
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES

Necesaria revisión del fundamento de su responsabilidad*

POR
APARICIO HOWARD

1. Introducción

Hablar del fundamento de la responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos bajo patria potestad, implica analizar cuál es la razón por la cual los progenitores son llamados a responder de tales daños.

Como se verá, para la doctrina y la jurisprudencia nacional, los padres responden a *título de culpa* de los daños causados por los hijos menores de diez años y a *título de garantía* de los daños causados por los hijos mayores de diez años y menores de dieciocho años. De ello ya se desprende una importante incongruencia, en tanto que no existe ninguna lógica en imponer a los padres un régimen más gravoso de responsabilidad a medida que el hijo causante del daño se aproxima cada vez más a la mayoría de edad. En todo caso, parece evidente que cuanto menor sea la edad del hijo y, consiguientemente, menor discernimiento tenga de las consecuencias de sus actos, más rigurosa debería de ser la responsabilidad de los padres a efectos de evitar que causen daños a terceros y, especialmente, a sí mismos.

Posiblemente, la controversia se origine en el hecho de que en una sola disposición legal (art. 1324 del Código Civil) se discipline la responsabilidad civil emergente de un grupo de supuestos que son manifiestamente disímiles. En efecto, pocos aspectos en común presenta la situación de los empleadores con la de los padres y, menos aún, con la de los tutores y los curadores. Por ello, son preferibles aquellos sistemas que regulan de forma diferenciada la responsabilidad por los daños causados por los auxiliares y la responsabilidad por los

daños ocasionados por menores de edad o dementes.

En síntesis, en el presente trabajo se crítica la objetivación de la responsabilidad de los padres llevada a cabo por la doctrina y la jurisprudencia nacional y, en su lugar, se defiende que la responsabilidad de los progenitores —de acuerdo al art. 1324— se funda en su propia culpa, con la particularidad de que esta se encuentra presumida. Bajo un sistema de responsabilidad civil, el punto de partida es que cada persona debe soportar el daño que ha sufrido, dicha premisa solo puede ser abandonada en caso de que se verifiquen todos los presupuestos legalmente establecidos para desplazar el daño a otra persona. Por ello, el deseo de que la víctima inocente perciba una indemnización no constituye por sí sola una razón suficiente para desatender el régimen de responsabilidad por culpa presunta consagrado por el codificador y proceder a imponer a los padres una responsabilidad objetiva por los daños causados por sus hijos⁽¹⁾.

¹ Es innegable que, por medio de la regulación del Derecho privado, el legislador procura incentivar o desincentivar la realización de ciertas conductas, en relación al ámbito de la responsabilidad extracontractual “cualquier regulación debe procurar no sólo que la víctima obtenga una indemnización íntegra del daño sufrido, sino también que el otorgamiento de acciones indemnizatorias no coarte innecesariamente la libertad de acción de los potenciales causantes de daños ni sea contraria al interés público” (Martín-Casals, “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2011, p. 28). Del mismo modo, también es necesario tener presente que: “indemnizar no borra el daño del mundo, sino simplemente lo cambia de bolsillo”; y precisamente por esto, hay que tener una buena razón —la existencia de un criterio de imputación subjetiva como la culpa, pero no necesariamente sólo la culpa— para no dejar el daño allí donde se produjo, en lugar de iniciar un proceso absurdo en el que cada nuevo (inocente) “indemnizador” preguntaría de in-

* El presente constituye un extracto, adaptado al Derecho uruguayo, del Trabajo Final efectuado para culminar el Master en Derecho de Daños de la Universidad de Girona, España, dirigido por el Prof. Dr. Albert Ruda González.

2. La interpretación de la doctrina y la jurisprudencia

2.1. La lectura de Jorge Gamarra

Para Gamarra, la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores de edad se encuentra regulada de dos formas distintas en el Código Civil, siendo la imputabilidad o inimputabilidad del menor (art. 1320), el factor que determina el régimen jurídico aplicable⁽²⁾.

Cuando el daño ha sido causado por un menor de 10 años, la responsabilidad de los padres es por hecho propio, ya que según los términos del art. 1320, el menor no es capaz de delito o cuasidelito y, por ende, no puede ser responsabilizado civilmente⁽³⁾. En este primer supuesto, la responsabilidad de los padres está fundada en su propia culpa, con la particularidad de que esta se encuentra presumida (último inciso del art. 1324). Por consiguiente, para no responder, son los progenitores quienes deberán probar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño o que una eximente de responsabilidad (caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho del tercero) interrumpió la relación de causalidad. Al tratarse de un caso de responsabilidad por hecho propio, no es viable que los padres repitan contra el patrimonio de su hijo la indemnización pagada a la víctima (art. 1326)⁽⁴⁾.

En cambio, cuando el daño ha sido causado por un hijo mayor de 10 años y menor de 18 años, los padres responden por hecho ajeno, a título de garantía y, por ende, la responsabilidad es de naturaleza objetiva⁽⁵⁾. En este segundo caso, el menor causante del daño es civilmente imputable; por consiguiente, constituye un presupuesto necesario para que se active la responsabilidad de los padres bajo el régimen del art. 1324, que la conducta del propio hijo dé lugar a responsabilidad. Por ello,

mediato quién le indemniza ahora a él" (Pantaleón Prieto, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones públicas)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 4, 2000, p. 174).

² Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XX, 2da. ed., FCU, Montevideo, 2003, pp. 341-342.

³ Gamarra, *ob. cit.*, pp. 342-343.

⁴ Gamarra, *ob. cit.*, p. 345.

⁵ Gamarra, *ob. cit.*, p. 348.

probado por la víctima que el hecho del hijo es fuente de responsabilidad, los padres responden por su sola calidad de tales, con independencia del comportamiento desplegado, a título de garantía⁽⁶⁾. En este supuesto, los padres no están habilitados a liberarse de responder a pesar de que prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia, ni demostrando una eximente de responsabilidad (caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho del tercero) que interrumpió la relación de causalidad, solamente pueden exonerarse de responder si cuestionan los elementos constitutivos de la responsabilidad civil del hijo o los presupuestos de su propia responsabilidad (hijo bajo patria potestad y cohabitación). Al tratarse de un caso de responsabilidad por hecho ajeno, si fueron los progenitores quienes indemnizaron a la víctima, están habilitados a repetir contra su hijo la suma desembolsada (art. 1326).

Los dos párrafos anteriores describen -a grandes rasgos- el régimen de responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos elaborado por Gamarra, el que actualmente es seguido por la jurisprudencia.

2.2. La posición de la jurisprudencia

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, frente a los daños causados por un grupo de menores a la conductora de una motocicleta, por la colisión con una pelota de fútbol, dictaminó que "cuando el menor es mayor de 10 años y hasta la mayoría de edad es capaz de incurrir en delitos y cuasidelitos, vale decir que es responsable por el daño que culposamente causa. Hay pues dos sujetos responsables (como en la responsabilidad por el hecho del dependiente) y el padre responde por el hecho ajeno, y por tanto, sin culpa (a título de garantía). Aquí estamos ante un caso de responsabilidad objetiva y por ello el inciso final que atañe a la responsabilidad por culpa no es aplicable⁽⁷⁾".

Del mismo modo, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, ante un accidente de tránsito causado por un menor de edad que con una motocicleta embistió a un peatón, expresó que "en hipótesis de daño causa-

⁶ Gamarra, *ob. cit.*, pp. 349-350.

⁷ TAC 2. Sent. N° 181/2012. 8/8/2012. *D.J.D.C.*, T. I, c. 874, p. 683.

do por un menor sometido a patria potestad mayor de 10 años, imputable según el art. 1320 del C.C., los padres no responden por hecho propio sino por hecho ajeno y lo hacen a título de garantía. Así, enseña Gamarra que cuando el menor es responsable y causa culpablemente el evento dañoso, la responsabilidad "nace en su cabeza" y que a esta responsabilidad directa se le suma la indirecta de los padres que responden solo por tener esta calidad (de padres), con independencia de su comportamiento ya que no son los autores del hecho dañoso y la culpa únicamente puede apreciarse en relación al sujeto de la acción o de la omisión que causó el daño (Gamarra, Jorge, *Tratado...*, t. XX, Vol. 2, 2ª edición, agosto 2003, pp. 348-355). Por lo tanto, los demandados solo podrían exonerarse de responsabilidad probando la ausencia de responsabilidad de su hijo⁽⁸⁾.

Por su parte, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno, confirmó la sentencia de primera instancia que, ante la sustracción de dinero efectuada por un menor, condenó a los padres al pago de U\$S 60.000 y expresó que: "Cuando el hijo bajo patria potestad es mayor de 10 años, la responsabilidad del padre... ya no es una responsabilidad directa,... ni está fundada en la culpa. El padre responde por el hecho ajeno, a título de garantía y por consiguiente, la responsabilidad es objetiva" (Gamarra, *Tratado...* T. XX p.216); por ende están claramente legitimados para ser condenados. En suma, se confirmará la recurrida en cuanto a la atribución de responsabilidad⁽⁹⁾.

Como viene de verse, la jurisprudencia nacional ha adoptado la interpretación propuesta por Gamarra y ha reiterado de manera constante que cuando el daño ha sido causado por

un hijo mayor de 10 años y menor de 18 años, los padres responden por hecho ajeno a título de garantía, razón por la cual resulta irrelevante que los progenitores demuestren en el juicio de responsabilidad que observaron toda la diligencia de un buen padre de familia o que se verificó una eximente de responsabilidad que interrumpió la relación de causalidad.

3. Examen crítico de la posición de la doctrina y la jurisprudencia

3.1. Tenor literal del art. 1324

La sola lectura del art. 1324 evidencia que la responsabilidad allí prevista tiene como fundamento la culpa de los sujetos llamados a responder, lo que, además, difícilmente pudiera ser de otra manera si se consideran las fuentes de la disposición (art. 1384 del Código Civil francés y, más precisamente, art. 1901 del Proyecto García Goyena) y la época en que fue aprobado el Código Civil uruguayo.

Del inc. 2º del art. 1324 emerge que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que están bajo su patria potestad "y viven en su compañía". El requisito de la convivencia entre el hijo causante del daño y los padres solo tiene justificación en un régimen de responsabilidad fundado en la culpa, dado que si los padres respondieran con independencia de la diligencia desplegada en la vigilancia de sus hijos, la cohabitación resultaría irrelevante⁽¹⁰⁾.

Similares consideraciones corresponde realizar respecto de los tutores y curadores, quienes responden de la conducta de las personas que "viven bajo su autoridad y cuidado" (inc. 3º)⁽¹¹⁾. Al igual que respecto de los directores

⁸ TAC 1. Sent. N° 20/2009. 18/3/2009. *A.D.C.U.*, T. XL, c. 878, p. 698.

⁹ TAC 3. Sent. N° 267/2009. 19/11/2009. *A.D.C.U.*, T. XL, c. 879, pp. 698 – 699. En el mismo sentido también puede verse: TAC 4. Sent. N° 99/2017. 20/9/2017. *D.J.D.C.*, T. VI, c. 962, p. 954; TAC 4. Sent. N° 100/2002. 15/5/2002. *A.D.C.U.*, T. XXXIII, c. 889, p. 426; TAC 5. Sent. N° 107/1996. 4/9/1996. *A.D.C.U.*, T. XXVII, c. 876, p. 326; TAC 1. Sent. N° 268/1992. 10/12/1992. *A.D.C.U.*, T. XXIII, c. 1161, pp. 388 – 389; TAC 6. Sent. N° 168/1992. 23/9/1992. *A.D.C.U.*, T. XXIII, c. 1162, p. 389; TAC 5. Sent. N° 205/1991. 30/10/1991. *A.D.C.U.*, T. XXII, c. 1101, p. 308.

¹⁰ El art. 1755 del Código Civil y Comercial argentino consagró expresamente la responsabilidad objetiva de los padres por los daños causados por sus hijos. No obstante, conservó el requisito de la convivencia entre el hijo causante del daño y los padres como presupuesto de la responsabilidad, lo que ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina. En este sentido, Pizarro-Vallespinos expresaron que: "Si la responsabilidad de los progenitores es objetiva, el hecho de que el menor conviva o no con aquéllos debería ser absolutamente irrelevante" (*Tratado de responsabilidad civil*, T. II, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 206).

¹¹ Según la interpretación mayoritaria, el régimen de responsabilidad del tutor coincide con el de los padres (véase: Gamarra, *ob. cit.*, p. 391). Sin em-

de colegios y maestros artesanos, quienes son responsables del daño causado por sus alumnos o aprendices “durante el tiempo que están bajo su vigilancia” (inc. 4º).

Por último, el inciso final del art. 1324 resulta determinante al establecer que: “La responsabilidad de que se trata en los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Ahora bien, el examen del fundamento de la responsabilidad de los padres no se puede detener aquí, porque es innegable que el Derecho de la responsabilidad civil ha evolucionado desde la época en que se aprobó el Código Civil y porque no todos los supuestos contemplados por el art. 1324 son idénticos, sino que presentan diferencias sustanciales que pueden justificar un trato diferencial entre ellos.

3.2. Diferencias apreciables entre la situación del empleador y de los padres

Si bien existen diversas razones que justifican someter al empleador a un régimen de responsabilidad vicaria (*vicarious liability*) por los daños causados por sus dependientes, tales motivos no tienen aptitud para ser extendidos a los padres. Al respecto se han empleado los siguientes argumentos para justificar un régimen de responsabilidad vicaria del empleador por los hechos de sus dependientes.

En primer lugar, desde la perspectiva de la víctima, la justificación se puede hallar en que por esta vía se incrementa la probabilidad de que vea su daño reparado. Es frecuente que el dependiente no disponga de medios suficientes para costear la obligación indemnizatoria; por ello, la víctima pasa a estar ubicada en una mejor posición si, junto al causante material del daño, se agrega un segundo responsable. Bajo esta perspectiva, el empleador es elegido por la mayor solvencia patrimonial que

comúnmente ostenta respecto del dependiente (*deep pocket argument*), lo que se traduce en una mayor probabilidad de que la víctima logre la indemnización del daño. Pero, lógicamente, el argumento del *deep pocket* no puede ser generalizado a los padres, dado que nada asegura que estos tengan una buena situación financiera, ni que sean más solventes que la víctima.

Ahora bien, la mayor capacidad económica del empleador (que, además, puede no ser tal) no puede ser por sí sola una razón suficiente para responsabilizarlo de los daños causados por sus dependientes, por consiguiente, es necesario precisar qué otros argumentos se encuentran presentes para designar al empleador como responsable.

En este sentido, se ha señalado que la actividad desplegada por el dependiente es una prolongación de la actividad del empleador o que este amplía su esfera de actuación por medio del obrar del empleado⁽¹²⁾. Se trata, claro está, de un argumento que se justifica en el ámbito laboral o similar, pero que no es aplicable a la relación de naturaleza familiar que existe entre padres e hijos.

Adicionalmente, se suele argumentar que quien percibe el beneficio, lucro o utilidad de una actividad peligrosa debe cargar con los perjuicios que dicha actividad causa (*cuius commoda eius incommoda*)⁽¹³⁾. Pero, si bien dicha argumentación permite justificar la responsabilidad vicaria del empleador, existen una serie de objeciones que impiden extender su aplicación a los padres; primero, que la “teoría del riesgo provecho” se refiere a un beneficio de naturaleza económica; y, segundo, aunque se pudiera llegar a considerar suficiente con percibir un beneficio moral (la satisfacción moral de ser padre), hoy en día la patria potestad constituye una carga de los padres en interés del menor y no un beneficio⁽¹⁴⁾.

A lo anterior cabe agregar que el empleador tiene la posibilidad de trasladar a los consu-

bargo, que el tutor responda objetivamente por el daño causado por el menor a su cargo resulta todavía más cuestionable, en tanto que desarrolla una actividad que beneficia a toda la sociedad y, generalmente, no percibe ningún beneficio por ello. En el caso del curador, la discusión ni siquiera llega a plantearse porque su responsabilidad siempre es por hecho propio.

¹² Gamarra, *ob. cit.*, pp. 210-212.

¹³ Gamarra, *ob. cit.*, p. 208.

¹⁴ En este sentido: Gómez Calle, *La responsabilidad civil de los padres*, ed. Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 57-58; Abril Campoy, “La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 79, n.º 675, 2003, p. 29.

midores de sus productos o servicios, el costo de las indemnizaciones que deba abonar por los daños causados por sus dependientes y, en caso de encontrarse asegurado, el costo de la póliza del seguro de responsabilidad civil¹⁵. Sin embargo, los padres no tienen la posibilidad de trasladar el costo de las indemnizaciones, ni de la póliza de un seguro de responsabilidad civil.

Los argumentos expuestos han sido sintetizados por Solé Feliu, quien expresó que “la responsabilidad vicaria es el régimen más coherente con la idea de gravar a quienes se benefician de una actividad generadora de riesgos, toda vez que son quienes se hallan en mejores condiciones para controlar esos riesgos y hacerles frente. Desde el punto de vista técnico, es el empresario quien mejor conoce los riesgos que derivan de la actuación de sus auxiliares, y quien puede adoptar los mecanismos necesarios para prevenirlos: puede instaurar sistemas de vigilancia; desarrollar procesos de revisión, mantenimiento y renovación de maquinaria; organizar actividades formativas para los auxiliares; o prohibir y, en su caso, sancionar conductas o comportamientos peligrosos, etc. Desde el punto de vista económico, en comparación con los auxiliares, el principal suele tener mayor capacidad para afrontar las consecuencias indemnizatorias de su actividad y repercutir su coste sobre el precio de los productos. Finalmente, también se afirma que el principal es el “cheapest cost insurer”, en la medida en que es quien se halla en mejor posición para cubrir los costes globales de su negocio y proteger a sus auxiliares mediante la contratación de una sola póliza aseguradora”¹⁶.

Pero, además, debido a las razones que se indican a continuación, la responsabilidad de los padres resulta ser más gravosa que la responsabilidad de los empleadores.

Los empleadores responden de los daños causados por sus dependientes “en el servicio de los ramos en que los tuviesen empleados” (art. 1324, inc. 5°), por ende, el empleador de-

bería poder eximirse de responder si prueba que el dependiente que ocasionó el daño se extralimitó en sus funciones¹⁷. En cambio, el ámbito objetivo de responsabilidad de los padres es considerablemente más amplio, dado que el Código los hace responsables de los daños causados por los hijos que “están bajo su potestad y viven en su compañía” (art. 1324, inc. 2°). En otras palabras, los padres responden las 24 horas del día y los 365 días del año. La única válvula de escape es que no se verifique el requisito de la cohabitación entre el hijo causante del daño y los padres; pero, la realidad es que la jurisprudencia ha quitado relevancia a dicho presupuesto¹⁸.

¹⁷ Si bien es innegable que la responsabilidad del empleador se ha visto considerablemente ampliada por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, al responsabilizarlo de los daños causados por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones, así como en ocasión de las mismas. La doctrina nacional ha advertido que en los últimos años se observa una tendencia de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil a limitar el criterio de la ocasionalidad, destacándose para ello los tribunales han recurrido a otros argumentos como “la transferencia de la guarda, al interés del empleado opuesto al del empleador, al ejercicio de un derecho personalísimo del dependiente e incluso dejando en evidencia la falta de relación de dependencia, excluyendo con ello cualquier responsabilidad que pretenda atribuírsele al empleador en su calidad de garante” (Larrañaga, “Hecho del dependiente: abuso de funciones y ocasionalidad necesaria”, *D.J.D.C.*, T. VI, FCU, Montevideo, 2018, p. 181).

¹⁸ En este sentido, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno entendió que la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos tiene su fundamento en la patria potestad y que esta “no termina ni con la separación de los padres, ni por el divorcio y menos aún por la circunstancia de no cohabitar con el menor”. Seguidamente, el Tribunal agregó que “la cohabitación constituye una condición secundaria, puramente virtual de la responsabilidad de pleno derecho y solidaria del padre y la madre”. En virtud de lo anterior, el Tribunal concluyó que la separación o el divorcio de los padres no justifica que estos abandonen sus responsabilidades y, menos todavía, que se los exonere de responsabilidad por los daños causados por sus hijos menores (TAC 2. Sent. N° 181/2012. 8/8/2012. *D.J.D.C.*, T. I, c. 875, p. 684). Aunque también se debe traer a colación que el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno, ante un accidente de tránsito causado por un menor de 15 años, resolvió absolver al padre “en razón de que el hijo causante del daño no convivía con él” y no podía imputársele culpa alguna en el accidente, motivo por el cual procedió a condenar exclusivamente al menor y a su madre (TAC 4. Sent. N° 213/2000. 22/11/2000. *A.D.C.U.*, T. XXXI, c. 1048, p. 475).

¹⁵ Gamarra, *ob. cit.*, p. 210.

¹⁶ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, ed. Reus, Madrid, 2012, pp. 38 – 39. Con una perspectiva similar, véase: Martín-Casals, “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, *ob. cit.*, pp. 69 – 70.

Además, el empleador tiene la posibilidad de elegir a sus auxiliares y, eventualmente, el derecho a terminar el lazo contractual que los vincula. En cambio, los padres no gozan de esta facultad, dado que no pueden elegir a sus hijos y tampoco pueden desvincularse de ellos si son proclives a causar daños¹⁹.

3.3. Contradicción entre el reconocimiento de una mayor autonomía a los menores y el agravamiento de la responsabilidad de los padres

La evolución operada en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia y, en especial, en el área de la patria potestad, exige revisar el alcance de la responsabilidad civil de los padres, debido a la intrínseca conexión que existe entre estas materias.

Tradicionalmente, la patria potestad era concebida como un poder absoluto y autoritario del padre sobre los hijos. No es exagerado decir que la patria potestad era un instituto consagrado más en interés del padre que de los hijos. El Código civil del año 1868 disponía que: “Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a su padre y su madre” (art. 233). Asimismo, establecía que: “Los hijos menores de edad no pueden, sin permiso de sus padres, dejar la casa paterna o aquella en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, al efecto de hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus padres” (art. 234). También preveía que: “Los padres tienen la facultad de corregir moderadamente a sus hijos, y cuando esto no bastare, podrán ocurrir al Juez para que les imponga la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. Bastará al efecto la solicitud ver-

bal del padre, y en vista de ella expedirá el Juez la orden de arresto, que el padre podrá hacer cesar a su arbitrio” (art. 238).

En cambio, en la actualidad, es posible apreciar cómo la función de la patria potestad ha dado un giro de ciento ochenta grados, en tanto que dejó de estar centrada en el padre y en los poderes que este revestía por sobre sus hijos y pasó a estar focalizada en el menor. Es habitual que se hable de un “proceso de debilitación de la autoridad paternal”.

Los cambios operados en la sociedad, en la familia y en la concepción de la persona han sido plasmados en diversas leyes.

Así, la Convención de Derechos del Niño (Ley N° 16.137, de 6 de diciembre de 1989) prevé que los Estados Partes “garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” (art. 12.1).

Del mismo modo, el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.283, de 7 de setiembre de 2004) establece que el niño y el adolescente “tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida” (art. 8°) e impone a los padres o responsables el deber de respetar “el derecho a ser oído y considerar su opinión” (art. 16, lit. C). Por su parte, el art. 11-bis (agregado por el art. 7° de la Ley N° 18.426) dispone que en las decisiones relativas a los métodos de prevención de la salud sexual u otros tratamientos médicos debe “respetarse en todo caso la autonomía progresiva de los adolescentes”. En la misma línea se encuentra el art. 7°, inc. 4°, de la Ley N° 18.473, de 3 de abril de 2009, de regulación de voluntad anticipada en tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen la vida en casos terminales y el art. 18, inc. 1°, del Decreto N° 274/010, de 8 de setiembre de 2010, reglamentario de la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008, sobre derechos y obligaciones de pacientes y usuarios de los servicios de salud.

Como puede apreciarse, la evolución legislativa promueve el libre desarrollo de la personalidad del menor y evidencia que es necesario reconocerle, de forma gradual o progresiva, una mayor autonomía para decidir en los asuntos que le conciernen. Ello trae aparejado

¹⁹ En esta línea, GILIKER señaló que los padres no pueden despedir a los niños torpes o engañosos para terminar una futura responsabilidad (*Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 224 – 225). Del mismo modo, Solé Feliu expresó que “los padres no pueden “desvincularse” de sus hijos negligentes con el fin de evitar responsabilidad futuras como, en cambio, podría hacer un empresario, al despedir o no renovar un contrato a un auxiliar poco diligente” (*ob. cit.*, p. 43).

una restricción inversamente proporcional en el poder de decisión, dirección y control de los progenitores respecto de las cuestiones que refieren a sus hijos. En consecuencia, es razonable que esta mayor autonomía venga acompañada de una exigencia de mayor responsabilidad del menor por sus acciones u omisiones y, paralelamente, que la menor posibilidad de control que ostentan los padres sobre sus hijos se refleje en una atenuación de su responsabilidad⁽²⁰⁾.

Por ello, incurre en una importante incongruencia la doctrina y la jurisprudencia nacional al establecer un régimen de responsabilidad más gravoso a los padres a medida que el hijo causante del daño se aproxima a la mayoría de edad. En todo caso, cuanto menor sea la edad del hijo y, consiguientemente, menor discernimiento tenga de las consecuencias de sus actos, más rigurosa debería de ser la responsabilidad de los padres a efectos de evitar que causen daños a terceros.

²⁰ En este sentido: Gómez Calle, “Responsabilidad de padres y centros docentes”, en Reglero Campos – Busto Lago (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, 5ª ed., ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 1203; Santos Morón, “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15, 2011, p. 90. Son muy gráficas las consideraciones efectuadas por Pantaleón Prieto en relación al Derecho español, pero trasladables –en líneas generales– al Derecho uruguayo, al decir que: “El Código Civil de 1889 contemplaba a unos menores que no tenían derecho al libre desarrollo de la personalidad; sometidos a una patria potestad “tiránica”, que estaban siempre bajo la vigilancia de alguien: su criada (el Código Civil no pensaba en los hijos de los pobres; además trabajaban en las fábricas, y en su caso, respondería el empresario), o su madre (que no trabajaba nunca fuera de casa), o su padre (que a lo mejor tenía la suerte de no tener que trabajar); que no salían de noche, ni conducían motocicletas, y cuyos bienes usufructuaba el titular de la patria potestad. Pues bien, con todo eso, se limitó a establecer una responsabilidad de éste que, aunque con inversión de la carga de la prueba, era una inequívoca responsabilidad por culpa. Hoy el panorama es radicalmente opuesto, “en perjuicio” de los padres. ¿Tiene entonces sentido que el Tribunal Supremo “supere” el criterio del legislador en orden a agravar su responsabilidad haciéndola “objetiva”? (“Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de setiembre de 1984”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 6, 1984, p. 1990).

Adicionalmente, la doctrina no deja de señalar que si es la propia sociedad la exige una mayor autonomía a los menores y, por consiguiente, la que impide a los padres desplegar un control y una vigilancia desmedida sobre sus hijos, no es coherente que los riesgos provocados por esa actitud permisiva de toda la sociedad recaigan exclusivamente sobre los padres⁽²¹⁾.

Por otro parte, revestir la calidad de hijo no es por sí sola una razón suficiente para imponer una regla de responsabilidad objetiva a cargo de los padres. Como es sabido, la responsabilidad objetiva se reserva generalmente para actividades que generan riesgos especiales. Así, dentro del Código Civil, el daño causado por el animal salvaje o feroz constituye un claro supuesto de responsabilidad objetiva, al impedir que quien lo tenga bajo su guarda se pueda exonerar de responder “aunque no le hubiese sido posible evitar el daño y aunque el animal se hubiese soltado sin su culpa” (art. 1329). De igual manera, en el Derecho comparado, se suele reservar para los daños derivados de accidentes de circulación, navegación aérea, energía nuclear y materiales radioactivos, caza, entre otros supuestos que representan un riesgo superior a los estándares medios. Además, en la mayoría de los casos en los cuales la legislación especial consagra un régimen de responsabilidad objetiva, concomitantemente limita el *quantum* y el tipo de daños resarcibles e impone la obligación de contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil. Entonces, si la responsabilidad objetiva se reserva —generalmente— para actividades que son fuente de un riesgo especial o anormal, ya sea por la frecuencia de los accidentes (caso de los automotores) o por la magnitud de los posibles daños (caso de la navegación aérea y de la energía nuclear), no se explica como a los padres se los carga con una responsabilidad objetiva por los daños causados por sus hijos⁽²²⁾.

²¹ En esta línea, Díaz Alabart, “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, n.º 3, 1987, pp. 856-857; Gómez Calle, “Responsabilidad de padres y centros docentes”, *ob. cit.*, p. 1203; Santos Morón, “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *ob. cit.*, p. 91.

²² En sintonía con lo dicho, conviene tener presente que los *Principles of European Tort Law* instituyen un régimen de responsabilidad objetiva —única

3.4. Lectura alternativa del art. 1326 del Código Civil

El art. 1326 ha sido el principal argumento de quienes sostienen que la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos es una verdadera responsabilidad por hecho ajeno, en tanto que dicha disposición habilita a los padres a repetir frente al hijo causante del daño lo pagado a la víctima en concepto de indemnización.

En este sentido, Peirano Facio expresó que la dificultad en considerar una responsabilidad por hecho propio “se encuentra, principalmente, en la norma del art. 1326 que establece expresamente que las personas responsables de acuerdo al art. 1324 pueden repetir lo que han debido pagar a terceros por concepto de indemnización, sobre los bienes del autor del hecho ilícito, salvo que este último no fuera capaz de delito o cuasi delito, o que hubiera actuado por orden, o cuando menos con conocimiento, del civilmente responsable. De acuerdo al texto de esta norma, es preciso concluir, en principio, que la responsabilidad por hecho ajeno es realmente tal, y no una encubierta responsabilidad por hecho propio, puesto que si se respondiere de la culpa propia no se explicaría esta facultad de repetición que se da en favor del patrimonio del civilmente responsable del hecho ilícito⁽²³⁾”.

Del mismo modo, Gamarra manifestó que “en nuestro derecho positivo hay un artículo

y exclusivamente— para las situaciones de peligro extraordinario. Así, en su art. 5:101, bajo el epígrafe “Actividades anormalmente peligrosas”, el apartado (1) establece que: “La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y resulta de ella”. Seguidamente, el apartado (2) dispone que: “Una actividad es anormalmente peligrosa si: a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común”. Por su parte, el apartado (3) consagra que: “El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo”. La regulación propuesta por los PETL sirve para evidenciar como las últimas tendencias en materia de Derecho de daños consideran la responsabilidad objetiva como una solución excepcional frente al régimen general de la responsabilidad por culpa.

²³ Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 668.

que prueba inapelablemente la naturaleza objetiva de la responsabilidad vicaria. Cuando el responsable indirecto paga la obligación indemnizatoria el art. 1326 lo faculta para reclamar el reembolso de la totalidad de lo pagado al responsable directo. La norma es por tanto inexplicable dentro de las coordenadas de una responsabilidad subjetiva o por culpa, ya que, si se entendiera que el responsable indirecto está obligado a reparar el daño porque hubo culpa (*in vigilando, in eligendo*) de su parte, no se concibe que luego pueda dirigirse contra otra persona para que ésta lo exonere de las consecuencias dañosas que causó por su propio obrar culpable. El sujeto que responde por su propia culpa (cuando lo hace, y paga su obligación) no está en condiciones de repetir contra nadie, habiendo pagado lo que él mismo debía. En conclusión, la acción de regreso por el total de lo pagado que el art. 1326 confiere al responsable indirecto, contra el responsable directo autor del daño, es únicamente explicable con un sistema de responsabilidad que no se funda en la culpa⁽²⁴⁾”.

Es necesario realizar una serie de precisiones al respecto. En primer lugar, a pesar de la opinión de parte de la doctrina nacional, del texto del art. 1326 no emerge que la acción de regreso sea por el total de lo abonado por los padres⁽²⁵⁾. Frente a la víctima, los padres responden por el total del daño causado por el hijo (relación externa); pero, en el ámbito interno, el reparto de la responsabilidad entre los padres y el hijo opera en función de la contribución que cada uno ha tenido en el daño causado a la víctima (relación interna).

En segundo término, incluso de entenderse que la acción de regreso de los padres es por el total de lo pagado, de ello no debe extraerse que necesariamente exista una contradicción entre el inciso final del art. 1324 y el art. 1326. El legislador bien podría haber considerado que en última instancia quien debe de cargar con la totalidad de la indemnización es el responsable directo del daño (hijo) y no los responsables indirectos (padres). Ninguna contradicción existe entre el inciso final del art. 1324 y el art. 1326 si se los mira desde esta perspectiva.

²⁴ Gamarra, *ob. cit.*, p. 173.

²⁵ A nivel de la doctrina nacional, Gamarra parte de la base de que la acción de regreso de los padres frente al hijo causante del daño es por la totalidad de lo pagado (véase: *ob. cit.*, pp. 173-174).

Además de lo dicho, no resulta convincente construir un sistema de responsabilidad por hecho ajeno, independiente del claro régimen subjetivo previsto por el inciso final del art. 1324, sobre la base de una disposición absolutamente accesoria como lo es el art. 1326. Bien ha reconocido la doctrina que el ejercicio de la acción de repetición es nulo o cuasi nulo⁽²⁶⁾.

4. La responsabilidad por culpa presunta de los padres como la solución más apropiada y la consiguiente necesidad de examinar cuál ha sido la diligencia de los padres

Las críticas precedentemente expuestas permiten apreciar las razones por las cuales la responsabilidad objetiva de los padres por los daños causados por sus hijos no aparece como la solución más apropiada.

Bajo los términos del art. 1324 del Código Civil, la responsabilidad de los padres tiene lugar cuando estos contribuyeron en la ocurrencia del daño por medio de la negligente vigilancia del hijo que causó materialmente el daño. Se trata, pues, de una responsabilidad por hecho propio (por contraposición a la llamada responsabilidad por hecho ajeno), en tanto que los padres responden por su propio comportamiento culposo. La particularidad del art. 1324 frente al régimen general de responsabilidad previsto por el art. 1319, se encuentra en que bajo el art. 1324 la culpa de los padres está presumida (dice el inciso final: “La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”).

Corolario de lo anterior, es que los progenitores pueden exonerarse de responder si demuestran que cumplieron con el estándar de diligencia que les era exigible en la vigilancia del hijo o si prueban la falta de nexo causal entre su comportamiento y el resultado dañoso. Por consiguiente, en el juicio de responsabi-

lidad es imprescindible precisar cuál era el estándar de conducta exigible a los padres, de forma de determinar si este fue observado o no, a efectos de atribuir la obligación indemnizatoria.

Bajo el Derecho nacional, el estándar de conducta exigible a los progenitores en el cuidado y vigilancia de sus hijos es el del “buen padre de familia” (arts. 1324, inc. 6º, y 1344, inc. 2º, del Código Civil). Pero, al ser este un modelo abstracto, un patrón de conducta ideal, se vuelve necesario precisar cuál es la diligencia exigible, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto (lo que exige tomar en consideración las personas, el tiempo y el lugar). Por ello, serán las circunstancias particulares del caso las que terminarán por moldear el estándar de conducta exigible y permitirán definir con precisión cuál era la diligencia necesaria para prevenir el daño⁽²⁷⁾. En lo que refiere al objeto del presente estudio, es necesario ponderar las siguientes circunstancias de modo de determinar si existió o no culpa de los progenitores⁽²⁸⁾.

En primer lugar, se puede indicar que una circunstancia a tomar en consideración para establecer los cuidados exigibles a los padres, es precisar las características particulares del hijo en cuestión. Así, la edad del hijo será un dato determinante, por cuanto no es lo mismo niño que un adolescente. En este sentido, cuanto menor sea el hijo, mayores serán sus dificultades para comprender las consecuencias perjudiciales de sus acciones y, por ende, mayor será el grado de vigilancia exigible a los padres⁽²⁹⁾. En cambio, tratándose de un ado-

²⁷ El estándar de cuidado que puede ser requerido a los padres es la conducta que razonablemente se podría haber exigido a unos padres prudentes en circunstancias similares (Martín-Casals – Ribot – Solé Feliu, “Children as Tortfeasors under the Spanish Law”, en Martín-Casals, *Children in Tort Law. Part I: Children as Tortfeasors*, ed. Springer, Wien – New York, 2006, pp. 395 - 396).

²⁸ Como bien señaló Santos Morón, no puede “entenderse que los padres actuaron negligentemente sin examinar previamente cuál es el alcance que, en el caso concreto, debía darse a sus deberes de educación y vigilancia respecto de los hijos” (“Daños causados por menores: responsabilidad paterna y estándar de diligencia”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 3, mayo-junio 2012, p. 14).

²⁹ Gómez Calle, “Responsabilidad de padres y centros docentes”, *ob. cit.*, p. 1219; Díaz Alabart, *ob. cit.*, p. 845.

²⁶ Así lo destacan: Peirano Facio, *ob. cit.*, pp. 712-713; Gamarra, *ob. cit.*, p. 192. “No deja de resultar un contrasentido que uno de los derechos menos ejercitados en el mundo de la responsabilidad civil extracontractual se encuentre reconocido en casi todos los textos legales en los que se regula la responsabilidad por hecho ajeno” (Roca I Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, n.º 1, 1998, p. 7).

lescente próximo a la mayoría de edad, la mayor madurez y autonomía del hijo vendrá acompañada de un menor grado de control y vigilancia de los padres, salvo que otras razones (como, por ejemplo, la peligrosidad del menor) exijan cuidados especiales. Otros factores a atender en relación al hijo son su carácter, sus hábitos, su estado mental o grado de desarrollo intelectual, su formación y su educación.

En segundo término, es necesario prestar atención a las circunstancias particulares de los padres. Dentro de esta categoría, es una defensa frecuente de los progenitores alegar la imposibilidad de encargarse personalmente del cuidado de los hijos durante todo el día, sea por razones laborales o de otra índole, los limitados recursos económicos y el gran número de hijos. Aunque, a juicio de la doctrina, estas circunstancias no exoneran de responsabilidad a los padres, ni tampoco reducen el estándar de cuidado que les es exigible⁽³⁰⁾.

Luego, el lugar en el cual se desarrolla la vida del hijo será una circunstancia sumamente relevante, dado que el entorno rural difiere sustancialmente del urbano y, a su vez, ni las ciudades son todas iguales, ni tampoco lo son los barrios. También será una circunstancia importante a considerar el tipo de actividad de que se trate; en este sentido, el ejercicio de una actividad peligrosa o la manipulación de determinados objetos por el hijo, exigirá a los padres una vigilancia más rigurosa.

Finalmente, en virtud de las circunstancias antedichas (y otras que puedan concurrir en el caso concreto), se podrá determinar “el tipo de *medidas que los padres deberían haber observado* para prevenir el daño”⁽³¹⁾. Claro que la mera prohibición de realizar una determinada actividad no es suficiente para exonerar de responsabilidad a los padres, sino que a estos se les exige la adopción de las medidas necesarias para que tal prohibición sea efectivamente observada por el hijo. La falta de conocimiento de los padres sobre las potenciales actividades peligrosas llevadas a cabo por sus hijos no es una excusa de por sí válida, dado

que los padres tienen el deber de estar informados sobre las actividades de sus hijos, sus inclinaciones y su personalidad⁽³²⁾.

Sin embargo, del examen de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales se puede apreciar que las circunstancias antedichas no son tomadas en consideración y que, por el contrario, se procede a condenar sistemáticamente a los padres por los daños causados por sus hijos bajo patria potestad.

5. Panorama de Derecho comparado

Una breve referencia al Derecho comparado permite apreciar la constante evolución del derecho de la responsabilidad civil y advertir que existen múltiples regulaciones en lo que refiere a la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos. La revisión del Derecho comparado permite visualizar que mientras unos ordenamientos jurídicos son más benignos con el hijo causante del daño y con sus progenitores (los que se apegan en mayor medida a la culpa de los padres como factor de atribución de responsabilidad), otros ordenamientos jurídicos son más rigurosos y tienen como principal objetivo que la víctima perciba una indemnización por el daño que ha sufrido (lógicamente, se trata de los que prescinden de la culpa).

a) Ausencia de regulación específica

Por un lado, se encuentran los países en los cuales no existe un precepto que expresamente atribuya responsabilidad a los padres por los daños causados por sus hijos. Este es el caso de Inglaterra y Gales, donde la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos se rige por los principios generales del Derecho de daños.

No obstante, a pesar de la falta de una regla específica que atribuya responsabilidad a los padres, estos tienen a su cargo el deber de supervisar al menor; por ende, si a causa de su propia negligencia, el hijo causó un daño a un tercero, los padres pueden llegar a ser responsabilizados civilmente⁽³³⁾.

³⁰ Martín-Casals – Ribot – Solé Feliu, *ob. cit.*, p. 396; Gómez Calle, “Responsabilidad de padres y centros docentes”, *ob. cit.*, pp. 1219-1220.

³¹ Gómez Calle, “Responsabilidad de padres y centros docentes”, *ob. cit.*, p. 1221.

³² En este sentido: Martín-Casals – Ribot – Solé Feliu, *ob. cit.*, p. 397; Gómez Calle, “Responsabilidad de padres y centros docentes”, *ob. cit.*, p. 1221.

³³ Rogers, “Liability for Damages Caused by Others under English Law”, en Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damages Caused by Others*,

El grado de supervisión que cabe exigir a los padres es el de una persona razonable (*the standard of a reasonable person*), el que a su vez variará según la edad, madurez, carácter, indisciplina y propensión a los accidentes del menor. En este sentido, si es sabido que el menor es revoltoso o proclive a los accidentes, la probabilidad de ocasionar un daño aumenta y, por consiguiente, también se deberán de intensificar las medidas de precaución a adoptar⁽³⁴⁾. De todos modos, se entiende que puede llegar un momento en el que los padres ya no tengan que supervisar personalmente a su hijo y puedan confiar en que el propio menor tomará las precauciones apropiadas para evitar causar daños a terceros⁽³⁵⁾.

De acuerdo a las reglas generales en materia de carga de la prueba, si la víctima pretende responsabilizar civilmente a los progenitores, es de su cargo acreditar la negligencia de estos en la supervisión del menor y que dicha negligencia fue la causa del daño⁽³⁶⁾.

b) Responsabilidad por culpa

Por otro lado, es posible identificar países en los cuales la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos es regulada expresamente bajo una regla de culpa. A su vez, corresponde distinguir entre ordenamientos que tienen un régimen de culpa probada y los que consagran un régimen de culpa presunta.

Uno de los más fieles expositores del régimen de la culpa presunta lo constituye el Derecho alemán (§832 del BGB). Bajo este sistema, es suficiente con que la víctima pruebe que el menor causó el daño, dado que se presume que los padres han sido negligentes en la vigilancia del menor y el nexo de causalidad

entre la mencionada negligencia y el daño⁽³⁷⁾. Por su parte, los padres pueden exonerarse de responder si prueban que han cumplido con el deber de supervisión a su cargo o que el daño igualmente hubiera ocurrido, a pesar de haber desarrollado una vigilancia apropiada del menor⁽³⁸⁾.

Cabe resaltar que el grado de vigilancia exigible a los progenitores dependerá de la edad, el carácter del menor y de las circunstancias particulares del caso⁽³⁹⁾. Al respecto, bien expresó Wagner que a los padres no se les exige que adopten todas las medidas de seguridad que se puedan concebir e imaginar y tampoco que garanticen a los terceros una seguridad absoluta de que no sufrirán daños. Precisamente, el autor citado indica que el deber de supervisión y cuidado a cargo de los padres se encuentra limitado por aquellas medidas de seguridad que razonablemente se puede esperar de los padres. Y agrega el jurista alemán que para establecer el nivel de seguridad exigible en el caso concreto, es necesario que a la gravedad del daño se le descuenta la probabilidad de ocurrencia y luego se pondere con los costos de las precauciones que se encuentran disponibles. Por consiguiente, cuanto mayor sea la pérdida y la probabilidad de su ocurrencia, mayores esfuerzos se esperará que adopten los padres para prevenir el daño⁽⁴⁰⁾.

El BGB presenta la particularidad de que permite a la víctima que no logró obtener la reparación del daño entablar un reclamo contra el menor fundado en razones de equidad (§829). Para ello es necesario que no se haya podido responsabilizar a los progenitores o a la persona obligada legal o contractualmente a vigilar al menor bajo el régimen del §832, ni al propio menor por la previsión del §828⁽⁴¹⁾.

ed. Kluwer Law International, The Hague – London - New York, 2003, p. 67. Al respecto, Giliker señaló que el *common law* ha aceptado que los padres sean responsabilizados cuando han fallado en usar un cuidado razonable en prevenir que su hijo cause un daño a otro individuo (*ob. cit.*, p. 200).

³⁴ Oliphant, “Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales”, en Martín-Casals, *Children in Tort Law. Part I: Children as Tortfeasors*, ed. Springer, Wien – New York, 2006, p. 163.

³⁵ Oliphant, *ob. cit.*, pp. 161-163.

³⁶ Oliphant, *ob. cit.*, pp. 161-162; Van Dam, *European Tort Law*, 2d. ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 497.

³⁷ Wagner, “Children as Tortfeasors under German Law”, en Martín-Casals, *Children in Tort Law. Part I: Children as Tortfeasors*, ed. Springer, Wien - New York, 2006, p. 236.

³⁸ Fedtke-Magnus, “Liability for Damage Caused by Others under German Law”, en Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damages Caused by Others*, ed. Kluwer Law International, The Hague – London - New York, 2003, p. 115; Van Dam, *ob. cit.*, p. 495.

³⁹ Fedtke-Magnus, *ob. cit.*, p. 115; Van Dam, *ob. cit.*, pp. 495-496.

⁴⁰ Wagner, “Children as Tortfeasors under German Law”, *ob. cit.*, p. 242.

⁴¹ Van Dam, *ob. cit.*, p. 496.

La responsabilidad por equidad del §829 es una solución de carácter excepcional y, como tal, la carga de la prueba pesa sobre el demandante; por consiguiente, es él quien debe probar que existió un acto ilícito lesivo, que la reparación no pudo obtenerse de un persona obligada a vigilar al menor y que la equidad exige la reparación del daño que ha sufrido. El demandado, por su parte, tiene la carga de probar que la obligación indemnizatoria le privaría de los medios necesarios para su adecuado sustento o para el cumplimiento de las obligaciones legales de alimentos que tuviere a su cargo. La reparación del daño fundado en la equidad exige que se tomen en consideración todas las circunstancias del caso y, en especial, la condición financiera del demandante y del demandado⁽⁴²⁾. Otras circunstancias a considerar para determinar la procedencia y extensión de la reparación son la participación de la víctima en el daño, la gravedad del daño, el grado de discernimiento del menor, entre otras⁽⁴³⁾.

Del mismo modo, el art. 6:101 de los *Principles of European Tort Law* y el art. VI-3:104 del *Draft Common Frame of Reference*, proyectos destinados a unificar el Derecho Privado europeo, regulan la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos bajo una regla de culpa presunta. En relación al régimen de responsabilidad propuesto por los PETL, el *European Group on Tort Law* lo justificó en que “hay que tener en cuenta que la responsabilidad por los menores se basa en el hecho de que esos menores son un riesgo de la sociedad en su conjunto y que, si bien es cierto que los padres son los que mejor pueden controlar a sus hijos, la carga que se impone sobre ellos no debe ser demasiado pesada, puesto que al fin y al cabo los niños son un beneficio para todos⁽⁴⁴⁾”.

⁴² Respecto de la situación financiera de las partes, WAGNER indicó que el Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) requiere una diferencia sustancial, en el sentido de que las circunstancias económicas del causante del daño deben de ser considerablemente mejores que las de la víctima (“Children as Tortfeasors under German Law”, *ob. cit.*, p. 224).

⁴³ Wagner, “Children as Tortfeasors under German Law”, *ob. cit.*, p. 224.

⁴⁴ European Group On Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Texto y Comentario*, traducción a cargo de la “Red Española

c) Responsabilidad objetiva

En tercer lugar, se hallan aquellos países en los cuales los padres responden objetivamente de los daños causados por sus hijos, ya sea en virtud de una disposición legal expresa (caso de Argentina, según emerge del art. 1755 de su Código Civil y Comercial) o por obra de la jurisprudencia (caso de Francia).

Tradicionalmente, los Tribunales franceses entendieron que el *Code* consagraba una responsabilidad de carácter subjetivo, fundada en la culpa de los progenitores en la vigilancia o educación del hijo causante material del daño, con la particularidad de que la culpa se encontraba presumida⁽⁴⁵⁾. Como contrapartida, se admitía que los padres se exoneraran de responsabilidad si probaban haber actuado con la debida diligencia, mediante la prueba de que habían educado y supervisado apropiadamente al menor que causó el daño⁽⁴⁶⁾.

Sin embargo, por obra de la jurisprudencia, la responsabilidad por culpa presunta de los padres se transformó en una responsabilidad de carácter objetivo (*responsabilité de plein droit*) y, como tal, la prueba de la ausencia de culpa de los progenitores dejó de ser una exi-

de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), coordinada por Miquel Martín-Casals, ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 158. En la misma línea, Martín-Casals señaló que el tratamiento dado por los PETL “se justifica en el hecho de que el control que padres y tutores ejercen sobre sus hijos menores o pupilos no es en beneficio propio, sino en beneficio de estos y, más en general, en beneficio de la sociedad en su conjunto, ya que es la sociedad en su conjunto quien se beneficia del mantenimiento de un ciclo reproductivo que corre a cargo de aquellos que deciden tener hijos y asumir las tareas de su crianza” (“La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, *ob. cit.*, p. 85).

⁴⁵ Según los juristas franceses, cuando en el año 1804 se aprobó el Código civil, el propósito del art. 1384 (actualmente, art. 1242) era sancionar un acto ilícito; los padres eran responsables de los actos cometidos por sus hijos porque los habían supervisado o educado inadecuadamente (Francoz-Terminal – Lafay – Moréteau – Pellerin-Rugliano, “Children as Tortfeasors under French Law”, en Martín-Casals, *Children in Tort Law. Part I: Children as Tortfeasors*, ed. Springer, Wien – New York, 2006, p. 193).

⁴⁶ Galand-Carval, “Liability for Damages Caused by Others under French Law”, en Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damages Caused by Others*, ed. Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2003, p. 89.

mente de responsabilidad. El caso jurisprudencial que marcó el cambio de criterio fue el *arrêt Bertrand*, dictado por la *Cour de Cassation* el 19 de febrero de 1997. Según los hechos del caso, un menor de 12 años colisionó su bicicleta con una motocicleta. El conductor de la motocicleta promovió una demanda de responsabilidad civil contra el padre del menor y su compañía de seguros por los daños causados. El padre del menor resultó condenado y recurrió la sentencia bajo el argumento de que el tribunal no examinó si había infringido su deber de vigilar al menor y, por consiguiente, no pudo desvirtuar la presunción de culpa a su cargo. La *Cour de Cassation* sostuvo que el tribunal de apelaciones no tenía que buscar si había existido un defecto del padre en la supervisión del menor porque únicamente la fuerza mayor o la culpa de la víctima podían exonerar al progenitor de la responsabilidad de pleno derecho por los daños causados por los hijos menores que conviven con él.

De forma adicional, los jueces franceses solían exigir un acto culposo del hijo como requisito necesario para atribuir responsabilidad a los padres; en consecuencia, no era posible presumir la culpa de los padres, si faltaba la culpa del hijo en la producción del daño. Sin embargo, tal exigencia fue dejada de lado por la *Cour de Cassation* en su sentencia de 9 de mayo de 1984 (*arrêt Fullenwarth*). El caso refiere a los daños causados por un menor de 7 años por haber disparado una flecha a otro menor de edad. El padre del menor que causó el daño recurrió la sentencia por considerar que la Corte de Apelaciones de Metz no había examinado si el menor tenía el discernimiento suficiente para que el acto lesivo pudiera ser imputado a su culpa, motivo por el cual se configuró una violación de los arts. 1382 y 1384, párrafo 4º, del Código Civil. La *Cour de Cassation* desestimó el recurso interpuesto y manifestó que era suficiente para el nacimiento de la responsabilidad de los padres que el acto del menor haya sido la causa directa del daño reclamado por la víctima. Con este pronunciamiento, la Corte de casación francesa prescindió de la culpa del menor y consideró suficiente para poder atribuir responsabilidad a los progenitores que el menor haya causado directamente el daño.

Cabe hacer notar que, en Francia, la mayoría de los padres tienen contratado un segu-

ro de responsabilidad civil que cubre —entre otros daños— los causados por sus hijos a terceros⁽⁴⁷⁾. Los seguros multirriesgo del hogar son exigidos de manera previa a los tomadores de préstamos hipotecarios y a los arrendatarios de bienes inmuebles. También los centros educativos privados y públicos requieren a los padres que contraten un seguro que cubra los riesgos relacionados a sus hijos⁽⁴⁸⁾. Además, la compañía aseguradora que pagó la indemnización a la víctima no tiene acción contra el menor, ni siquiera en el caso que este haya causado intencionalmente el daño, el único supuesto bajo el cual se le reconoce a la aseguradora el derecho a subrogarse es en caso de agresión al asegurado (es decir, los padres)⁽⁴⁹⁾.

El hecho de que prácticamente la totalidad de las familias se encuentren cubiertas por un seguro de responsabilidad civil es un factor determinante. En el sistema francés, el costo de los accidentes causados por los menores de edad es trasladado a las compañías aseguradoras y, en última instancia, a toda la sociedad. Sin embargo, la realidad de la sociedad uruguaya es muy distinta, dado que estos daños generalmente no son cubiertos por un seguro de responsabilidad civil y, como consecuencia, el daño no es socializado.

d) Combinación de los modelos anteriores

Finalmente, en el *Burgerlijk Wetboek* (Código civil holandés), los padres se encuentran sujetos a distintos regímenes de responsabilidad, cuya concreta aplicación depende de la edad del menor causante del daño.

Así, cuando el daño ha sido causado por un hijo menor de 14 años, la responsabilidad de

⁴⁷ Según Wagner cerca del 100% de las familias francesas se benefician de la cobertura de un seguro de responsabilidad civil (“Final conclusions: policy issues and tentative answers”, en Miquel Martín-Casals, *Children in Tort Law. Part II: Children as Victims*, ed. Springer, Wien – New York, 2007, p. 292).

⁴⁸ Francoz-Terminal – Lafay – Moréteau – Pellerin-Rugliano, *ob. cit.*, pp. 185-188.

⁴⁹ Francoz-Terminal – Lafay – Moréteau – Pellerin-Rugliano, *ob. cit.*, p. 189.

⁵⁰ Bajo el Derecho holandés, los mayores de 14 años son civilmente imputables, por ende, bien pueden ser responsabilizados por el daño que han causado, exclusiva o conjuntamente con sus progenitores, según sea que estos logren eximirse de responsabilidad o no.

los padres es de naturaleza objetiva (art. 6:169.1 BW). Los menores de 14 años son civilmente inimputables (art. 6:164 BW), por lo que no se exige un acto culposo de estos para atribuir responsabilidad a los padres.

Mientras que cuando el daño ha sido causado por un hijo que sobrepasó los 14 años, pero todavía no alcanzó los 16 años, la responsabilidad de los padres es de naturaleza subjetiva, con la peculiaridad de que la culpa está presumida (art. 6:169.2 del BW). En este caso, la conducta desplegada por los progenitores es tomada en consideración al momento de juzgar su responsabilidad, pero corresponde a estos demostrar que no se les puede culpar por no prevenir el comportamiento del menor para que se los exonere de responsabilidad. Además, constituye un requisito para poder imputar responsabilidad a los padres que el menor también haya incurrido en culpa⁽⁵⁰⁾.

En cambio, respecto de los hijos mayores de 16 años y menores de 18 años, el Código civil holandés no dispone de una regla específica sobre la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos; por tal motivo, los progenitores solo pueden ser llamados a responder si la víctima demuestra que estos han incurrido en negligencia en la supervisión de sus hijos⁽⁵¹⁾.

En los Países Bajos, la mayoría de las familias tienen alguna forma de seguro de responsabilidad civil que cubre la responsabilidad objetiva de los padres bajo el art. 6:169 BW, así como la responsabilidad de los menores civilmente imputables que viven junto a sus padres⁽⁵²⁾.

6. Conclusiones

Primera. El art. 1324, inc. 2º, del Código Civil regula la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos bajo patria potestad. El último inciso del art. 1324 presume que si el daño ocurrió fue porque los

padres fueron negligentes en la vigilancia del hijo causante material del daño. Asimismo, porque asume que el hijo que causó el daño es insolvente, por lo que responsabilizar a los progenitores de los daños causados por el menor incrementa la probabilidad de que la víctima perciba la indemnización del perjuicio.

Segunda. La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos es una “responsabilidad por hecho propio” (en contraposición con la llamada “responsabilidad por hecho ajeno”), en tanto que los progenitores están obligados a indemnizar a la víctima porque han contribuido con su propia negligencia en la producción del daño.

Tercera. El régimen de responsabilidad consagrado por el art. 1324, inc. 2º, es de carácter subjetivo, está basado en la culpa de los padres. La particularidad del régimen de responsabilidad previsto por el art. 1324, frente al del art. 1319, radica en que la primera disposición presume la culpa de los padres (presunción *iuris tantum*), mientras que la segunda sigue los principios generales en materia de carga de la prueba e impone a la víctima probar la culpa.

Cuarta. La doctrina y la jurisprudencia nacional -a pesar del claro tenor del texto legal- han objetivado la responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos mayores de diez años y menores de dieciocho, con el propósito de asegurar a ultranza la reparación del daño sufrido por la víctima (principio *pro damnato*). Sin embargo, no se trata de un argumento que de por sí justifique desatender el régimen de responsabilidad por culpa presunta consagrado por el codificador.

Quinta. Las razones expuestas precedentemente permiten concluir que lo apropiado es juzgar la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos tal como ha sido consagrada por el codificador, es decir, bajo un régimen de culpa presunta. Es necesario remarcar que, el régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil no deja a la víctima desamparada en su pretensión, sino que -por el contrario- los padres tienen a su cargo la compleja tarea de demostrar que “emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”, tal como lo prevé el inciso final del art. 1324.

Sexta. Bajo un régimen de responsabilidad fundado en la culpa es necesario examinar cuál

⁵¹ Van Boom, “Children as Tortfeasors under Dutch Law”, en Martín-Casals, *Children in Tort Law. Part I: Children as Tortfeasors*, ed. Springer, Wien – New York, 2006, p. 296.

⁵² Se estima que entre el 80 y el 90 por ciento de todos los hogares holandeses tienen un seguro de responsabilidad civil, cuya cobertura varía entre 500.000 y 2.5 millones de euros por evento (Van Boom, *ob. cit.*, p. 301).

fue la conducta desplegada por los padres en la vigilancia del hijo causante material del daño. Por tal razón, al momento de juzgar si los padres emplearon la diligencia exigible es imprescindible considerar la edad, el carácter, los hábitos, el grado de desarrollo intelectual y la educación del hijo que causó materialmente el daño, la peligrosidad de la actividad y las medidas adoptadas por los padres para prevenir el daño.

Séptima. El examen del Derecho comparado permite apreciar que no existe una solución uniforme al fundamento de la responsa-

bilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, sino que, por el contrario, es una cuestión tratada y regulada de forma sumamente diversa. Lo que no se puede soslayar es que, en los sistemas en los cuales la responsabilidad de los padres es objetiva, existe una importantísima difusión de los seguros de responsabilidad civil que cubren los daños causados por los hijos. Sin embargo, la realidad de la sociedad uruguaya es muy distinta y, generalmente, no existe una compañía aseguradora que absorba y socialice los daños causados por los menores.

