

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

La Plata 28, 29 y 30 de septiembre de 2017

Comisión Nro. 4. Derecho de Daños:

“Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

Marcela V. Pons

Avalada por Sebastián Arruiz

La Responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos y la prevención en el Código Civil y Comercial de la Nación

Actualmente, la prevención de daños es uno de los principales objetivos explícitos del Derecho Civil y de la responsabilidad civil en particular. Entre los autores argentinos, existe un amplio consenso sobre la idea de que la prevención, como principio central del Código Civil y Comercial de la Nación, no sólo importa, sino que constituye un principio clave del sistema.

En este orden de ideas, señalan Pizarro y Vallespinos que “la función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación¹.

Esta idea superadora de la antigua visión que consideraba que el derecho civil tiene como única función compensar los daños una vez producidos, ha quedado plasmada en el texto del nuevo código, destacándose en el mismo, la necesidad de prevenir al máximo posible la consumación de futuras lesiones. Su normativa lo prescribe explícitamente.

Artículo 1708: Funciones de la responsabilidad. “Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”. El proyecto de reforma también agregaba “.. y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.”

En este marco, todas las reformas plasmadas en el Código Civil y Comercial de la Nación, deberían encontrarse alineadas con esos fines.

¹ PIZARRO, Ramón D. y vaLLeSPinos, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2, p. 462.

Sin embargo, algunas de las recientes modificaciones no parecen guardar esa relación. Me refiero, en esta oportunidad, a las normas que regulan la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores de edad.

La idea de este trabajo, es intentar responder si, más allá de los objetivos que se hayan tenido en miras al momento de su creación, la nueva normativa posee una función preventiva, es decir, si es capaz de generar suficientes incentivos de prevención.

Análisis del artículo:

El factor de atribución de responsabilidad:

En primer lugar, y a diferencia de su antecesor, el artículo 1755 expresamente aclara que la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos es objetiva. Esta modificación en el factor de atribución, podría ser vista como una de las principales causas que llevaría a los potenciales responsables a decidir no invertir en prevención. Intuitivamente, y hasta parece razonable hacerlo, se podría pensar que si el dañador siempre tiene que cargar con las consecuencias dañosas de su actuar (responderá aún sin la intervención de la culpa) no va a tener ninguna motivación para prevenir. ¿Por qué extraña razón iría alguien a esforzarse en prevenir si, producido el daño, igual tendrá que pagar íntegramente por él?

A medida que nos adentramos en la cuestión, advertimos que las razones que lo llevan a prevenir, no son tan, ni para nada extrañas.

Cuando invertimos esfuerzos en prevenir, reducimos las probabilidades de causar daños y la intensidad de los mismos. Es decir, la probabilidad y el resultado de los daños esperados son menores. No es extraño entonces, que bajo un sistema de responsabilidad objetiva, se decida destinar recursos para la prevención, de esa manera, se pierde menos dinero en indemnizaciones: se ocasionan menos daños y los que se producen tienden a ser menos costosos.

Hasta dónde se va a invertir? hasta que el costo de la prevención iguale o supere al valor del daño esperado. Desde este punto de vista, ambos sistemas de responsabilidad civil, subjetivo y objetivo, conducen, igualmente, a niveles óptimos de prevención.

Como primera conclusión, podemos afirmar que a diferencia de lo que intuitivamente podía creerse, la modificación del factor de atribución no afecta negativamente los niveles de prevención esperados.

Más aún, los sistemas de responsabilidad objetiva suelen ser más preventivos que los basados en la culpa, debido a que no existe en ellos la posibilidad de que el juez subvalúe el estándar de esta, es

decir, que subvalore esa mínima diligencia requerida para no incurrir en ella y exima de responsabilidad, aún, cuando se haya prevenido por debajo del óptimo.

En definitiva, la objetivización de la responsabilidad parental no sólo no afecta los niveles de prevención esperados, sino que no hace más que “blanquear” la forma en que se venía considerando la responsabilidad de los padres, aunque formalmente era regida por un factor subjetivo de atribución.

Eximentes de responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores.

La otra gran modificación que afectó a esta responsabilidad especial, la constituye la inclusión de las eximentes de la misma.

Bajo el régimen anterior, cesaba la responsabilidad de los padres, entre otras causales, cuando el hijo era colocado en un establecimiento de cualquier clase y se encontraba, de manera permanente, bajo la vigilancia y autoridad de otra persona.²

Esta causal de eximición, guardaba coherencia y armonía con un sistema de responsabilidad civil basado en un factor de atribución subjetivo como era el anterior.

Si el factor de atribución es subjetivo, y su fundamento radica en el correcto cumplimiento de los deberes que surgen de la responsabilidad parental (antes patria potestad), como son la vigilancia, el cuidado, la educación, etc, parece correcto afirmar que quien se encuentra imposibilitado de ejercer esos deberes por encontrarse el menor bajo la vigilancia permanente de otra persona, no deba ser considerado civilmente responsable. En aquella circunstancia, no se respondía por la sencilla razón de que no se configuraba la culpa, y, siendo el factor de atribución un elemento necesario de la responsabilidad civil, su ausencia imposibilitaba el nacimiento de aquel deber de resarcir.

El actual artículo 1755 del Código Civil y Comercial prescribe: *“Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el art. 643...”*

En primer lugar, cuando estamos frente a una responsabilidad objetiva, no parece necesario aclarar cuáles son las eximentes. La propia norma nos indica en que caso, y bajo que circunstancias, se exime el presunto dañador: cuando el resultado dañoso es causa del hecho de la víctima, de un tercero por el cual no se debe responder, o de un hecho fortuito. Sin embargo, no es menos cierto que no existe ninguna necesidad lógica ni jurídica que impida establecer eximentes particulares para algún tipo de

² Art. 1115 del Código Civil de Vélez Sarsfield “La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona”.

responsabilidad especial regida por un factor de atribución objetiva. La incorporación de eximentes “especiales” o “autónomas” para un caso especial como el que nos ocupa, no otorga, por si sola, inconsistencia al sistema. Así lo prescribe el art. 1723 del CCyC cuando describe a los factores objetivos de responsabilidad *“El factor es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.”*

Voy a detenerme y a limitar el análisis de las eximiciones contempladas por este instituto a la reciente modificación incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación: la transferencia transitoria de la vigilancia

Eximir de responsabilidad objetiva a quien se encuentra obligado por la misma por haber colocado a otro individuo (en este caso al hijo) bajo la vigilancia transitoria de otra persona, no constituye una contradicción legal, sin embargo, considero que la misma se encuentra en puja y resulta, al menos, inconsistente con la fundamentación de esta responsabilidad especial.

El fundamento de la responsabilidad objetiva de los padres por los hechos de sus hijos menores, no puede ser otro que el de garantizar a la víctima el resarcimiento de todos los daños que sufra sin necesidad de que la misma tenga que indagar si hubo, o no, una adecuada vigilancia, educación, etc por parte de los progenitores. Los padres garantizan que, producido el daño por sus hijos, ellos responderán civilmente por ese hecho ajeno³.

Ese fue sin duda el objetivo de pasar de una responsabilidad subjetiva a una objetiva, garantizar el pleno y mayor resarcimiento de daños a la víctima de los mismos.

¿Qué sentido o relevancia jurídica podría tener identificar quien ejerció la efectiva vigilancia, cuidado, educación, etc, cuando el fundamento de la misma se encuentra en la garantía y no en el incumplimiento de los deberes que emergen de la patria potestad como sucedía en el régimen anterior?. La respuesta debería ser ninguna, sin embargo, el art. 1755 prescribe exactamente lo contrario.⁴

No resulta técnicamente correcto eximir a los padres de las consecuencias dañosas de sus hijos menores por el simple hecho de haber colocado a los mismos bajo la vigilancia, permanente o transitoria de otra persona, porque el fundamento de esa responsabilidad no radica en los deberes de cuidado o vigilancia (los cuales parece claro que no se pueden ejercer en esos supuestos), sino en la garantía.

³ ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", p. 799

⁴ Art. 1755 *“La responsabilidad de los padres es objetiva y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente...”*

La función de la responsabilidad objetiva es resarcir más daños, o dicho de otro modo, reducir al mínimo posible los casos de daños que tengan que ser soportados por la víctima. No hay dudas que un sistema de responsabilidad civil objetivo es, o debería ser, más resarcitorio que uno basado en la culpa. Nadie dudaría en considerar impensado que el principal pudiera eximirse de responder por los daños cometidos por su dependiente por no haberlo capacitado o controlado lo suficiente, o, más aún, por haberse ido de viaje y dejarlo, transitoriamente, bajo las órdenes de otro empleado jerárquicamente superior. Sin embargo, eso mismo no sólo lo pensamos, sino que lo legislamos para el caso de la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos. Nos encontramos frente a casos idénticos (responsabilidad objetiva con fundamento en el factor garantía) a los que, inexplicablemente, regulamos de manera radicalmente opuesta.

Entre los argumentos que se han esgrimido para tratar de justificar un sistema de responsabilidad objetiva con fundamento en la garantía que contempla causales de eximición propias de una responsabilidad cuyo fundamento está en el cumplimiento de deberes de cuidado o vigilancia, encontramos los que plantean que se trata de una especie de responsabilidad mixta, admitiendo, sin embargo, que ello implica una desnaturalización de este tipo de responsabilidades.

No se trata aquí de desnaturalizar la responsabilidad civil ni de crear una responsabilidad mixta. No estamos frente a una combinación de dos factores de responsabilidad civil ya que no hay en este instituto lugar alguno para la culpa. Se trata de un sistema de responsabilidad civil objetiva con una eximente tempo-espacial o circunstancial que no se corresponde con el fundamento de la misma. De todas maneras, hablar de una responsabilidad mixta implica crear categorías donde la ley no lo hace.

Lo mismo sucede cuando en el artículo 1756⁵ hace referencia a la responsabilidad de otras personas encargadas: delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, tutores y curados. Si bien el análisis completo del citado artículo excedería el marco de este trabajo, sólo me limitaré a mencionar que, expresamente, prescribe que la responsabilidad de los delegados, tutores y curadores es igual a la de los padres, es decir, se trata de una responsabilidad objetiva, para luego, y a continuación, manifestar que se eximen si logran acreditar que les ha sido imposible evitar el daño, nuevamente, la eximente se presenta inconsistente con el fundamento de esa responsabilidad.

⁵ Art. 1756 CCyC: “Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño, tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control.”

Diferente es el caso de los establecimientos que tienen a su cargo personas internadas. En ese supuesto, se aclara que responden por culpa, es decir bajo un sistema de responsabilidad civil subjetiva.

Volviendo al supuesto de eximición de la responsabilidad de los padres por la transferencia, transitoria de la vigilancia de sus hijos menores de edad, cabe preguntarnos ¿qué se entiende por transferencia transitoria?

Se ha sostenido que para que la misma produzca el efecto de hacer cesar la responsabilidad de los progenitores, no debe tratarse de una transferencia circunstancial⁶. Ello se debe a que la transferencia circunstancial de la vigilancia no hace cesar esa responsabilidad, de lo contrario, bastaría que el hijo estuviera momentáneamente a cargo de un tercero para eximirse de responsabilidad⁷. De ello se sigue que, a los fines de producir la eximición de responsabilidad, la transitoriedad, necesariamente, debería darse con cierta regularidad (las horas que todos los días permanece en la escuela, los días que asiste a clases de idioma, o a gimnasia, por citar algunos ejemplos). Ahora bien, ¿cuál sería el fundamento para eximir de responsabilidad a los padres por el daño causado por el hijo en la casa de sus abuelos, a la que regularmente concurre dos veces por semana, y no hacerlo cuando el daño se produce estando el menor, ocasionalmente, de visita en la misma casa de los mismos abuelos? ¿Podríamos afirmar que un niño que asiste a todos los cumpleaños de sus compañeros posee regularidad en esa actividad social? ¿Qué pasaría entonces si ese niño, accidentalmente, lesiona a otro durante un juego en la casita de fiestas? ¿Ya no serían responsables sus padres porque delegaron transitoriamente la vigilancia de su hijo, algo que regularmente hacían durante todo el año cada vez que había un cumpleaños? Los interrogantes son muchos, y el argumento de la ocasionalidad y la regularidad, no alcanzan para responder satisfactoria y acabadamente a los mismos.

Otro de los argumentos esgrimidos, es que la transferencia transitoria debe ser legítima. Nos preguntamos entonces ¿qué se entiende por transferencia legítima? Se ha dicho que legítima implica estar destinada a determinadas finalidades como la formación, educación, rehabilitación o seguridad del menor⁸. Más allá de que la norma en ningún lado aclara ni agrega cuales deben ser los fines de la transferencia de la guarda, lo cierto es que, aún así, la formación y la seguridad podrían aparecer aquí como categorías residuales que absorberían todos los casos no incluidos en educación, rehabilitación, o

⁶ En contra, hay quienes sostienen que debe ser circunstancial, ya que, de lo contrario, estaríamos frente a una delegación de la responsabilidad parental en los términos del art. 643 del CCyC

⁷ SAGARNA, Fernando. “Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, p.143

⁸ SAENZ, Luis R., “Comentario a los artículos 1754, 1755 y 1756” en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Director: Ricardo Lorenzetti, Rubinzal Culzoni, 2015, pp.563-571.

alguna otra finalidad no enumerada en el ejemplo (de ninguna manera se podría entender aquel como un listado taxativo). Ir a jugar a la casa de un amigo forma parte de la formación social del menor, quedarse en la casa de un tío, abuelo u otro tercero porque los padres tienen una actividad (regular o de emergencia), forma parte de su seguridad, sería impensado, por ejemplo, dejar sólo en su casa a un menor de 4 años, por citar un ejemplo .

El artículo 1755 del CCyC dice que la responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, y agrega para que no queden dudas, que esa transferencia a un tercero, y a diferencia de lo que sucedía en el régimen anterior, puede ser, aún, transitoria. Transitoria es lo opuesto a permanente, sin importar que además sea ocasional, regular o para fines varios.

Más allá de la opinión que merezca la norma en cuestión, y que será tarea de los jueces encontrar argumentos para determinar los alcances de la transitoriedad (si es que creemos que los debe tener), lo cierto es que hoy cualquier transferencia de la vigilancia, siempre que no sea culpable y que no implique delegación en los términos del art. 643 del CCyC, posee aptitud suficiente para inmunizar a los padres de las posibles consecuencias dañosas que sus hijos puedan generar.

La transferencia de la vigilancia y el factor de atribución:

Retomando la responsabilidad de los padres, el artículo 1755 del CCyC al prescribir que la misma es objetiva, puso punto final a cualquier debate en torno a su naturaleza. Como decía antes, esta modificación (pasar de un factor subjetivo a uno objetivo) implica hacer al sistema más resarcitorio ya que, por definición, en los sistemas de responsabilidad civil objetiva, la cantidad de daños que serán resarcidos es mayor y, consecuentemente, muchos menos los que finalmente deberán ser soportados por la víctima.

Esta idea de protección de la víctima se encuentra presente en el fundamento de esa responsabilidad y en quienes postulan la idea de que la reforma intenta reforzar y garantizar el resarcimiento a la misma, ya que, aún en caso de eximir a los padres por la aplicación del supuesto de la transferencia de la vigilancia, si bien estos no responderán, si lo hará aquél bajo cuya guarda estuviera el menor autor del hecho dañoso.

Sin embargo, a medida que avanzamos en el análisis de la norma, percibimos que el efecto buscado no parece ser la consecuencia de su aplicación.

No hay dudas que los sistemas de responsabilidad objetiva son más resarcitorios que los basados en la culpa. La responsabilidad objetiva implica un agravamiento de ésta debido a que, producido el daño, la única posibilidad de no responder es acreditar la causa ajena, o algún eximente específico especialmente regulado que no sea la no culpa. Sin embargo, este efecto natural, que consiste en este aumento del resarcimiento, no se dispara de la aplicación de la norma de responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos. La incapacidad de la nueva normativa para producir ese resultado, se debe a la incorporación de la eximente “especial” como es la transferencia transitoria de la vigilancia, las que además de resultar inconsistentes con los fundamentos de esta responsabilidad, (dada la basta casuística de supuestos de transferencia transitoria que se puede presentar) le resta, injustificadamente efectos resarcitorios.

La presencia de los tercero, transitoria o permanentemente depositarios de la vigilancia, tampoco garantiza el resarcimiento a la víctima. No es posible afirmar que ésta se mantendrá indemne por la subrogación de responsables que prescribe la norma en análisis. Lo que se transfiere es la vigilancia de los hijos menores, pero de ninguna manera el factor de atribución de responsabilidad, y en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa⁹

Los terceros encargados de la vigilancia de los menores, responderán sólo si la víctima logra acreditar la culpa de estos, o, en el mejor de los casos, si el juez decide hacer uso de las facultades que le otorga el art. 1735 del CCyC¹⁰ y aplica las cargas probatorias dinámicas, ellos no logren demostrar su no culpa.

No serán pocos los casos en la que la víctima tenga que soportar el daño sufrido: todos los supuestos en los que haya transferencia de la vigilancia y no sea posible demostrar la culpa de los terceros designados. En este escenario el nuevo sistema se presenta como menos resarcitorio que su antecesor marco regulatorio en el que sólo se concebía la transferencia permanente de la vigilancia, tornando el fundamento de la garantía en una mera ficción jurídica.

La responsabilidad de los padres y la función preventiva de la responsabilidad civil

⁹ Art. 1721 “Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.”

¹⁰ Art. 1735. “Facultades judiciales: No obstante, el juez podrá distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cual de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”

Retomando la idea de prevención como principio rector y subyacente en toda la reforma del CCyC, restaría analizar ahora como se articula la nueva normativa sobre la responsabilidad de los padres con la función preventiva del CCyC de la Nación.

Dicho en otros términos, ¿ la actual regulación de los artículos 1754, 1755 y 1756 genera incentivos suficientes para prevenir?.

Había adelantado que la mera modificación del factor de atribución (haber pasado de un sistema subjetivo a uno objetivo), por si sola, no afectaba la prevención en un sentido negativo. Contrariamente a lo que podemos intuir, la responsabilidad objetiva también conduce a prevenir eficientemente..Los potenciales dañadores, obligados a tener que afrontar todos los daños que provoquen (en este caso los menores por los cuales deben responder), encontrarán estímulos para tomar recaudos. Guiados por su interés egoísta, percibirán que invirtiendo en prevención, de producir daños, serán menos y de menor intensidad, lo que necesariamente se traducirá en menores indemnizaciones monetarias.

También había analizado que el articulado contempla una inconsistencia en el sentido de que se lo identifica como objetivo con fundamento en la garantía y, simultáneamente, se le adicionan eximentes relacionadas con el cumplimiento de los deberes emergentes de la responsabilidad parental que tornan ilusoria la mentada garantía. En la medida que los progenitores logren demostrar que transfirieron la vigilancia, quedarán exceptuadas del deber de responder.

Al mismo tiempo, los terceros encargadas transitoria o permanentemente de la vigilancia de los menores, al no presumirse su culpa, y al no estar alcanzados por el factor objetivo de atribución de responsabilidad que rige para los padres, sólo responderán en la medida en que la víctima del daño logre acreditar la negligencia o imprudencia en su actuar, caso contrario, ella deberá cargar con las consecuencias del hecho dañoso.

Como resultado de esta combinación, el actual sistema de responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores, resulta menos resarcitorio que lo que sería un sistema tradicional de responsabilidad objetiva. Al entrar en escena esta eximente “autónoma” (transferencia transitoria de la vigilancia) se aumenta injustificadamente el abanico de posibilidades para no responder por los daños causados. Todo ello desnaturaliza y desvirtúa la rigurosidad de la responsabilidad objetiva, haciéndola, al mismo tiempo, más permeable a las maniobras evasivas.

Cabe preguntarnos si el hecho de que esta responsabilidad especial resulte menos resarcitoria, tiene algún efecto sobre la prevención?, o, dicho de otra manera ¿Cual es el efecto preventivo de las indemnizaciones resarcitorias, si es que estas tienen alguno?

Las indemnizaciones resarcitorias, compensatorias o estándar poseen importantes efectos preventivos, ese efecto se conoce en el lenguaje de Guido Calabresi, como general deterrence¹¹. *“En esta dimensión de la pretensión, el potencial dañador se enfrenta a una decisión entre el beneficio que le proporcionará realizar una actividad de acuerdo a ciertas bases (por ejemplo adoptando cierto nivel de precauciones) y el costo que le infligirá asumir la indemnización de un daño, en el caso de producirse, luego decidirá por sí mismo, si emprender esa actividad o no hacerlo y qué precauciones adoptar, en su caso”*.¹²

Si bien no es cierto que las indemnizaciones ex post carezcan de efectos ex antes (preventivos), en ocasiones, esa mera asignación resulta insuficiente. Para lograr una prevención óptima mediante la imposición de indemnizaciones resarcitorias, es necesario que todos los daños, en todos los casos en los que tengan lugar, sean íntegramente compensados. Basta que algún caso no dé lugar a reclamación, o que esta no tenga éxito, o que la condena no abarque todos los daños causados para que estemos frente a un supuesto de infraprevención.

En este contexto, y dada las eximiciones contempladas para el caso de la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos, podemos adelantar que no serán escasas las reclamaciones judiciales de daños que no obtengan éxito, si bien esta circunstancia no es exclusiva de este instituto, la misma se ve agravada por la amplia posibilidad de fuga de la responsabilidad que habilita la transferencia transitoria de la vigilancia. Bastará acreditar por parte de los padres la transferencia de la guarda, aún ocasional, para ser alcanzados por la eximición, colocando a la víctima en la difícil tarea de probar la culpa de los terceros encargados.

Cuesta imaginar un supuesto en el que, estando los menores fuera de la vigilancia de sus padres, no constituya un caso de transferencia, al menos, transitoria de la vigilancia.

Sin duda, y más allá de las finalidades u objetivos que se hayan tenido en cuenta al momento de legislar, el instituto de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores produce un relajamiento en los incentivos de prevención de los potenciales responsables. Sabiendo que las probabilidades de ser condenado por los futuros daños que produzcan sus hijos se encuentran reducidas, los incentivos para invertir en prevención decaen necesariamente.

¿Por qué motivo invertiría alguien en prevención (hasta el óptimo) cuando las probabilidades de resultar condenado son tan bajas?

¹¹ CALABRESI, G., “The Costs of Accidents. A legal and Economic Analysis, Yale University Press, New Haven y Londres, 1970.

¹² ACCIARRI, Hugo A. “Introducción al Análisis Económico del Derecho” Thomson Reuters, 2012 pág 161.

Creo que el actual sistema de responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, es menos resarcitorio y, consecuentemente, menos preventivo que su antecesor. Por un lado, se lo exhibe como más riguroso al modificar el factor de atribución, pasando de uno subjetivo a uno objetivo, reforzando así el resarcimiento de la víctima. Por otro lado, y al mismo tiempo, la transferencia transitoria de la vigilancia habilita una rápida y amplia vía de escape a esa responsabilidad que torna abstracta e ilusoria dicha garantía.

La prevención óptima acompaña a la compensación completa de un daño como la sombra al cuerpo: si quien puede causar un daño sabe que siempre habrá de compensarlo hasta el último céntimo, y que, por tanto, habrá de internalizar los costes generados por el daño mismo, actuará en consecuencia: se conducirá con cuidado, cuando el sistema no lleva a esos resultados y, contrariamente, favorece las posibilidades de evadir la responsabilidad, el efecto que se obtiene es completamente el opuesto.