipo de nuestro estudio, lo escrito por el jurista argentino PALMERO en su obra "*El Daño Involuntario, In - demnización de Equidad*". Buenos Aires, 1973, p. 95 y ss.

(58) En este sentido PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 112-114.

(59) Cfr. MAZEAUD, supra nota 2, cap. I, p. 42-44. Partimos en este estudio del año 468 d. C., que fue cuando se sancionó la *Lex Aquilia*. Omitiremos la referencia al *Antiguo Derecho Romano*; pues en esa época, al existir sistemas rígidos, formalistas, que reunían las instituciones bajo el signo de la venganza, es lógico, que el daño que pudiera cometer un niño generase iguales consecuencias que el realizado por personas plenamente capaces, dado que lo que se tenía en cuenta como norma fundamental en materia de responsabilidad, era la Ley del Talión y no el principio de culpabilidad en el agente del daño. (Véase PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 95-96.

(60) Cfr. PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 98-100.

(61) Ibid. Este autor recoge otra cita del Digesto (D. 48,8, fr. 12), también interesante: "*El que está en la infancia o el loco, si hubiesen matado a un hombre, no están sujetos a la ley Cornelia, porque al uno lo ampara la inocencia de su designio y al otro la infelicidad de su desgracia*".

(62) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 317.

(63) MAZEAUD, supra nota 2, cap. I, p. 97-98.

(64) PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 110-111.

(65) Ibid, En contra MAZEAUD, supra nota 2, cap. I, p. 106-109. Afirma - en el párrafo 463 de su obra que: "*Los redactores del Código Civil, al proclamar, al menos implícitamente, la responsabilidad civil del individuo privado de razón, no han hecho otra cosa que seguir la tradición de los antiguos parlamentos. Ciertamente, si es probable que el primitivo Derecho Romano, muy próximo a la idea de venganza no vacilara en sancionar al autor del daño, fuera o no insensato, el Derecho Romano clásico afirmaba, por el contrario, que el loco y el niño no estaban obligados a reparar los daños de que fueran autores. Pero el antiguo derecho francés no siguió sin vacilaciones el Derecho Romano. Para convenirse de ello basta con referirse a la jurisprudencia de los antiguos Parlamentos franceses: el 24 de enero de 1664, una sentencia del Parlamento de Provenza establecía la responsabilidad civil de un demente; y esa misma solución fue adoptada por una sentencia del Parlamento de París, de 10 de set. de 1683. A esa jurisprudencia se opondrá la doctrina de POTHIER. En todo caso, -concluye MAZEAUD- que haya estado de acuerdo o que no lo haya estado POTHIER con la jurisprudencia de los Parlamentos, es cierto que los primeros comentaristas del Código Civil francés y del Código Penal, sometidos aún al influjo del antiguo derecho y que reflejaban ciertamente el sentimiento admitido en aquella época, no dudaron en declarar al loco y al niño civilmente responsables de sus culpas cuasidelictuales*".

(66) Cfr. PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 112-114.

(67) MOMIGLIANO, cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 321 nt. 160.

(68) Cfr. PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 112-115.

(69) En este sentido PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 116-120; LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 320-322.

(70) Cfr. PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 116-120.

(71) El párrafo 456 del Libro III del Código Galiciano, dispone: "Los niños y los dementes no pueden ser imputados ni por dolo ni por culpa. El daño derivado de sus acciones, si nadie los ha inducido culposamente a cometerlos, son equiparables a simples ('casus') casos fortuitos. Pero como el resarcimiento se funda también sobre el derecho de defensa, que tiene lugar aún contra los menores y los locos, de esta forma el mismo debe recaer sobre el causante del daño, aunque el mismo no fuese culpable".

Cfr. Ibid., p. 120-124.

(72) El art. 1310 del Código Civil Austríaco, en lo que interesa dispone: "Si la víctima no puede de esta manera recibir indemnización (se refiere a aquellas hipótesis en que no ha podido obtener reparación del daño del encargado de la vigilancia del menor), el Juez debe decidir si hay lugar a una indemnización total o solamente parcial y equitativa, examinando, según las circunstancias, - si una falta no incumba, en ese caso determinado, a aquél que ha causado el daño, bien porque él no tenga habitualmente uso de razón, o bien si la víctima no ha renunciado a defenderse para disponer del autor del daño, o, finalmente, teniendo en cuenta la fortuna de la víctima y la del autor del daño". Véase QUINITUS MUCIUS SCAEVOLA, - "Código Civil". - Reus S.A. Madrid, 1976, 2º ed. T. XXXI, p. 94.

(73) "Beneficio de competencia"; expresión moderna con la que se designa la regla de derecho singular en cuya virtud determinados deudores gozan de la facultad de no ser condenados a pagar sino en la medida de sus facultades o posibilidades económicas'. Véase GUTIERREZ ALBIZ, F. y otro, "Diccionario de Derecho Romano". - Reus S.A. Madrid, 1976, 2º ed. p. 78.

(74) MOMIGLIANO, cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 321-22

(75) Cfr. PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 120-124.

(76) El "tercero con deber de vigilancia" (aufsichtspflichtigen Dritte) es la persona a cuyo cargo está, de forma duradera o transitoria, aquella otra que ha causado el daño: el menor, el loco, etc. Cfr. párrafo 829 B.G.B., en "Código Civil Alemán". - Traducido por Carlos Melon Infante, Ed. Bosch S.A., Barcelona, 1955, p. 171.

(77) Es interesante en este sentido destacar el hecho de que, hoy día, - se postula ya la creación de un seguro obligatorio para cubrir la responsabilidad por los actos dañosos de los menores. Así lo ha expuesto en el Derecho sueco HELLNER, "Développement et role de la responsabilité civile delictuelle dans les pays Scandinaves" en Revue Internationale de Droit Comparé, 1967, p. 779 y ss.; cit. por SANTOS BRIZ, supra nota 4, cap. I, p. 14 nt. 8.

(78) Cfr. KARL LARENZ , supra nota 56, cap. I, p. 572.

(79) ENNECCERUS, supra nota 2, cap. I, p. 1022-1023.

(80) Ibid.

(81) Ibid. p. 1023.

(82) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 322-323. Es interesante en este sentido lo dicho por ENNECCERUS, supra nota 2, cap. I. p. 1023, al referirse a los ataques de que ha sido objeto el mantenimiento de la responsabilidad por resultado. Según este autor, *"hay que oponerse al pleno restablecimiento del principio de afectación por resultado, como el que constituía el fundamento del antiguo derecho alemán, por el menoscabo que ello supondría para la necesaria libertad de movimiento y la gozosa aceptación de la propia responsabilidad por parte de los sujetos de derechos individuales"*.

(83) Cfr. QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, supra nota 72, p. 114. El párrafo 2º, del art. 54 dispone: *"El que ha estado afectado por una incapacidad pasajera de discernimiento está obligado a reparar el daño que haya causado en este estado, si no prueba que se hubiese producido igualmente sin su falta"*.

(84) En este sentido PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 124-127.

(85) Cfr. MERLICH ORSINI, supra nota 3, cap. I, p. 42.

(86) Cfr. PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 144-145.

(87) En este sentido véase POGLIANI, supra nota 22, cap. II, p. 107-117; PALMERO, supra nota 82, cap I, p. 189-190; LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 325-326. En la jurisprudencia italiana se ha discutido el problema de si también se puede accionar contra el inimputable cuando falta la persona obligada a la vigilancia del menor. Lo que se ha resuelto declarando: *"...que para la ley es indiferente la causa que ha impedido a la víctima conseguir la indemnización en las confrontaciones con el vigilante"*; así lo ha resuelto App. Torino - 26 luglio 1956, in Rep. Giur. Ita. 1956, col. 2768, n° 174; cit. por POGLIANI, p. 106.

(88) Cfr. PALMERO, supra nota 82 cap. I, p. 189-190.

(89) Ibid.

(90) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 326-327.

(91) Cfr. PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 191-192.

(92) Ibid. p. 181-182.

(93) Sus argumentos son: a) que cuando el Código Civil Italiano emplea el término *indemnità*, limita la pretensión resarcitoria de la misma sólo a los daños directos o inmediatos, excluyendo toda clase de perjuicio resarcible; b) que las indemnizaciones reconocen como fundamento, casi siempre, a la equidad, mientras que el resarcimiento se asienta sobre razones *strictu iuris* en miras al logro de la reparación integral de los daños causados; c) que la modalidad -

especial de la indemnización impide que se manifieste como ejecución forzada en forma específica, debiendo hacerlo siempre como obligación de dar sumas de dinero; y por último, d) que la indemnización es impuesta para obtener reparación de perjuicios que se desprenden de ciertos actos ilícitos, como sería el caso de las consecuencias patrimoniales del acto necesario (art. 2045 C. Civ. Ita., que disciplina el estado de necesidad) Cfr. Ibid.; p. 182-183; DE CUPIS, supra nota 28, cap. I, p. 759-762.

(94) Cfr. PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 184-185.

(95) Cfr. LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 328.

(96) POGLIANI, supra nota 22, cap. II, p. 107.

(97) RODOTA, S.-"*Il problema della Responsabilità Civile*".- Giulfré Editores, MILANO 1964, p. 142 nt. 35; cit. por PALMERO, supra nota 82. cap. I, p. 150-162, nt. 19.

(98) DE ANGEL YAGUEZ, supra nota 3, cap. III, p. 17.

(99) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, supra nota 5, cap. I, p. 900.

(100) PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 150-162.

(101) Ibid.

(102) LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 330.

(103) STARCK, cit. por Ibid. p. 331.

(104) Cfr MAZEAUD y LUNG, supra nota 2, cap. I, p. 76-78.

(105) Ibid., p. 71-75.

(106) PIROVANO, cit. por LEON GONZALEZ, supra nota 7, cap. I, p. 332.

(107) Conviene aclarar que H. y L. MAZEAUD, 4º Ed., se manifiestan en contra y sostienen que la víctima *no debe probar la existencia de la culpa del menor. "Debería hacerlo sin duda alguna si hubiera en ello un requisito autónomo de la responsabilidad de los padres, tal como la cohabitación. Pero, como se ha dicho..., esa exigencia de una culpa cometida por el hijo no es sino una consecuencia de la necesidad de una culpa cometida por los padres; porque los padres no pueden estar incurso en culpa cuando el propio acto del hijo no es culposo. De ello resulta que, al presumir la culpa de los padres, el art. 1384 presume, por eso mismo, necesariamente la culpa del hijo. Así pues a los padres es a los que pertenece demostrar que el hijo no ha incurrido en culpa; de hacer esa prueba, demuestran que ellos mismos están exentos de culpa, puesto que no tienen que impedir un acto normal"*. Cfr. MAZEAUD y LUNG, supra nota 2, cap. I, párrafo Nº 768, p. 512-513, nt (2). Una crítica a esta teoría puede verse en supra cap. I, p. 11,

(108) En efecto, se ha dicho que, "*de igual modo que no se requiere acudir a la teoría del riesgo, tampoco hay necesidad de enfrentar la equidad con el Derecho y darle a éste preferencia sobre aquella. El derecho no es, en nues-*

tra esfera, lo que debe ser: la expresión de la equidad. Los que declaran que - la irresponsabilidad del insensato choca con la justicia, enfocan por lo general el caso en que al autor del daño, privado de razón, posee una gran fortuna, mientras que su víctima se encuentra en la miseria". Pero, concluye este autor, "conviene no dejarse atrapar por esa argumentación, porque conduce directamente a no exigir la responsabilidad del individuo privado de razón sino en los casos en que la víctima se halla en una situación difícil y... el estado de las respectivas fortunas no debe ser tomado nunca en consideración para determinar si existe culpa o no, y en consecuencia, responsabilidad". Cfr. MAZEAUD, supra nota 2, cap. I, p. 115-122.

(109) Cfr. PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 163-164.

(110) Cfr. TREJOS, supra nota 13, cap. I, p. 213-214.

(111) Cfr. PALMERO, supra nota 82, cap. I, p. 163-164.

## BIBLIOGRAFIA

I. LIBROS.-

ACUÑA ANZURENA.- Responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos.- En estudios de responsabilidad civil, La Plata, 1963.

ALBALADEJO, Manuel.- Derecho de obligaciones.- 4° ed. Bosch, Barcelona, 1977, T. II, V. 2.

ALBALADEJO, Manuel.- Manual de derecho de familia y sucesiones.- Bosch, Barcelona, 1974.

BONASI, Eduardo.- La responsabilidad civil.- Trad. y notas de Derecho español por Fuentes Lojo y Peré Rulay. Bosch, Barcelona, 1958.

BRENES CORDOBA, Alberto.- Tratado de las personas.- Editorial Juricentro. San José 1977.

BORREL MACIA, Antonio.- Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil.- 2° Ed. Bosch, Barcelona, 1958.

BARASSI.- La teoria generale delle obligationi.- 2° ed., Le Fonti, Milano, 1948.

BONVICINI, E.- La responsabilitá civile. Responsabilitá soggetiva e oggetiva, contractuale e extra contractuale.- Editore Giuffré, Milano, 1971, T. I.

- CARBONNIER, Jean.- Derecho civil. Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones.- Trad. de la 1° ed. francesa, - con adiciones de conversión al Derecho Español por Manuel María Zorrilla Ruiz. Bosch, Barcelona, 1971, T. II, V-3.
- CAMMAROTA.- Responsabilidad civil extracontractual. Hechos y actos ilícitos.- Buenos Aires, 1947, T. II.
- CASTILLO BARRANTES, Enrique.- Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal.- Ed. del Colegio de Abogados, San José, 1977.
- COLOMBO, L.- Culpa Aquiliana. Cuasi-delitos.- Buenos Aires, 1944.
- CASTAN TOBEÑAS, José.- Derecho civil español, común y foral.- 10° ed. Revisada y puesta al día por Ferrandis Vilella, Reus, Madrid, 1977, T. IV.
- CASTAN VAZQUEZ, José María.- La patria potestad.- Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960.
- CHIRONI, G.- La culpa en el derecho civil moderno. Culpa extracontractual.- Trad. de la 2° ed. Ita., corregida y arreglada por Posada, A., Reus, Madrid, 1978, T. I y II.
- CONDE-PUMPIDO, Cándido.- Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces.- Estudios de Derecho Civil en honor al prof. Castán Tobeñas. Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, T. VI.
- DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo.- Lecciones sobre responsabilidad civil.- Edit. de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.
- DE CUPIS, Adriano.- El daño. Teoría General de la responsabilidad civil.- Trad. de la 2° ed. Ita. Estudio preliminar por Marti-

nez Sarrión, A. Bosch, Barcelona, 1975.

DE LA FUENTE, Ramon y Otros.- Desintegración familiar.- Sivdivm -- Ediciones, Madrid, 1968.

DIAZ PAIRO.- Teoría general de las obligaciones.- 2° ed., La Habana, 1948. III.

ENNECCERUS, Ludwig.- Derecho de obligaciones.- Trad. española con anotación de Blas Perez Gonzalez y José Alguer, 3° ed. Con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por José Ferrandis Vilella. Bosch, Barcelona, 1966 V. 2.

ESPIN, Diego.- Manual de Derecho Civil español.- 5° ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, V. 3.

GULLON BALLESTEROS, A.- Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual.- Tecnos, Madrid, 1972.

GIORGI.- Teoría de las obligaciones.- Traducida de la 7° ed. italiana y anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas. Redacción de la Revista general de la Legislación y jurisprudencia, 2° ed, Reus, Madrid, 1929, V-2.

GARCIA GOYENA, F.- Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español.- Editor., Cometa, Zaragoza, 1971.

KARL LARENZ.- Derecho de Obligaciones.- Trad. y notas de Jaime Santos Briz. Edit. revista de derecho privado. Madrid, 1959.

LEON GONZALEZ, José María.- La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad.- En estudios de Derecho Civil en honor al prof. Castán Tobeñas, Edic. Univer-

sidad de Navarra, Pamplona. T. IV, 1969.

LOMBARDI, Juan.- Responsabilidad extracontractual civil en el derecho panameño.- Impresora Panamá, Panamá, 1965.

LEGUINA VILLA, J.- Responsabilidad de la administración pública.- Tecnos, Madrid, 1970.

LATOURET BROTONS, J.- Responsabilidad civil de los incapaces.- En libro homenaje a Ramón María Roca Sastre. Ed. Junta de Decanos del Colegio de Abogados. Madrid, V. II, 1976.

MANRESA Y NAVARRO.- Comentarios al Código Civil español.- 6° ed. Reus, Madrid, 1973. T. 2.

MAZEAUD y LUNG.- Tratado teórico y práctico de responsabilidad civil delictual y contractual.- Trad. de la 5° ed. francesa por Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, 1962 I-2.

MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., y CHABAS.- Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle.- 7° ed. Paris, 1974.

MARTINEZ SARRION.- La culpa como elemento relevante del daño no contractual en los juristas del siglo I a. de J.C.- En libro homenaje a Roca Sastre, Madrid, 1976. I.

MERLICH ORSINI, J.- Responsabilidad por hecho ajeno.- Caracas, --- 1965.

ORTIZ, Eduardo.- Responsabilidad de la Administración Pública.- Obra Inédita, San José, 1980.

ORGAZ, Alfredo.- El daño resarcible. Actos Ilícitos.- Edit. Bibliográfica. Argentina, 1952.

- PALMERO, Juan.- El daño involuntario. Indemnización de equidad.-  
Buenos Aires, 1973.
- POGLIANI, M.- Responsabilità e resarcimento da illecito civile.-  
Editore Dott. A. Giffré, Milano, 1964.
- PACHIONI.- Diritto Civile italiano. Dei Delitti e quasi-delitti.-  
Padova, Milano 1940.
- PUIG BRUTAU.- Fundamentos de Derecho Civil.- Bosch, Barcelona, --  
1956.
- PUIG PEÑA.- Tratado de Derecho Civil español.- Ed. Revista de de-  
recho privado, Madrid, 1946.
- PEREZ VARGAS, Victor.- Existencia y capacidad de las personas.-  
Edición Provisional por Edit. Facultad de Derecho, San José,  
1977.
- PETTOELLO, M.- Responsabilità per fatto altrui ai confini tra di-  
ritto civile a diritto penale.- Dott. A. Giuffré Editore, Mi-  
lano, 1962.
- ROVELLI, R.- La responsabilità civile da fatto illecito.- Unione  
Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1964.
- RODOTTA, Stéfano.- Il problema della responsabilità civile.- Giu-  
ffré-Editore. Milano, 1964.
- ROGEL VIDE, Carlos.- La responsabilidad civil extracontractual en  
el Derecho español.- Cívitas, Madrid, 1977.
- SANTOS BRIZ, Jaime.- Derecho de daños.- Edit. Revista de derecho  
privado, Madrid, 1962.

SANTOS BRIZ, Jaime.- La responsabilidad civil.- Editorial Montecarlo, Madrid, 1977.

SCOGNAMIGLIO.- Responsabilità per culpa e responsabilità oggettiva.- Estudio in memoria di A. Torrento, Milano 1968.

SALA FRANCO, José y Otros.- La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho Español.- Editorial Cometa, Madrid, 1975.

TREJOS, GERARDO.- Introducción al derecho de familia costarricense.- Ediciones Juricentro, San José, 1977.

VISENTINI, Giovanna.- La responsabilità civile nella Giurisprudenza.- Edizioni Cedam, Padova, 1967.

## II. REVISTAS.-

ALBALADEJO, Manuel.- "Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común". En A.D.C., Madrid. 1963. p. 345 y ss.

ALVAREZ VIGARAY.- "La responsabilidad por el daño moral". En A.D.C. Madrid. 1966. p. 81 y ss.

BONET CARRERA.- "El caso de la responsabilidad sin falta". R.I.D.: Comp. N° 10. Madrid. 1958. p. 98 y ss.

BONET CARRERA.- "La responsabilidad objetiva". En R.D.N.. Abril-junio. Madrid. 1960. p. 209 y ss.

- BORREL MACIA, Antonio,- "Hacia la responsabilidad sin culpa". En R.D.P.. Madrid. 1951. p. 109 y ss.
- BRASIELLO.- "Responsabilitá del genitore per el fatto comesso dal minore capace e incapace". In Foro Pad. 1954. I. p. 377.
- BRONZETTI.- "La culpa in vigilando e in educando". In Archivo Resp. Civ. N° 6. 1960. p. 109-10.
- CATENEO.- "Il concorso di colpa del danneggiato". In Rev. Dir. Civ. 1967. p. 461 y ss.
- CERVANTES VILLALTA, Edgar.- "La acción civil resarcitoria y los efectos del resarcimiento". En Rev. Jud. C.R. N° 11. Año III. Marzo. 1979. p. 9 y ss.
- CASTAN VAZQUEZ, José M.- "La resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica". En R.D.P. Enero Madrid, 1973. p. 3 y ss.
- CONTURSI LISI.- "Responsabilitá civile dei genitori e violazioni dell'obligadi educare la prole". In Rev. Trim. Dir e Proc. -- Civ. 1949. p. 949.
- CORSARO, Luigi.- "Sulla natura giuridica della responsabilitá del precettore". In Rev. Dir. Com. 1967. p. 38 y ss.
- DUNI.- "In tema di responsabilitá civile indirectta dei genitori". In Rev. Giur. Circ. Trasp. 1953. p. 1036 y ss.
- DE COSSIO.- "La causalidad en la responsabilidad civil". En A.D.C. Madrid. 1966. p. 527 y ss.
- FERNANDEZ VILLAVICENCIO.- "Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva". En A.A.M.N. XII. Madrid, 1962. p. 25

y ss.

GOMEZ CALERO.- "La responsabilidad civil derivada del acto ilícito penal". En R.G.D.. Madrid. 1960.

GRECO.- "Fatto illecito del minore e prova liberatoria ex-art. 2048 Codice Civile". In Arch. Resp. Civ. 1963. p. 581.

GUBERN.- "Evolución de las instituciones jurídicas: la responsabilidad sin culpa en España". En R.G.L.J.. I. 1945. p. 358 y ss.

HALPIN NICOLAS.- "Responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores". En Rev. Crítica de Jurisprudencia. 1934. T. III. p. 344 y ss.

HOUED VEGA, Mario.- "La acción civil en sede penal". En Rev. Jud. C.R. N° 12, año III, junio 1979, p. 33 y ss.

MARCHETTI.- "Sulla responsabilità per fatto altrui. En Rev. Dir. - Com.. 1961. p. 137 y ss.

MARCHETTI.- "Sull'oggetto della prova liberatoria richiesta al genitore e al tutore dall'art. 2048, ultima comma, Codice Civile". In Foro it. IV. 1959. p. 55 y ss.

MARTIN BALLESTERO.- "La responsabilidad sin culpa". En R.J.D. Comp. 1958. p. 86 y ss.

MOLA.- "Responsabilità civile dei genitori per fatti illeciti penali compiuti dai figli minori". In Giur. pen. III. 1954. p. 161.

MOMIGLIONO.- "Il resarcimento del danno extracontractuale cogionato da persona privati discernimento". In Rev. Dir. Priv. 1937 p. 228.

- MORENO MANCHOLI.- "La responsabilidad civil por culpa extracontractual y la penal por el delito o falta de daños". En R.D.P. Madrid. 1972. p. 628 y ss.
- NASCA.- "In tema di responsabilità indirecta dei genitori per i danni cogionati dal figlio minore". In Giur. Sic. 1958. p. 1015.
- PASETTI.- "In tema di responsabilità del genitore per mancata educazione del figlio", In Giur. it. 1949. p. 291 y ss.
- RAMIREZ, Mario.- "Aspectos civiles de la acción resarcitoria". En Rev. Jud. C.R. N° 12, año III, junio 1979. p. 39 y ss.
- ROVELLI.- "Responsabilità del genitore per il fatto commesso dal minore capace o incapace". In Foro pad. 1954. I. p. 377.
- ROVELLI.- "Responsabilità per fatto altrui". En Arch. Resp. Civ. Marzo-giugno. 1960. p. 89 y ss.
- SANCHEZ VAZQUEZ.- "La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana". En R.D.P. 1972. p. 965 y ss.
- SANTOS BRIZ, Jaime.- "La culpa en el Derecho civil". En R.D.P. 1926 p. 273.
- TABET, Andrea.- "Questioni in tema di fatti illeciti dei minori". In Foro it. 1953. I. p. 1432.
- TABET, Andrea.- "Fatto illecito a danno di minore incapace e concorso di responsabilità del danneggiato dei genitore". In Foro it. I. 1958. p. 46 y ss.
- TRAVIESAS.- "La culpa". En R.D.P. 1926. p. 273 y ss.
- VENDITTI.- "Il dovere dei genitori di educare e vigilare la prole in relazione alla prova liberatoria della responsabilità per

i fatti illeciti commessi dai figli minori", In Giust. Civ. 1955. I. p. 1620.

### III. CODIGOS EXTRANJEROS.-

ALEMANIA.- CODIGO CIVIL ALEMAN" (B.G.B.). Traducción directa del alemán al castellano acompañado de notas, aclaraciones con indicación de las modificaciones habidas hasta 1950. Librería Bosch. Barcelona. 1955.

ARGENTINA.- "CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE ARGENTINA". Estudio preliminar del Dr. José M. MUSTAPICH. Instituto de Cultura -- Hispánica. Madrid. 1960.

BRASIL.- "PROJETO DE CODIGO CIVIL". Comissao revisora do anteprojeto apresentado pelo Prof. Orlando GOMEZ. Servicio de reforma de códigos. 1965.

COLOMBIA.- " CODIGO CIVIL". Compilado por Jorge ORTEGA TORRES. Ed. Temis. Bogotá. 1972.

CHILE.- "CODIGO CIVIL DE CHILE". Estudio preliminar del Dr. Pedro LIRA URQUIETA. Instituto de Cultura Hispánica. Madrid. 1961.

ESPAÑA.- "CODIGO CIVIL". 5°ed. Editorial Civitas. S.A. Madrid. 1979

FRANCIA.- "CODE CIVIL". Soixante-Dix-Huitième Edition. Jurisprudence Generale. Dalloz. París. 1978-79.

GUATEMALA.- "CODIGO CIVIL". Publicado por el Ministerio de Gobernau

ción de Guatemala, C.A. 1964.

ITALIA.- "CODICE CIVILE". Con la costituzione e le principali leggi speciali a cura di Rosario NICOLO e Adolfo Di MAJO. Aggiornato al 31 oct. 1977. Dorr. A. Giuffr  Editore. Milano. 1977.

PANAMA.- "CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE PANAMA". Anotado y concordado por Jorge FABREGA y Cecilio CASTILLERO. Editorial jurídica Panameña. Panamá. 1973.

QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA.- "CODIGO CIVIL". Estudio comparativo de -- los principales códigos europeos y americanos. 2 ed. Revisada y puesta al día por el Prof. Pascual MARIN PEREZ. Reus, S.A. Madrid. 1974.