



UNIVERSIDAD DE JAÉN

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Y JURÍDICAS**
**DEPARTAMENTO DE DERECHO
CIVIL, DERECHO FINANCIERO Y
TRIBUTARIO**

TESIS DOCTORAL

**EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE
EDAD Y DEL INCAPAZ SOMETIDO A PATRIA
POTESTAD**

**PRESENTADA POR:
MARÍA DOLORES CASAS PLANES**

**DIRIGIDA POR:
DR. D. JOSÉ GONZÁLEZ GARCÍA**

JAÉN, 24 DE NOVIEMBRE DE 2003

ISBN 978-84-8439-782-3

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
INTRODUCCIÓN	7
 CAPITULO PRIMERO.- EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN EL INSTITUTO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ACTUAL DERECHO DE DAÑOS.	 23
 I.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DERECHO DE DAÑOS.	 24
1.- EL DAÑO COMO <i>RATIO</i> O FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	24
2.- CONEXIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS MECANISMOS COLECTIVOS DE REPARACIÓN	29
A.- Ascendencias mutuas y diferencias.....	31
B.- La “teoría de la compatibilidad” como regla general	40
C.- Nuestra opinión.....	47
 II- LA CONEXIÓN ESTRUCTURAL “DAÑO-RESPONSABILIDAD CIVIL –OBLIGACIÓN”, Y SUS CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CRITERIO DE IMPUTAC IÓN	 52

1.- TEORÍAS DOCTRINALES: LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FUENTE DE OBLIGACIÓN, Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO OBLIGACIÓN EN SÍ MISMA.....	53
2.- NUESTRA TEORÍA:	60
A.- La responsabilidad civil como fuente de obligación y reflejo del deber jurídico primario de “no dañar a otro”	60
B.- Sus posibles críticas y contraargumentos	63
C.- Consecuencia de orden práctico: reservas en la aplicación análoga del concepto de culpa contractual a la culpa extracontractual	74
III.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTO DAÑOSO PENALMENTE TIPIFICADO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.....	78
1.- DUALIDAD NORMATIVA Y LA MISMA PRETENSIÓN JURÍDICO CIVIL	81
A.- Posición doctrinal contraria a la jurisprudencial.....	83
B.- Propuestas de solución.....	93
<i>a) La importancia del concepto de “acción de responsabilidad civil” en la teoría jurisprudencial de la opción.....</i>	93
<i>b) Nuestra propuesta de “lege data” y de “lege ferenda”</i>	97
2.- LA REPARACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL <i>EX DELICTO</i>	99
A.- Estado de la cuestión	100
B.- Claves en la diferenciación entre la reparación y la responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	105
<i>a) Su proyección en el Código penal 1995.....</i>	108

<i>b) Su proyección en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 1/2000</i>	110
IV.- LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	112
1.- LA TEORÍA DE LA FUNCIÓN COMPENSATORIA COMPATIBLE CON LA FUNCIÓN PREVENTIVA.....	113
2.- LA TEORÍA DE LA FUNCIÓN DE SATISFACCIÓN O DE DESAGRAVIO	120
3.- LA TEORÍA DE LA FUNCIÓN PENAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	123
A.- Enunciación de la “teoría de la pena privada”	124
B.- ¿La teoría de la pena privada en España?	129
<i>a) Estado de la cuestión: su aplicabilidad a la indemnización de los daños morales</i>	129
<i>b) Propuesta de lege ferenda</i>	132
a’) Presupuesto: Daños morales a enfermos psíquicos derivados de actuaciones judiciales, y del funcionamiento de la Administración pública	133
b’) Propuesta de solución: la oficialización de la pena privada en la indemnización de daños morales por el ataque a bienes de la personalidad de especial importancia.....	140
4.- REFLEXIÓN FINAL ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	143

CAPÍTULO SEGUNDO.- TEORÍA GENERAL DEL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LA TEORÍA SUBJETIVA	147
I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN LOS ARTÍCULOS 1902 Y 1903.2-3 CC.....	149
1.- DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO COMÚN.....	150
A.- La teoría general del criterio de imputación: el sentido del término “culpa”	150
B.- En la responsabilidad civil del padre del menor, y de los guardadores del incapaz, y en la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz	159
<i>a) En el Derecho romano: la responsabilidad civil objetiva del paterfamilias frente a la ausencia de responsabilidad civil del guardador del incapaz</i>	<i>159</i>
<i>b) En el Derecho medieval</i>	<i>167</i>
a') Nacimiento de la responsabilidad civil de los familiares del incapaz. Las Partidas	167
b') Cambios en la responsabilidad civil del padre del menor. Las Partidas	177
<i>c) A modo de resumen comparativo.....</i>	<i>180</i>
2.- DEL DERECHO NATURAL A LA ETAPA DE LAS CODIFICACIONES	182
A.- Precedentes de la Codificación penal.....	183
<i>a) El criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores del incapaz</i>	<i>183</i>
<i>b) El criterio de imputación en la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz</i>	<i>189</i>

<i>c) A modo de valoración provisional.....</i>	193
B.- Precedentes de la Codificación civil: especial referencia al Proyecto isabelino de 1851, y a la influencia francesa	194
<i>a) El criterio de imputación en la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz</i>	196
<i>b)El criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres del menor y, de los guardadores del incapaz</i>	198
<i>c) A modo de valoración provisional.....</i>	202
3.- EL CÓDIGO CIVIL DE 1889	204
II.- LA TEORÍA SUBJETIVA	208
1.- SU JUSTIFICACIÓN JURÍDICO-SOCIAL	208
2.- CONCEPCIÓN SUBJETIVA DE LA CULPA CIVIL: INFLUENCIA DEL CONCEPTO DE CULPA CONTRACTUAL	211
3.- LOS ELEMENTOS DE LA CULPA CIVIL:.....	216
A.- El elemento objetivo: la transgresión de una norma jurídica de conducta.....	220
B.- El elemento subjetivo: el presupuesto inexcusable de la imputabilidad	225
4.- LA TEORÍA SUBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ.....	231
A.- De la tesis de la irresponsabilidad a la responsabilidad civil del menor de edad imputable civil, frente al prejuicio de la irresponsabilidad civil del incapaz.....	231
<i>a) En el Ordenamiento Jurídico español: tímido cambio a raíz del artículo 118.1 CP 1995</i>	231
<i>b) Concomitancias con la experiencia jurídica italiana y francesa</i>	240

B.- El patrón de diligencia subjetivo o <i>in concreto</i> en la responsabilidad civil del menor de edad: su inaplicación jurisprudencial en el Derecho español, frente a su aplicación por los sistemas jurídicos del <i>Common Law</i>	243
5.- LA TEORÍA SUBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES	250
A.- Razón legitimadora y argumentos de técnica normativa	251
B.- La presunta culpa <i>in vigilando</i> y/o <i>in educando</i> como cauce legal de imputación.....	255
C.- Breve referencia al criterio de imputación subjetivo en el antiguo artículo 20 CP 1973 y en el artículo 61.3 LORPM.....	264
 CAPÍTULO TERCERO.- TEORÍA GENERAL DEL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LA TEORÍA DE LA CULPA OBJETIVA Y LAS TEORÍAS OBJETIVAS	271
I.- LAS FISURAS EN EL CONCEPTO TRADICIONAL DE CULPA Y LA TEORÍA DE LA CULPA SOCIAL.....	271
1.- NOTAS ACERCA DE LA “CULPA SOCIAL” Y SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES	271
2.- LOS CORRECTORES JURISPRUDENCIALES DE LA CULPA SUBJETIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL: LAS SOLUCIONES CUASIOBJETIVAS	273
A.- La “presunción de la culpa”	276
B.- La “agravación o agotamiento de la diligencia”	280
C.- Crítica doctrinal	285

3.- FISURAS QUE AFECTAN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ: LA CULPA OBJETIVA.....	290
A.- En el elemento objetivo: la transgresión de una norma jurídica de conducta y el patrón de diligencia objetivo	290
<i>a.-Doctrina general acerca del patrón de diligencia objetivo.....</i>	<i>290</i>
<i>b.- Su aplicación a la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz.....</i>	<i>294</i>
a') En el Derecho español e italiano: su amplio seguimiento jurisprudencial	294
b') En el Derecho francés: la teoría de la “ <i>faute objective</i> ” respecto al elemento objetivo de la culpa (<i>l'illicéite</i>)	296
c') La responsabilidad civil de los incapaces en el <i>Common Law</i>	299
B.- En el elemento subjetivo: la innecesariedad de la imputabilidad en el concepto de culpa civil.....	306
<i>a.- Responsabilidad civil por culpa objetiva del menor de edad inimputable civil.....</i>	<i>308</i>
a') Presupuesto previo: aplicación analógica del artículo 20.1.II Código penal 1973.....	309
b') La teoría de la culpa objetiva en el antiguo artículo 20.1.II. CP 1973.....	313
c') ¿La teoría objetiva en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 1/2000?	316
<i>b.- Responsabilidad civil por culpa objetiva del incapaz inimputable civil: interpretación doctrinal mayoritaria del artículo 118.1 CP 1995</i>	<i>317</i>

<i>c.- Experiencia jurídica en otros Ordenamientos jurídicos extranjeros.....</i>	321
<i>a') En el Derecho francés: la teoría de la <i>faute objective</i> respecto al elemento de la imputabilidad.....</i>	321
<i>a'') Su origen: la reforma del artículo 489.2 del Código civil francés por la Ley núm. 68-5, de 3 de enero de 1968, de “<i>majeurs protégés</i> par la loi”.....</i>	321
<i>b'') Su amplitud y efectos: la responsabilidad civil del menor de edad <i>infans</i> en el artículo 1382 del Code civil francés</i>	325
<i>c'') Valoración actual.....</i>	327
<i>b') En el Derecho italiano.</i>	331
II.- LAS TEORÍAS OBJETIVAS.....	336
1.- SU JUSTIFICACIÓN JURÍDICO-SOCIAL	336
2.- CRITERIOS OBJETIVOS DE IMPUTACIÓN	342
A.- La teoría del riesgo: el criterio del “riesgo”	342
<i>a.- Su doble formulación y su ámbito de aplicación</i>	342
<i>b.- La cuasiobjetividad en el criterio del riesgo</i>	350
B.- La teoría de la garantía: el criterio de la “seguridad” y el de la “garantía”.....	353
3.- LA CUESTIÓN DEL CRITERIO OBJETIVO DE IMPUTACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL	357
A.- Claves doctrinales a favor y en contra.....	358
B.- Referencia especial al argumento del efecto exonerador y compensatorio de la contribución de la víctima a la producción del daño.....	365
<i>a) El estado de la cuestión acerca de su fundamento</i>	365

b) <i>El ambiguo tratamiento jurisprudencial</i>	369
c) <i>Valoración final</i>	374
4.- EL CASO FORTUITO Y/O LA FUERZA MAYOR EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA	376
A.- Debate acerca de la conexión entre los criterios de imputación y el caso fortuito y/o fuerza mayor	376
a) <i>La concepción subjetiva del caso fortuito: sus posibles causas</i>	376
b) <i>La concepción objetiva y mixta (objetivo-subjetiva) del caso fortuito</i>	382
B.- Dualidad conceptual del caso fortuito y la fuerza mayor en la responsabilidad civil objetiva	384
C.- Valoración final: reservas en la aplicación analógica del artículo 1105 CC a la responsabilidad civil	391
5.- LA TEORÍA OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ: LA TEORÍA DE LA EQUIDAD	396
A.- Discusión doctrinal en el Derecho civil español	396
B.- Referencia a algunos Ordenamientos jurídicos extranjeros	401
6.- LA TEORÍA OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES	405
A.- Condicionantes socio-jurídicos y razones doctrinales	405
a) <i>Factores socio-jurídicos que favorecen la teoría objetiva</i>	405
b) <i>Argumentos de técnica normativa: especial referencia a la interpretación objetiva del artículo 61.3 LORPM</i>	412
B.- Los criterios de imputación en concreto	416
a) <i>El criterio del riesgo, de la garantía, y de los poderes y deberes inherentes a la patria potestad</i>	417

b) <i>Su seguimiento jurisprudencial</i>	421
a') En el Derecho español: el criterio cuasiobjetivo del riesgo.....	421
b') En el Derecho francés: el criterio objetivo de la garantía a partir de la sentencia <i>Bertrand</i>	427
C.- La objetividad de la responsabilidad civil de los padres como opción de <i>lege data</i> o de <i>lege ferenda</i>	434
 CAPÍTULO CUARTO.- POSICIÓN CRÍTICA ACERCA DEL CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ SOMETIDO A PATRIA POTESTAD.	439
I.- PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS	439
1.-. LA INIDONEIDAD DE PRINCIPIOS Y CONCEPTOS ABSOLUTOS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	439
2.- NUESTRO CONCEPTO DE CULPA CIVIL	446
3.- LA IMPORTANCIA DE LA DELIMITACIÓN ENTRE LA PROBLEMÁTICA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA DEL CRITERIO DE IMPUTACIÓN	448
II.- EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ	453
1.- DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA	453
A.- Terminología en el ámbito de las Ciencias de la salud y en el ámbito jurídico –civil	455
B.- Justificación de la terminología empleada: el incapaz como <i>tertium genus</i> junto al incapacitado y el presunto incapaz	460

2.- CLAVES EN EL ESTUDIO DE SU CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO.....	467
A. – Código civil. Propuesta de solución.....	467
<i>a.- Postulado de partida</i>	467
<i>b.- Justificación constitucional.....</i>	469
<i>c.-Otros argumentos de apoyo: evolución en el ámbito social, sanitario-psiquiátrico y jurídico en el tratamiento de los incapaces</i>	474
a') Evolución en el ámbito social y sanitario- psiquiátrico.....	474
<i>a'') Estado de la cuestión social</i>	474
<i>b'') Fases en la evolución de la asistencia sanitaria-psiquiátrica en España</i>	480
b') Evolución en el ámbito jurídico	492
<i>a'') Apunte acerca del cambio pionero en el Derecho público.....</i>	493
<i>b'') Evolución en el Derecho civil: el criterio de “defensa de la capacidad natural del incapaz- reducción del formalismo”</i>	497
a''') Respecto al internamiento	497
b''') Respecto a los derechos de la personalidad y al proceso de incapacitación	504
<i>d.- Aplicación al criterio de imputación en la responsabilidad civil del incapaz</i>	514
a') Dimensión real del problema	514
b') Propuesta de solución: preferencia del criterio de imputación de la culpa, permeable al equilibrio entre	

la protección del incapaz y la protección de la víctima	516
<i>a'') La aplicación preferente del criterio de la culpa subjetiva.....</i>	<i>516</i>
<i>b'') Las “expectativas razonables de la víctima” como elemento de equilibrio:su influencia en el patrón de diligencia.</i>	<i>524</i>
c')Argumentos de técnica normativa: la doble función de la equidad en la responsabilidad civil por culpa del menor de edad y del incapaz	529
B.- Código Penal y LORPM	533
<i>a. Postulado de partida</i>	<i>533</i>
<i>b.- En la responsabilidad civil ex delicto del menor de edad (artículo 61.3 LORPM). Delimitación conceptual entre la imputabilidad civil y la penal</i>	<i>535</i>
<i>c.- En la responsabilidad civil ex delicto del incapaz</i>	<i>539</i>
a') El criterio de imputación de la culpa en sentido subjetivo. Delimitación conceptual entre la imputabilidad civil y la penal.....	539
b') Su aplicación a algunos supuestos particulares: psicosis- psicopatías- oligofrenias- demencia senil y ludopatías	549
c') Ámbitos de descoordinación entre la normativa civil y penal: intepretación conjunta de ambas normativas (arts. 118.1-2;120.1 CP 1995 y 1902; 1903.2-3 CC).....	560
<i>a'') Sujetos que sufren cualquier tipo de alteración psíquica o en la percepción.....</i>	<i>561</i>

<i>b'') Responsabilidad civil del toxicómano y del ebrio</i>	567
C. Supuesto excepcional: ¿existe la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz inimputable civil?	573
<i>a.- Los supuestos del menor de edad y del incapaz inimputable civil como problemáticas jurídicas distintas</i>	575
<i>b.- Referencia a la posible utilidad de los mecanismos colectivos de indemnización ante ciertos daños causados por el incapaz</i>	586
3.- APUNTE ACERCA DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ COMO VÍCTIMA Y PARTÍCIPE DE SU PROPIO DAÑO	588
A.- Evolución desde la teoría de la compensación de culpas a la concurrencia de causas.....	588
B.- Fisuras en la teoría de la concurrencia de causas.....	593
<i>a) Justificación de la “reducción del quantum indemnizatorio” en términos de culpabilidad.....</i>	593
<i>b) Aplicación de la “minoración de la reducción” a la víctima infans deficiente psíquico. Referencia al caso de la víctima mayor de edad incapaz</i>	598
III.- EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR HECHOS DE LOS HIJOS	605
1.- POR LOS HECHOS DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD	605
A.- La cuestión previa de la determinación del sujeto responsable: las crisis matrimoniales	605
B.- Claves en el estudio de su criterio de imputación.....	614
<i>a.- Apunte acerca del estado de la cuestión.....</i>	614
<i>b.- Primera posibilidad de lege data: el criterio de imputación único en el artículo 1903.2 CC</i>	615

a') Análisis crítico del criterio de la "presunción de culpa"	615
b') Análisis crítico del criterio objetivo del riesgo	619
<i>a'') Ambigüedad jurisprudencial: mezcla de argumentos subjetivos y objetivos</i>	619
<i>b'') Dificultades de técnica normativa</i>	625
a''') En el Derecho español.	625
b''') En el Derecho francés	629
c') Ventajas del criterio de imputación de los "especiales deberes inherentes a la patria potestad"	634
<i>c.- Segunda posibilidad de lege data: el criterio doble de imputación en el artículo 1903.2 CC</i>	639
a') Justificación metodológica	639
b') Primera opción: según la existencia o no de imputabilidad civil en el hijo	642
c') Segunda opción: interpretación sistemática de la normativa civil y penal	646
<i>d.- Valoración final</i>	648
2.-POR LOS HECHOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD INCAPACES	654
A.- En la patria potestad rehabilitada y prorrogada	654
B.- Referencia al supuesto de la responsabilidad civil de los padres por los hechos de los hijos mayores de edad incapaces naturales	660
<i>a.- Breve apunte conceptual</i>	660
<i>b.- Soluciones doctrinales y jurisprudencial</i>	665

<i>c.- Críticas a la teoría de la aplicación del artículo 229 CC: la importancia del criterio del “fin de protección de la norma” y el de la “causalidad alternativa”</i>	<i>675</i>
<i>d.- En conclusión</i>	<i>687</i>
CONCLUSIONES	693
BIBLIOGRAFÍA.....	711
INDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS	787

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Act.C	Actualidad civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AEMAG	Asociación de Enfermos Mentales del Alto Guadalquivir
AHDE	Anuario de historia del Derecho español
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
ALI	American Law Institute
Amer. Bar. Found. R.J	American Bar Foundation Research Journal.
ANCP	Anteproyecto de Nuevo Código penal
AP	Actualidad Penal
Ar. C.	Aranzadi Civil
ARP	Aranzadi Penal
art.	Artículo
ASN	Academia Sevillana del Notariado
Ass. plén.	Assamblée plénière de la Cour de Cassation
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile)
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
CA	Cour d'Appelation
California L.Rev.	California Law Review
C. assur.	Code des assurances
Cass. Ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
Cass. civ	Cour de cassation, Chambre civile
Cass. civile	Cassazione civile

CC	Código civil
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución española
Cfr.	Confróntese
Chr.	Chronique
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CLJC	Colección Legislativa de Jurisprudencia Civil
CP	Código Penal
Crim.	Chambre criminelle (Cour de cassation)
D	Recueil Dalloz
DA	Documentación Administrativa
DH	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence
Dig. it.	Il Digesto italiano
Dir. e Giur.	Diritto e Giurisprudenza
DP	Dalloz. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine
Dir. Fam. Per	Diritto di famiglia e delle persone
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. Rev.franç.théor. jur	Droits. Revue française de Théorique juridique.
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
Enc. Dir.	Enciclopedia del Diritto
FAISEM	Fundación andaluza para la Integración del Enfermo mental
Fasc.	Fascículo
FEAPS	Federación Española de Asociaciones Protectoras de Subnormales
Foro it.	Il Foro italiano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Georgetown L.J	The Georgetown Law Journal.
George W. L. Rev.	The George Washington Law Review
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. civ.	Giustizia civile

Har. L. Rev	Harvard Law Review
IASAM	Instituto andaluz de Salud mental
Int. Enc. Comp. Law	International Encyclopedia of Comparative Law
Iowa L. Rev	Iowa Law Review
JC	Colección Legislativa de Jurisprudencial civil
JCP	La Semaine Juridique, Juris Classeur périodique
Jur. Class.	Juris-Classeur
Jur. Class. Resp. civ. ass.	Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento criminal
LGSS	Ley General de de la Seguridad Social
LISMI	Ley de Integración social de los Minusválidos.
LJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
LRCPD	Ley de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.
LRCSCVM	Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Conducción de Vehículos a Motor
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado
LRJ-PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LTTM	Ley de Tribunales Tutelares de Menores
Mod. L. Rev	The Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Noviss. Dig. it.	Novissimo Digesto italiano
Pet. aff.	Les Petites affiches
PJ	Poder Judicial
RAP	Revista de la Administración Pública

RCDI	Revista crítica de Derecho inmobiliario
RDCO	Revista de Derecho comercial
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado.
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
REDA	Revista Española de Derecho administrativo
REDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
Rép. civ. Dalloz	Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de droit civil
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
Rev. crit. lég. jur.	Revue Critique de Législation et de Jurisprudence
Rev. int.dr. comp	Revue internationale de droit comparé
Rev. G. Infor. D	Revista General Informática de Derecho
Rev. resp. civ. circ. y seguro	Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro
Rev. Droit. Sanit. et. soc	Revue de Droit sanitaire et sociale
RGD	Revista General del Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Riv. dir. civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. dir. proc. civ	Rivista di Diritto e Procedura Civile
RJA	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJCM	Revista Jurídica de Castilla La Mancha
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJPF	Revue Juridique Personnes & Famille
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
S	Recueil Sirey
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Somm.	Sommaire
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TAU	Fundación Tutelar TAU
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
th.	Thèse
Tul. L. Rev	Tulane Law Review
Vol.	Volumen
VVAA	Varios autores

INTRODUCCIÓN

1.- JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN.

Este trabajo de investigación se dirige a estudiar una parcela de la institución jurídica de la responsabilidad civil extracontractual que está en contacto con un colectivo de la sociedad caracterizado por su vulnerabilidad: los menores de edad y los incapaces. En concreto, el criterio de imputación en la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz sometido a patria potestad.

El interés de la doctrina por la responsabilidad civil extracontractual, incardinada en el actual Derecho de daños, se ha extendido de modo sorprendente en la actualidad, contrastando con el escaso tratamiento de lo que, en épocas pasadas, se calificaba con cierta humildad de “mero apéndice del Derecho de obligaciones”. Contamos, entonces, actualmente, con un elenco significativo de monografías y de artículos que abarcan, de modo casi exhaustivo, el análisis de la obligación de indemnizar de casi todos los agentes que en el siglo XX e inicios del siglo XXI causan daños, e, incluso, de la obligación de indemnizar que nace del hecho ajeno. Si bien, y paradójicamente, estamos huérfanos de obras generales que traten esta institución a modo del meritorio estudio que DE CUPIS hiciera en su obra “El daño”. Asimismo, es patente la creciente jurisprudencia existente en este tema, de cuyo estudio se puede deducir, sin lugar a dudas, la vigencia del principio general del Derecho “pro damnato” o “pro víctima” que los Jueces sobreponen, a veces injustificadamente, a otras cuestiones de orden jurídico.

En consecuencia, y en este marco jurídico, es comprensible , hasta cierto punto, que en relación a los daños causados por el menor de edad y el incapaz sólo se haya estudiado la responsabilidad civil de sus guardadores, pues son los responsables civiles directos según el artículo 1903 CC, y significativamente solventes, y, además, no hay ningún precepto en el Código civil español que regule expresamente la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz. Pero el principio “pro damnato” no parece ser razón suficiente para que el estudio de este tema, desde la perspectiva de sus protagonistas, se haya dejado en

el olvido y de que contemos solamente con algunos artículos aislados acerca de su responsabilidad civil *ex delicto*. Incluso es cuestionable que, frente al incipiente interés del legislador, doctrina y jurisprudencia por la responsabilidad civil del menor de edad, la responsabilidad civil del incapaz no reciba casi atención, cuando de modo paradójico, a partir de los años ochenta, se ha manifestado una gran actividad jurídica en relación a sus estatutos de guarda, consentimiento informado, internamiento, etc. Y en este sentido, dicha preferencia ha tenido su reflejo en el estudio de la responsabilidad civil por hecho ajeno, pues hasta la aparición en el 2003 de la monografía de SALAS MURILLO acerca de la responsabilidad civil de los guardadores del incapaz, la doctrina española sólo se había ocupado del estudio de la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos menores de edad; en concreto, en las obras, de gran interés, de LOPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, GÓMEZ CALLE, y MICHEL NAVARRO.

Por otro lado, es notorio que el Derecho asimila la realidad del menor de edad con la del incapaz, no sabiendo si es por comodidad o por ignorancia que el legislador español contemporáneo piense, se preocupe y legisle para el menor de edad y, después, como si fuera un incapaz—tipo traslade los criterios resultantes a todo el resto de discapacidades¹.

Pues bien, al hilo de todo lo expuesto, entendía que estaba justificado y que había llegado el momento de que se investigara si existe una responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz. Y en su caso, si su regulación jurídica había de ser idéntica; esto es, si las disimilitudes existentes entre ellos, puestas de manifiesto últimamente, sobre todo por la doctrina francesa² y americana³, habían de influir en la regulación normativa y

¹ Cfr. GRACIA MARTÍN, L./ BALDOVA PASAMAR, MA./ ALASTUEY DOBÓN, MC., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada de delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 351. No se puede situar siempre y a un mismo nivel, como hasta ahora ha hecho nuestro legislador penal, a quien sufre una anomalía o alteración psíquica, una intoxicación plena o un síndrome de abstinencia y, al menor.

² Este interés ha estado propiciado por el debate acerca de si era pertinente o no la aplicación al menor de edad de la Ley de 1968 que consagró la responsabilidad civil del enfermo psíquico. Y, entre otros autores, han destacado las diferencias entre el menor de edad y el incapaz: BACH, L., “Fondement de la responsabilité civile en droit français”, *RTDC*, 1977, jan-déc, p. 47; DURRY, G., “Responsabilité civile”, *RTDC*, 1978, 145455, p. 34. El problema de la responsabilidad del menor de edad y del demente son tan diferentes que una solución opuesta no es nada inconcebible, pues el demente sale de la normalidad y se puede admitir su responsabilidad sobre la base de que la víctima no tiene por qué pagar los costes de dicha anormalidad, aunque sin hablar de culpa del demente, pues ambos términos entran por sí mismos en contradicción; frente al menor de edad privado de discernimiento que es igual a todos los menores de su misma edad y no es nada escandaloso decidir que no puede cometer culpa por falta de discernimiento, ni por consecuencia ser responsable sobre la base del artículo

tratamiento jurisprudencial de su responsabilidad civil extracontractual. No obstante, en dicho estudio, con cierta finalidad comparativa, he considerado oportuno tratar uno sólo de los presupuestos de la responsabilidad civil. En concreto, *el criterio de imputación*, o factor de atribución como lo califican otros, al ser la razón de justicia que justifica que una obligación de indemnizar se impute a una persona, y por el hecho de que históricamente se le ha negado al menor de edad y, sobre todo, al incapaz la posibilidad de incurrir en “culpa civil”, el criterio de imputación por excelencia de la responsabilidad civil en el Derecho español.

Y si el complemento necesario a la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz es el estudio de la responsabilidad civil de los guardadores de estos, la amplitud del tema explica que en un primer trabajo de investigación se analice solamente la responsabilidad civil de una de las instituciones de guarda, la patria potestad. Pues la responsabilidad civil de los guardadores que ostenten la patria potestad de los menores de edad y de los incapaces ofrece una mayor base para el estudio, en el futuro, de la responsabilidad civil del resto de las instituciones de guarda. Asimismo, la independencia y caracteres propios de la patria potestad respecto a la tutela la basan voces autorizadas en la familia, esto es, en que la tutela no crea vínculos de continuidad en la identidad y se centra exclusivamente en la guarda y protección del tutelado; en otras palabras, que la tutela se basa en una mera relación asistencial que no funda una relación familiar con el tutelado, y de ahí que, por otra parte, no quede el tutor obligado a tener al menor o incapacitado en su compañía⁴. De igual modo, y aunque la tutela se califique de institución “cuasi-familiar” por ser creadas a modo y en sustitución de la familia en sentido estricto, no debemos olvidar que en España rige, en la actualidad y con todos los matices debidos, una tutela de autoridad, ya que la Reforma del CC en 1983 sustituyó el carácter familiar de la tutela por una fuerte intervención judicial que tiene su reflejo, desde el nombramiento de la tutela, según lo dispuesto en el artículo 234 CC, como durante todo su ejercicio, según lo prevenido en los

1382 Code. Y, JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ed., Dalloz, París, 1995, p. 70. Se podía comprender que la Corte de Casación no aplicara a los menores de edad privados de discernimiento la Ley de 1968 que consagraba la responsabilidad civil de los dementes y rechazara asimilar la ausencia de discernimiento debido a la temprana edad, lo que es totalmente natural, a la enfermedad mental que evoca la idea de una “anomalía” e implica una afectación accidental de las facultades mentales.

³ ELLIS, W., “Tort responsibility of Mentally Disabled Persons”, en *Amer.Bar.Found.R.J.*, 1981, vol. 4, p. 1079: “*Analogies to children (especially the concept of “mental age”) and to physically handicapped adults merit reexamination (...)*”.

⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *Curso de Derecho de familia. Patria potestad. Tutela y alimentos*, ed. Civitas, 1988, pp. 42 y 196.

artículos 216 y 233 CC; y esta constatación presupone en el legislador, en cierto sentido, un principio de desconfianza hacia la tutela, frente a la patria potestad cuya regulación parece y debe presidirla el principio de la confianza.

En conclusión, el tema escogido suponía un doble reto: por un lado, por la poca atención y la ambigüedad que rodeaba y rodea al tratamiento jurídico de la enfermedad psíquica, en particular, y la incapacidad en general; y por otro, porque la culpa, como criterio de imputación, se ha calificado de categoría vaga y difusa, como recientemente ha puesto de manifiesto la STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 1999. Pero, en definitiva, el hecho de que en este tema de investigación la persona y su componente humano tenga mayor peso que en otros temas jurídicos justificaba todo esfuerzo, pues no pocos y solventes juristas han resaltado la vocación del Derecho civil de proteger a la persona⁵; ¿y, cómo no, entonces, a la más desprotegida, al incapaz?.

2.- DELIMITACIÓN GENERAL DEL TEMA.

En virtud de lo expuesto, consideré adecuado dedicar un *primer capítulo* a posicionarme acerca de algunas cuestiones que consideraba fundamentales del instituto jurídico de la responsabilidad civil extracontractual, y que estaban en estrecha conexión con el criterio de imputación.

En primer lugar, he tratado la *ratio* o finalidad última de la responsabilidad civil extracontractual, pues la *ratio* de toda institución jurídica determina su función, y ésta, a su vez, en nuestro caso, influye en la extensión del criterio de imputación. En segundo lugar, analizo lo que he calificado de “conexión estructural *daño-responsabilidad civil-obligación*”, pues el régimen jurídico aplicable al criterio de imputación de la responsabilidad civil extracontractual, sobre todo la culpa civil, está determinado por dicha cuestión; aunque esta afirmación no parezca evidente en una primera aproximación al tema. En concreto, he puesto en tela de juicio, pues no es cierto el axioma *In claris non fit interpretatio*, la consecuencia que

⁵ *Las Instituciones de Justiniano*. Versión española de HERNÁNDEZ TEJERO JORGO, ed., Comares, Granada, 1998. Libro I, título 1º, punto 12: “Todo el Derecho que observamos se refiere a las personas, a las cosas o a las acciones. Ocupémonos en primer lugar de las personas, pues de poco sirve conocer el Derecho, si no se sabe cuáles son las personas para quienes se estableció”.

la doctrina, de modo tradicional, hacer derivar de la afirmación de que la responsabilidad civil extracontractual es fuente de obligación, en concreto la teoría, aceptada hoy en día de modo casi unánime, de la “unidad de la culpa civil, contractual y extracontractual”, con lo que implica de aplicar ciegamente, el artículo 1104 CC que regula la culpa contractual a la culpa civil extracontractual, criterio de imputación por excelencia de la responsabilidad civil.

Asimismo, no podía dejar de abordar en este primer capítulo, por un lado, la dualidad normativa, civil y penal, que caracteriza a la regulación jurídica de la responsabilidad civil en general, y la de los menores e incapaces en particular, junto con la finalidad de distinguir la *responsabilidad civil ex delicto* de la *reparación*, esta última inserta en el movimiento reparador del Derecho penal, sobre todo de Menores, por la importancia creciente que está otorgando a la víctima y que está enmarcado, a su vez, en lo que se califica, en la actualidad, de acercamiento del Derecho penal al civil, y viceversa. Y, por otro, un tema al que creo que no se le otorga la importancia debida, la conexión de la responsabilidad civil extracontractual con otros instrumentos jurídicos que existen al servicio de la reparación del daño, los llamados mecanismos colectivos de indemnización de daños, tanto directos como indirectos, pues tener una visión completa o íntegra del Derecho de daños es necesario para ofrecer, a su vez, una respuesta jurídica cabal a los daños causados por los menores de edad y los incapaces.

Por último, analizo en este primer capítulo, las teorías que existen acerca de la función de la responsabilidad civil. Aunque al hilo de la exposición de la teoría de la posible función penal, cuando de la indemnización del daño moral se trata, planteo una cuestión particular, ciertamente en un capítulo de planteamiento general, si bien, sólo a modo de apunte, y sin afán de exhaustividad: en concreto, los posibles daños morales que los incapaces pudieran sufrir a causa de la desidia en el cumplimiento de ciertos deberes por parte de las autoridades, como por el abuso de una posición de privilegio. En definitiva, creí que no podía dejar, al menos, de poner de manifiesto, y en el lugar que estimé suficientemente apropiado, un tema que está sumido en el silencio por la particularidad que rodea a estos casos: que el daño deriva de autoridades o instancias públicas; la difícil prueba y concesión discrecional de los daños morales; y que se trata de las personas más vulnerables y algunas, las más desfavorecidas de la sociedad; todo lo cual hace que estemos ante daños que nadie reclama. Y, por tal razón, he

tratado la posible responsabilidad civil de la Administración de Justicia y de la Administración pública por ciertos daños morales sufridos por el enfermo psíquico.

Ahora bien, sobre los datos deducidos en el capítulo primero, entendí que, tanto para una recta interpretación del criterio de imputación de la responsabilidad civil del incapaz y del menor de edad, como para discernir si, de *lege ferenda*, se requería un cambio de dicho régimen, era preciso un estudio más detenido, y desde un plano general, de los criterios de imputación de la responsabilidad civil. Y a esta finalidad corresponden los *capítulos segundo y tercero*, cuya exposición la he estructurado siguiendo las teorías doctrinales que han nacido en torno al estudio del criterio de imputación: *las teorías subjetiva, cuasiobjetiva y objetiva*; de modo que, al hilo de la exposición de cada una de ellas, recojo la opinión, en concreto, que dicha teoría tiene en lo que respecta al criterio de imputación de la responsabilidad civil por hecho propio de menor de edad y del incapaz, así como en lo referente al criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos. Y esto precedido en el inicio del capítulo segundo de un epígrafe dedicado a los antecedentes históricos, con el esfuerzo de abordar en todo momento, en cada una de las etapas históricas un análisis comparativo de las responsabilidades civiles en estudio, debiendo matizar, que en dicho recorrido histórico he recogido la responsabilidad civil de los guardadores-familiares del incapaz, y la del tutor del incapaz, pues hasta tiempo reciente no se ha regulado la figura de la patria potestad prorrogada y rehabilitada del incapacitado.

Incluso, a lo largo de la exposición de las teorías mencionadas he aprovechado para manifestar la opinión de la doctrina y jurisprudencia de otros Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, tanto del sistema continental, en concreto el francés y el italiano, como del anglosajón, al existir las mismas teorías que las expuestas para el Derecho español. En realidad, la peculiaridad de la responsabilidad civil extracontractual que consiste en que su encauzamiento normativo es escaso, son nueve los artículos que dedica el Código civil español a su regulación, propicia el acercamiento a otras soluciones legislativas y doctrinales. Además, como nos dice DE LOS MOZOS, “desde el momento en que los hombres se comportan de manera semejante en Italia que en Viscosin y que los progresos de la técnica, en general, imprimen rasgos comunes en la vida social de las más distintas partes del mundo, es natural

que los problemas pueden resolverse con técnicas jurídicas no imitadas o copiadas, pero sí inspiradas en la experiencia ajena”⁶.

Finalmente, teniendo en cuenta las respuestas legislativas y las opiniones doctrinales y jurisprudenciales acerca de nuestro tema de investigación recogidas a lo largo de los capítulos precedentes, estaba en condiciones de dedicar el *capítulo cuarto* a ofrecer mi opinión, a través de lo que he titulado *una posición crítica acerca del criterio de imputación en la responsabilidad civil extracontractual del menor de edad y del incapaz*. Si bien, como cuestiones previas al estudio del tema material o de fondo, creí conveniente recoger, tanto unos presupuestos metodológicos, en los que recuerdo premisas expuestas en el capítulo primero y cierro otras cuestiones que se habían quedado abiertas en capítulos anteriores; como una delimitación terminológica con el objetivo, dada la complejidad y ambigüedad que preside el tema, de justificar la razón por la que he utilizado el término genérico de “incapaz/ces”, en orden al estudio de su responsabilidad civil, frente al de incapacitado o de incapaz natural, y, por tanto, qué categorías de sujetos englobo en dicho término.

Y partiendo de dichas advertencias, entro a analizar los dos grandes bloques que conciernen a nuestro trabajo de investigación: en primer lugar, el criterio de imputación en la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz, cuyo análisis lo divido según que éstos cometan un ilícito civil (*responsabilidad civil extracontractual derivada de ilícito civil*), o un ilícito penal (*responsabilidad civil derivada de delito o pena*), pues las normativas son distintas. Respecto al primer supuesto me centro, por su menor tratamiento, constatado a lo largo de los capítulos anteriores, en ofrecer y justificar una propuesta de solución a la responsabilidad civil por hecho propio del incapaz, apoyándome para ello, además de en una justificación constitucional, en la evolución que en el campo de la incapacidad se ha producido a nivel social, sanitario-psiquiátrico y jurídico, en concreto, en el ámbito del Derecho civil. Y, respecto al segundo supuesto, abordo, entre otras cuestiones, una propuesta de distinción entre la imputabilidad civil y penal, tanto en el menor de edad como en el incapaz sobre la base del análisis de la normativa del CP de 1995 y de la LORPM. Una vez expuesto este primer bloque, me centro en el criterio de imputación en la responsabilidad

⁶ MOZOS, J.L DE LOS., “El sistema del *Common Law* desde la perspectiva jurídica española”, en *Libro homenaje al Profesor Beltrán de Heredia y Castaño*, ed. Universidad de Salamanca, 1984, np.3, p. 42.

civil de los padres por los hechos de los hijos, tanto los menores de edad, como los mayores de edad incapacitados, y sometidos, por tanto, a la figura de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. No obstante, recojo al final del capítulo una referencia a la responsabilidad civil del progenitor del incapaz como guardador de hecho de éste, por la actualidad que presenta el tema, y por ser consciente de que en la práctica existe un rechazo a la incapacitación; siendo, en realidad, un mal compartido con otros países europeos.

3.- METODOLOGÍA.

He pensado que era necesario dejar constancia de la influencia que ha tenido DE CASTRO en la elección del método que ha guiado este trabajo; y hacer, por último, una breve referencia a la terminología empleada, pues es constatable la falta de unanimidad en este campo.

El método para este autor significa una dirección dada al conocimiento respecto a un objeto, pero como problema no independiente sino subordinado, pues siempre es necesario saber a dónde se va antes de preguntarse como se va mejor⁷. Y si mi pretensión, o a dónde voy, ha sido descubrir el criterio de imputación que rige o ha de regir la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz, y si las diferencias entre ambos, desde el punto de vista del Derecho de la persona, han de influir en dicho criterio, entendí que en este tema estaba implicados, *rationae materiae*, dos campos del Derecho civil: el Derecho de la persona/ familia, y el Derecho patrimonial de obligaciones; lo cual me ayudó a descubrir que el primer paso metodológico era establecer criterios de jerarquía entre los principios generales del Derecho que informan los bloques mencionados⁸.

A.- Ideas rectoras del Ordenamiento jurídico.

Tradicionalmente se le ha negado al Derecho de la persona que tenga un valor sustantivo dentro del Derecho civil. Pero, en palabras del maestro DE CASTRO, si se indaga en

⁷ CASTRO Y BRAVO, F.DE, *Derecho civil de España*, ed., Civitas, Madrid, 1984 (reed. tomo I, Libro preliminar, Introducción al Derecho civil. Ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949), p.441.

⁸ Y esta idea la corrobora el que el primer punto de la cuestión metódica del estudio del Derecho consista en determinar las ideas rectoras del Ordenamiento jurídico, que se manifiestan en la formulación de los principios generales, en su precisión, ordenación y jerarquía.

el concepto de persona y en el valor que le otorga nuestro Ordenamiento jurídico, y nos alejamos de la ascendencia del pandectismo alemán, se es consciente de que la persona es una institución jurídica con valor sustantivo y no dependiente de otras instituciones jurídicas incluidas en la parte especial del Derecho civil⁹ pues, entre otras razones, el Derecho civil no es concebible sin un *minimun* de independencia personal, y los juristas como custodios del Derecho, tienen el deber vital en su guarda¹⁰. Pero todos sabemos que este ideal choca con la realidad actual que pone en un primer plano los intereses patrimoniales¹¹.

En consecuencia, no carece de interés para el menor y el incapaz defender que el Derecho de la persona tiene un valor propio que llena de significado los principios de libertad y responsabilidad. Si se estima a la persona como un elemento de los negocios jurídicos, las ideas de protección y propia determinación de los incapaces se verán sacrificados por los principios de seguridad y rapidez en el tráfico, y en nuestro caso, por el principio de protección a ultranza de la víctima. El no haber enseñado el valor básico de las reglas civiles que imponen el deber general de respetar y proteger a la persona, su situación jurídica y a los derechos de la personalidad, ha hecho posible esa inversión monstruosa de valores, de que

⁹ CASTRO Y BRAVO, F.DE, *Derecho civil de España*, ed., Civitas, Madrid, 1984 (reed. tomo II. Derecho de la Persona. Parte primera: La persona y su estado civil, ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952), pp. 9-13. Apoya su tesis en la consideración social de la persona. Aunque reconoce que ésta es diferente de la jurídica, dice que ambas se condicionan recíprocamente. En la antigüedad el clima no era favorable para la valoración jurídica de la persona como individuo, pues el hombre no adquiría significado sino en cuanto integrante de una organización social, llámese *oikos (familia)* en Grecia, *cives (ciudad)* en Roma o *shippe (familia)* en los pueblos germánicos. Fue en la Edad Media cuando se produjo el “despertar de la personalidad”, aunque la mayoría de los autores afirman que fue en el Renacimiento. De Castro destaca que la conciencia personal se despierta en la Filosofía escolástica de la Edad Media, porque ésta impedía la subordinación del hombre en la totalidad de su ser a cualquier tipo de comunidad, al establecer una jerarquía de bienes a partir de la ley racional, civil y divina. Y que la vida universitaria medieval también influyó en dicho despertar, de ahí que sabios y tipos de acusada personalidad universalmente conocidos recorran las crónicas medievales. Por el contrario, en el Renacimiento se diluyen los dos grandes principios del Derecho de la Persona instaurados en la Edad Media, la libertad y la responsabilidad, pues en esta época desaparecen las organizaciones corporativas que apoyan y defienden al individuo, y empieza el enfrentamiento entre cada hombre y el moderno leviatán del Estado. En el mismo sentido, CARRETERO, A., *La problemática jurídica de los subnormales en España*, ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pp. 65-66. “... por lo tanto en nuestro Derecho, la primera institución es la persona, porque las demás son una consecuencia suya”.

¹⁰ COSSÍO, A. DE, “Evolución del concepto de personalidad y sus repercusiones en el Derecho Privado”, *RDP*, 1942, p. 749. La Ciencia del Derecho, en especial la civilista, y muy particular la española, tienen como una de sus tareas más propia y exigente la de acentuar de modo eficaz el significado básico, general y decisivo que para toda la organización jurídica tiene la adecuada consideración jurídica de la persona.

¹¹ DE CASTRO nos explica que esto trae causa, en gran parte, en el flaco favor que la Revolución francesa, en el inicio de la edad contemporánea, hizo a la defensa jurídica de la persona, al difundir la moda de plantar al frente de las Constituciones “las declaraciones de los derechos del hombre”, creándose, por un lado, el prejuicio de que la regulación de los derechos y deberes de la persona y su consideración institucional es una cuestión política o materia constitucional impropia de los Códigos civiles; y abandonando, por otro, los civilistas la consideración jurídica de la persona.

todo esfuerzo del Estado se centre en la protección de los bienes¹².

En conclusión, el principio general de *respeto a la persona* es una idea rectora del Ordenamiento jurídico español que va a tener, entonces, una función de guía a la hora de analizar los principios que presiden la responsabilidad civil extracontractual del menor y del incapaz, y la de sus progenitores.

Asimismo, y a partir de esta idea rectora general del Derecho, se desprende la validez de otro grupo de valores o principios generales que informan los dos grandes bloques mencionados que intervienen en nuestro tema¹³.

Pero si para descubrir estos valores o principios generales y, a su vez, la jerarquía entre ellos, se ha de tener en cuenta la premisa de que el Derecho como orden justo es solamente un medio, no una finalidad en sí misma, para conseguir la paz social entre los ciudadanos de un país, nuestro punto de mira ha de dirigirse a los principios que nuestra Constitución consagra como fundamentos del orden político y de la paz social. En concreto, el principio del *respeto a la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad* consagrado en el artículo 10 CE; y el principio de *la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos psíquicos, sensoriales y psíquicos, y el amparo especial para el disfrute de los derechos fundamentales*, recogido en el artículo 49 CE. De igual modo, y en virtud de lo expuesto, se advierte que estos principios tienen preeminencia frente a los principios de protección del crédito, entre ellos el principio *pro damnato* que informa al Derecho de Daños, pues éste no se encuentra entre los que el legislador constituyente consagrara como principios de la paz social.

¹² CASTRO Y BRAVO, F.DE, ob, cit, t. II, pp. 12-19.

¹³ Pues si la norma es creada, se puede partir de la validez de algunos de estos principios que rigen los problemas básicos esenciales de la comunidad española. En concreto, en todo estudio jurídico hay que tener en cuenta la peculiar naturaleza de la Ciencia del Derecho frente a la Ciencia de la Naturaleza. Mientras en ésta las leyes están determinadas por la objetividad de su materia de estudio, la realidad física, que conlleva que su validez dependa de su constatación en la misma realidad fáctica; en aquélla su validez está determinada por la subjetividad de su objeto de estudio, la norma jurídica, ya que ésta es creada por el hombre y, por tanto, su violación no cuestiona su validez –vid. Kelsen, H., *¿Qué es justicia?*, ed., Ariel, Barcelona, p.222: “La conexión entre un delito y una sanción legal queda establecida por un acto o actos humanos, por un acto creador del derecho, es decir, un acto cuyo sentido es una norma”.

Por último, fijar las ideas rectoras del Ordenamiento jurídico me ha guiado en dos cuestiones: en primer lugar, en averiguar el sentido de las normas jurídicas y su forma de aplicarlas. Y, en segundo lugar, en el conocimiento de la técnica sistemática de análisis de la jurisprudencia y la doctrina, en el sentido de tener presente que las definiciones dogmáticas y abstractas pueden ser, en ciertas ocasiones, perjudiciales, al estar justificadas solamente si sirven a una mejor realización del Derecho; lo cual lleva, por ejemplo, a poner en tela de juicio la importancia de la clásica división de capacidad jurídica y capacidad de obrar legada por el Derecho alemán al Derecho español, ya que decir que un menor de edad o un incapaz carece de capacidad de obrar tiene sólo un significado real en contacto con el mundo jurídico, esto es, con la sociedad española de hoy en día y no otra, porque es ella donde se concreta su auténtico significado.

B.- La importancia del elemento social y la equidad en la tarea hermenéutica

Hay que poner de manifiesto, desde el inicio de esta investigación que, después de más de un siglo de aplicación, los artículos 1902 a 1910 CC siguen siendo normas jurídicas eficaces para la consecución de un orden justo y de una convivencia pacífica en la sociedad actual¹⁴. Ya que el codificador civil creó la normativa jurídica de la responsabilidad extracontractual, como a cualquier institución jurídica, con un potencial de desarrollo o de flexibilidad para adaptarse a las nuevas y siempre inmanentes necesidades humanas¹⁵. En otras palabras, las viejas instituciones son susceptibles de devenir elásticas por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, sin tener que recurrir a criterios exotéricos, trasladados de

¹⁴ GARCÍA CANTERO, G., “Exégesis comparativa del artículo 1902 CC”, en *Centenario del Código Civil*, t. I, ed., Asociación de Profesores de Derecho civil, 1989, p. 879. Los artículos 1902 y 1903 CC, con la perspectiva que da un siglo de aplicación, se han comportado como flexibles instrumentos de aplicación de la justicia al caso concreto, y han servido de válido punto de partida de una legislación especial de carácter complementario y una sólida apoyatura para una encomiable jurisprudencia creadora.

¹⁵ Discurso del diputado RODRÍGUEZ SAN PEDRO., “Enmiendas y Adiciones al Código Civil publicado por el Gobierno. 1888-1889. Congreso de los Diputados. Debates. Sesión del 16 de abril de 1889 (núm.96)”, en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*, vol. II, ed., CCGG, Senado, Madrid, 1989, p. 1783. Las palabras del diputado, aunque con ocasión del debate sobre el instituto jurídico de la prenda, aludían a aspectos más generales de toda institución jurídica en los términos siguientes: “De modo que ha justificado aquello que se verifica en el derecho de una manera constante, que es, crear una institución normal, y que por ficción legal se refieren a la que les sirve de tipo, y como ella se desenvuelven y desarrollan.. (...), por virtud de la elasticidad de todas las instituciones jurídicas, se acomodan a las distintas necesidades de las relaciones humanas”.

sistemas jurídicos menos desarrollados y casuísticos, que más que un avance conlleva regresión hacia etapas ya superadas unas veces, y abandonadas otras¹⁶.

Si bien, al ser la responsabilidad en general una zona de la Ciencia jurídica particularmente sensible a los cambios históricos¹⁷, he tenido en cuenta el elemento social como criterio indispensable de interpretación¹⁸, formulado en el artículo 3 CC. Pero, sobre todo, he juzgado de indudable valor tener en cuenta el elemento de equidad como partícipe exponente, en la interpretación de la norma jurídica, de la búsqueda de la máxima justicia individual, al tomar en consideración, más que los elementos formales, el sentido humano que ha de tener el Derecho positivo y la adecuación y adaptación de ésta a las circunstancias del caso.

C.- La cuestión terminológica.

Por último, resaltar que existe una falta de unanimidad en torno a la cuestión terminológica. Y esta diversidad se debe, probablemente, a las dudas que existen en torno al origen etimológico del vocablo *responsabilidad*¹⁹, lo que, a su vez, es un síntoma y el efecto de la dificultad dogmática que envuelve al fundamento y a la naturaleza del fenómeno²⁰.

En lo que respecta a su origen etimológico, hay doctrina que defiende que el término responsabilidad es de muy reciente aparición en la terminología jurídica²¹, pues prácticamente

¹⁶ MARTÍNEZ SARRIÓN, A., Prólogo a Cupis, A.de, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2ª edición italiana; ed., Bosch, Barcelona, 1969, p. 10.

¹⁷ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ed., Civitas, Madrid, 1987, p. 40.

¹⁸ Vid, SOTO NIETO, F., "El cambio social y el Derecho", en *Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña*. Barcelona, 1979, p. 45; y "La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código civil". *RGLJ*, abril, 1979, p. 312. Y, MENDIZÁBAL OSES, L., "Lo social como criterio de interpretación jurídica". *Revista de Derecho Judicial*, jul- sep, 1960, p. 94.

¹⁹ Sobre su origen etimológico vid. PELLEGRINI, F., "Responsabilitá", en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V, 1939, p. 438. El origen puede encontrarse en la palabra romana "*stipulatio*", donde el cambio verbal más frecuente ("*spondesme*", "*spondeo*") valía para hacer surgir la obligación del interpelado, que respondía de modo abstracto de la causa.

²⁰ BONET RAMÓN, F., "Perspectivas de la responsabilidad civil. Estudio de Derecho comparado", en *Discurso leído el 27 de octubre de 1973 en la recepción pública de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid, 1975, p. 30.

²¹ Díez PICAZO, L., "La responsabilidad civil hoy", *ADC*. 1979, pp. 730-731. Este autor recoge la opinión de quienes ponen de manifiesto el carácter tardío de este concepto, su falta directa de raíces en el Derecho romano y su construcción a finales del siglo XVIII y al principio del XIX. Estos señalan que en latín existen las palabras *respondere* y *responsa*, pero que se buscaría en vano la palabra *responsabilitis*; y que *respondere* remite a *sponsio* (el sponsor es un deudor, esto es, una persona que en el momento de hacerse la

data de la misma época, por un lado su acepción de sometimiento del deudor al poder coactivo del acreedor, y por otro, su significado de deber de indemnizar los daños causados, que es el que justifica la expresión responsabilidad civil, y es el que se ha impuesto en el Derecho comparado para identificar el deber de resarcir los daños extracontractuales, verbigracia, *responsabilité*, *liability* y *Hauptpflicht*. Sin embargo, matizan otros autores que el hecho de que el término responsabilidad no encuentre una traducción literal entre sus precedentes, ello no significa que su contenido sea también novedoso, ya que aunque no fuera empleado hasta una época posterior, lo cierto es que ya en Roma se aplicaba esa noción²². En cualquier caso, la acepción moderna del término es la que ha influido en que los primeros Tratados de Derecho Contemporáneo abandonaran el mero comentario de los códigos artículo por artículo para sustituirlo por un plan lógico y pedagógico, demostrando la necesidad de forjar conceptos generales, alrededor de los cuales reagrupar las soluciones de Derecho positivo, sirviendo el de responsabilidad a tal fin. Si bien, y al mismo tiempo a la responsabilidad civil le han atribuido el carácter de “cajón de sastre” que admite toda suerte de retales jurídicos que no tienen en otro lugar adecuado encaje²³.

Y en relación a la terminología empleada en este trabajo de investigación, me he decantado por el término *responsabilidad civil*, pues comparto la opinión de quienes afirman que cuando se habla de responsabilidad civil sin más adjetivos se entiende que nos referimos a la *responsabilidad civil extracontractual*, que conoce como términos sinónimos los de “responsabilidad por daños”, “culpa aquiliana o extracontractual”, “responsabilidad por acto o hecho ilícito”. Ya que, según ÁNGEL YAGUEZ, en el reproche a la expresión “responsabilidad

pregunta de la estipulación da una contestación, responde afirmativamente a la pregunta del estipulante), siendo el *responsor*, entonces, quien en un segundo cambio de palabras se obliga como garante del deudor principal. Por ello responder significa constituirse en garante del curso futuro de los acontecimientos. Si se quieren mirar las cosas con un cierto sentido de lejanía, no habría más que un único concepto de responsabilidad, el de cumplir una obligación y compartir las consecuencias. También, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X./ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, ed., Centro de Estudios Ramón Aresces. S.A., 1993, p. 841. Este autor recoge, a parte del origen romano, su posible etiología en el término griego “*sponde*” o libación en la celebración de un compromiso u homenaje a los dioses. Asimismo que el adjetivo *responsable* no aparece hasta los siglos XIII y XIV, lo que constituye una captación del lenguaje moral, sin olvidar, sin embargo, el sentido figurado que tuvo el término hasta el siglo XVII, de corresponder, mostrarse agradecido. En definitiva, la palabra responsabilidad no figura en el Diccionario de Autoridades de 1737 aunque sí se incluía el término responsable como un neologismo, afirmando que es “voz introducida modernamente” y le atribuye el significado del que está obligado a responder o satisfacer por algún cargo.

²² Ref. VILLEY, M., “Esquisse historique sur le mot responsable”, en *La Responsabilité à travers les Âges*, París, 1989, pp. 75 ss, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Ed., Dykinson, Madrid, 2001, np.1, p.33.

civil" se esconde una cierta petición de principio, no viéndose razón para negar a la palabra responsabilidad, en su acepción jurídica, el mismo contenido que le atribuye el lenguaje profano²⁴ pero culto²⁵, es decir, el de ser "deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal"²⁶.

Por último, quiero terminar esta introducción con dos ideas: por un lado, que, a lo largo del último capítulo, he aprovechado las notas a pie de página para ofrecer unos datos que, si bien no son imprescindibles, desde un punto de vista estricto, para el desarrollo del tema, entiendo que pueden ayudar a comprender, desde un punto de vista humano, siempre esencial en el jurista, la situación y realidad social, laboral, psiquiátrica-sanitaria de la incapacidad. Esto es, sus luces y sus sombras, así como la nueva visión que se recoge de la incapacidad en Foros de debate, sin olvidar la precaución con que sé que han de valorarse dichos datos en relación a un trabajo de investigación cuya materia es jurídica.

Y, por otro, que este trabajo ha tenido, al margen de su finalidad estrictamente académica, el tomar conciencia de que nos queda, como ciudadanos y seres humanos, mucho camino por recorrer, y de que, quizás, la incapacidad, como revestimiento jurídico de la enfermedad, deficiencia y resto de alteraciones psíquicas con influencia en la conducta humana, tiene como servidumbre el no tomar conciencia de la diversidad tan grande que existe en este campo. Dicen voces autorizadas que existen tantas esquizofrenias como personas las sufren, y que estas personas y otras, que reflejan la mutabilidad de la condición humana, nos muestran, en realidad, un aspecto de la existencia humana que nos sería imposible conocer sin esa anomalía llamada *enfermedad*²⁷. Y si bien el Derecho, en aras de la seguridad jurídica, ha de reconducir sus soluciones a respuestas generales, creo que ha llegado la hora de exigir al Derecho, y en concreto, al Derecho privado en el área de la

²³ SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, redactado por Pascual Marín Pérez, y Jose María Álvarez de Miranda y Torres, arts. 1902-1929, ed. Reus, Madrid, 1974, pp. 512-13.

²⁴ BONET RAMÓN, F., "Responsabilidad legal (estricta)", *RGLJ*, Doctrina, t. 251, (jul-dic), 1981 (Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Abogados de Lousiana. Madrid, 26-30 oct.1981), p. 427. El término responsabilidad tiene significados diversos, siendo el del lenguaje común el empeño y consiguiente riesgo personal que corre cada sujeto operante, en relación con los eventos más o menos ponderantes según la ley de la causalidad, implícito en el sentido de previsión y cálculo que viene de la madurez de la mente y de la experiencia.

²⁵ ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *La responsabilidad Civil*, ed., Civitas, Madrid, 1993, np.6, p.25.

²⁶ Diccionario de la Lengua Española, de la *Real Academia Española*, t.II, 22ª edición, Madrid, 2001, p. 1959.

²⁷ SACKS, O., *Un antropólogo en Marte*, ed. Anagrama, Barcelona, 2001.

responsabilidad civil, *respuestas vivas que ayuden al desenvolvimiento del hombre en sus relaciones con los demás*²⁸, principio que puede ayudar a tener otra visión de la responsabilidad civil de los incapaces, según he intentado poner de manifiesto a lo largo del capítulo cuarto.

Ojalá que los juristas, que a veces nos distanciamos demasiado de lo humano, veamos las “diferencias como motivadoras del encuentro”, y como dice una canción, “podrán decir que soy un soñador y que el ser humano lleva en su naturaleza la intolerancia a lo distinto, pero *no soy el único que piensa que podemos cambiar esta forma de vivir*”²⁹.

²⁸ Ref. MORELLO, AM., “El derecho de daños en la actual dimensión social (Las nuevas situaciones tutelables y las técnicas con las que se ha de proteger)”, *Derecho de daños. Homenaje a Jorge Iturraspe*, La Rocca, 1ª parte, p. 315, en Cures, S., “Mediación y Derecho de daños”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje al Prof. Doctor Atilio Aníbal Alterini*, ed. Abeledo –Perrot, Buenos Aires, 1997,np. 28, p. 1031.

²⁹ Ref. LENON, J., *Imagine*, en GONZÁLEZ CASTAÑÓN, D., “Déficit, diferencia y discapacidad”, en *Topía en la Clínica*, nº.5, marzo del 2001.

CAPÍTULO PRIMERO.-

EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN EL INSTITUTO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ACTUAL DERECHO DE DAÑOS.

Si no se puede estudiar lo particular sin partir de lo general, y hemos tomado al criterio de imputación como eje de nuestro estudio, y, a su vez, como criterio-guía en el análisis comparativo entre la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz sometido a patria potestad, se hace necesario el estudio de la Teoría General del criterio de imputación de la responsabilidad civil.

Pero como, a nuestro juicio, la extensión y el régimen jurídico aplicable a tales criterios es determinado, tanto por la *ratio* de la responsabilidad civil, como por la postura que adoptemos respecto a la conexión estructural *responsabilidad-obligación*, respectivamente, consideramos que, de modo previo, debíamos abordar el estudio de ambas cuestiones. A éstas les dedicamos los epígrafes I y II de este primer capítulo. Asimismo, en este primer capítulo hemos encontrado interesante posicionarnos acerca de algunas cuestiones que juzgamos fundamentales de la responsabilidad civil, y que están en estrecha conexión con nuestro objeto de estudio. De modo que, no podíamos dejar de abordar, por un lado, la inveterada dualidad normativa, penal y civil, que caracteriza a la regulación jurídica española de la responsabilidad civil en general, y a la responsabilidad civil de los incapaces y menores de edad, en particular, a la que dedicamos el epígrafe (III); y, por otro, la función de la responsabilidad civil abordada en el último epígrafe (IV).

I.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DERECHO DE DAÑOS.

Si la extensión de los criterios de imputación de la responsabilidad civil dependen de la *ratio* o razón de ser de dicha institución jurídica, hemos considerado necesario abordar el estudio de aquélla, tanto desde una visión interna, lo cual es lógico, como desde la visión más amplia del actual Derecho de daños, llevándonos a poner en conexión nuestra institución con otros instrumentos jurídicos que existen al servicio de la reparación del daño. Es curioso, por otra parte, que esta visión no sea objeto de toda la atención debida por parte de los estudios doctrinales pues, a parte de las implicaciones políticas que tenga, y que por supuesto desbordan nuestro análisis, tiene un potencial importante a la hora de descubrir o redelimitar la propia función de la responsabilidad civil en pleno siglo XXI.

En definitiva, nuestro interés en este estudio se basa en que, para poder ofrecer una respuesta justa al criterio de imputación que debe presidir la generalidad de los supuestos que causen los menores de edad y los incapaces debemos tener una visión completa, si bien no vamos a profundizar en ella, de todos los instrumentos jurídicos que existen, o que pueden existir, en nuestra sociedad y nuestro tiempo al servicio de la reparación de tales daños.

1.- EL DAÑO COMO *RATIO* O FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La institución jurídica de la responsabilidad civil se encuentra regulada en el Derecho español en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, estando su regla general en el artículo 1902 CC que reza que: “El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, trasunto del principio general *Neminem laedere*³⁰. Y la doctrina mayoritaria interpreta sus términos en el

³⁰ Ref. FIFOOT., *History and sources of the Common of Law (Tort and Contract)*. London, 1949, pp. 23 ss; y CORMACK, G.MC., *Aquilian Studies, Studia et documenta historiae et iuris*. XLI, 1975, pp. 1-78, en López Jaoiste, J.J., “El principio de responsabilidad civil, reflejo en la Historia” en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, IV, Derecho civil y Derecho público, ed., Civitas, 1996, np.19 y 23, p. 4926. Frente al sistema de principios propio de los países europeos de tradición latina, los de tradición anglosajona están influenciados por la corriente romana consistente en acciones específicas de proliferación, pues no existían en aquél tiempo nociones abstractas de nada, ni de contratos, ni tampoco de delito civil, solo existían figuras concretas, como el *furtum*, la rapiña, la *iniuria* o daño inferido injustamente a las personas, y el *damnum iniuria datum* (Lex Aquilia) en relación a cosas ajenas mediante el expreso condicionamiento de haberse causado injustamente el perjuicio.

sentido de que su fundamento es la culpa, pero que del análisis de los artículos 1902 a 1910 CC se desprende que los fundamentos de la responsabilidad civil son varios, la culpa y el riesgo, con los matices debidos que haremos en los capítulos segundo y tercero. Ahora bien, como creemos, siguiendo a DE CUPIS, que tiene una importancia capital el enfoque inicial del estudio de la responsabilidad civil, que él compendia en la fórmula abreviada que usan los alemanes: “Daño génesis de la responsabilidad civil”³¹, juzgamos, desde ahora, que es más adecuado calificar a la culpa y al riesgo de criterios de imputación de la responsabilidad, pues se revelan múltiples los criterios para proceder a la imputación de los actos dañosos a un sujeto determinado, y calificar de fundamento a lo que es la *ratio* de la responsabilidad civil, que es el daño porque es el elemento aglutinador o común a los diferentes supuestos de responsabilidad civil, con independencia de que se base en la culpa o en el riesgo.

Ahora bien, si el fundamento de la responsabilidad civil es el daño, compartimos la opinión de BONET CORREA en el sentido de que el juicio de responsabilidad civil (el análisis de sus presupuestos: acción/omisión; antijuridicidad; daño; relación de causalidad y criterio de imputación) es, a su vez, condición de la relevancia jurídica del evento dañoso, es decir, de

Y estas acciones se reflejan en el sistema del *Law of Torts*, tanto en la acción de *trespass* como en la acción *on the case*. En el siglo XIII, la acción de *trespass* abarcaba los aspectos civil y penal por cuanto el acto ilícito, directo y violento afectaba a la paz del Rey, y requería al principio el requisito *corpore et corpori datum*. Pero en el siglo XIV la protección se extendió respecto de ataques no directos ni violentos mediante la acción *on the case* en cuyo desarrollo, tanto la idea de “culpa” (*breach of the standard of care*), como la necesidad de probar la entidad del daño se introdujeron como factores de creciente relieve. Y de la acción *on the case* se trazaron los cauces de la responsabilidad propiamente civil, del que acuñaron diversas acciones (*negligence, nuisance, statutory duties, libel, slander*, etc). Pero ante tan prolija variedad se reconocen como fijas dos ideas: por una parte, que es resarcible el daño injusto, y por otra, que la lista o relación de acciones no está parada ni circunscrita a supuestos únicos que pongan límite al desarrollo del *Law of Torts*. En conclusión, si bien no se ha alcanzado un principio general en el sistema anglosajón, los Tribunales, a menos que se lo impida un precedente, tienden actualmente a estimar que: “Quien intencional o culposamente cause daño a otro deberá repararlo”. La evolución se orienta pues en dirección hacia un principio general de responsabilidad.

En el mismo sentido, DELL’AQUILLA, E., “Ensayo comparativo de los principios básicos de la responsabilidad extracontractual en el derecho inglés”, *RGLJ*, 1986, vol. 93, pp. 8-15.

³¹ CUPIS, A. DE, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, ed., Bosch, Barcelona, 1969, p. 27. Este autor nos advierte de la importancia del enfoque inicial de los problemas. Pues un planteamiento original defectuoso puede desembocar en consecuencias catastróficas, sobre todo en materia de cumplimiento de obligaciones, por afectar íntimamente por un lado a la libertad del hombre y por otro a la convivencia, que se integra por acciones mutuas, de *dare, facere, praestare, et non facere*. Y, en sentido parecido, BONET RAMÓN, F., “Responsabilidad legal (estricta)”, *RGLJ*, Doctrina, t. 251, jul-dic, 1981, p. 430, que nos advierte que, quién sea consciente ha de tener en cuenta la exigencia de moverse en una noción que, sustrayéndose a las muchas sugerencias ofrecidas en vario sentido por criterios o por elementos empíricos, constituya un válido punto de apoyo a los fines de una satisfactoria construcción de la materia.

su calificativo como ilícito³², y presupuesto para su vinculación a un sujeto determinado. En definitiva, el fundamento de la responsabilidad civil no ha de buscarse en referencias extrajurídicas, como las de justicia o el interés social, ni en el acto ilícito, pues éste sigue, y no preexiste a la responsabilidad civil, si no en el hecho jurídico, en el hecho dañoso³³.

En relación con lo dicho hasta ahora, se puede establecer un cierto paralelismo con la responsabilidad contractual, en el sentido que, al igual que la *ratio* o fundamento de la responsabilidad civil es el daño y no la culpa, en la contractual, en términos de JORDANO FRAGA, aunque el artículo 1105 CC parezca fundamentar la exoneración de responsabilidad contractual del deudor en la ausencia de culpa o caso fortuito, en realidad, el fundamento de la exoneración se encuentra en la imposibilidad sobrevenida de la prestación sin culpa del deudor³⁴.

En conclusión, defendemos que el fundamento de la responsabilidad civil es el daño y no la ilicitud del acto que lo origina. Y esta afirmación, a su vez, tiene una consecuencia

³² De modo que no utilizamos el término ilícito, ni en el sentido de antijuridicidad, ni en el de culpabilidad, pues a pesar de que los términos de ilicitud y antijuridicidad o ilicitud y culpabilidad se igualen, a veces, por la doctrina y por la jurisprudencia, queremos advertir, desde ahora, que: en primer lugar, entendemos la antijuridicidad como uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, esto es, un daño es antijurídico siempre que no esté amparado por una causa de justificación; al igual que la culpabilidad, que siendo un criterio de imputación es otro de los presupuestos de la responsabilidad civil. Y, en segundo lugar, que consideramos el daño ilícito como daño en sentido jurídico, y no sólo material, esto es, cuando al daño le acompaña el resto de los presupuestos determinantes del nacimiento de la responsabilidad civil. Este concepto, de todos modos, se comprenderá mejor cuando tratemos los mecanismos colectivos de indemnización de daños (vid. Infra. I.2.A de este primer capítulo).

³³ Ref. RODOTÁ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 78, en Bonet Ramón, F., “Responsabilidad legal (estricta)”, ob, cit, np.24, p. 437.

³⁴ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ed., Civitas, Madrid, 1987, p. 200. La norma jurídica de la diligencia consagrada en el artículo 1104 CC no puede tener una trascendencia tan amplia como la que derivaría de su aplicación estricta, es decir, considerar responsable al deudor incumplidor siempre que se halle en culpa, y exonerarlo siempre que haya sido diligente; por lo que, en realidad, el artículo 1105 CC hace referencia al comportamiento del deudor respecto al impedimento que le ha imposibilitado la realización del cumplimiento. Esta opinión la corroboran los artículos 1096.3 CC y 1185 CC. Y, lo que es más importante, esta idea responde al verdadero pensamiento tradicional español, pues existe una tradición ininterrumpida según la cual el caso fortuito no se identifica, en absoluto, con la ausencia de culpa, sino que la responsabilidad del deudor incumplidor es tan solo excluida por la imposibilidad sobrevenida de la prestación sin culpa del deudor. Sin embargo, el prejuicio anterior trae causa de la influencia de la teoría subjetiva a ultranza, que ya empezó en el Derecho justiniano, que adoptó como máxima: “*Ninguna responsabilidad sin culpa*”, o *casus = non culpa*, en la búsqueda de un fundamento moral y sistemático. Y en el mismo sentido, PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ed., Comares, Granada, 2002, pp. 80-581.

En igual sentido, respecto al Derecho uruguayo, pero plenamente predicable del nuestro, vid. GAMARRA, J., “Responsabilidad contractual objetiva”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 112-119, especialmente, pp 116-118.

práctica importante que no se ha expuesto por la doctrina con la fuerza que requiere: que la responsabilidad civil nace o funciona, tanto cuando el daño ha sido causado ilícitamente, como cuando ha sido recibido ilícitamente³⁵.

Y, a nuestro entender, este postulado encuentra un respaldo, en primer lugar, histórico, pues GARCÍA GOYENA al comentar el artículo 1899 del Proyecto del Código civil de 1851³⁶ que regula la responsabilidad civil aneja a la criminal, remite al capítulo 2, título 2, libro I del Código penal de 1848, afirmando que estos preceptos se basan en el principio general que informa claramente la regulación de la responsabilidad civil que establece que: “Toda persona está obligada a reparar el daño que hubiere causado sin derecho o sin razón, ya lo cause voluntariamente o lo ocasione involuntariamente”. En otras palabras, entre la alternativa de que sufra el daño el que lo causó inocentemente y el que lo padeció también sin dar motivo alguno para que se lo ocasione, la ley no duda en hacerlo recaer sobre aquél, como menos acreedor que éste a su consideración, y en virtud del Derecho civil que protege al injustamente perjudicado³⁷. Y, en segundo lugar, tiene un apoyo social, pues si el fundamento de las obligaciones ajenas a todo convenio es que la ley debe querer por nosotros lo que querríamos siendo justos³⁸, hoy en día existe un sentimiento en nuestra sociedad de que la noción de daño injusto es más amplio que la del daño injustamente causado, pudiendo ser

³⁵ Entre los pioneros en la doctrina española de subir a la palestra, no al autor del daño sino a la persona víctima del mismo, se encuentran, BORRELL MACIÁ, A., “Hacia una responsabilidad sin culpa”, *RDP*, 1951, pp. 108 y 11; COSSÍO, A.DE, “La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español”, *ADC*, 1966, p.528; BONET RAMÓN, F., “Responsabilidad legal (estricta)”, *ob,cit*, p.435; LÓPEZ JAOISTE, JJ, *ob.cit*, pp. 4921 y 4930.

Entre la doctrina francesa, STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th, París, 1947, pp. 58 y 84.

Y, entre la doctrina argentina, LÓPEZ OLAGIREGUI, J.M., “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, *RDCO*, 1978, Año 11, ed., Depalma, p. 941. Artículo de gran interés y claridad acerca del fundamento de la responsabilidad civil, que a pesar de estar encuadrado en el Derecho argentino lo eleva a propuesta de teoría integral del responder.

³⁶ Según la Base 1ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, el Código civil tomaría por base el Proyecto de Código civil de 1851, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio.

³⁷ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y Comentarios del Código civil español*, t.IV, Madrid, 1852, p. 252; y *Febrero Reformado*, 4ª éd, t.V, Madrid, 1852. Y en el mismo sentido, PACHECHO, J.F., *El Código civil concordado y comentado* (con estudio preliminar de A. Téllez Aguilera),ed., Edifoser, Madrid, 2000, p. 290.

³⁸ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos...*, *ob, cit*, p. 240. Al contrario del supuesto de las obligaciones que nacen de convenio, en que la ley, sobre la base de un sentimiento innato de justicia, lo que hace es sancionar lo que está ya arreglado por la conciencia expresa de los contrayentes. En definitiva, el fundamento específico de las obligaciones que nace de un hecho ilícito son los grandes principios de moral profundamente gravados en el corazón de los hombres, como el que estamos obligados a reparar los agravios y daños que hayamos causado.

injusto el daño sufrido por un sujeto, o bien porque ese daño fue injustamente causado, o bien porque es injusto que lo soporte quién lo recibió, daño injustamente recibido. Esta idea tiene su reflejo en la evolución de la responsabilidad civil que, en esencia, ha pasado de tener su centro el sujeto agente y su actitud, al sujeto paciente y su esfera de derechos, llevando a algunos autores a afirmar, a nuestro juicio generalizando en exceso, que no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso, como de determinar cuál sea el patrimonio que, en último término, ha de soportar sus consecuencias dañosas, y así más que de una imputación personal se trata de una imputación patrimonial, y la idea de culpa pasa a ser tan sólo uno de los criterios de imputación, entre otros muchos, que habrán de servir de base para llevar a cabo una distribución de manera justa³⁹.

Finalmente, el tener claro que la *ratio* de la responsabilidad civil es el daño, tanto el causado como el recibido injustamente, es lo que ha permitido que muchos Ordenamientos del sistema jurídico del Derecho codificado de influencia latina, cuyo régimen de responsabilidad civil lo preside el principio de la responsabilidad basada en la culpa en sentido subjetivo, hayan legislado la responsabilidad civil del incapaz sin capacidad de culpa, en lo que se profundizará, por razones sistemáticas, en el capítulo tercero⁴⁰. Y, asimismo, haber determinado que la *ratio* de la responsabilidad civil es “evitar el daño injusto”, nos va a permitir, por una parte, afirmar que sean varios los criterios de justicia para imputar un daño a un sujeto determinado, siendo tarea del jurista discernir el criterio más justo para cada situación. Y, por otro, establecer el límite entre la responsabilidad civil y otros mecanismos de reparar el daño, para los que, a diferencia de aquélla, es irrelevante la licitud o ilicitud del daño producido, y cuya mención es imprescindible para tener una visión completa del Derecho de daños.

De modo que la conexión entre estos mecanismos y el instituto jurídico de la responsabilidad civil es lo que vamos a estudiar en el próximo epígrafe.

³⁹ COSSÍO, A.DE, ob.cit, p. 528. Y en sentido parecido, SCAEVOLA, Q.M., *Código civil*, redactado por P. MARÍAN PÉREZ Y J.M. ÁLVAREZ DE MIRANDA Y TORRES, t. XXXI, arts. 1902-1029, ed., Reus, Madrid, 1974, p. 332. Si en el Derecho romano existían excepciones al principio de la culpabilidad que siempre obedecieron a consideraciones de utilidad social y práctica, sería razonable admitir en el Derecho moderno otros supuestos de análoga trascendencia, aunque no hayan podido ser previstos por el Derecho romano al responder a otras circunstancias históricas.

2.- CONEXIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS MECANISMOS COLECTIVOS DE REPARACIÓN.

Tradicionalmente el Derecho de daños, como apéndice del Derecho de obligaciones, se ha construido jurídicamente sobre el concepto de responsabilidad⁴⁰. Sin embargo, la incapacidad de la responsabilidad individual en orden a asumir sola la reparación de los daños fue lo que provocó en Europa, a mediados del siglo pasado, la eclosión de los mecanismos de indemnización colectiva que van a entrar a formar parte del Derecho de daños⁴². En

⁴⁰ Vid. *Infra*. II.5 del capítulo tercero.

⁴¹ Díez PICAZO, L., "La responsabilidad civil hoy", *ADC*, 1979, p.731; y ROCA, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 17-18. Esta autora estudia la responsabilidad extracontractual desde la relación entre la misma y el Derecho de daños, en el que incluye los diversos tipos de responsabilidad, la contractual y la extracontractual y dentro de ésta, la derivada de delito.

Más allá, el origen histórico de la responsabilidad extracontractual nos proporciona la forma de identificar los distintos factores que intervienen en la formación actual del Derecho de daños, en razón de que en el Derecho romano la obligación derivada del daño incluía todos los casos de delito culposo y se fundamentaba en la citada *Lex Aquilia*, que sirvió a lo largo del tiempo para estructurar un sistema más o menos teórico sobre la responsabilidad civil-vid. ROCA, E., *ob.cit.*, pp. 17-18-. Esta idea la matiza, LÓPEZ JAOISTE, JJ, *ob.cit.*, p. 4933, que nos explica que el término de Derecho de daños, en realidad, no es moderno pues, incluso después de la codificación, que es cuando se implantó el mismo, se seguía utilizando la expresión del "deber de indemnizar los daños y perjuicios", como fórmula equivalente para la responsabilidad contractual o extracontractual, trasunto de la locución *Id quod interest*, que aunque naciera (D.46, 8,13,24) para el incumplimiento contractual vino a dar razón genérica de toda prestación; esto es, desde el momento en que se estimó en el mundo jurídico romano que el incumplimiento por una de las partes vino a tenerse como daño a la otra parte y las condenas se hicieron siempre pecuniarias, es cuando se unió la responsabilidad contractual a la extracontractual.

⁴² SAVATIER, R., "Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile?", *D*, París, 1966, pp. 3-26. En sentido parecido, WIDMAR, P., "Le visage actuel de la responsabilité civile en droit suisse", en *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (edité par Olivier Guillod). Publications de Centre d'études juridiques européennes, Zürich, 1991, p. 10. La causa del crecimiento de los mecanismos de reparación de daños distintos a la responsabilidad civil es, en esencia, que los criterios de imputación y transferencia del daño de la víctima a otra persona designada como responsable han dejado de estar adaptados a las necesidades de la sociedad moderna, son incompletos e incoherentes; en resumen, y parafraseado una expresión a la moda, el Derecho de la responsabilidad civil no ofrece la seguridad (jurídica) que se puede esperar legítimamente de ella.

En Estados Unidos, al contrario que en Europa, la responsabilidad civil progresó de manera tan brutal y espectacular que en los años ochenta se produjo una reacción por la que, por una parte, muchos Estados empezaron a legislar leyes anti-responsabilidad, ya sea dificultando la acción de responsabilidad civil al exigir pruebas más convincentes, ya sea limitando o reduciendo el porcentaje de indemnización que puede exigir por adelantado el abogado, o imponiendo *plafonds*, sobre todo a los daños extrapatrimoniales, o eliminando o reduciendo los daños punitivos, o, por último, deduciendo de la indemnización aquella cuantía que la víctima ha recibido de terceros-pagadores. Y, por otra, los aseguradores dejaron de ofrecer las garantías de antaño – vid, ref. "New directions in liability law", *37 Proceedings of the Academy of Political Science* nº1, 1988, y MANZER., "Tort reform legislation: a systematic evaluation of caps on damages and limitations on joint and several liability", *73, Corn. L. Rev.*, 1988, p. 628 ss, en Tunc, A., "Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé", en *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, *ob. cit.*, np. 36 y 39, pp. 33- 34.-

consecuencia, a partir de dicho momento se puede defender la existencia de un sector autónomo llamado Derecho de daños⁴³.

Este fenómeno, exterior a la responsabilidad civil, se llegó a interpretar en aquél momento como la crisis o el fracaso definitivo de la responsabilidad civil como sistema de reparación de daños, hasta el punto de desaparecer como tal en algunos Ordenamientos jurídicos, y de cuestionarse qué lugar ocupa en los que pervive⁴⁴; si bien, no ignoramos que hubo factores internos a la propia institución jurídica de la responsabilidad civil que influyeron, de igual grado, en la crisis de la que hablamos⁴⁵. Por el contrario, con la perspectiva que otorga el paso del tiempo, creemos que no hay razón para el pesimismo, y defendemos que la responsabilidad civil aparece como una de las partes de un servicio general de reparación de daños; más en concreto, se puede decir que es un capítulo de otro más amplio, el de responder –distribución, que corresponde a todos los casos de daños civiles, hayan sido ilícitos o no⁴⁶.

En consecuencia, en la actualidad, se puede hablar abiertamente que el Derecho de daños se escinde en dos grandes bloques: uno de ellos, el que tradicionalmente se basa en la responsabilidad civil; y otro, el que se funda en principios socializadores del daño que conoce instituciones tales como la Seguridad social, Fondos de garantía, el Derecho del seguro, etc., que persiguen la misma finalidad de reparar que la institución jurídica de la responsabilidad

⁴³ En contra, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, t.II, Derecho de Obligaciones, ed., Trivium, 1995, p. 327, para quién la defensa de construir un sector autónomo llamado Derecho de daños es polémica, ya que trae causa del movimiento pendular que caracteriza a los movimientos sociales. Por otra parte, el mismo término de Derecho de daños lo juzga inadecuado, por ser de clara importación anglosajona, y no tener ninguna utilidad práctica, ya que el fondo de la cuestión sigue siendo el mismo, esto es, el estudio de un subsector del Derecho privado patrimonial en el que el nacimiento de las obligaciones se produce a consecuencia de la realización de una serie de actuaciones y omisiones de carácter negligente que conllevan la necesidad de reparación a favor del perjudicado.

⁴⁴ Ref. RODOTÁ, S., *Il problema de la responsabilità civile*, ed., Giuffrè, Milano, 1967, en Sáinz Cantero-Caparrós, M.B., *La reparación del daño ex delicto: Entre la pena privada y la mera compensación*, ed., Comares, Granada, 1997, np. 3, p. 159.

⁴⁵ JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ed., Dalloz, 2^e édition, París, 1994, pp. 17-20. La crisis actual de la responsabilidad civil se debe, no sólo a los factores externos mencionados sino, también, a factores internos. Esto es, la “crisis interna” de la institución jurídica ha venido: a) por la pérdida del efecto disuasorio o preventivo de la responsabilidad basada en la culpa deformada que se exige, hoy en día, por los Tribunales; verdaderas “*poussières de faute*”, en supuestos en los que se produce un error o inadvertencia estadísticamente inevitable, y debida a relajaciones de atención, que la persona incluso más diligente y prudente no podría evitar. b) Y por la insuficiencia de la culpa para los daños accidentales.

⁴⁶ LÓPEZ OLAGIREGUI, J.M., ob.cit, p. 941.

civil⁴⁷, y que vamos a denominar, siguiendo la expresión de VINEY, mecanismos colectivos de reparación de daños⁴⁸.

A.- Ascendencias mutuas y diferencias.

Los mecanismos colectivos de reparación de daños se basan, frente a la consideración individualizada de cada daño en que consiste la responsabilidad civil, en la visión estadística de los mismos que los agrupa en torno a ciertas causas a las que la experiencia común confiere la cualificación de “fuentes de riesgo”, y que, como tales, obligan a aquéllos que se encuentran en condiciones de actuar sobre ellas a ciertas obligaciones, sobre todo a cubrir los daños eventuales por un seguro u otra garantía colectiva⁴⁹. En definitiva, estas instituciones son la expresión directa de la solidaridad social frente a la mala fortuna de algunas víctimas, y cuya filosofía se cifra, no en determinar las condiciones ante las que reparar un daño, sino definir un ámbito en el que la sociedad indemnizará; conociéndose los daños como “riesgos sociales”, cuya indemnización conviene asegurarla a través de un reparto entre los ciudadanos.

De este concepto deducimos que el límite que separa a la responsabilidad civil de los mecanismos colectivos de reparación se encuentra en la ilicitud o injusticia del daño, esto es, para estos mecanismos es indiferente la licitud o ilicitud del daño y, por el contrario, sabemos que la *ratio* de la responsabilidad civil establece que ésta sólo funciona si se produce un daño ilícito, tanto el recibido como el causado.

La doctrina suele dividir, a su vez, estos mecanismos en dos subgrupos: Por un lado, existen los mecanismos colectivos de reparación de daños indirectos. El modelo por excelencia lo encontramos en el seguro de responsabilidad civil, en razón de que la indemnización del asegurador está subordinada a la declaración previa de responsabilidad de su asegurado, incluso si esta última es puramente verbal⁵⁰; y así lo consagra el artículo 76 de

⁴⁷ VINEY, G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, (Bibliothèque de Droit privé, sous la direction de Henry Solus), t.III, LGDJ, París, 1965, p. 190.

⁴⁸ *Ibidem*, p.188.

⁴⁹ *Ibidem*, p.219.

⁵⁰ REGLERO CAMPOS, F., “El seguro de responsabilidad civil”, en *Lecciones de Responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), ed., Aranzadi, Navarra, 2002, p. 190, que afirma que es doctrina pacífica que la

la Ley del Contrato de Seguro (LCS) al permitir que el asegurador pueda oponer a la víctima, tanto su culpa exclusiva, como, desde una interpretación extensiva de dicho precepto, cualquier otra circunstancia que impida el nacimiento de la responsabilidad civil del asegurado, por ejemplo, que los daños fueron debidos a fuerza mayor o a hecho de un tercero, etc⁵¹. En definitiva, el principio jurídico que rige el seguro de responsabilidad civil es el que reza que: “el seguro sigue a la responsabilidad”, al ser un mero “medio liquidatorio” que no altera la naturaleza de la deuda que trata de satisfacer, y no ser la única forma de liquidarla, como lo demuestran los casos en que no actúa el seguro o, en que el responsable del accidente es el que haya de soportar el resarcimiento económico a favor de los perjudicados, según indica la STS de 27 de enero de 1983⁵².

Y, por otro, se encuentran los mecanismos colectivos de reparación de daños directos que nacieron ante la desventaja de los anteriores, ya que la investigación de la responsabilidad civil se experimenta, en general, como un rodeo inútil que conlleva el coste de contenciosos que alargan los plazos de indemnización. Debido a este inconveniente, existe una práctica en el Derecho anglosajón del seguro de responsabilidad civil que conlleva la ruptura del deber de “buena fe” por parte de las aseguradoras; en concreto, es habitual que los abogados de las aseguradoras lleguen a un acuerdo transaccional con la víctima por el que indemnizan a ésta por debajo de la cuantía asegurada, en supuestos en que no se ha probado la responsabilidad civil de su asegurado, pero al accionar posteriormente, contra su asegurado, ejercitando el

conditio iuris de la obligación del asegurador es que el asegurado sea civilmente responsable de las consecuencias dañosas del hecho previsto en el contrato (art. 73.I LCS). En el ámbito del Derecho de daños la responsabilidad es el presupuesto de la obligación, de modo que ésta no puede nacer sin aquélla. Y naturalmente, es irrelevante cuál sea el título de imputación por el que el asegurado es responsable, pues la responsabilidad no nace necesariamente de una conducta culpable o dolosa, sino de un determinado criterio de atribución: el que el ordenamiento asigne a cada ámbito de actividad. Declarada aquélla sea objetiva o subjetiva, el asegurador queda obligado, como se recoge en las sentencias, entre otras, de 8.11.2000 (RJA 2000, 8499; 31.1.1998 (RJA 1998, 356); 3.4.1996 (RJA 1996, 2880); y 15.6.1995 (RJA 1995, 5295). Y, GAMERO CASADO, E., “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, REDA, 1999, nº.103, pp. 368-371.

⁵¹ REGLERO CAMPOS, F., “El seguro de responsabilidad civil”, ob, cit, p.198, y además, si la responsabilidad civil es subjetiva, que no intervino culpa en el agente.

⁵² Citada por SANTOS BRINZ, J., “La responsabilidad por hecho ajeno. Su proyección en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, y en el nuevo Código Penal”, RDP, Mayo, 1997, p.342, que recoge la opinión, al respecto, de Jourdain, y describe la responsabilidad civil por hecho ajeno como una cadena ininterrumpida de responsabilidades, a cuyo último eslabón no puede llegarse sin la inicial declaración de culpabilidad del agente productor del daño. Por ejemplo, la culpabilidad del dependiente al causar un daño es la base para la declaración de la responsabilidad directa del mismo, sobre la base del artículo 1902 CC, y ésta es la que da lugar, en segundo grado, a la responsabilidad, también extracontractual, directa del empresario o persona obligada a responder por la directamente obligada, sobre la base del artículo 1903 CC, y, en último término, da

derecho de subrogación, le exigen a éste la cuantía total asegurada⁵³. No obstante, el Derecho anglosajón sí ha llegado a admitir la legalidad de las cláusulas de “prohibición de reconocimiento de responsabilidad sin el consentimiento del asegurador”⁵⁴.

En definitiva, entre los mecanismos colectivos directos de indemnización de daños se encuentran, entre otros, el Estado, la Seguridad social⁵⁵, los Fondos de garantía, o incluso los seguros directos de personas o de cosas que se obligan a la indemnización de ciertos daños sin la previa investigación de la responsabilidad civil⁵⁶. Y un ejemplo paradigmático es la Ley de 1 de abril de 1974 de Nueva Zelanda por la existen Fondos públicos para la indemnización de todas las víctimas, que hacen innecesaria toda indagación sobre la responsabilidad civil⁵⁷. Pero, a pesar de la bondad con que la doctrina presentó, en un primer momento, estos sistemas, tanto en el Derecho continental como en el anglosajón⁵⁸, no se tardó en poner de

lugar, ya por una vinculación contractual, a la del asegurador de aquélla, que asume las responsabilidades del asegurado, garantizando a éste como a cualquier otra persona, conforme a lo convenido.

⁵³ Vid. BIRDS, J., *Modern Insurance Law*, 4th edition, Sweet & Maxwell, London, 1997, pp. 349-350. Es acorde a derecho, en opinión del autor, que las aseguradoras puedan transigir con la víctima, pero siempre que no admitan injustificadamente la responsabilidad civil de su asegurado, y que no transijan fuera de la cobertura de la póliza –*Groom v. Crocker* (1939) 1K.B. 194; *Beacon Insurance Co. v. Langdale* (1939) 4 All E.R. 209-.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 351-352. Es interesante el reconocimiento de la validez de tal cláusula por la *High Court of Australia* en el polémico caso de distribución de la “*thalidomide*” a mujeres embarazadas, y que más tarde se demostró con efectos dañinos para el feto de las gestantes –*Distillers Co. Ltd v. Ajax Insurance Co. Ltd* (1974) 48 A.L.J.R. 136-. Este caso puso en evidencia que, muchas veces, el asegurado, en este supuesto la compañía inglesa Distillers distribuidora de producto, quiere evitar con el “*settlement*” la mala publicidad de una demanda judicial, y que el acogerse las aseguradoras a la cláusula de “prohibición de reconocimiento de responsabilidad sin el consentimiento de la aseguradora” no implica en sí misma arbitrariedad, como se constató en este caso en que el Tribunal reconoció tal derecho a la compañía aseguradora Asax, incluso habiendo renunciado a representar legalmente a su asegurado.

⁵⁵ Para un análisis actual del sistema español de Seguridad social que otorga cobertura a determinados riesgos de los trabajadores -vid. Díez PICAZO, L., *Derecho de daños*, ed., Civitas, Madrid, 2000, pp.173-186.

⁵⁶ JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob, cit, p.21. En contra, TUNC, A., ob.cit, p. 38. Para este autor la expansión de los seguros directos favorecería las desigualdades sociales.

Respecto a la doctrina americana, vid, ref. PRIEST, G., “The invention of enterprise liability: a critical history of the intellectual foundation of modern tort law”, XIV, *J. Leg. St*, 1985, p. 461, en Tunc, A., ob.cit, p.35. Este autor defiende el seguro directo (“*first-party insurance*”) frente al seguro de responsabilidad civil (“*third-party insurance*”) sobre la base de que el coste de este último es 2,75 a 5,75 veces más elevado que el primero.

⁵⁷ Ref. TUNC, A., “Quatorze ans après: le système d’indemnisation néozélandais”, *Rev. Int. Dr. Com.*, 1989, pp. 139-144, en Gómez Calle, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ed., Montecorvo, Madrid, 1992, np. 112, p. 68. En este trabajo se resume el informe presentado el 9 de mayo de 1988 por la *Law Commission* de Nueva Zelanda y defiende el sistema implantado en 1974 en sus puntos esenciales. En resumen, un primer fondo cubre todos los trabajadores contra todo tipo de daños corporales por accidente y las enfermedades profesionales; un segundo fondo atiende a las víctimas de accidentes causados por la utilización de un vehículo en el país y, por último, un tercer fondo, financiados por el Estado, cubre a todas las víctimas de accidentes ocurridos en el país que no estuvieran atendidos por los dos fondos anteriores, incluidos los extranjeros visitantes.

⁵⁸ Ref. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO., *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Nápoles, 1992, pp.59-72, en De Ángel Yagüez, R., *Tratado de responsabilidad civil*, ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 66. Este autor resume algunas de las ventajas del sistema de seguridad social, entre las que menciona, que no existe ánimo de lucro; que reparte los recursos según los principios de justicia distributiva fundados en la solidaridad;

manifiesto que su coste económico es un freno a su expansión indefinida, de la que, a su vez, se podrían derivar consecuencias tales, como la disminución del ahorro y de la inversión privada, y el aumento constante del déficit público⁵⁹. En consecuencia, advertimos que estos mecanismos son inviables, como sistema generalizado de reparación de daños de la sociedad, para nuestra realidad española actual⁶⁰.

Una vez expuesto el concepto de los mecanismos de colectivización de daños, es conveniente indagar, tanto en las influencias mutuas que presenta con la responsabilidad civil, como en sus diferencias, en orden a concluir el tipo de conexión que presentan ambos bloques, esto es, si se superponen en sus funciones o si cada una conserva un papel a cumplir en el Derecho de daños.

En relación a las ascendencias mutuas, es un hecho incuestionable que el seguro de responsabilidad civil fue una consecuencia clara de la responsabilidad civil objetiva sin la cual aquél no habría existido⁶¹. Pero, a su vez, la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil

que transfiere el peso de las consecuencias sobre la colectividad y utiliza instrumentos fiscales fundados en criterios de progresividad de la capacidad contributiva y; por último, que favorece el mecanismo de las prestaciones periódicas y la reinserción social y profesional de la víctima y que *adopta una técnica de liquidación más rápida y bastante menos onerosa facilitando la internacionalización del costo de los accidentes*.

Y respecto al Derecho anglosajón, los calificados como *third party insurance* o seguros de responsabilidad civil, frente a los *first insurance party*, se señalan por la doctrina como mucho más caros y menos eficientes para operar que los seguros directos, lo que ha sido un factor, entre otros, que ha llevado a mucha gente a concluir estos últimos en ciertas áreas, especialmente los accidentes en carretera y de trabajo. Incluso se pronostica que los seguros directos deberían ser asumidos, no sólo por seguros privados sino también, de modo más lógico, por el Estado como parte del sistema de seguridad social del país. No obstante, los mismos defensores de los *first insurance party* reconocen lo improbable de la propuesta. – vid. CANE, *Atiyah's Accident Compensation and the Law*, 5TH ed., 1993-

⁵⁹ DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob.cit, pp.188-189, y JOURDAIN, P., ob.cit, p. 22. La generalización de la indemnización de daños debe ser analizada desde el punto de vista del coste de los que tienen la carga de su financiación por las primas y las cotizaciones. En consecuencia, la restricción al desarrollo de las diversas técnicas de indemnización colectiva se encuentra en la capacidad limitada de los ciudadanos y de las empresas para soportar el peso de su financiación. En realidad, la difusión de la reparación no puede traspasar un cierto umbral más allá del cual las cargas sociales devienen excesivas, y son un riesgo para la competencia entre las empresas, ya que una difusión excesiva de los daños conduciría a que algunas empresas abandonaran actividades socialmente útiles, pero demasiado onerosas a asegurar.

⁶⁰ Al igual se predica respecto a la realidad jurídica francesa, vid. JOURDAIN, P., ob.cit, p. 14, que nos explica que en Francia los mecanismos colectivos de reparación directa se reducen a la Seguridad Social, ciertos Fondos de Garantía como, por ejemplo, para accidentes de circulación, de caza, víctimas de infracciones y de actos terroristas y transfusiones sanguíneas contaminadas por el virus del SIDA, etc; y a ciertos seguros directos de personas o de cosas como, por ejemplo, los seguros de accidentes, seguros de construcción, etc, que asumen la carga de ciertos daños sin la previa investigación de la responsabilidad.

⁶¹ ÁLVAREZ LATA, N., “Responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo”, en *Lecciones de Responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), ed., Aranzadi, 2000, p. 173, que nos explica que el seguro de responsabilidad civil tiene en las actividades de riesgo uno de los ámbitos naturales de actuación; bien

objetiva no hubiera sido posible sin el seguro de responsabilidad civil, pues los patrimonios individuales se mostraron demasiado estrechos para garantizar efectivamente la reparación de todos los daños de los que cada uno puede ser declarado responsable independientemente de su culpa. Esto es, la expansión actual del seguro de responsabilidad civil acompaña y favorece a la responsabilidad civil objetiva; incluso, se puede decir que la condiciona, en el sentido de que es constatable, a pesar de no ser reconocido explícitamente por la jurisprudencia y la doctrina, que el abuso o el desarrollo que ha experimentado la determinación del responsable por razones ajenas a la culpa ha estado influido por la presencia y el desarrollo de los mecanismos de reparación colectiva. En concreto, en los supuestos en que no es obligatorio el aseguramiento, es práctica habitual, sobre todo en la responsabilidad civil por hecho ajeno, que los Jueces, si existe la posibilidad económica y financiera de acometer dicho aseguramiento, determinen al responsable sin acudir a la culpa. Y, viceversa, ante la ausencia de un seguro de responsabilidad civil, duden en condenar a los responsables que no hayan incurrido en culpa al pago de indemnizaciones elevadas que les conducirían a la ruina.

En palabras de JOURDAIN, si la atención se centra, hoy en día, más que antaño en las víctimas no es solamente porque los daños sean más graves sino porque, sobre todo, en casi todos los casos el responsable había tenido la posibilidad o incluso la obligación de asegurarse; lo que, por otra parte, ha llegado a influir en que el Derecho positivo haga cada vez más depender la responsabilidad civil de la aptitud de las personas a asegurarse, notablemente cuando se trata de designar a un responsable distinto del autor directo del daño⁶². Asimismo, esta tendencia pudo convertirse en realidad legislativa en España, aunque sólo en lo que respecta a la responsabilidad civil del empresario, si hubiera llegado a buen término el borrador de una posible reforma de los artículos 1902 a 1910 del Código civil que en el año 1992 el Ministerio de Justicia encargó a la Comisión General de Codificación. Ya que esta propuesta establecía la responsabilidad de los empresarios por los daños típicos derivados de la actividad desarrollada por tales empresarios, y presumía el carácter típico de

sea por imperativo social o legal, los empresarios tienden a desplazar su riesgo patrimonial a la aseguradora en aras de garantizar su solvencia y, por tanto, la indemnización de la víctima, en caso de producción de daños. Y, JOURDAIN, P., ob, cit, pp. 9-13.

⁶² JOURDAIN, P., ob, cit, p.30, que nos explica que esta posibilidad se juzga por la jurisprudencia, de modo evidente, en los casos de responsabilidad civil de los padres y de otros guardadores legales por los hechos de los menores, pues de modo casi automático basan aquélla en la garantía de solvencia de los guardadores. En definitiva, parece que hay menos reparo en imponer dicha obligación de reparar, constituida únicamente la relación de causalidad entre el hecho del menor y el daño, cuando existe la posibilidad o el deber de asegurarse.

los riesgos y de los daños por el hecho de que los establecimientos o empresas del mismo ramo los tuvieran ordinariamente cubiertos por un seguro⁶³. Y a pesar de que esta iniciativa no ha obtenido una consagración legislativa, nos explica ÁLVAREZ LATA que la casi imperativa presencia del seguro en el ámbito de las actividades empresariales de especial riesgo, ha llevado a algunos autores y, por fortuna, a escasas resoluciones judiciales, a propugnar la llamada “responsabilidad por asegurabilidad”, esto es, a forzar el mecanismo de imputación, hasta llegar a convertir al seguro en criterio de atribución de la responsabilidad civil, si el daño producido debió ser asegurado por el agente pero no lo fue. O, desde otra perspectiva, se imputa el daño a quien lo haya asegurado, independientemente de otras circunstancias, ya que si lo aseguró es porque el agente entendió que habría de atribuírsele, en definitiva, porque lo consideraba como riesgo típico de su explotación⁶⁴.

Sea como fuere, si lo que está claro es que el seguro ha influido en la propia expansión de la responsabilidad civil, se le reprocha, por otra parte, haber influido negativamente, al desnaturalizar su función preventiva y haberla reducido a la indemnizatoria⁶⁵. En otras palabras, la incidencia del sistema de aseguramiento en el sistema de responsabilidad civil ha producido una despersonalización de la obligación de reparar, convirtiendo el daño en anónimo, ya que en virtud de la consagración legal de la acción directa de la víctima frente a la aseguradora⁶⁶, el responsable civil disfruta, paradójicamente, de una total irresponsabilidad, al no recaer sobre él la carga de la indemnización efectiva⁶⁷.

⁶³ DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob.cit, p. 194.

⁶⁴ ÁLVAREZ LATA, N., “Responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo”, ob, cit, pp. 313-314; y DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob.cit, p. 194, que nos señala que esta idea subyace en la STS de 28.6.1991 de la Audiencia de Valladolid que condenó al dueño de un garaje a indemnizar al propietario de un automóvil por un incendio ocurrido en él, argumentando que el contrato establecido por el propietario del vehículo con el empresario del garaje llevaba implícita una obligación de vigilancia como lo demostraba el hecho de que el demandado, para la explotación del negocio había concertado un seguro con el propósito de cubrir tales riesgos.

⁶⁵ VINEY, G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, ob.cit, p. 213. Se llegó a decir que la responsabilidad había perdido toda significación pues, “*le responsable n’est qu’un fournisseur d’assurance*”. En el mismo sentido, JOURDAIN, P., p. 13. El seguro ha venido a perturbar el funcionamiento de la responsabilidad civil, pues al descargar de la indemnización efectiva al responsable que disfruta de una total irresponsabilidad se debilita la función preventiva de la responsabilidad; y BUFFELAN- LAVORE, Y., *Droit civil*, deuxième année, 5ème éd., Maisson. Droit Sciences Économiques, 1995, p. 268. Las mismas compañías de seguros dudan que el legislador convierta en obligatorio el seguro de responsabilidad, por el riesgo de hacer perder al asegurado la conciencia de su propia responsabilidad, a no ser que se previera de modo paralelo la prohibición del seguro de culpa grave y el control estricto sobre las cláusulas de tales contratos.

⁶⁶ Ref. SOTO NIETO, F., “El seguro obligatorio y el seguro voluntario. Diferenciaciones y coincidencias”, en *Estudios y Comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. Fundación MAFRE, Estudios, Instituto de Ciencias del Seguro, Madrid, 1997, p. 417; y FONT SERRA, E., “La oposición del

En conclusión, a nuestro juicio, hay que reconocer que a pesar de las influencias mutuas entre la responsabilidad civil y los mecanismos colectivos, es precisar subrayar que estamos ante instituciones netamente diferentes, ya que, en esencia, los mecanismos de reparación no significan responsabilidad civil⁶⁸, sobre todo, por dos razones:

Iº) En primer lugar, porque, como hemos apuntado anteriormente, tienen objetivos diferentes, merced a que la responsabilidad civil tiende a compensar daños infligidos de manera ilícita, y los mecanismos colectivos de indemnización tienden, meramente, a atenuar las consecuencias de los daños, cualquiera que sea su fuente.

IIº) Y, en segundo lugar, porque los mecanismos colectivos se apoyan en reglas distintas a las de la responsabilidad civil⁶⁹, como lo indica, por una parte, la parcialidad de las reparaciones que preside los mecanismos colectivos, frente al principio jurídico de la “reparación integral del daño” que rige a la responsabilidad civil. Si bien, en la actualidad se

asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/80, de Contrato de Seguro”, *RGD*, núm. 552, sep. 1990, p. 6311, en Ortega Montoro, R., “La acción directa y la oponibilidad de excepciones por el asegurador en los supuestos de alcoholemia”, *Premio La Ley*, 15 Dic. 1998, p. 14. Entendemos con Soto Nieto y Font Serra, aunque estos autores se refieran al seguro obligatorio de automóviles, que la acción directa es un mecanismo procesal del que se sirve el contrato de seguro para la protección de los perjudicados, y se trata de un derecho propio de éste, cuyo fundamento emana de la ley, que lo configura e inserta en el ámbito del contrato de seguro, y que le permite dirigirse directamente contra el asegurador para reclamar la indemnización. Por otra parte, hay que resaltar que el tercero perjudicado es el destinatario de la indemnización sin ser por ello elemento personal del contrato de seguro obligatorio, y los derechos de los que es titular le son atribuidos precisamente por la ley, y no por las partes.

⁶⁷ Ref. MORILLAS JARRILLO, M.J., *El aseguramiento del automóvil. El aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*, 1992, p. 90, en Sáinz Cantero-Caparrós, M.B, ob, cit, np. 7, p. 162. Y, JOURDAIN, P., ob, cit, pp. 13-14. En definitiva, en el proceso de responsabilidad civil el asegurador es el que juega el papel principal, pues el responsable asegurado no está presente más que formalmente, ya que la víctima demanda al asegurador en virtud de la acción directa y, éste, por el intermediario de su abogado, asume la defensa del responsable y dirige el proceso. Todo lo que contribuye a hacer de la responsabilidad civil un simple soporte del seguro y del responsable un deudor nominal pero inefectivo de la indemnización. En el mismo sentido, VINEY, G., ob.cit, pp. 223-224, y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 69.

⁶⁸ JOURDAIN, P., ob, cit, p. 1: “*La responsabilité civile doit être distinguée de l’assurance, et spécialement de l’assurance de dommage qui tend également à l’indemnisation des victimes. Mais tandis que l’assureur est totalement étranger au dommage, le responsable entretient nécessairement avec celui-ci une relation plus ou moins étroite, même s’il n’en est pas l’auteur*”.

⁶⁹ Preface de TUNC, A, en Viney, G, ob.cit, p. V. Del peligro de dicha confusión ya nos previó Viney en los años sesenta cuando juzgó como tarea urgente el liberar a la reparación colectiva de todas las trabas que suponen su confusión con el instituto jurídico de la responsabilidad civil.

Para una exposición extensa de las diferencias entre la responsabilidad civil y la Seguridad social, vid. TUNC, A., *La responsabilité civile*, ed., Dalloz, París, 1989, pp.22-31.

La Corte Suprema francesa – Chambres réunies, 2 déc 1941- afirmó de modo expreso que los problemas del seguro y de la responsabilidad civil, a pesar de la inevitable influencia recíproca de uno en la otra son, sin embargo, problemas independientes.

está poniendo de manifiesto la relatividad de este principio en lo que concierne a la responsabilidad civil objetiva o por riesgo que suele estar cubierta por cláusulas de reducción en orden a facilitar su aseguramiento⁷⁰. Incluso, respecto al Derecho anglosajón, la relatividad del principio de la *full compensation* se manifiesta con más rotundidad por la doctrina americana que llega a plantear la *mitigation* como consecuencia del más alto principio de la buena fe del Derecho de obligaciones⁷¹.

Y por otra, la distinción de la que hablamos, también, se refleja en que, por el hecho de que un posible responsable asegure el riesgo de ser responsable civil en un futuro no elimina, en absoluto, la relación de responsabilidad civil que haya nacido entre él y la víctima si se han dado los presupuestos de la responsabilidad civil⁷². En razón de lo expuesto, no compartimos la propuesta moderna de recalificar el seguro de responsabilidad civil como seguro de daños a tercero, con lo que implica de prescindir de cualquier consideración sobre los presupuestos de nacimiento de la deuda de reparar establecida en el artículo 1902 CC, en tanto que la cobertura se extendería no a la eventual responsabilidad civil del asegurado, sino

⁷⁰ La relatividad de este principio se ha puesto de relieve por la doctrina española, entre otros, por ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *Algunas previsiones sobre el futuro...*, ob.cit, pp 56-57, y 107 y ss. Los toques o límites indemnizatorios como “instrumentos para controlar el alcance y la extensión de reparar” ponen en evidencia la relatividad del principio de “reparación integral del daño”, como en la Ley de responsabilidad civil por productos defectuosos, o en las leyes de responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

En realidad, el sistema de los toques o límites indemnizatorios se ha consagrado en el art. 1.2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, al haber sido modificado por la DA 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados).

⁷¹ Respecto a la doctrina americana, vid. STOLL, H., “Consequences of liability: Remedies”, en *Int. Enc. Comp. Law*, vol. XI-2 (torts), chapter. 8, 1971, pp.136-167. Este autor analiza dos criterios que relativizan el principio de “*full compensation*” que rige la responsabilidad civil, pero nos advierte que sólo tienen sentido en relación con la responsabilidad por culpa (*liability for culpable conduct*) y no en la responsabilidad por riesgo u objetiva (*strict liability*). Estos criterios son, por un lado, la valoración de la cuantía indemnizatoria en función de la gravedad de la culpa que haya cometido el agente del daño, de la que es contrario el autor al no ser factible en la práctica, como lo demuestra la experiencia en Suiza, cuyo art. 43 del Código de obligaciones consagra de modo expreso dicho criterio. Y, por otro, la autoridad judicial para reducir la cuantía indemnizatoria sobre la base de criterios equitativos, que rechaza el autor como cláusula general pero la admite, en todo caso, como cláusulas que cubran situaciones específicas, como, por ejemplo, la que se base en una culpabilidad disminuida en razón de la minoría de edad, o enfermedad psíquica del agente del daño; o causas que agravan los daños por factores relacionadas con la esfera de riesgo de la víctima, tales como la predisposición a ser dañado, o los grandes ingresos de la persona dañada, etc.

También, LITVINOFF, S., “Damages, mitigation, and good faith”, en *Tul. L. Rev*, 1999, vol. 73, núm. 4, pp. 1161-1195, en concreto, p. 1194. El nuevo artículo 2002 del Código civil de Luisiana ha positivizado un principio que ya venía siendo reconocido por la jurisprudencia del estado, el principio de reducción de la cuantía de indemnizar (*principle of mitigation*) como consecuencia natural del principio más general del Derecho de obligaciones de la buena fe.

⁷² MAZEUD, H.L.J./ CHABAS, F., *Thaïté théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, vol. 2º, Ed., Montchrestien, París, 1983, pp. 181-182. No se puede apoyar la legitimidad de

a la simple constatación del daño. Esta tendencia se basa en que la deuda del asegurador está configurada legalmente en atención a la víctima, lo que altera su posición contractual⁷³. Por el contrario, entendemos que la clara connotación de protección a la víctima de la que el legislador reviste al seguro de responsabilidad civil, no es óbice para la distinción apuntada, como lo constata el que la aseguradora, en todo caso, tenga un derecho de repetición frente al asegurado, *actio in rem verso*, en el supuesto de que el daño sea debido a conducta dolosa de éste, según el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, y según el artículo 7 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, en el ámbito más concreto de circulación de vehículos a motor⁷⁴⁻⁷⁵.

las cláusulas de exclusión de responsabilidad civil delictual en la legitimidad del contrato de seguro que permite que el responsable no pague.

⁷³ De ahí, que la DA 3ª de la LO 8/1989, de 21 de junio de actualización del Código penal fije un interés del 20% anual a las indemnizaciones que tengan que pagar los aseguradores como consecuencia del seguro de responsabilidad civil derivado de la circulación de vehículos a motor, si no han sido satisfechas o consignadas judicialmente dentro de los tres meses siguientes a la fecha del siniestro. Esta discutida cláusula se ha entendido como sanción en beneficio de la víctima -vid SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B, ob, cit, np. 15, p. 165-.

⁷⁴ A partir de ahora LRCSCVM - La Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ha modificado el nombre de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor, Texto Refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, dando una nueva redacción al Título I de la Ley, y por tanto, al artículo 7-

Artículo 76 LCS: “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero”. Y, el art. 7 LRCSCVM: “El asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir: a) contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos, o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (...).

⁷⁵ Para una visión completa de la problemática entre la acción de repetición y la oponibilidad de excepciones en el contrato de seguro de responsabilidad civil, vid. ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, “La responsabilidad civil de los aseguradores”, en *Responsabilidad civil por daños en el tercer milenio*, ob, cit, pp. 277-278, nos explica que en la jurisprudencia española existen dos direcciones interpretativas distintas acerca de la acción directa del perjudicado y el derecho de repetición del asegurador, consagrados en el artículo 76 de la LCS 1980, y que tienen su respaldo doctrinal respectivo. Estas dos interpretaciones se recogen en la STS de 4 de abril de 1990: a) Por un lado, la teoría que sostiene que, incluso en caso de dolo, el asegurador debe pagar al tercero, sin perjuicio de su derecho a repetir frente al asegurado, pues la acción directa del perjudicado, aunque tiene como presupuesto la existencia de un contrato de seguro que ofrece una determinada cobertura al asegurado, deriva de un *derecho propio* de ella, independiente o autónomo del derecho del asegurado -vid. SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro”, en *Comentarios al Código de comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XXIV- 2º, Madrid, 1985, pp. 619 ss; Y, por otro, b) la teoría que afirma la dimensión de los derechos del perjudicado y de sus herederos no puede ser superior a la de los del asegurado contratante, por lo que las condiciones generales, como las particulares, así como las limitativas, vinculan y obligan al asegurado -y en su día al perjudicado- siempre que se cumplan las cautelas previstas en el artículo 3 LCS -vid. STS 10.11.1991-.

Y, para un estudio de la “acción de repetición” en el seguro de responsabilidad civil por circulación de vehículos a motor en los supuestos de alcoholemia, vid. ORTEGA MONTORO, R., “La acción directa y la oponibilidad de excepciones por el asegurador en los supuestos de alcoholemia”, *La Ley*, ob, cit, pp. 12-20, que nos explica, de modo convincente y claro, la influencia de la Sentencia de 28 de marzo de 1996 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretando las Directivas 84/5/CEE, y 90/232/CEE en el tema presente. Y concluye que la decisión del Tribunal para el contrato de seguro obligatorio es aplicable, de igual modo, para el

Por último, tener claras las diferencias entre la responsabilidad civil y los mecanismos colectivos de reparación de daños es lo que, a nuestro entender, ha traído como loable consecuencia que el Derecho español, frente al panorama europeo, consagre “la teoría de la compatibilidad” entre ambos sistemas. Y esta realidad jurídica, que tiene su seguimiento doctrinal y jurisprudencial, la pasamos a analizar en el apartado siguiente.

B.- La “teoría de la compatibilidad” como regla general.

En términos generales, se puede afirmar que el Derecho español ha consagrado la “teoría de la compatibilidad” entre las indemnizaciones derivadas de algunos mecanismos colectivos de indemnización de daños y la indemnización derivada de la responsabilidad civil, de la que vamos a estudiar dos aplicaciones.

Iº) En primer lugar, esta teoría encuentra su reflejo entre las prestaciones derivadas de la Seguridad social y la indemnización civil⁷⁶; si bien, su estudio nos lleva a considerar que en este caso la compatibilidad tiene una doble vertiente: por un lado, respecto a la víctima, y por otro, respecto al responsable civil:

La teoría de la compatibilidad respecto a la víctima se desprende de los artículos 127.3 y 123.3 del RD Legislativo 1/94, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y del respaldo constante y reiterado de nuestra jurisprudencia⁷⁷. Y la razón de dicho respaldo, según los términos de la STS de 26 de

voluntario; en concreto el Tribunal estableció que: “el contrato de seguro obligatorio no puede prever que, en determinados casos, y en particular en el de embriaguez del conductor del vehículo, el asegurador no esté obligado a indemnizar los daños corporales y materiales causados a terceros por el vehículo asegurado. Sin embargo, el contrato de seguro obligatorio puede prever que en tales supuestos, el asegurador disponga de una acción de repetición contra el asegurado”, lo cual se refleja en el actual artículo 7 de la LRCSCVM.

⁷⁶ Para el estudio del problema de la acumulación o deducción de indemnizaciones en el ámbito europeo, vid. ref. VOUYOUCAS, C., “Les tiers payeurs”, en *Actes du Colloque, del Coloquio jurídico-europeo sobre valoración del perjuicio corporal en Derecho común de la responsabilidad*, París, 1988, pp. 175-181, en De Ángel Yagüez, R., *Algunas previsiones...*, ob.cit, np. 99, p. 210. Este autor distingue, a este respecto, cuatro tipo de ordenamientos: a) un primer grupo que aceptan la acumulación, como Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Italia, y el Reino Unido; b) un segundo grupo que no autorizan la acumulación, como por ejemplo, Alemania, Luxemburgo y Holanda; c) un tercer grupo que ofrece simplemente la posibilidad de pretender la indemnización sobre la base de diversas disposiciones, pero no el pago acumulativo, como Grecia; y, d) por último, el cuarto grupo constituido por la vía intermedia, como en Francia, pues la Ley de 5 de julio de 1985 establece la lista de prestaciones que dan lugar a reembolsos por parte de los “terceros pagadores”, y que deben ser deducidas de las indemnizaciones concedidas a la víctima.

⁷⁷ A partir de ahora LGSS. Díez PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob.cit, p.170-186.

noviembre de 1994, es que ambos deberes prestacionales nacen de fuentes diferentes, y de que el régimen indemnizatorio prestacional sito en la normativa laboral o social no asegura la íntegra reparación de todos los daños y perjuicios derivados de ellos, sino que garantiza, sin embargo, a las víctimas una cobertura mínima, tasada y uniforme, y por tanto, no obsta a la reclamación civil de la íntegra reparación del daño hasta su total significación, concurriendo los presupuestos determinantes de la responsabilidad de esta índole⁷⁸. Y, parafraseando a PANTALEÓN PRIETO, esta teoría responde a la conciencia más o menos oscura por parte de nuestro legislador y de nuestros Tribunales de justicia, de que los capitales y pensiones abonadas por la seguridad social, así como las indemnizaciones que suelen ser concedidas en materia de responsabilidad civil, son en la práctica notoriamente insuficientes, a lo que habría que añadir el hecho de que una parte de las cuotas de la seguridad social para cobertura de accidentes de trabajo las pagan los propios trabajadores⁷⁹. Aunque hay que reconocer, como lo ha puesto de manifiesto PUEBLA PINILLA, que la jurisdicción civil no ha reconocido la teoría de la compatibilidad, sino tardíamente⁸⁰.

Ahora bien, el Tribunal Supremo reconoce, por un lado, que la compatibilidad no significa que en la fijación del *quantum* de la indemnización civil haya de hacerse abstracción de las prestaciones percibidas por el trabajador por imperativo de la normativa laboral, antes al contrario éstas han de computarse, a excepción de las que sean cualitativamente diferentes de los que son objeto de cobertura por la Seguridad social, como son los daños morales; merced a que no hay que olvidar que la responsabilidad civil halla en la “justa indemnidad del perjudicado” el límite de su resarcimiento⁸¹. Y, por otro, que la compatibilidad ha de producirse entre la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo, no la dimanante de una responsabilidad objetiva, como aparece planteado con

⁷⁸ Y, también, ref. SSTs 5.1, 4 y 6.10, y 8.11.1982; 8.10.1984; 2.1.1991; 26.11.1994; 19.12.1996; 3.3.1998 y 1.2.1999, en GARCÍA GIL, F.J., *El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento jurisprudencial*. Ed., Dilex, Madrid, 2000, pp. 172-176.

⁷⁹ Ref. PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS de 6 de mayo de 1985”, *CCJC*, 1985, pp. 2609 ss, en Díez Picazo, L., *Derecho de daños*, ob.cit, np. 8, p.177.

⁸⁰ PUEBLA PINILLA, A. DE LA., “El accidente de trabajo y la responsabilidad civil del empresario, entre la jurisdicción civil y la social (A propósito de la sentencia del TS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2001)”, *ADC*, t. LV, fascículo IV, oct-dic 2002, pp.1903-1915, en especial p. 1911.

⁸¹ Ref. STS 26.11.1994, en GARCÍA GIL, F.J., ob.cit, p. 174. Tampoco es procedente tener en cuenta el lucro cesante no directamente derivado de la pérdida de ingresos laborales, pero se encuentra en cambio justificada ante perjuicios que, como el litigioso lucro cesante por la pérdida de estos ingresos, son atendidos, siquiera sea limitadamente, por las prestaciones económicas de la Seguridad social y su eventual recargo.

claridad en la STS (sala de lo social) de 30.9.1997⁸²; y, más recientemente en la STS (sala de lo civil) de 8.10.2001 (RJA 2001, 7551)⁸³.

En definitiva, la compatibilidad entre la responsabilidad civil y otros mecanismos de compensación no ha de significar una acumulación de indemnizaciones para la víctima, y por eso los Jueces aplican, según hemos visto, el “principio de reducción” en la demanda de responsabilidad civil.

Una vez expuesto el significado de la primera vertiente de esta teoría, vamos a abordar la que está en relación con el responsable civil, y que tiene por base saber si, al final, el responsable civil ha de responder de la prestación cubierta por la Seguridad social a la víctima, lo que está en relación con la función preventiva de nuestro instituto jurídico. Y para ofrecer una respuesta a esta interrogante nos hemos restringido al análisis de las prestaciones derivadas de la Seguridad social en el ámbito sanitario, y realizando, al respecto, la siguiente distinción:

Para el caso, en concreto, en que el Sistema Nacional de Salud preste asistencia sanitaria como consecuencia de la comisión de un delito o falta, y según los términos de artículo 113 CP, aquél intervendrá en el proceso penal como actor civil a efectos de solicitar que se condene al o los acusados a que abonen el importe de la asistencia sanitaria prestada, según la referencia que el citado precepto hace a que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá, también, los que se hubiesen causado a un *tercero*. Por consiguiente, y en principio en caso de delitos o faltas, el responsable va a responder de dicha cuantía.

⁸² En este sentido, DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños.*, ob.cit, pp. 170-180. Si los trabajadores de una empresa tienen cubierto el riesgo de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales a través de un sistema de responsabilidad objetiva como es el de la seguridad social, no es legítimo superponer haciéndolo además compatible con una segunda responsabilidad –la del empresario que se ha cuidado de asegurar los riesgos- que se presenta también con un carácter jurisprudencialmente objetivo.

⁸³ PUEBLA PINILLA, .A. DE LA., ob, cit, pp. 1910 y ss, que nos explica que la STS de 8 de octubre de 2001 –sala 1ª- se ha pronunciado, explícitamente, a favor de una articulación de responsabilidades indemnizatorias que se dirija a asegurar la reparación íntegra del daño pero que evite su acumulación descoordinadora. De igual modo, ha supuesto una novedad en el sentido de que, por un lado, proclama la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por accidente de trabajo dirigidas por los trabajadores o sus causahabientes frente al empresario; y, por otro, pone de relieve la necesidad de prestar especial atención al elemento de la culpa o negligencia como único criterio para imputar

Ahora bien, para el caso en que no estemos en el supuesto anterior y en términos más generales, esto es cuando el Sistema Nacional de Salud preste asistencia sanitaria como consecuencia de la comisión de un mero ilícito civil, del contenido normativo de la DA 22ª del Texto Refundido de la LGSS de 1994, del artículo 83 de la Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad (BOE, 29 de abril de 1986), y del artículo 3.1 del RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (BOE, nº.35, de 10 de febrero), se desprende, que las Administraciones Públicas que hubieren atendido sanitariamente a sus usuarios en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán derecho a reclamar del *tercero obligado al pago* el coste de los servicios prestados. Y el Anexo II del RD citado establece que entre los terceros obligados al pago se encuentran las aseguradoras en los seguros obligatorios y voluntarios, y, también, el *responsable civil*⁸⁴. Por consiguiente, al existir un derecho de repetición, parece ser, *prima facie*, que el responsable civil va a responder del coste de la prestación sanitaria. Sin embargo, de los términos legales parece desprenderse que el Sistema Nacional de Salud va a exigir dicho coste, en primer lugar, a las aseguradoras, sobre todo en los casos de seguros obligatorios en los casos de circulación de vehículos a motor, y no al responsable civil. Y si a lo dicho unimos que la acción de repetición no está regulada como obligatoria, creemos que el responsable civil del daño se va a eximir, en muchas ocasiones, de dicho importe, mermándose, de tal modo, la función preventiva del instituto jurídico de la responsabilidad civil. Y un modelo de lo dicho lo tenemos en el ámbito de la asistencia sanitaria prestada a lesionados en accidentes de tráfico⁸⁵, que se encuentra regulado por el Convenio marco de 1998 que incluye, solamente y

responsabilidad civil al empresario, y evitar, así, la confusión con el ámbito objetivo y cuantitativamente prefijado propio de la Seguridad social.

⁸⁴ En concreto, el Anexo II del citado RD 63/1995, de 20 de enero, regula la asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago, disponiendo que: los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluidos los transportes sanitarios, atenciones de urgencia, asistencia sanitaria hospitalaria o extrahospitalaria y rehabilitación, en los siguientes supuestos: (...) 4.- Seguros obligatorios: seguro escolar, seguro de deportistas federados y profesionales, seguro de vehículos a motor, seguro de viajeros, seguro de caza (...), y 6.- *Otros obligados al pago*. Este último supuesto se trata de cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, otros seguros públicos o privados o *terceros responsables de las lesiones o enfermedades causadas a la persona asistida*, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de tales entidades o terceros.

⁸⁵ Según el Anexo de la LRCSCVM punto 6, y el RD 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor, que reza que, además de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes, invalidantes o no, y por incapacidades temporales, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria

de modo significativo, tanto la relación de centros sanitarios a los que resulta de aplicación su contenido, como las *entidades aseguradoras* que lo han suscrito⁸⁶.

En relación con este tema hemos encontrado interesante resaltar la realidad jurídica inglesa en lo referente a los daños derivados de la circulación de vehículos a motor que son, por otra parte, la causa principal de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. En concreto, podemos decir que aquélla se encuentra en una tercera fase⁸⁷, calificada por LEWIS de “*recoupment*”, y que consiste en permitir a la *compensating source*⁸⁸ recuperar del responsable civil o agente del daño el coste de la ayuda que le hubiera sido prestada a la persona dañada. Y, este principio ha llevado a que, al igual que en España, en los años noventa, se pusiera en vigor el estatuto que permitiera al Estado recuperar del asegurador cualquier beneficio proveniente de la Seguridad social pagado a la víctima de un accidente hasta el momento de la reclamación de la responsabilidad civil⁸⁹. Sin embargo, la novedad se encuentra en que, tomando como base el estatuto mencionado, la actual *Road Traffic (NHS) Act 1999* y sus regulaciones permite, de modo explícito, al hospital o ente que provee al Sistema Nacional de Salud tratamiento a la víctima de un accidente de carretera, reclamar del *compensator* que haya indemnizado a la víctima el coste de dicho tratamiento⁹⁰. Esto es, el cambio se centra en que el *compensator* puede ser no sólo la aseguradora que haya pagado a la víctima, sino también *el agente del daño o responsable del mismo*. Asimismo, esta norma ha supuesto una revalorización del instituto jurídico de la responsabilidad civil en un

⁸⁶ Vid. Resolución de la DG de 20 de septiembre de 2001, que publica el vigente Convenio Marco de Asistencia Sanitaria derivada de accidentes de tráfico, celebrado entre el Consorcio de Compensación de Seguros, la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, y, entre otros, el Servicio Andaluz de Salud.

⁸⁷ LEWIS, R., “Recovery of NHS Accident Costs: Tort as Vehicle for Raising Public Funds”, en *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm.6, pp. 903-911. En Gran Bretaña, durante el siglo XIX los Jueces no tenían en cuenta otras fuentes de compensación de daños a la víctima, lo que condujo al principio de “acumulación de indemnizaciones” (1ª fase). En el siglo XX se produce un primer paso (2ª fase) en el sentido de evitar la acumulación de indemnizaciones aplicando la política de reducción de daños. Esto es, cuando se proveía a la víctima de un accidente de asistencia sanitaria, los llamados *collateral benefits*, la víctima no podía exigir al responsable en la demanda el coste del tratamiento por el que aquélla no pagó, y, entonces, el agente del daño no se obligaba a pagar el coste total del accidente (*full costs*).

⁸⁸ Fuente de compensación, por ejemplo, la seguridad social, fondos públicos, etc.

⁸⁹ “Social Security (Recovery of Benefits) Act 1997.

⁹⁰ The Road Traffic (NHS) Charges Regulations SI 1999 Nº. 786.

LEWIS, R., ob.cit, p. 903. Aunque la recuperación de los costes del Sistema Nacional de Salud sólo afecta a las víctimas de accidentes de carretera, estos representan entre el 40 y el 60 % del total de los casos de demandas por daños personales.

momento en el que estaba en descrédito en dicho país, convirtiendo a la responsabilidad civil en un medio para aumentar los fondos públicos⁹¹.

Advertimos, entonces, que la solución inglesa ha fortalecido la función preventiva de la responsabilidad civil en el supuesto específico de la conducción de un vehículo a motor, lo cual ha sido un acierto al representar los daños en este campo un cincuenta por ciento del total de los casos de demandas por daños personales. En concreto, la referida norma permite que un hospital que ha dado tratamiento gratuito a la víctima de un accidente en carretera exija del *responsable civil* que haya indemnizado a la víctima, sin incluir dicho coste, el pago del tratamiento; frente a española que, es verdad que evita la acumulación de indemnizaciones pero conlleva que, en la práctica, en los supuestos de circulación de vehículos a motor, el agente del daño o responsable no pague la cuantía total del daño causado, aunque haya intervenido culpa en su producción.

IIº) En segundo y último lugar, otro ejemplo de compatibilidad, además del que acabamos de exponer entre las indemnizaciones civiles y laborales, nos la ofrece la reparación pública a cargo del Estado de los daños producidos por determinados delitos, en cuya configuración han influido las recomendaciones y resoluciones de organismos internacionales, y los precedentes en otros países⁹².

En concreto, nuestro Ordenamiento jurídico incorpora la compensación estatal mencionada, en primer término, en el complejo sistema de reparación pública de acciones terroristas⁹³. Hay que destacar al respecto que en una primera aproximación, y según la

⁹¹LEWIS, R., ob.cit, p. 911. El problema de la “acumulación de indemnizaciones” o *collateral benefits*, que concierne a la interrelación entre los sistemas de indemnización y el Estado del bienestar, como otros aspectos del Derecho de daños, tiene una dimensión política que merece un estudio más profundo de la cuestión.

⁹² SÁINZ CANTERO-CAPARRÓS, M.B, ob.cit, p. 166, nos explica que en los países del *Common law* tienen origen las propuestas de reparación pública de los daños *ex delicto*, y que fue Nueva Zelanda el primer país que lo incorporó, siguiendo Canadá y Australia. Y en la Europa continental la República federal alemana es quien primero incorpora las tendencias anglosajonas, con la Ley de indemnización de delitos violentos de 11 de mayo de 1976; y su ejemplo fue seguido por Holanda y Francia. En éste, el sistema de indemnización por daños derivados de actos terroristas se lleva a cabo mediante un Fondo de garantía, que se financia por medio de un impuesto que grava todas las pólizas de seguro sobre la propiedad.

⁹³ Para una referencia extensa, vid. DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad estatal por los actos de bandas armadas y terroristas”, *ADC*, 1990, abril-junio, pp. 429-473.

Existe una postura contraria a que se configure la reparación estatal por los daños *ex delicto* como mero mecanismo de reparación de daños, meramente asistencial, defendiendo que sea un instrumento que se ha de incardinar en el sistema desplegado por el Ordenamiento jurídico como reacción al daño injusto. Y por tanto,

Exposición de Motivos del RD 1311/1988, modificado por la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo⁹⁴, en la misma línea que la jurisprudencia española, se configura el derecho del perjudicado al resarcimiento como medida asistencial de carácter extraordinario con la función de paliar en lo posible las graves consecuencias de los actos terroristas; y compatibles, como cualquier prestación social, con cualquier otro tipo de resarcimiento a que tenga derecho la víctima o sus causahabientes por los mismos hechos⁹⁵.

No obstante, es significativo que el legislador promulgara, bajo la presión de que el sistema de reparación estatal previsto para los actos terroristas se extendiera a todo tipo de delitos violentos, la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, sobre asistencia de delitos violentos y contra la libertad sexual, de forma distinta a la anterior, acercándose, según SÁINZ CANTERO, al sistema alemán e inglés⁹⁶. Y nos detenemos en su análisis porque se aplica a los daños *ex delicto* causados por menores desamparados, por la remisión que a dicha ley efectúa el artículo 61.4 de LO 5/ 2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM).

En concreto, la Ley 35/1995 configura a la compensación estatal, por una parte, como medida complementaria de la deuda de reparar, esto es, condiciona la concesión de la ayuda a que haya recaído condena provisional por sentencia referida al hecho dañoso, si bien se admite su concesión provisional en los supuestos de víctimas que se encuentren en precaria situación económica (art. 10). Y, por otra, regulando la subrogación del Estado en el derecho del perjudicado frente al responsable civil, y negando la compatibilidad de la ayuda estatal con las prestaciones derivadas de seguros privados (arts. 13 y 5, respectivamente). Y de estos caracteres se deduce, entonces, que la Ley 35/1995, de modo excepcional, regula la compensación estatal con una clara conexión a la responsabilidad civil *ex delicto*⁹⁷, merced a

defiende el derecho del Estado a subrogarse en la posición de la víctima, y no la mera repetición – vid. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, MB, ob.cit, p.179-

⁹⁴ BOE, núm. 266, de 6 de noviembre, RCL 1999, 2799, así como su desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre y el Real Decreto 1974/1999, de 23 de diciembre.

⁹⁵ Ref. STS (Sala 5ª) 29.4.1988, en Sáinz –Cantero Caparrós, M.B, ob.cit, np..31, pp. 170-171.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 170. Esta ley distingue entre, por un lado, las medidas sociales de asistencia respecto a todo tipo de daño, que se concretan en las informaciones que se sostienen sobre la actuación de oficinas de asistencia a las víctimas creadas por el Ministerio de Justicia e Interior, y que habrán de estar en todas las sedes de Juzgados y Tribunales. Y, por otro, las compensaciones que sólo aparecen referidas al daño *ex delicto*.

⁹⁷ También se refleja en la regulación de los límites de las ayudas ya que los criterios correctores remiten a los señalados en el artículo 112 CP 1995.

que la normativa que lo articula no desplaza la regulación del Código penal acerca de la responsabilidad civil *ex delicto*, sino que responde a la intención de proporcionar una garantía de que el perjudicado obtenga reparación de los daños más graves ante la insolvencia del responsable, frente a la que siempre podrá repetir el Estado que prestó asistencia, que le era exigible como Estado social⁹⁸.

C.- Nuestra opinión.

De los datos legislativos expuestos en el apartado anterior acerca de la conexión entre la responsabilidad civil y los mecanismos colectivos de indemnización de daños se desprende que, respecto a la víctima, están en una relación de compatibilidad, y respecto al agente del daño, en una relación, al menos de respeto teórico. Aunque, en la práctica parece que los mecanismos colectivos de indemnización olvidan la contribución que pueden hacer al instituto jurídico de la responsabilidad civil, en lo que a la función preventiva se refiere, a la hora de ejercitar un derecho de repetición frente al responsable civil o agente del daño, e incluso, como medio de subvencionarse a sí mismos.

No obstante, a pesar de que la jurisprudencia y el legislador español tengan la conciencia, más o menos clara, de la compatibilidad entre algunas fuentes de reparación, constatamos que no llegan a asumir que las diferentes fuentes de reparar se encuadren en un conjunto común y que, por consiguiente, la cuestión no se ha de plantear en términos de superioridad de unas fuentes respecto a otras, sino en las de complementariedad, ya que ninguna de ellas puede llegar a suprimir a las otras al responder a necesidades humanas diferentes⁹⁹. Creemos que se olvida con frecuencia la índole compromisoria del Derecho que busca de la manera más conveniente poder corresponder a las varias y multiformes exigencias de la vida social.

⁹⁸ SÁINZ CANTERO-CAPARRÓS, M.B, ob.cit, p. 161

⁹⁹ Aunque hay autores que, *de lege ferenda* y siempre que el estado de la economía lo permitiera, entienden que a largo plazo sería deseable una generalización de los mecanismos de colectivización, un ensalzamiento progresivo de la protección social del que se beneficiaran todos los ciudadanos, que disminuyera poco a poco la importancia de la responsabilidad civil. Por otra parte, reconocen que los mecanismos colectivos de indemnización de daños aparecieron en un momento de optimismo en lo que se refiere a la socialización de los daños que, como tantos otros campos, hoy se encuentra en clara crisis – vid. DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob. cit, p.190-.

En concreto, estamos viendo como la jurisprudencia y el legislador tienden a extender el campo de la responsabilidad civil de modo artificial flexibilizando las condiciones de la misma para indemnizar a la víctima en aras de facilitar, a toda cosa, la reparación del daño, con el peligro de paralizar las iniciativas individuales o aumentar el coste de la responsabilidad¹⁰⁰. Esto se manifiesta sobre todo en lo que concierne al presupuesto de la culpa que se está deformando hasta llegar a las “*poussières de faute*”, en expresión de la doctrina francesa, que tienen un carácter estadísticamente inevitable, y humana y socialmente perdonable, pues son errores, inadvertencias o confusiones que la persona más diligente y prudente no podría evitar. Se denuncia que la inconsistencia de dichas culpas mínimas vacías de toda significación moral ha contribuido al desmoronamiento del término de culpa que ha perdido una gran parte de su valor social en tanto que instrumento de medida de comportamientos antisociales¹⁰¹. Precisamente, y como reflejo de lo dicho, se ha puesto de manifiesto por el *Tilburg Group*¹⁰² que la expansión que la responsabilidad civil ha experimentado en las últimas décadas en todos los países europeos es un inconveniente para la unificación europea del Derecho de daños¹⁰³.

Por el contrario, y a nuestro juicio, la cuestión se debería de centrar en delimitar o redelimitar los ámbitos respectivos de las diferentes técnicas de reparación en función de la naturaleza y de las fuentes del daño: el ámbito más propio de la responsabilidad civil, y el ámbito natural de los mecanismos colectivos de reparación. Asimismo, dicha delimitación va a tener una ventaja añadida en la medida en que la esfera de influencia de la responsabilidad

¹⁰⁰ BUFFELAN-LAVORE, Y., *Droit civil*, ob, cit, p. 268.

¹⁰¹ JOURDAIN, P., ob.cit, p. 18.

¹⁰² En 1989 y 1994 el Parlamento Europeo adoptó unas resoluciones (Resolución de 26 de mayo de 1989 *Official Journal of the European Comunity* (O.J)1994 L 158/401 de 26 de junio 1994) que proponían la “unificación del Derecho privado europeo”, en orden a una posible codificación europea del Derecho privado. Hasta el día de hoy, no se le ha asignado oficialmente a ninguna entidad esta tarea; sin embargo, el estudio comparativo de los temas del Derecho de daños levantó el interés de diversos grupos de expertos, y desde 1992 se han regularizado las reuniones de un grupo de *scholars* para discutir los temas fundamentales de la responsabilidad civil, y la evolución y futuras direcciones del Derecho de daños. Este grupo es conocido como *Tilburg Group*.

Para más información sobre su composición y método de trabajo, vid. SPIER, J/ HAAZEN, O., “The European Group on Tort Law (“Tilburg Group”) and the European Principles of Tort Law”, en *Zeup. Zeitschrift fur Europaeisches Privatrecht*, 1999, vol. 3, pp. 491-492.

¹⁰³ SPIER, J/ HAAZEN, O., ob.cit, p. 489. “Another problem, which seems specific to the law of torts, is its expansion during the last decades. One feels a constant threat of ‘opening the floodgates’, with potentially far-reaching yet unforeseeable consequences. In this respect, Europeanisation of tort law only put new ideas into the heads of plaintiffs in other countries. Such developments might easily lead to overreacting on the insurers’ side (uninsurability)”

civil sería más grande en un sistema que la reconduzca a unas dimensiones adecuadas y humanas.

En tal sentido, y sólo a modo de apunte, según algunos autores una adecuada delimitación implica, por un lado, que no se olvide la importancia del aspecto preventivo de la responsabilidad y, por tanto, se configure el criterio de imputación de la culpa en sentido subjetivo, eliminado todas las incertidumbres que ha traído la teoría de la culpa objetiva; y, por otro, que se afirme la existencia de un principio general de la responsabilidad por riesgo¹⁰⁴; aspectos en los que indagaremos cuando se expongan los criterios de imputación de la responsabilidad civil a lo largo de los capítulos segundo y tercero. En definitiva, se está poniendo de manifiesto cada vez por más autores que hay que abandonar la idea de que la responsabilidad civil puede ser un sustituto de una compensación social¹⁰⁵, y fortalecer que tiene la función de influir en la tasa de los accidentes y establecer reglas óptimas de conducta; esto es, la función de prevención de la responsabilidad civil presentaría potencialidades enormes. Por ejemplo, la extraordinaria garantía que para el perjudicado implica la imperatividad de la cobertura de un seguro en el desarrollo de determinadas actividades no sustituye la deuda del responsable por el daño injusto, ya que éste ha de satisfacer al perjudicado por el daño antijurídico sufrido, y aquél solamente compensarlo, y en los límites fijados por la cobertura y económicamente admisibles.

Sobre la base de la premisa anterior, hay autores que intentan conciliar ambos bloques distinguiendo, por una parte, los daños accidentales causados por actividades de riesgo o peligrosas que han de ser cubiertos por los mecanismos de colectivización de daños¹⁰⁶, al igual que los daños que atacan a bienes fundamentales y provienen de los hechos más reprobables socialmente. Y, por otra, y fuera de los daños accidentales, el principio general de la responsabilidad civil por culpa tendría total vigencia, pues su universalidad y su flexibilidad le dotan de una gran adaptabilidad a todas las situaciones nuevas de las que no se

¹⁰⁴ WIDMAR, P., “Le visage actuel de la responsabilité civile en droit suisse”, ob, cit, p. 19.

¹⁰⁵ La idea de la sustitución puede traer causa en el hecho de que la responsabilidad civil parece ser esclava del principio *pro damnato*, lo que conlleva que la responsabilidad civil tienda a confundirse en la actualidad con el complejo mecanismo de reparaciones sociales de daños, y se esté apartando en su evolución del conflicto al que responde, ser una reacción al daño injusto –vid. SÁINZ CANTERO-CAPARRÓS, M.B, ob.cit, p. 158-.

¹⁰⁶ TUNC, A., “Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé”, ob, cit, pp. 22-23.

pueden prevalecer los otros mecanismos objetivos y automáticos de indemnización¹⁰⁷. Y en tal sentido, la doctrina parece tener claro que la responsabilidad individual sigue siendo útil en tres grandes bloques: en primer lugar, en sectores donde ésta conserva su función preventiva, como la protección de los derechos privativos de la víctima, o en las actividades económicas donde el responsable no siempre está asegurado y la eventualidad de una condena, incluso civil, tiene por su propia naturaleza un efecto preventivo; en segundo lugar, ya sea, para permitir un complemento de indemnización de la víctima, ya sea, para autorizar un derecho de repetición de los organismos pagadores frente al responsable; y en tercer lugar, para reducir el derecho de indemnización de la víctima en el supuesto de que ésta haya contribuido a la causación de la producción del daño¹⁰⁸. Incluso, y como proposición, a nuestro entender, de todo punto novedoso, creemos con BUSSANI que la responsabilidad civil, en concreto, la subjetiva puede estar al servicio de los incapaces, sobre todo del colectivo de los enfermos psíquicos; cuestión en la que profundizaremos, por su interés, en el capítulo IV de este trabajo¹⁰⁹.

Sea como fuere, al hilo de la delimitación expuesta y como hipótesis de trabajo, cuya validez queremos constatar a lo largo de este trabajo de investigación, nos preguntamos si: en primer lugar, los daños que causen los menores y los incapaces han de tener su sede, al igual que el resto de las personas, en una responsabilidad civil por hecho propio subjetiva; y, asimismo, si la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos menores de edad o mayores incapacitados les ha de regir un criterio de imputación subjetivo, o bien, uno objetivo. Y, en segundo lugar, si existen o se pueden identificar casos de daños causados por menores de edad o incapaces caracterizados por corresponder a riesgos sociales a los que toda

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 23. Aunque admite que ambos campos pueden interrelacionarse y no son opuestos, como se refleja en dos ejemplos que nos ofrece el autor. En primer lugar, hay accidentes que son resultado de la culpa del agente del daño, de tal modo que éste, si razones prácticas no se oponen, debería responder personalmente por su culpa, aunque matizando la aplicación de la reparación integral. Y, en segundo lugar, el riesgo, a veces, está presente en actividades que no se pueden calificar de peligrosas, como tener hijos, subordinados, escribir, de tal modo, que se comprende que el seguro de responsabilidad civil gane sin cesar terreno en estos campos, y que, de otra, el jurista experimente un cierto sentimiento de confusión cuando quiere apreciar la parte de responsabilidad por culpa y la de indemnización colectiva.

¹⁰⁸ Para la defensa de la responsabilidad civil, en concreto subjetiva, para indemnizar los daños a los derechos de la personalidad, vid. ROVIRA SUEIRO, MA., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob. cit, pp. 420-421; y JOURDAIN, P, ob.cit, pp. 14-15 y 25.

¹⁰⁹ BUSSANI, M., “Canales de contenido propio: Perfiles comparativos sobre la responsabilidad civil: la culpa al servicio de los débiles” (*Primera Convención latinoamericana del Derecho Ica-Perú*, Noviembre, 1995), en <http://www.v.lex.com/pe/canales/Derecho..>

la población estuviera expuesta, de modo que sería conveniente que se indemnizaran a través de los mecanismos de colectivización directa, cuestión que resolveremos en el último capítulo.

Finalmente, queremos destacar, como conclusión de lo visto hasta ahora, dos ideas: en primer lugar, que entendemos que el daño no es sólo un conflicto económico, sino también social y jurídico. De modo que es necesario armonizar dos aspectos del daño: el daño social, que requiere compensación por los mecanismos colectivos de indemnización del daño; y el daño civil, que requiere que se valore jurídicamente como “injusto”, que reclama satisfacción, y en cierta medida prevención. Y en orden a dicho concierto, entendemos con la doctrina francesa que un modo de conseguirlo, entre otros, sería que el recurso del derecho de repetición de los terceros pagadores contra el autor del daño para ejecutar la responsabilidad civil fuera obligatorio, pues no es conveniente que se utilice de modo arbitrario, cuando la función de ésta es también la preventiva. De todos modos, aquélla insiste en que el derecho de repetición no se podría ejercer frente a la culpa objetiva que no presupone la imputabilidad, sino frente a la culpa cualificada por su gravedad, esto es, la *faute lourde ou grave*¹¹⁰. Y, en segundo lugar, y siguiendo las palabras, a nuestro juicio atractivas, de ALLEN MARTIN, la responsabilidad civil no es imprescindible en nuestra sociedad, pues pocas cosas en la vida lo son, sin embargo, cumple unos objetivos valiosos al día de hoy que, si bien podrían cumplirse ventajosamente por otros instrumentos jurídicos, éstos todavía no se han inventado, y sobre todo, la responsabilidad civil subraya constantemente el valor de la autonomía individual, la dignidad individual, y la responsabilidad individual. El instituto jurídico de la responsabilidad civil nos recuerda, en definitiva, que hay valores más importantes que la eficiencia y la fría racionalidad¹¹¹.

Una vez que hemos estudiado como la extensión de la *ratio* de la responsabilidad civil conlleva que se admitan varios criterios de atribución del daño, es momento de analizar la influencia que tiene la conexión obligación –responsabilidad en el criterio de imputación, en concreto, en el régimen jurídico aplicable a dichos criterios, y sobre todo al tan debatido criterio de la culpa civil.

¹¹⁰ VINEY, G., ob.cit, p. 195. Así parece confirmarlo la sentencia T.C, Seine, 2 avril, 1949, commenté par M. Desjardin, *RTDC*, 1949, pp. 491 ss.

II.- LA CONEXIÓN ESTRUCTURAL “DAÑO - RESPONSABILIDAD CIVIL - OBLIGACIÓN”, Y SUS CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CRITERIO DE IMPUTACIÓN.

Tradicionalmente, la conexión entre responsabilidad –obligación en relación a la responsabilidad civil se compendia en afirmar que la responsabilidad civil es una “fuente de obligación”. El hecho de dedicar un epígrafe a una cuestión que no provoca controversia entre la doctrina, antes al contrario constituye doctrina pacífica, es por las consecuencias prácticas que tiene en orden a la aplicación analógica a la responsabilidad civil de la normativa del Capítulo II, del Título I, del Libro IV titulado: “De la naturaleza y efecto de las obligaciones”. Y la razón es que en este capítulo encontramos la mayoría de los conceptos jurídicos, de cuya falta adolece la regulación de la responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, la culpa, la diligencia, caso fortuito, etc¹¹². En otras palabras, aseverar que la responsabilidad civil es fuente de obligación ha sido un argumento determinante para resolver la problemática de las lagunas legales de la regulación de la responsabilidad civil extracontractual¹¹³.

Ahora bien, nosotros juzgamos que hay que revisar, más bien complementar, la conexión tradicional “responsabilidad-obligación”, en orden a que refleje la conexión más completa de “*daño- responsabilidad civil- obligación*” en los términos que explicaremos a continuación, lo cual va a tener consecuencias en lo que a la aplicación normativa se refiere.

No obstante, antes de abordar esta tesis es necesario poner de manifiesto las teorías que existen al respecto, mantenidas, por otra parte, por voces muy autorizadas entre la doctrina española.

¹¹¹ ALLEN MARTIN, L., *Canadian Tort Law*, 5TH edition, Butterworths Canada Ltd, 1993, p. 29.

¹¹² Algunos Ordenamientos jurídicos consagran el recurso de la analogía de modo expreso. Así, el artículo 7 del Código civil suizo de 1907 manifestaba que: “Las disposiciones generales del Derecho de obligaciones sobre nacimiento, cumplimiento y extinción de los contratos se aplicarán también a las demás obligaciones civiles”; y el artículo 1324 del Código civil italiano de 1942 dispone que: “Salvo disposición distinta de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán, en lo que sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial”.

¹¹³ Cfr. MOZOS, J.L. DE LOS., Introducción, *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*. Vol. I, ed., CCGP, Senado, Madrid, 1989, p. 64. “(...) Incluso como ha puesto de relieve un agudo civilista italiano, F. D. Busnelli, recientemente, se podría hablar de los augustos y oportunos silencios del Código (por ej. arts. 29 y 1902)”

1.- TEORÍAS DOCTRINALES: LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FUENTE DE OBLIGACIÓN, Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO OBLIGACIÓN EN SÍ MISMA.

La responsabilidad civil es una fuente de obligación, pues según el artículo 1089 CC las obligaciones nacen de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Esto lo ratifica el que el artículo 1902 CC se encuadre, sistemáticamente, en el capítulo II titulado: “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, del Título XVI: “De las obligaciones que se contraen sin convenio”, del Libro IV: “De las obligaciones y contratos”, del Código civil español.

Se puede decir que la interpretación anterior es la auténtica, porque fue la que acometieron los codificadores durante la elaboración del Código civil, quienes no pusieron en tela de juicio los términos del artículo 1089 del Proyecto de Ley¹¹⁴; y la que ha respaldado la doctrina española, tanto la más inmediata a la publicación del Código civil¹¹⁵, como la actual¹¹⁶. De modo que esta primera teoría incide en la idea de la unidad conceptual entre la

¹¹⁴ “Es interpretación auténtica, porque tiene que serlo todo lo que se manifieste aquí por los legisladores (...)”. Discurso del senador Marqués de SEOANE, “Autorización del Senado y del Congreso de los Diputados al Gobierno para la publicación de un Código Civil. Proyecto de Ley de Bases. 1885-1888. Senado. Debate al articulado”. Sesión de 27 de Abril de 1885 (núm. 110), en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*, vol. I, ob.cit, p. 427.

Ibidem, p. 414. El senador Fabié explica, por un lado, que ya los jurisconsultos romanos determinaron que los orígenes de las obligaciones podían ser *ex contractus*, esto es, el contrato o las convenciones, tomando esta palabra en un sentido general y lato, y *ex delicto*, esto es, el delito ya que estos hechos humanos producían y no podían menos de producir ciertas consecuencias y, en realidad, constituían y eran lesiones del derecho. Y, por otro lado que, como existían, tanto relaciones de derecho que sin ser verdaderos contratos tenían algo de semejanza con ellos, como hechos producidos por la actividad humana que causan lesiones jurídicas pero que no obstante, por no revestir todas aquellos caracteres que son necesarios para elevarlos a la categoría de delitos no merecen el nombre de tales, los romanos introdujeron, al lado de dichas fuentes de obligaciones, las que nacen cuasi *ex contractus*, o sea los cuasi-contratos y las que nacen de los cuasi-delitos, respectivamente.

¹¹⁵ SCAEVOLA, Q.M., *Código Civil*, t. XXXI, ob, cit, pp. 308-312. En las obligaciones extracontractuales la responsabilidad, la *Haftung*, aparece en primer plano, frente a las contractuales en que es el débito o *Schuld*, es decir, en las delictuales es la reparación del daño causado la que aparece *prima facie* y hace aparecer el débito o deber del causante de repararlo. La distinción de Brinz, Deuda – Responsabilidad, que no suscitó excesivo entusiasmo ya que ambos momentos se encuentran en toda relación obligatoria, técnicamente hablando, puede servir, en definitiva, para perfilar a las obligaciones contractuales de las extracontractuales.

¹¹⁶ ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, vol. 2º, ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 490; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, t. II, ed., Trivium, 1995, p. 341.

Y en igual sentido respecto a la doctrina italiana, vid. CUPIS, A. DE, *El daño*, ob, cit, p. 225, que nos explica que, sobre la base de la debida coherencia o unidad de criterio entre la responsabilidad contractual y extracontractual – reflejo de la *Relación al Rey sobre el libro de las obligaciones nº. 264*- se hace referencia al comportamiento del hombre medio o de normal diligencia, es decir, al buen padre de familia, contrario a la *culpa levis*, a pesar de que la tradición fue favorable a la entidad de la *culpa levissima* mor a la vigencia del dictorio: “*In lege Aquilia et levissima culpa venit*”, pues ¿qué razones pueden inducir a considerar con mayor severidad la lesión de un derecho absoluto que la lesión de un derecho relativo?.

responsabilidad extracontractual y contractual en razón de ser ambas responsabilidades fuentes de obligación *ex* artículo 1089 CC; si bien, somos conscientes que las doctrinas que defienden la unidad entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual son más amplias, pero su debate y análisis desborda nuestro objeto de estudio¹¹⁷.

Por consiguiente, la consecuencia de orden práctico de esta primera teoría es la necesidad de una normativa común entre ambas responsabilidades; pues afirman que, “si

Y respecto a la doctrina francesa, vid. GAZZANIGA, J-L., “Notes sur l’histoire de la faute”, en *Dr. Rev. franç.théor.jur.*, ed., PUF, 1987, p. 22.

¹¹⁷ Para una visión completa de las doctrinas más antiguas que defienden la igualdad entre la responsabilidad contractual y extracontractual, vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y aquiliana. Razones para una moderada unificación”, *RCDI*, 1991, Iº, pp. 446-453, que nos explica que la tesis monistas, que aparecieron como respuesta enfrentada a las tesis dualistas, estaban representadas, sobre todo, por LEFEBVRE., “De la responsabilité délictuelle et contractuelle”, *RCLJ*, Bruxelles, 1886, p. 485-, que arguyó que ambas responsabilidades son una misma cosa pues, por un lado, la expresión responsabilidad contractual es una forma viciosa y errónea de lenguaje, ya que existe libertad contractual en el sentido de que hay ciertas reglas que se imponen necesariamente a todos y, otros que se imponen sólo a aquellos que lo deseen y en la medida en que lo deseen y hayan hecho constar su manifiesta voluntad; es decir, se trata de derechos creados *cum voluntate* pero no *ex voluntate*, y además hay vínculo previo en la extracontractual, el del deber de “*noeminem laedere*”, norma jurídico básica presupuesta por la ley. Y en sentido parecido por GRANDMOULIN - *De l’unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violations des obligations contractuelles*, Rennes, 1892, p. 4 y ss-, que la argumenta desde una posición contraria a la mantenida por Lefebvre, al afirmar que el artículo 1134 del Código civil francés, cuyo parangón español es el artículo 1091 CC, es terminante, ya que cuando acaece la ilicitud, la obligación inicial, nazca de la ley o del contrato, se extingue automáticamente por imposibilidad de su objeto y, la obligación de reparar ya no deriva de la deuda primitiva, sino de la responsabilidad por el hecho ilícito de los artículos 1382 y siguientes del Code, absolutamente autónoma. En una palabra, se produce un fenómeno parecido al novatorio extintivo, de resultados de lo cual, tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual trata de la transformación de un vínculo previo en otro diferente y de un nuevo nacimiento.

Y respecto a la doctrina actual se defiende la igualdad, tanto en razones de orden sustantivo: si la realidad del daño, en el sentido puramente civil, es la misma en la responsabilidad contractual que en la extracontractual, no hay razón lógica para proporcionarles soluciones diferentes según que sea un contratante o un tercero el que lo haya causado – REGLERO CAMPOS, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob, cit, p.45-; de orden sistemático– vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana...”, ob, cit, p. 451, el hecho de que se asiente la responsabilidad contractual en la parte de los tratados dedicada a los “efectos de las obligaciones” y la responsabilidad extracontractual en la de “las fuentes de las obligaciones” ha hecho que se eleve dicha distinción a una *summa divisio* creadora de diferencias de principio en el estudio de la Teoría General de la Obligación, obviando que los elementos de ambos institutos son comunes: la acción u omisión, el daño, la relación de causalidad entre la conducta y el daño y el factor de atribución adecuado (culpa, riesgo, etc). En definitiva, el lenguaje propio de la responsabilidad contractual no viene siendo, a diferencia de lo que sucede con la aquiliana, un lenguaje de responsabilidad, sino de incumplimiento, lo que contrasta con las palabras de Guido Calabresi, durante una conferencia pronunciada en la Universidad de Buenos Aires en 1988, que testimoniaban la fuerte corriente doctrinal a favor de dicha unificación que se estaba produciendo en Estados Unidos, hasta el punto de acuñarse la palabra “*con-tort*” como contracción de *contract* y *tort*. Y, por último en razones de orden práctico – vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana...”, ob, cit, p. 454, pues evidencia que no son pocos los supuestos reales de los que se pueda decir que no es dudosa la aplicación de un régimen u otro de responsabilidad, al no saber ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos. Se puede criticar, entonces, que el dar una respuesta u otra a un caso dudoso va a implicar la aplicación por parte de los Tribunales de soluciones absolutamente distintas.

estamos, técnicamente hablando, ante relaciones obligatorias¹¹⁸ en las que, por tanto, existen los mismos problemas generales que en las obligaciones contractuales, el Capítulo II del Título I del Libro IV CC que regula la naturaleza y efectos de las obligaciones viene a ser de aplicación a las delictuales y a complementar los artículos 1902 y siguientes del Código civil¹¹⁹. Incluso, en términos de BADOSA COLL, lo que “aporta el artículo 1902 CC es una corrección al artículo 1104 CC, no una sustitución, en la medida en que la diligencia en cuestión pueda afectar a otros intereses del acreedor”¹²⁰.

Pues bien, la aplicación analógica mencionada se refleja en sentencias tales como la STS de 9 de junio de 1969 en lo que concierne a la aplicación analógica del artículo 1104 CC a la culpa extracontractual¹²¹; la de 4 de julio de 1953 en lo que respecta a la aplicación del artículo 1102 CC¹²²; y las SSTs de 7 de febrero de 1900, 15 de enero de 1902, y 27 de enero de 1957 en lo que concierne a la aplicación analógica del artículo 1106 CC a la responsabilidad civil¹²³. Y no deja de ser significativo que la línea jurisprudencial expuesta

¹¹⁸ Ref. STS 20 de marzo de 1940, en Scaevola, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op. cit. p. 507: “Las obligaciones suponen una relación de derecho en las que están contenidas, y así, las que nacen de culpa o negligencia, exigibles al amparo del artículo 1902 CC, son de contenido de un vínculo jurídico que se establece en virtud del acto u omisión del causante del daño indemnizable, sin que sea objeto la cosa destruida o menoscabada, sino la prestación que ha de cumplir el obligado”.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 485. No obstante hay sentencias aisladas que ponen en duda dicha aplicabilidad como la de 28 de febrero de 1950 en la que se cuestiona la posible aplicación del artículo 1105 CC a las obligaciones extracontractuales.

¹²⁰ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, ed., Studia Albornotiana, Bolonia, 1987, p. 729.

¹²¹ SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op. cit. p. 543. Esta sentencia argumentó que el artículo 1104 CC es plenamente aplicable a la culpa extracontractual, dado el lugar que ocupa en la sistemática del Código, y debe observarse sea cualquiera la fuente originaria de la obligación, entre las que se detallan los artículos 1089 y 1093 del expresado Código. Además como el artículo 1902 del Código civil establece, aunque desde un aspecto meramente sancionador, la obligación legal de tener presente el *alterum non laedere* de la Instituta de Justiniano, o sea que nuestras acciones u omisiones no causen daño a otro, y se refiere a la culpa sin especificar qué hechos y en qué grado la determinan, dicho vacío hay que llenarlo con lo dispuesto en el referido artículo del Código sustantivo.

¹²² *Ibidem*, pp. 519-521. De la sentencia de 4 de julio de 1953 resulta inconcuso la aplicabilidad del artículo 1102 CC de carácter imperativo a las obligaciones extracontractuales. El caso objeto de la litis, del que resultó sentencia penal condenatoria, se basó en el accidente mortal que sufrieron una madre y una niña que en el momento del accidente utilizaban un billete que, aunque con carácter gratuito, contenía la cláusula: “Este billete está concedido bajo la expresa condición de que la Renfe no responde de ninguna clase de perjuicios que puedan ocasionarse al portador del mismo y demás personas en él comprendidas”. Ahora bien, el Tribunal resolvió que la renuncia anticipada de responsabilidad civil por dolo, que es nula en materia contractual también lo es en materia delictual, ya que lo contrario quebrantaría de modo grave los principios morales que nos rigen pues hay razones superiores impuestas forzosamente para regular la coexistencia dentro de la sociedad civilizada.

¹²³ *Ibidem*, pp. 375-76. La sentencia trataba de la situación de hecho de tolerancia en que consiste el precario, de la que no nació una relación contractual sino extracontractual. El Tribunal ratificó la condena del recurrente al pago de una indemnización en concepto del lucro cesante que sufrió el dueño del fundo desde el

haya sido constante hasta el tiempo presente, destacando, entre otras, respecto a la aplicación analógica del artículo 1104 CC, las SSTS de 7.7.1993¹²⁴; 15.11.1993¹²⁵; 26.3.1994¹²⁶; 4.11.1994; 19.12.1995¹²⁷; y 5.5.1998¹²⁸; y, respecto al artículo 1105 CC, las SSTS de 19.12.1992¹²⁹, y 28.4.1997¹³⁰.

Junto a la tesis expuesta, nos encontramos con otro sector doctrinal que, creemos que por influencia de la doctrina italiana, identifica a la responsabilidad civil con la misma relación jurídica obligatoria, y reconduce toda obligación civil de reparar un daño al concepto de “responsabilidad civil”. Y así ha sucedido particularmente respecto a la obligación de reparar, tanto el daño contractual, como el daño causado por delito o falta; definiendo a la responsabilidad civil con expresiones tales como: “sujeción a una obligación”, “la obligación de resarcir un daño”, o “el vínculo para soportar las consecuencias que el Derecho atribuye al acto propio causalmente realizado”¹³¹.

En concreto, esta segunda tesis sostiene que del acto ilícito, ya sea civil, penal o contractual, nace una verdadera y específica obligación, la deuda de reparar el daño, en razón de que según lo dispuesto por los artículos 1089 y 1092 CC si el comportamiento ilícito origina un daño surge una obligación de cuyo cumplimiento habrá de responder el deudor; y, además, nos recuerdan, esta obligación será siempre civil pero con la especificidad de la que le revista la fuente de la que provenga¹³². En consecuencia, el reconocimiento de dichas

momento en que cesó la tolerancia al requerir al recurrente la entrega de la cosa, y no en concepto de renta devengada y no pagada como alegó el recurrente.

¹²⁴ Act.C, n.º. 45, 6-12 diciembre 1993, p. 3053.

¹²⁵ Act.C, n.º. 10, 7-13 marzo 1994.

¹²⁶ Act.C, n.º. 27, 4-10 de julio 1994, p. 1987.

¹²⁷ Citadas por GARCÍA GIL, FJ.; ob.cit, pp. 19-20. En igual sentido, las SSTS de 7.12.1987, y 21.10.1994.

¹²⁸ Act.C, n.º. 29, 20-26 julio 1998.

¹²⁹ Act.C, n.º. 19, 10-16 mayo 1993.

¹³⁰ Ar.C, 1997, n.º. 3408, p. 1741.

¹³¹ Ref. PUGLIATTI, S., *Gli istituti di Diritto Privato*, Milano, 1960, pp. 167-168; CARNELUTTI, F., “Responsabilità e giudizio”, en *Riv. dir. proc.*, 1958, pp. 1-13, en Bonet Ramón, F., “Responsabilidad Legal (Estricta), ob, cit, np. 12 y 15, p. 134, y MAIORCA, S., “Colpa civile (teoria generale)”, *Enc. Dir.* VII, 1960, p. 560.

Y entre la doctrina francesa, vid. RAYNAUD, P., “La nature de l’obligation des coauteurs d’un dommage; obligation in solidum ou solidarité?”, en *Mélanges Jean Vicent*, París, 1964, pp. 317 y ss.

¹³² Vid. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., “¿Responsabilidad objetiva, u obligación legal de indemnizar?, ADC, 1965, pp. 663-690, al afirmar que si en la responsabilidad contractual estamos ante la consecuencia del incumplimiento de una obligación, en la extracontractual no estamos propiamente ante una auténtica responsabilidad sino ante un hecho ilícito dañoso que genera por sí solo una obligación autónoma, cuyo objeto (prestación) sería la reparación. Y en el mismo sentido, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil*

peculiaridades son la causa por la que este sector no defiende a ultranza, como la tesis anterior, la unificación normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

En puridad de términos, conciben a la responsabilidad civil en las relaciones obligatorias según la clásica distinción entre deuda-responsabilidad, esto es, como el sometimiento al poder coactivo del acreedor de un débito (*Haftung*). A partir de este postulado afirman que, como reparar el daño injustamente causado es una deuda (*Schuld*) y no el contenido de un tipo de responsabilidad, y del cumplimiento de esa deuda se responde, la responsabilidad en la obligación derivada de acto ilícito sería someterse al poder coactivo de la víctima, acreedora del deber de reparar, ante el incumplimiento por el deudor de dicha obligación. Por consiguiente, para esta teoría resulta impropio hablar de “responsabilidad en sí misma” como sanción del Ordenamiento jurídico al que ha incumplido el deber general de no causar daño, y desligada, por tanto, de la deuda de reparar, ya que dicha visión ha contribuido, por otra parte, a la visión patrimonialista de la obligación al prescindir de la idea del deber jurídico que incumbe al deudor¹³³.

Una vez expuestas las dos teorías doctrinales mayoritarias que existen al respecto, y como apunte jurisprudencial acerca de esta cuestión en la que profundizaremos, por razones metodológicas en el siguiente apartado, hay que decir que nuestro Tribunal Supremo aplica a los supuestos dudosos de encuadrar en la responsabilidad contractual o extracontractual¹³⁴,

Patrimonial, ed., Tecnos, Madrid, 1970, p. 369, que nos explica que: “en todo caso el hecho generador de la responsabilidad civil contractual es siempre un hecho ilícito en la medida en que consista en una contravención del orden jurídico al darse una violación del derecho del acreedor, y una falta de cumplimiento de la propia obligación que aquél sanciona”; O’CALLAGHAN, X., “Los presupuestos de la obligación nacida del acto ilícito. La objetivización de la llamada responsabilidad extracontractual”, *AC*, 1987, pp. 1y ss; MORENO QUESADA, B/BUSTOS VALDIVIA, C/TRUJILLO CALZADO, M.I., *Derecho Civil Patrimonial. Conceptos y Normativa Básica*, ed., Comares, Granada, 1994, pp. 473 y ss; y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, MB., ob, cit, p.6 y 35 y ss.

¹³³ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, MB., ob.cit, pp. 39-40.

¹³⁴ Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo hay tres supuestos que diferenciar: 1) Los supuestos en que la separación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual es obligada, y sólo es aplicable el régimen extracontractual porque el acto causante del daño se presenta con entera abstracción de la obligación preexistente. 2) Los casos en que, también, es obligada la separación de ambos regímenes, y sólo es aplicable el régimen contractual, que elimina al extracontractual, cuando existiendo contrato entre el perjudicado y el causante del daño, éste se produce como consecuencia directa del incumplimiento de una obligación contractual, y dentro de la estricta órbita de lo pactado, o dentro del normal desarrollo del contenido negocial, de tal modo que se vulneraría el principio de autonomía de la voluntad de las partes si se aplicara el régimen jurídico extracontractual – ref. SSTs 9.3.1983; 10.5.1984; y 9.1.1985, en BLANCO GÓMEZ, JJ., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, ed., Dykinson, Madrid, 1996, p. 63-. 3) Un *tertium genus*, según expresión de la STS 26.1.1984, en que el hecho dañoso viola a la vez una obligación contractual y, al mismo tiempo, el deber general

sobre todo, a los daños corporales derivados del incumplimiento de una obligación contractual, la teoría de la opción o concurso de acciones¹³⁵, aunque combinada con los principios procesales “iura novit curia” y con la doctrina según la cual la calificación y la fundamentación jurídica de la *causa petendi* hecha por las partes no vincula a los órganos jurisdiccionales¹³⁶. Si bien, hay que poner de manifiesto que, doctrinalmente, la teoría de la opción no es muy aceptada¹³⁷.

de no dañar a otro, de tal modo que la mera existencia de un contrato no es bastante para eliminar la responsabilidad extracontractual. Es decir, en este último supuesto el Tribunal Supremo admite la teoría de la opción sobre la base de que se produce una “yuxtaposición de responsabilidades” de las que surgen acciones distintas que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra, tendentes al mismo fin. Este supuesto se da sobre todo en el ámbito médico-sanitario, pero hay otros supuestos como, por ejemplo, el depositario que destruye o deteriora la cosa depositada, o el arrendador que, por defecto de la cosa arrendada debido a su culpa, causa lesiones al arrendatario -ref. SSTs 14.2.1994 y 17.7.1994, en GARCÍA GIL, JL, ob.cit, pp. 739-741; y ref. SSTs 15.5.1969, 14.4.1981, 8.11.1982, 30.12.1980, 10.5.1984, 16.6.1984, 9.12.1986, 2.1.1990 y 7.2.1990, en BLANCO GÓMEZ, J.J, ob.cit, p. 64; y ref STS 29.12.2000 (RJA 2000, 9445) acerca de los daños sufridos a una usuaria de metro al ser arrollada por alud de personas que pretendían acceder a un vagón; 7.11.2000 (RJA 2000, 9911), acerca de un incendio en nave industrial; y 7.11.2000 (RJA 2000, 8678) acerca del fallecimiento de un huésped de un hotel por un incendio de éste, en REGLERO CAMPO, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, ob, cit, p. 48.- Otros veces, el Tribunal Supremo aplica la teoría de la opción en razón de la tesis de la “unidad de concepto de culpa civil”, pues es doctrina comúnmente aceptada que tanto la culpa contractual como la extracontractual responden a un principio común de derecho e idéntica finalidad reparadora comprendido en el concepto genérico que a la obligación de indemnizar le asigna el artículo 1106 CC -ref. SSTs, 14. 2.1994; 26.4.1996 y 3.5.1999, en SANTOS BRINZ, J., “Unidad de concepto de la culpa civil”, ob.cit, p. 1656.-

¹³⁵ En relación a los supuestos dudosos, el Tribunal Supremo, además de la teoría de la opción (STS 2.1.1990 -RJA 1990, 30- y 30.4.1991 -RJA 1991, 3109), ha sostenido otros dos teorías, siempre con la finalidad última de favorecer a la víctima que reclama: a) bien, la teoría de que el hecho dañoso es al mismo tiempo violación del deber contractual y del deber general de no causar daño a otro (STS 9.3.1983 -RJA 1463- y 1.2.1994 -RJA 1994, 854-); b) bien, la teoría de que la responsabilidad es extracontractual, porque el daño no se produce por el incumplimiento del contrato existente entre las partes, en la “órbita de esta relación como desarrollo de su contenido negocial” (STS 10.6.1991 - RJA 1991, 4434-) -vid. PARRA LUCÁN, M.A., en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil (art. 1902 CC)*, t. II, arts. 1088-1976, ed, Comares, Granada, 2000, p. 3316-; y REGLERO CAMPOS, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, ob, cit, p.48, que nos explica que la concesión del derecho de opción a la víctima ha hecho que los Tribunales abandonen la fórmula de la “rigurosa órbita de lo pactado”, aunque ésta sigue empleándose en algunas ocasiones, si bien no tanto para dar a la acción una naturaleza extracontractual, cuanto para otorgar al perjudicado la opción de elegir la vía que más le convenga. Aunque, lo que sí ha negado la jurisprudencia es la posibilidad de que las partes puedan seleccionar a su conveniencia las normas de ambos sistemas y solicitar la aplicación de aquellas que les sean más favorables (STS 15 marzo 1993 -RJA 1993, 2276), o el ejercicio simultáneo (no alternativo) de ambas acciones, aún cuando la lesión provenga de un mismo hecho (STS 20.2.1964 -RJA 1964, 1038; y STS 13.6.1962 -RJA 1962, 3168)-. Y naturalmente la duplicidad de indemnizaciones (STS 18.10. 1983 -RJA 1983, 5332-).

¹³⁶ Esto es, que amparada una determinada pretensión en unos hechos que constituyen la “causa petendi” de la demanda, y cuya calificación jurídica puede sustentarse tanto en daño contractual como extracontractual, o en ambos conjuntamente (sea por concurso ideal o real de normas), no puede desestimarse la pretensión resarcitoria, ni eludir el conocimiento sobre el fondo del asunto sobre la base de que la elección por el perjudicado de la norma aplicable fue equivocada, puesto que esto pertenece al campo del principio de “iura novit curia”, sin que el cambio del punto de vista jurídica en cuestiones de esta naturaleza suponga una mutación del objeto litigioso – vid. REGLERO CAMPOS, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, ob, cit, p. 49; y PARRA LUCÁN, M.A., en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil (art. 1902 CC)*, ob, cit, p.3316, que cita al respecto la STS 28.12.1998 (RJA 1998, 10161)-

No obstante, ha de advertirse que no faltan ocasiones en las que el Tribunal Supremo se declara vinculado por la acción ejercitada por el demandante, como en las SSTs 29.11.1994 (RJA 1994, 9165);

En definitiva, la teoría jurisprudencial de la opción se aplica en virtud de títulos que hoy pueden considerarse, según REGLERO CAMPOS, arquetípicos, como la “yuxtaposición de responsabilidades” y “la unidad de culpa civil”, que justifican, respectivamente, que surjan acciones distintas que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra, tendentes al mismo fin, todo ello en “favor de la víctima y para el logro del resarcimiento del daño lo más completo posible”¹³⁸.

Más en concreto, últimamente, el Tribunal Supremo parece adoptar, como línea predominante, la teoría de la opción sobre la base de la tesis de la “unidad de la culpa civil”, pues aduce que es doctrina comúnmente aceptada que, tanto la culpa contractual, como la extracontractual responden a un principio común de derecho e idéntica finalidad reparadora comprendido en el concepto genérico que a la obligación de indemnizar le asigna el artículo

11.3.1996 (RJA 1996, 2415); 9.6.1997 (RJA 1997, 4731), acerca de la responsabilidad civil del Insalud) –vid. REGLERO CAMPOS, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, ob, cit, p. 49; y PARRA LUCÁN, M.A., en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil (art. 1902 CC)*, ob, cit, 3316, que cita, entre otras, a la STS 18.10.1995 (RJA 1995, 7544), que cita a la STC 222/ 1994, 18 julio y 14.2.1994 (RJA 1994, 1468) que declaran incongruente por alteración de la *causa petendi* a la sentencia que condena a indemnizar los daños por culpa contractual, habiéndose ejercitado la de culpa extracontractual; y ref. SSTS 16.12.1986, 30.12.1987, 21.1.1990, y 7.2.1990, en MORALES & SANCHO., *Tratado práctico de la responsabilidad civil*, ed., Comares, Granada, 1993, p. 397.

¹³⁷ Doctrinalmente, esta teoría es minoritaria –vid. GARCÍA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español”, *RDP*, 1962, tomo XLVI, p. 836; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, II-3º, Barcelona, 1983, p.133, y FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *La responsabilidad médico-sanitaria*, Pamplona, 1983, p. 39. Esta doctrina afirma que la teoría de la opción se aplica en los supuestos de concurrencia de responsabilidades, esto es, cuando el hecho causante del daño constituye violación del deber general de no causar daño, aún haciendo abstracción de la obligación contractual. Y esta teoría no contradice ningún precepto expreso de la ley, sino que puede ser considerada como una manifestación más de un principio general tácitamente admitido en nuestro sistema jurídico, a saber, que cuando en un mismo hecho concurren los requisitos necesarios para el ejercicio de distintas acciones tendentes al mismo fin, el actor puede optar por el ejercicio de cualquiera de ellas.

La doctrina mayoritaria la rechaza, por todos, PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, t. II, vol. 2º, Parte especial, ed., Bosch, 1990, pp. 55 y 63. Y, por último, un sector de ella tiene una posición intermedia en el sentido de que admiten que la teoría de la opción puede presentar algún tipo de utilidad práctica, siempre que se tenga en cuenta que sería inaplicable en aquellos casos en que el contrato contenga reglas de conducta que comporten especiales sistemas de distribución de los riesgos o de los daños derivados de la ejecución del contrato –vid. Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob.cit, p. 268-.

Vid. ref. SSTS 16.12.1986, 30.12.1987, 21.1.1990, y 7.2.1990, en MORALES & SANCHO., *Tratado práctico de la responsabilidad civil*, ed., Comares, Granada, 1993, p. 397.

¹³⁸ REGLERO CAMPOS, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, ob, cit, p.48; y PARRA LUCÁN, M.A., en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil (art. 1902 CC)*, ob, cit, p.3316, que matiza el hecho de que la tesis actual de la “unidad de culpa civil” y el principio de “*iura novit curia*” hace innecesario recurrir al ejercicio alternativo o subsidiario de las acciones de culpa contractual y culpa extracontractual.

1106 CC¹³⁹. No obstante, seguimos estando, según PARRA LUCÁN, ante uno de los temas más ambiguos y peor tratados jurisprudencialmente, porque no se ofrecen criterios seguros¹⁴⁰.

2.- NUESTRA TEORÍA.

A.- La responsabilidad civil como fuente de obligación y reflejo del deber jurídico primario de “no dañar a otro”.

El hecho de afirmar que la responsabilidad civil sea fuente de obligación refleja sólo parte de la conexión estructural obligación- responsabilidad, que nosotros compendiamos en la fórmula más completa de “daño-responsabilidad civil-obligación” porque, a nuestro juicio, la responsabilidad civil es fuente de obligación pero, a su vez, es reflejo del valor primario del deber jurídico de “no dañar a otro” en el Derecho.

Para explicar la anterior afirmación hemos de partir de la premisa, en términos del maestro DE CASTRO, de que en Derecho existen deberes a los que no corresponde un derecho subjetivo, antes al contrario el derecho subjetivo nacerá cuando se vulnere dicho deber, y entre ellos se encuentra el deber jurídico primario de “no dañar a otro”¹⁴¹. En consecuencia, la

¹³⁹ Vid. ref. SSTs 14.2.1994; 26.4.1996 y 3.5.1999 en SANTOS BRINZ, J., “Unidad de concepto de la culpa civil”, en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil* (dir L.MARTÍNEZ- CALCERRADA Y GÓMEZ), vol. II, ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p.1643 ss, en especial p. 1647, y 1653 ss. Este autor recoge las dos líneas jurisprudenciales al respecto, la mayoritaria que admite la unidad de concepto de culpa civil, y la que lo niega; y GÓMEZ CALLE, E., “Comentario a la sentencia de 6 de mayo de 1998”, en *CCJC*, núm. 48, sep-dic 1998, pp. 1177-1199.

¹⁴⁰ PARRA LUCÁN, M.A., en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil (art. 1902 CC)*, ob, cit, p. 3315.

¹⁴¹ CASTRO Y BRAVO, F.DE., *Derecho civil de España*, ed., Civitas, Madrid, 1984 (*Derecho civil de España*. Parte General, t. I. Libro preliminar. Introducción al Derecho civil, ed., Instituto de Estudios Políticos (I.E.P), Madrid, 1949, p. 22). El autor hace esta afirmación al hilo del rechazo de que la distinción de la Moral y el Derecho se basa en que aquélla crea sólo deberes, mientras éste origina derechos que producen obligaciones, pues de tal modo se olvida la existencia del *valor primario del deber jurídico y la existencia en el Derecho de deberes a los que no corresponde un derecho subjetivo* (p.ej. art. 1902 CC).

Cfr. CUPIS, A.DE, *El daño...*, núm.12, p. 137, que sostiene, en relación con la conexión estructural responsabilidad –obligación, que la responsabilidad civil parte de la violación de una norma jurídica primaria, la que ampara determinados bienes fundamentales de la persona y de su patrimonio y los estima como jurídicos, y es ésta la que da lugar a la entrada a la norma jurídica secundaria o sancionadora que actúa mediante la compulsión en las personas, a través de una indemnización de daños y perjuicios convirtiendo el contenido de la obligación en una prestación de carácter económico. Pues afirmar que el daño extracontractual deriva de la violación de la genérica obligación “*Neminem laedere*” es un espejismo, ya que el deber genérico no es realmente más que la síntesis de todos los deberes específicos impuestos hacia los demás sujetos, por lo que es un fórmula vana en tanto no se determine cuál sea la esfera específica ajena que hay obligación de respetar. Y en el mismo sentido, COSSÍO, A.DE, ob.cit, p. 527.-

vulneración de dicho deber jurídico no es la vulneración de un deber obligacional en sentido estricto, como ligamen que une un acreedor con un deudor¹⁴², sino que, precisamente, como consecuencia de dicha vulneración, y si se dan el resto de los presupuestos de la responsabilidad civil nacerá dicha obligación en sentido técnico, esto es, el deber de indemnizar frente al derecho subjetivo de la víctima a que la indemnicen¹⁴³. Así, la obligación a la que se refiere el artículo 1089 CC al decir que la obligación nace de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, es la obligación o deber subjetivo a indemnizar a la víctima y no la del deber jurídico de “no dañar a otro”¹⁴⁴.

En otras palabras, y con la ayuda del esquema tradicional de análisis de una norma jurídica a través del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, podríamos decir que la consecuencia jurídica del artículo 1902 CC consiste en la obligación técnica de resarcir, pero el supuesto de hecho de la norma es más complejo. Éste consiste en el daño provocado por una acción antijurídica, como violación de dicho deber de no dañar a otro, y, en principio,

Sin embargo, esta tesis contraria a la nuestra no es válida en la medida en que en el Derecho español es doctrina pacífica que la responsabilidad civil se basa en la atipicidad del daño.

¹⁴² LACRUZ BERDEJO, JL./ SANCHO REBULLIDA F.A./ LUNA SERRANO, A./ DELGADO ECHEVARRÍA, J./ RIVERO HERNÁNDEZ, F./ RAMS ALBESA, L., *Elementos de Derecho civil*. Parte General I, vol. 3º. Derecho subjetivo y negocio jurídico, ed., Dykinson, Madrid, 1999, p. 65. La relación jurídica obligacional se puede definir aproximativamente como “situación jurídica y deber concretos en que están vinculados sujetos determinados, de modo que alguno de ellos puede exigir a otro determinada conducta que éste debe observar, y a cuya observancia puede compelerle el ordenamiento”. Existe una correlación inmediata entre el comprador que pagó la cosa y el vendedor que ha de dársela; el padre que está obligado a educar y alimentar, y éste que debe de obedecer a aquél, etc.

Aunque, hoy en día el concepto de obligación supera al de correlación entre el crédito del acreedor y la deuda del obligado, y se entiende que créditos y deudas están inmersos en relaciones jurídicas complejas, cauce para la satisfacción de intereses dignos de tutela por el Ordenamiento jurídico, y con una específica función práctico-social. En razón de que el estudio de cualquier institución jurídica o relación jurídica debe hacerse partiendo del conflicto de intereses “típicos” considerados contrapuestos, y valorados comparativamente en su típica entidad social que el Derecho ha resuelto –ref. BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, ed, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, (2 vol), t.I, pp. 1-2, en Sáinz Cantero-Caparrós, M.B, ob.cit, pp. 44-45.-

¹⁴³ En cierto sentido semejante a esta opinión, vid. PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ob, cit, p. 456, que afirma que en sede de responsabilidad extracontractual subjetiva la obligación de reparar nace cuando se ha constatado la existencia de todos los requisitos que establece el art. 1902 CC y, por lo tanto, en el momento en el que se aprecia la culpa no existe todavía obligación a cuya naturaleza sea posible ajustar la diligencia.

Y respecto a la doctrina francesa, vid. JOURDAIN, P., ob.cit, p. 42. En la misma culpa que se define como la vulneración de una regla de conducta que nos obliga a conducirnos en la vida en sociedad adoptando las precauciones y los cuidados exigidos por la actividad emprendida y las circunstancias de la acción, no hay que entender dicho deber general en el sentido obligacional técnico de la relación que une a un acreedor con un deudor.

¹⁴⁴ Por otra parte, el sentido originario del deber jurídico de no dañar a otro tiene más relación con el hecho de que las sociedades buscaban su seguridad o el mantenimiento del orden social, que con el ataque a la libertad de otro, esto es, con el poder subjetivo frente a un deber correlativo.

culpable¹⁴⁵, y que calificamos autónomamente, a partir de ahora, como responsabilidad civil. Pues, entre el derecho a que me indemnicen y el deber de no dañar no existe el automatismo propio de una relación jurídica, ya que, a veces, la comisión del daño está justificada¹⁴⁶, o se produjo como consecuencia de un caso fortuito; y, además, y sobre todo, han de verificarse los presupuestos clásicos de la responsabilidad: la acción y omisión antijurídica, el daño, la relación de causalidad y el criterio de imputación. En consecuencia, no compartimos la tesis que identifica a la responsabilidad civil con la misma relación jurídica obligatoria, merced a que el hecho de que se hayan de dar toda una serie de presupuestos jurídicos justifica que la producción del daño se reconduzca al término de “responsabilidad civil”.

Incluso, se puede afirmar que no hay un automatismo entre la producción del daño y la responsabilidad civil, pues en la conexión daño-responsabilidad civil-obligación queda inexpresado la relación entre responsabilidad y daño por una parte, y responsabilidad y obligación por otra, pues decir que una persona es responsable no siempre significa que ha cometido el daño, ya que, en palabras de BONET RAMÓN, la atribución de la responsabilidad en sentido jurídico consiste en la imputación del daño sobre la base de una valuación comparativa de los intereses, en la fijación de un criterio gracias al cual se puede sustituir la atribución automática del daño con una jurídica¹⁴⁷.

Una vez expuesta nuestra tesis, entendemos que puede ser atacada sobre la base de cuatro críticas, que son las que pasamos a debatir, y siempre con el intento de un acercamiento de posturas.

¹⁴⁵ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L-H., “La responsabilidad civil contractual y extracontractual”. Conferencia pronunciada en la ASN, t. IV, Madrid, 1990, p. 173.

¹⁴⁶ Ref. JOSSERAND., *Cours de Droit Civil Positif Français*, II, París, 1930, p. 202, en Díez Picazo, L., *Derecho de daños*, ob.cit, p. 294. Es la falta delictual lo que genera la responsabilidad, es decir, la pretendida víctima debe reclamar a partir de la lesión de un derecho en sentido amplio, pero no basta que el demandante alegue y pruebe que ha sido agredido o lesionado en sus derechos, sino que es preciso que su adversario no pueda oponer un derecho más fuerte positivo o negativo, pues ocurre a veces, que tenemos derecho de lesionar a otro por una iniciativa o por una abstención.

¹⁴⁷ BONET RAMÓN, F., “Responsabilidad legal...”, ob. cit, p.434

B.- Sus posibles críticas y contrargumentos.

1ª Crítica: En primer lugar, a nuestra tesis se le podría reprochar que sí existe una relación jurídica obligacional entre el titular del derecho subjetivo a que no le dañen a uno y el titular del deber jurídico de no dañar, la cual nacería de la “ley” ex artículo 1089 CC cuando afirma que las fuentes de las obligaciones nacen de la ley, los contratos, los cuasicontratos y los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia; si bien, otorgando a la ley el sentido amplio de norma jurídica que abarque, tanto la ley escrita y la costumbre, como los principios generales del derecho, tal como el “*Neminem laedere*”. Y en consecuencia, si la culpa puede definirse como la violación de una obligación preexistente, sea ésta convencional o legal, se impone el concepto de unidad de culpa civil¹⁴⁸.

No obstante, a este argumento le podemos refutar, en esencia, cuatro cuestiones: 1ª) En primer lugar, que es significativo que algunos autores entiendan, como más apropiado, que a la responsabilidad contractual se le califique de responsabilidad obligacional, y por tanto, a la responsabilidad extracontractual de extraobligacional, lo que expresa, a todas luces, que el origen de la responsabilidad civil no es una obligación, ni contractual ni de otro tipo¹⁴⁹. 2ª) Asimismo, y en segundo lugar, que, con independencia de la complejidad que envuelve al tema de la enunciación y clasificación de las fuentes del derecho¹⁵⁰, podemos afirmar que: por

¹⁴⁸ Ref. PLANIOL, M., *Traité Élémentaire de Droit Civil*, París, 1928, y RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil*, t. II, ed., Reus, Madrid, p. 130, en Bustamante Alsina, J., “El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX”, en *Responsabilidad civil en el tercer milenio*, ob, cit, np. 4 y 7, p. 17.

¹⁴⁹ CLAVERIA GOSÁLBEZ, LH., “La responsabilidad civil contractual y extracontractual”, ob, cit, p. 170, que critica la terminología de uso común de responsabilidad contractual proponiendo la más adecuada de responsabilidad obligacional; y, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, vol. 2º, ob, cit, p. 486, pues la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea contrato, sino de otra clase, comunidad de bienes o una relación jurídica de derecho público similar a un contrato de derecho privado. Pero como Albaladejo sólo admite como regla general la responsabilidad por culpa, sigue afirmando que: “en la culpa contractual u obligacional hay una obligación ya nacida que culpablemente se incumple, y en la culpa extracontractual no hay obligación entre los sujetos de que se trata (o si la hay está al margen de la culpa en cuestión –STS 17.6.1994-). La culpa contractual se da en vida de la obligación, la extracontractual origina precisamente ésta. Siendo posible que una vez nacida, se incurra en culpa obligacional en su cumplimiento”.

¹⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, JL./ SANCHO REBULLIDA F.A./ LUNA SERRANO, A./ DELGADO ECHEVARRÍA, J./ RIVERO HERNÁNDEZ, F./ RAMS ALBESA, L., *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol.1º. Parte general y teoría general del contrato, ed., Bosch, Barcelona, 1994, pp. 123-128, que define a las fuentes de las obligaciones como aquellos hechos jurídicos de los que éstas se originan o nacen; aquellos hechos a los que el ordenamiento jurídico reconoce esta virtualidad vinculante. Sin embargo, concluye que los intentos enunciativos y clasificatorios carecen de eficacia práctica, pues lo único importante es saber cuando la obligación es verdaderamente tal por recibir la protección del Derecho: la respuesta es independiente de la posibilidad o no de incluir el deber concreto en el marco de una de las fuentes de la obligación enumeradas por el Código civil. Al contrario, es a partir de su obligatoriedad, antecedentemente establecida, cuando se busca cuál

un lado, los autores que admiten que, o bien, el término ley ha de interpretarse en un sentido amplio que acoja, además de la norma escrita, también la costumbre y los principios generales del derecho, o bien, que el artículo 1089 recoge una enumeración ejemplificativa que viene completada con los principios generales del Derecho, curiosamente nunca se han referido al principio general del derecho de “no dañar a otro”, sino, de modo tradicional, al principio general del “enriquecimiento injusto” o a la fuerza vinculante de la voluntad unilateral. Incluso, se puede decir que la interpretación amplia del término de ley se forzó para dar solución al caso concreto del enriquecimiento injusto, y éste ha dejado de tener utilidad desde que se admite su inclusión en el término del *cuasicontrato*¹⁵¹. Y, por otro, que los autores que afirman, influidos por la tesis de PLANIOL, que, en el fondo, sólo habría dos grandes grupos de fuentes: el negocio jurídico como cauce de expresión de la autonomía privada y la ley, al final, sitúan en este último grupo a las obligaciones de resarcimiento *en base al artículo 1902 CC*, pero no aluden a la obligación que nace del principio de no dañar a otro¹⁵². Y, no podemos olvidar, por último, que hay un sector doctrinal que defiende una interpretación estricta del término ley, como parece desprenderse del tenor literal del artículo 1090 CC¹⁵³.

En definitiva, si no se puede demostrar, de modo taxativo, que el deber jurídico de no dañar sea un deber jurídico, como establece DE CASTRO, primario, afirmar lo contrario, esto es, que se inserta en una relación obligacional en sentido técnico, no deja de ser, según se desprende de lo expuesto hasta ahora, cuanto menos dudoso.

3ª) En tercer lugar, que la afirmación de que dicha relación jurídica sea obligacional choca con el propio concepto de relación jurídica obligacional como cauce de intercambio de

sea, para el vínculo, el más apropiado término de clasificación. Incluso, también, DE CASTRO Y BRAVO, F., “La declaración unilateral de voluntad”, *ADC*, 1977, pp. 194 y ss, que afirma que el artículo 1089 CC tiene un carácter sistematizador, no normativo.

¹⁵¹ LACRUZ BERDEJO, JL./ SANCHO REBULLIDA F.A./ LUNA SERRANO, A./ DELGADO ECHEVARRÍA, J./ RIVERO HERNÁNDEZ, F./ RAMS ALBESA, L., *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol.1º, 1994, ob, cit, p. 128; y en la nueva edición, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito, ed., Dykinson, Madrid, 1999, p. 414.

¹⁵² Y, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II. *Derecho de obligaciones*, vol. 1º. La obligación y el contrato en general, ed., Bosch, Barcelona, 1997, pp. 279-280, que matiza que el artículo 1090 CC es superfluo, porque la ley no es nunca fuente de obligaciones, sino simplemente la que *puede crear fuentes*, asignando a los hechos el efecto de producir el nacimiento de aquéllas. DÍEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, ed., tecnos, Madrid, 2001, p. 123; y OSSORIO MORALES, J., *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (parte general)*, Granada, 1996, p.112.

bienes y servicios. 4ª) Y, por último que, aún admitiendo que del deber jurídico de no dañar a otro surge una relación jurídica obligacional a la que le aplicaríamos la normativa de la culpa obligacional del capítulo Capítulo II del Título I del Libro IV CC que regula la naturaleza y efectos de las obligaciones, es doctrina pacífica que la culpa sita en dicho capítulo es la culpa contractual, de modo que ¿cómo igualar la diligencia que se ha de tener en el cumplimiento de un contrato a la del cumplimiento del deber de no dañar a otro?. Pues, incluso, los autores que afirman que la responsabilidad extracontractual nace de la ley, reconocen que, al no poder igualar la ley al contrato, sólo se puede defender una unificación moderada de éstas.

IIª Crítica: Un segundo argumento en contra de nuestra tesis podría ser que, si bien del deber jurídico de no dañar no nace una relación jurídica obligacional, si nace, al menos, una relación jurídica. Sin embargo, a este razonamiento se le puede reprochar que la relación jurídica mencionada no encuentra parangón con las típicas relaciones jurídicas personales, familiares, reales y obligacionales, pues, *strictu sensu* una relación jurídica se caracteriza porque se atribuyen a los sujetos situaciones de poder jurídico, mediante las cuales se posibilita a uno de los interesados el logro de sus aspiraciones, y situaciones de deber, por virtud de los cuales los interesados pueden adoptar necesariamente una determinada conducta. Y, sin embargo, ¿no es la única conducta que puede exigir dicho titular la del resarcimiento del daño, y desde el momento en que éste se ocasiona y reúne el resto de los presupuestos determinantes de la responsabilidad civil?, y ¿no es significativo que no esté regulada, explícitamente, medida cautelar alguna en relación al derecho de toda persona a no ser dañado, como existe respecto a la relación jurídica personal de respeto a los bienes de la personalidad con independencia de producir o no un daño? ¹⁵³. E incluso, decir que estamos ante una relación jurídica, si bien deslegitima la afirmación del maestro DE CASTRO, es irrelevante a la hora de la aplicación analógica o no de la normativa obligacional a la responsabilidad extracontractual, que es la consecuencia práctica que nos importa.

¹⁵³ Se refiere a dicho sector, aunque no comparte su opinión, vid. LACRUZ BERDEJO, JL./ SANCHO REBULLIDA F.A./ LUNA SERRANO, A./ DELGADO ECHEVARRÍA, J./ RIVERO HERNÁNDEZ, F./ RAMS ALBESA, L., *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, ob, cit, 1999, p. 414.

¹⁵⁴ DÍEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol. I. Introducción, Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, ed., Tecnos, 1990, Madrid, pp.232 y 375. El artículo 9.2 de la Ley de 1982 de Protección jurídica del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen consagra unas medidas cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia.

IIIª Crítica: Un tercer reproche a nuestra tesis puede venir de la afirmación sustentada por un sector doctrinal de que la responsabilidad civil es única, pues es la obligación en sí misma, ya provenga de un acto ilícito civil, penal, o contractual que, a su vez, provoque un daño. Si bien, frente a este argumento entendemos que:

1º) En primer lugar, es necesario advertir que, además de que dicha definición de responsabilidad civil se limita a describir una situación jurídicamente ya completa en sus elementos, y a la cual, en consecuencia, el concepto de responsabilidad no añade nada¹⁵⁵, el hecho de que se hayan de dar toda una serie de presupuestos jurídicos, además del daño, justifica que éstos se reconduzcan al término autónomo de “responsabilidad civil”, del que, eso sí, nace una obligación de resarcir. Y esta autonomía parece constatarla una interpretación doctrinal y jurisprudencial de los artículos 1968.2 CC y 1971 CC. Pues, según algunos autores, el artículo 1968.2 CC trataría del plazo de prescripción de la acción dirigida a la declaración de la responsabilidad civil del dañante; y, sin embargo, como el artículo 1971 CC es aplicable a los casos en que la víctima de un delito se ha reservado la acción civil en un supuesto en que la sentencia penal haya sido condenatoria, y como, según el artículo 116 CP, todo responsable penal lo es civil, el plazo de prescripción de la acción que dicho precepto concede se refiere, según REGLERO CAMPOS, a la de la obligación de resarcir dicho daño o de prestación resarcitoria, y no a la dirigida a declarar la responsabilidad civil, pues ésta ya lo estaba. Por tal razón este autor entiende justificado que dicho plazo sea el de quince años, ya que al no tener un plazo especial de prescripción está sometido al plazo general, y no al de un año consagrado en el artículo 1968.2 CC¹⁵⁶.

2º) Asimismo, afirmar que en la expresión del artículo 1089 CC “actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia” se subsume, tanto el ilícito contractual, como el extracontractual que provoque daños, parece chocar con el tenor literal de la culpa obligacional media del artículo 1104 CC. De modo que entendemos, que la obligación de resarcir el acto ilícito contractual, o incumplimiento contractual que provoque

¹⁵⁵ BONET RAMÓN, F., “Responsabilidad Legal (Estricta)”, ob, cit, p. 434, que matiza que, incluso, los que quieren introducir un elemento de mayor claridad y ven en la responsabilidad civil la obligación de resarcir el daño ocasionado a otro por parte de la persona responsable del daño mismo, no hacen más que una petición de principio.

¹⁵⁶ Ref. STS 29.1.1993 (RJA 1993, 515), en REGLERO CAMPOS, F., “La prescripción de la acción de reclamación de daños”, ob, cit, p. 173.

un daño, tendría su fuente, o bien en la ley (artículo 1101), o más bien en el mismo contrato pues, según reconoce YZQUIERDO TOLSADA, en la responsabilidad contractual el deber de pago no surge *ex novo*, sino como consecuencia del propio contenido de la convención, siendo algo ínsito al propio contrato y a sus cláusulas¹⁵⁷. Y esta afirmación es predicable, sobre todo, del supuesto de indemnización de los daños morales o personales derivados del incumplimiento contractual, sobre la base de que la debida interpretación del artículo 1258 CC implica que del contrato, no sólo nacen los deberes principales de prestación, sino también los deberes de seguridad y protección; como defienden, entre otros autores, LASARTE ÁLVAREZ¹⁵⁸, y entre otras resoluciones, las SSTS 9 de mayo de 1984 (RJA 1984, 2403) y 18.2.1997 (RJA 1997, 1240)¹⁵⁹.

¹⁵⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., “La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea)” en *Responsabilidad civil en el tercer milenio*, ob, cit, pp. 105 y ss

¹⁵⁸ Respecto a la doctrina más antigua, VÉLEZ SANSFIELD, que se remonta a las Partidas (32, 5, 4; 32, 6, 21; Tít. 8 Part. 50) y se apoya en los exegetas franceses y en las Concordancias de García Goyena para concluir que el artículo 1258 CC no fue un fruto espontáneo de las Comisiones de Codificación, sino una constante en los ordenamientos latinos que, andando el tiempo se cristaliza en el artículo 1258CC. También, SCAEVOLA, Q.M, *Código Civil*, t. XX, ob, cit, p 637, que argüía que el contratante se liga y sujeta a todo lo consustancial con la convención concluida, esto es, a todo lo proveniente de cualquiera de los tres conceptos contenidos en el artículo 1258 CC, como si expresamente hubiera convenido sobre ello y, por tanto, la contravención de cualquiera de los elementos aquí expuestos será, en todo caso, contractual.

Y, entre la doctrina moderna, vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana...”, ob, cit, pp. 479 y ss; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit, pp 462-466; MESSINEO, F., *Il contratto in genere*, V. III, Milán 1972; LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación (Comentario a la sentencia de 27 de enero de 1977), *RDP*, 1980, pp 49-78, que critica la línea jurisprudencial que se recoge, entre otras, en las sentencias de 9 de diciembre de 1949 (RJA 1949, 1463) de transporte de viajeros; 15 de junio de 1977 (RJA 1977, 2883) sobre contrato de escolarización; 9 de marzo de 1983 (RJA 1983, 1463) de contrato de trabajo y 10 de mayo de 1984 (RJA 1984, 1405) de contrato de mercancías. Pues defiende que, siempre que el daño sea consecuencia directa de la ejecución del contrato, y no una simple ocasión para la producción de aquél, estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual, como recoge la esperanzadora resolución de 9 de mayo de 1984 (RJA 1984, 2403) que defiende la aplicación de los factores de integración del contrato, sin necesidad de acudir a las normas de responsabilidad aquiliana, pues ante el supuesto en que se había ejercitado una acción indemnizatoria de daños morales, pretendidamente sufridos como consecuencia de haberse omitido en la guía telefónica de la provincia todos sus datos, personales y profesionales del demandante de profesión abogado, el TS afirmó que puede suceder que el incumplimiento de un contrato constituya *per se* un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habría de tener ninguna repercusión, contradiciendo, así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato, y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el art. 1258 CC. Pues según este precepto del contrato nacen, no sólo los deberes de prestación, sino también las obligaciones de seguridad y los deberes de protección, sentado que el principio de la buena fe asegura al cliente que el profesional no sólo se compromete a cumplir sus deberes puramente técnicos, sino también a tenerle informado, no violar el secreto profesional, no enriquecerse a sus expensas, en suma, a desenvolver los deberes de prestación dentro de un clima de *fair play* o proceder leal. En concreto, el autor critica que al precepto integrador del contrato, sito en el artículo 1258 CC, que tiene como paralelos el artículo 1.135 del Code Francés, el 1124 del Codice italiano y el artículo 1276 del Código mejicano, se le atribuya un valor meramente interpretativo, quizá a causa de la influencia de la dogmática alemana que se vio forzada a imponer doctrinalmente un concepto de interpretación generosamente ampliado a causa de la parquedad legislativa de la materia en el BGB. Sin embargo, dicha interpretación, nos explica el autor, está en

3º) En definitiva, y en tercer lugar, la tesis que iguala la responsabilidad civil con la obligación resarcitoria lo único que reconoce, al final, es que hay una única obligación resarcitoria. Y esto también lo admitimos nosotros al entender, brevemente, que las diferencias esenciales se producen entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual (y no entre las obligaciones que nacen de ambas), sobre todo, en dos de sus presupuestos, ya que: a) la acción y omisión del ilícito contractual, y para nosotros responsabilidad contractual, siempre va a provenir de un sujeto con capacidad de obrar al exigirse ésta, ineludiblemente, para contratar, y, sin embargo, el ilícito extracontractual puede provenir de cualquier sujeto, pues el deber jurídico de no dañar a otro afecta a todo ciudadano que participa del acontecer social, y por eso el artículo 1903 CC prevé qué sujeto va a responder del acto ilícito extracontractual que cause un inimputable¹⁶⁰; b) y el concepto de culpa contractual y extracontractual son distintos, lo que iremos constando en diversos momentos a lo largo de este trabajo de investigación, sobre todo en los capítulos segundo y cuarto.

No obstante lo dicho, entendemos que la debida distinción entre, por un lado, el plano del incumplimiento de una obligación contractual y el de la responsabilidad contractual, y, por otro, las obligaciones de medio y del resultado, nos lleva a reconocer dos ideas: en primer lugar, que una cosa es la posibilidad de que en las obligaciones de resultado exista incumplimiento al no conseguir el deudor el resultado (*opus*), a pesar de que éste haya puesto la diligencia de un buen padre de familia en cumplir, y, en consecuencia, que el acreedor

total contradicción con las legislaciones latinas en las que la existencia de normas legales de interpretación hacían innecesaria tan profusa investigación dogmática. En definitiva, sólo cuando se presupone esclarecida la voluntad de las partes es cuando actúa el citado precepto, ya que, a pesar de que la autonomía privada sea el punto de arranque y conformación del contrato, no lo es hasta el punto de considerar que el acuerdo contractual se traslade de galaxia y pase a constituir un sistema propio que no exija tener en cuenta más preceptos que los fijados por las partes, pues, por ejemplo, la buena fe no nos sirve para averiguar pensamientos reales de las partes, sino para proteger la confianza que cada uno puso en la conducta del otro. Y, para una visión completa de los diversos significados de la buena fe contractual, vid. GARCÍA AMIGO, M., “Consideraciones a la buena fe contractual”, en *Homenaje al Prof. D. Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, ed., Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, pp. 611-623.

¹⁵⁹ Fto jurídico 12º, cuando afirma que: “el deber de protección que impone a todo contratante la buena fe obliga a los servicios médicos del organismo autónomo (...) a reducir el uso de las transfusiones a los supuestos de riesgo vital ...”. Esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por el Instituto Catalán de Salud, frente a la sentencia que le declara responsable de la muerte de un paciente por la hepatitis C y el síndrome de inmonodeficiencia adquirida a causa de una transfusión sanguínea para tratar una hemartrosis, y lo basa en la responsabilidad contractual de dicho organismo al estar ante un contrato de hecho o conducta social típica (fto jurídico 9º).

¹⁶⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., “La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea)”, ob, cit, p. 107, que reconoce que, cierto es que en lo que se refiere al *an*, el origen de los

pueda ejercitar la acción *in natura* o por equivalente, o resolutoria (según los casos) en orden a exigir, meramente, la prestación debida o su equivalente; y, otra, que el deudor de esta obligación pueda eximirse de responsabilidad contractual si prueba la diligencia debida, en caso de que dicha responsabilidad estuviera configurada como subjetiva, lo que impediría al acreedor la posibilidad de exigir, extramuros de la prestación, la indemnización de todo daño emergente y lucro cesante que haya derivado de dicho incumplimiento¹⁶¹. Y, en segundo lugar, que no es cierta la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual sobre la base de que en aquélla se presume la culpa y en ésta no, pues en las obligaciones de medios el deudor al probar su diligencia no está dando una prueba liberatoria, sino que está probando el cumplimiento mismo de su obligación y, por ende, según el antiguo artículo 1214 CC su extinción, no teniendo que llegar al análisis de la responsabilidad¹⁶².

ejemplos propuestos es muy distinto y *distinta ha de ser la apreciación de muchos matices*, pero no justifica, ni los catorce años de diferencia en la prescripción o las diferencias abrumadoras en el *quantum* indemnizatorio.

¹⁶¹ Así lo demuestra el debate doctrinal acerca de la interpretación del antiguo artículo 1591 CC que regulaba la responsabilidad legal del contratista o y/ arquitecto por ruina del edificio derivada de vicios en la construcción, cuando la obligación derivada de un contrato de obra es de resultado: así, a) un sector lo fundamentaba en la presunción de culpa, de modo que si aquéllos querían liberarse de dicha responsabilidad únicamente tendrían que destruir la presunción de culpa establecida en su contra, es decir, tendrían que probar los vicios de la construcción o del suelo o de la dirección que acarrearón la ruina del edificio no se debieron a culpa suya; y b) por el contrario, otro sector, entiende que la responsabilidad que se hace recaer sobre el contratista se encuentra únicamente supeditada a que se produzca la ruina del edificio, por lo que sólo se puede liberar probando la ruptura del nexo causal a través del caso fortuito y la fuerza mayor (art. 1105 CC) – Para un análisis detenido de ambas posturas, vid. LINARES NOCI, R., “Posible entendimiento de algunas cuestiones del artículo 1591 del Código civil”, en *Homenaje al Prof. D. Bernardo Moreno Quesada*, vol. II, Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, pp. 901-910-

En contra GAMARRA, J., “Responsabilidad contractual objetiva”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, ob, cit, pp. 112-119, que afirma que las obligaciones de resultado pertenecen al campo de la responsabilidad contractual objetiva, de modo que la ausencia de culpa no exime de responsabilidad en las obligaciones de resultado.

¹⁶² JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit, pp. 104-112; 456-458. En sede de responsabilidad contractual, en materia probatoria, no es cierto que se presuma la culpa del deudor, pues la virtualidad de la norma jurídica, sita en el artículo 1214 CC, que reza que corresponde la prueba de las obligaciones al que la exige y su extinción al que la opone, ha de partir del recto entendimiento de la diferencia existente entre la obligación de resultado y la de actividad o de medio. Y esto, porque el deudor sólo deja de responder al probar su diligencia cuando el contenido de ésta consiste en la prestación de un *facere diligente*, es decir, en la realización de una conducta o modelo de comportamiento aunque el objetivo final no se cumpla, frente a la obligación de resultado en que la diligencia se determina por la presencia o ausencia de un *opus*, de un alteración en el mundo físico, lo cual es un dato fáctico no valorable. De tal manera que en las obligaciones de medios el deudor al probar su diligencia no está dando una prueba liberatoria sino que está probando el cumplimiento mismo de su obligación y, por ende, según el artículo 1214 su extinción, no teniendo que llegar al análisis de la responsabilidad. En definitiva, tanto en sede de responsabilidad contractual como extracontractual le corresponde al deudor la prueba de la falta de culpa, como prueba del hecho liberatorio, esto es, verificar que la contravención o la comisión del hecho ilícito, respectivamente, le es o no imputable al agente por una imposibilidad sobrevenida por causa no imputable a él. Y en el mismo sentido, GAMARRA, J., “Responsabilidad contractual objetiva”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, ob, cit, pp. 116;

IVª Crítica: Un último reproche a la teoría que sostenemos puede venir del hecho de que nuestra jurisprudencia aplica la teoría de la opción a los supuestos dudosos de encuadrar en la responsabilidad contractual o en la extracontractual, sobre la base de la “unidad de concepto de culpa civil; pareciendo igualar, con tal argumento, ambas responsabilidades. Sin embargo, entendemos que si profundizamos en las razones que al respecto ofrece la jurisprudencia el resultado es diferente. Y esto en razón de que:

1º) En primer lugar, es significativo que la jurisprudencia resuelva dichos supuestos con la teoría de la opción y rechace, en línea general, la teoría del concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión resarcitoria, al mantener que ambas responsabilidades, la contractual y la extracontractual, tienen diferente origen, carácter y finalidad¹⁶³.

2º) Asimismo, y en segundo lugar, es muy significativa la expresión consolidada en la jurisprudencia de que: “si el hecho dañoso viola a la vez una *obligación contractual*, y al mismo tiempo *el deber jurídico de no dañar a otro* (...) hay una yuxtaposición de responsabilidades (...)”, en el sentido de que, si nuestros Tribunales nunca han utilizado la expresión de “la obligación de no dañar a otro”, sino la de “deber jurídico de no dañar” se reafirma, en consecuencia, nuestra tesis acerca del deber jurídico primario de “no dañar a otro” que no se inserta en una relación jurídica obligacional. Y de igual modo, de tales términos se desprende que lo que el Tribunal iguala es el efecto resarcitorio, esto es, las obligaciones de resarcir, pero no su origen, pues si leemos detenidamente las sentencias se habla del *carácter único de la indemnización y de la idéntica finalidad reparadora*¹⁶⁴. En definitiva, creemos que en la responsabilidad contractual se pone en primer plano el incumplimiento contractual, ya que si bien aquélla requiere un daño lo importante es que éste

¹⁶³ La teoría del concurso de normas parte de la base de estar ante una misma pretensión jurídica, ya que el objeto al que se dirige sería único (el resarcimiento), y también sería única la causa de pedir (el daño producido). En estos casos la víctima puede limitarse a ofrecer al Juez los hechos en los que apoya su demanda y a solicitar la indemnización correspondiente, pues la calificación jurídica de aquéllos carece de relevancia. El Tribunal es el único competente para dicha calificación, con la plena libertad derivada del principio “*iura novit curia*”. Sin embargo, el Tribunal Supremo sólo en escasos supuestos utiliza indistintamente la teoría del concurso de normas y la tesis de la opción, como en las SSTs 16.12.1986 y 17.7.1994 –vid. DÍEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1988, p. 565; y DÍEZ- PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, Madrid, 1979, p. 251-

nace del incumplimiento de una obligación pactada, y sin embargo, en la responsabilidad extracontractual, o acto ilícito civil para otros, lo que se pone en primer plano es el mismo daño y culpa civil al provenir aquélla del deber jurídico de no dañar y no existir obligación previa alguna.

3º) En tercer, a pesar de que los Jueces y Tribunales admitan actualmente que la teoría de la opción es compatible con el principio “*iura novit curia*”, por razones en las que indagaremos en el próximo epígrafe¹⁶⁵, de modo que pueden basar la obligación resarcitoria en la normativa contractual cuando, sin embargo, la parte demandada lo había fundamentado en la extracontractual y viceversa, sin incurrir en incongruencia, nos preguntamos: ¿qué podemos deducir de que esta teoría encuentre su límite en la proscripción de la indefensión manifestado en los principios procesales de contradicción y de congruencia de las sentencias, cuya transgresión priva a la parte de la posibilidad de rebatir lo que no fue objeto de alegación?. Esto es, ¿qué podemos deducir de que los Tribunales defiendan la aplicación del cambio de fundamentación jurídica solamente cuando las partes no coinciden en la naturaleza de la acción ejercitada, pero dudan cuando las partes coinciden y son conformes en la calificación jurídica del caso?. Pues, si la demanda utiliza la vía extracontractual y el demandado está conforme, éste último a pesar de que dispone de elementos de defensa en la vía no ejercitada no los utiliza por no ser necesario, al no haberse ejercitado; de modo que, si, finalmente, el Juez cambia la argumentación jurídica, sobre la base del “*principio iura novit curia*”, se produce una indefensión¹⁶⁶. Creemos, entonces, que este límite refleja que la responsabilidad contractual y la responsabilidad civil tienen matices diferentes en sus presupuestos, y uno de ellos va a ser la culpa, pues, de lo contrario, no se produciría indefensión cuando las partes hubieran estado de acuerdo en el régimen jurídico aplicable y el Juez, finalmente, lo hubiera cambiado.

4ª) Por último, y en cuarto lugar, cuando los Tribunales inciden en el argumento de “la unidad conceptual de la culpa civil”, lo basan en que, tanto la culpa contractual, como la

¹⁶⁴ Vid. ref. SSTs 14.2.1994; 26.4.1996 y 3.5.1999, en SANTOS BRINZ, J., “Unidad de concepto de la culpa civil”, en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. II, ed., Centros de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 1643-1656, especialmente, p. 1653.

¹⁶⁵ Vid. *Infra*. III.1.B.a de este capítulo primero.

¹⁶⁶ REGLERO CAMPOS, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, *ob. cit.*, pp.51-52, que se refleja en las SSTs 12.5.1997 (RJA 1997, 9663) y 3.5.1999 (RJA 1999, 3426).

extracontractual responden a un principio común de derecho e *idéntica finalidad reparadora* comprendido en el concepto genérico que a la obligación de indemnizar le asigna el artículo 1106 CC. Esto es, lo que aquéllos resaltan es que lo que une a ambas responsabilidades es su misma finalidad resarcitoria, pero no el concepto en sí mismo o los requisitos necesarios para que surja cada una de ellas.

Tras todo lo expuesto hasta aquí, concluimos que mantenemos una postura intermedia. Pues sostenemos que, para un enfoque científico de la materia debe partirse, solamente, de la “unidad del fenómeno resarcitorio” que conduce, a través del daño, a la concepción unitaria de la responsabilidad civil que contemple un tratamiento sistemático y genérico de todas las situaciones, tanto en el ámbito contractual, como en el extracontractual¹⁶⁷. Esto es, defendemos el tratamiento jurídico unitario de la obligación jurídica en sentido técnico que nace, tanto de la responsabilidad contractual, como de la responsabilidad extracontractual. Pero la diferencia ontológica o de nacimiento de las propias responsabilidades nos lleva a la negación de la igualdad entre la responsabilidad contractual y extracontractual *strictu sensu*, pues, en esencia, la responsabilidad contractual nace de la vulneración de una obligación jurídico técnica que nace del contrato, a su vez fuente de obligación ex artículo 1089 CC, y la responsabilidad civil o extracontractual nace de la vulneración del deber jurídico primario, no inserto en ninguna obligación jurídica, de no dañar a otro.

¹⁶⁷ BUSTAMANTE ALSINA, J., “El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XXI”, en *Responsabilidad civil en el tercer milenio...*, ob, cit, p. 17; MOSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por Daños*, t.I, ed., Ediar, Buenos Aires, 1971, n°. 114, p 329; Y en sentido parecido, SANTOS BRINZ, J., *Derecho de Daños*, ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963; y “La responsabilidad civil. Manifestaciones actuales hacia la responsabilidad objetiva”, *PJ*, n°. 54, 1999 (2º cuatrimestre), p. 505, que nos explica que, a pesar de la controversia acerca de si la culpa extracontractual y contractual representan una sólo categoría jurídica, el autor concluye que es indudable que se asemejan en lo de producir el efecto de indemnizar (STS 4.1.1929, y 12.3.1934). Y la tesis intermedia de PEIRANO FACIO - *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, 1984, p.63-, quién representa a la cada vez más numerosa corriente doctrinal que cree deseable una unificación de regímenes pues, no obstante distinguir entre las obligaciones contractuales y extracontractuales en cuanto a su origen o fuente, concibe las diferencias de régimen jurídico como de carácter tan accesorio que tienden a su supresión. En concreto, estos autores matizan la unidad genérica de las tesis monistas al indicar que también existe una diferencia específica en el plano ontológico, fuera ya del puro aspecto de regulación jurídica, es decir, la unidad genérica está en que ambos tipos de responsabilidad son encarnación de un único concepto de responsabilidad civil, como relación de alteridad entre dos sujetos, que consiste en la obligación de reparar y, la diferencia específica estriba en la existencia en ambas obligaciones de un diferente grado de concreción del deber, pues en la responsabilidad extracontractual el deber es genérico, indeterminado, toma al hombre como ciudadano, frente a la contractual que trata de un deber concreto, al tomarse en cuenta al hombre como un determinado acreedor.

Y para una visión de los principios europeos de Derecho de los Contratos acerca del resarcimiento de los daños (la segunda fase de la que hablamos), vid. NAVAS NAVARRO, S., “El resarcimiento de daños en los

En términos parecidos a nuestra tesis, LASARTE ÁLVAREZ, entiende que la responsabilidad contractual y extracontractual se diferencian en su génesis, siendo intrascendente en su posterioridad. De ahí, que una vez nacida la obligación de responsabilidad propia de la responsabilidad extracontractual como es natural, las reglas y principios de la denominada “Teoría general de las obligaciones” se aplicarán según convenga al caso concreto de que se trate”¹⁶⁸. Incluso, esta teoría es coherente con el dato histórico, puesto de manifiesto por LÓPEZ JAOISTE, de que la responsabilidad contractual y extracontractual se unieron cuando el incumplimiento por una de las partes en el contrato vino a tenerse como daño para la otra, y las condenas eran siempre pecuniarias –la diferencia entre lo que el obligado debía haber pagado y no pagó constituí el *interesse*-. De tal modo que la expresión de daños y perjuicios –D. 46, 8, 13, 24 –emanaba del incumplimiento contractual, pero vino a dar razón genérica de toda prestación, y dio claridad a la responsabilidad extracontractual¹⁶⁹.

Finalmente, no creemos que exista tanta distancia, desde el punto de vista práctico, entre nuestra teoría y la de aquellos autores que defienden la unificación normativa de la responsabilidad contractual y extracontractual, merced a que, al final, estos reconocen que lo más importante es la unificación de los plazos de prescripción y del *quantum* indemnizatorio, que es lo que nosotros también admitimos. Incluso los países europeos que han consagrado una unificación normativa entre la responsabilidad contractual y la extracontractual introducen, sin embargo, las modulaciones precisas para el caso de que el *naeminem laedere* se viole dentro del contrato¹⁷⁰.

Principios Europeos de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español), AC, n. 34, 18 al 24 septiembre 2000, pp. 1235-1262.

¹⁶⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, t. II, Derecho de obligaciones, ob, cit, p. 325.

¹⁶⁹ LÓPEZ JAOISTE, J.J., “El principio de la responsabilidad civil...”, ob, cit, np. 12, p. 4928.

¹⁷⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., “La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea)”, ob, cit, p. 109, por ejemplo, en el Código de las obligaciones suizo (art. 99.3); el artículo 294 del Código civil cubano; Polonia, Hungría o de Checoslovaquia, cuyo derecho común de la responsabilidad civil procede del Código de las obligaciones del 27 de octubre de 1933, hoy ya integrado en el Libro III del vigente Código civil de 1964. E incluso, en la legislación de patentes de 20.3.1986; marcas (Ley de 10.11.1988), y de propiedad intelectual de 12.4.1996.

C.- Consecuencia de orden práctico: reservas en la aplicación analógica del concepto de culpa contractual a la culpa extracontractual .

Si la legitimidad de la aplicación analógica de la normativa general de las obligaciones (capítulo II, título I, del libro IV del CC) a las lagunas de las que adolece la responsabilidad civil se ha basado, tradicionalmente, en ser ésta una fuente de obligación, nosotros consideramos, por el contrario, que , en razón de lo explicado en el epígrafe anterior acerca de la conexión estructural *daño-responsabilidad civil -obligación*¹⁷¹, el hecho de que la responsabilidad civil sea fuente de obligación sólo justifica dicha aplicación analógica a la consecuencia jurídica de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, al derecho a que me indemnicen frente al deber a indemnizar, porque estamos ante una obligación en sentido técnico, y, por tanto, se da la identidad de razón requerida por el artículo 4.1 CC. Pero, como no existe dicha identidad de razón con la responsabilidad extracontractual en sí misma, al no estar ante una obligación en sentido técnico, no se justifica dicha aplicación analógica, sobre todo, en lo que concierne a los conceptos de culpa o negligencia, diligencia, caso fortuito y fuerza mayor que se sitúan en la primera fase de la conexión estructural.

Vamos a indagar, entonces, en este primer capítulo solamente en las reservas en la aplicación analógica del concepto de culpa sito en la Teoría General de las Obligaciones a la culpa civil, porque el elemento de la culpa tienen relación directa con los criterios de imputación de la responsabilidad civil, y estos los hemos tomado como guía en el análisis del estudio comparativo en la responsabilidad civil por hecho propio de los incapaces y de los menores de edad, dejando el de la fuerza mayor y el caso fortuito para un análisis posterior.

¹⁷¹ Por lo que no compartimos las razones de las tesis dualistas respecto a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. En concreto, la tesis dualistas que defienden la existencia de diferencias irreconciliables entre ambas responsabilidades la enarbolaron, tanto SAINTELECTTE, C – *De la Responsabilité et de la Garantie*”, Bruxelles, 1884-, al afirmar que la ley es una norma expresiva de la voluntad general, de cuya contravención nace la ofensa y, es donde reside la genuina responsabilidad, fuente de obligaciones y, por otra parte, el contrato es el resultado de la voluntad individual creadora de los deberes rectores de las propias conductas de los particulares que, al violarse, origina una obligación distinta de la primitivamente asumida, pues en realidad es un efecto de la obligación; como GIORGI - *“Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno”*, t. IV, Madrid, 1980-, que argumentaba, en el mismo sentido que el autor precedente pero centrándose en la culpa, que la responsabilidad contractual es la obligación violada del contrato y presupone un contrato preexistente que determina la naturaleza y la extensión de la obligación y que como tal pacto puede contener una graduación de la culpa y, en la responsabilidad extracontractual la culpa proviene *ex nunc* de la obligación social de no ofender, por lo que faltando el pacto se aleja la posibilidad de graduación de la culpa.

En primer lugar, es claro que, según nuestra propuesta, la culpa extracontractual se predica del incumplimiento del deber jurídico primario de “no dañar a otro”, y la culpa regulada en el artículo 1104 CC se predica siempre en relación al cumplimiento de una obligación, por lo que, desde una primera aproximación, no existe la identidad de razón entre ambas que exige la aplicación analógica.

Más allá, la doctrina está de acuerdo en que la culpa regulada en el artículo 1104 CC se refiere no a cualquier obligación, sino a una obligación contractual, así, en términos de BADOSA COLL, el que la culpa definida en el artículo 1104 CC esté inserta en el título de la naturaleza y efectos de las obligaciones es como consecuencia de un avatar histórico, pero su significado propio se vincula al del contrato. En concreto, se vincula a la culpa instrumental en el cumplimiento de un contrato, pues la diligencia de que trata dicho precepto al definir la culpa es la promotora o instrumental, aquella cuya función material es la de causar el cumplimiento o realización efectiva de la prestación debida, y no la integradora o consistente en el mal cumplimiento de las obligaciones de hacer que queda relegada a figuras concretas¹⁷², pues, aunque en el Derecho precodificado español la culpa tenía un sentido amplio, tras la Codificación la culpa deja de ser causa inmediata de daños, para reducir su función a fundamento de responsabilidad y causa mediata de daños. En otras palabras, Las Partidas recogían una doble formulación de la culpa: por un lado, una formulación particular, en el seno de las relaciones jurídicas particulares, que se estudia, tanto en el período de conservación de la obligación, si se trata de obligación de dar cosa; como en el período de cumplimiento, si se trata de obligación de puro hacer. Y, por otro, una formulación general en su función material de “causa de daños” y en su función jurídica de causas de responsabilidad contractual o de exención de los daños ocasionados; y que tuvo su reflejo en el Código civil español, cuya primera formulación se recogió en artículos tales como los antiguos 264.4 y 1360.2 CC¹⁷³; y la segunda en los artículos 1101, y 1105 CC, que coinciden con los mismos preceptos actuales.

¹⁷² Para un estudio de la evolución del sentido del concepto “culpa”, vid. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil.*, ob, cit, pp. 229-250. En el Derecho precodificado español la culpa tenía un sentido amplio, como lo refleja el *Digesto* (*Dig* 13, VI, 5,2 y *Dig*.50, XVII, 24), y sobre todo *Las Partidas* (P. 7, XXXIII, II, en general; P.5, II.2 (comodato); P.5.III, 3 (depósito)).

¹⁷³ ABELLA, J., *Código civil español*, 3ª ed., Madrid, 1890, art. 264.4 CC: “El tutor está obligado a administrar el caudal de los menores o incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia”; y art. 1360.2 CC: “1.- La mujer conserva el dominio de los bienes que constituyen la dote inestimada y, por tanto, son también

Pero en el siglo XIX, por la influencia que ejercieron los tratadistas españoles al perseguir una racional distribución de las materias, la culpa y el dolo se recondujeron a la “Teoría General de la Obligación”; y, por último, de formar parte de la teoría general de la obligación se pasó su localización en el período de cumplimiento de la obligación, sobre la base de la reordenación de los artículos 1101 y 118 del Anteproyecto del Código civil en el que aparecen el dolo y la culpa, la mora y la contravención de la obligación, de lo que se deduce que la culpa y el dolo pasan a ser equivalentes de cumplimiento imperfecto¹⁷⁴.

Sobre la base de lo expuesto hasta ahora se puede constatar que, la culpa regulada en el artículo 1104 CC, que provoca la contravención de la obligación contractual, tiene su fuente o base en el negocio jurídico del contrato, el negocio jurídico por excelencia que tiene como presupuesto básico la voluntad y la capacidad de obrar de los sujetos. En consecuencia, dicho concepto es acorde con un sentido subjetivo, esto es, con la predisposición psicológica, tensión de voluntad, esfuerzo o cuidado en orden a la conservación o promoción de intereses ajenos del acreedor. Y sin embargo, la culpa civil, que no tiene su base en el contrato, admite un sentido objetivo con más facilidad que la culpa contractual; cuestión en la que profundizaremos en el capítulo segundo y tercero. En términos de LACRUZ BERDEJO, la aplicación del artículo 1104 CC a la responsabilidad extracontractual es inadecuada, ya que se pretende, de tal modo, trasladar un supuesto en el que las personas contratan libremente entre sí y hasta cierto punto se eligen, a otro en el que se recibe el daño de un sujeto cualquiera, lo que explicaría la severidad de la culpa extracontractual, pues puestos a elegir entre el daño a cargo de quien lo recibe sin culpa alguna, u obligar a resarcirlo a quien lo causa, siquiera su conducta solo sea un tanto negligente, resulta más justo lo segundo¹⁷⁵. Y en tal sentido para corroborarlo, aunque de modo indirecto, la STS 15.10.2001 (RJA 2001, 8800) al rechazar el motivo del recurso de casación por infracción de los artículos 1104 y 1105 CC,

de ella el incremento o deterioro que tuvieran. 2.- El marido sólo es responsable del deterioro que por su culpa o negligencia sufran dichos bienes”.

¹⁷⁴ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil.*, ob, cit pp. 248-249.

¹⁷⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II. Derecho de Obligaciones, vol.2º. Contratos y cuasicontratos, ed., Bosch, Barcelona, 1995, pp. 470 y ss; YZQUIERDO TOLSADA, M., “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación”, *RCDI*, 1991, p. 450, que nos explica que se llega a mantener la diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual, porque en aquélla los contratantes han conversado sobre sus conveniencias, han aclarado sus propósitos y han tenido ocasión de agravar, limitar o excluir determinados aspectos de la responsabilidad, pudiendo prever los riesgos y las consecuencias del hipotético incumplimiento, lo cual no sucede en los supuestos de daños extracontractuales. Y en el mismo sentido, JOURDAIN, P., ob, cit, p. 42.

respectivamente, en razón de que: “*puesto que ambas normas se refieren al incumplimiento de las obligaciones, por culpa o por caso fortuito o fuerza mayor, y el caso presente es una aplicación del artículo 1902 CC, llamada responsabilidad extracontractual y más propiamente, obligación derivada de acto ilícito*”¹⁷⁶.

En definitiva, la diferencia ontológica o de origen entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual nos lleva a criticar la influencia que ejerce el poderoso concepto de negocio jurídico en el hecho de que su régimen jurídico se aplique, analógicamente, a los meros actos jurídicos que, a diferencia de los anteriores, producen sus efectos jurídicos por obra exclusiva de la ley, no siendo necesario que la voluntad del agente esté dirigida a la producción del resultado jurídico. De tal modo que, en definitiva, en los actos ilícitos la capacidad y la voluntad de la persona no tienen tanta relevancia como en el contrato, negocio jurídico por excelencia, pudiendo a veces prescindir de la misma¹⁷⁷.

Recapitulando, defendemos que la responsabilidad civil tiene una estructura compleja que se refleja en la conexión “*daño-responsabilidad civil-obligación*”, y que nosotros hemos dividido en dos fases: *la primera fase* consiste en el nacimiento de la responsabilidad civil que tiene su fundamento en el daño, no siendo una obligación en sentido técnico. Y se puede decir, a su vez, que el daño tiene dos elementos, uno material como hecho físico, y otro jurídico o formal, que proviene de la vulneración del deber jurídico primario de “no dañar a otro”¹⁷⁸. Y si se produce dicha vulneración y se cumplen el resto de los presupuestos exigidos

¹⁷⁶ Fto jurídico 2º. Esta sentencia resuelve el caso de la agresión de una alumna a profesora en colegio especial de niños deficientes, y el TS desestimó el recurso por la falta de acreditación de que tal suceso provocara, en una relación de causalidad, la situación que llevó a la demandada a la invalidez laboral absoluta.

¹⁷⁷ LACRUZ BERDEJO, JL, y otros., *Elementos de Derecho civil*, t. I, ob. cit, p. 121. En ocasiones, la tesis de la aplicación a los actos jurídicos de las normas relativas a los negocios parece abonada por el ordenamiento positivo, como cuando, a través del artículo 1160 CC, declara que no es válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Pero en otras ocasiones esta tesis parece incongruente con las normas legales en cuanto, unas veces, solo requieren la capacidad natural de querer y de entender; en otras la derivación legal de los efectos jurídicos tiene efecto aunque el agente del acto sea un incapaz; y en otras se llega a prescindir por completo de la voluntad, como en la toma de la posesión que dispone el artículo 443 CC.

¹⁷⁸ De modo análogo a cómo De Cupis explica el concepto de daño, aunque discrepe del concepto del elemento formal del daño –vid. CUPIS, A.DE., *El daño*, ob.cit, pp.29 y 133. Para el autor el daño se compone de un elemento material como hecho físico, y por un elemento formal que proviene de la norma, siempre referida a la esfera de alteridad que implica el reconocimiento de la mayor libertad en la concurrencia de las demás libertades. Así, el elemento formal del daño al revestirlo de la nota de antijuridicidad, exige lesión de un interés ajeno, lo que conlleva que el hecho productor del daño lesiona también una norma, diferente de aquella que sirve de fundamento a la fuerza jurídica del vínculo obligatorio, y en cuanto tal norma se deriva de un derecho subjetivo absoluto (derecho de la personalidad, derecho real, derecho sobre bienes inmateriales, etc).

- la acción u omisión antijurídica, la culpa y la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño- nace la responsabilidad civil. Y la *segunda fase* es la consecuencia jurídica de la responsabilidad civil, que ya sí es una obligación en sentido técnico.

En consecuencia, hemos de afirmar que la culpa civil extracontractual en el comportamiento debido, como requisito integrante de la responsabilidad civil, que se predica del incumplimiento del deber legal de “no dañar a otro” tiene matices diferentes a la culpa regulada en el artículo 1104CC que se predica, siempre, en relación al cumplimiento de una obligación contractual. De modo que no justificamos la aplicación analógica automática de los conceptos de culpa y diligencia definidos en el artículo 1104 CC, a la culpa civil y diligencia que aparecen en los artículos 1902 y 1903 CC, respectivamente. Y la consecuencia de orden práctico de calificar a la responsabilidad civil de fuente de obligación se reduce, a nuestro entender, a la aplicación analógica de los artículos 1102, 1103 y 1106 CC que se refieren a la segunda fase, a la obligación de indemnizar en sentido técnico y a sus incidencias, pues defendemos la unidad del fenómeno resarcitario, esto es, la igualdad entre la obligación derivada de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Sobre todo, es interesante la aplicación analógica del artículo 1103 CC a la responsabilidad civil, pues este precepto faculta al Juez para moderar la cuantía del deber de indemnizar al acreedor en caso de que el deudor haya contribuido con su actuación a la producción del daño¹⁷⁹, precepto que será de especial interés en la responsabilidad civil por hecho propio de los menores de edad y de los incapaces, como trataremos en el capítulo cuarto.

III.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTO DAÑOSO PENALMENTE TIPIFICADO¹⁸⁰ Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

Es incuestionable la doble regulación civil y penal que afecta a la responsabilidad civil, pues los artículos 1093 y 1092 CC conminan a que, respectivamente, las obligaciones

¹⁷⁹ La aplicación analógica del artículo 1103 CC a la culpa civil la encontramos, entre otras, en las siguientes sentencias que afirman que “la facultad moderadora del Juez del artículo 1103 CC es aplicable tanto a los supuestos de responsabilidad contractual como de responsabilidad extracontractual. Así, SSTS 22.12.1993 (Act. C, nº.15, 11-17 abril 1994, p. 1151) y 20.4.1993 (Act. C, nº. 34, 27 septiembre -3 octubre 1993, p. 2209).

civiles que nazcan de ilícitos civiles no penados por la ley se regularán por el Código civil, y las obligaciones civiles que nazcan de delitos o faltas se regirán por el Código penal.

Sin embargo, esta dualidad normativa no ha sido óbice para que la doctrina civilista y penalista actual defiendan, como cuestión pacífica, que ambas responsabilidades, siendo una misma cosa, tienen naturaleza jurídico civil y, por tanto, la misma función resarcitoria¹⁸¹.

En virtud de lo dicho parece gratuito que dediquemos un epígrafe a profundizar en este tema. No obstante, lo hemos creído oportuno por dos razones:

¹⁸⁰ A partir de ahora “responsabilidad civil *ex delicto*”, por abreviar, aunque no sea correcta tal expresión –vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en los últimos proyectos de Código penal. (En especial el del 1994): Más de lo mismo”. *Iniura*, 1995, nº.6, p.18-.

¹⁸¹ La cuestión que siempre ha estado clara es la diferencia entre la culpa civil y la culpa penal. No obstante, desde un punto de vista teórico, y sobre la base de la visión unitaria del Derecho a la que tanto ha contribuido Kelsen, la doctrina alemana e italiana defendió en su momento un concepto unitario de antijuridicidad, de reparación, y de otros conceptos clásicos de responsabilidad civil. Incluso, se llegó a defender un concepto unitario de culpa civil y penal, lo cual tuvo su reflejo, por ejemplo, en la redacción del artículo 276 BGB –ref. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 114 ss, en Santos Brinz, J., “Unidad de concepto de la culpa civil”, ob, cit, p. 1647-. En España, por el contrario, esta teoría no tuvo casi repercusión, y sólo una minoría, representada por Castejón, defendió el unitarismo en nombre de la prevalencia de la responsabilidad objetiva. Esta minoría defendía que aquélla había ganado el campo en el Derecho civil, y se estaba adentrando en el Penal sustituyendo los viejos criterios de culpa personal por los de peligrosidad y defensa social – Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., “Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal”, *ADC*, 1957, p. 1044-.

En todo caso, si de los principios teóricos se desciende a la realidad práctica, la diferencia entre la culpa civil y la culpa penal siempre ha estado clara en la doctrina y en la jurisprudencia -ref. SSTS 2.1.1932; 12.2.1932; 13.11.1934; 23.11.1935; 5.5.1946; 9.2.1960, en SCAEVOLA, Q.M, ob.cit, pp. 411-416, y 527 y 546-. Y la doctrina destaca entre las diferencias más notables: a) la mayor extensión en la culpa civil y su restricción en la penal, pues la culpa civil puede llegar hasta la exigencia objetiva total, frente a la culpa penal en la que el factor subjetivo de la conducta imprudente y la tipicidad son ineludibles, de modo que la no apreciación de la culpa penal no excluye el concurso de la *culpa o negligencia no calificadas a que se refiere el artículo 1902 CC* –SSTS 21.10.1910 y 27.4.1953 - ; b) la culpa civil es declarada con la finalidad principal de reparar un perjuicio, y la penal tiene como finalidad principal y única la represiva. Por esta razón, para el Derecho penal la relación causal para determinar la culpa penal tiene una importancia más reducida que en el Derecho civil, pues no se trata de hacer soportar al agente las consecuencias patrimoniales de su conducta, sino de castigar una culpa, es ésta y no el resultado lo que justifica la represión. En cambio, el Juez civil debe ser más exigente en lo que concierne a la relación causal y debe interpretarla restrictivamente. En consecuencia, en el Derecho civil predomina la teoría de la causalidad adecuada, mientras en el Derecho penal se ha seguido muchas veces la teoría de la equivalencia de las condiciones –vid. MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*, t. XII, sexta edición revisada por Justo J. Gómez Ysabel, ed., Reus, Madrid, 1973, p. 851; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, t. 4º, Ed., Reus, Madrid, 1993, pp. 1002-1003; SANTOS BRINZ, J., “Unidad de concepto de la culpa civil”, ob, cit, pp. 1648-1649-.

Incluso, el Derecho francés que se ha caracterizado, paradójicamente, por regirse por el principio de “identidad de la culpa civil y penal ” y que, por tanto impedía la declaración de responsabilidad civil si el Juez penal descartaba la existencia de la culpa penal, ha puesto fin a dicha situación con la Ley nº 2000 –647 du 10 juillet 2000. Esta ley, además de cambiar la definición de culpa penal de imprudencia y despenalizar la culpa penal simple, ha modificado el artículo 4-1 del Código penal procesal en orden a asegurar la reparación de los

En primer lugar, porque los Tribunales mantienen al respecto una posición contraria a la doctrinal, al ser jurisprudencia consolidada que la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil *ex delicto* son dos pretensiones jurídicas distintas. Y esta divergencia está repercutiendo, de modo especial, en la responsabilidad civil de los guardadores de menores e incapaces que tienen en el Código civil y en el Código penal regulaciones, en muchos aspectos, opuestas. Además, a la doble regulación normativa hay que añadir la nueva LO 5/2000, de Responsabilidad Penal de Menores¹⁸² que consagra una nueva tipología de responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos diferente, tanto de la regulación del Código civil, como del Código penal. Este punto lo estudiamos en el apartado III.1.

Y, en segundo lugar, la razón de este epígrafe se encuentra en que, hoy en día, estamos asistiendo a una intercomunicación entre el Derecho civil y el Derecho penal, y esta imbricación encuentra su reflejo, de modo paradigmático, en el tratamiento jurídico de la responsabilidad civil¹⁸³. Por una parte, el Derecho penal actual está otorgando una importancia creciente a la víctima. De ahí ha surgido el movimiento reparador o de justicia reparadora que ha tenido como consecuencia que se defina a la reparación como una medida que sirve a la prevención general y especial del delito, que son finalidades de clara naturaleza penal. En consecuencia, creemos oportuno indagar en si la nueva figura de la reparación es el mismo instituto jurídico de la responsabilidad civil *ex delicto*, pues si es de tal modo su naturaleza jurídico civil se pondría en tela de juicio. Esta polémica la abordamos en el apartado III.2. Y, por otra, la mencionada intercomunicación entre el Derecho civil y el Derecho penal se proyecta en la llamada función penal de la responsabilidad civil. Este matiz penal que, en una primera aproximación, parece poner en entredicho la función claramente resarcitoria de ambas responsabilidades, lo estudiaremos, por razones metodológicas, en el epígrafe IV.3.

perjuicios a pesar de no existir culpa penal –vid. TAPIA, M., “Décadence et fin éventuelle du principe d’identité des fautes pénale et civile”, en *Gaz. Pal*, vendredi 7, samedi 8 mars 2003, pp. 1-24-.

¹⁸² Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE, núm. 11, de 13 de enero 2000). A partir de ahora LORPM.

¹⁸³ Prólogo al libro de SÁINZ –CANTERO CAPARRÓS, M.B., ob, cit, p. XV. Esta autora se ha adentrado en el estudio de las consecuencias de la intercomunicación entre Derecho penal como Derecho público, y Derecho civil como Derecho privado, que influenciada por la doble tendencia en el primero de asumir fines y contenidos reparadores, y de una progresiva despenalización de conductas, convierte ilícitos penales en ilícitos civiles, las llamadas penas privadas, y otorgaría a la obligación *ex delicto* una función sancionadora.

1.- DUALIDAD NORMATIVA Y LA MISMA PRETENSIÓN JURÍDICO CIVIL.

La diferente regulación actual de la responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad civil extracontractual trae su causa inmediata de la etapa codificadora, en concreto de la Base 20ª de la Ley de Bases para la elaboración del Código civil que rezaba que: “Las obligaciones procedentes de delito o falta quedarán sometidas a las disposiciones del Código penal, ora la responsabilidad civil deba exigirse a los reos, ora a las personas bajo cuya custodia y autoridad estuviesen constituidos¹⁸⁴”.

Por eso nos preguntamos si los codificadores querían que la responsabilidad derivada de ilícito penal tuviera su sede propia en el Código penal como institución jurídico diferente de la que el nuevo Código civil iba a regular¹⁸⁵.

En realidad, de las discusiones parlamentarias para la publicación del Código civil español se desprende que los codificadores no se preocupaban por la naturaleza jurídica de ambas responsabilidades, sino, únicamente, por evitar la duplicidad legislativa a la hora de normar la responsabilidad civil, pero en el sentido de lo impropio de regular la responsabilidad civil *ex delicto* también en el Código civil¹⁸⁶. De modo excepcional, RODRÍGUEZ SAN PEDRO fue la única voz disidente al respecto, pues afirmó que la responsabilidad civil *ex delicto* era materia propia del Código civil, y el artículo 1092 CC vulneraba el principio de seguridad jurídica en razón de que aquella no iba a tener al final legislación propia en ninguna parte, puesto que el Código penal estaba redactado

¹⁸⁴ Finalmente se convirtió en la Base 21ª.

¹⁸⁵ La opinión de los codificadores civiles, reflejada en el debate de elaboración del Código civil, revela “la voluntad del legislador”, que es uno de los elementos de interpretación, a veces olvidado, para descubrir el sentido de una norma jurídica. En palabras de LACRUZ: “la ley es un acto de voluntad y su interpretación ha de iniciarse reconstruyendo la intención del autor del texto” (Ref. LACRUZ BERDEJO, JL., *Parte general del Derecho civil*, Zaragoza, 1974, p. 75, en Zapatero González, R., “Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983”, en *Estudios sobre la tutela*, RGLJ, Madrid, 1986, np 7, p. 68. Este autor plantea su artículo desde el punto de vista de la importancia que para el exégeta jurídico tiene el estudio y contemplación de los Boletines y Diarios de Sesiones de las Cámaras legisladoras).

¹⁸⁶ BRAVO Y ALBACETE., en Autorización del Senado y del Congreso de los Diputados al Gobierno para la publicación de un Código Civil. Proyecto de Ley de Bases. 1885-1888. Senado. Debate al articulado. Sesión de 28 de Abril de 1885 (núm. 111), en *El Código Civil. Debates Parlamentarios (1885-1889)*, vol. I, ob.cit, pp. 439-400. El senador Albacete reprocha al Sr. Bravo haber puesto en tela de juicio una Base que sobresalía por su claridad, y que no dejaba lugar a duda que significaba que: “en el Código civil no se contendrán más que aquellas reglas que indiquen la responsabilidad que por razón de obligación o contrato puede nacer (...), y que

precisamente en sentido de que la responsabilidad civil *ex delicto* habría de encontrar su desarrollo completo en el Código civil. En definitiva, este senador fue pionero en prever, sobre todo en lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho ajeno, que dos órdenes de responsabilidades iban a tener regulación completamente diferente, no ya en su extensión, sino en su principio de obligar, en su propio nacimiento y en su razón de ser¹⁸⁷.

En consecuencia, los codificadores civiles otorgaron muy poca importancia a la cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil. Más allá, si lo único que tenían claro era que la sede propia de la responsabilidad civil *ex delicto* era el Código penal, parece que, de modo implícito, defienden que estamos ante fuentes de obligación de naturaleza jurídica diversa. Y esta posición contrasta, de modo paradójico, con la doctrina penalista, coetánea a la codificación penal, que defendía que la responsabilidad civil *ex delicto* debía comprenderse en el Código civil, pero no era malo que estuviera en el Código penal, pues aquél tardaría en publicarse; incluso, aconsejó que la normativa del Código penal debía derogarse en el momento de publicación del Código civil¹⁸⁸.

los delitos y faltas han de estar donde estuvieron desde el Código de 1848, como siempre en el Código penal, y no se podrá entender que han de comprenderse en el Código civil”.

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ SAN PEDRO, en Enmiendas y Adiciones al Código Civil publicado por el Gobierno. 1888-1889. Congreso de los Diputados. Debates. Sesión de 16 de abril de 1889 (núm.96), en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*. Vol. II, ob. cit, pp. 1783- 1784. Este diputado pone en evidencia que, en la responsabilidad por hecho ajeno el Código penal no hace distinción del caso en que la responsabilidad subsidiaria proviniera de actos que la persona sujeta a esa responsabilidad pudiera evitar y no quisiera evitar, o de actos que tratara de evitar, pero no pudiera evitar, de ninguna manera; y por el contrario, tratándose del cuasidelito, de la negligencia o de la imprudencia, el artículo 1903 establece que la responsabilidad que trataba dicha precepto cesaría cuando las personas en él mencionadas probasen que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. (Creemos que esta cita se refiere a que el artículo 17 CP 1848 regulaba la responsabilidad subsidiaria de los taberneros, posaderos o personas que están al frente de un establecimiento con carácter subsidiario y objetivo; mientras que el artículo 1903 del CC de 1889 regulaba la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa de modo directo y sobre la base de la presunción de culpa).

La crítica que apuntó el senador Rodríguez San Pedro sólo parece haber tenido repercusión, de modo aislado, en el Borrador de Anteproyecto de Parte General del Código penal (octubre 1990) cuyo artículo 105 disponía que: “*La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta origina la obligación de reparar los daños y perjuicios por él causados en los términos previstos en el Código civil*”, y se disponía en el capítulo de “Disposiciones legislativas conexas” una que se limitaba a decir que “*3.-La regulación de la responsabilidad civil se llevará al Código civil*”. Sin embargo la luz que aportó dicho Anteproyecto desapareció en los siguientes, a causa de la presión que ejercieron los círculos judiciales que pensaron que dicha iniciativa suponía quitar a la jurisdicción de lo criminal algo que, a pesar de su contenido civil, siempre había sido suyo, lo que, unido a los inveterados temores de muchos jueces penales cada vez que tienen que salir de su Código para encontrar la parte no penal, convertía tal iniciativa en algo que no podían tolerar – vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en los últimos proyectos...”, ob.cit, pp. 37 y 40-.

¹⁸⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, P./ MONTALBÁN, J.M., *Elementos de Derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica*, t III, Madrid, 1855, p. 74; y GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870, comentado y concordado*, t.I, Salamanca, 1897.

En definitiva, de la interpretación auténtica del artículo 1092 CC lo único claro es, por una parte, que la aparición del Código penal antes del civil obligó a que los textos legales penales regularan la responsabilidad civil¹⁸⁹, y así ha sido después a través de la historia codificadora hasta nuestros días. Y, por otra, que la normativa penal es un reenvío de la normativa civil, lo que se deduce de los términos literales del artículo 1092 CC cuando estipula que las obligaciones que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones penales; pero, a su vez, la regulación penal reenvía a la civil para normar determinados aspectos de la responsabilidad civil *ex delicto* como, por ejemplo, el plazo de prescripción¹⁹⁰. Es constatable que, con ocasión de la promulgación del Código penal de 1995, el legislador penal ha dejado pasar de nuevo una oportunidad de resolver dicho asunto¹⁹¹.

En virtud de lo expuesto, si de la interpretación auténtica no tenemos datos para adoptar una postura definitiva sobre el tema, es obligado conocer la posición doctrinal y jurisprudencial que existe al respecto.

A.- Posición doctrinal contraria a la jurisprudencial.

En realidad, la doctrina civilista ha sido siempre unánime en reconocer que ambas responsabilidades son una misma cosa¹⁹². Ésta nos explica que cuando el artículo 1.089 CC se

¹⁸⁹ Ref. XAVIER LÓPEZ, A., “Teatro de la Legislación universal de España e Indias”, Madrid, 1806, I, pp. 41 y ss, en López Jaoste, J.J., “El principio de responsabilidad civil, reflejo en la historia”, ob, cit, np. 50, p.4934.

¹⁹⁰ El derogado artículo 117 del CP 1973 regulaba la extinción de la acción reenviándola a la normativa civil, al estipular que: “La responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo en las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil”. Sin embargo, el nuevo CP 1995 no prevé dicho aspecto, y sólo el art. 109 CP establece, a nuestro entender, ambigüamente que: “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, *en los términos previstos en las Leyes*, los daños y perjuicios por él causados” (la cursiva es nuestra).

¹⁹¹ MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995”, *PJ*, nº. 38, junio 1995, p. 127. La cuestión de la naturaleza de la responsabilidad civil derivada de delito o falta debería haber sido abordada en la Exposición de Motivos del CP de 1995. Y en el mismo sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, ed., Dykinson, 2001, p. 402.

¹⁹² En contra, en cierto sentido, MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*, t.VIII, 4ª ed., Madrid, 1929. Este autor juzga que los preceptos peculiares del Código penal responden a la naturaleza peculiar de las obligaciones civiles derivadas de delito, pero que, salvada dicha peculiaridad, la esencia de las mismas es común con las demás obligaciones, y, por tanto, debían quedar definidas por la ley civil, que así vendría a ser para las derivadas de delito fuente importante, aunque supletoria.

Según Díez - Picazo, la idea del carácter civil de las normas jurídicas del Código penal que regulan la responsabilidad civil *ex delicto* aparece con Castán, aunque sólo de forma dubitativa al afirmar que la responsabilidad nacida de los delitos penales pudiera ser considerada como materia perteneciente al Derecho

refiere a “los actos u omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”, se alude sólo de modo aparente a dos fuentes de obligaciones diferentes y autónomas; y que, en definitiva, ambas tienen naturaleza jurídico civil¹⁹³.

Con todo, hemos de matizar que hay quiénes, dentro de la doctrina civilista, entienden, sobre la base de la posición vista en el epígrafe anterior que mantiene que la responsabilidad civil *ex delicto* es la misma relación jurídica obligacional¹⁹⁴, que la *causa efficiens* o el daño *ex delicto*, aunque no interviene en la clara naturaleza jurídico privada de la obligación de reparar, va a influir en la función práctico-social de dicha obligación, y que atiende al carácter *injusto* que deriva del daño que nace de los actos más reprochables socialmente. De tal manera, la obligación de reparación *ex delicto* no se reduce a que el perjudicado sea compensado en una situación equivalente a la que disfrutaba con anterioridad al daño, sino que se centra en el “interés de desagravio” o de “satisfacción” por el daño injusto. Y de este interés, aún siendo privado, participa la sociedad a quién no es indiferente que el daño injusto quede insatisfecho, pues cuando la víctima es compensada, también la sociedad ha de ser fortalecida y tutelada en su interés del “restablecimiento de la paz jurídica”¹⁹⁵; cuestión en la que indagaremos en el último epígrafe de este capítulo dedicado a la función de la responsabilidad civil.

Por otra parte, la doctrina penalista mayoritaria se pronuncia en el mismo sentido que la civilista, y afirma que, ciertamente, a la luz del vigente Código penal y también el

civil- vid. ref. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, t. IV, 7ª ed., p. 797, en Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, ob.cit, np. 3, p. 271.

¹⁹³ Respecto a la doctrina antigua, vid. SCAEVOLA, Q.M, ob.cit, p.479. La sentencia de 24 de febrero de 1928 es muy ilustrativa cuando afirma: “siendo el texto de dicho artículo (art. 1902 CC) feliz expresión de aquel principio, que comprende por igual las obligaciones derivadas de la culpa penal, según la Ley del Estado, y de cualesquiera otra clase de actos en que interviene acción u omisión que se deba a culpa o a mera negligencia (...)”.

Para la doctrina más moderna, entre otros, vid. PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS (Sala 1ª) 28.1.1983”, *CCJC*, 1983, nº. 1, 10, p. 116; SANTOS BRINZ, J., “La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español”, *RDP*, 1984, pp. 661-664; DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *ADC*, 1987, pp. 796-802; YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. 1, Madrid, 1993, pp.52 y ss; y ROMEO CASABONA, C.M., “Las actuaciones de los profesionales sanitarios y sus repercusiones en la esfera penal” en *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones Sanitarias. Actas del II Congreso Derecho y Salud, organizadas por la Asociación Juristas de la Salud*. Granada, noviembre de 1993. Ed., Junta de Andalucía. Consejería de Salud, 1994, pp 11-35.

¹⁹⁴ Teoría expuesta en el epígrafe II.1.

¹⁹⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., ob.cit, pp. 15 y 20, 157-158.

derogado, no es necesario para el nacimiento de la obligación que el daño a reparar haya tenido su origen en una conducta sancionada con una pena, en un delito o falta. Constatado el daño, están obligados a repararlo, tanto aquéllos que sean responsables penales y por tanto acreedores de sanción penal, como los que no lo sean por concurrir en ellos o en su conducta típica, causas excluyentes de la culpabilidad (art. 118 CP) o punibilidad (art.16 CP)¹⁹⁶. En todo caso, la doctrina penalista alaba que el inciso primero del artículo 116 CP 1995 diera una mejor redacción al antiguo contenido del artículo 19 CP 1973, al explicitar que el fundamento de la responsabilidad civil *ex delicto* es el daño y no el delito¹⁹⁷.

No obstante, ya veremos cómo este consenso se pone, en cierto sentido, en entredicho, por la tendencia penal moderna a engrandecer la importancia de la reparación de la víctima como finalidad o contenido de la respuesta penal; encontrándonos ante una posición doctrinal penal minoritaria, como veremos en el apartado siguiente, que defiende la naturaleza penal de la responsabilidad civil *ex delicto*. Por último, es dable mencionar una posición minoritaria e intermedia que, sobre la base de una pretendida accesoriedad de la responsabilidad civil delictual respecto a la penal, defiende que la obligación civil *ex delicto* sin llegar a tener la categoría de pena participa de la naturaleza de las penas, considerándolas “sanciones de carácter reparador” o “sanciones civiles”¹⁹⁸.

Por último, también la doctrina procesalista actual más moderna está de acuerdo en que la acción civil es una, y, que es, por tanto, inapropiado decir que del acto u omisión

¹⁹⁶ Para la doctrina antigua, vid referencias de la bibliografía penal que hace DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos...”, ob.cit, np. 4, p. 797.

Para la doctrina más actual, vid MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 139; GONZÁLEZ RUS, J.J., “El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada de delito”, *ADPCP*, 1979, p. 382; GARCÍA VICENTE, F., “La responsabilidad civil en el nuevo Código Penal”, *AP*, 1996, nº. 34, p. 645; LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y debate parlamentario*, ed. Closas Orcoyen, 1996, p. 77; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad civil derivada de delito”, *AC*, nº. 4, semana 26.1 al 1.2. 1998, p. 77; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B, ob, cit, p. 64; y ALASTUEY DOBÓN, C., “La responsabilidad civil”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada de delito* (coord. Gracia Martín), ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 395.

¹⁹⁷ Ley Orgánica 10/ 1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁹⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A., “La acción tercera o cuasidelictual propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito”, *RDP*, 1946, pp.937-938; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO., E., *Sobre el concepto de Derecho penal*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1981, p. 58; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2ª ed., (anotada y puesta al día por JJ. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino), ed., Akal, Madrid, 1986, pp. 646-648.

dañoso no penado por la ley nace una acción diferente de la que nace del acto u omisión dañoso penado por la ley, ya que lo que nace es una obligación y, correlativamente, un derecho del perjudicado. El que la víctima haga valer la acción en otro proceso junto con las acciones penales, o independientes de ella ante el Juez civil, en nada modifica su naturaleza y contenido. En conclusión, en vez de hablar de acciones civiles derivadas de delito, es preferible denominarlas acciones civiles ejercitables en el proceso penal¹⁹⁹.

Una vez expuesta la unánime postura doctrinal civilista, penalista y procesalista en la materia con los matices indicados, damos paso al estudio de la ambivalente postura jurisprudencial que no deja de sorprendernos por las razones que siguen.

La jurisprudencia española, de modo tradicional, ha consolidado desde primeros de siglo pasado la doctrina legal del diferente fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de ilícito civil y la derivada de ilícito penal²⁰⁰. Y no se puede decir que la unanimidad en la postura doctrinal haya tenido repercusión alguna en la jurisprudencia actual, pues nos seguimos encontrando con sentencias muy recientes que afirman que la responsabilidad civil *ex delicto* no responde exactamente a los mismos

¹⁹⁹ Ref. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Madrid, 1987; ANDRÉS DE LA OLIVA., *Derecho procesal penal*, ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996; y FONT DE LA SERRA., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal.*, Madrid, 1991, en Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, ob. cit. pp. 275-276. Estos autores están de acuerdo en que, lo que diferencia las acciones civiles reparatorias originadas por comportamientos que quepan dentro de la esfera de la ilicitud penal es su tratamiento procesal, en el sentido de que estas últimas pueden ser objeto de un proceso penal al ejecutarse conjuntamente con las acciones penales, y pueden verse reconocidas y satisfechas en la sentencia que pone fin a ese proceso penal. En otras palabras, lo que está condicionado por la responsabilidad penal no es la responsabilidad civil sino la competencia del Juez penal sobre esta última, conforme al principio de derecho común de que no se puede condenar civilmente en la causa al penalmente absuelto, y es, por tanto, competencia *secundum eventum litis*.

²⁰⁰ Desde la STS de 22.1.1919 se consolidó la doctrina legal del diferente fundamento y naturaleza de la responsabilidad civil derivada de ilícito civil y de ilícito penal, ratificada por las SSTS de 30.4.1959; 9.2.1961; 25.2.1963; 13.10.1965; y SSAP de Sevilla de 37.1977, y de Huelva de 29.4.1978. Esto ha traído como consecuencia que se formara toda una doctrina sobre los supuestos en los que el Juez civil puede o no aplicar preceptos civiles. Hay dos teorías al respecto: a) por una parte, la que defiende que el Juez civil ha de aplicar la normativa penal cuando la sentencia es condenatoria firme y se hubiera hecho reserva de la acción civil, limitándose la aplicación de la normativa civil a los supuestos de sentencia absolutoria, sobreseimiento libre o provisional, rebeldía del procesado o demencia sobrevenida –SSTS 25.2.1963 y 5.6.1965-. Y, por otra, b) la postura que admite que el Juez civil puede aplicar normativa penal incluso en los casos de indulto, rebeldía, etc, en que llegara a la convicción, a los solos efectos de la responsabilidad civil, de que el hecho causante del daño es uno de los que la ley tipifica como delito o falta –SSTS 4.7.1970; y SSAP de Murcia 28.12.1977, y de Segovia de 22.11.1976- vid. PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario a la STS 28.1.1983", ob.cit, pp. 111-113-.

Al respecto, son muy ilustrativas las SSTS de 30.12.1969, y 25.2.1963 al afirmar que: "la acción civil *ex delicto* está ligada de tal forma con la acción penal que es consecutiva y formulativa de ésta" – ref. Díez – Picazo, L., *Derecho de daños*, ob.cit, pp. 272-273-.

principios que la responsabilidad civil extracontractual regulada en el artículo 1903 CC, y que no hay trasvase posible de las disposiciones que regulan una y otra responsabilidad²⁰¹.

En consecuencia, las diferencias que existen entre ambos regímenes jurídicos se han agudizado en su aplicación por los Tribunales, lo que ha tenido una especial importancia, al menos hasta la entrada en vigor de la LORPM de 2000, para la responsabilidad civil por hecho ajeno de los padres por los hechos de sus hijos, en concreto, para el supuesto de la responsabilidad civil por los actos dañosos cometidos por los menores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho que tiene en ambas normativas regulaciones de todo punto opuestas²⁰². Del mismo modo, influye en la prueba de la culpa de los padres, como estudiaremos en los capítulos siguientes.

Más allá, el diferente régimen jurídico de ambas normativas, potenciado en su aplicación por los Tribunales, va a llevar a flagrantes injusticias si tenemos en cuenta la interpretación que los Tribunales hacen, en estos casos, de los principios procesales de instancia de parte o principio dispositivo, y de congruencia de la sentencia que rigen el proceso civil según la doctrina clásica procesalista.

Pero para explicar este punto es necesario partir del presupuesto de que es doctrina jurisprudencial consolidada, desde el punto de vista procesal, al igual que respecto a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, la teoría de la opción, de modo que, en los casos en que exista responsabilidad civil *ex delicto* el Tribunal Supremo parece claramente decidido a permitir que la víctima pueda optar por ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual, pues razona que, cuando en un mismo hecho concurren los requisitos necesarios para el ejercicio de distintas acciones tendentes al mismo fin, el actor puede optar por el ejercicio de cualquiera de ellas (nos encontraríamos ante un caso de concurso de

²⁰¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, C, ob.cit, np. 397, p. 401, que nos explica que, a excepción de la STS 20.10.1989 (Ar.C, 1989, nº. 6949, fd 3º) que establece que la acción de responsabilidad civil es única y la misma, sentencias muy recientes han vuelto a la doctrina tradicional del Alto Tribunal, así SSTs de 1.4.1990 (Ar. C,1990, nº. 2684, fd. 3º); STS (Sala 2ª) 26.3.1999 (RJA, 1999, 2054); y la AP de Huelva de 10.5.1999 (AC, 1999, 999).

²⁰² CASTÁN TOBEÑAS, J, ob, cit, p. 1005. Por ejemplo, cuando un mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años comete un delito, ha de ser él quién responda civilmente ante la víctima, pues todo responsable criminalmente lo es también civilmente (art.19 CP). Sin embargo, si el menor es absuelto del delito, entonces la normativa aplicable es el Código civil, con lo que habrán de ser sus padres quienes respondan directamente, ya que a tenor del Código civil, los padres son responsables de los daños causados por sus hijos menores de dieciocho años (art. 1903 CC).

acciones). Ahora bien, una vez admitida la opción, el Tribunal Supremo, sobre la base de la diferente naturaleza jurídica de ambas pretensiones, afirma que no puede, so pena de incurrir en incongruencia por modificación de la *causa petendi*, otorgar la indemnización en base a normas jurídicas reguladoras de la acción no ejercitada²⁰³. En definitiva, el Alto Tribunal sigue la tesis de la identidad de la pretensión en sentido material y procesal, esto es, asume un concepto civilista de la acción de responsabilidad civil; a diferencia del tratamiento que hace el Tribunal Supremo de los supuestos de concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual pues, según hemos analizado en el epígrafe anterior, se ha decantado, a pesar de encontrarnos con excepciones, por afirmar que no se vulnera el principio de congruencia por el hecho de que el Juez haya fundamentado el caso en normativa extracontractual cuando la parte actora lo haya hecho en la contractual y viceversa.

A nuestro entender, si unimos la dualidad normativa a la interpretación que hace el Tribunal Supremo de los principios procesales, el resultado es que la víctima va a ejercitar la norma jurídica que contenga el nivel más alto de protección de su interés en perjuicio de la norma jurídica que con más benevolencia trate al deudor, sin poder hacer nada el Juez²⁰⁴. Asimismo, y debido a que la teoría de la opción, como pone de manifiesto PANTALEÓN PRIETO, se pone más de manifiesto en los casos de existencia de previa sentencia condenatoria con reserva de acciones civiles²⁰⁵, hay autores que critican que la reserva de acciones sea un instrumento de gran valor que permite a la víctima dirigir sus pretensiones al orden

²⁰³PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS 28.1.1983”, ob.cit, p. 115. Si prescindimos de una declaración *obiter dicta* de la STS de 22.3.1977, son muy claras al respecto las SSTs 8.4.1936, 9.10.1971, y 30.6.1977; y en casos de indulto, las SSTs de 12.2.1932, y 12.5.1981.

²⁰⁴BLANCO GÓMEZ, JJ., ob, cit, pp. 125-126. Este autor entiende, aunque lo refiere a la concurrencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, que la postura del Tribunal Supremo vulnera el principio de *favor debitoris* (si bien, hay que precisar que este autor se refiere a la posición antigua del Tribunal Supremo, ya que la actual mayoritaria defiende que el Juez puede cambiar de argumentación jurídica).

²⁰⁵PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS 28.1.1983”, ob.cit, p. 115. Y de modo implícito, también, lo manifiesta CONDE-PUMPIDO FERRERIO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, en *Estudios en honor del Profesor Castán Tobeñas*, vo. II, Eunsa, Pamplona, 1969, p. 96, que nos explica que: en principio parece que del texto del artículo 1092 CC se deriva la imperatividad de acudir sólo a las normas penales para deducir la responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas; pero un análisis más detenido *debe llevar a la solución contraria, esto es, que también las normativas civiles regulan los actos ilícitos penales, cuando a la jurisdicción civil se acude*: pues, si a partir de la importante y conocida sentencia de 13 de noviembre de 1934, es aceptado en nuestro Ordenamiento jurídico la independencia de las jurisdicciones civil y penal, tanto en orden al pronunciamiento de fondo (el fallo penal no obliga al civil), como al ejercicio de acciones (la acción civil puede reservarse en el proceso penal, para ejercitarse después ante el Juez civil), es evidente que el *Juez civil* tiene, al juzgar el acto ilícito, plena competencia y puede aplicar al mismo cualquier clase de norma de las que son propias de la jurisdicción que ejerce, esto es, no sólo las del Código

jurisdiccional que de un modo más seguro y rápido le permita resolver el caso, siendo lamentable que en vez de unificar la normativa se deje en manos de una de las partes una decisión que en cuanto sea tomada condicionaría la jurisdicción y la normativa aplicable²⁰⁶. Al hilo de estas críticas, nosotros también creemos que vulnera el principio de justicia el que se llegue a una indemnización de la víctima a toda costa, sin tener en cuenta que, sobre todo, cuando las normativas son tan distintas, se ha de aplicar y justificar la norma jurídica más idónea según los intereses en conflicto.

Sobre la base de lo expuesto, se puede constatar que el Tribunal Supremo está condicionado por la rigidez de conceptos y por una dualidad normativa que le lleva a dejar de aplicar la justicia material. De tal modo que, a nuestro parecer, para dar solución a esta situación, a partir de los años noventa se produce un cierto punto de inflexión en la materia.

En concreto, el Alto Tribunal va a defender, a partir de la década de los noventa, que estamos ante pretensiones de idéntica o de distinta naturaleza, según les convenga concluir, aunque siempre en orden a conseguir la justicia material, que es aplicable la teoría del concurso de normas o la teoría de la opción, respectivamente. Este contraste se ha reflejado, de modo paradigmático, por un lado, y hasta la entrada en vigor de la LORPM, en el supuesto de responsabilidad civil por el hecho de los menores mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, que encuentra en el Código civil y en el Código penal una regulación distinta²⁰⁷. Y, por otro, en el supuesto de la prescripción de la acción. En ambos casos en orden a solventar la injusticia, ya sea de la insolvencia del mayor de edad penal pero menor de edad civil, ya sea de la brevedad del plazo de prescripción de la culpa extracontractual, respectivamente.

penal referentes a la responsabilidad civil por delito, sino también las del Código civil, referentes a la responsabilidad por los actos ilícitos.

²⁰⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, p. 454.

²⁰⁷ Mientras el artículo 1903 CC dispone la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda, en el Código penal tal responsabilidad solamente se da mientras dura la minoridad penal: los padres responden por lo que haga el menor de dieciséis años (art. 20 regla 2ª), pero si el mayor de dieciséis años es condenado como autor de un delito o falta, parece ser él el único responsable civil, pues “todo responsable criminalmente lo es civilmente de un delito o falta lo es también civilmente”. Como lo habitual es que el joven mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años sea insolvente, doctrina y jurisprudencia vienen desde hace tiempo discutiendo acerca de una aplicación supletoria de las normas del Código civil que permitan la responsabilidad de los padres.

Si la jurisprudencia defiende, cuando de prescripción se trata, que estamos ante pretensiones de distinta naturaleza²⁰⁸, por el contrario, cuando se está ante el supuesto de la responsabilidad civil *ex delicto* del mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, ha defendido, a partir de los años noventa²⁰⁹, que estamos ante pretensiones de idéntica naturaleza que se resuelven por el concurso de normas²¹⁰.

²⁰⁸En consecuencia, la acción para exigir la responsabilidad que deriva del ilícito civil tiene un plazo de prescripción de un año, según lo dispuesto en el artículo 1968.2 CC y, por el contrario, la acción para exigir la responsabilidad derivada del ilícito penal es de quince años, según el plazo general de prescripción de la acción personal regulada en el artículo 1964 CC. Y esta conclusión parece reafirmarse con el silencio del CP 1995, el que, a nuestro entender, se va a integrar con la interpretación dada al antiguo artículo 117 CP1973.

Ante esta realidad jurisprudencial, la doctrina se divide: a) hay doctrina que la acepta –vid. ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños (Textos y materiales)*, ob. cit, 1996, pp. 158-160-; b) Otra que la rechaza e insta a una unificación del régimen de *lege ferenda* –vid. PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la S.T.S de 7 de julio de 1983”, *CCJC*, 1983, nº. 3, pp. 830- 831-; e, incluso, que defiende la unificación del régimen de *lege data*, sobre la base del elemento histórico de interpretación jurídica – vid. DÍAZ ALABART, S., “Comentario a la STS de 19.10.1990”, *CCJC*, sep-dic, 1990, p.1064 y ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *Tratado de responsabilidad Civil*, ed., Civitas, 1993, p. 96. Si buscamos los precedentes históricos llegamos a la conclusión de que el plazo también ha de ser el de un año, pues ya el artículo 3 del Real Decreto de 22 de septiembre de 1948, dictado para la aplicación del CP del mismo año, disponía que “mientras no se promulgase el Código Civil, en los temas civiles que surgiesen se aplicaría la norma civil vigente”, y como la normativa civil no era otra que la de las Partidas – P.7ª, IX,22- que disponía el plazo de un año para la exigencia de cualquier responsabilidad aquiliana, a esa normativa había que entender hecha la referencia, a pesar de que tras la promulgación del CC no se haya hecho la oportuna reforma y traiga como consecuencia tanta confusión.

En conclusión, y en contra de la doctrina jurisprudencial, entendemos que, sentado que entre la normativa general de la prescripción de acciones no hay ninguna que específicamente regule el plazo referente al de la responsabilidad civil por daños causados por ilícito penal, el error ha sido el acudir automáticamente al plazo del artículo 1964 CC, sin tener en cuenta que lo lógico, a falta de normativa jurídica especial es que se aplique por analogía, pues existe la identidad de razón requerida por el artículo 4.2 CC, el plazo de un año. Hacer lo contrario supone que la misma acción, la del resarcimiento del daño, pueda tener el plazo más corto o más largo dependiendo de algo que nada tiene que ver con la esencia de la acción y sin que el legislador lo haya establecido así.

²⁰⁹Para la tesis que sostenía el Tribunal Supremo antes de los años noventa, vid. STS 10.11.1982 (RJA 1982, 6535), y ref. SSTs 12.3.1934, 4.7.1953, 9.2.1961, 12.6.1970, 25.1.1974, en DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos...”, ob. cit, pp. 865-871. En el mismo sentido, GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad civil del menor”, *Derecho privado y Constitución*, nº.7, 1995, pp. 87-103. El Tribunal Supremo aducía que, al estar ante pretensiones jurídicas de diferente naturaleza, si el mayor de edad penal, mayor dieciséis años y menor de dieciocho años, comete un acto dañoso constitutivo de delito o falta sólo son aplicables las normas jurídicas del Código penal, no pudiendo condenar a los padres, ni con base en el artículo 1903 CC, ni en el artículo 20.1 CP que se refiere a los menores de edad penal. Y esta solución se aplica tanto en los supuestos en que se reserve la acción civil, como en los casos en que, sin hacerse reserva de la acción civil, la víctima acude posteriormente a la jurisdicción civil para obtener la reparación de los padres al ser el menor insolvente, en razón de que se ha producido la “consunción de la causa”.

²¹⁰Ref. STS de 18.10.1988 (RJA 1988, 7586), en YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en los últimos proyectos...”, ob.cit, p. 46. Esta sentencia admite que las obligaciones a las que se refiere el artículo 1092 CC pertenecen a una categoría de obligaciones que se gobierna por la normativa que *principalmente* se halla en el Código penal, lo que da a entender que el juez también puede utilizar las normas del Código civil para enjuiciar la responsabilidad civil *ex delicto*.

A favor de la teoría del concurso de normas, vid. CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por hechos ilícitos de los incapaces”, ob. cit, p. 97. Este autor defiende que no nos hallamos ante un conflicto de normas, sino frente a dos regulaciones compatibles, cada una con su propio ámbito y que puede ser aplicadas alternativamente según la vía y fundamento que se elija para ejercer la acción civil.

Aunque este problema ha desaparecido con la promulgación de la LORPM, que ha igualado la mayoría de edad penal a la civil, creemos oportuno estudiar como los Tribunales han afrontado un caso de normativas distintas porque puede ayudar a resolver otros supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno, como la de los tutores, guardadores de hecho, etc., que también encuentran en el Código civil y en el nuevo Código penal 1995 normativas que regulan aspectos de su responsabilidad de modo opuesto, y aunque no sean objeto de estudio en esta investigación. En concreto, los Tribunales cambian su criterio tradicional y empiezan a defender la tesis de la igualdad de pretensiones al juzgar la responsabilidad civil *ex delicto* del mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, y esto en orden a poder aplicar la teoría del concurso de normas que permite que los Tribunales intercambien en el caso concreto las normas de ambos Códigos. En consecuencia, el Tribunal Supremo empieza a legitimar la aplicación de la normativa del Código civil para responsabilizar a los padres del menor en el supuesto en estudio a través, sobre todo, de tres expedientes técnicos de aplicación e interpretación de las normas jurídicas²¹¹: en primer lugar, la analogía del supuesto de hecho regulado en el artículo 20 CP 1973 con el del artículo 1903.2 CC²¹²; en segundo lugar, recurrir a la virtualidad supletoria del Derecho civil, sobre la base del artículo 4.3 CC²¹³; y en tercer lugar, la interpretación extensiva del artículo 20 CP, sobre la base de la naturaleza

²¹¹ En otras palabras, es el Juez el que ha de decidir cual es la norma aplicable teniendo en cuenta el principio de especialidad, en virtud del cual al no ser las normativas contradictorias no habría inconveniente para que el Juez civil aplicase la normativa de un Código u otro, o viceversa.

²¹² En contra, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en los últimos proyectos..”, ob.cit, p. 50. Aunque el artículo 20 CP sea una norma de naturaleza jurídico civil, es de carácter excepcional, pues de manera expresa ha estimado que debe extenderse la obligación de control por los padres cuando se trata de hechos ejecutados por enajenados, por menores de dieciséis años, o por los que sufren alteración en la percepción. En estos casos el deber de guarda se acentúa y exige el legislador un control permanente sobre los comportamientos de los hijos. De tal modo que cualquier ampliación de responsabilidad deberá ser establecida expresamente por la ley –ref. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, t.I, vol. 1º, Barcelona, 1988, p. 299. En principio cuanto más especializado es un orden de normas jurídicas menos se presta a la aplicación de la analogía, y más a la del argumento a contrario-.

²¹³ Entre otras, SSTs, 11.10.1990 (RJA 1990, 7860) y de 7.2.1991 (RJA 1991, 1151); o la SAP de Zaragoza de 27.12.1994 (AC 1994, 2138). Basan la aplicabilidad del artículo 1903 CC a tales supuestos, entre otras razones, en el artículo 4.3 CC, y en no decir el artículo 1092 CC que las obligaciones civiles que nazcan de delito o falta se rigen solamente por el CP. En definitiva estas sentencias sostienen que: “cuando la sentencia es condenatoria pero no se encuentra ningún responsable civil subsidiario, y el autor está en alguna de las circunstancias intersubjetivas del artículo 1903 CC es posible que el perjudicado no resarcido la ejerza”.

En contra, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en los últimos proyectos...”, ob.cit, p. 45. Este recurso no es técnicamente posible pues no existe laguna que autorice a acudir al Código civil como derecho supletorio. Y GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, ob.cit, pp. 87-103, está en contra de la extensión del artículo 1903 CC a los supuestos en que el menor mayor de dieciséis años cometa un ilícito penal pues, el tener en cuenta que son menores jóvenes la capacidad de los padres en su vigilancia es menor pues han de respetar el libre desarrollo de la personalidad de los mismos.

jurídico civil del precepto, para respetar formalmente el mandato del artículo 1092 CC²¹⁴.

Si bien, en realidad, en este punto tampoco hay unanimidad, pues nos encontramos con sentencias recientes que, ante el mismo supuesto de hecho de juzgar la responsabilidad civil *ex delicto* de un mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, defienden que estamos ante una pretensión jurídica diversa de la responsabilidad civil extracontractual regulada en el Código civil, y niegan aplicar cualquiera de las técnicas mencionadas²¹⁵.

En conclusión, entendemos con YZQUIERDO TOLSADA, que afirmar que en unos casos estamos ante pretensiones jurídicas iguales, y en otros no, es injustificable desde el punto de vista de la pura técnica normativa, pues si afirmamos que ambas responsabilidades son una misma cosa es con todas las consecuencias. Sin embargo, esta postura que mantiene el Tribunal Supremo no es objetable desde el punto de vista de la justicia material²¹⁶.

²¹⁴ STS (Sala 2ª) 12.2.1994 (RJA 1994, 773). El Tribunal basó la interpretación extensiva del artículo 20 CP para hacer responder directamente a los padres en la naturaleza civil de la norma, y lo dispuesto en el artículo 1903 CC. Además, de lo contrario se crearía una verdadera impunidad que no es querida por el precepto penal cuando establece que la exención de la responsabilidad penal no conlleva la civil respecto a los que tengan a los autores bajo su potestad o guarda legal, que es hasta los 18 años.

También se ha recurrido a la interpretación extensiva del artículo 22 CP en orden a declarar la responsabilidad, aunque subsidiaria, de los padres. A favor, vid. ref. ALONSO PRIETO, L., “Derecho sustantivo y privado: por qué no están los padres en el artículo 22 del Código penal”, en *Estudios de Derecho de circulación*, Gijón, 1972, p. 21, en Díaz Alabart, S: “La responsabilidad civil por los actos ilícitos...”, np. 186, p. 861. El que los padres y tutores responden subsidiariamente por los daños causados por el delito o falta de un mayor de dieciséis años y menor de dieciocho que haya resultado insolvente lo basa el autor en dos argumentos: en cualquier caso se trata de responsabilidad civil y las condiciones sustantivas de la responsabilidad contenida en uno y otro son idénticas. En contra de tal posibilidad, DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos...”, ob. cit, p. 865; YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en los últimos proyectos...”, ob.cit, p.44. No cabe invocar el pretexto de la interpretación extensiva, pues ni forzando los textos cabe encontrar relación de dependencia o jerarquía a que va referido el artículo 22 CP.

²¹⁵ En tal sentido, vid. STS (Sala 2ª) 1.10.1993 (RJA 1993, 7467) en la que el Tribunal Supremo, frente al recurso de casación que aduce inaplicación del artículo 19 CP en relación con el artículo 1903.2 CC por decidir la de instancia no haber lugar a declarar la responsabilidad civil subsidiaria de los padres del acusado, aduce que debe ser un error, y referirse al artículo 20 CP, *que es imposible, por otra parte, pues es mayor de edad penal.* (la cursiva es nuestra).

²¹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en los últimos proyectos...”, ob.cit, p. 42.

B.- Propuestas de solución.

a) Importancia del concepto de “acción de responsabilidad civil” en la teoría jurisprudencial de la opción.

Recapitulando, hemos visto como la defensa unánime que mantiene la doctrina civilista, penalista y procesalista de que la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil *ex delicto* son una misma pretensión jurídica, ambas de naturaleza jurídico civil, riñe, tanto con la interpretación auténtica del artículo 1092 CC, como con la abundante jurisprudencia de carácter ambivalente, ya que ésta defiende que estamos ante pretensiones jurídicas de idéntica o distinta naturaleza según lo exija la justicia material. También hemos expuesto como esta situación se agrava por el hecho de que el Tribunal Supremo aplique a los supuestos de concurrencia de la responsabilidad civil extracontractual y *ex delicto* la tesis de la identidad entre la pretensión en sentido procesal y en sentido material, que trae como consecuencia una interpretación rígida de los principios procesales de contradicción y congruencia y, a su vez, que se resuelva siempre atendiendo al interés de la víctima, sin valorar todos los intereses en conflicto.

En orden a dar un apunte de solución a los supuestos de concurrencia de responsabilidad civil extracontractual y *ex delicto* entendemos que es, de todo punto, útil tener en cuenta la posición doctrinal y jurisprudencial acerca de la problemática de la dualidad normativa que, también, afecta a la responsabilidad contractual y extracontractual, y que hemos tratado en el epígrafe anterior.

Aunque, de modo previo, es necesario advertir que el ámbito objetivo de aplicación de los supuestos de concurrencia de normativas se reduce a los casos de daños atípicos delictuales:

Esta afirmación la basamos en la distinción de SÁINZ-CANTERO entre, por un lado, los casos de daños atípicos regulados por la normativa de la responsabilidad civil *ex delicto* sita en los artículos 105 y siguientes del Código penal, o *extracontractual* sita en los artículos 1902 y siguientes del CC. Y, por otro, los supuestos de daños típicos en que la lesión al

ámbito típico de un derecho subjetivo se muestra como elemento de la conducta punible, en los que hay que optar por la normativa específica de protección del interés al que afecta la conducta delictiva, eliminando el régimen de responsabilidad civil *ex delicto*. Por consiguiente, esta posición critica que, frente al carácter subsidiario que tiene la tutela aquiliana en el ámbito civil en los supuestos en que existiendo contrato entre el perjudicado y el causante del daño, éste se produce como consecuencia directa del incumplimiento de una obligación contractual y dentro de la estricta órbita de lo pactado, en el ámbito penal doctrina y jurisprudencia determinen que, si el hecho dañoso está descrito como delito, y conociendo el Juez penal de la reclamación, se aplicarán siempre, y con exclusión de la normativa recogida en el Código civil, las normas del Código penal sobre responsabilidad civil. Es indiferente a este respecto que el daño *ex delicto* se haya producido con ocasión de un contrato o relación preexistente cualquiera que sea su naturaleza o no²¹⁷.

Por otra parte, la distinción que esta autora propone no es extraña al Código penal, y así sucede respecto a la declaración de filiación y condena a alimentos previstos en el artículo 193 CP 1995 para el caso de que proceda como consecuencia de delitos contra la libertad sexual, en que doctrina y jurisprudencia admiten que ambas medidas no son reparaciones *ex delicto* específicas sino medidas de protección específicas de derechos subjetivos²¹⁸. En virtud de lo expuesto, y aunque no lo prevea el Código penal 1995, la delimitación planteada habría de ser aplicable a todos los supuestos de conductas delictivas consistentes en el incumplimiento de una relación obligatoria, a pesar de que el artículo 227.3 CP, tras sancionar el impago de prestaciones económicas a favor del cónyuge o hijos, señala que “la reparación del daño procedente de delito comportará el pago de las cuantías adeudadas”. De este modo, configura a la reparación como un subrogado del crédito lesionado, cuyo importe ha de ser satisfecho por el deudor incumplidor convertido, así, en responsable civil *ex delicto*; y, en consecuencia, el Juez va a poder aplicar a la obligación los criterios consagrados en el artículo 112 CP 1995, la naturaleza del daño y las circunstancias personales y patrimoniales del

²¹⁷ Ref. STS 30.5.1995, y SANTOS BRINZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, ed., Montecorvo, Madrid (2 vol), 5ª ed., 1970, p. 108, en Sáinz-Cantero Caparrós, M.B., ob.cit, np. 77, p. 144.

²¹⁸ Ref. GÓNZALEZ RUS, J.J., “El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada de delito”, *ADPCP*, 1979, p. 408, en Sáinz-Cantero Caparrós, M.B., ob.cit, np. 71, p. 88. En relación a su precedente, el artículo 144 CP 1973, la jurisprudencia siempre consideró que las medidas que disponía en orden a la filiación y a la fijación de alimentos, en su caso, no eran reparaciones civiles *ex delicto* específicas, sino medidas especiales encuadrables dentro de la normativa específica, sin dejarse influenciar por las prescripciones referidas a la responsabilidad civil.

culpable, para determinar el tipo de reparación debida por la víctima. En definitiva, por no respetar el régimen jurídico de protección de un daño típico que deriva del incumplimiento de una obligación se pueden alterar, injustamente, los derechos subjetivos ya reconocidos a la víctima y revisar resoluciones judiciales ya firmes²¹⁹.

Una vez expuesta la advertencia previa, de que los daños típicos delictuales han de regirse por su normativa específica de protección del derecho subjetivo que elimina a la responsabilidad civil *ex delicto*, es ahora momento de profundizar en la problemática que nos afecta de modo directo: los supuestos de concurrencia de responsabilidades de responsabilidad civil *ex delicto* y responsabilidad civil, y retomar el apunte de solución que nos habíamos propuesto al inicio de este apartado, teniendo en cuenta la solución doctrinal y jurisprudencia a la dualidad normativa que afecta, de igual modo, a la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Y la razón es que, como ya apuntamos en epígrafes anteriores, el Tribunal Supremo aplica a los supuestos de concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, al igual que para la mayoría de los casos de concurrencia de responsabilidad extracontractual y *ex delicto*, la teoría de la opción, sobre la base de estar ante pretensiones jurídicas distintas de las que “nacen acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra, todo ello a favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible”. Sin embargo, la diferencia está en que en este campo se ha producido un punto de inflexión, pues, frente a la doctrina jurisprudencial de la vinculación del Tribunal por la acción ejercitada por el demandante de modo que si aquél cambia de fundamentación jurídica incurre en incongruencia, en la actualidad se ha llegado a proclamar de modo pacífico la compatibilidad de la teoría de la opción con los principios procesales “*iura novita curia*” y “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, gracias a la superación de la tesis de la identidad de la pretensión en sentido procesal y en sentido material, después de haberla mantenido durante mucho tiempo.

²¹⁹ SÁINZ CANTERO-CAPARRÓS, MB., ob.cit, pp. 88 y 145. Para evitar tales consecuencias, el artículo 227.3 CP prevé el contenido de la reparación: “el pago de las cuantías adeudadas”.

En contra, ROCA I TRIAS, E., “La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, en *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, ed, Dykinson, Madrid, 2000, p. 5554, que pone de manifiesto que la norma jurídica del artículo

En concreto, hoy en día, se nos dice que la clave está en no confundir el concepto procesal de la acción con su fundamentación en el derecho sustantivo. Pues la pretensión procesal se identifica por el *petitum* y la *causa petendi*, esto es, el *petitum* incluye la existencia del derecho en sí, en nuestro caso el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, su pertenencia al actor, y la dirección de la acción contra el demandado, y la *causa petendi* se identifica por el fundamento histórico o de hecho, pero no por una u otra norma jurídica del Código civil. Por tanto, no se puede afirmar que hay alteración de *causa petendi*, ni incongruencia al conceder una indemnización con base en la culpa extracontractual, aunque la demanda se basó en la contractual, o a la inversa²²⁰. En otras palabras, el punto de inflexión ha sido que se ha pasado del concepto civilista de la acción de responsabilidad civil al concepto procesalista. Y esta tesis tiene su seguimiento por el Tribunal Supremo, entre las últimas resoluciones citamos las SSTS de 28.12.1998 y 8.4.1999²²¹. Si bien, es muy interesante no obviar, como ya apuntamos en el epígrafe anterior, que esta teoría encuentra su límite en la proscripción de la indefensión manifestado en los principios procesales de contradicción y de congruencia de las sentencias²²².

227.3 CP va dirigida a obtener una “economía procesal evidente” que evite que pueda alegarse por el autor del delito que la reclamación civil no se ha interpuesto para evitar pagar las pensiones atrasadas.

²²⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al artículo 1902 CC”, en *Comentario del Código Civil*, (dir. PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/ BERCOVITZ Y SALVADOR CORDECH), t.II, Madrid, 1991, p. 1978; ÁNGEL YAGÚEZ, R.DE, *Tratado de la responsabilidad civil*, ob.cit, pp. 40-49; y SANTOS BRINZ, J., “Unidad de concepto de culpa civil”, ob.cit, pp. 1655-1656.

Si bien, según ABRIL CAMPOY, los confusos términos del actual artículo 218.2 LEC sobre la regulación de la congruencia en el ámbito civil parecen dar a entender como una alteración de la congruencia cuando el Tribunal resuelve con base en fundamentos de derecho distintos de los alegados por las partes. Pero concluye el autor que ésta no es la intención del precepto, como revela el inciso final del mismo apartado – vid. ABRIL CAMPOY, J.M., “La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, *RCDI*, enero-febrero 2003, nº. 675, p. 51-

²²¹ También, ref. SSTS, 20.12.1991 y 15.2.1993, en SANTOS BRINZ, J., “Unidad de concepto de culpa civil”, ob.cit, p. 1652; y ref. SSTS 24.6.1969, 23.1.1974, 14.2.1976, 30.12.1980, 16.1.21986, en PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al artículo 1902”, ob.cit, p. 1978; y ref. SSTS 26.5.1988, 13.2.1991; y SAP de Burgos de 14.6.1991, 1.2.1994 y 6.7.1994, en BLANCO GÓMEZ, J.J, ob.cit, p. 149. Y, REGLERO CAMPOS, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, ob, cit, p. 49, que recoge como jurisprudencia que: “amparada una determinada pretensión en unos hechos que constituyen la “causa petendi” de la demanda, y cuya calificación jurídica puede sustentarse tanto en un daño contractual como extracontractual, o en ambos conjuntamente, salvado el carácter único de la indemnización, no puede desestimarse la pretensión resaritoria ni eludir el conocimiento sobre el fondo del asunto sobre la base de que la elección por el perjudicado de la norma aplicable fue equivocado o errónea, pues esto pertenece al campo del principio “iura novit curia”, sin que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza suponga una mutación del objeto litigioso. No obstante, este autor advierte que no faltan ocasiones en las que el Tribunal se declara vinculado por la acción ejercitada por el demandante, así, entre otras, cita las SSTS 9.6.1997 (*RJA* 1997, 7529); 11.3.1996 (*RJA* 1996, 2415); 14.2.1994 (*RJA* 1994, 1468), o 7.4.1997 (*RJA* 1997, 2742).

²²² Vid. Supra. II.2.b de este capítulo; y REGLERO CAMPOS, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, ob, cit, pp.51-52, que se refleja en las SSTS 12.5.1997 (*RJA* 1997, 9663) y 3.5.1999 (*RJA* 1999, 3426).

Trasladando lo expuesto hasta ahora al tema que nos ocupa, y con la finalidad de que el Tribunal Supremo adopte una posición más coherente, desde sus propios postulados, creemos que la teoría del concurso de normas que aplica el Tribunal Supremo solamente a los casos de responsabilidad civil *ex delicto* del menor de dieciséis años y mayor de dieciocho aduciendo que la responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad civil extracontractual son una misma pretensión jurídica, no es coherente con el resto de las resoluciones que aplican la teoría de la opción sobre la base de estar ante pretensiones jurídicas diversas. De tal modo que, de *lege data*, sería más acorde con la técnica normativa y con los propios postulados jurisprudenciales, si el Tribunal Supremo aplicara la teoría de la opción, pero manteniendo el concepto procesalista de acción y no el civilista, al igual que ha hecho para los supuestos de concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual. En razón de que, de esta forma el principio de “*iura novit curia*” juega en toda su amplitud, ya que el Juez puede variar la fundamentación jurídica del demandante sin incurrir en incongruencia; esto es, puede resolver cada supuesto según la norma jurídica que estime más justa al caso concreto, y no la más conveniente, solamente, a la víctima.

b) Nuestra propuesta de “lege data” y de “lege ferenda”.

Además de la solución expuesta en el epígrafe anterior, entendemos que existe otra solución a la dualidad normativa que rige la responsabilidad civil extracontractual y *ex delicto* si tenemos en cuenta, siguiendo nuestro presupuesto metodológico, que, mientras entre la responsabilidad contractual y extracontractual existen diferencias ontológicas, pues nacen de fuentes diferentes, como hemos expuesto en el epígrafe II, la responsabilidad civil extracontractual y *ex delicto* son una misma cosa. Ya que, tanto la obligación jurídica en sentido técnico que nace de aquéllas es la misma, como la responsabilidad en sí, pues la responsabilidad civil extracontractual y *ex delicto* nacen de la vulneración del deber jurídico de no dañar a otro, en conjunción con una serie de presupuestos, y en lo único en que influye la condición penal de la conducta del agente del daño es en la competencia del Juez penal para conocer de la responsabilidad civil.

De tal modo que, en coherencia con la idea anterior, proponemos que, de *lege data*, la solución vendría, no por la aplicación de la teoría de la opción con los matices expuestos, sino

por afirmar que la bipartición textual de la responsabilidad civil entre ambos Códigos no debe significar una discontinuidad del régimen dentro de una materia que por su índole es una y la misma, debiendo, por tanto, proceder a una interpretación conducente a una coherencia de soluciones. En otras palabras, los Tribunales deberían acometer una interpretación conjunta de ambas normativas en orden a inducir un régimen que sea parcialmente unitario²²³, en sintonía con la teoría del concurso de normas que predicen DE CASTRO, y PANTALEÓN PRIETO de que las normas del Código civil y las del Código penal que regulan la responsabilidad derivada de delito fundamentan una única pretensión, pues la concepción unitaria de ambas responsabilidades o ilícitos inducen a la no diferenciar las soluciones de la ley penal y de la ley civil en este sector de responsabilidad²²⁴.

Finalmente, y por las mismas razones apuntadas, consideramos que, de *lege ferenda*, la solución vendría por una unificación normativa, esto es, por una derogación formal de la normativa penal de la responsabilidad civil *ex delicto* y su remisión al Código civil, como en la mayoría de los países europeos. No obstante, creemos, por otra parte, que las razones de economía procesal son válidas para que la jurisdicción penal siga siendo competente para conocer de la responsabilidad civil *ex delicto*²²⁵, aunque limitado a los casos, según una

²²³ LÓPEZ JAOISTE, J., ob.cit, p. 4935, y Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob.cit, p. 283.

²²⁴ CASTRO Y BRAVO, F.DE, *Derecho civil de España*, t. II (reimpresión de la de 1952), ed., Civitas, Madrid, 1984, pp. 191 y ss; PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al artículo 1902 CC”, en *Comentario del Código civil*, t. II, ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1975; y “Comentario a la STS 28.1.1983”, en *CCJC*, 1983, nº. 1, pp. 103-116, y SOTO NIETO, F., *La responsabilidad civil derivada de ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, ed., Montecorvo, Madrid, 1982, p. 193.

²²⁵ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad del profesional liberal. Teoría general*, Madrid, 1989, pp. 3-15. También es cierto que las ventajas de la no modificación de la jurisdicción competente desvirtúan, en ciertos casos, el fin primordial de la represión, pues no es de recibo que el Tribunal rebaje una pena para compensarlo con mayor severidad en la indemnización, ni que el Juez, sobre la base de que la absolución en sede penal impide el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil *ex delicto*, se sienta, de tal modo, inclinado o propenso a imponer una condena insignificante que le de paso a pronunciarse también en la civil.

En sentido parecido, se critica que el desfase procedimental es de igual modo fuente de problemas, pues de seguirse un procedimiento penal, el tipo que sea no va a estar en función de la cuantía de la indemnización que se solicita. Por ejemplo, si se comete un hecho que se ventila en un simple juicio de faltas, sin embargo, se pueden solicitar cantidades que exceden del mínimo fijado para el juicio civil declarativo de menor cuantía (art.484.1 LEC 1881). Esto no deja de ser rocambolesco si se comprueba que en los juicios de faltas la penal es ínfima y no hay más discusión que la que versa sobre la indemnización debida. De manera que optar por una u otra vía, las mismas cantidades puede ventilarse en un simple juicio de faltas o en un complicada y largo juicio declarativo.

Se puede decir que, quizá, con la nueva LEC 1/2000, de 7 de enero, esta crítica no tenga tanto fundamento (vid. art. 249.2 y 250 de la nueva LEC).

propuesta que nos parece razonable, en los que la víctima o sus causahabientes ejerzan la acción de responsabilidad civil constituyéndose en parte civil²²⁶.

En definitiva, la cuestión es que no coexistan normativas tan dispares y tan opuestas para una única realidad.

2.- LA REPARACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*.

Como dejamos apuntado al inicio de este epígrafe, para tener una visión completa de la relación entre la responsabilidad civil extracontractual y *ex delicto* es necesario enmarcarla en el actual acercamiento del Derecho civil al Derecho penal y viceversa²²⁷. En razón de que este movimiento se proyecta, entre otros resultados, en el llamado efecto privatizador en el ámbito de ejecución penal, que abanderará a la reparación para los fines penales de prevención general y especial del delito²²⁸.

De modo que, vamos a partir del *status questionis* en torno a esta materia para descubrir si, desde un punto de vista teórico y general, existen imbricaciones y/ o diferencias entre la reparación y la responsabilidad civil *ex delicto*, para después proyectarlas en la regulación del CP 1995 y LORPM de 2000.

²²⁶ ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *Tratado de responsabilidad civil*, ob.cit, pp. 95 y 188. Tanto la Ley italiana de 1930, la Ley alemana de 1943, como el Código austriaco de 1873 hacen depender la acción civil de una manifestación positiva del titular de la pretensión civil *ex delicto*, constituyéndose como parte civil. Concretamente en Alemania los casos de indemnización se concretan en la *Busse* a la que la víctima tiene derecho en determinados supuestos previstos por la ley, pero de la que el Estado no puede disponer, a través de Ministerio Pública, de la pertinencia de la misma, ya que la voluntad del perjudicado es precisa para ello. Ni siquiera Austria llegó tan lejos como nuestra LECr, pues a pesar de admitirse en dicho país la actividad de oficio del Ministerio Fiscal a la fijación de daño, se exige su constitución como parte civil.

²²⁷ NAUCKE, W., “Philosophie pénale contemporaine et réparation civile”, *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 28, 1983, pp. 1-15, especialmente 5-8, que pone en evidencia que, en realidad, la delimitación entre el Derecho penal y la reparación civil fue objeto de discusión por la Filosofía del Derecho de los siglos XVIII y XIX, sobre todo en Alemania y Francia, pero ha dejado de ser materia de interés para tal disciplina en este siglo.

²²⁸ Ref. HIRSCH, J.J., “Il risarcimento del danno nell’ambito del diritto penale sostanziale”, en *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. 1, Milano, 1991, pp. 227 y ss; y TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reparación de la víctima en Derecho penal. Estudio de las nuevas tendencias político-criminales*, Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994, pp. 11-12, en Sáinz-Cantero Caparrós, M.B, ob, cit, np. 15, p. 4, y np 3, p. 10. Esta autora llega a la conclusión de que las fronteras entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil están bien marcadas,

A.- Estado de la cuestión.

Es constatable que, hoy en día, hay una mayor preocupación por la situación de la víctima de los delitos penales que en épocas pasadas, es la llamada Victimología²²⁹. Y este trasfondo socio-cultural ha propiciado el nacimiento de una nueva tendencia entre la doctrina penalista que se califica así misma de “movimiento reparador”, y que asume como máxima la “justicia reparadora”²³⁰.

Para la reflexión teórica acerca de la “justicia reparadora” vamos a tratar dos puntos que entendemos esenciales: su definición y, el ámbito o supuestos que comprende.

En primer lugar, según los términos de los “Principios fundamentales de la Justicia Reparadora” elaborados por un grupo de trabajo establecido por la ONU en 1996 para la prevención del crimen, la Justicia reparadora es una manera diferente de concebir el crimen, pues, mientras la concepción tradicional se centra en la transgresión de la norma jurídica por el delincuente, y, por tanto, su respuesta al crimen es esencialmente punitiva, la justicia reparadora se centra en valorar el daño causado por el crimen, y su respuesta se dirige, en consecuencia, a la necesidad prioritaria de reparar dicho daño²³¹.

pero reconoce que la obligación de reparación *ex delicto* está llamada a resolver un conflicto de trascendencia social.

²²⁹ Vid. KAISER, G., *Introducción a la Victimología*, 1ª, Ed., Dykinson, Madrid, pp. 140 y ss.

La preocupación actual se refleja, por un lado, en la legislación europea, verbigracia, el Convenio n.º 116, Consejo de Europa, 24.11.1983, de Indemnización a las víctimas de delitos violentos; la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 28.7.1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal; y por otro, en la legislación española como en el RD 673/1992, de 19 de junio por el que se regulan los resarcimientos y daños a víctimas de Bandas Armadas y elementos terroristas, y la Ley 35/95, de 11 de diciembre de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Y para mayor abundamiento, vid. SÁINZ CANTERO-CAPARRÓS, M.B, ob,cit, np.1, p.9

²³⁰ Para una visión general de la “Justicia reparadora”, vid. “Four questions about Restorative Justice”, en VAN NESS, D.W./ NOLAN, P., “Legislating for Restorative Justice”, *Regent University Law Review*, 10, 1998, Appendix 1, pp. 101-102.

²³¹ Vid. “Restorative Justice Fundamental Principles”, drafted by Ron Claasen revised May 1996, UN Alliance of NGOs Working, en VAN NESS, D.W./ NOLAN, P., ob, cit, Appendix 2, pp. 103-104.

Además, la conceptualización del crimen como daño evidencia la conexión de la “justicia reparadora” con las respuestas primitivas al crimen –ref. CAROL LAPRAIRIE, “Conferencing in Aboriginal Communities in Canada: Finding Middle Ground in Criminal Justice?”, *G. Crim.*, L.F, 576, (1997), en Van Ness, D.w./ Nolan, P., ob, cit, np.6, p. 15.

En segundo lugar, los programas identificados con la justicia reparadora se diferencian en dos categorías, según proporcionen procesos reparadores o resultados reparadores. Entre los procesos reparadores (*restorative process*) más utilizados se encuentran: los programas de mediación /reconciliación entre la víctima y el delincuente y las reuniones de grupo familiar, con el fin de descubrir la verdad de lo que ocurrió y el daño que resultó e identificar las injusticias implicadas y acordar acciones futuras para prevenir aquellos daños²³². Y, entre los resultados reparadores (*restorative outcomes*) se encuentra la “restitución” o “reparación”, los trabajos en beneficio de la comunidad, programas de rehabilitación del ofensor, programas de compensación a la víctima, etc., En concreto, el objeto de nuestra atención se centra en la “restitución”, en cuya configuración ha tenido gran influencia el Proyecto Marco Alternativo suizo-austríaco-alemán de ROXÍN 1992 que contempla a la reparación desde un máximo, esto es, como sustituto de la pena, hasta como atenuante obligatoria a facultativa²³³. Aunque, en realidad, ya en 1976 el CONSEJO DE EUROPA propuso que la reparación fuera erigida en pena principal, susceptible de constituir una alternativa a la prisión²³⁴.

²³² Para una visión completa de los “medios reparadores” en el ámbito penal, vid. VAN NESS, D.W/ NOLAN, P, ob.cit, pp 70 y ss.

Por otra parte, la mediación es un medio reparador que se aplica, no sólo en el ámbito penal, sino también en el civil, sobre todo, en el Derecho de daños; y se define como: Un proceso en virtud del cual los participantes, asistidos por un tercero neutral, aíslan los problemas para encontrar opciones y desarrollar alternativas que les permitan llegar cooperativamente a un acuerdo. La mediación es un modelo que valora la relación entre las partes más que la resolución –vid. FOLBER –TAYLOR., *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, 1ªed, trad. Beatriz Blanca, Mendoza, México, 1992-. Al respecto, es interesante la experiencia argentina de la mediación en el Derecho de daños, que por Ley 24.573 de “Mediación y Conciliación” que modifica el Código procesal civil y comercial de la Nación de 4 de octubre de 1995, obliga a que con carácter previo a la interposición de la demanda se realice una comparecencia de las partes ante un mediador registrado, desinsaculado de las listas que a esos fines remite el Ministerio de Justicia de la Nación a las Cámaras Nacionales de Apelación en lo civil y en lo comercial. La mediación se encuadra dentro de los RAD (Resolución Alternativa de Conflictos) –vid. STELLA ÁLVAREZ, G, “La mediación en la responsabilidad por daños”; y CURES, S., “Mediación y Derecho de daño”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, ob.cit, pp. 1014-1027/ 1023-1033-.

²³³ Para tener una visión general del Proyecto marco -Alternativ-Entwurf Wieder-Guimachung (AE-WGW 1992)-, vid. ROXÍN, C., “La reparación en el sistema penal de sanciones”, en Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania. Cuaderno del CGPJ, n°. 8, 1991, pp. 20 y ss; TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, Barcelona 1994, pp. 131 y ss; y HUBER: “Sanciones intermedias entre la penal de multa y pena privativa de libertad”, *ADPCP*, 1994, III, pp 155 y ss, pp 169 y ss. La idea del Proyecto Alternativo de 1992 es que mediante el principio de aplicabilidad universal la reparación traspasa los límites de la compensación jurídica civil de daños y se convierte en un instrumento sancionador de aplicación múltiple y orientado conforme a las metas político- criminales. Así, el párrafo 1º del artículo 3º afirma que la reparación debe realizarse, en primer lugar, a favor del perjudicado y, si no es posible o no ofrece ningún éxito, cabe considerar también la reparación frente a la comunidad, la llamada “reparación simbólica”. En definitiva, la reparación admite diversas formas: la reparación a terceros; prestaciones materiales con pagos a instituciones de utilidad pública o prestaciones inmateriales como disculpas; conversaciones de reconciliación; o las prestaciones laborales, en particular, trabajos de utilidad común (artículo 2.1 del Proyecto).

²³⁴ CONSEIL DE L’EUROPE., *Mesures pénales de substitution aux peines prevatives de liberté*, Strasbourg, 1976.

Ahondando en el tratamiento que las legislaciones otorgan a la “restitución” o “reparación”, podemos deducir cuatro ideas claves que pasamos a señalar: 1ª) El daño objeto de la reparación es solamente el directo o fácilmente cuantificable, no el daño moral difícil de cuantificar. 2ª) La reparación a la víctima en particular puede que no sea posible, que no sea útil, o incluso, que no complete la reacción de reparación si la comunidad en sí misma ha sido una parte implicada en el daño; en tal caso, el agresor puede ser obligado a completar un servicio o trabajo en beneficio de la comunidad, funcionando como una “simbólica reparación” del daño hecho a la comunidad²³⁵. 3ª) La reparación se establece en proporción, tanto de la seriedad del daño, como de la gravedad o culpabilidad del comportamiento del agresor; y 4) El contenido y extensión de la reparación no es ajeno a las distintas situaciones económicas de las partes, al determinarse sobre la base de una fórmula que tiene en cuenta los ingresos diarios del delincuente. En consecuencia, si el daño es superior a la restitución impuesta, la víctima puede hacer uso de la compensación estatal, y si el daño es inferior el exceso se destina a un “fondo de compensación estatal”²³⁶.

En virtud de lo expuesto, y relacionando las dos categorías que comprende la justicia restauradora, se puede decir que, aunque la restitución o reparación se puede aplicar de modo independiente a la mediación o reconciliación entre las partes, los estudios muestran que la restitución se lleva a cabo por el delincuente si éste resulta de un proceso reparador como la mediación-reconciliación entre la víctima y el ofensor, y no cuando meramente es impuesto por un Juez en una sentencia²³⁷. En definitiva, los objetivos de la Justicia reparadora superan la mera restitución o reparación por parte del delincuente, en la medida en que comprenden: la autoresponsabilización del ofensor de sus acciones y del daño, la reparación de la víctima por el delincuente, y la reintegración de ambos en la comunidad²³⁸.

²³⁵ Los trabajos en beneficio de la comunidad está en íntima relación con el tipo de ofensa realizado y el daño que resulte en la comunidad.

²³⁶ Vid. VAN NESS, D.W./ NOLAN, P., ob. cit, pp 85-86; y la proposición nº 4 (144) de la DECLARACIÓN DE LOVAINA, con ocasión de la Primera Conferencia Internacional, en *Justicia restauradora para jóvenes. Potencialidades, riesgos y problemas para la investigación*, Lovaina, Mayo, 12 al 14 de mayo 1997, en Van Ness, D.W/ Nolan, P., ob.cit, Appendix 3, p. 105.

²³⁷ Por otra parte, y desde el punto de vista de la víctima, la experiencia muestra como la reparación o compensación económica tiene la función de inducir a la víctima a participar en un proceso de mediación, pero lo importante para la justicia reparadora es que se lleve a cabo la interacción entre la víctima y el ofensor –vid CENTOMANI, P./ DIGUERA, B., “The new Juvenil Penal Procedure Code and the Reparation- reconciliation Process in Italy: A chance for a possible change”, en *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim- Offender Mediation-International Research Perspectives*, 1992, p. 363-.

²³⁸ VAN NESS, D.W./ NOLAN, P., ob. cit, p. 101.

Por otra parte, este movimiento de dimensión internacional²³⁹, que se somete hoy en día a severas críticas por parte de la propia doctrina penalista²⁴⁰, ha tenido su repercusión en la legislación penal española, en concreto en el Código penal de 1995, coadyuvando un ambiente socio-político favorable a que la Política criminal en España haya pasado de ser una lucha eficaz contra el delito a una concepción valoralista en la que destaca, sobre todo, los criterios utilitaristas y de eficiencia como garantías de un Estado social y democrático de derecho²⁴¹.

Y en el Derecho continental europeo, al igual que en España, se han aprovechado modificaciones recientes de los Códigos penales para introducir a la reparación con fines punitivos, aunque sin llegar al máximo de considerar a la reparación como “sanción autónoma y nueva”²⁴². De tal modo se refleja en el Código penal de Portugal 1995²⁴³; y en el St.GB alemán modificado por la ley de 28 de octubre de 1994 de lucha contra el delito²⁴⁴. Por el contrario, el Derecho de la *Common Law* sí otorga a la reparación la categoría de pena, en razón de que en USA e Inglaterra hay un ambiente socio-cultural favorable a la mediación como medio para llegar a la reparación, y hay una reflexión teórica acerca de los principios en

²³⁹ Para un estudio más detenido de la dimensión internacional de este movimiento, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., “La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos), *Jueces para la Democracia*, vol. nº. 34, marzo, 1999, pp. 69-70, y especialmente, np.7, p. 69.

²⁴⁰ TAMARIT SUMALLA, J.A., *La reparación de la víctima en Derecho penal...*, ob. cit, p. 155.

²⁴¹ CEREZO MIR., *Curso de Derecho penal español*. Parte general, I, 1996, p. 40. Existe una euforia en cuanto a la orientación de la víctima que no significa que ésta sea la panacea a los males del Derecho penal, como ocurrió con el tratamiento resocializador de la pena de los años sesenta, pues, en realidad, se merman las finalidades preventivas y garantistas del Derecho penal.

²⁴² VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad civil derivada del delito”, ob. cit, p. 184.

²⁴³ Ref. Decreto –Ley nº. 48/ 1995, Diario da República de 15.3.1995 que regula la reparación como circunstancia de determinación de la pena (artículo 71.2.e), de atenuación especial (72.2.d) o como deber para la suspensión en la ejecución de la pena de prisión (51.1) y, por último en la institución de dispensa de la pena (74.1.b), en Silva Sánchez, J.M., “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación”, *PJ*, nº.45, 3ª época, 1997, p. 184.

²⁴⁴ Ref. *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Straf prozeß ordnung und anderes Gesetze* de 28.10.1994, en Silva Sánchez, J.M., ob.cit, p. 185; y CARRASCO ANDRINO, M.M., ob.cit, np 9, p. 70, que, por un lado, introdujo el § 46 que dispone la eliminación de la pena si ésta es inferior a un año de privación de libertad o a trescientos días de multa si el autor, o bien repara su hecho en todo o en la mayor parte, o lo pretenda seriamente; o bien indemnice a la víctima en todo en la mayor parte, en un caso en que la reparación del daño le haya requerido prestaciones personales o una renuncia personal relevante. Y, por otro, reformó el § 56 disponiendo que para considerar la suspensión condicional de la ejecución de la condena se tendrá en cuenta el esfuerzo del condenado por reparar los daños causados por el hecho, al que añade el párrafo b en que se regula la obligación del sometido a suspensión a reparar en la medida de sus fuerzas el daño, la aportación económica a una institución de interés general o realizar otras prestaciones de interés general, o bien la de pagar una aportación económica a la Caja del Estado. Y de igual modo reformó el § 59 que establece que entre las instrucciones que cabe dirigir al sujeto sometido a amonestación con reserva de pena es la de reparar de cualquier otro modo el daño causado por el hecho.

los que se basa la justicia reparadora, de cuya falta adolece el Derecho continental en Europa²⁴⁵. Así, el Derecho inglés mantiene la naturaleza teórico anómala de la reparación pero reconoce que sirve a los propósitos pragmáticos del Derecho penal²⁴⁶, pues en la última CRIMINAL JUSTICE ACT se regula la *compensation order* como medida que llega a sustituir total o parcialmente a multas y penas privativas de libertad, y su aplicación por los Jueces es obligada en los supuestos de muerte o injuria²⁴⁷. Y, por otra parte, USA otorga la categoría de pena a la reparación, e inclusive, en algunos estados la mediación como forma de alcanzar la reparación está reconocida como derecho constitucional²⁴⁸.

En todo caso, es interesante destacar que la reparación sí ha llegado a tener el rango de pena en el ámbito de la Justicia penal de menores, tanto en el Derecho continental europeo, como en el *Common Law*. Así, el § 15 del *Jugendgerichtsgesetz* permite a los Jueces imponer como pena y parte de la sentencia la compensación a la víctima²⁴⁹. En igual sentido el artículo 28 del Código procesal penal juvenil de Italia, permite la suspensión del juicio y la libertad vigilada del delincuente a través de la aplicación por el Juez de las medidas dirigidas a reparar

²⁴⁵ CENTOMANI, P./ DIGUERA, B, ob.cit, p. 359.

²⁴⁶ ZEDNER, L., "Reparation and Retribution: Are they reconcilable?", *Mod. L. Rev.*, 1994, 57-2 march, pp. 228 y ss. El renacimiento de las teorías de la justicia penal reparadora en las últimas décadas del siglo XX se debe a que el crimen no debería ser visto sólo como un ataque contra la sociedad sino también como una disputa entre el ofensor y la víctima que requiere solución –ref. WRIGHT, *Justice for Victims and Offenders* (London: Sage, 1991). Esto proporciona efectos prácticos y económicos beneficiosos para el Estado pues, por ejemplo, la carga financiera estatal para sufragar el costo social del crimen y del castigo son superiores a la carga que nacería a cargo del ofensor de las sentencias de reparación; al igual que favorecería al efecto de responsabilización y resocialización del ofensor e invitaría a la participación de la comunidad en el proceso de restauración–ref. BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration* (Cambridge University Press, 1989) -.

²⁴⁷ Frente a la Criminal Justice Act 1972 que introdujo las *compensation orders* que daban a los Jueces la posibilidad de imponerlas al ofensor junto a la penal principal, la Criminal Justice Act 1982 reguló la posibilidad de imponer la *compensation order* como la única pena al ofensor; en incluso la Criminal Justice Act 1988 requiere a los Jueces que consideren aplicar una *compensation order* en todo supuesto de muerte e injuria debiendo justificar la falta de tal imposición, lo que se ha puesto en práctica, más o menos, en un 50% de casos – ref. BARCLAY, *Digest, 2: Information on the Criminal Justice System in England and Wales* (London: HMSO, 1993), 20, en ZEDNER, L., ob.cit, np.40, p. 235-.

²⁴⁸ Respecto al Derecho en Estados Unidos, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., ob, cit, p.73 y 78. El movimiento a favor de la víctima culmina en 1982 cuando, sobre la base de la declaración sobre las "víctimas del delito" del Task Force del presidente Reagan, se promulga el *Acta Federal de Protección de Testigos y de la Víctima*", modificado en 1996 a través de la *Mandatory Victim Restitution Act* donde la restitución se presenta como una sanción penal independiente, regulándose su aplicación. Para una mayor información acerca de los resultados empíricos de la aplicación de la mediación en este país, vid, pp. 76-78.

El pf 12.02.4 (a) del Código penal de California consagra la naturaleza penal de la mediación, lo que se confirma por el art. 103.04.a al prever que en el caso de que no haya una víctima del delito, el delincuente resulta obligado al pago de una reparación al Fondo de restitución.

²⁴⁹ Ref. §§§ 15, 23, 57 (1990) JGG, en VAN NESS, D.W./ NOLAN, P., ob. cit, np. 91, p. 84, que elevan a la categoría de pena a la compensación a la víctima, a la mediación, y a la disculpa a la víctima; y por otro lado,

las consecuencias del crimen y/ o promover la reconciliación entre el joven y la víctima, pero además se prevén ambas medidas como alternativas a la prisión del menor²⁵⁰. Y, sobre todo, el Código procesal francés en vigor en 1993 que concede la misma prioridad a la *mesure de reparation* que a la rehabilitación del joven, lo que ha sido un incentivo de gran importancia para su puesta en práctica²⁵¹.

Sin embargo, la realidad legislativa expuesta contrasta con la escasa aplicación práctica de la reparación como medida penal al joven en el Derecho continental, lo que se debe, creemos, a las mismas causas que hemos expuesto con anterioridad²⁵². Y, sin embargo, en el Derecho de la *Common Law* la reparación es muy utilizada en el ámbito de menores, otorgándosele gran importancia a la reparación simbólica²⁵³. No obstante, se está poniendo de manifiesto por estos países que la reparación es una medida favorable al menor y no tanto a la víctima, como ya ha denunciado en Inglaterra la *National Association of Victim Support Schemes*²⁵⁴.

B.- Claves en la diferenciación entre la reparación y la responsabilidad civil *ex delicto*.

En virtud de lo expuesto, nos encontramos con una figura que puede encontrar concomitancias con la responsabilidad civil *ex delicto*, máxime cuando en algunas legislaciones se han llegado a arbitrar acciones civiles para el caso en que la reparación no se cumpla por el delincuente²⁵⁵.

también pueden suspender la sentencia de internamiento del menor. En el Derecho penal de menores se han derogado las multas, y la única sanción monetaria que puede imponer el Juez es la reparación.

²⁵⁰ CENTOMANI, P./ DIGHERA, B, ob.cit, p. np 12, p. 70.

²⁵¹ Ref. art. 12 C. Pr. Penal francés, en VAN NESS, D.W. / NOLAN, P., ob. cit, p. 96.

²⁵² CENTOMANI, P./ DIGHERA, B, ob.cit, p. 359. En consecuencia, en 1990, de un total de 12.657 casos seguidos por los servicios sociales en el Ministerio de Justicia, el artículo 28 del Código procesal penal juvenil sólo se aplicó a 35 casos (2.5%), y de entre ellos la mayoría estaban vacíos de contenido de mediación entre la víctima-ofensor.

²⁵³ Ref. MARTIN WRIGHT., “Victim/Offender Mediation in the United Kingdom: Legal Background and Practice”, *paper presented to Seminar on Mediation between Juvenile Offenders and their Victim*, organizado por el Consejo de Europa y el Ministerio de Justicia de Polonia y dirigido en Popowo, (octubre 22-24 1997), en Van Ness, D.W/ Nolan, P., ob. cit, np. 12, p. 57.

²⁵⁴ ZEDNER, L, ob.cit, p. 236: “Reparation in the service of diversion both saved the offender from the pains of punishment and reduced the ever growing burden on the courts. Early initiatives begun by Juvenile Liaison Bureaux focused mainly on young offenders. Use in conjunction with police cautions, these schemes aimed to promote diversion of young offenders out of the criminal justice system. It was less clear what benefits they provide the victims”.

²⁵⁵ Ref. al § 19.2 –305.2 del Estatuto de restitución del Estado de Virginia en USA, en VAN NESS, D.W. / NOLAN, P., ob. cit, np. 96, p. 86.

Por consiguiente, se ha llegado a defender por un sector minoritario de la doctrina penalista española que la responsabilidad civil *ex delicto* tiene naturaleza jurídico penal y no civil. Y esto en razón, por un lado, de la necesidad de orientar el Derecho penal español del siglo XXI a la víctima, y, por tanto, dar solución a los problemas de efectividad de la responsabilidad civil *ex delicto*²⁵⁶; y por otro, de que la reparación sirve, tanto a la prevención del delito, ya que es clásica la frase de que se teme más el resarcimiento del daño que la pena, como al efecto resocializador a través de la responsabilización del hecho cometido. Esto es, con la reparación se cumple la finalidad básica penal de reconocimiento de la norma, más que la del restablecimiento del *status quo* patrimonial²⁵⁷. En consecuencia, esta tesis reafirma que la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* permanezca en el Código penal. Incluso, se ha llegado a postular como teoría extrema contraria a la anterior, aunque de escaso predicamento, la abolición del Derecho penal por el Derecho privado²⁵⁸.

Por el contrario, la tesis expuesta la entendemos equivocada, en esencia, porque confunde la reparación, como medida penal, con la responsabilidad civil *ex delicto*, como institución jurídico privada, y, además, el hecho de que en determinadas ocasiones el cumplimiento de las responsabilidades civiles despliegue efectos penales no le priva de su

²⁵⁶ En España al igual que en otros países europeos las investigaciones empíricas demuestran que la mayoría de las víctimas que obtienen un título de ejecución por la vía de la acción civil no reciben indemnización o sólo parcialmente pues, quizá desde la perspectiva psicológica, en palabras de Roxín, el castigo del delincuente vuelve a perjudicar a la víctima, ya que la voluntad del delincuente a favor de la reparación suele reducirse de manera drástica por el castigo. El delincuente se dice, entonces, que su delito ha sido retribuido y expiado con la pena sufrida y que no ve razón alguna para otras prestaciones.

²⁵⁷ Entre los partidarios de la naturaleza penal de la responsabilidad civil *ex delicto*, vid. REYES MONTREAL., *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, Madrid, 1995, p. 45; PUIG PEÑA, F., *Derecho penal. Parte general*, t.II, ed, Revista de Derecho Privado, Madrid 1969, p. 505, y MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995”, *PJ*, nº. 38, junio 1995, pp. 127-154. Esta autora, apoyándose sobre todo en la Criminología, defiende que el resarcimiento del daño contribuye a los fines penales de prevención general y especial, y de ahí que se postule la reparación como sanción autónoma, como tercera vía junto al delito y la falta, pues se pueden moderar e incluso sustituir por tal responsabilidad.

²⁵⁸ Ref. LAFAYE, W.R./ AUSTIN, JR., *Hand book on Criminal Law*, St. Paul, Minnesota, 1972, pp. 10 y ss, en Carrasco Andino, M.M, ob, cit, p. 83. Esta teoría llamada “corriente abolicionista” defiende que lo importante no es la prevención general ni especial, sino satisfacer las necesidades y derechos de la víctima, compensarla por el daño sufrido (en consecuencia admite la posibilidad de delegación, subrogación por Compañías de seguros, arbitraje, etc). Por otra parte, legítima su postura en una particular interpretación de la evolución histórica que llevó a la separación entre el Derecho penal y el civil, en concreto, que el monopolio estatal en el ejercicio del *ius puniendi* es consecuencia de un proceso en el que se pretende el fortalecimiento del poder del monarca. En conclusión, la existencia de un interés público en la represión del hecho delictivo no es más que una ficción que sirve de justificación para la apropiación por el monarca de la compensación que antes, por ser un asunto privado, era destinado a la víctima.

naturaleza civil²⁵⁹. Y creemos, con SILVA SÁNCHEZ, que el *quid* de la cuestión, en orden a discernir si estamos ante un instituto penal o ante la responsabilidad civil *ex delicto*, es resolver, respectivamente, si en la figura en concreto prevalece el aspecto de reconocimiento de la norma o el del restablecimiento del *statuo quo* patrimonial, y decidir si el correspondiente beneficio debe asociarse al reconocimiento público y personal de la infracción o a la objetiva reparación del daño, eventualmente producida incluso a espaldas o contra la voluntad del agente²⁶⁰.

En consecuencia, se puede concluir que la reparación es una categoría de la justicia reparadora penal por las seis razones siguientes que le distinguen de la responsabilidad civil *ex delicto*:

1ª) En la reparación es esencial que la víctima la realice voluntariamente, frente a la responsabilidad civil *ex delicto* que puede realizarse, incluso, contra la voluntad de la víctima. 2ª) La reparación se puede aplicar incluso cuando no ha existido daño, por ejemplo, en los delitos frustrados, lo que no es posible en la responsabilidad civil *ex delicto* que requiere siempre la existencia de un daño. 3ª) En la reparación se valora más que la efectiva reparación a la víctima, el esfuerzo por alcanzarla, pues satisface de ese modo las funciones preventivas que se le asignan²⁶¹. 4ª) La reparación admite, con una clara connotación penal, la reparación simbólica o los trabajos en beneficio de la comunidad, frente a la responsabilidad civil *ex delicto* que se realiza únicamente a favor del ofendido. 5ª) La reparación conlleva un debate acerca de los criterios para determinar qué delitos o faltas son susceptibles de ser objeto de reparación, pues normalmente la reparación adquiere más protagonismo a medida que disminuye la gravedad del delito; frente a la responsabilidad civil *ex delicto* que nace con independencia de la gravedad del ilícito. 6ª) Y, por último, la extensión y contenido de la reparación se establece en proporción a la gravedad del daño y del comportamiento, y sobre la

²⁵⁹ También están en contra de tal igualación, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Sobre la relevancia jurídico- penal de la realización de actos de reparación”, *PJ*, nº. 45, 1997, p. 188; ALASTUEY DOBÓN, C., “La responsabilidad civil”, ob, cit, p. 401; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, c, ob, cit, p. 184; y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B, ob.cit, p.152.

²⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., ob. cit, pp. 183-202; y “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*. La Laguna, 1993, pp. 331 y ss;

²⁶¹ Sobre la base de la diferencia entre el Derecho civil, que regula una relación entre partes con vocación básicamente reparatoria de la víctima actual – Crf. PANTALEÓN PRIETO, F., “Perseverare diabolicum (Otra vez la responsabilidad civil en el Código penal)”, *Jueces para la Democracia*, 19.2.1993, pp. 6 -7-, y el Derecho penal como sistema de vocación preventiva en el que es ineludible la referencia a la colectividad. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, JM, ob. cit, p. 202.

base de una fórmula que tiene en cuenta la situación económica de las partes; frente a la responsabilidad civil *ex delicto* que se rige por el principio de “reparación integral del daño”.

Estas diferencias están, a nuestro entender, más claras entre la doctrina y jurisprudencia anglosajona²⁶².

a) Su proyección en el Código penal de 1995.

Una vez expuestas las diferencias teóricas entre ambas medidas, si las proyectamos a la normativa concreta del CP 1995 podemos concluir que el legislador español ha tenido en cuenta la reparación, por una parte, como circunstancia atenuante genérica, específica, y cualificada en diferentes tipos; como eximente en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social; para suspender la ejecución de la pena privada; para sustituir la pena de prisión inferior a un año por arresto de fin de semana o multa; para no decretar el decomiso; para cancelar los antecedentes penales en caso de haber extinguido la responsabilidad penal; o en las excusas absolutorias. Y, por otra parte, como elemento típico o como sanción *sui generis* como en el supuesto del delito sobre el patrimonio histórico y ecológico²⁶³.

En consecuencia, lo que está claro es que el legislador penal español no le ha otorgado a la reparación la categoría de pena, ya que ni aparece en el catálogo de penas señalados en el artículo 39 CP, ni la Exposición de Motivos se especifica de ningún modo que la reparación

²⁶² Respecto al derecho anglosajón, vid. ZEDNER, L, ob.cit, p.235 y 239-246. En este sistema se pone en evidencia que la reparación, frente a la responsabilidad civil, persigue un cambio de actitud en el ofensor, lo que a veces conlleva la aceptación de tratamientos de terapia que, a su vez, formarían parte de la justicia reparadora. Además, se constata que la reparación cumple los fines punitivos y los principios en los que se basan aquéllos: a) *punitive quality*: ha habido un punto de inflexión en los tribunales ingleses a partir de la sentencia de la *Court of Appeal* in 1984 que estableció que la jurisdicción penal puede aplicar una *compensation order* al ofensor incluso cuando no hay derecho para interponer una acción civil ante la jurisdicción civil; b) *recognition of social Wrong*: se ha de defender un concepto amplio de la reparación que reconoce que los derechos infringidos por el crimen no son sólo los de la víctima sino también los de la sociedad; c) *response to culpability*: se admite, tácitamente, por el derecho y la práctica penal actual que el daño tiene un lugar en la culpabilidad, determinando ambos la responsabilidad y la seriedad de la ofensa, lo que se constata en los delitos medioambientales y corporativos – examples of Chernobyl, Exxon Valdez in Oxford University Press, 1984-d) Satisface los requerimientos penales de justicia, consistencia y proporcionalidad.

En definitiva este artículo defiende de modo ilustrativo que la reparación es una institución penal distinta de la responsabilidad civil y que sirve, de modo esperanzador y frente a la clásica visión represiva del Derecho penal, a la finalidad de prevenir el crimen.

²⁶³ SILVA MELERO, J.M., “Sobre la relevancia jurídico- penal de la realización de actos de reparación”, *PJ*, nº. 45, 1997, pp. 183-184.

constituya una sanción autónoma. Pero lo que sí creemos es que el legislador quiere que aquella cumpla funciones de clara naturaleza penal, como se refleja, por ejemplo, cuando al regular dicha medida el legislador tiene en cuenta el esfuerzo para reparar el daño, y no su efectiva reparación (art. 88.1 CP).

De tal modo que, a nuestro entender, para el legislador de 1995 la reparación es una institución jurídica de naturaleza penal y diferente de la responsabilidad civil *ex delicto*, cuya regulación está sita en los artículos 105 y siguientes del CP. Pues de la mencionada regulación se desprende la clara naturaleza jurídico civil de la institución de la responsabilidad civil *ex delicto*, si bien compartimos la opinión de SÁINZ CANTERO en el sentido de que las peculiaridades de las que el legislador penal la reviste no afectan, en punto alguno, a su naturaleza jurídica, sino que responden a la peculiaridad del interés, tanto privado, como social al que sirve la responsabilidad civil *ex delicto*. Y esto en razón de que su función práctico-social supera la de la mera compensación a la víctima, llegando a la completa “satisfacción” o “restauración del orden jurídico perturbado”, en razón del carácter injusto al que responde²⁶⁴. En esta cuestión profundizaremos, por cuestiones metodológicas, cuando tratemos la función de la responsabilidad civil.

Finalmente, es nuestro propósito analizar si las diferencias entre la reparación y la responsabilidad civil *ex delicto* están claras, al igual que en el Código penal 1995, en la nueva LORPM de 2000, en la que, quizá, la cuestión puede ser más problemática en razón de su naturaleza no penal-sancionadora educadora²⁶⁵.

b) Su proyección en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor de 2000.

²⁶⁴ SÁINZ- CANTERO CAPARRÓS, M.B, ob.cit, p. 158.

²⁶⁵ Exposición de Motivos LORPM 2000 II.6: “ (...) puede decirse que la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad. Y, I.4: “(...) asentando firmemente que el principio de que la responsabilidad pena de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de la regulación jurídica(...)”.

En definitiva, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia español optó durante la tramitación del APCP 1996 por una postura intermedia a las mencionadas en el artículo 40 Convenio de las Naciones Unidas de los Derechos del Menor 1989, ya que éste admite como válidas tanto la opción del proceso meramente educativo como el del proceso sancionador pero con las garantías proclamadas para el proceso penal, esto es un proceso educativo-sancionador no penal. En ambos supuestos dicho Convenio obliga a fijar una edad mínima por debajo de la cual se presume que los niños no tienen capacidad de infringir leyes penales.

Para dicho análisis, hemos de tener presente, por un lado, que el artículo 19 LORPM permite sobreseer la incoación del expediente cuando el menor haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, a diferencia del artículo 17 APLO de Justicia Juvenil de 1996 que lo condicionaba a la efectiva reparación²⁶⁶; y, por otro, que en el artículo 7 que consagra el catálogo de penas no se encuentra la reparación.

En consecuencia, es claro, que en el Derecho penal de menores, al igual que en el CP 1995, la reparación no alcanza la categoría de pena, aunque se la otorgó, de modo aislado, el APLO de Justicia Juvenil de 1996, desapareciendo en el APLO de 1997 y continuando, de tal modo, hasta la actual LORPM 2000²⁶⁷. Por tanto, según expusimos con anterioridad, nuestra legislación de menores contrasta con la mayoría de las normativas europeas como Inglaterra, Francia, Alemania e Italia que otorgan a la reparación la categoría de pena, según hemos expuesto anteriormente.

Pero, de todos modos, la función que se le atribuye a la reparación en el artículo 19 LORPM es claramente penal por dos razones: en primer lugar, y siguiendo a CARRASCO ANDRINO, las condiciones para que el Ministerio Fiscal desista del expediente, según los términos del artículo 19 LORPM, tienen que ver con la gravedad y circunstancias de los

²⁶⁶ A su vez, encontramos diferencias entre la actual LORPM 2000 y la anterior LO 4/92, reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: en primer lugar, aunque el anterior artículo 15 regla 6ª de la LO4/92 admitía, para dar por concluida la tramitación del expediente, tanto el hecho de que el menor hubiera reparado el daño como su compromiso a repararlo, sin embargo no incluía la previsión actual de que en caso de que el menor no cumpliera la reparación el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente (respecto a la situación anterior, cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., “Medidas aplicables en la legislación de menores”, en *Menores Privados de Libertad*, ed., CGPJ, Madrid, 1996, p. 205. La condición de la reparación es de muy difícil existencia jurídica, en primer lugar porque los únicos menores que tienen capacidad para obligarse son los menores emancipados y, en segundo lugar, porque en caso de que el menor no cumpliera su compromiso no ocurriría nada pues el Juez de Menores habría archivado la causa). Y, en segundo lugar, la actual normativa ha eliminado de la regulación de la suspensión del fallo la virtualidad que tenía para tal efecto, según el antiguo artículo 16.3. LO 4/92, el compromiso de aceptar tanto el menor como la víctima una propuesta de reparación extrajudicial.

²⁶⁷ A nuestro entender, el hecho que el legislador penal, en la formulación definitiva de la LORPM 2000, haya eliminado el criterio que adoptó el ANCP de Justicia Juvenil de 1996 en que se subsumía a la conciliación y a la reparación en el artículo 30.13ª, título 7ª ANCP dedicado a las posibles medidas penales aplicables por el juez, pone de manifiesto, de modo implícito la confusión existente sobre la la reparación como medida penal y la responsabilidad civil *ex delicto* como instituto jurídico civil.

En concreto, tal medida disponía que el menor ejecuta un compromiso al que se ha llegado con la víctima, según el cual ha de reparar el daño que le ha causado, bien mediante servicios en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones adaptadas a las necesidades del menor cuyo beneficiario es la propia

hechos y del menor, haciéndose especial referencia a la ausencia de violencia e intimidación, que son aspectos propios del injusto penal²⁶⁸. A más *inri*, la Exposición de Motivos de esta Ley afirma que la reparación del daño causado, en aras del principio de intervención mínima y con el concurso mediador del equipo técnico, puede dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social, esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro²⁶⁹. Y, en segundo lugar, porque el mismo artículo 19.2 LORPM nos aclara que: “todo ello (la reparación) sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta ley²⁷⁰”.

En conclusión, la reparación sirve a las finalidades de naturaleza penal, y es independiente de la responsabilidad civil *ex delicto*.

No obstante, la independencia de ambas medidas no obsta para que se solapen en algún caso excepcional. Esto lo pone de manifiesto la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, al aclararnos que la reparación no implica necesaria ni automáticamente la conclusión de la pieza de responsabilidad, pues el compromiso asumido por el menor de reparación del daño causado no siempre alcanzará a todo el posible contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* que pudiera reclamarse²⁷¹. Sin embargo, es perfectamente posible que la actividad de mediación efectuada en la reparación implique en algunos supuestos el cumplimiento por el menor de la satisfacción íntegra de la responsabilidad civil del perjudicado, supuesto éste que nada impide, antes al contrario determinará, que el Fiscal interese la conclusión del proceso civil por carecer sobrevenidamente de objeto a tenor del

víctima; frente al APLO de 1997, y así llega a la actual LORPM 2000, en que desaparece la reparación como medida penal en concreto.

²⁶⁸ CARRASCO ANDRINO, MM., ob. cit, np.24, p. 71.

²⁶⁹ Exposición de Motivos, II.13.

²⁷⁰ Eran más claros los términos del artículo 19.2 del Proyecto LORPM de 16.10.1998 que rezaban que: "Todo ello con independencia de lo establecido en esta ley sobre la responsabilidad civil derivada de delito o falta".

²⁷¹ Circular FGE 1/2000 FGE, de 18 de diciembre: Apto: XII.3.D.c: “En todo caso, de seguirse la pieza de responsabilidad civil en estos supuestos de sobreseimiento provisional el Juez de Menores habrá de pronunciarse en la sentencia, a los solos efectos prejudiciales, acerca de la existencia de la infracción criminal que sustenta la responsabilidad civil objeto de condena.

artículo 22 LEC.

Finalmente, podemos concluir que la terminología ha influido en la confusión entre la reparación y la responsabilidad civil *ex delicto*, pues reparación remite a la idea de responsabilidad civil; lo que no ocurre en los países anglosajones que tienen dos términos distintos: *restitution* para nuestra responsabilidad civil, y *compensation* para nuestra reparación²⁷². Y, sin embargo, hemos constatado que la reparación poco tiene que ver conceptualmente con la reparación civil del daño, pues aquélla tiene más que ver con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada, que con el pago de una obligación²⁷³. Por tal razón, hay quiénes proponen cambiar la terminología, esto es, sustituir el término de reparación por el de “reconciliación con el derecho”²⁷⁴.

IV.- LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

A nuestro entender, la función práctico-social de una institución jurídica va a depender, en esencia, de su *ratio* o fundamento. De modo que, en nuestro caso, la función de la responsabilidad civil va a estar sujeta al carácter “injusto” frente al que aquélla reacciona; y, si la responsabilidad civil extracontractual y *ex delicto* son ambas una reacción frente al daño injusto, ambas han de participar de la misma función.

De modo que para dar una respuesta acerca de la función que creemos más ajustada a la *ratio* de nuestra institución, hemos creído necesario hacer un recorrido por las diferentes teorías, compensatoria, de satisfacción o desagravio, y de la posible función penal de la responsabilidad civil, que han nacido para dar respuesta a esta cuestión. Si bien, como advertencia previa hay que decir que, a parte de estas teorías, hay otras corrientes doctrinales,

²⁷² Vid. ZEDNER, L, ob.cit, p.234. El Derecho alemán, también, distingue entre *Schadensersatz* y *Wiedergutmachung*.

²⁷³ QUINTERO OLIVARES, G., “La reparación del daño y la renuncia a la pena”, en *Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albar*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 589-603. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, JM., ob. cit, p. 198. En lo esencial la reparación constituye una nueva vía junto con el delito y la falta, especialmente para ciertos casos como los delitos de poca gravedad, de cumplir fines ya clásicos del Derecho penal, en particular, la prevención especial resocializadora y la prevención general positiva o de integración. Pues, cuanto menos se sienta lesionada la colectividad por un hecho determinado, tanto más fácil que sea su confianza restablecida por la reparación a la víctima actual.

²⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, JM., ob. cit, p. 202.

sobre todo entre el Derecho anglosajón, que, o bien entienden que la responsabilidad civil no es unidimensional sino que sirve a varias funciones sociales, aceptando como tales, además de las citadas, la función educativa y psicológica de la responsabilidad civil²⁷⁵, o bien defienden, desde el extremo opuesto, que la responsabilidad civil no sirve a ninguna función social ulterior pues, en la expresión tan significativa de WEINRIB, “*Tort Law, like love, has no ulterior ends*”²⁷⁶.

1.- LA TEORÍA DE LA FUNCIÓN COMPENSATORIA COMPATIBLE CON LA FUNCIÓN PREVENTIVA.

La teoría de más predicamento en España es la que defiende que la función de la responsabilidad civil extracontractual es meramente “compensatoria”, centrando sus esfuerzos en distinguirla de la función sancionadora o aflictiva; esto es, según este sector doctrinal la función reparadora es la única función legitimadora de la responsabilidad civil²⁷⁷. De esta primera tesis destacamos dos puntos de interés:

²⁷⁵ ALLEN MARTIN, L., *Canadian Tort Law*, 5TH edition, Butterworths Canada Ltd, 1993, pp. 1-29; y ref. FLEMING., *The Law of Torts*, 1992, p.; *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 1984, pp. 1-2; WILLIAMS. /HEPPLE., *Foundations of the Law of Torts*, 1976, y respecto al Derecho de Quebec, BAUDOUIN., *La responsabilité Civile Délictuelle*, 1985, en Allen Martin, L., ob.cit, np. 2, p.2. Entienden que a la función educativa o didáctica de la responsabilidad civil ha contribuido la explosión de los medios de comunicación, pues, por ejemplo, todos los años se publica por la *Canada Medical Protective Association* un *summary* de los casos de malpraxis médica que han llegado a los Tribunales, y luego éstos se debaten en conferencias. Incluso, la responsabilidad civil es un reforzador de valores en la medida en que encierra o engloba muchos de los valores tradicionales morales de la sociedad anglo-americana, entre ellos, el respeto por la dignidad individual, pues la responsabilidad civil implica un trato a cada demandante único, especial y diferente a cualquier otro, pues al valorar los daños cada persona tiene el derecho de recuperar lo que *personalmente* ha perdido y en dicha medida, incluido el daño moral. Y respecto a la función psicológica se dice que el Derecho de daños, por una parte, ayuda a mantener la paz de la víctima proveyendo de un medio que apaga la sed de venganza, y se puede decir que fue la razón histórica del nacimiento del Derecho de daños; incluso, esta función se ha puesto de manifiesto, curiosamente, en la Unión Soviética –ref. GARY., *Soviet Tort Law: The new Principles Annotated*, 1964, U. Ill L.F, 180-. Y, por otra, refuerza la necesidad del reconocimiento individual en un mundo en el que el Gobierno, las corporaciones, empresas, etc parecen hacer que perdamos el control de nuestras vidas.

²⁷⁶ Ref. WEINRIB, E., *Understanding Tort Law*, 1989, 23 Vlp. LJ, 485, p. 526, en Allen Martin, L., *Canadian Tort Law*, ob, cit, np. 6, p.2, que nos explica que es injusto criticar al *Tort Law* por no alcanzar ciertas metas o fines/funciones sociales, pues éste hay que valorarlo por su propia finalidad. Así: “*Explicar el amor en términos de fines ulteriores es necesariamente un error, porque la relación amorosa no tiene un fin ulterior. El amor es su propio fin. En este sentido, el Derecho de daños es como el amor*”.

²⁷⁷ ÁNGEL YAGÚEZ, R.DE, *Tratado de responsabilidad civil*, ob, cit p. 60; PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al artículo 1902”, en *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, pp. 1971 y ss.

Y respecto al Derecho anglosajón, vid. ref. WRIGHT, CA., *Introduction to the Law of Torts*, 1944, 8 Camb, L.J, 328; *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, 1972, 2 WLR, 645, p. 682, en Allen Martin, L., *Canadian Tort Law*, 5TH edition, Butterworths Canada Ltd, 1993, np. 12, p.4.

En primer lugar, esta teoría parte de la premisa de que la responsabilidad civil es una reacción a la lesión de un interés, como contenido *material* del ilícito, de modo que la extensión de la reparación ha de estar solamente en función de la extensión del daño producido, sin ulteriores valoraciones jurídicas, esto es, sin tener en cuenta la mayor o menor gravedad de la lesión, o del daño, su alarma social, etc., en definitiva, notas que tienen que ver con lo injusto del daño²⁷⁸. Y de este postulado derivan dos consecuencias: Una de ellas que, lógicamente, la función no puede ser la sancionadora –preventiva, como lo corroboran los caracteres que se predicán de la responsabilidad extracontractual²⁷⁹, de modo que en la determinación de la extensión de la reparación se ha de hacer abstracción de la gravedad de la conducta del agente; y a pesar de reconocer que aquél a cuyo cargo nace la obligación de indemnizar puede sentirse tan castigado como aquél a quien se impone una multa o pena privada, ya que la amenaza de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de los sujetos e inducirles a actuar de forma cuidadosa. Y otra, que la función de la responsabilidad civil tampoco puede ser evitar que el dañante obtenga un beneficio de su actividad ilícita dañosa, computando incluso como uno de sus costes la indemnización, que en tal concepto, haya de abonar; como parece reflejarse en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen²⁸⁰.

²⁷⁸ Es muy expresiva la SAP de Barcelona de 20.7.1999 (ARP 1999, 2366), fto jco. 4º, que afirma taxativamente, ante un supuesto dramático de lesiones a un menor de corta edad por parte de su progenitor, que: “ (...) lo que se pretende reparar a través de la responsabilidad civil *ex delicto* es, única y exclusivamente, aquellos daños sufridos por la víctima de que se trate, sin que en su determinación puedan tomarse en consideración otros factores ajenos al expresado, como podría ser la conmoción social y moral que puede producir la naturaleza, forma y circunstancias del hecho delictivo”.

²⁷⁹ 1) Que la responsabilidad civil no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta sino con arreglo a la entidad del daño, nombrando por todas la STS 2ª, 18.10.1979; 2) que es transmisible *mortis causa* a los herederos del responsable -esta propiedad de la acción de la responsabilidad civil que derive del daño que provenga de un delito o falta se regulaba en el antiguo artículo 105.1 CP 1973, que no tiene paralelo en el actual CP 1995, quizás por obvio-; 3) que es asegurable; 4) que incluso cuando se solicita dentro del proceso penal, está sujeta al principio de rogación o a instancia de parte; 5) que no existe para ella un principio de retroactividad de la ley más favorable, ni es materia reservada a Ley Orgánica; 6) y por último, aunque haya sido una cuestión que haya suscitado más polémica, no le es aplicable el artículo 24.2 CE sobre la presunción de inocencia –vid. PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 1970-.

²⁸⁰ CUPIS, A.DE, *El daño...*, ob. cit. p. 580. Es indiferente a la responsabilidad civil que las ventajas posibles, como los beneficios eventualmente alcanzados por el responsable al producir el daño, sean superiores al daño producido, ya que, incluso, en esta eventual hipótesis la responsabilidad civil se encamina a la reparación del daño y nada más. Y en sentido parecido, PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, ob. cit pp. 1972-1973. En realidad el problema, reconoce el autor, es el hecho de que la sanción de privar de los beneficios ilícitamente obtenidos por las personas jurídicas no tiene aún carta de naturaleza en nuestro Derecho.

En segundo lugar, la teoría compensatoria reconoce dos modos de resarcir el daño, bien a través de la reparación *in natura*, bien a través de una prestación pecuniaria. Antes de abordar como esta tesis articula ambos modos de resarcir el daño, es necesario hacer un breve apunte conceptual:

Por un lado, la reparación *in natura* consiste en resarcir a la víctima a través de la prestación que no cancela el daño del mundo de los hechos, sino que crea una situación materialmente correspondiente a la que existía antes de producirse el daño. La doctrina inglesa acerca de los *compensatory damages* es muy instructiva al respecto, y nos explica que, como un interés jurídico es siempre un medio para alcanzar un fin, la lesión de un interés jurídico exige poner a la víctima respecto de sus fines en la misma situación en que se encontraría de no haberse producido el daño, proporcionando a la víctima medios iguales o equivalentes de los que la lesión afectó, de modo que puede seguir satisfaciendo dichas necesidades²⁸¹. Como ejemplo paradigmático de reparación *in natura* se encuentra la compensación de los daños morales a través de la publicación, bien de la respuesta o rectificación por la persona ofendida en la prensa, bien de la publicación de la sentencia que condena al culpable en lo referente a la competencia desleal, a la protección al derecho de autor, o a las marcas, etc.,²⁸². Si bien, en Italia se ha llegado a admitir como reparación *in natura*, además de la sustitución de la cosa ilícitamente sustraída y la eliminación de lo ilícitamente hecho, la inhibición de la actividad generadora del daño, lo que niega parte de la doctrina española²⁸³. Y, por otro, la prestación pecuniaria, o prestación del *id quod interest* es una suma dineraria igual a la medida del interés, que es, por otra parte, el modo normal de indemnizar hoy en día a la víctima de un daño. En términos de la doctrina inglesa ya referida, en estos casos, ante la imposibilidad de la reparación *in natura*, se trata de proporcionar a la

²⁸¹ Son los *means replacing compensation* –vid. ref. GOODIN, R.E., “Theories of compensation”, 9 *Oxford Journal of Legal Studies* 56, 1989, pp. 53-96, en Sáinz-Cantero Caparrós, M.b, ob.cit, np. 36, p. 25.

²⁸² Ref. Pret. Genov (ord) 8.3.1991, en *Commentario breve al Codice civile*, a cura di CIAN, G./ TRABUCCHI, A., ob.cit, p. 1970. El supuesto se refería a la orden judicial dirigida a una sociedad para cancelar de una *delibera* algunas expresiones lesivas de la reputación de los administradores de aquélla.

²⁸³ Genova, 2.8.1923, Riv. dir. comm, 1924, II. p. 128-. Y, *Commentario breve al Codice civile*, a cura di CIAN, G./ TRABUCCHI, A., ob, cit, p. 1970.

Cfr., PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al artículo 1902”, ob, cit, pp. 1972-1973, que entiende que la protección de los derechos subjetivos absolutos no es función de la responsabilidad extracontractual, sino de acciones como la reivindicatoria, la negatoria, la de cesación o eliminación de la actividad o el estado de cosas lesivo, etc, cuyo supuesto de hecho requiere sólo la existencia de una situación contraria al ámbito típico de poder garantizado por el derecho subjetivo en cuestión, que su titular no tenga el deber jurídico de soportar, y que se dirigen contra quien en cada momento pueda jurídicamente poner fin a la situación lesiva del derecho.

víctima otras satisfacciones diferentes de aquéllas que ya no podrá obtener, pero que tratan de conseguir un equilibrio, contrarrestando el efecto de la pérdida de aquellas satisfacciones, con el efecto de las nuevas²⁸⁴.

Aclarada la cuestión conceptual, en España la teoría tradicional afirmaba que la reparación *in natura* sólo se podía predicar de la responsabilidad civil *ex delicto*, pero de ningún modo de la extracontractual. Y el argumento que se alegaba era que el ilícito civil es una fuente, normalmente, de obligaciones genéricas pecuniarias no pudiendo, entonces, hablar en ellas de pérdida de la cosa debida; y por el contrario, el ilícito penal da lugar muchas veces a la obligación específica²⁸⁵.

No obstante, en la actualidad, la doctrina ha superado la posición cerrada de la doctrina más antigua, defendiendo, según lo expuesto en el apartado anterior, que en la responsabilidad civil extracontractual la víctima tiene una “opción” para escoger entre ambos modos de resarcir²⁸⁶. Y los argumentos que avalan el derecho a la opción son, por un lado, que aunque es raro el caso de que nazca del ilícito civil obligación específica de reparar²⁸⁷, no es imposible, pues así lo reconoce la legislación positiva, aunque referida a la responsabilidad contractual, en los artículos 1096 y 1185 CC. Y sobre todo, porque, hoy en día, la jurisprudencia reconoce este modo de resarcir el daño, de modo pacífico, en relación a los daños morales nacidos de ilícitos civiles, sentando precedente la sentencia de 6 de diciembre

²⁸⁴ Son los *ends-displacing compensation*- vid. ref. GOODIN, R.E, ob, cit, pp. 53-96.

²⁸⁵ SCAEVOLA, Q.M., *Código civil*, t. XXXI, op. cit. p. 328.

²⁸⁶ MANRESA Y NAVARRO, JM. DE, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, ob, cit, p. 850, que declara, remitiéndose a Castán, que aunque la reparación suele hacerse de forma pecuniaria la doctrina reconoce que la forma idea de reparar el daño es la específica; y ref. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º, Barcelona, 1987, p. 118, en Sáinz –Cantero Caparrós, M.B.; np. 24, ob.cit, p. 119; RAGEL SÁNCHEZ, LF., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Obligaciones y contratos*, ed., Dykinson, Madrid, 2000, que no ve inconveniente en que, en un procedimiento civil declarativo, se solicite la condena a la reposición de las cosas al estado en que se encontraba antes de originarse el daño, cuando esta pretensión sea más idónea para satisfacer el interés del acreedor (caso analizado por la STS 16.1.1989); problema distinto es que luego el demandado incumpla la condena y la deuda se convierta en pecuniaria. De modo que no comparte la opinión de Roca Trías en el sentido de que el perjudicado sólo puede pedir el equivalente pecuniario en caso de que no fuera posible obtener la reparación en forma específica del perjuicio causado.

²⁸⁷ Es curioso que el resarcimiento no pudo encontrar las circunstancias básicas para manifestarse en las épocas primitivas, caracterizadas por un incipiente desarrollo comercial y de poca difusión de la moneda, teniendo, por el contrario, prevalencia la reintegración en forma específica. El resarcimiento aparece, sin embargo, en fases más evolucionadas del Derecho romano, e incluso por la generalidad que alcanzó se llegó a cuestionar la doctrina si podía repararse el daño en forma específica; lo que ha sido un legado hasta nuestras días.

de 1912²⁸⁸. Aunque hay que reconocer que los Tribunales la han negado reiteradamente hasta tiempo reciente²⁸⁹, a excepción de algunas resoluciones aisladas, como la STS de 28.6.1913 en que la reparación consistió en hacer cesar los humos excesivos que molestaban; o la más reciente de 23 de diciembre de 1952 que justificó que, el poner término inmediato a las causas productoras de los daños es una consecuencia lógica y legal de la reclamación contra un acto antijurídico, pues sería paradójico que se permitiera que tal perjuicio siga produciéndose y se ordenase la reparación por indemnización de los efectos de un acto tolerable. Incluso, el propio legislador civil en algunos sectores específicos de la responsabilidad civil ha regulado, de modo expreso, la reparación *in natura*: por ejemplo, en la responsabilidad civil de la Administración Pública según el artículo 141.4 de la Ley 30/ 1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (LRJ-PAC)²⁹⁰. Y, de igual modo, en la Responsabilidad civil medioambiental, pues, de *lege data*, el artículo 36.1 de la *Ley Española de Residuos* (Ley 10/1998, de 21 de abril) impone a los infractores que hayan realizado alguno de los ilícitos definidos en la misma Ley la obligación de “reponer las cosas al ser y estado anteriores a la infracción cometida, en la forma y condiciones fijadas por el órgano que impuso la sanción”. Y en dicha dirección, el *Anteproyecto de Ley de Responsabilidad civil Derivada de Actividades con Incidencia Ambiental* de 29 de marzo de 1999, consagra la preferencia de la reparación *in natura*, con el fin de reponer los bienes y elementos al ser y estados anteriores al daño, y sólo en el caso en que no sea posible esta reparación deberán adoptarse las medidas compensatorias o, en su defecto, la indemnización económica que deberá destinarse a la mejora del medio ambiente;

²⁸⁸ SCAEVOLA, Q.M., *Código civil*, t. XXXI, op. cit. pp. 362-363.

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 377 y 435 . Son taxativas al respecto la sentencia de 9 de abril de 1913 en la que el Tribunal a pesar de admitir la ilegalidad de un acuerdo adoptado por un Ayuntamiento, justifica la imposibilidad de la suspensión de la ejecución de la obra, consecuencia del acuerdo, y reposición de la cosa al ser y estado anterior, arguyendo la obligada aplicación del artículo 1902 CC, “...tal ilegalidad en el actual estado sólo puede producir la obligación de indemnizar daños y perjuicios en toda su extensión, pero no de restitución de las cosas al ser y estado que antes tenían”. Y la sentencia de 22 de marzo de 1932 que niega que la acción que nace del artículo 1902 CC sea reparadora pues tal interpretación es estricta y, por tanto, inadmisibles al consagrar dicho precepto una deuda de naturaleza pecuniaria de modo semejante a la responsabilidad contractual. Y también, en la STS de 28.1.1916 que afirmó que: “no se infringe por la sentencia recurrida los artículos 1902, 577 y 1103 CC cuando en aquella se aprecia que el demandante no viene obligado a practicar cierta obra ..”.

²⁹⁰ Art. 141.4: “La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

recogiendo, de tal modo, las directrices del Libro verde sobre reparación del daño ecológico y de la Directiva comunitaria 85/374/ CEE, de 25 de junio²⁹¹.

En definitiva, la teoría compensatoria defiende que, aunque es un dato cierto que el noventa por ciento de los casos el daño se realizará en forma que sólo quepa una reparación pecuniaria, también es claro que el artículo 1902 CC habla de reparar el daño causado, entendiendo la doctrina, con buen criterio, que abarca ambos modos de resarcirlo. Si bien, hay que reconocer que en España la admisión de la reparación *in natura* es más problemática en los supuestos de responsabilidad civil derivada de ilícito civil que en los casos de responsabilidad civil *ex delicto*, pues el legislador penal, a diferencia del civil, ha normado, de modo explícito, que la reparación *in natura* es preferente a la meramente pecuniaria, como se desprende de la propia redacción de los artículos 110 a 113 CP 1995²⁹², y de algunos preceptos específicos a lo largo de su articulado²⁹³. Por el contrario, el Código civil italiano sí consagra, de modo explícito, un doble modo de reparar el daño, el resarcimiento y la reintegración en forma específica, sobre la base del artículo 2058.1 del Código civil italiano que dispone que el perjudicado puede pedir la reintegración en forma específica siempre que sea en todo o en parte posible²⁹⁴. De modo que en este país se ha desarrollado toda una doctrina que, en esencia, afirma que la víctima tiene, *prima facie*, un derecho a optar por un

²⁹¹ Para un análisis de esta cuestión, vid. SANTOS BRINZ, J., “La responsabilidad civil. Manifestaciones actuales hacia la responsabilidad objetiva”, en *PJ*, n.º. 54, 1999 (2.º cuatr.), pp. 519 y 520; y PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ob, cit, pp. 142-156, en especial 152. TOCINO BISCAROLASAGA, I., “La responsabilidad civil medioambiental”, en *Homenaje al Profesor D. Antonio Hernández Gil*, vol. II, ob, cit, pp. 1659-1650, que indica que, por otra parte, tanto en el Libro verde de reparación ecológica como en la Directiva comunitaria se recoge la responsabilidad civil objetiva o el principio de: “quién contamina paga” (también en el art. 130 del Tratado de la Unión Europea).

²⁹² El artículo 110 CP 1995 con carácter general establece que “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º.- La restitución; 2.º.- La reparación del daño; 3.º.- La indemnización de perjuicios materiales y morales”. Ahora bien, el artículo 111 CP regula la restitución como la modalidad preferente cuando sea posible la misma, esto es, cuando se entrega al propietario o legítimo poseedor el mismo bien que había sido privado. Y el artículo 112 CP regula la reparación cuyo contenido puede ser obligaciones de dar, hacer y no hacer.

²⁹³ El artículo 216 CP relativo a los delitos de calumnia e injuria considera que la reparación del daño comprende también la publicación o la divulgación de la sentencia condenatoria; el artículo 227.3 que concierne al delito de abandono de familia por dejar de pagar cualquier tipo de prestación económica a favor su cónyuge o de sus hijos considera que la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas. Y el artículo 272 CP que respecto de los delitos relativos a la propiedad intelectual consagra que la extensión de la responsabilidad civil derivada de los mismos se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios; y el artículo 288 que en lo relativo a los delitos relativos al mercado se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales.

modo u otro de resarcimiento, pero, al final, la reintegración en forma específica se encuentra a un nivel inferior al resarcimiento, pues aquélla está condicionada a su posibilidad. Es decir, que el Juez va a poder denegarla si la estima muy onerosa para el deudor, y a veces, por la menor intensidad con que se tutela el interés de la víctima²⁹⁵.

Una vez vez expuesta la teoría de la función compensatoria, entendemos que dentro de este sector hay cada vez más voces que, que sostienen que el Derecho español vigente de la responsabilidad civil previene además de compensar. Esto es, aunque reconocen que la función compensatoria puede ser la función principal de la responsabilidad civil, advierten que no hay que obviar la función preventiva, la que premanece en un segundo plano, sobre todo, en relación a ciertos sectores, según lo expusimos en el epígrafe primero de este capítulo, y a ello nos remitimos²⁹⁶. Al respecto, es interesante la reflexión de algunos autores, sobre todo entre el Derecho anglosajón, acerca de la función preventiva a la que, paradójicamente, contribuyen, incluso, las Compañías aseguradoras, ya que entienden que, si aumentan las primas por el incremento de los actos dañosos, aumenta el descrédito de éstas, de modo que un medio claro para conseguir su finalidad de maximizar beneficios es la prevención de los daños, como lo refleja el hecho de que las Compañías aseguradoras hagan

²⁹⁴ Artículo 2058 CC italiano: “*Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore*”.

²⁹⁵ En la doctrina italiana se ha llegado a poner de manifiesto que una *azione inibitoria* es una forma de reintegración en forma específica – vid. SALVI, “Risarcimento del danno”, *Enc.D.* ma.v. C 76/647-. Incluso en coordinación con la normativa italiana de tutela al medio ambiente –art. 18.1, 18 julio 1986, n. 349- ha sido admitida la posibilidad de condenar a la P.A al levantamiento de un conducto de agua instalado en un terreno privado, al haber perjudicado los derechos de particulares mediante una actividad material arbitraria, ya que se llevó a cabo a pesar de que no había disposición que la justificara –vid. *Commentario breve al Codice civile*, a cura di CIAN, G./ TRABUCCHI, A, ob.cit, p. 1971-. También, CUPIS, A.DE, *El daño...*, ob. cit. p. 588.

²⁹⁶ Vid. Supra. I.2.C de este capítulo. Por eso estos autores defienden que en coherencia con tal función se encuentra el criterio de imputación de la culpa y su fundamento moral y pedagógico-psicológico. Y además, SALVI, C., “La responsabilità civile dell’infermo di mente”, en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione* (a cura di Paolo Cendon), ed., Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, p. 819, que habla de que la función principal puede ser la compensatoria pero que la preventiva permanece, aunque en un segundo plano.

Cfr., DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob, ci, p. 48, que, aunque, en una primera aproximación, entiende aceptable la función preventiva general de la responsabilidad civil en el sentido de impulso psicológico que puede experimentar el ciudadano, que, reconocedor de la norma, trata de evitar las consecuencias para él desfavorables que resultarían de su aplicación; y si no fue precavido y por eso fue condenado a indemnizar, la prevención especial existe porque influye en las acciones futuras de la misma persona. No obstante, al lado de la prevención como impulso psicológico no hay que obviar la prevención como actividad racional del *homo economicus*: si los costes de prevención de los accidentes se mantienen en cotas adecuadas y los paga quien razonablemente deba hacerlo, es muy probable que las decisiones económicas favorezcan la reducción de los costos de accidentes. Sin embargo, como quiera que esta idea de prevención entendida como disuasión, ha sido acuñada por los economistas, la función preventiva se pone en entredicho y requiere un análisis más complejo.

aumentar la prima si el número de accidentes producido por el asegurado aumenta; no obstante, al final, llegan a reconocer que su efecto preventivo es mínimo²⁹⁷.

Sea como fuere, se puede decir que la máxima expresión de la función preventiva de la responsabilidad civil estaría en relación con los llamados daños punitivos como reacción a determinados actos reprochables socialmente a los que no da respuesta el Derecho penal, pero por su interés y especificidad dejamos su estudio para el último apartado.

2.- LA TEORÍA DE LA FUNCIÓN DE SATISFACCIÓN O DE DESAGRAVIO.

En segundo lugar hemos de hacer mención a la “teoría de la función de satisfacción o desagravio”, influida por la doctrina alemana de la *Genungtungfunktion*²⁹⁸, y defendida en España por SÁINZ-CANTERO con argumentos, a nuestro entender, de peso.

Esta teoría defiende, en esencia, que la función de la responsabilidad civil ha de tener en cuenta la peculiaridad de la institución de ser una reacción frente al daño “injusto”; y, en coherencia, valora el daño no desde un punto de vista estrictamente material como hace la teoría compensatoria, sino desde un punto de vista *jurídico*. En otras palabras, esta teoría realiza una valoración jurídica del daño²⁹⁹.

La virtualidad práctica de esta tesis es, por un lado, admitir que la extensión de la reparación puede superar la extensión del daño³⁰⁰, al tener en cuenta otros factores jurídicos como la gravedad de la lesión, la gravedad del daño, la alteración del orden jurídico, incluso

²⁹⁷ Respecto al Derecho anglosajón, vid. ALLEN MARTIN, L., ob. cit., pp. 6-12; y ref. *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 1984, p.25; ref. BRUCE., *The Deterrant Effects of Automobile Insurance and Tort Law: A survey of the Empirical Literature*, 1984, 6 *Law & Pol.* 67, en Allen Martin, L., ob. cit., np. 32, p. 7.

²⁹⁸ Ref. FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, trad y concordado por Rocés, Madrid, 1927, pp. 255-267, en Sáinz-Cantero Caparrós, M.b, ob.cit., np. 38, p. 26.

²⁹⁹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B, ob.cit., pp. 26 y 134.

³⁰⁰ Se critica a esta teoría que, de tal modo, se acerca a los criterios de los daños punitivos, provocando un enriquecimiento injusto en la víctima por el valor que la reparación exceda del daño efectivamente producido - ref. MANNA, A., “Il risarcimento del danno fra Diritto civile e diritto penale”, *Indice Penales*, 1991, pp. 587-614; y SACCO., *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, pp. 38-39, en Sáinz-Cantero Caparrós, M.b, ob.cit., np. 44, p. 29-.

el enriquecimiento obtenido por el agente del daño³⁰¹. Y, por otro, reconocer que la “cesación de la actividad” fuente del daño responde a la función de satisfacción de la reparación del daño civil que supera la mera compensación, dirigiéndose a la completa restauración del orden jurídico perturbado³⁰².

Por último, esta teoría reconoce que la función de satisfacción es más evidente en la responsabilidad civil *ex delicto* y en la reparación de los daños morales o no patrimoniales, en razón de que lo “injusto” del daño es más evidente, ya sea porque el daño proviene de los ataques más reprochables a los bienes jurídicos esenciales de la persona, ya sea por lo irreparable del daño, respectivamente. Y como el daño moral lo abordaremos más detenidamente en el siguiente apartado, vamos a constatar como la normativa del CP 1995 de la responsabilidad civil *ex delicto* ratifica esta teoría, y, en consecuencia, conlleva el reconocimiento de ciertas peculiaridades de la función de la responsabilidad civil *ex delicto* respecto a la función de la responsabilidad civil extracontractual sita en los artículos 1902 y siguientes CC. En definitiva, estas peculiaridades se reflejan en tres aspectos fundamentales:

En primer lugar, en que el legislador penal, en base a los artículos 112, 125 y 126 CP, hace tener en cuenta la “naturaleza del daño” y la “situación personal y patrimonial del culpable” para la elección de tipo de prestación - dar, hacer o no hacer – a realizar por el delincuente, y el fraccionamiento del pago; lo que no se prevé en la regulación civil. Si bien, su naturaleza jurídico civil es clara, en la medida en que se constata que las condiciones económicas de las partes no determinan, ni el contenido, ni la extensión del *quantum*

³⁰¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B, ob.cit, p. 139, nos explica que, para la teoría compensatoria, la pretensión referida a los beneficios obtenidos por el causante constituye una pretensión de enriquecimiento sin causa. De tal modo se considera criticable el tratamiento que a los beneficios ofrecen los arts. 66.2.b de la Ley de Patentes y 38.2.b de la Ley de Marcas, y, sin embargo, adecuado el contemplado por el art. 18 de la Ley de competencia desleal. De otro modo, la privación de beneficios sólo podría suponer una sanción. Sin embargo, lejos de juzgar sancionatoria la incorporación de beneficios derivada del acto ilícito dañoso se estima necesario si quiere configurarse la reparación como adecuada respuesta a un hecho ilícito. Otra cuestión es quién sería el destinatario de esos beneficios.

³⁰² *Ibidem*, p. 147. En realidad, la cesación de la fuente del daño está regulada explícitamente en relación a la responsabilidad civil *ex delicto* en el CP 1995. Aunque esta autora matiza que hay que distinguir la acción que tutela el interés del perjudicado en la reparación del daño, de las acciones que tutelan el interés que ponga fin a la lesión, se reintegre el derecho o se declare (acciones reivindicatorias-negatorias- cesación de actividad, o estados de cosas lesivo). No obstante, el Juez penal es competente para conocer de estas pretensiones, como se desprende del art. 742.2 LECr y de la jurisprudencia que mantuvo, en relación al derogado art. 102 CP, de que el Juez penal podría aplicar normas jurídicas mercantiles y civiles, y además debía hacerlo.

respondeatur, esto es, no afectan al principio general de “reparación integral del daño” que, además, viene garantizado por la preferencia en el orden de imputación de pagos que realice el penado dispuesto en el artículo 126 CP. Yg el hecho de que el Juez pueda ordenar el fraccionamiento del pago, o prestaciones de hacer, para el supuesto de que sean precarias las condiciones económicas del ofensor sólo refleja que la función de la responsabilidad civil *ex delicto* es la plena satisfacción del ofendido y de la sociedad y no su mera compensación económica³⁰³. De modo que es criticable, según la autora, que en algunas resoluciones judiciales el Juez haya considerado la “condición de asegurado” del responsable civil para determinar el contenido y extensión de la responsabilidad civil *ex delicto*, así, como la propuesta doctrinal que introduce, como criterio a tener en cuenta en la valoración del lucro cesante, la condición del perjudicado de ser receptor de renta alta, o la que sostiene la limitación de la extensión de los daños indemnizables cuando se estima que quién lo sufre estaba obligado a concertar un seguro dado el importante riesgo que sufría³⁰⁴.

En segundo lugar, la función de satisfacción explicaría la preferencia por la reparación *in natura* en la responsabilidad civil *ex delicto*. Esta preferencia puede entenderse consagrada en los artículos 111 y 112 CP, pues sólo si la naturaleza del daño y las condiciones personales o patrimoniales del culpable lo impiden quedará aquélla excluida. Y esto, frente al ámbito civil que, según hemos visto en el apartado anterior, no declara tal preferencia, interpretando la doctrina dicho silencio en el sentido de que se concede al perjudicado, meramente, la facultad de elegir entre la reparación *in natura* o específica y la indemnización monetaria. Además, la referencia del último párrafo del artículo 112 CP que obliga al Juez a determinar si la prestación ha de ser cumplida por el mismo culpable o pueden ser ejecutados a su costa incorpora la reflexión de que si el culpable es quién repara, en la mayoría de los casos independientemente de su castigo, la víctima y la sociedad verán superado el daño social provocado por el hecho. Y, por último y en tercer lugar, en la responsabilidad civil *ex delicto* frente a la extracontractual se contempla, de modo específico, la condena a la remoción de la fuente del daño en el contenido de la reparación, como se refleja en los artículos 319, 321, 323, 339 y 351 CP³⁰⁵.

³⁰³ *Ibidem*, p. 133.

³⁰⁴ Ref. ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil...*, o.cit, pp. 67-68, en Sáinz –Cantero Caparrós, M.B., ob.cit, p. 134.

³⁰⁵ SÁINZ- CANTERO CAPARRÓS, M.B, ob.cit, pp. 125-126.

Finalmente, la teoría del desagravio diferencia, según la naturaleza del daño *ex delicto*, los siguientes casos: En primer lugar, hay casos en que la mera compensación del daño a través de la reparación *in natura* conlleva su reparación plena, no necesitando el suplemento de la función de desagravio. Esto ocurre en los casos en que es posible que el deudor proporcione al perjudicado los mismos o idénticos medios para satisfacer las mismas necesidades y fines que se vieron afectados por la lesión. El orden jurídico queda así plenamente restaurado según los artículos 111 y 112 CP. Pero en los supuestos en que no sea posible, el deudor habrá de facilitar otros medios que le permitan alcanzar los fines superando la carencia de aquéllos de los que el perjudicado se ha visto privado como consecuencia de la lesión. En estos casos, la reparación plena requiere, además, el desagravio del ofendido que se ve obligado a prescindir de los medios que había elegido para satisfacer sus necesidades. Y, finalmente, si ni siquiera es posible la superación y en la medida en que el perjudicado ve frustrada toda posibilidad de alcanzar los mismos fines y satisfacciones, la prestación reparatoria va dirigida únicamente al desagravio por la lesión. Y la satisfacción habrá de procurarse a través de otra prestación de dar, hacer, no hacer, que lejos de llevar al perjudicado a fines distintos de los que se han frustrado por el daño, y que cumplirían una función de compensación, se dirige a “desagraviar” al ofendido y a la sociedad, pues el daño se ha revelado irreparable³⁰⁶.

3.- LA TEORÍA DE LA FUNCIÓN PENAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Por último, damos paso al estudio de la “teoría de la función sancionadora”, como máxima expresión de la función preventiva de la responsabilidad civil apuntada en el primer apartado. En realidad, esta teoría sólo se ha predicado, de modo aislado, respecto a la responsabilidad civil extracontractual derivada de ilícito civil en relación con los daños morales; de modo que hemos entendido conveniente abordarla con más detenimiento por estar en relación con los posibles daños morales que puedan sufrir ciertos menores desamparados y

³⁰⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B, ob.cit, pp. 55- 57. Esto va a conllevar que en caso de que la función de desagravio se lleve a cabo a través de una cuantía indemnizatoria, ésta va a tener en cuenta varias partidas. 1ª) el importe del daño (art. 115 CP), pero del daño cuantificable que comprende el daño emergente y lucro cesante; 2ª) el importe del coste de superación del daño, considerando la particular situación del ofendido; y finalmente, 3ª) las cantidades dirigidas al desagravio por los daños incuantificables como los daños personales y morales, al propio perjudicado, incluso los eventuales (*dommage par ricochet* y *perte d'un chance* según la

enfermos psíquicos en los bienes de su personalidad. Y respecto a la responsabilidad civil *ex delicto*, su función penal se ha defendido por una parte minoritaria de la doctrina penalista, pero nos remitimos a las conclusiones del apartado anterior en el sentido de que la doctrina mayoritaria española niega que la responsabilidad civil *ex delicto* regulada en el CP 1995 asuma funciones penales, debiéndola distinguir de la reparación, como medida penal, también presente en el Código penal.

A.- Enunciación de la teoría de la “pena privada”.

Para su mejor comprensión, es necesario, por un lado, hacer un apunte histórico; y, por otro, tener en cuenta la influencia que en esta teoría han tenido los modelos anglosajones, cuyos Ordenamientos jurídicos integran hace tiempo los *punitives damages*.

En concreto, no es controvertido afirmar que daño y pena son dos nociones que históricamente vinieron mezcladas muchas veces, no sabiéndose donde empezada la restitución y dónde acababa la pena. Si, por ejemplo, nos remontamos al Derecho de Roma, cuando el tosco criterio de la causalidad ya había sido sustituido por el principio espiritualista de la responsabilidad por culpa a través de la *actio legis Aquiliae* consagrada en la *Lex Aquilia* del 185 a. J.C y la *actio in factum accomodata legi Aquiliae*, comprobaremos que dichas acciones tendían, más que a reparar un daño, a que el culpable abonara el máximo valor que la cosa tuviese en el año anterior o en el mes precedente³⁰⁷. De modo que nos encontramos ante acciones híbridas, con un cierto matiz penal al no tasarse simplemente el daño en la fijación de la indemnización³⁰⁸. Destacan los historiadores que ha de esperarse a las aportaciones de los doctores de Derecho canónico en el Derecho común para que a la obligación civil se le atribuyera una función exclusivamente reparadora, cuya filosofía se basaba en que soportar el mal era instrumental y proporcionado al fin de reparación al perjudicado³⁰⁹. Esta tendencia parece apreciarse en Francia, Italia, y Bélgica, así como en España, si bien con un cierto

doctrina francesa), y a otros perjudicados (en caso de lesión a intereses difusos y colectivos, aunque el destinatario no sea el reclamante).

³⁰⁷ Ref. VENEZIAN., “Danno e risarcimento fuori dei contratti”, en *Studi sulle obbligazioni*, I, Roma, 1918, pp. 3- 4; VOCL., *Risarcimento e pena privata del diritto romano clasico*, Milano, 1939, en De Cupis, A., *El daño...*, ob. cit. np.1-2, p. 749.

³⁰⁸ SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, ob. cit, p. 313.

³⁰⁹ Para un estudio detenido de esta evolución, vid. CUPIS, A.DE, *El daño*, ob, cit, pp. 750 y ss.

retraso, cuya causa se piensa que está en la incidencia del Derecho romano a través de Las Partidas³¹⁰.

Por otra parte, frente a la situación española en que la función de pena privada de la responsabilidad civil ha caído en el olvido doctrinal, si nos adentramos en la experiencia de países de nuestro entorno se constata que aquella no sólo ha sobrevivido a dicho olvido, sino que se afirma en ciertos dominios, sea por vías secretas como en Francia, sea de manera totalmente oficial, bajo la apelación de daños e intereses punitivos o ejemplares, en la mayoría de los países que han estado bajo la influencia del Derecho inglés.

Así, por ejemplo, el Derecho inglés no ha dudado nunca de la vocación punitiva de la responsabilidad civil³¹¹, teniendo lugar su primera manifestación en el siglo XVIII, respecto a la violación del derecho a no ser detenido arbitrariamente³¹². Si bien, y tras una fuerte expansión de los daños punitivos, la decisión de la Cámara de los Lores de 1964 redujo su ámbito de aplicación a tres hipótesis que se interpretan de modo restrictivo: a) cuando así lo dispusiera una ley; b) respecto a los actos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de un funcionario³¹³; y, c) en el caso en que el demandado hubiera calculado que el beneficio sacado de su conducta sería superior a la reparación a la que podría ser condenado. Y este supuesto es, por otra parte, el más aplicado por la jurisprudencia americana, quién aplica los *damages punitives* a quién daña a la competencia leal, ya que el legislador americano no ha dudado en aumentar notablemente su carácter disuasivo decidiendo que todo agente condenado debería pagar a la víctima el triple del daño sufrido por el mismo. Esta consecuencia jurídica se basa en la reflexión de que el agente del daño puede o tiene muchas oportunidades de escapar a los rigores de la ley ya que, a veces, las víctimas no demandan porque estiman que los costes del juicio serán superiores a la indemnización, y, a su vez, que los agentes del daño se arriesgan porque calculan que la posible indemnización será menor que los beneficios que les puede

³¹⁰ SÁINZ CANTERO, M.B, ob,cit, pp. 20-21.

³¹¹ CARVAL, S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, ed., LGDJ, París, 1995, (Bibliothèque de Droit privé, t. 250), p. 46. Inglaterra se enorgullece de la protección que ofrece desde hace siglos a las libertades fundamentales y prefiere aplicar, antes que las Declaraciones de los derechos del hombre, el adagio de: *Remedies precede rights*. En consecuencia, privilegia la elaboración de procesos que garanticen con eficacia los derechos y libertades de cada uno frente a los ataques que el Estado o los particulares les pueden hacer sufrir.

³¹² CLAYTON. / TOMLINSON, *Civil actions against the police*, Ed., Sweet and Maxwell, 1987, p. 12.

³¹³ CARVAL, S., ob. cit, pp. 51-52. En el asunto *Rooker v. Barnard*.

prodigar el acto que vulnere la competencia desleal³¹⁴. No obstante, a partir de los años sesenta hasta nuestros días, se ha producido una nueva expansión en el ámbito de aplicación de los daños punitivos por el Derecho inglés, interpretándose los criterios de excepción laxamente por los Tribunales³¹⁵. Asimismo, y a pesar de que no esté previsto entre las tres hipótesis establecidas, los Jueces ingleses utilizan el margen de libertad del que disponen en la evaluación de un daño intangible para castigar, sin reconocerlo, al autor de una culpa grave; por ejemplo, el perjuicio moral nacido de un daño corporal.

Incluso, en algún Derecho continental europeo la teoría de la pena privada ha dejado sentir sus efectos³¹⁶, y, así por ejemplo, la doctrina francesa propone que la sanción civil podría reemplazar, ventajosamente, en estas materias la represión penal o al menos constituir una alternativa para las víctimas que escogieran dicha vía, por la flexibilidad de la institución civil frente a la rigidez del principio de tipicidad penal y su menor estigmatización³¹⁷. Lo acertado de esta reflexión se refleja, por un lado, en la preferencia de las víctimas a acudir al artículo 1382 Code y no a las figuras penales, debido al plazo de prescripción más corto de éstas, como se desprende de la sentencia de 18.12.1996³¹⁸. Y por otro, en la aplicación por los

³¹⁴ *Ibidem*, pp. 51 y ss; SÁINZ CANTERO, M.B, ob.cit, p. 22. Y, para un análisis de los daños punitivos en el Derecho americano, desde el punto de vista de análisis económico del Derecho, vid. POLINSKY, AM. /SHAVELL, S., “Punitive damages: an economic analysis”, *Har. L. Rev*, feb, 1998, vol. 111, nº. 4, pp. 870-962.

³¹⁵ *Ibidem*, pp. 51-52. El motivo de la expansión de los daños punitivos fue la intervención de los órganos policiales, a veces, brutal, a causa, a su vez, de que en este país se otorgaba prioridad a la defensa del interés general frente a los derechos individuales. Incluso, a partir de tal momento se legisló al respecto, como, por ejemplo, el *Supreme Act* de 1981 en relación a los daños, entre otros, por prisión o persecución judicial injustificados.

³¹⁶ IHERING, R. VON., *La lotta per il diritto*, trad, it. Bari, 1960, pp. 143-144.

³¹⁷ Prefacio de VINEY a Carval, S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, ob.cit.

En el mismo sentido se pone de manifiesto, ante las preocupantes informaciones sobre *Rechts-extremismus* en Alemania, en un Proyecto de Ley del *Land* de Sajonia que sugiere que, dado que el Derecho civil es, a fin de cuentas, el hábitat jurídico de esta llamada sociedad civil, será en él (y no sólo en el ámbito jurídico-público de las normas penales) donde habría que explorar nuevas posibilidades. Y como el Derecho alemán se basa en la tipicidad de los daños, dicho proyecto amplía el marco de los actos ilícitos contemplados en el Código civil y la capacidad de los individuos o los grupos sociales, tanto para hacerles frente, como para verse reconocidos por sus víctimas. Se amplía, por ejemplo, el concepto civil de “daño inmaterial”, para aplicarlo a las amenazas proferidas por los extremistas en sus manifestaciones racistas; y entra en juego la responsabilidad civil subsidiaria ejercitable contra aquellas asociaciones o grupos que patrocinen o apoyen las acciones de los extremistas, o simplemente permitan que en ellas se utilicen sus siglas o símbolos (vid. OLLERO TARRASA, A., “Europa es diferente”, en *El Ideal*, 24 de septiembre de 2000, p. 27).

³¹⁸ VINEY, G., “La responsabilité civile”, en *JCP*, 1996. I. 3985, pp. 485-494. Esta sentencia resuelve el supuesto del perjuicio moral que sufrieron diversas asociaciones de deportados como consecuencia de las declaraciones de un político, emitidas a través de un programa de radio, de contenido, cuanto menos, dudoso, que incitaban a la discriminación, al odio y a la violencia racial. Tal hecho, por tanto, se podía subsumir en un delito penal de prensa cuyo plazo de prescripción es el de tres meses, pero como tal plazo estaba agotado antes de que se interpusiera la demanda, los recurrentes-demandados casaron la sentencia alegando tal razón. Ésta fue

Jueces franceses de dicho artículo al ser sus términos menos rígidos para fundar una intromisión injustificada en la vida privada o un abuso de crítica, que los requisitos que exige el delito de difamación o el de injuria o calumnia, respectivamente, según puso de manifiesto la sentencia de 24.1.1996³¹⁹.

Y, asimismo, parece ser una idea pacífica entre la doctrina y jurisprudencia francesa que la reducción de la indemnización cuando concurre la víctima a la producción del daño es una penalización, en la medida en que uno no puede ser responsable hacia sí mismo, en razón del carácter de alteridad del Derecho; a excepción de los entienden que la reducción se basa en que la víctima ha participado en la causación del daño sin relación alguna con la función punitiva³²⁰. Esta teoría parece, desde una primera aproximación, ofrecer una explicación coherente a los términos del artículo 1.3 de la Ley francesa de 5 de julio de 1985 de Circulación que dispone que, en ningún caso, a las víctimas de daños por circulación de vehículos a motor se le puede oponer su propia culpa, si la víctima tiene menos de dieciséis años o más de setenta, o si tiene un grado de incapacidad permanente o de invalidez al menos igual al ochenta por ciento³²¹, en razón de que los requisitos legales impuestos: que se trate de una víctima moral y físicamente apta para responder de sus actos y, a su vez, de un comportamiento de excepcional gravedad, parecen justificar que la reducción indemnizatoria tenga un carácter sancionador³²². No obstante, esta cuestión la dejamos para su estudio más detenido en el capítulo tercero.

desestimada. Sin embargo, finalmente, la Corte de Casación arguyó que tales declaraciones intolerables y proferidas en un medio público constituían falta en el sentido del art.1382 del Code.

³¹⁹ Bull, civ. 1996, II, n.º.14, que trata de la acción interpuesta por la demandante a un escritor que relata la muerte por suicidio de su marido, lo que aquélla reprocha y niega. Aunque la acción es rechazada por la Corte de apelación en base al respeto al principio fundamental de libertad de prensa que impide que se aplique el régimen general del artículo 1382 del Code fuera de los casos de abuso de libertad de expresión, la Corte de Casación alegó que no se debe limitar el ámbito general del artículo 1382 del Code.

³²⁰ TUNC, A., “Les paradoxes du régime actuel de la responsabilité de plein droit”, D, 1976, chr. 13. Y en el mismo sentido, JACQUES, P., Cour de cassation 28 de février 1996, Gaz.Pal, 14-15 févr 1997, pp. 31-38.

³²¹ Art. 1.3 de la Loi n.º 85-677 de 5 de julio de 1985, que tiende a la mejora de la situación de las víctimas de accidentes de la circulación y a la aceleración de los procesos de indemnización: “1.- Les victimes non conductrices ne peuvent se voir opposer leur propre faute que si cette faute, non seulement a été la cause exclusive de l'accident, mais encore a présenté un caractère inexcusable. 2.- Cette opposabilité déjà réduite disparaît si la victime a moins de 16 ans, plus de 70, ou si elle ait atteinte d'un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80%”.

³²² La doctrina también reconoce la función preventiva en otros dos casos: Cuando hay varios factores o culpas que han contribuido a la producción del daño y los Tribunales asignan la indemnización en atención a la gravedad de la culpa; y cuando el responsable de pleno derecho ejerce su derecho al reintegro pues se basa en la culpa cometida – vid. Civ. 2ème. 26 octubre 1967, Bull. Civ, II, n.º. 302; Civ, 3ème, 5 décembre 1984, Bull.civ. III, n.º. 206.

En definitiva, y como generalización de las prácticas expuestas hasta ahora, se puede concluir que la teoría de la pena privada de la responsabilidad civil se basa en que existen situaciones perjudiciales intolerables frente a las que el Ordenamiento jurídico debe reaccionar con consecuencias económicas gravosas contra el responsable, que excedan la reparación del daño causado. Entre los defensores de esta teoría, existe unanimidad en lo que respecta a la triple función que cumple la indemnización punitiva: sancionar al dañador; prevenir sucesos lesivos similares; y eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa³²³. Sin embargo, disienten en lo que se refiere a sus requisitos, ya que existe un grupo que mantiene, sobre la base de que la función esencial de la indemnización punitiva es impedir que el responsable se lucre a costa del daño inferido a las víctimas, que son tres: la causación de un daño; la grave antijuridicidad de la actividad dañosa, en el sentido de conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social; y la obtención de beneficios económicos con motivo del hecho ilícito, sea por ingreso o por ahorro³²⁴. Y, sin embargo, otro grupo estima que el último requisito no es imprescindible, pues la indemnización punitiva se justifica por el menosprecio del dañador hacia el resultado y por las consecuencias que genera su acción, aún cuando en el caso concreto pueda no haber mediado beneficio económico derivado del ilícito³²⁵.

³²³ Ref. Sherman Act, 2.7.1890, retomada en las disposiciones de Clayton Act de 1914 que está aún en vigor, en CARVAL, S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, ed., LGDJ, París, 1995, np. 36, p. 15; y CLAYTON./ JOLOWICZ, J.A., *On torts*, 13 th ed., by WVH Rogers, Ed., Sweet and Maxwell, 1987, p. 601 y ss.

Entre la doctrina francesa, vid. STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, 1947; y TUNC, A., *La responsabilité civile*, ed., Economica, 2ème éd., 1989.

Y entre la doctrina argentina, vid. ZAVALA DE GÓNZALEZ, M./ GONZÁLEZ ZAVALA, R.M., "Indemnización punitiva", en *Responsabilidad civil por daños en el tercer milenio...*, ob.cit, p. 189.

³²⁴ ZAVALA DE GÓNZALEZ, M./ GONZÁLEZ ZAVALA, R.M., "Indemnización punitiva", en *Responsabilidad civil por daños en el tercer milenio...*, ob.cit, p. 191, y BUSTAMANTE ALSINA, J., "Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", *L.L.*, 1994-B, pp. 1243 y ss, nos explica que la posibilidad de utilizar la indemnización como pena apunta a destruir la racionalidad económica que permitió que el daño se ocasionara. Pues era más rentable dejar que el perjuicio se produjera que prevenirlo. De ahí que, casi siempre, el sujeto pasivo de la condena será una empresa.

³²⁵ Vid. PIZARRO, "Daños punitivos", en *Derecho de Daños*. Segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, pp. 305 y ss.

B.- ¿La teoría de la pena privada en España?.

a) Estado de la cuestión: su aplicabilidad a la indemnización de los daños morales.

Frente a la experiencia anglosajona, la jurisprudencia española, al igual que la francesa, aplican la función punitiva de la responsabilidad civil bajo el disfraz de mera reparación, reduciéndola a la protección de la persona humana en su integridad física y moral. Pues los Jueces y Tribunales reconocen que la teoría de la pena privada, aunque no funda la indemnización de los daños morales³²⁶, ejerce una gran influencia en dicha indemnización al adoptar, en presencia de ataques incalificables a prerrogativas esenciales de la persona, la tendencia a aumentar las cifras de la reparación con la finalidad de castigar a los autores de dichos comportamientos³²⁷. En otras palabras, es un dato cierto que en España se aprecia una clara línea jurisprudencial que concede a los daños morales una función punitiva³²⁸; y que un importante sector doctrinal no la rechaza, sobre todo a raíz de la promulgación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen³²⁹. Y la razón de más peso aducida por la doctrina española es la dificultad en la valoración, esto es, la inestimabilidad pecuniaria del daño moral da lugar a que el arbitrio judicial sea condición *sine qua non* para su compensación³³⁰; lo que ha contribuido, por otra parte, a que aquél también sirva de comodín de otros conceptos indemnizatorios,

³²⁶ Aunque lo han llegado a afirmar algunos autores franceses, de modo aislado: HUGHENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Dijon, 1904; y DUPICHOY, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, 1969.

³²⁷ CA, París, 4.1.1988, D. 1989, somm, 92, obs. D. AMSON. Las condenas que consisten en adjuntar un precio superior al pudor o al honor de las víctimas tienen una finalidad disuasiva de conductas desleales que persigan un fin lucrativo, de modo que los Jueces se refieren en las bases del cálculo de la indemnización "*au caractère fructueux des fautes*". No obstante, en Gran Bretaña las acciones intentadas sobre el fundamento de "*tort of defamation*" dan lugar al pago de daños e intereses diez veces más elevados que los acordados por los franceses y, lo que es más, sancionan la culpa de *libel* y *slander* (honor) con independencia de que produzca verdaderos perjuicios, sobre la base de la presunción de daños (*general damages* o *daños presumidos*).

³²⁸ Ref. SSTs 21.12.1957; 7.2.1962; 7.10.1978; y 23.10.1978, en PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, ob.cit, pp. 1971-1972.

³²⁹ ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad civil por daño moral", *ADC*, 1966, pp. 81-116; MORALES PRATS, F., "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora", *CPC*, 1990, pp. 697 ss.

³³⁰ Este carácter lo comenta la sentencia de 2 de febrero de 1940 - Scaevola, Q.M., *Código civil*, t.XXXI, op. cit. pp. 348-349- al expresarse en los siguientes términos: "Cuando se trata de responsabilidad proveniente de culpa extracontractual, la valoración de los daños no patrimoniales, como son los provenientes de pérdida de la vida, que no descansa en el resultado de una prueba objetiva ni puede reducirse a Leyes materiales de causalidad, tiene resuelto la jurisprudencia que corresponde fijar su cuantía al juzgador prudencialmente, según las circunstancias de cada caso y conforme a las exigencias de la equidad."

como el propio daño patrimonial, cuando éste no puede acreditarse, pero se intuye que existe³³¹.

Si la conclusión a la que en líneas anteriores se ha llegado es que la función punitiva de la responsabilidad civil está en relación con la indemnización del daño moral, se hace preciso, antes de continuar con las implicaciones y detractores de esta teoría, realizar un breve apunte conceptual respecto al daño moral. En concreto, hay que señalar que, a pesar de que en el Derecho español actual sea doctrina pacífica su indemnizabilidad, su reconocimiento ha sido tardío y, además, ha estado siempre sometida a restricciones. En concreto, la doctrina del Derecho común hasta la primera mitad del siglo XIX rechazaba la indemnización del daño moral, pues, en tanto que no valorable económicamente la única reacción posible era la penal. Pero, como la importancia humana de intereses no patrimoniales aconsejaban su extensión fuera del ámbito penal³³², se puede decir que tras la codificación española, con el precedente de nuestro Derecho histórico formulado en la Ley 21, título 9, de la Partida VII³³³ y las enseñanzas de los Tribunales de otros países³³⁴, es cuando se reconoce jurisprudencialmente la indemnizabilidad del daño moral, sobre todo, a partir de la renombrada STS de 6 de diciembre de 1912. En realidad, la jurisprudencia española empezó reconociendo solamente el daño moral con repercusión en el patrimonio del ofendido o el llamado daño patrimonial indirecto³³⁵; aunque no habrá de pasar mucho tiempo para que se acepten por los Tribunales

³³¹ VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, ob, cit, p. 80, y así la ductibilidad del daño moral permite paliar, incluso, los sinsabores de una familia que adquiere un piso con un defecto de cabida de 12 metros cuadrados, pues el Juez llegó a conceder, además de la resolución del contrato, una indemnización en concepto del “tiempo pasado sin vivienda, aumento del precio de éstas, incomodidades respecto al trabajo y vida cotidiana”, en razón de que los actores no habían logrado probar con éxito el daño patrimonial- STS 12.7.1999 (RJA 1999, 4770)-.

³³² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B, ob.cit, p. 95.

³³³ “Que cualquiera que reciba tuerto, o desonra, que pueda demandar enmienda della en una destas dos maneras, qual más quisiere. La primera, que paga el que lo desonre, enmienda de pecho de dinero. La otra es en manera de acusación, pidiendo que el que le hizo el tuerto, que sea escarmentado por ello”.

³³⁴ En Francia el reconocimiento de la indemnización del daño moral se produjo a raíz de la sentencia de 22.9.1837 en que la Sala de lo criminal de la Corte de Casación admitió que podía ser reparado el perjuicio moral causado al marido por el adulterio cometido a su mujer sobre la base del artículo 1382 Code y ha confortado o ratificado dicha posición hasta nuestros días – vid Ch. Mixte, 30 avril. 1976, D, 1977, 185, note RAYNAUD- .

³³⁵ La sentencia pionera de 6 de diciembre de 1912 – citada por SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op.cit. p. 378- reconoce por primera vez la indemnizabilidad del daño moral. Este reconocimiento se debió, en parte, a la mentalidad de la época, en razón de que para un Tribunal de primeros del siglo XX era evidente la repercusión que tiene en el patrimonio de una mujer el que ésta fuera agraviada en su honor, pues se trataba de resarcir la imposibilidad de recibir una dote por las serias dificultades que, para contraer matrimonio, suponía la publicación de la noticia, que resultó ser falsa, en la que se relataba la fuga de una joven de 16 años del hogar paterno con un fraile de quien, se dijo, había tenido escandalosa sucesión. Pues, efectivamente, según expresión

los daños morales puros, tanto los que derivan de ataques a los bienes de la personalidad, como a bienes patrimoniales siempre que se prueben, según la actual línea aperturista del Tribunal Supremo, teniendo como exponente la STS 31.5.2000 (RJA 2000, 5089) que reconoció el daño moral producido a la víctima por un retraso de ocho horas en un vuelo, lo que provocó “tensiones, incomodidades y molestias”³³⁶.

Una vez cerrado el paréntesis conceptual, y retomando la función penal de la responsabilidad civil, no hay que olvidar que, a pesar del seguimiento doctrinal y jurisprudencial de esta teoría, siempre ha existido en nuestro país una fuerte crítica a esta tesis. Ésta se basa, en esencia, en que, si son predicables al supuesto en que el daño no sea patrimonial las mismas características de la responsabilidad civil en general, la responsabilidad ha de cumplir la misma función³³⁷.

Finalmente, aunque compartimos la crítica anterior, lo es sólo en parte, pues hay que dar respuesta al hecho de que los Jueces no otorguen una función meramente compensatoria a los daños morales, sino que extiendan la reparación más allá del daño. Y por ello, creemos con SÁINZ CANTERO, que la función de la responsabilidad civil en tales casos será penal si los criterios utilizados por el Juez para determinar la extensión de la reparación se consideran indicadores de la reprochabilidad de la conducta lesiva; y, sin embargo, la función sería de satisfacción si se consideran que los criterios señalados apuntan a considerar la gravedad del

del Tribunal: “la honra, el honor y la fama de la *mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima*, y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada (...). Así, los daños morales directamente causados a la joven Mussó, llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, materiales y los sociales...”.

Otros sentencias posteriores aplicaron pacíficamente la doctrina que marcó la sentencia precedente, como la de 14 de diciembre de 1917; 7 de noviembre de 1919; 11 de marzo de 1928; 31 de marzo de 1931 que trató del daño moral infligido a una persona jurídica; o la de 27 de abril de 1953 que justifica el evidente perjuicio patrimonial que provoca el daño moral que supone la muerte de un hijo, en el deber jurídico de alimentos que se deben recíprocamente, como parientes, los padres e hijos – citados por SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op.cit. pp. 378-382.

En definitiva, en todas las sentencias mencionadas, y como reflejo de que la razón de la indemnización del daño moral es la repercusión en el patrimonio de la víctima, los Tribunales tienen en cuenta las circunstancias de la víctima, su edad, su posición social y todo dato relevante a tal fin.

³³⁶ De las primeras sentencias que reconocieron el daño moral puro, vid. STS 10 de julio de 1928 reconoció la indemnizabilidad del daño moral puro, o en sí mismo, pues el caso trataba de la muerte de una niña de nueve años cuya facultad productora no había llegado a ponerse en acto –citada por SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op.cit-. Y para un análisis de la indemnizabilidad de los daños morales en la actualidad, vid. VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob, cit, pp. 71-89, especialmente 78-79.

injusto y a la necesidad del desagravio³³⁸. Y estos últimos son, al menos, los criterios tenidos en cuenta por el Juez en los supuestos de daños contra el honor, la intimidad personal, familiar, etc., porque así lo determina el artículo 9.3 de la Ley 1/1982. A nuestro entender, entonces, y de *lege data*, la función de satisfacción o desagravio respecto a la indemnización de los daños morales es más acertada, jurídicamente, con la técnica normativa que la sancionadora.

b) Propuesta de lege ferenda.

De *lege ferenda*, estamos convencidos que el mejor medio de defender las libertades y los derechos extrapatrimoniales del individuo consiste en el dictamen de medidas preventivas, aptas para anular el daño en su origen, como lo ha puesto en evidencia la jurisprudencia francesa en un supuesto de daño moral a un menor al ser privado ilegítimamente de su filiación³³⁹. Y como una de las funciones de la indemnización punitiva es prevenir sucesos lesivos similares por el impacto psíquico que crean, entendemos que la indemnización punitiva es de todo punto acertada para los daños morales sufridos por determinados menores desamparados, o enfermos psíquicos a causa de la desidia en el cumplimiento de ciertos deberes por parte de determinadas autoridades, como por el abuso de una posición de privilegio. Y es precisamente la particularidad que rodea estos casos: que el daño deriva de autoridades o instancias públicas; la difícil prueba y concesión discrecional de los daños morales; y el hecho de que se trate de las personas más desfavorecidas de la sociedad, lo que hace que estemos ante daños que nadie reclama, esto es, sumidos en el silencio.

De modo que antes de proponer la solución, vamos a exponer, sin ningún ánimo de exhaustividad, algunos supuestos en que los incapaces sufren daños morales.

³³⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, ob.cit pp. 1971-1972.

³³⁸ SÁINZ CANTERO, M.B, ob.cit, p. 104.

³³⁹ Civ. 1ère, 6 déc 1988, *D.* 1989, J. 317, note MASSIP; Civ. 1ère 10. Juill 1990, *D.* 1990, J. 517, note HUET-WEILER. En estos casos se acordó reparación del perjuicio material y moral causado a un menor por el

a') Presupuesto: Daños morales a enfermos psíquicos derivados de actuaciones judiciales, y del funcionamiento de la Administración pública.

La negligente actuación judicial o el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos puede estar en relación de causalidad con ciertos daños morales a enfermos psíquicos. Y de los posibles casos a analizar nos centramos en tres por su mayor gravedad.

1º) En primer lugar, puede existir una dilación indebida en el procedimiento de autorización del internamiento, tanto en los ordinarios como en los urgentes³⁴⁰, o en el procedimiento de control judicial del internamiento, ya que, según la legislación española y la jurisprudencia europea, debe existir una revisión periódica del internamiento, en razón de que las causas que existían en su nacimiento pueden haber desaparecido. Hay que advertir que a este respecto la situación ha podido mejorar, pues según el antiguo artículo 211 CC el Juez había de requerir, de oficio, los informes a los facultativos sobre la necesidad de proseguir el internamiento y, en todo caso, cada seis meses, y, sin embargo, el nuevo artículo 763 LEC 1/2000 establece, como novedad, que en la misma sentencia se establece el deber de los facultativos de informar al Juez de la conveniencia o no de continuar el internamiento.

Sea como fuera y hasta el momento actual, y según el Informe de DEFENSOR DEL PUEBLO en 1991, entendemos que, de “la situación de abandono de las personas internadas, con base en resoluciones judiciales que no se revisan periódicamente, bien porque la información de los centros es inexistente o escueta, o bien porque no se produce ninguna reacción judicial ante ella”³⁴¹, puede nacer, con independencia de la posible responsabilidad médica-psiquiátrica³⁴², una responsabilidad civil del Juez ex artículo 411 LOPJ, siempre que

compañero de su madre. Éste privó de su filiación al menor al obtener la anulación de un reconocimiento falso que él había firmado con conocimiento.

³⁴⁰ Descrito en el artículo 763 LEC 1/2000, que establece que la ratificación de los internamientos urgentes ha de realizarse en el plazo máximo de 72 horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del Tribunal. Y en el punto 3 se establecen las garantías que han de adoptarse al respecto.

³⁴¹ INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO., *Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*. Informes, estudios y documentos, Madrid, 1991, p. 660, conclusión 5ª.

³⁴² Vid., CARRASCO GÓMEZ, JJ., *Responsabilidad médica y psiquiatría*, ed., Colex, 1998, sobre todo, p. 57, que resalta, en relación a la vulneración de los protocolos o guías clínicas, etc., como índice de la vulneración de la *lex artis ad hoc* para enjuiciar, a su vez, la culpa profesional, que en el campo concreto de la especialidad de psiquiatría, no existen reglas, guías ni normas concretas para la mayor parte de las actuaciones. La diversa formación, diversas escuelas, criterios de diagnóstico distintos, subjetividad de muchas de las decisiones, etc.,

hubiera existido negligencia inexcusable en la falta del control judicial del internamiento³⁴³, pues entre los deberes judiciales se encuentra evitar que el internamiento se prolongue indebidamente según los artículos precitados. Y como la Administración de Justicia responde civilmente de las actuaciones con culpa grave de los Jueces, aquélla también sería responsable *ex art. 296 LOPJ*³⁴⁴. E, incluso, aunque no hubiera culpa personal en el Juez, podría nacer una responsabilidad civil de la Administración de Justicia por funcionamiento anormal *ex artículo 292 LOPJ*, si la falta del control judicial de los internamientos se debe a “defectos de estructura de organización judicial”, tales como falta de medios materiales y personales en los Juzgados³⁴⁵, como lo ratifica, en su caso, la sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) de 25 de marzo de 1999 que concedió una indemnización por el daño

hacen mucho más difícil esta tarea que en otras especialidades. Y ello hace que la *lex artis ad hoc* de esta especialidad no esté definida en ningún lugar.

³⁴³ La responsabilidad civil del Juez se regula en el artículo 117 CE, y en los artículos 411 a 413 de la LOPJ que consagran su responsabilidad por culpa, habiéndose derogado los artículos 903-918 de la antigua LEC que, sin embargo, establecían una responsabilidad por culpa grave. Pues bien, hasta la promulgación de la nueva LEC 1/2000 la contradicción entre ambas normativas se salvó entendiendo que, a pesar de que la LOPJ decía que los Jueces responden por culpa (leve o grave), había que interpretar dicha ley en conexión con los artículos de la LEC, de modo que los Jueces sólo responden por culpa grave. Así lo refleja la STSJ de Cataluña de 25.3.1999 que estableció que “Para que un Juez o Magistrado incurra en responsabilidad civil es necesario la infracción manifiesta de una ley “rígida”, o faltar a algún trámite o solemnidad mandada observar bajo pena de nulidad. Es decir, requiere culpa grave”. Y si bien los artículos mencionados de la LEC están derogados, la doctrina entiende que la solución no cambia, pues de tal manera se defiende la independencia judicial, ya que según la sentencia más arriba citada: “no parece aconsejable que los titulares de los órganos jurisdiccionales ante el hecho de tener que resolver cuestiones muchas veces complejas, hayan de actuar con el temor de tener que afrontar una eventual demanda de responsabilidad, por entenderse que su actuación bordea cualquier límite de esta categoría jurídica vaga y difusa”. También, hay que recordar que la responsabilidad civil del Juez, a diferencia de los funcionarios públicos, es directa – vid. PUIG I FERRIOL, L., “Responsabilidad civil de jueces y magistrados”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. MORENO MARTÍNEZ) ed., Dykinson, Madrid, 2000, p. 470. Y para un análisis profundo de su responsabilidad civil, vid. ATIENZA NAVARRO, ML., *La responsabilidad civil del Juez*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

³⁴⁴ Como el resto de las Administraciones Públicas, la Administración de Justicia es responsable pues según el artículo 121 CE establece: “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”. Este precepto constitucional fue desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de 1 de julio de 1985. Esta norma recoge, de un lado, la responsabilidad civil directa del Estado por daños derivados de la Administración de Justicia (arts. 292 a 297), y, de otro, la responsabilidad civil personal de los Jueces y Magistrados (arts. 411-413). No obstante, estamos ante una responsabilidad más teórica que práctica, pues son escasas las demandas de responsabilidad civil de la Administración de Justicia y de Jueces y Magistrados por daños causados por su actuación, y de las escasas demandas muy pocas son condenatorias. Por ejemplo, desde 1881 hasta 1985 sólo hay 24 sentencias al respecto, y sólo 2 condenatorias.

³⁴⁵ La jurisprudencia española ha reconocido, que si la dilación se debe a “defectos de estructura de organización judicial”: falta de medios materiales y personales en los Juzgados, cambios de titular, etc, estamos ante un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, porque lo contrario sería incompatible con un Estado democrático de Derecho. Y así se reconoció por el Tribunal Constitucional en la STC 85/1990, en un asunto en que un Juzgado tardó un año en dictar sentencia acerca de un desahucio de arrendamiento, cuando el caso no era complejo y el plazo de prueba era de un mes y se debía dictar sentencia en cinco días desde la celebración de la vista. Y se demostró que la causa de la demora fue la falta de organización de los Juzgados de San Feliu de Llobregat, pues constan los cambios de titular, habiendo intervenido sucesivamente en el proceso

moral que había sufrido un presunto incapaz por haber esperado un año y ocho meses a que se resolviese sobre la legalidad de su internamiento³⁴⁶, y apoyándose en el artículo artículo 41 del Convenio.

Y si bien, con el nuevo artículo 763 LEC los supuestos de responsabilidad judicial se van a ver reducidos por el deber legal de los facultativos de informar al Juez, entendemos que puede surgir la responsabilidad personal del Juez si existe por su parte una despreocupación por las garantías de respeto de los derechos fundamentales, y por los requisitos y el procedimiento a seguir en la limitación de estos derechos cuando ello se hace inevitable (por ejemplo, medidas de aislamiento, restricciones de libertades de carácter extraordinario, limitación de las relaciones interpersonales, retención del correo, etc.)³⁴⁷. Pues, entre los

tres jueces.

³⁴⁶ TEDH 1999, 12. Caso de ciudadano polaco contra la República de Polonia presentada ante la Comisión el 10 de enero de 1994 por dilaciones injustificadas en procedimiento de control judicial en la legalidad de la medida de detención e internamiento del recurrente en un hospital psiquiátrico.

Esta sentencia resolvió el supuesto de la solicitud del señor Musial de su puesta en libertad del Hospital psiquiátrico donde estaba internado y de someterse para su examen de salud a los psiquiatras de la Universidad de Cracovia, a lo que accedió, mediante sentencia de 26 de abril de 1993, el Tribunal regional, aunque el historial médico les fue enviado cinco meses más tarde, el 22 de septiembre de 1993. El demandante fue admitido en un hospital universitario y tras su examen, que duró cinco días, salió el 4 de febrero de 1994; sin embargo, a los médicos, les hicieron falta diez meses para establecer su diagnóstico, el 15 de diciembre de 1994, que se cifraba en que los motivos que habían justificado su internamiento psiquiátrico persistían. Por lo que, finalmente, sobre dicha base el Tribunal regional decidió en 1995 mantener detenido al demandante. Al respecto el TEDH resolvió que se había producido la vulneración del artículo 5.4 del Convenio pues, siguiendo los principios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, un enfermo psíquico que sea internado a la fuerza en un establecimiento psiquiátrico durante un período largo o indeterminado tiene derecho a que un órgano judicial se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención ya que los motivos que justificaban el internamiento en un principio pueden dejar de existir - *Ap.43. Cfr. Sentencias Luberti contra Italia de 23 de febrero de 1984, serie A, núm. 75, p.15, ap.31; Megyeri contra Alemania de 12 de mayo de 1992, serie A, núm., 237, págs 11-12, ap.22-. y además el internado tiene el derecho a obtener, en un breve plazo a contar desde la presentación del recurso, una decisión judicial relativa a la legalidad de su detención y que ponga fin a su privación de libertad si se considera ilegal - Ap.43. Cfr. Sentencia Van der Leer contra Países Bajos de 21 de febrero de 1990, serie A, núm. 170, p. 14, ap. 35-. Por lo que aplicando tal jurisprudencia al caso visto se resolvió que el plazo de un año y ocho meses que tardó el Tribunal en pronunciarse es incompatible con la noción de breve plazo del artículo 5.4 del Convenio. Ahora bien, no sólo se constató dicha vulneración sino que se le concedió una indemnización por parte del Estado de Polonia por el daño moral que sufrió el interno, pues se reconoció que el interesado había sufrido un daño de tal carácter debido a la duración del proceso con el que buscaba poner fin a su internamiento. Por el contrario (ap. 55), no se le concedió la indemnización por el daño material pues no se demostró la relación de causalidad entre la violación del Convenio y el lucro cesante que decía haber sufrido el demandante tras el cierre de su empresa, y la pérdida de oportunidades resultante, en su opinión, de su arresto en 1986 y de su posterior internamiento en un hospital psiquiátrico.*

³⁴⁷ INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO., *La situación jurídica del enfermo mental en España*, ob, cit. “...resultaría conveniente que la ley previera expresamente algún mecanismo de control de ciertos tratamientos psiquiátricos especialmente agresivos, como pueden ser la psicocirugía, el electrochoque, o la administración prolongada de algunos psicofármacos. Entre dichos mecanismos pudieran encontrarse la constancia documental expresa de su prescripción médica, requisito éste que venía exigido en el Decreto de 1931, el consentimiento expreso del paciente o de su representante legal, y la correspondiente comunicación al juez competente, dada la especial situación que caracteriza al enfermo sobre el que el tratamiento recae. El silencio de la ley sobre esta

deberes judiciales, no sólo se encuentra evitar que el internamiento se prolongue indebidamente, sino también, asegurar que las condiciones en que dicha privación de libertad se desarrolla sean adecuadas a la libertad personal; y, por eso el Juez dispone de facultades para controlar dicho respeto, pues el artículo 763 LEC faculta al Juez para requerir los informes oportunos al Hospital (además de los informes acerca de la conveniencia de su continuación) cuando lo crea conveniente³⁴⁸. De modo que, de igual modo, nacería la responsabilidad civil judicial directa y por culpa grave del Juez y, en su caso, por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

IIº) En segundo lugar, nos encontramos con los casos de internamientos involuntarios irregulares de un enfermo psíquico, cuando, por ejemplo, no se cumplen las garantías previstas en el artículo 763 LEC, sobre todo, que el incapaz deberá de ser oído y examinado por el propio Juez. En estos casos, entendemos que pueden nacer las mismas responsabilidades que en el caso anterior, pues la vulneración de la audiencia del presunto incapaz, y con independencia de que el internamiento sea o no, al final, objetivamente adecuado a la salud del paciente, ¿no genera un daño moral en el derecho a la dignidad del mismo?. Pero asimismo, y si finalmente dicho internamiento no fue objetivamente adecuado entendemos que puede nacer una responsabilidad civil de la Administración de justicia por la aplicación analógica del artículo 294 LOPJ que regula la prisión provisional indebida³⁴⁹.

cuestión sólo puede traer consecuencias desfavorables para el enfermo mental. En cuanto a otras medidas cuya efectiva adopción ha podido constatare durante las visitas, tales como el empleo de las denominadas camisas de fuerza, habitaciones calificadas como de aislamiento, o el empleo de medios mecánicos de sujeción de los enfermos, cabe advertir, desde esta institución, que su utilización sólo excepcionalmente podría ser admitida para el caso en que la ciencia médica no proporcionara otros mecanismos de naturaleza farmacológica, para paliar posibles comportamientos agresivos de los enfermos. Y aún así, si médicamente se considera que no hay alternativa alguna a su aplicación, en los términos expuestos, también respecto de estos supuestos se requeriría, a juicio de esta institución, una comunicación al Juez competente de los supuestos concretos en que se aplican, con constancia documental de su prescripción médica, debiendo, en todo momento respetarse la dignidad de la persona en su aplicación. De otra parte, la justificación de estas medidas nunca podrá estar basada en razones tales como la carencia de personal o la distorsión en la organización del centro”.

En realidad, tras una amplia visita a múltiples Hospitales en 1990 se pudo comprobar, por poner algunos ejemplos, que los supuestos más asiduos eran la reclusión de los enfermos en cuartos de aislamiento en condiciones inhumanas, sin ventanas y sólo con una cama y un receptáculo metálico en el Hospital Psiquiátrico Provincial del Puerto de Santa María en Cádiz; o pacientes atados a una cama como en el Hospital Psiquiátrico de Palma de Mallorca, en la Unidad Psiquiátrica del Hospital Bellvitge de Llobregat, o en el Hospital Psiquiátrico de Toén en Orense.

³⁴⁸ AZNAR LÓPEZ, M., *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales, y sociosanitarios*, ed., Comares, Granada, 2000.

³⁴⁹ La prisión provisional indebida es un tipo especial de error judicial, pues es un error patente y grave que una persona esté en prisión preventiva por un delito que luego se demuestra que no existió. Sus presupuestos son uno formal (sentencia absolutoria) , y otro material (inexistencia del hecho imputado error, y a partir de una

IIIº) Y, en tercer lugar, entendemos que puede existir una responsabilidad civil de la Administración Pública *ex* artículo 139 y siguientes de la LRJA-PAC de 1992, por falta de centros adecuados donde internar a un presunto incapaz cuando existe un auto de internamiento. En concreto, puede darse el caso de que el Juez dicte un auto de internamiento respecto a un sujeto enfermo psíquico, pero luego no haya centros adecuados donde ingresarle, sobre todo a raíz de los efectos que ha producido la Reforma psiquiátrica en España con su efecto deshospitalizador, pero sin crear los entes intermedios previstos por la Ley, tales como centros de día, comunidades terapéicas, etc., que trataremos en el capítulo cuarto y a ello nos remitimos³⁵⁰. Y la falta de centros adecuados se pone de manifiesto, sobre todo, en los casos de multipatologías, como los sujetos drogadictos que padezcan, a la vez, una esquizofrenia, y en los supuestos de la anorexia³⁵¹.

De modo que, a nuestro juicio, si el enfermo psíquico sufre un daño tanto material, agravación de su enfermedad, como moral, en su dignidad, como consecuencia de que lo dejen sin tratamiento, como si, en el caso de que haya cometido un delito, permanezca en un establecimiento psiquiátrico no apropiado para su curación: ¿no sería responsable de tales daños la Administración por un funcionamiento anormal de la misma?.

Así parece desprenderse de una resolución de TEDH al respecto en el caso *Aerts contra Bélgica* por una detención provisional por tiempo excesivo en una unidad psiquiátrica de un centro penitenciario en espera del traslado a un centro social asignado por el Juez, lo que no se produjo debido a la falta de capacidad del mismo³⁵². En este caso, aunque el

STS 22.1.1999 también el hecho de que la persona no participó en los hechos). Y la cuantía habrá de determinarse en función del tiempo de privación de libertad y las consecuencias familiares y personales.

³⁵⁰ Vid. *Infra*. II.2.A.c.a'.b'' del capítulo cuarto.

³⁵¹ Se denuncia por diferentes instancias el que los jóvenes que padecen anorexia se traten en la Unidad de Agudos de Salud Mental de los Hospitales generales, totalmente inadecuada para dichas pacientes, además de padecer de sobrecapacidad y falta de medios –El Ideal, 14 de Julio de 2002, que trata del suicidio de una joven anoréxica al precipitarse por una ventana–.

³⁵² TEDH 1998, 32. Sentencia de 30.7.1998, núm. 854/1997. Demanda de un ciudadano belga contra el Reino de Bélgica por violación de los arts. 3,5,1,5.3 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En resumen, el demandante fue arrestado en 1992 por propinar una paliza a su ex –esposa con ayuda de un martillo, y puesto en detención preventiva, en primer lugar en una celda doble. Posteriormente, en enero de 1993, la Sala del Consejo del Tribunal de Primera Instancia de Lieja dictó una orden de internamiento contra el demandante basada en el artículo 7 de la Ley de “defensa social” de 1964, pues se constató por la misma que el acusado cometió los hechos en un estado de grave desequilibrio mental que le volvía incapaz de controlar sus acciones. Además decidió que, a la espera del internamiento en un establecimiento a designar por la Comisión de Defensa social, el señor Aerts estaría provisionalmente detenido en el anexo psiquiátrico del establecimiento penitenciario de Lantin. El 10 de marzo de 1993 un médico dirigió a la Comisión un informe en el que se

Tribunal de 1ª Instancia de Lieja admitió la responsabilidad civil estatal, dicha resolución fue anulada en mayo de 1993 por el Tribunal de apelación que arguyó que la ejecución de las decisiones de las comisiones de defensa social de que el demandante permaneciera en el anexo psiquiátrico constituía un acto de naturaleza administrativa que escapaba a la competencia de las jurisdicciones de orden judicial³⁵³. Sin embargo, finalmente el TEDH resolvió que se violó el derecho a la libertad personal y seguridad del demandante consagrado en el artículo 5.1.e del Convenio que exige proteger al individuo de la arbitrariedad³⁵⁴ y que exista cierto vínculo entre, por un lado, el motivo indicado para la privación de libertad autorizada, y por otro, el lugar y régimen de detención, esto es, la detención sólo será regular si se realiza en un hospital, una clínica o en otro establecimiento apropiado³⁵⁵. Y en este supuesto, en concreto, se rompió dicho vínculo pues se había demostrado suficientemente que el anexo psiquiátrico de Lantin no podría considerarse un establecimiento apropiado para la detención de desequilibrados, al no beneficiarse de un seguimiento médico, ni de un entorno terapéutico³⁵⁶. A consecuencia de lo dicho el Tribunal accedió a la indemnización del daño moral que había sufrido el demandante, sobre la base del artículo 50 del Convenio que otorga

constataba el estado límite y de gran ansiedad que sufría el enfermo, por su condición de toxicómano y prácticas sadomasoquistas que practicaba con anterioridad a su internamiento, y urgía el abandono del anexo psiquiátrico. Y, aunque el 22 de marzo de 1993 la Comisión designó el establecimiento de defensa de Paifve como lugar de internamiento, el mismo demandante formuló demanda de volver a casa de su abuelo lo que se denegó por la Comisión, trasladándose, finalmente al demandante a dicho centro el 27 de octubre de 1993. En noviembre de 1993 se decidió liberar por la Comisión pues había experimentado un mejoría y se comprometía a someterse a tutela médica y social, aunque debido a su empeoramiento y por constituir un peligro para la sociedad, la Comisión ordenó en 1996, de nuevo, su ingreso en el establecimiento de defensa social de Paifve.

³⁵³ Y que en tal caso la Administración no había incurrido en una vía de hecho susceptible de sanción, pues la oportunidad de la elección de mantener al enfermo en el anexo psiquiátrico, que se basó en la inseguridad y en la superpoblación y desorden que imperaba en el centro social de Paifve –vid las actas de visita al lugar e interrogatorio a los ocupantes y de interrogatorio al médico-psiquiatra en puntos 23 y 24 de la sentencia-, escapa al control del poder judicial. Por último, el Tribunal de Casación ante el que apeló el demandante desestimó, también, la demanda.

³⁵⁴ Cfr. Sentencias Winterwerp contra Países Bajos de 24 de octubre de 1979, serie A, núm.33, pág.17-18, ap.39.; y Bizzotto contra Grecia de 15 de noviembre de 1996, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-V, pág. 1738, ap. 31.

³⁵⁵ Cfr. Sentencia Ashingdane contra el Reino Unido de 28 de mayo de 1985, serie A núm. 93, pg.21, ap.44. Además, ap.48 de la sentencia Aers contra Bélgica se afirma que el Tribunal constata que ninguna disposición legal ni ningún otro texto precisan la duración de la detención provisional a espera de un traslado. No obstante, le incumbe examinar si, teniendo en cuenta la finalidad de la decisión de internamiento, el mantenimiento de la detención provisional durante tanto tiempo, puede considerarse regular.

³⁵⁶ Aunque el TEDH resolvió que no hubo vulneración del artículo 3 del Convenio, esto es, no hubo trato inhumano o degradante pues estimó que no superó el umbral mínimo de severidad que es, por otra parte de naturaleza relativa que depende de las circunstancias concurrentes en cada caso- Ap.64-; sin embargo hubo una opinión disidente al respecto que se cifraba en que “se puede hablar de trato inhumano cuando la detención es la causa del mal estado de salud (informe de la Comisión 79). .

la facultad de pedir una indemnización de equidad al respecto³⁵⁷, pues éste acreditó un daño moral causado por los sufrimientos derivados de su detención en el anexo psiquiátrico, a causa de que durante su estancia estuvo literalmente abandonado a su suerte, y en unas condiciones de detención deplorables.

Por consiguiente, aunque en nuestro país no hay legislación específica al respecto³⁵⁸, entendemos que la Administración Pública es responsable por el daño moral derivado de un funcionamiento anormal de la asistencia psiquiátrica y de los servicios extrahospitalarios, pues se considera que la Administración Pública es la encargada de la planificación correcta de la asistencia sanitaria pública, y vienen obligadas a hacer disponible los medios necesarios para llevarla a efecto sin riesgo. De modo que el mal funcionamiento de un servicio, la falta de funcionamiento o la demora en la prestación del mismo son causas factibles de daños cometidos por la Administración³⁵⁹. Y es pacífico que lo sería según la normativa administrativa, que hace responder tanto por funcionamiento normal como anormal³⁶⁰, y

³⁵⁷ Artículo 50: “Si la decisión del Tribunal declara que una reclusión tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del Convenio, y si el derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución a medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada”. En concreto se le concedieron al demandante 50.000 FB.

³⁵⁸ Frente a la previsión de otros países de nuestro entorno como la Ley belga de 13 de marzo de 1973 sobre la detención preventiva ineficaz que da derecho a una indemnización calculada en función del número de días de detención padecidos.

³⁵⁹ CARRASCO GÓMEZ, J., *Responsabilidad médica y psiquiatría*, ob, cit, pp.63 y 120, por ejemplo, respecto a la atención extrahospitalaria o especializada este autor pone de manifiesto que la institución sanitaria pública es responsable de la seguridad y vigilancia de los enfermos psíquicos atendidos en las Unidades de Rehabilitación, Hospitales de noche, en el Hospital de día, etc.. Y si por ejemplo un enfermo atendido en la Unidad de Rehabilitación que debe permanecer abierta para facilitar la reinserción de los pacientes sufre un daño o lo causa puede nacer una responsabilidad civil de la Administración por dichos daños.

³⁶⁰ En resumen, las notas definitorias de la Administración residen en que: en primer lugar, es una responsabilidad civil directa, de forma que los perjudicados no podrán demandar al personal que se encuentre al servicio de la propia Administración, aunque luego la Administración estará obligada a repetir frente al funcionario si hubiera cometido culpa grave (art.145 LRJAE); y en segundo lugar, que es una responsabilidad civil objetiva, en el sentido de que se produce independientemente de que exista una conducta culpable generadora del daño, a excepción de que se deba a fuerza mayor –GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, TR., *Curso de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1998, p. 369-. Si bien, hay que matizar al respecto, por un lado, que el artículo 141.1 de la LRJAE modificada por la Ley 4/1999 introduce cierto eclecticismo (al afirmar que no serán indemnizables los daños derivados de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos), por lo que supone una clara reducción del ámbito de aplicación de la responsabilidad por funcionamiento normal y una *primera quiebra de la tan defendida responsabilidad objetiva de la Administración* –vid. CUETO PÉREZ, M., “Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la reforma de la Ley 30/92”, *RAP*, 2000, nº. 152, pp. 269 y ss-. Y, por otro, que hay autores que critican la responsabilidad de la Administración por funcionamiento normal pues entienden que “obedece a otras pautas más cercanas a la asistencia social y que, por consiguiente tendría en los límites del Estado social su propia

siendo competente la Jurisdicción contencioso-administrativa, tras la unidad de jurisdicción completada por el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio de Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), y el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 modificada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio (LOPJ).

En definitiva, antes estos daños morales padecidos por los enfermos psíquicos proponemos tener en cuenta como modelo de la indemnización punitiva a la CARTA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES de Québec en que la función de la pena privada de la responsabilidad civil está oficializada³⁶¹.

b') Propuesta de solución: la oficialización de la pena privada en la indemnización de daños morales por el ataque a bienes de la personalidad de especial importancia.

En concreto, el artículo 49.2 de la CARTA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES de Québec autoriza explícitamente al Tribunal que conoce de una acción de reparación a condenar al autor de un daño a los derechos de la persona a los daños e intereses punitivos. Esta previsión legal tiene como ventaja aplicar el principio de la reparación *plafonnée* del perjuicio extrapatrimonial, evitando la exageración y la incoherencia, pues los Jueces y Tribunales no tienen la necesidad de camuflar bajo un pretendido daño moral lo que, en realidad, es una sanción de una culpa grave³⁶².

limitación económica y legal, y que sólo por un ambiguo y quizá no suficientemente debatido convencionalismo cabría ubicar en el concreto tema de la responsabilidad" –vid. PANTELEÓN PRIETO, F., "Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen jurídico de responsabilidad patrimonial y de las Administraciones Públicas", *DA*, 1994, nº. 237-238, pp. 239 y ss, y " Responsabilidad patrimonial de las las Administraciones Públicas: sobre la Jurisdicción competente, en *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuadernos de Derecho judicial, ed., CGPJ, 1997, pp. 13-23. En realidad, hay que reconocer que de un análisis de la casuística se extrae que los Tribunales resuelven como si la referencia al funcionamiento normal de los servicios públicos no existiera, buscando siempre un signo de mal funcionamiento en el servicio como criterio con el que justificar la condena civil de la Administración –vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, p. 338-

³⁶¹ PERRET, L., "De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec", *RGD*, 1981, p. 131. La carta es profundamente humanista.

³⁶² Vid. "Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., c. C-12), en *Code Civil du Québec*, édition critique, 2002-2003, 10 éd (BRISSE, J-M./ KAISER, N), édition. Yvon Blais, pp. 1619-1645.

El método de cálculo de la pena punitiva se basa en unos criterios eficaces y justos, pues ninguna pena debe ser más estricta de lo que sea necesario, tanto respecto de la culpa lucrativa, como de la no lucrativa en la que tienen en cuenta la situación financiera de las partes y más particularmente la capacidad de pagar del demandado -ref. Genest c. Société de Courtage Immobilier du Trost General Inc. J.E, 84-992, (C.S), en CARVAL, S., ob, cit, np. 68, p. 68, que trataba de la utilización ilícita con fines publicitarios de un nombre de un particular por una sociedad de Corretaje inmobiliaria, y el Tribunal afirmó que, debido a la importancia financiera de la

De su regulación destacamos los requisitos que se exigen para su aplicación: en primer lugar, la ilicitud como atentado a los derechos de la persona, siempre que se acompañe de una violación a la obligación general de prudencia o de diligencia, o si constituye un abuso del derecho. Y en relación a nuestro supuesto en estudio: ¿no es un atentado a la dignidad de la persona lo que se desprende de los supuestos apuntados?. En segundo lugar, exigen la intencionalidad del acto, aunque la doctrina y la jurisprudencia del país interpretan extensamente este requisito y subsumen en el mismo, además del dolo, la culpa grave, y el daño no querido por el demandado pero que haya hecho prueba de un descuido temerario a la seguridad de otro, habiendo actuado con la conciencia de que de modo extremadamente probable se desencadenarían consecuencias dañosas³⁶³. Y, ¿no es dicho descuido a la seguridad de otros lo que se desprende de los casos apuntados en el apartado anterior?.

Más allá, la jurisprudencia de Québec ha llegado a aplicar la función penal utilizando la ficción de presumir la culpa intencional, tanto de la mala fe de un acto³⁶⁴; como de la *constatación objetiva de la importancia del deber infringido*; y, ¿no son deberes objetivamente relevantes los que protegen de las dilaciones indebidas o demoras en las visitas preceptivas del Juez en los internamientos involuntarios de enfermos psíquicos; o de internamientos en centros inadecuados, o de decisiones negligentes respecto, por ejemplo, al acogimiento adecuado para la situación en concreto de un menor desamparado o en situación de riesgo, etc.,?³⁶⁵.

En definitiva, la propuesta de oficialización de la función de pena privada de la responsabilidad civil para los daños morales, que defendemos desde ahora, es necesaria para

operación, si la suma fuera inferior a una determinada cuantía sería una invitación para otros organismos a vulnerar los derechos de la Carta -.

³⁶³ Ref. West Island Teacher's Association c. Nautel (1988). RJQ, 1569, (C.A), en CARVAL, S., ob, cit, p. 65.

³⁶⁴ Ref. Rashid c. Leabroode Manufacturing, Inc. Et Lipsz (1986), RRA, 613 (S), en CARVAL, S., ob, cit, np. 58, p. 65. En un asunto de ataque a la reputación, el juez declaró que el acto del demandado debía ser calificado de intencional pero que consistía en una culpa grave generadora del daño y que había mala fe.

³⁶⁵ Por otra parte, SALAS MURILLO, S. DE, ob, cit, ha entendido que la omisión negligente del Ministerio Fiscal en la promoción de la incapacitación, o la omisión negligente del Juez de dar parte al Ministerio Fiscal de la posible causa de incapacitación de un sujeto, daría lugar, tanto a su responsabilidad personal subjetiva (del MF ex art. 60 EOMF, y la del Juez ex art. 411 y ss LOPJ por culpa grave o negligencia inexcusable), como, también, a la responsabilidad estatal por *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia* ex art. 292 LOPJ. Y en igual sentido lo refiere al deber de promoción de la tutela por el MF, y la del Juez de promoverla incluso de oficio –ref. LETE DEL RÍO, JM., “Artículos 199 a 214”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, IV, 2ª, ed., Edersa, Madrid, 1985, p. 286-.

no amenazar la construcción jurídico-teórica de dicha institución. Esta propuesta la ha lanzado la doctrina francesa, poniendo el énfasis en la exigencia de la debatida imputabilidad del agente del daño, esto es, estar en condiciones en el momento de cometer el acto de apreciar sus circunstancias³⁶⁶. Incluso, el legislador francés ha regulado, de modo excepcional, la multa privada en materia de protección de la personalidad en el artículo 9 del Code, y los artículos 808 y 809 del Código procesal, pues permiten a los magistrados evitar, por medidas preventivas, que los atentados a los derechos de la personalidad produzcan sus efectos dañosos³⁶⁷.

No obstante, aún entendiendo que, *de lege ferenda*, para la indemnización de los daños morales que sufran los enfermos psíquicos por la infracción de deberes jurídicos de relevancia estaría justificada la indemnización punitiva oficializada en un texto legal, el problema de orden práctico es que nadie demanda la indemnización de tales daños, ni la Administración judicial, lógicamente al ser juez y parte, ni la víctima que está desamparada, ni los familiares. De manera que sería interesante arbitrar un órgano independiente o una Comisión creada al efecto para que representara a estas víctimas, como existe en la Carta mencionada, la “Comisión de los derechos de la persona”³⁶⁸.

Por último, y hasta que se produzca dicha oficialización, *de lege data* sería interesante que los Tribunales españoles aplicaran, como están haciendo los franceses, las llamadas “condenas simbólicas” a los Jueces por daños no realizados por culpa grave, pues son de los que, según hemos visto, no responden civilmente según la legislación española actual. Y esto en razón de que esta condena es propicia para los casos de daños morales puros sin

³⁶⁶ CARVAL, S., ob, cit, p. 337. Fue una cuestión de sentido común el que la Corte de Casación –Civ, 1ère, 9 nov 1983, 1 ère espèce D. 1984, 139, note Derrida- ante la condena de un dirigente social a un *faillite personnelle* (quiebra), se pronunciara en el sentido de que tratándose de una sanción punitiva no podía aplicarse a persona privada de discernimiento. No obstante, la jurisprudencia no es sistemática pues no exige la imputabilidad en otros casos como en la sentencia en que se afirmó que la víctima de un accidente de circulación podía verse reprochar una falta excusable aún cuando estuviera afectada de un problema mental – Civ. 2ème, 7 juin 1989, D. 1989, 559, note, J.L. Aubert -

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 39-40. Y como tales textos no dan una lista *numerus clausus* los jueces dan rienda suelta a su imaginación, y sentado que, por ejemplo, la condena a la retirada de los ejemplares donde se ha difamado a una víctima depende de la buena voluntad del demandado, se estima que el solo remedio para la colaboración de éste es asignar a la condena amenazas tales como el recurso a la multa, lo que los países anglosajones califican de *contempt of court*, que se fija a tanto por día de retardo y se incrementa conforme pasa el tiempo, por lo que tiene un gran efecto disuasorio.

repercusión económica, como los que sufren los colectivos mencionados, ya que sirven al interés general, reafirman la autoridad de la norma, y tiene como finalidad mostrar al demandado que no podrá repetirlo impunemente³⁶⁹. Y, además, los Jueces deberían presumir el daño moral en caso de que se produzcan los ataques mencionados, análogamente al criterio jurisprudencial de la presunción del daño moral derivado de los daños corporales.

4.- REFLEXIÓN FINAL ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Una vez expuestas las tres teorías acerca de la función de la responsabilidad civil, nos pronunciamos a favor de una teoría “eclectica o intermedia”: que la función reparadora del instituto jurídico de la responsabilidad civil tiene un mínimo, la función compensatoria, y un máximo, la de desagravio o satisfacción, dependiendo de la situación en concreto y el tipo de lesión de que se trate, con el matiz que hemos apuntado en el epígrafe anterior respecto a la posible función penal de la responsabilidad penal en algunos supuestos concretos de daños morales. Pues es coherente con nuestro postulado de que la función práctico-social de esta institución ha de tener presente el carácter injusto del daño. Y aunque la función de satisfacción se hace más evidente en la responsabilidad civil *ex delicto* que en la extracontractual, la dificultad se supera si no olvidamos que la responsabilidad civil extracontractual es una respuesta a un daño “injusto”, y no es un sustituto de los mecanismos colectivos de reparación de daños, más eficaces que nuestra institución en lo que a la función meramente compensatoria se refiere.

Por otra parte, esta tesis nos llevaría a revalorar la reparación *in natura* como modo de resarcir el daño, lo que juzgamos de gran utilidad para el menor de edad, en la medida en que puede servir a los fines de la nueva LORPM 2000 de naturaleza no penal –sancionadora educadora. En razón, de que la función de satisfacción otorga preferencia, siempre que sea

³⁶⁸ Los artículos 57 y siguientes de la Carta regulan la composición y funciones de la “Comisión de los derechos de la persona” que tiene por función mediar en la búsqueda de un acuerdo, dando la posibilidad a la víctima que no acciona por miedo, represalias, etc, a que dicha Comisión le represente.

³⁶⁹ En igual sentido, Gaz. Pal. 1987, III, Doctr, 685; Gaz. Pal, 1988, I, doct, 203. En el que, a propósito de la emisión radiofónica por un político de ideas rascistas se le condenó al pago simbólico de un franco, y a que emitiera la orden -cfr. CREMIEUX., “Réflexion sur la peine privée moderne”, *Etudes Kayser*, 1979, t.1, pp. 261 y ss.

posible, a la reparación específica, y valora jurídicamente el daño teniendo en cuenta, sobre todo, su extensión y las circunstancias, tanto personales del sujeto, ¿por qué no su minoría de edad?, como las patrimoniales, ¿por qué no su insolvencia?. Más allá, sobre la base de la debida coordinación de las normativas penal y civil de la responsabilidad civil lo dicho sería aplicable, tanto en el caso en que el menor cometa un ilícito civil, como un ilícito penal; cuando, además, se pueden apoyar otros aspectos que propicia el Ordenamiento jurídico civil, como la protección y dignidad del menor. Y en ciertos casos se podría predicar de los enfermos y deficientes psíquicos.

Tras todo lo que se ha dicho hasta ahora, y en la medida en que son útiles las generalizaciones, se puede afirmar que la función primaria de la responsabilidad civil extracontractual es la reparadora, que a veces es meramente compensatoria y otras de desagravio; y la función secundaria es la preventiva. Sin embargo, en las Ciencias sociales y jurídicas las generalizaciones, a diferencia de las Ciencias de la naturaleza, solo tienen sentido en contacto con la realidad a la que sirve; pues de lo contrario, pueden esterilizar su puesta en práctica por los Tribunales. En consecuencia, creemos que la propia flexibilidad de la que el legislador dotó a la responsabilidad civil le ha permitido traer a un primer plano, en los casos en los que ha estimado justo por las características de la lesión jurídica y del daño, la función preventiva, y para ello se ha servido de los diferentes “criterios de justicia de imputación”. Es decir, puede ser justo que en determinados tipos de daño la función práctico-social de la responsabilidad civil sea preminentemente preventiva, y para ello el legislador se sirva del criterio de imputación subjetivo; y, sin embargo, en otros casos la función haya de ser preferentemente reparadora, sirviéndose, entonces, de un criterio independiente de la culpa. Esta aseveración la encontramos coherente, en realidad, con el hecho de que cada vez más autores reconocen que la responsabilidad civil ensancha de modo progresivo sus finalidades³⁷⁰, abarcando, hoy en día, por ejemplo, para los daños difusos o colectivos la legitimidad de su función preventiva³⁷¹.

³⁷⁰ FRANZONI, M., *Il Diritto Privato Oggi*, Ed., Giuffrè, Milano, 1996, p. 715, reconoce que la responsabilidad civil puede tener funciones más amplias que el resarcimiento de daño.

³⁷¹ THIBIERGE, C., “Libre propos sur l’évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)”, *RTDC*, n°3, juillet-sep. 1999, pp. 561 y ss. Esta autora plantea que, al igual que a finales del siglo XIX fue necesaria una flexibilización del régimen jurídico de la responsabilidad civil para dar entrada, junto a la responsabilidad por culpa, a la responsabilidad por riesgo y a la responsabilidad fundada en la garantía, a finales del siglo XX emergen daños desconocidos que requieren de una nueva flexibilización. En concreto, ante los nuevos daños llamados *graves et irréversibles*, verbigracia, daños

En definitiva, esta conclusión nos servirá de criterio en orden, por un lado, a constatar si el legislador de 1889 quería que la función que había de cumplir la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz era la misma, al igual que la responsabilidad civil de los padres del menor y la de los padres del incapaz, y por esta razón legisló un mismo criterio de imputación para dichas responsabilidades. Y, por otro, y *de lege ferenda*, a discernir, si hoy en día, la función que han de cumplir en nuestra sociedad es la misma o distinta, exigiendo una reforma de los criterios de imputación, o, por el contrario, su perpetuación.

ecológicos, tecnológicos o sanitarios susceptibles de ser riesgos globales o transnacionales, la doctrina francesa admite que se ha de ensanchar la función de la responsabilidad civil a la preventiva sin eliminar, por supuesto, la función propia resarcitoria; lo que ya ha tenido una consagración aislada en el derecho interno francés en materia medioambiental -ref. art. 1º, L, nº.95-101, du 2 févr.1995, relativa al reforzamiento de la protección del medio ambiente que enuncia el principio de precaución -.

En contra, CUPIS, A.DE, *El daño...*, ob, cit. p. 577. Lógicamente, desde el punto de vista de la víctima del daño no puede negarse que la prevención sea preferible a su represión, pero la misma es más problemática, pues una aplicación estricta de la prevención implicaría el riesgo de oprimir la libertad de los demás, por lo que el Derecho italiano termina por admitir solo los remedios preventivos que se contemplan expresamente en el Derecho positivo, verbigracia, la defensa de ciertos derechos de la personalidad –art. 7 y 10 CC-; la concurrencia de la competencia desleal; o la defensa de la servidumbre y la posesión –art. 1079 CC y 1170-. No obstante, parte de la doctrina más moderna llega a admitirla – Cfr. MONTESANO, L., “Sulle azione: contra la stampa lesiva della personalità”, *Dir. e Giur.* 1967, p. 140; y COVIELLO, L., *L’obbligazione negativa*. II. Napoli, 1934, p. 159.

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA GENERAL DEL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LA TEORÍA SUBJETIVA.

Los criterios de imputación son las “razones de justicia” de las que se sirve el legislador para justificar la imputación de un daño a una persona. Y a lo largo de la historia los criterios que, en esencia, han justificado la atribución del daño han sido dos: un criterio subjetivo, cuyo adalid es la culpa, y diferentes criterios objetivos asumidos por el criterio general del riesgo. Más allá, la elección de un determinado criterio de imputación por nuestro legislador implica una toma de posición a favor de unos determinados valores jurídicos, pues la responsabilidad civil es un concepto jurídico indeterminado, al basarse en el principio *alterum non laedere* que informa todo el Ordenamiento jurídico, de tal modo que dicha indeterminación va a hacer que la misma dependa directamente del conjunto de valores jurídicos de cualquier sociedad.

Y si ponemos en conexión la definición expuesta con los presupuestos jurídicos expuestos en el capítulo anterior, deducimos tres ideas marco, a ratificar a lo largo de este trabajo de investigación.

En primer lugar, si la *ratio* de la responsabilidad civil es el daño injusto, merced a que contempla el daño desde un punto de vista jurídico y no meramente económico o social como acometen los mecanismos colectivos de indemnización de daños, entendemos que la extensión de los criterios de imputación encuentran su límite en la amplitud de dicha *ratio*. En segundo lugar, si la función resarcitoria de la responsabilidad civil está dotada de gran flexibilidad, en orden a llevar a cabo las múltiples tareas que le son asignadas a la responsabilidad civil en el cuadro complejo de la sociedad actual, creemos que los criterios de imputación están al servicio de que en cada supuesto particular, y según los intereses en

conflicto, la responsabilidad civil cumpla una determinada función práctico-social. Y, en tercer lugar, si la responsabilidad civil es fuente de una obligación técnica pero, a su vez, reflejo del deber jurídico primario de no dañar a otro, lo único defendible es el fenómeno unitario resarcitorio de la responsabilidad civil contractual como extracontractual, pero no, de modo automático, la unidad de concepto de los criterios de imputación de ambas responsabilidades.

Estos tres postulados nos van a servir de guía para, después de indagar, a lo largo de los capítulos segundo y tercero, por un lado, en el estado de la cuestión, doctrinal y jurisprudencial, que existe acerca de los diferentes criterios de imputación y exoneración de responsabilidad civil admitidos por nuestro legislador; y, por otro, en las teorías doctrinales que los sostienen: subjetiva, cuasiobjetiva, y objetiva en el Derecho español, ofrecer nuestra visión acerca del criterio de imputación en la responsabilidad civil por hecho propio de los incapaces y de los menores de edad sometidos a patria potestad.

Pues si, de *lege data*, los criterios de imputación se desprenden del régimen de responsabilidad de cada caso particular, y de las condiciones relativas a la designación de la persona declarada responsable; sin embargo, entendemos que, tanto para una recta interpretación jurídica del criterio de imputación de la responsabilidad civil del incapaz y la del menor de edad, y la de las personas que ostentan su patria potestad, como para discernir si, de *lege ferenda*, es necesario un cambio de dicho régimen, es preciso un estudio más detenido, y desde un plano general, de los criterios de imputación en la responsabilidad civil. Y a esta finalidad corresponden el capítulo presente y el siguiente, cuya exposición la hemos estructurado siguiendo las teorías doctrinales que han nacido en torno al estudio de uno de los presupuestos más relevantes de la responsabilidad civil, el criterio de imputación, y, a su vez, como ayuda metodológica para estudiar, en concreto, como interpreta cada una de ellas la normativa jurídica que rige la responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor de edad, pues este tema es el eje de nuestro trabajo de investigación, si bien, con el propósito adicional de que dicho supuesto sea un elemento de análisis comparativo entre ambas responsabilidades.

Por último, estamos convencidos, parafraseando a ASCARELLI, que ninguna cuestión jurídica puede entenderse si no es en su devenir, en su perspectiva histórica, pues las instituciones jurídicas, cuyas normas jurídicas reguladoras leemos hoy, tienen sentido en cuanto son el punto de llegada de la solución de un problema, que se planteó anteriormente, y para el que ofrecen una solución abierta a las aportaciones de las experiencias futuras³⁷². Por consiguiente, y como tarea previa al estudio de las teorías doctrinales, creemos justificado abordar la evolución histórica de los criterios de justicia que han servido para imputar el daño causado por un menor de edad y por un incapaz; esto es, tanto en la responsabilidad civil por hecho propio de éstos, como en la responsabilidad civil por hecho ajeno de los padres del menor y de los guardadores del incapaz. Pues, en verdad, este estudio representa un válido punto de partida de una evolución que, como hemos apuntado, coge del pasado lo que le es útil, y tiene en cuenta el futuro para adaptarlo; máxime, cuando el significado de responsabilidad, y, por ende, de la culpa como presupuesto de aquélla, es máximo exponente de la aprehensión a los cambios históricos y sociales que sufren los conceptos jurídicos.

I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN LOS ARTÍCULOS 1902 Y 1903.2-3 CC.

Si la debida interpretación de los criterios de imputación que establecen los artículos 1902 y 1903 CC ha de tener en cuenta sus antecedentes históricos, es claro, por un lado, que el texto medieval de Las Partidas son la reproducción del Derecho romano casuístico, evolución que estudiaremos en el apartado 1; y que, en materia de delitos y cuasidelitos, la doctrina civil y penal han ido tan estrechamente unidas que sólo puede ser causa de confusión el no tener presentes los preceptos penales reguladores de la responsabilidad civil, lo que será objeto de estudio en el apartado 2.A. Y, de otro, que no hemos de olvidar el precedente inmediato de los preceptos civiles mencionados en el Proyecto isabelino del Código civil de 1851, y en su ascendencia francesa, que estudiaremos en el último apartado, 2.B.

³⁷² ASCARELLI, “Norma giuridica e realtà sociale”, en *Problemi giuridici*, I, Milán, 1959, p. 74.

1.- DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO COMÚN.

A.- La teoría general del criterio de imputación: el sentido del término “culpa”.

En virtud del dato histórico expuesto en el último epígrafe del capítulo anterior, que la reparación aparece considerada como una pena en los primeros tiempos en que la responsabilidad civil y penal estaban unidas, se puede afirmar, que en los sistemas primitivos y en el Derecho romano antiguo la regla general era la responsabilidad objetiva, y, por tanto, se admitía la responsabilidad civil de los infantes y de los enajenados³⁷³. Aunque, matiza ARANGIO RUIZ, en la responsabilidad contractual la culpa ya estaba presente en los sistemas primitivos, en el sentido de que se respondía por culpa en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, aunque fuera de dichos supuestos el criterio de imputación era el objetivo, ya que bastaba con considerar responsable al causante del daño por el hecho objetivo del nexo de causalidad entre éste y la conducta del sujeto³⁷⁴.

Si en el campo de la responsabilidad extracontractual es un dato pacífico que la culpa se afirma por primera vez en la época clásica del Derecho romano³⁷⁵, es preciso matizar que, a

³⁷³ Ref. BOYER, *Cours de droit romain*, 2e année, Toulouse, 1951-1952, en Gazzaniga, J.L., “Notes sur l’histoire de la faute?”, *Dr. Rev.franç.théor.jur.*, ed., PUF, 1re éd, 1987, np. 3, p. 19. En el origen, el Derecho romano no conocía más que el delito, y el delito privado se redimía con la venganza; de modo que el derecho de vengarse aparecía como una especie de derecho real de la víctima sobre la persona del culpable. Después, para limitar los efectos de tales acciones, se recurrió al talión que dulcificó en cierta manera el tema, y después a composiciones pecuniarias que son el resultado de convenciones entre las partes pero impuestas por el Estado. Entonces, en los primeros elementos del Derecho romano no es posible intuir ningún elemento subjetivo, sino solo la reparación de un daño, al igual que se constataba en todas las civilizaciones antiguas. En el mismo sentido, ref. IHERING, R.VON, *Études complémentaires de l’esprit du Droit Romain*, t.I, De la faute en Droit privé, trad. O. De Meulevaere, París, 1880, pp. 4-5, en López Sánchez, C, ob, cit, np. 7, p. 38.

³⁷⁴ Ref. ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano (ristampa della seconda edizione)*, Nápoles, 1958, p. 225 y ss, en Jordano Fraga, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit, p. 44.

³⁷⁵ Ref. IHERING, R.V., “De la faute en droit privé”, en *Études complémentaires de l’esprit du droit romain I*, ed., A. Marescq, París, 1880, p. 25, en Peña López, F., ob, cit, np. 11, p. 12.

Y para una visión de la división tradicional del estudio del Derecho romano, vid. ref. KASER, M., *Derecho Romano Privado*, traducido de la 5ª edición alemana por José Santacruz Tejeiro, ed., Reus, 1968, pp. 5-8; D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, pp. 8-12; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 6ª edición, Ariel, Barcelona, 1972, p. 41, en Gutiérrez Calles, J.L., *La guarda del enfermo mental: Deberes y responsabilidades*, tesis doctoral inédita, Córdoba, 2002, np. 13, p. 23, que afirma que la división tradicional comprende tres fases: 1ª) Una primera representada por el *ius civile*, elaborado por la jurisprudencia de los Pontífices y cuyo Derecho positivo se recoge en las XII Tablas que podríamos denominar preclásica. 2ª) Una segunda o clásica caracterizada por la elaboración legislativa que, partiendo de las antiguas bases, trata de adaptarlas a las finalidades de una sociedad más vasta y compleja. 3ª) Y la última fase o etapa postclásica se desarrolla a partir de la concesión por Caracalla de la ciudadanía romana a

nuestro juicio, existen dos teorías distintas acerca del sentido que tenía la culpa en este período histórico³⁷⁶; lo que va a ser una constante a lo largo de nuestra historia jurídica, pues se dice que, en todos los órdenes de investigación, ciertas ideas esenciales se resisten a la definición, y la culpa es una de ellas, al ser una noción esquivada y difícil de encerrar en una fórmula.

La primera teoría, por la influencia de la nueva concepción de la realidad de la Grecia clásica en la cultura romana clásica³⁷⁷, defiende que fue un logro de la primera jurisprudencia clásica el haber fijado el sentido técnico de culpa en la responsabilidad civil extracontractual, esto es, en el sentido psicológico de negligencia o descuido; incluso que la culpa extracontractual fue la antecesora de la contractual. En concreto, defienden que la culpa tenía en esta época el significado de criterio de imputación, al igual que lo era el dolo, argumentando que, para que existiera la responsabilidad civil, no era suficiente con que concurriera la *iniuria* y el *damnum*, sino que, además, aquélla debía desplegarse en dos vertientes: la objetiva, por cuanto el daño causado debía ser contrario a derecho, y la subjetiva, en el sentido de que ese daño tenía que haberse causado mediando la culpa del agente, como criterio moral del comportamiento. En tal momento la *iniuria* es asimilada a la culpa, oponiéndose, tanto al dolo que supone intención de dañar, como al *casus* o caso fortuito y fuerza mayor³⁷⁸.

En definitiva, entiende esta corriente que en la época clásica del Derecho romano la culpa es la falta que puede derivar de simple negligencia, en el sentido psicológico de no haber empleado aquella tensión de las facultades mentales que habían permitido prever el daño. En consecuencia, el enajenado como el niño de escasa edad son declarados irresponsables al no incurrir en culpabilidad como presupuesto básico de la responsabilidad

todos los súbditos del imperio y tiene lugar en pueblos distintos a aquéllos en que había florecido hasta entonces. La Compilación de Justiniano representa esta última etapa.

³⁷⁶ Pues hay que tener en cuenta que, “la historia del concepto de culpa en el Derecho romano constituye una de las materias más controvertidas en la doctrina romanística más reciente” –vid. TALAMANCA, M., Voz: “Colpa civile (storia)”, en *Enc.Dir.*, t. VII, ed., Giuffrè, Milano, 1969, p. 517-.

³⁷⁷ Ref. KUEBLER, B., “Les degrés de faute dans les systèmes juridiques de l’antiquité” (Trad. al francés de H. Mankiewicz), en *Introduction a l’étude du droit comparé*, t. I, ed., LGDJ, París, 1938, pp. 175-179, en Peña López, F., ob, cit, np. 9, p. 11.

³⁷⁸ Entre los defensores de esta teoría, vid. LÓPEZ JAOISTE, J.J., “El principio de responsabilidad civil,...”, ob.cit, p. 4296. En el mismo sentido, ref. ROSSI MASELLA, B.E., *La Lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el Derecho romano y su proyección en el Derecho civil uruguayo*, Montevideo, 1951, p. 303, en López Sánchez, C, ob, cit, np.9, p. 36; y GAZZANIGA, J.L, ob,cit, pp. 20-21.

civil³⁷⁹.

Por el contrario, una segunda teoría, que hacemos nuestra, defiende que en el Derecho romano clásico la culpa no tenía un sentido subjetivo, de modo absoluto, e incluso tampoco, en el período postclásico, como vamos a intentar exponer en lo que sigue:

Es constatable, que las figuras concretas del Derecho romano a partir de las que se desarrolló la jurisprudencia posterior en lo relativo a las obligaciones *ex delicto*, además del *furtum* y la *rapiña*, fueron, por un lado, la *iniura* o daño inferido injustamente a las personas, lesiones físicas o al honor, que requería para su aplicación una ofensa intencionada a la personalidad de otro³⁸⁰. Y, por otro, el *damnum iniura datum* en relación a cosas ajenas regulado en la *Lex Aquilia*³⁸¹, cuya *actio legis Aquiliae* exigía meramente tres requisitos: haber causado el perjuicio injustamente, contra *ius*; tener por causa un hecho y no una abstención; y que haya sido alcanzado directamente en la cosa. Eran los primeros fundamentos de un derecho nuevo³⁸². Y precisamente, el requisito de que se causara el daño “contra derecho” fue el que permitió el desarrollo relevante de la acción regulada en la *Lex Aquilia*, llegando a admitir los daños causados no estrictamente por la propia mano, sino también por omisión, como los no sufridos en la rigurosa materialidad corporal³⁸³. Incluso se

³⁷⁹ Esta teoría exigía, como primer requisito necesario para ser culpable, la capacidad de culpa (*capacitas iniuriae*) del autor del acto dañoso, lo que implicaba la exclusión de la responsabilidad de aquél que “*suae mentis non sit*”, es decir, en el Derecho romano, sólo el que puede discernir acerca de la *iniura* de un acto es capaz de cometer acciones culpables –Vid. PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 16-.

³⁸⁰ D. 47, 10, 15, 16; y D. 47,10,1,1 y 2. Se extendió desde la lesión corporal al agravio moral que comete *qui turpibus verbis utitur* a los ataques al honor, la reputación al honor o el pudor.

³⁸¹ RIPERT, G./ BOULANGER, J., *Traité de Droit civile, (d’après le traité de Planiol)*, t.II, Obligations, ed., LGDJ, 1957, np.1, p. 327. La *Lex Aquilia* es un plebiscito que se habría votado en el 287 AC cuando la secesión de la plebe para dar satisfacción a los ciudadanos que sufrían los daños causados por los patricios.

³⁸² D’ÓRS, A., “Génesis del sistema romano de las obligaciones”, en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, pp. 549 y ss y, MACQUERON, J., *Histoire des obligations. Le droit romain*, Aix –Province, 1971, p. 307. La ley Aquilia contiene tres capítulos, correspondientes a tres situaciones particulares: el ciudadano que mata a un esclavo o a un cuadrúpedo que vive en manada; el estipulante accesorio que condona la deuda al deudor en fraude de los derechos del acreedor; y el daño causado a un bien que pertenece a un ciudadano. Pues bien, el tercer capítulo es el que ha suscitado las mayores dificultades de interpretación, aunque la correcta es la antigua: “Si alguien causa un daño a otro, que sea condenado a entregar al propietario una suma de *airain* equivalente al valor del daño valorado en los treinta días siguientes.”

³⁸³ Ref. ALBANESSE., *Studi sulla legge Aquilia*, Palermo, 1950, pp. 12 y ss; y SCHIPANI., *Responsabilità ex lege Aquilia*, Torino, 1969, pp. 410 y ss, en López Jaoste, J.J., “El principio de responsabilidad civil...”, ob, cit. np. 12, p. 4925. En el mismo sentido, ref. MACQUERON, J., “Le rôle de la jurisprudence dans la création des actions en extension de la loi Aquilia”, en *Etudes d’histoire du droit dédiées à M. A. Dumas*, Aix –Province, 1950, pp. 193-212, en Gazzaniga, J.L., ob, cit, np. 7, p. 20, que nos explica que por la acción del pretor y de la jurisprudencia, a lo largo de la época clásica y del Bajo Imperio, transformaron poco a poco los casos

puede decir que esta acción fue el precedente de nuestra responsabilidad por culpa, merced a la *interpretatio* que recogió la glosa y la práctica ulterior hasta constituir la más significativa línea de continuidad con las modernas Codificaciones³⁸⁴.

Sobre la base del postulado expuesto, y del hecho de que la *Lex Aquilia* perteneciera a la época material del derecho del hombre que se limitaba a reaccionar contra el mal sufrido, sin preocuparse de si había culpa o no en sentido técnico, se deduce, con IHÉRING, que la culpa en esta época sólo significaba que el principio de la causalidad se encontraba atemperado por la noción nueva de ilícito, es decir, contrario a la regla objetiva de derecho³⁸⁵.

En concreto, y a nuestro juicio, tanto en el período preclásico como en el período clásico romano la culpa no es un criterio de imputación, sino que, antes al contrario, su concepto se tiñe de cierta ambigüedad, ya que se caracteriza por superponerse a otros dos conceptos: el de causalidad y el de la ilicitud. Y esto en razón de que los sustentadores de esta segunda teoría entienden a la culpa como la causa de un detrimento sufrido por el sujeto en cuestión; e incluso, como ilicitud, pues, como nos explica ARANGIO RUIZ, la palabra culpa se usaba en relación al ilícito civil, pero no para expresar una forma particular del mismo, sino para indicar en general la acción antijurídica³⁸⁶.

Más allá, hay doctrina que defiende que en la responsabilidad contractual del Derecho romano clásico la culpa en sentido técnico tampoco era un criterio de imputación, reduciéndose éstos, según BETTI, a los tres siguientes: 1) la responsabilidad objetiva por custodia; 2) una responsabilidad en la que el criterio de imputación se determina por la naturaleza típica de la relación obligatoria, esto es, se respondía del daño derivante de causas internas a su esfera de control; y, 3) la responsabilidad en las relaciones en las que tenía vigencia el principio de la buena fe, distinguiendo dentro de este último grupo, por un lado,

particulares en un principio general al extender su aplicación a los peregrinos y no solo a los propietarios de las cosas dañadas.

³⁸⁴ LÓPEZ JAOISTE, J.J., ob, cit, p. 4928. Aunque diferimos de sus conclusiones.

³⁸⁵ Ref. IHÉRING, R.V., *Pliniaux: Discours sur la culpa aquilienne dans les Annales de l'Université de Paris*, 1928, en Starck, K., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, París, 1947, p. 59.

³⁸⁶ ARANGIO –RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto romano*, ed., Jovene, Napoli, 1968, p. 381 y ss. En el mismo sentido, vid. ref. GIRAD., *Manuel élémentaire e droit romain*, 1 re éd., París, 1895; MC. CORMACK, G., “Aquilian Studies”, *Studia et documenta historiae et iuris*, t. XLI, 1975, pp. 1-78., en Gazzaniga, J.L., ob,cit, np. 3, p. 19.

las relaciones que daban lugar a acciones infamantes basadas sobre el elemento de la fiducia personal -tutela, mandato, depósito-, por lo que el deudor sólo respondía por dolo o *fraus* como violación del deber de fiducia cuyo criterio determinante que lo juzga no es la habilidad técnica, sino la lealtad; y, por otro lado, las que no daban lugar a dichas acciones infamantes³⁸⁷.

En conclusión, y retomando la responsabilidad extracontractual, la culpa técnica que aparece en la *Lex Aquilia* no es la negligencia actual, último estadio de la evolución, sino la exigencia mínima para atribuir a un sujeto las condiciones dañosas de un hecho, y no imputar a un acto humano los hechos de la naturaleza. Era una utilización de la culpa más aparente que real, y un sistema en que prevalece el nexo causal sobre la conducta del sujeto. Y esta afirmación la basamos en tres razones esenciales: I^a) En primer lugar, el que la imprudencia como criterio de imputación fuera una noción poco conocida, merced a que ésta supone un estadio social evolucionado, una vida pública de cierta densidad, e implica un espíritu de solidaridad entre los miembros de las sociedades, traduciéndose por el deber de tomar las medidas necesarias para evitar dañar a los otros por su actividad. Cuando, por el contrario, la época de la que tratamos se caracterizaba por la ausencia de la vida pública y por organizarse en torno al clan de la familia. II^a) En segundo lugar, la prevalencia en la casuística romana de la investigación causal sobre la de la negligencia e imprudencia, como lo demuestra la propia noción de *culpa levissima*, que revela que el jurista excluye que se pueda discutir en el campo de dicha ley aquellas cuestiones que en el terreno de la culpa en sentido técnico serían fundamentales³⁸⁸. III^a) Y, por último, el dato de que la distinción que, desde la época de las XII Tablas estaba clara y consagrada legalmente, era la que se cifraba en el binomio daño voluntario-daño fortuito, pero no la de culpa como falta de prudencia, que no era autónoma del dolo en aquella época³⁸⁹. Esta idea lo corrobora el dato de que cuando, de modo

³⁸⁷ Ref. BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, p.49, en Jordano Fraga, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit, np. 54, p.44.

³⁸⁸ ARANGIO RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto romano*, ob, cit, p. 384; y *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, ed., Jovene, Napoli, 1958, pp. 233-234, que sostiene que se le ha dado a la expresión *levissima culpa* una importancia excesiva y que, en realidad, como todas aquellas cuestiones que han sido abordadas por los romanistas acerca del grado de culpa, no era merecedora del trabajo que costó, aparte de que, aunque se llegase a la conclusión de que se debe superar la diligencia del buen padre de familia, sería difícil establecer donde finaliza esta exigencia y se podría comenzar a exigir la otra. En definitiva, esta autor la considera una elaboración de los juristas postclásicos, con un cierto valor enfático, que no sirve para determinar el contenido de la culpa tal y como se entendía en la época clásica.

³⁸⁹ Ref. MOMMSEN., *Droit pénal des Romains (trad. Dusquesne)*, I, 99, en Starck, K., ob, cit, np. 24, p. 60.

excepcional y para casos específicos, se sentía la necesidad de garantizar a los miembros de la sociedad contra las consecuencias de los daños de la simple imprudencia, por ejemplo, en los supuestos de incendio por imprudencia o de daños por un animal que se sustrajo a la vigilancia de su amo³⁹⁰, dichas excepciones se amparaban en el vocablo de caso fortuito que comprendía a menudo la culpa involuntaria en oposición al dolo, y, otras veces, a los supuestos de fuerza mayor, como los actos de los “alienados”³⁹¹.

En virtud de lo manifestado hasta ahora, la primera teoría expuesta, al afirmar que la culpa en el Derecho romano era un criterio de imputación en el sentido técnico de negligencia, acomete una interpretación extensiva de dicho término, cuanto menos criticable y en virtud, a nuestro entender, de dos condicionantes históricos:

1º) En concreto, la confusión sobre el significado del concepto culpa vino propiciada, en un primer momento, de la mano de los intérpretes de la *Lex Aquilia* en la época postclásica, que determinaron que lo que se requería para apreciar el delito del daño era, simplemente, la negligencia del autor, frente al principio general del dolo en los delitos. Y para ello, se adoptó el término que habría de obtener fortuna, “culpa”; si bien, nunca una palabra ha recibido tantas interpolaciones como ésta³⁹². En concreto, al no haberse dado cuenta de tal acepción clásica, los bizantinos en la época del Derecho romano postclásico interpolaron a la culpa, erróneamente, como criterio de responsabilidad, y colocaron la palabra dolo al lado de culpa³⁹³. Y las causas que coadyuvaban a tal resultado las podemos resumir en dos: por un lado, la doble necesidad que tenía la doctrina postclásica: buscar un único principio

³⁹⁰ Ref. GAIUS, 1,4, ad. XII, Tab; D. 47, 9,9; y PLINIAUX., “L’action de pastu”, *Mélanges Cornil*, 1926, t.II, p. 247, en Starck, K, ob, cit, p. 63.

³⁹¹ Ref. ULPiano, L.5, § 2, en Starck, K, ob, cit, np. 39, p. 67. La responsabilidad aquiliana estaba excluida en el caso de daños causados por los alineados, pues el accidente provocado por un loco se asimilaba al que provocaba un suceso de fuerza mayor, por ejemplo, una teja que se cae por la acción de un viento fuerte.

³⁹² D’ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona, 3ªed., p. 368.

³⁹³ Ref. BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, p.49, en Jordano Fraga, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit, np. 54, p.44. Incluso, respecto a la responsabilidad contractual en el Derecho romano postclásico, se llega a un concepto elástico de dolo que explica que la diligencia no tuviera un significado de culpa, sino de actividad positiva como aplicación de una concreta exigencia de *bona fides*, que impone no sólo la abstención de conductas lesivas (D. 16,3.1 que se refiere a la no restitución de la contraprestación por la enajenación de la cosa depositada, hecho por el heredero del depositario en la ignorancia de la ajenidad de las cosas), sino la realización de ciertas actividades positivas cuya omisión genera responsabilidad por dolo (por ejemplo, la administración de los bienes por los tutores).

En conclusión, del uso elástico de dolo se deriva la misma amplitud para la buena fe, y que no se afirmase la responsabilidad contractual con igual rigor en todas las relaciones jurídicas, sino dependiendo de ciertas circunstancias como el interés o gratuidad en la misma.

ordenador, frente al sistema clásico romano de acciones que propiciaba una despreocupación por una sistematización orgánica; así como, moralizar la responsabilidad, quizás por influencia de los Padres de la Iglesia y la filosofía greco-helenística o greco-latina. Y, por otro, el hecho de que los bizantinos empezaron a valorar jurídicamente la “voluntad humana” como algo externo al acto, y, por tanto, en sí misma, frente a los clásicos a los que importaba la claridad de la situación jurídica objetiva en la que la voluntad se plasma enteramente³⁹⁴.

En definitiva, en la época del Derecho romano postclásico se intentó una sistematización de un material heterogéneo en torno a la idea de culpa, como imprudencia, en su aspecto subjetivo o de voluntad; y así aparece la trilogía *dolus-culpa-casus*, que según la doctrina mayoritaria obedece, sobre todo, a una moralización del Derecho. Se interpreta a la culpa como “la omisión de la diligencia de un buen padre de familia”, como criterio de imputación en que la omisión culpable viene equiparada a la acción, convirtiéndose en base, tanto de la responsabilidad contractual, como delictiva.

IIº) Sin embargo, entendemos que, a su vez, esta interpretación ha estado influida, en un segundo momento, por la hermeneútica de los pandectistas del siglo XIX que se proclamaron como expresión de la auténtica y genuina fuente de saber del romanismo actual, y por el dogmatismo de la época³⁹⁵. Estos concibieron a la culpa como un ilícito civil, o acción ilegal, que se plasma en la entidad del *quasi-delito* de marcado carácter sancionador y punitivo³⁹⁶, respecto del cual importaba, más que la reintegración, la corrección; y que, por

³⁹⁴ Ref. ROTONDI, G., “Dalla Lex Aquilia dell’art. 1151 Cod. Civ. Recherche storico-gogmatiche”, *Riv. dir. comm.*, 1916, I, pp 942 y ss; y ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale ...*” en Jordano Fraga, F, ob, cit, np. 70, p. 51.

³⁹⁵ Para una visión breve pero clara del movimiento Pandectista, vid. SÁINZ-EZQUERRA FOCES, JM., “Divertimento pandectístico”, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Laguna*, nº.13, 1996, pp. 173-184, en especial, p. 180. Este autor afirma que dicho movimiento fue fruto de las ideas de sistematización científica sostenidas por la mayoría de los teóricos de la Escuela Histórica, en conjunción con el arraigo de la tradición romanista. Esto es, a partir de la unidad inmanente de las reglas y conceptos jurídicos que había proclamado Savigny (*System*, I, 36, puesto que todo el Derecho proviene, en definitiva, del *Volkgeist*), se desarrolla la Pandectística o *Begriffsjurispruence*, como fundamental aportación de Puchta a la metodología jurídica. Sin embargo, como nos advierte el autor, finalmente la Pandectística acabó primando la idea de coherencia interna del sistema conceptual, sobre la de correspondencia entre sistema y la realidad (Ehrlich, *Die juristischelogleik*, 1918, 38), con lo que se rompen las amarras de la actividad científica de los juristas con la problemática social que el Derecho está llamado a resolver.

³⁹⁶ Cfr. BECCARIA., *Dei Delitti e delle pene*”. Munich, 1764, p. 3, que pone en evidencia que dicha concepción supuso una ampliación de la frontera penal, con el peligro de crear el binomio delito y cuasidelito, y, por tanto, de hacer descender a nuestras calles la visión falsa de es igual el delincuente que aparca mal y causa un daño que el que mata.

tanto, precisaba un concepto subjetivo³⁹⁷.

Por el contrario, podemos afirmar que la concepción subjetiva de la culpa, como negligencia, fue una novedad que adoptó dicha corriente dogmática, frente a la constatación históricamente demostrable de que la culpa jurídicamente relevante tenía un sentido general de nexo causal matizado por el requisito “contra *ius*”; y a lo más, significaba la contravención de una norma de obligada observancia, se hubiera cometido con o sin intención, maliciosamente o no, por mera negligencia o inadvertencia; en resumen, todo acto que contradice la ley, la costumbre o al buen orden era culpa. Esta idea es coherente, por otra parte, con la tesis que mantiene STARCK de que la culpa obedeció, más que a una moralización del Derecho, a una ampliación de las condiciones de la acción, al reforzamiento de la garantía³⁹⁸. Y esta concepción que defendemos encuentra eco jurídico en textos postclásicos, como lo acredita el Código de Justiniano (Codex 5,17,II.1), que es un texto fundamental para orientar la búsqueda del significado jurídico de culpa; al igual que el texto del Digesto (Ulpiano, D.4.9.3)³⁹⁹, que proyecta el concepto de culpa en torno a la producción de un resultado dañoso, y no al de imputabilidad.

Transcurrida la etapa romana, y durante la época franca existe un corto período histórico en que se produce, de nuevo, un retroceso en que se hace caso omiso a toda investigación de la intención de su autor, y toma preeminencia el elemento material. Así en los reinos hispánicos la regulación que se hace en los fueros de las penas a imponer en caso de daños supone una vuelta a la responsabilidad objetiva de forma casi absoluta, y, según PEÑA LÓPEZ, una evolución pareja sufren los Derechos de los territorios francés e italiano⁴⁰⁰. Sin bien, como se ha apuntado anteriormente, la prepotencia dogmática y la influencia canonista⁴⁰¹ contribuyeron a que, en una etapa posterior, el Derecho común de la Edad Media

³⁹⁷ CHIRONI, G.P., *La colpa nel diritto civile moderno. Colpa contrattuale*. 2ª ed., Turino, 1897; 2ª parte: Colpa extracontrattuale, en dos volúmenes. 1902-1903.

Ref. CHRISTIAN HASSE, J., *Die Culpa des Römischen Rechts*, 1832, en Cupis, A.de, *El daño...*, ob, cit, p.12. Este autor acometió el primer intento de sistematización, del que se tiene constancia, del concepto de culpa.

³⁹⁸ STARCK, K., ob, cit, p. 66.

³⁹⁹ También, respecto al concepto amplio de culpa contractual, vid. D. 13, VI, 5.2; y D. 50, XVII, 24.

⁴⁰⁰ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 19.

⁴⁰¹ La influencia canonista se sintió tanto en la responsabilidad penal como civil – Cfr. METZ, R., “La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval”, *La responsabilité pénale. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 1961- que insistía en el elemento intencional, esto es, en el papel de la voluntad, *Nemo trahitur ad culpam, nisi ductus propria voluntate*. En el mismo sentido, RIPERT, G./ BOULANGER, J., *Traité de droit civile*, ob, cit, p. 327. La influencia del Derecho canónico no ha sido suficientemente estudiada, pero la connotación moral

de los siglos XII y XIII, que se caracterizó por el renacimiento del Derecho romano, fortaleciera el elemento subjetivo de la culpa en la interpretación de la *Lex Aquilia*, según fue interpolada como negligencia, torpeza o imprudencia, frente al proceso de debilitación del elemento objetivo de la *iniura*. Sin embargo, se sigue admitiendo que determinadas causas objetivas exoneran de responsabilidad debido a que, cuando están presentes, el comportamiento del dañador no es “*non iure*”, esto es, lo que sucede con aquél que produce daños ejercitando su derecho, actuando en legítima defensa o en estado de necesidad⁴⁰². Y esto trajo como consecuencia que, en el *Ius Commune*, se adoptara una postura, excluyente y extrema, de rechazo absoluto a todo lo que significase responsabilidad objetiva.

En conclusión, la preeminencia de la tesis de la culpa en sentido subjetivo en el Derecho romano y en el Derecho común trae su causa, según hemos constatado, en una conjunción de factores históricos, en esencia, una interpretación dogmática de la normativa legal al servicio de una moralización del Derecho. Cuando, por el contrario, hemos visto como de los mismos textos romanos se desprende un concepto amplio y objetivo de culpa, e incluso, en Las Partidas, que son el máximo exponente del *Ius Commune*, del Derecho medieval español, toma carta de naturaleza el sentido amplio de culpa, *lata –levis –levissima*, y no el sentido psicológico⁴⁰³.

de la que dotan a la reparación demanda el separar debidamente la culpa moral que supone una inteligencia y una voluntad suficientes, y la culpa jurídica que puede resultar de una simple inadvertencia y que obliga a reparar el daño causado si el Juez así lo decide. Además, vid. PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 23, que afirma que es buena muestra de dicha influencia la polémica existente entre los canonistas acerca del fundamento moral de la reparación de los daños causados por culpa leve o levísima; y algunos canonistas llegaron a afirmar que, si bien no existe obligación moral de reparar los daños en tales casos, sí la hay a partir de que se haya dictado ésta, pues si la sentencia no se cumple se estaría frustrando el fin moral de la ley que consiste en constreñir a usar en la vida de relación toda la diligencia necesaria para evitar el daño.

⁴⁰² En este sentido el glosador ODOFREDO calificará de *equivocum* al término *iniura* porque, si bien “se ha dicho desde hace mucho tiempo que iniura es lo que no es ilícito, la responsabilidad no surge de la contumelia, ni de aquello que es ilícito sino de la culpa”- vid. cita tomada de ref. MASSETO, G.P., Voz: “Responsabilità extracontrattuale (Dir. Interm.)”, en *Enciclopedia del diritto*, t. XXXIX, ed., Giuffrè, Milano, 1967, pp. 1126 y 1128, en Peña López, F., ob, cit, np. 45- 46, p. 21-

⁴⁰³ Vid. Ley 11ª, título XXXIII, P.VII, en “Código de Alfonso el Sabio” en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. IV, Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1848, pp.482-483.

B.- En la responsabilidad civil del padre del menor, y de los guardadores del incapaz, y en la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz.

a) *En el Derecho romano: la responsabilidad civil objetiva del paterfamilias frente a la ausencia de responsabilidad civil del guardador del incapaz.*

La doctrina afirma que el Derecho romano nunca llegó a admitir un principio general de responsabilidad por hecho ajeno; pero, no obstante, reconoce la existencia de algunos supuestos aislados⁴⁰⁴. Ahora bien, el criterio de imputación en la responsabilidad por hecho ajeno va a ser distinto dependiendo de que el perjuicio hubiera sido ocasionado por un *sui iuris* o un *alieni iuris*, por la siguiente razón: Si el perjuicio había sido causado por un *sui iuris* – persona libre y no sometida a la *potestas* de otra –, en el antiguo Derecho romano regía la regla de la culpa, según lo explicado en el apartado anterior, a excepción de algunos supuestos en que se respondía objetivamente⁴⁰⁵. Sin embargo, cuando el perjuicio se causaba por un *alieni iuris*, esto es, por el hijo sometido a la *potestas* del *paterfamilias* o por el esclavo situado por el poder de su *dominus*, estamos ante la responsabilidad por hecho ajeno, cuyo criterio de imputación o fundamento de la responsabilidad es más ambiguo que el anterior, y es lo que pasamos a estudiar.

Para el análisis propuesto es necesario partir de la premisa, amén de la ya mencionada de que la responsabilidad civil estaba unida a la penal, de que en el Derecho romano antiguo o preclásico la responsabilidad civil era colectiva, pues la antigua sociedad estaba fuertemente organizada en grupos, de forma que cuando cada uno de sus miembros causaba un daño a un individuo perteneciente a otro, la venganza no era individual sino colectiva, y mientras el grupo del damnificado ejercitaba la venganza, el grupo del causante del daño quedaba solidariamente expuesto a sufrir sus consecuencias. Ahora bien, solamente se mantuvo algún resquicio de la responsabilidad colectiva, como tributo a la tradición, allí donde existía una “vinculación patrimonial”, como era el caso del *paterfamilias* respecto a los miembros de su

⁴⁰⁴ Ref. JACQUEMIN, B., *Le fondement de la responsabilité du père et le Code civil*, th, París, 1964, p. 46, en López Sánchez, C., ob, cit, p. 37.

⁴⁰⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, p. np.2, p. 35. Estas excepciones eran dos: por un lado, cuando se hacía responder al padre de familia por las cosas arrojadas, vertidas o suspendidas desde alguna parte de la vivienda de forma que al caer pudieran dañar a alguien – cuasidelito de *effusus vel deiectis* y de *positis et suspensis*–; y por

familia⁴⁰⁶, pues es constatable que, en el Derecho romano clásico, el *paterfamilias* debía responder, por la llamada *actio noxalis*, de las obligaciones derivadas de los delitos cometidos por algunos de sus *alieni iuris*, entre ellos sus hijos. Esto es, la noxalidad era una característica de las acciones penales que otorgaba al *paterfamilias* la posibilidad de optar, entre indemnizar por el daño que la persona sometida a su *potestas* pudiera ocasionar –*noxiam sarcire*–, o abandonar al autor del daño en manos de la víctima –*noxae deditio*–⁴⁰⁷.

Por consiguiente, y a tenor de lo anterior, para indagar en el criterio o razón de justicia para imputar al padre el daño causado por el hijo, hay que tener presente que, en Roma, la responsabilidad por hecho ajeno guardaba íntima conexión con el contexto social, que se organizaba en el período preclásico, y continuando en el clásico, en torno a la familia, y ésta, a su vez, giraba en torno a la *potestad* o *auctoritas* del *paterfamilias*; lo cual, también, tuvo reflejo en la configuración jurídica de la tutela del impúber⁴⁰⁸. De este postulado, entonces, se puede deducir que la *auctoritas* del *paterfamilia* constituía la espina dorsal de la responsabilidad por los hechos de los *filii familia*⁴⁰⁹, y que aquél respondía, no como consecuencia de la obligación de guarda y custodia de los hijos, sino en razón de la cohesión de la estructura familiar romana, o en los deberes que constituían el ejercicio de la patria potestad. Pues, al igual que las adquisiciones patrimoniales que pudiera realizar alguno de los sometidos a su potestad revertían en el patrimonio del *pater*, las transgresiones que uno de ellos pudiera ocasionar eran resarcidas por él bajo su entera responsabilidad⁴¹⁰. Aunque hay que matizar que la responsabilidad noxal era aplicable cuando el hijo actuaba sin el conocimiento y sin la anuencia de su padre, porque, de lo contrario, éste debería ser

otro, la responsabilidad que incumbía a ciertas personas por los delitos cometidos por sus encargados –*actio furti vel damni adversus nautas, caupones et stabularios*–.

⁴⁰⁶ Ref. LÉVY-BRUHL, H., “Sur l’abandon noxal”, en *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne, 1963, pp. 125-6, en López Sánchez, C, ob, cit, np. 12, p. 37.

⁴⁰⁷ VOGLI, P., “La patria potestad de Augusto a Diocleciano”, en *St. di Diritto Romano*, Padova, 1983, p. 438.

⁴⁰⁸ La familia romana estaba organizada bajo la forma patriarcal y caracterizada por su rígido sentido agnaticio y autoritario, pues como dice SOHM, la familia en el sentido del Derecho civil romano era la *familia agnaticia* o, lo que es igual, el conjunto de todos los individuos unidos entre sí por el vínculo de la patria potestad común –ref. SOHM., R., *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y sistema*. Obra corregida por L. Mietes y sacada a la luz por L. Wenger, traducida del alemán por W. Roces, ed., *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 294, en Gutiérrez Calles, J.L., ob, cit, np. 15, p. 25.

⁴⁰⁹ HERNÁNDEZ TEJERO, F., “Sobre el concepto de potestad”, *AHDE*, 1946, pp. 606 y ss.

⁴¹⁰ Ref. MASUR, R., *Die Haftung der Aufsichtspersonen nach § 832 BGB*, diss Borna- Leipzig, 1908, p. 4, en López Sánchez, C, ob, cit, np. 19, p. 39.

responsable directo de los daños ocasionados⁴¹¹.

Es el momento, entonces, de posicionarnos sin ambages, de nuevo, en desacuerdo con los pandectistas que señalaron a la culpa o falta de la diligencia debida como fundamento de la responsabilidad del *paterfamilias* por los hechos de sus hijos, esto es, por no haber impedido el hecho realizado por éstos; y, en su caso, si admitiéramos la responsabilidad por culpa del *paterfamilias*, la culpa, en coherencia con el postulado que hemos mantenido respecto a la responsabilidad por hecho propio en el Derecho romano clásico, no tendría el sentido de negligencia o violación de la diligencia de un buen padre de familia que, como tal, era desconocida⁴¹². En definitiva, y teniendo en cuenta que el individuo sometido a la patria potestad no tenía capacidad suficiente ni patrimonio solvente para hacer frente a los perjuicios que hubiere causado, resultaba lógico que otra persona quedara obligada en su lugar.

Ahora bien, si en el período preclásico y clásico el *paterfamilias* respondía de la *actio noxalis* atendiendo a un criterio objetivo de imputación, esto es, en razón de la cohesión de la estructura familiar romana, nos preguntamos si en el Derecho romano postclásico el criterio de imputación va a seguir siendo objetivo, cuando, sin embargo, en esta época se producen, a nuestro entender tres cambios importantes: el abandono noxal respecto a los hijos⁴¹³; la patria potestad se dulcifica, pasando de ser un poder absoluto y absorbente al reconocimiento de unos deberes de asistencia y protección respecto a los hijos⁴¹⁴, y lo mismo se puede decir de la tutela del impúber⁴¹⁵; y se reconoce la capacidad patrimonial de los hijos⁴¹⁶.

⁴¹¹ Ref. ROSSI MASELLA, B.E, ob, cit, en López Sánchez, C, ob, cit, np. 41, p. 44.

⁴¹² Para una visión completa de las distintas teorías acerca de los fundamentos de la acción, vid. Ref. SORGENTI, M., “La responsabilità nossale in Diritto romano”, en *St. Scienze giur.soc.*, 1949, pp. 989, en López Sánchez, C, ob, cit, np. 44, p.44.

⁴¹³ Inst. Just, 4, 8,7.

⁴¹⁴ OTERO, A., “La patria potestad en el Derecho histórico español”, *AHDE*, 1956, pp. 210-214.

⁴¹⁵ No obstante, ya en la etapa clásica del Derecho romano, la tutela del impúber (pues en esta etapa desaparece la tutela *mulieris*) sufre una evolución en el sentido de que pierde aquél su carácter egoísta e interesado, y empieza a conformarse como institución destinada a servir al protegido, obligándose al tutor y al curador a salvaguardar los intereses del pupilo. Y en consecuencia, dicha concepción influye en el régimen de la responsabilidad del tutor, pues ya no va a ser suficiente la honradez en la conservación del patrimonio, sino que se va a exigir que se administre de forma diligente, y no sólo para conservar el patrimonio, sino también para aumentarlo. Y, por otra parte, aunque se va a potenciar en esta época la atención personal del pupilo en lo que respecta a la educación, instrucción y manutención, estas prevenciones se limitan a asignar las cantidades destinadas a satisfacer aquellas necesidades; y era al magistrado, en último instancia, a quien correspondía proveer, tanto sobre la educación como sobre la cuantía de los alimentos. En esta etapa, por último, la mayoría de la doctrina entiende que surge la tutela dativa, creada por la Ley Atilia, por cuya virtud el pretor urbano, con los requisitos y formalidades que la Ley prescribe puede nombrar tutor dativo a los impúberes que careciesen de tutor testamentario y legítimo. En definitiva, en el Derecho clásico la tutela adquiere un contenido moral en

En primer lugar, como nos señala LÓPEZ SÁNCHEZ, el reconocimiento de la capacidad patrimonial de los hijos en la etapa postclásica corrió paralela al abandono noxal de los padres, que recordamos que tenía carácter penal, y a que fuera posible actuar directamente contra los hijos, esto es, los hijos pasan a ser responsables de modo directo⁴¹⁷, pues el Derecho romano, siguiendo el discurrir propio de la evolución natural, estableció unas etapas cuya pertenencia a las mismas estaba determinada por la edad y, en ese sentido, adaptó a cada uno de esos períodos el reconocimiento de capacidad y atribución de medios de protección⁴¹⁸: los *infanti* hasta los siete años, equiparados a los locos o *furiosi*, eran irresponsables⁴¹⁹; los *impubes*, en concreto, a los que se aproximaban a la edad de la pubertad se les reconocía capacidad delictual, si bien, dado el escaso rigor con el que se ha desarrollado esta materia en los textos romanos, la mayoría de la doctrina entiende que en el Derecho romano no se relacionaba la responsabilidad de quienes habían superado la infancia con un momento de

cuanto que el magistrado designaba tutor a aquél que consideraba más idóneo para el cargo, no siendo suficiente, como hasta entonces, una mera capacidad de tenencia de derechos civiles que descansaba en los tres estatus, sino de garantías de cualidades morales, de madurez, de juicio, imparcialidad y honradez –ref. ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano*, ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, pp. 218-222, en Gutiérrez Calles, J.L., ob, cit, np. 54, p. 33, y p.36-. Por último, aunque en la época justiniana o postclásica del Derecho romano se modifica la estructura familiar, que evoluciona hacia una importancia cada vez mayor de los parientes de sangre o cognados, quedó subsistente el principio de la “igualdad en los llamamientos en la herencia y en la tutela”, en virtud del cual eran tutores los parientes por el orden y grado con que eran llamados a la sucesión intestada de los huérfanos. De modo que, se afirma por autores que en el Derecho romano se admitía la tutela *impuberum* plural, pues podía ocurrir que varios parientes estuvieran en el mismo grado de agnación respecto al impúber, y en ese caso, como a todos ellos interesaba por igual velar por el patrimonio de aquél-en concepto de herederos presuntos- todos eran llamados a la tutela, dando lugar de ese modo a una pluralidad de tutores de carácter obligatorio (Gayo D. 26, 4, 9). Y también se admitía en la tutela testamentaria (basándose en el poder del pater- D.26, 2, 11-) y en la dativa (en el interés del impúber- D. 26,5, 23-); si bien se reconoce que en la etapa clásica y postclásica los casos de pluralidad son excepcionales frente al principio del tutor único – PÉREZ GONZÁLEZ, B./ CASTÁN TOBEÑAS, J./ ALGUER, J., *Tratado de Derecho civil (Derecho de familia)*, traducción de la 20ª edición alemana de Enneccerus/Kipp y Wolff, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia español, vol. II, t. IV, Barcelona, 1951, p. 265, y ref. BRISSAUD, J., *Manuel d’histoire du Droit privé*, París, 1908, p. 162, en Ossorio Morales, J., “La pluralidad de tutores”, en *Estudios de Derecho privado*, ed., Bosch, Barcelona, 1942, np. 25, p. 91-.

⁴¹⁶ Incluso, es significativo que en la tutela del impúber *sui iuris* durante la etapa preclásica, ya se clasificaba a éstos en los infantes (menores de siete años) y los *infantia maioris*, por cuanto la gestión de los primeros se llevaba a cabo sin su intervención en absoluto, dada su carencia de discernimiento, y, en cambio, a los mayores de siete años se les permite la intervención en los negocios, si bien previa interposición de la *auctoritas tutoris*, de modo que, en este último caso, el tutor complementaba al impúber, no pudiendo hablar de dos personas, sino de una jurídica compuesta de dos físicas que se complementan – vid. MAJADA PLANELLES, A., *La incapacidad, la tutela y sus formularios*, ed., Bosch, Barcelona, 1985, cap. II, p. 23-

⁴¹⁷ Ref. GIMÉNEZ CANDELA, T., *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981, p. 21, en López Sánchez, C, ob, cit, np. 47, p. 45.

⁴¹⁸ Ref. FLACH, J., *Études historique sur la durée et les effets de la minorité en Droit romain et dans l’Ancien Droit français*, th, París, 1870, pp. 3-31, en López Sánchez, C., ob, cit, np. 21, p. 39.

⁴¹⁹ Aunque este límite no está exento de críticas, lo que si estaba claro eran las notas que se predicaban de dicha etapa: que no podían hablar –*qui fari non possunt*- y carecían de inteligencia –*nullum intellectum habet*-; y su equiparación a los *furiosi* –vid. SCHIPANI, S., *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1968, pp. 219-223-

tiempo fijado, sino que esta cuestión era objeto de apreciación individual⁴²⁰. Y, por último, como los púberes, cuya edad se fijó por Justiniano a los doce años en las mujeres y catorce en los hombres, estaban dotados de inteligencia y juicio suficiente, la doctrina infiere que tenían capacidad delictual; no obstante, hasta los veinticinco en que adquiría plena madurez se entendía que merecían una protección especial⁴²¹.

Sea como fuere, y con independencia de la responsabilidad del menor de edad con capacidad delictual, si atendemos al Digesto que consagra, a pesar de la abrogación del abandono noxal, que: “*Si el hijo hubiera sido condenado, el hijo debe cumplir lo juzgado, porque le obliga la condena. Pero ha de decirse que, después de la condena del hijo, el padre puede ser demandado sólo respecto al peculio*”⁴²², hemos de matizar que, a pesar de la responsabilidad civil directa del menor, el padre sigue obligado a responder civilmente como consecuencia de la incapacidad patrimonial del culpable, en orden a evitar que el perjudicado no fuera resarcido a causa de la insolvencia del hijo⁴²³. En definitiva, de la evolución descrita se puede inferir que, de una responsabilidad objetiva y directa del *paterfamilias* por el daño causado por su hijo en la etapa preclásica y clásica, se pasó en la postclásica a una responsabilidad subsidiaria pero, de igual modo, objetiva.

Por último, es significativo que se afirme, aún, por el Tribunal Supremo que la noxalidad constituye el antecedente de la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos cometidos por sus hijos⁴²⁴, pues creemos que, de modo implícito, se está haciendo referencia, hoy en día, a la posición de garantes de los padres ante la insolvencia de los hijos.

Por otra parte, si bien existen antecedentes legales en el Derecho romano respecto a la responsabilidad por hecho ajeno de los padres, no los hemos encontrado respecto a los guardadores de los incapaces.

⁴²⁰ FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 320, pues a los *infanti proximus* se les equiparaba a los infantes, y ref. ROTONDI, F., “Dalla Lex Aquilia all’art. 1151 Cod. Civ. Recherche storico-dogmatiche”, *Riv. dir. Comm.*, 1916, I, p. 956, en López Sánchez, C., ob. cit, np. 34, p. 42.

⁴²¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob. cit, p. 43.

⁴²² D. 9,4, 35 (*Ulp. 41 Sab*).

⁴²³ Ref. THOYOT, G., *De la responsabilité du fait d’autrui*, th, París, 1910, pp. 14-15, en López Sánchez, C., ob.cit, np. 60, p. 47.

No obstante, hay que tener en cuenta dos datos con carácter previo: por un lado, que en un principio no existía la curatela del loco, al igual que tampoco la tutela del impúber, pues el propio *paterfamilias* era quién ejercía las funciones de protección propias de la tutela y de la curatela, y, así entendida, se transmitía por la herencia al *heres* de su causante, junto con su patrimonio, ya que la herencia tenía un elemento espiritual, la *potestas*, y otro material, el patrimonio. Y fueron las mismas causas que propiciaron la aparición de la tutela como cargo autónomo, las que hicieron que surgiera la necesidad de designar a alguien que llevase a cabo la protección del loco, supliendo la capacidad de obrar de la que éste carece por su enfermedad⁴²⁵. Y, por otro, que el nombramiento del curador sólo procedía una vez salido el loco de la pubertad a causa del carácter absorbente de la tutela de los menores, de tal manera que fuera cual fuese la salud mental del pupilo, la *vis atractiva* de la tutela *impuberum*, primero, y de la *cura minorum*, después, dejan la *cura furiosi* exclusivamente para los mayores de los veinticinco años⁴²⁶.

En definitiva, si el curador se daba al loco siempre y cuando careciese de tutor o *paterfamilias*⁴²⁷, tal y como se desprende de las XII Tablas⁴²⁸, se puede decir que hasta los

⁴²⁴ Ref. STS (sala 2ª) 10.2.1997 (RJA 1997, 846); STS 15.11.1978 (RJA. 1978, 3444), en López Sánchez, C, np. 60, p. 47.

⁴²⁵ La aparición de la tutela como cargo autónomo trae causa, tanto de la quiebra de la unidad familiar como grupo político, como del hecho de que la herencia adquiriera un sentido eminentemente patrimonialista a raíz de que la *actio familiae erciscundae*, creada por las XII Tablas, permitiera que los herederos pudieran exigir la partición de la herencia. Así aparece la tutela testamentaria, en la que el *paterfamilias* nombra un tutor *sui iuris* diferente de la persona del heredero del pater; y en su defecto, las XII Tablas llaman a desempeñar la tutela legítima a aquellas personas que, si el impúber muriese, le heredarían *ab intestato*, es decir, a su agnado más próximo y si no hay agnado ordenan que el gentil sea su heredero. Pues bien, a partir de dicho momento se va a producir una relación entre herencia y tutela, ésta última concebida no como un derecho del sujeto, sino como un poder del tutor, que usará en su propio beneficio: el tutor cuida del patrimonio con el interés del que defiende unas expectativas hereditarias, su fin principal es salvaguardar el patrimonio e impedir que el incapaz pueda, por su impericia, dilapidar los bienes que ha recibido en la herencia paterna y que es necesario conservar para la familia civil. En esta época, como se ha dicho, “la tutela es una especie de presucesión”, de modo que recuerda la anterior postedad del *paterfamilias*, en cuanto haz de facultades amplísimas sobre el patrimonio, quedando en un segundo plano las funciones asistenciales y de educación, los cuales “corrían a cargo de la madre o de otros parientes más próximos”. En consecuencia, su régimen de responsabilidad era muy limitada, a pesar de que ya en las XII Tablas aparecen dos remedios contra la mala gestión, la *accusatio suspecti tutoris* y la *actio rationibus distrahendis*, aunque, más bien, tenía como finalidad salvaguardar el buen nombre de las funciones tutelares por el respeto que los romanos sentían hacia sus instituciones – vid. ref. ORTOLÁN, M., *Historia de la Legislación Romana*, traducida de la 4ª edición por D.Melquiades Pérez Rivas, Madrid, 1869, p. 102, y COLIN./CAPITANT., *Curso Elemental de Derecho Civil*, anotado por Demófilo de Buen, t. II, V.1, ed., Reus, 1923, p. 82; ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano*, ob, cit, p. 224, en Gutiérrez Calles, J.L, ob, cit, pp. 25-29- Y al igual, respecto a la curatela, vid. GUTIÉRREZ CALLES, J.L, ob, cit, p. 57.

⁴²⁶ GUTIÉRREZ CALLES, J.L, ob, cit, pp. 58-59.

⁴²⁷ Ref. GUARINO, A., “Ast ei custos nec escit”, en *Studia et documenta historica et iuris* (SDHI), Anus X, fascículo 2º, Roma, 1944, pp. 374-381, en Gutiérrez Calles, J.L, ob, cit, np. 169, p. 56., que señala que la curatela, como institución semejante a la tutela experimenta una evolución histórica similar a ésta si bien, la

veinticinco años la responsabilidad del guardador del loco se superponía a la del *paterfamilias* y, por el criterio de imputación analizado, o a la responsabilidad del tutor o curador del menor. Si bien, esta última no se regulaba en los textos legales, en contraste con la evolución que experimentaron las medidas de protección del patrimonio del pupilo frente al tutor, sin descuidar el aspecto humano, y que se concretaron en la época Justiniana⁴²⁹ en: la *actio tutelae*, como acción de rendición de cuentas para obtener la devolución de los bienes administrados con sus aumentos, indemnizando los perjuicios causados por la mala gestión, la *inventario in tabularis* y garantía *ius iurandum*, la *actio subsidiaria* y el privilegio *exigendi*⁴³⁰.

Pero, entonces, una vez nombrado curador a quién tuviera más de veinticinco años, habida cuenta de que la curatela se derivaba inmediatamente del hecho de la enfermedad, en el sentido de que se consideraba suficiente la fama o la convicción general para que el pariente a quién correspondía la ejerciese o la dejase de ejercer por el solo hecho de la curación⁴³¹, nos preguntamos si el curador devenía responsable de los actos ilícitos que cometiera el enfermo.

Pues bien, si nos centramos en el Derecho posclásico o bizantino, que nos resulta de mayor interés pues en él se inspiraron los redactores de Las Partidas, hay que resaltar que, según el Digesto, los incapaces, furiosos y dementes⁴³² no se encontraban entre las personas sometidas a la potestad de otro, ya que según su título VI del Libro I las personas sometidas

curatela se adelanta a ésta en la consideración de la misma como un deber, perdiendo prematuramente su aspecto de *potestas*, lo que se evidencia por la creciente intervención de la actividad judicial, no sólo en el nombramiento sino en la inspección de su ejercicio.

⁴²⁸ Ref. ORTOLÁN, M., *Historia ...*, ob, cit, p. 101, Tabla V: “Por lo que hace al loco que no tiene curador (*custos*), que cuiden de su persona y bienes sus agnados, y a falta de estos, sus gentiles”, en Guitérrez Calles, J.L, ob, cit, np. 167, p. 56, de modo que, a diferencia de la tutela, no se concibió una curatela testamentaria.

⁴²⁹ Aunque incluso en las XII Tablas se recogen la: *accusatio suspecti tutoris* y la *actio de rationibus distrahendi* –vid. GUITÉREZ CALLES, J.L., ob, cit, pp.43-50.

⁴³⁰ *Ibidem*, para un análisis de todas estas medidas, vid. pp. 50-90.

⁴³¹ ARIAS RAMOS, J./ ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano*, t.II, 18ª ed., Madrid, 1986, pp. 752-754, que nos explica que correspondía al magistrado apreciar este cambio una vez constatado el hecho natural de la recuperación de la cordura.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, ed., Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, np. 102, p. 23. Al final, Justiniano establece que los intervalos lúcidos únicamente suspenden la curatela y que el curador conservará su título pero no tendrá ningún poder para administrar y la razón de su permanencia en el cargo no es otra que la de retomar la administración de los bienes en caso de una vuelta a la locura, sin necesidad de una nueva investidura en el cargo (C. De cur.fur. 5,70, 6).

⁴³² Ref. HUBER, 1,23, 7, p. 64; GUTIÉRREZ, *Consilium*, 14, 7, III, p. 59, en De Castro y Bravo, F., *Derecho civil de España*, T. II, ob, cit, np. 5 y 9, p. 297. La doctrina romanista distinguía el furioso que definía como “*rabie animi agitur, saepe cum intervallis*”, del demente, “*sine aliquo iudicio*”, pero señalaban como caracteres comunes el que carecen de voluntad y de consentimiento.

eran solamente los esclavos y los hijos⁴³³, y si la única responsabilidad civil por hecho ajeno que se reguló era la responsabilidad civil de los *alieni iuris*, ¿no parece deducirse, desde una primera aproximación, que no había lugar a la responsabilidad civil por hecho ajeno del incapaz?. Asimismo, es significativo que, según el Digesto, los poderes que recaían sobre los locos⁴³⁴ y dementes⁴³⁵ eran amplísimos, siendo el curador *plenissimus curator*⁴³⁶ pero que, en la práctica, parecía constatarse que los poderes se reducían al ámbito patrimonial, o, incluso que el ejercicio del contenido personal sólo era posible respecto de aquellos locos que podían ser controlados por sus parientes, pues aquellos otros que ofrecieran peligro para sí o los demás (*furiosis*) eran encarcelados por los gobernadores⁴³⁷. En definitiva, creemos que la única responsabilidad civil del curador era por hecho propio, cuando, por ejemplo, el daño causado por el incapaz había sido ocasionado por mandato de aquél, pero no como guardador de incapaz, y cuyo criterio de imputación sería la culpa en el sentido que hemos explicado en el apartado anterior.

Si a lo dicho unimos el dato de que en el Derecho romano los actos de los furiosos y dementes se igualaban, al igual que la de los infantes, a supuestos de fuerza mayor⁴³⁸, se desprende que los actos que realizaban los incapaces no se indemnizaban por nadie.

⁴³³ D. 1, 6, 1 respecto a los esclavos; y D.6, 3, 5, 11, respecto a los hijos.

⁴³⁴ D. 26,5, 12, regula la curatela de los *furiosi*.

⁴³⁵ D. 27, 10, 16, regula la curatela de los desmemoriados.

⁴³⁶ Si bien, no hay dudas respecto al contenido personal de la curatela en las XII Tablas, hay diferentes opiniones doctrinales acerca de si tal contenido pervive en el Derecho clásico y postclásico (D. 27, 10,7, pr). Así, hay teorías: por un lado, patrimonialistas que no comparten el que la guarda de la persona que correspondía al curador según las XII Tablas se concedería al *curator furiosi* en la época clásica –vid. ref. GIRAD, P.F, *Manuel Elémentaire de Droit Romain*, París, 1924, p. 235, en Guilarte Martín –Calero, C., ob, cit, np.99, p. 23; y, por otro, personalistas que defienden que el curador del loco tenía bajo su cuidado su persona y administraba sus bienes – vid. GUILARTE MARTÍN CALERO, C, ob, cit, p. 23. Y para un resumen de las posturas doctrinales acerca de si la curatela tenía un contenido personal o patrimonial, vid. GUTIÉRREZ CALLES, J.L., ob, cit, pp. 62-65, que concluye que, a pesar de que hay que lamentar con Schulz la pérdida de la página de la Instituta de Gayo concerniente a esta materia y que tanta luz podría arrojar sobre ella en la época clásica, se puede deducir que los textos legales romanos (D. 27,10, 7 PR. (Juliano Lib. XXI Digestorum; D. 27,10,13 (Gayo. 3. ed. Prov), revelan la importancia que el cuidado personal del enfermo tenía para el jurisconsulto romano, que, aún cuando el curador no sea idóneo para llevar la administración, si desempeña con provecho para el pupilo las atenciones personales debe ser mantenido en el cargo, encomendándose la administración, sin que la gestión de bienes ejerza esa *vis atractiva* sobre el trato humano.

⁴³⁷ Ref. D. 1, 18,13,1 (Ulpiano Lib. VII de officio Proconsulis), p. 83, en Gutiérrez Calles, J.L, ob, cit, np. 175, p. 58.

⁴³⁸ D. 9,2,5: “(...) si un loco hubiese causado daño ¿se aplica la acción de la Ley Aquilia?. Pegaso lo negó, porque, ¿qué culpa tiene el que no es cuerdo?. Y esto es certísimo. De ahí que cesará en este caso la acción de la Ley Aquilia, como cesa si un cuadrúpedo hubiese causado daño o si cayere un teja. Si hubiere causado el daño un infante, deberá decirse lo mismo, pero si lo hubiese hecho un impúber, dice Labeón que, toda vez que se obliga por el hurto, queda obligado también por la Ley Aquilia. Y opino que esto es cierto con tal que sea capaz de discernir la injusticia (*Ulp. 18 ed*).

b) *En el Derecho medieval.*

a') Nacimiento de la responsabilidad civil de los familiares del incapaz. Las Partidas.

Si avanzamos en el análisis histórico, se puede afirmar que, en realidad, es en la alta Edad Media cuando en el Derecho germano se consagran reglas específicas sobre la responsabilidad por hecho ajeno, frente a los supuestos concretos regulados por el Derecho romano, de “las personas que vigilan o supervisan a otras”, y que se caracterizaron por su íntima conexión con la organización de la familia (*sippe*) de aquella época, esto es, como unidad social extensa de estructura fija⁴³⁹. De modo sucinto, y como nos explica LE GALL, en razón de que los individuos no eran propietarios sino de modo limitado y, en general, adquirirían bienes para la comunidad familiar, el jefe de tal familia, como su representante, era responsable civilmente por los actos dañosos de cada uno de los miembros de la familia, con independencia de la capacidad o no de éstos. En consecuencia, esta responsabilidad por hecho ajeno se caracterizaba por ser una responsabilidad objetiva⁴⁴⁰.

Sin embargo, hemos de esperar al Derecho común en la baja Edad media, que se caracterizó por un renacimiento del Derecho romano, para que aparezcan las primeras notas de la responsabilidad por hecho ajeno de los “familiares” del incapaz. Pues a pesar de que el Derecho medieval, en teoría, respetaba y aceptaba el principio romano que no amparaba responsabilidad alguna por los daños causados por los incapaces, es incuestionable que, a su vez, también empezó a manifestarse la necesidad social de determinar las personas que debieran soportar la responsabilidad por los daños causados por sus *supervisees*⁴⁴¹. En

⁴³⁹ La dictadura que el *pater-familias* impone en la gens romana, no se aprecia en la institución correlativa a la misma entre los germanos, la *sippe*, en que la autoridad doméstica es detentada por todos los miembros varones y capaces de tomar las armas. Y dicho espíritu colectivo trasciende en el orden religioso, en el derecho sucesorio y en la tutela, la cual correspondía a la *sippe* que la ejercía en mano común, para más adelante pasar esta tutela colectiva familiar a ser desempeñada por uno de sus miembros a modo de delegado de toda la familia. Recaía la tutela, entonces, en el más próximo pariente varón, bajo cuya potestad colocaba el primitivo derecho germano a los ciegos, sordos, mudos, débiles de espíritu, locos, y viejos, cuando no podían lanzarse a caballo con espada y escudo, desde un lugar poco elevado –Vid. MENÉNDEZ PIDAL Y DE MONTES, F., “La mala fe en las relaciones tutelares”, *RGLJ*, 1929, t. 154, np. 1, p. 182-.

⁴⁴⁰ LE GALL, J.P., “Liability for person under supervision”, *Int. Enc. Comp. Law*, IX, Torts, chapter 3, Tübingen- The Hague-Boston-London, 1983, n. 87, 26, p. 4. Y acerca del espíritu comunitario de la familia germana, vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudio de Derecho civil*, t. IV, 1º, Madrid, 1898, p. 173, que destaca que la propiedad se extendía a la familia entera, sin que nadie fuera propietario exclusivo de los bienes, en cuanto todos tenían un derecho igual, lo que justificaría el desconocimiento por los germanos del testamento.

⁴⁴¹ LE GALL, J.P., ob, cit, p. 4.

concreto, de las escasas referencias que existen, encontramos que según el Código de Eurico el tutor del loco se le permite tenerle sujeto para evitar los daños de los que tendría que responder⁴⁴². Y, en dicha línea, el comentarista BARTOLO DE SASOFERRATO estableció que el guardador del incapaz, normalmente los padres, estaba obligado a vigilar al incapaz, y que los padres o familiares debían responder por los daños ocasionados por los parientes locos⁴⁴³. Si bien, al hablar de familiares en plural no parecen referirse, según una primera aproximación, al tutor del incapaz (ciegos, sordos, mudos, débiles de espíritu, locos y viejos, cuando no podían lanzarse a caballo con espada y escudo desde un lugar poco elevado), en la medida en que la tutela plural antigua, el *mundium* o conjunto de todo el grupo familiar agnaticio como poder en su propio interés y con carácter patrimonial, se transformó en tutela única, al pasar a residir en el *mundualdo*, que era generalmente el más próximo pariente del pupilo y en quién delegaba la familia para, de igual modo, gestionar y administrar el patrimonio del incapaz⁴⁴⁴. No obstante, es un dato importante, que dado el espíritu comunitario que anima a la *sippe*, ésta tomara sobre sí la alimentación y necesidades más elementales del incapaz cuando careciese de aquellos bienes; e incluso, se afirma que la intervención obligada de los parientes en determinados actos relativos al pupilo se mantiene, durante mucho tiempo, como un vestigio de la primitiva tutela colectiva⁴⁴⁵.

Con el marco histórico expuesto, se puede decir que en la España visigoda medieval, a pesar de la complejidad jurídica que le caracterizaba, merced a la pervivencia de sistemas jurídicos muy heterógenos, además de un cuarteamiento del territorio que hace imposible determinar hasta donde penetra lo que se viene denominado como Derecho español bajo medieval⁴⁴⁶, eran claras dos grandes influencias: en primar lugar, los textos de inspiración

⁴⁴² Ref. D'ORS, A., *El Código de Eurico*. Roma- Madrid, 1960, Estudios Visigóticos, p. 158, en Gutiérrez Calles, J.L., ob, cit, np. 26, p. 100. El Código de Eurico recoge en la Antiqua 8,3,2 que el daño causado por mano del hombre debe ser indemnizado según estimación judicial: "*Si quis alienum ortum vastaverit, statim iuxta damni estimationem a iudice coactus domino orti cogatur exolvere*".

⁴⁴³ *In leg. Iure provisum*, C. De Fabrc. Lib. II, 9; y LABBÉ, J.E., "De la démence au point de vue de la responsabilité et de la imputabilité en matière civile", *Rev.crit.lég.jur.*, 1870, p. 128, en López Sánchez, C, ob, cit, np. 70, p. 49.

⁴⁴⁴ OSSORIO MORALES, J., "La pluralidad de tutores" (contribución a la reforma del régimen tutelar español)", *Estudios de Derecho Privado*, ed., Bosch, Barcelona, 1942, pp. 81-114, especialmente. p. 95.

⁴⁴⁵ GUTIÉRREZ CALLES, J.L., ob, cit, p. 95; además los locos eran para los germanos seres poseídos y no se les reconocía más derecho que el que se les asegurase su vida a costa de los bienes propios. En concreto, tras la apreciación de la locura en un individuo (lo que obedecía a la simple observación física, más que a un estudio del comportamiento del individuo) recaía sobre él la protección tutelar.

⁴⁴⁶ Vid. el interesante estudio de GARCÍA-GALLO, A., "El carácter germánico de la épica y del derecho en la edad media española", *AHDE*, t. XXV, n.º. 79, pp. 670-679

germánica anteriores y coetáneos a Las Partidas, sobre todo en lo que concierne a la materia de la tutela, como refleja el Derecho consuetudinario consignado en los Fueros locales y territoriales de todos los Estados de la península hasta el siglo XIV⁴⁴⁷; influjo que fue, en palabras de OSSORIO MORALES, sorprendente, pues los Fueros, apartándose del Derecho romano, nos muestran constantemente a la familia realizando funciones activas de guarda⁴⁴⁸. Si bien, respecto a la guarda de los incapaces, en esta época de “oscurantismo, superstición, intolerancia y misticismo exaltado”⁴⁴⁹, se desanda el camino andado por el Derecho romano, pues en los Fueros más representativos, únicamente, se regula la guarda de los huérfanos menores de edad, no encontrando referencias a la guarda de los locos o dementes; y en el caso en que las hubiera, adolecían de cualquier alusión a los aspectos personales de su guarda⁴⁵⁰.

En definitiva, la nota común era la hostilidad con la que el Derecho medieval contemplaba al enfermo mental, animadversión concretada en el propio Fuero Real (F.R I, II, I) donde se afirma que “el loco en la culpa será cuerdo por la pena”; de ahí que las referencias a aquél eran, o bien para negar la posibilidad de realizar actos jurídicos, así en el Fuero Juzgo, Fuero Viejo y Fuero Real⁴⁵¹, o para indicar que el padre no puede desentenderse del incapaz ni expulsarle del lugar por locura, sino que tan solo puede, *tenerle atado o encerrado, para evitar daños de los que tendría que responder*, como se manifiesta, claramente, en el Fuero de Cuenca, como cabecera de una familia de Fueros de gran autoridad en Castilla que resume su estado jurídico durante el siglo XII, y cuya expansión contribuyó a eliminar paulatinamente la enorme dispersión jurídica surgida tras la reconquista⁴⁵². En concreto, el fragmento Conquense R. 146 (209) primitivo afirma que: “Si un padre, o una madre tiene un hijo perturbado y teme pagar las penas pecuniarias de los delitos que pueda

⁴⁴⁷ Ref. HINOJOSA NAVEROS, E., *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, p. 410, en Guilarte Martín Calero, C, ob, cit, np. 136, p. 28.

⁴⁴⁸ OSSORIO MORALES, J., “La pluralidad de tutores ...”, ob, cit, pp.96-97.

⁴⁴⁹ CABREIRA FORNEIRO, J., *Psiquiatría y derecho*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1990, p. 20. Y para un análisis de las causas sociales que provocaron dicha situación, vid. MENÉNDEZ PIDAL, R., *Historia de España*, t. III, (España visigoda), p. 398. La España visigoda se caracteriza por la indigencia, debido a la concentración de la propiedad fundiaria en manos de los potentes, la presión fiscal, la baja productividad del suelo y la opresión señorial sobre el campesinado, lo cual crea enormes bolsas de pobreza, de cerrazón y de ignorancia. De modo que en esta época se aprecia la ausencia de una definición de la enfermedad psíquica fruto del desconocimiento sobre el origen de la misma.

⁴⁵⁰ GUTIÉRREZ CALLES, J.L., ob, cit, p. 104.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p.105.

⁴⁵² Ref. GALO SÁNCHEZ., *Curso de Historia del Derecho*, Universidad de Valladolid, 1972, p. 75; MUÑOZ Y ROMERO, T., *Colección de los Fueros Municipales y Cartas Pueblas, con una advertencia inicial del*

cometer, téngalo cautivo o atado hasta que se calme o se cure, mientras continúe fuera de sí, para que no cause daño; pues por cualquier daño que cause, los padres tienen que responder, y no le valdrá a aquel que haya renegado de él ante el Concejo o lo haya desheredado. Este precepto está establecido para que nadie diga que su hijo está loco o perturbado y que renuncia ante él ante el Concejo y luego, con ocultación y engaño, haga que él mate a alguien o cause un incendio o cualquier otro daño”⁴⁵³. Si bien, es significativa la regulación que este Fuero, y todos los pertenecientes a su grupo derivados de él, hace de la tutela del huérfano, pues ya hemos apuntado el olvido jurídico de la del incapaz, en el sentido de que, según OSSORIO MORALES, si bien el huérfano y sus bienes habían de quedar en poder de una sola persona –el padre, la madre o un pariente- ésta era como un órgano representante del grupo familiar, a quién en puridad correspondía la misión de velar por aquéllos, era pues a los “parientes más cercanos del huérfano o incapaz” a quién correspondía en realidad la guarda en forma de supertutela⁴⁵⁴. E, incluso, del Derecho territorial castellano del siglo XIII se deduce que los parientes más próximos desempeñaban una verdadera guarda activa del huérfano⁴⁵⁵.

Recapitulando, de los escasos datos de los textos medievales españoles de inspiración germánica hacen a la guarda del loco o enajenado, y más aún a la responsabilidad civil por los daños causados por éstos, tenemos una única referencia, en el Fuero de Cuenca, a la responsabilidad del tutor del enfermo psíquico, tanto menor como mayor de edad al no distiguir la ley, que surgía automáticamente a la muerte del padre o la madre⁴⁵⁶, pero sin referencia alguna al caso en que hubieran muerto ambos; esto es, sólo se contempla la responsabilidad civil del tutor, familiar del incapaz, y, más en concreto, progenitor del incapaz que sobrevivía a la muerte del otro. Y si a esto unimos el dato expuesto en el párrafo anterior

autor, ed. Atlas, Madrid, 1874, p.4, en Gutiérrez Calles, JL, np. 40 y 41, p.107, que alude hay que no hay Fuero en Castilla-León comparable con el que Don Alfonso VIII dio a la ciudad de Cuenca.

⁴⁵³ Ref. FUERO DE CUENCA, 2ª edición traducida y anotada por el prof. VALMAÑA VICENTE, A, en Gutiérrez Calles, JL, ob, cit, np. 46, p. 110.

⁴⁵⁴ OSSORIO MORALES, J., “La pluralidad de tutores...”, ob, cit, pp. 101-102.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 104, lo cual se desprende del Fuero Viejo de Castilla (lib. V, título IV), por consiguiente tanto si los próximos parientes asumen sólo la guarda personal –por quedar los bienes arrendados a un extraño-, o, también, patrimonial en concepto de arrendamiento, lo hacen conjuntamente, actuando todos ellos como guardadores. No se trata aquí ya sólo de una supertutela colectiva, como en el prototipo Cuenca-Teruel, sino de una verdadera guarda activa desempeñada por todos los parientes próximos.

⁴⁵⁶ Hay autores que sostienen que la patria potestad en la España de la reconquista era un poder conjunto y solidario del padre y de la madre, y que, por consiguiente, se extinguía al morir uno cualquiera de los cónyuges

de que la misión estricta de velar por el huérfano, y deducimos entonces que la del incapaz, correspondía a los parientes más cercanos, deducimos que la responsabilidad civil del tutor tenía más que ver con la defensa del patrimonio familiar, que con una preocupación por su guarda, de modo que el criterio de imputación está más cerca del objetivo que del subjetivo o por culpa, ya que, además, no se regulaba modo alguno de exoneración. E, incluso, y a *sensu contrario*, se puede afirmar que la preocupación por la guarda del incapaz se reducía a eludir una responsabilidad pecuniaria por los daños que pudiera causar el loco en libertad. No obstante, parece que en esta época se puede establecer la aparición de una primera vinculación entre la responsabilidad civil y la obligación de vigilancia impuesta a los familiares del incapaz, que se traducía en tenerle encerrado, y cuyo incumplimiento les hacía responsables de los perjuicios ocasionados, en coherencia, por otro lado, con el concepto que se tenía en esta época histórica de locura como *vitium*, esto es, como vicio o imperfección de la persona y, por tanto, permanente⁴⁵⁷, afectando de por vida al demente.

En segundo lugar, a la configuración del Derecho medieval español también contribuyeron Las Partidas, coetáneas a los Fueros mencionados, y que, en materia de guarda y protección de los incapaces, recogen la concepción justiniana⁴⁵⁸, en la que nos vamos a detener porque junto con la Ley de Enjuiciamiento Civil, representan la doctrina vigente hasta la promulgación del Código civil⁴⁵⁹; si bien, con la advertencia previa de que, respecto a las instituciones de guarda, Las Partidas fueron alteradas por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881 por la incursión que el nuevo texto hacía en el derecho sustantivo⁴⁶⁰.

—ref. UREÑA, R., *Una tradición jurídica española*, discurso, Madrid, 1913, en Ossorio Morales, J., ob, cit, np. 51, p.99.

⁴⁵⁷ Éste fue el sentido que le atribuyó el Fuero Juzgo, que dio igual participación a la legislación romana y goda —vid. ref. MINGUIÓN, S., *Historia del Derecho español*, Labor, Barcelona, 1927, en Guitérrez Calles, JL, ob, cit, np. 51, p. 113.

⁴⁵⁸ Para una idea completa de la recepción, vid. ref. RIAZA, R./ GARCIA- GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1934, pp 213-214, en Guitérrez Calles, JL., ob, cit, np. 53, p. 119. En el siglo XII tiene lugar la penetración del Derecho romano-justiniano, que satisfacía las nuevas necesidades sociales, reelaborado por los juristas italianos de la escuela boloñesa a través de Las Partidas. Sin embargo, la recepción no fue una labor puramente mimética, sino que el rey Alfonso X el Sabio supo armonizar el elemento romano con el Derecho castellano, fuertemente germanizado, y de ahí parte de su éxito, pues a ningún pueblo le es dado pensar con el alma de otro.

⁴⁵⁹ MANRESA Y NAVARRO, J.M.DE, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6ª ed., Madrid, 1973, pp. 839-840.

⁴⁶⁰ Ref. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil Español*, t. I, Madrid, 1862, pp. 694-695, en Guitérrez Calles, JL, ob, cit, np. 3, p.145, que sobre el alcance reformador que las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento tuvieron en las instituciones de guarda afirma que: “su doctrina constituye un estado en la ciencia: no han derogado lo antiguo, se han dictado más bien con el fin de

De tal manera, la Ley 9ª, del título I, de La Partida VII representa el antecedente del artículo 1903.3 CC, cuando establece que: “*no están exentos de culpa los parientes de éstos (furiosgo y desmemoriado), cuando no los hacen guardar de manera que no puedan hacer mal a otro*”⁴⁶¹. Y si ponemos en conexión sistemática esta norma con la que consagra, en la Ley 3ª del título XV de la misma Partida, la irresponsabilidad del infante, del loco y del desmemoriado⁴⁶², en coherencia con su incapacidad para prestar consentimiento, contraer matrimonio, hacer testamento, o realizar cualquier acto civil, se deduce que los parientes del incapaz eran los únicos responsables del daño que causara un incapaz, a diferencia, como veremos, de los daños que causara un menor.

Ahora bien, para vislumbrar el criterio de imputación, nos cuestionamos, en primer lugar, si el legislador, cuando nombra como responsables a los “parientes” que debían guardar al incapaz, se estaba refiriendo a los guardadores de los incapaces, es decir, los llamados curadores ejemplares que podían ser testamentarios, si bien parte de la doctrina niega este tipo de curatela para los enajenados⁴⁶³; legítimos⁴⁶⁴; y dativos⁴⁶⁵, de los mayores de veinticinco

buscar los medios de aplicarlo; pero con o sin intención de los autores, las alteraciones son de tal manera radicales, que al lado de ellas muchas leyes de Partida pertenecen a la historia”.

⁴⁶¹ Ley 9ª, Título I, Partida VII: “*Moço menor de catorze años no puede fer acufado de ningu yerro q pufieffen q ouieffe fecho en razó de luxuria. Ca maguer setrabajaffe de fazer tal yerro como este, nó deue ome afmar q lo podría cúplir. E fi por aventura acaefcieffe q lo cúplieffe nó aura entendimieito cúplido para entéder, nin faber lo q fazia. E poréde nó puede fer acufado, nin le deué dar pena porende. Pero fi acaefcieffe q este tal, otro yerro fizieffe, affi como fi firieffe, o mataffe, o furtaffe, o otro fecho femefante deftos e fueffe mayor de diez añoso, e medio, e menor de catorze: dezimos que bien lo puedé ende acufare fi aquel yerro le fuere prouado non le deuen dar tan grand pena en el cuerpo, nin en el auer como fariá a otro que fueffe de mayor edad, ate gela deuédar my mas leue. Pero fi fueffe menor de diez años e medio: eftóce non le pueden acufar de ningun yerro que fiezieffe. Effen mifmo dezimos q feria del loco, o del furiofo, o del defmemoriado q lo non pueden acufar de cofa que fizieffe mientra q le durare la locura. **Pero no fon fin culpa los parientes dellos, quando non les fazen guardar de guifa que non puedan fazer mal a otri**”.*

⁴⁶² Ley 3ª, Título XV, Partida VII: “*Emendar, e pechar deue el daño aquel que lo fizo a aquel que lo refcibio. E esto le puede fer demandao quier lo ouieffe fecho por fus manos o auinieffe por fu culpa, o fueffe fecho por fu mandado o por fu confejo. Fuera ende fi aquel que fizo el daño fueffe loco o defmemoriado o menor de diez año e medio: o fi alguno lo ouieffe fecho amparando afsi mefmo o afus cofas. Ca eftonce non podría fer demandada emienda del daño que defta guifa fizieffe*”.

⁴⁶³ La curatela ejemplar testamentaria consistía en el curador designado por los padres en disposición testamentaria, o por persona que instituya heredero o dejado legado y manda de importancia al incapaz. La mayoría de la doctrina defiende la preferencia de la tutela testamentaria frente a la dativa y legítima, de lo que disiente DE CASTRO, merced a que las Partidas (6,16,13) distinguían: el guardador del menor de veinticinco años - que no podía ser dejado en testamento, con la única excepción de que el juzgador entendiese que era beneficioso para el mozo, y, entonces, estaba obligado a confirmarla -, del guardador de los locos y desmemoriados, en los que no cabe el curador testamentario- vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, ed., Civitas, Madrid, 1984 (ed., facsímil de *Derecho civil de España*. t. II. Derecho de la persona, ed., Instituto de Estudios Políticos (I.E.P.), Madrid, 1952, pp. 294-295).

⁴⁶⁴ En la materia de curatela las Partidas son la base y la Ley de Enjuiciamiento civil la doctrina, pues ésta contiene disposiciones posteriores que completan a aquélla. Así, aunque las Partidas no recogieron, de modo expreso, la curatela ejemplar legítima del incapaz, según la LEC de 1855 la curatela ejemplar legítima debería

años *locos o desmemoriados*, pues Las Partidas, en cuanto inspiradas en el Derecho romano según veíamos, es el primer texto jurídico español en el que encontramos concreta referencia y regulación a la curatela del loco en la ley 13ª, del título XVI de la Partida VI según la cual: “curadores son llamados en latín aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorce años, e menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuessen mayores, seyendo locos o desmemoriados”⁴⁶⁶.

Entendemos, en orden a dar una respuesta a la cuestión anterior, que una interpretación gramatical y sistemática de la norma jurídica nos llevaría a negar la identificación apuntada, a pesar de que los curadores ejemplares legítimos eran familiares, los más próximos, del incapaz. Y esto en base a dos razones:

En primer lugar, porque, sentado que Las Partidas no recogen como regla general la curatela plural⁴⁶⁷, si el legislador hubiese querido indicar a los curadores no habría hablado en plural de “los familiares del incapaz”, que sólo son, a nuestro entender, los curadores legítimos en potencia; e, incluso, en el caso en que el curador legítimo no fuese apto el Juez podía nombrar como curador a un amigo del incapaz no familiar.

Y, en segundo lugar, porque, en contraste con el requisito de la guarda (personal) del incapaz, como presupuesto de la responsabilidad civil de los familiares de éste según los términos de la Ley citada, *cuando no los hacen guardar de manera que no puedan hacer mal a otro*, el curador no estaba obligado a convivir con el incapaz, y por tanto a vigilarle *strictu*

recaer por su orden en las personas que se expresan, si tuvieran la aptitud necesaria para desempeñarlo: padre, mujer, hijos, madre, abuelos y hermanos del incapacitado; si hubiere varios hermanos o hijos, serán preferidos los varones a las hembras y el mayor al menor; concurriendo abuelos paternos, y maternos, serán también preferidos los varones a las hembras, y en el caso de ser del mismo sexo, los que lo sean por parte del padre a los que lo fueren por la de la madre.- vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ob, cit, p. 37-.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 37. En la curatela ejemplar dativa, no existiendo las personas mencionadas en el párrafo anterior, o no siendo aptas para la curatela, el Juez podrá nombrar a la que estimare más a propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reunieren la necesaria capacidad, la que sea pariente o amigo del incapacitado o de sus padres-art. 1247 LEC 1855, y 1851 LEC 1881-

⁴⁶⁶ Las Siete Partidas, glosadas por el licenciado GREGORIO LÓPEZ del Consejo Real de las Indias de su Majestad, Salamanca, 1555.

⁴⁶⁷ Si OSSORIO MORALES, J., ob, cit, pp. 104-105, nos explica que Las Partidas admitieron la pluralidad de los tutores como excepción al principio general del tutor único, inspirándose en las normas del Derecho romano, entendemos lo mismo para la curatela.

*sensu*⁴⁶⁸, pues se puede afirmar que la finalidad de la curatela en Las Partidas era atender, en primer término, al cuidado de los bienes y, en segundo lugar, a la persona⁴⁶⁹. Y esta afirmación la creemos válida con independencia de la teoría que se adopte acerca de la polémica existente sobre el contenido personal de la curatela en Las Partidas a causa de la ausencia de su regulación⁴⁷⁰. Pues, por un lado, si se sigue la tesis de que la curatela en Las Partidas constituye una protección especial respecto a la protección general que es la tutela y por eso sólo se regulan las normas que la diferencian de la general, presumiendo la regulación de esta última por analogía a lo no regulado⁴⁷¹, entonces, las obligaciones que incumbían al curador que alcanzaban a la persona eran las mismas que para la tutela de los huérfanos, y se reducirían a las siguientes: a la representación del incapaz en juicio y fuera de él; a la educación del incapaz de acuerdo con su rango, en el sentido de su dirección moral y civil,

⁴⁶⁸ Aunque en Las Partidas se puede observar una cierta preocupación por el aspecto personal que se concreta en la remoción del tutor por sospechoso, cuando éste no atiende al cuidado de la persona con la diligencia necesaria, discernir el cuidado debido es cuestión difícil de desentrañar, pues Las Partidas, si bien hacen referencia expresa a la guarda del loco o desmemoriado, remiten su contenido a lo regulado para los menores, y esta remisión, siendo válida para lo patrimonial no lo es para lo personal. Por ello, no cabe hablar de obligación de enseñarles a leer y escribir, ni la de hacerles aprender un oficio, pero sí que deben los curadores hacer frente a la manutención del demente, dedicando a ello la cantidad que el Juez señale, con cargo a los bienes del incapaz y sus frutos – GUTIÉRREZ CALLES, JL., ob, cit, p. 138-.

⁴⁶⁹ NAVARRO AMANDI, M., *Reglamento General para la ejecución de las LEYES CIVILES ESPAÑOLAS*, I, Madrid, 1881, p. 172.

⁴⁷⁰ Pues, una parte de la doctrina entiende que Las Partidas no regulan el contenido de la curatela del loco, ni, por tanto, la guarda de la persona de éste –vid. MARTÍN GRANIZO-FERNÁNDEZ, M., "La incapacidad de los locos y dementes: ¿es susceptible de graduación en nuestro Derecho positivo?, *RGLJ*, 1967, t. LIV, n.º. 222 de la Colección, p. 228; y otra entiende que tanto la tutela como la curatela se daban para la persona y para los bienes del pupilo menor o incapaz –vid. SÁNCHEZ ROMAN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, vol. 2º, Derecho de familia, Madrid, 1898 p. 1245-.

⁴⁷¹ GUTIÉRREZ CALLES, JL, ob, cit, p. 121, que razona que de una detenida lectura del título XVI de la Sexta Partida que lleva por título "Cómo se deben guardar los huérfanos y los bienes que heredan á la muerte de sus padres", se puede deducir que los curadores son una clase de guardadores, genérico éste que engloba a tutores y curadores. Además, Las Partidas encabezan todas las leyes de dicho título con rúbricas que aluden siempre a guarda y guardadores y sólo cuando se refiere a los guardadores de los locos o desmemoriados, y por lógica influencia del Derecho romano, los califica como curadores, sin que ello signifique un régimen distinto en cuanto al contenido, sino su asimilación en cuanto fuere posible y lo permita el incapaz sobre el que recae la guarda, en sus dos modalidades (menores de edad o incapaces). Por tanto si la guarda del huérfano comprende la custodia de su persona y bienes no hay razón para dudar que tenga alcance distinto en atención a que el pupilo padezca una enfermedad mental. Cuestión diferente es que, la enajenación impida a veces, en atención a las circunstancias, desarrollar plenamente el contenido personal, pero ello no desvirtúa el régimen personal y patrimonial que Las Partidas dan a la guarda, *ab initio*. Además, es precisamente a partir de la Ley XIII, cuando se desarrolla el régimen que las Partidas contiene para los guardadores, sin que se excluya del mismo a los curadores. De modo que se puede decir que las funciones, deberes y responsabilidades del curador se regulan por las mismas disposiciones establecidas por la tutela, salvando las diferencias de carácter secundario -ref. DOMINGO DE MORATÓ, DR., *El Derecho civil español con las correspondencias del Derecho romano*, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de los intérpretes, en especial las Instituciones y del Digesto Romano-Hispanense de D. Juan de Salas, segunda edición, t. I, Valladolid, 1877-. En definitiva, la curatela en Las Partidas constituye una protección especial respecto a la protección general que es la tutela, de modo que sólo se regulan las normas que la diferencian de la general, y, por tanto, se presume la regulación de esta última por analogía a lo no regulado.

siendo más problemático el mandato de enseñarle a leer y escribir y el correspondiente menester u oficio; a dar alimentos y vestido al incapaz en el sentido de cubrir al sometido todas las necesidades y las atenciones de su patrimonio, y conforme señale el Juez; el cual, también, determinará el lugar donde ha de criarse el menor o mozo, si no lo hicieron en testamento el padre o el abuelo⁴⁷². Es significativo, entonces, que la ley 19ª, título XVI, de la Partida VI estableciera que, si el testamento no indicaba donde debía criarse el menor el Juez debería escoger a un hombre bueno, *que ame la persona del huerfano e el prouecho del*, y que no tuviera derecho a heredarle en caso de muerte del menor, y, en todo caso, la madre, si existe y no se vuelve a casar, puede criar al menor⁴⁷³.

Y, por otro, si se sigue la tesis contraria, que niega la aplicación analógica del contenido de la tutela a la curatela, entonces, el contenido de ésta sólo sería patrimonial, y de igual modo, excluiría el deber de guarda y vigilancia. Esta segunda tesis parece que se corrobora, en una primera aproximación, con el contenido de las Leyes de Enjuiciamiento civil posteriores ya que, teniendo en cuenta con GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ que en materia de curatela Las Partidas son la base y la Ley de Enjuiciamiento civil la doctrina al contener ésta disposiciones posteriores que completan aquélla⁴⁷⁴, la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y, posteriormente, la de 1881, reguló el procedimiento para el nombramiento del “curador ejemplar”, aunque solamente se refiere al instituido para la administración de los bienes de aquéllos que previamente habían sido declarados incapaces (sordo-mudos de nacimiento, pródigos, locos e imbeciles)⁴⁷⁵, dejando huérfano de toda regulación el aspecto personal de la

⁴⁷² Cfr. Ley 16ª, Título XVI, Partida VI; Ley 16ª y 20ª, Título XVI, Partida VI; Ley 17ª, Título XVI, Partida VI.

⁴⁷³ Ley 19ª, título XVI, Partida VI: “Criarse deve el huerfano en aquel lugar, e con aquellas personas, que mando el padre, o el abuelo en su testamento. E si por aventura, en el testamento de ninguno dellos non fuesse esto puesto, estonce el Juez del logar deve catar con grand femencia, e escoger algund ome bueno, que ame la persona del huerfano, e el prouecho del; e que sea atal, que muriendo el moço, non aya derecho de heredar lo suyo. Pero si ouisse madre, que fuesse muger de buena fama, bien le puede dar el fijo, que lo crie, e ella puedelo tener mientras mantouiere biudez, e non casare. Mas luego que casare, deuen sacar el huerfano de su poder, porque dixeron los Sabios, que la muger suele amar tanto al nueuo marido, que non tan solamente le daria los bienes de sus fijos, mas aun, que consitiera en la muerte dellos, por fazer plazer a su marido”.

⁴⁷⁴ Ref. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t.I, Madrid, 1862, p. 643, en Guilarte Martín- Calero, C., ob, cit, np. 177, p. 37.

⁴⁷⁵ Ref. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855*, t. 5, Madrid, 1856, en Gutiérrez Calles, J.L., ob,cit, pp. 146-157, que alude a las siguientes obligaciones y derechos del curador testamentario –legítimo (art. 1245 LEC: padre-hijos- mujer-madre- abuelos y hermanos del incapacitado), y dativa (art. 1247 LEC, el Juez a falta de los anteriores podría nombrar a quién estime más a propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reunieran la necesaria capacidad, las que sean parientes o amigos íntimos del incapacitado o de sus padres): Iº) Antes de la administración de los bienes: a) pedir discernimiento (arts 1251-1252), lo que nos e exigía al tutor, que era la necesidad de protocolizar el expediente que se formase

guarda. Del igual modo, la posterior Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 reprodujo las disposiciones de la anterior en lo que se refiere a la curatela ejemplar de los locos o dementes centrada, al igual que la anterior, en el aspecto patrimonialista, pues el artículo 1847 LEC 1881 se refería únicamente a la persona incapacitada para administrar sus bienes, a la que se le nombrará curador ejemplar, encabezando el expediente con testimonio de dicha sentencia⁴⁷⁶. No obstante, de alguna resolución del Tribunal Supremo, cuando estaban vigentes dichas Leyes, que declaró que no había lugar a la remoción del curador de un enajenado si éste, actuando en su beneficio, encomendó su atención y cuidado a un tercero, parece inferirse que la guarda personal del incapaz es una función inherente a la curatela del enajenado. Si bien, al mismo tiempo, parece forjarse la idea de la compatibilidad del carácter personalísimo del cargo con la transferencia del cuidado personal a terceros en todo aquello en que no era absolutamente necesaria la presencia e intervención de un curador⁴⁷⁷, facilitando, por otra parte, el encierro de éste, preludio del que se iba a producir de modo masivo en el siglo XVII, como veremos más adelante.

En virtud de lo expuesto hasta ahora, consideramos que los familiares del guardador, responsables civiles del incapaz según la Ley 9ª del título I de la Partida VII, no eran los curadores; sino, y por influencia del elemento germánico en Las Partidas, los parientes más cercanos del incapaz, que eran los que ejercían la guarda activa de éste. De tal modo que, por una parte, rechazamos cualquier criterio de imputación basado en una “vinculación patrimonial” merced, a su vez, a la conexión que, como vestigio desde el Derecho romano, existía entre la tutela/curatela y la herencia, en el sentido de que el tutor/curador era el

para el nombramiento del curador en la notaría o escribanía del lugar del domicilio de incapacitado dando con ello la necesaria publicidad de la persona que desde el nombramiento representaba los intereses del incapacitado; b) dar fianzas para asegurar el caudal que hasta de entregárseles, con la excepción del curador testamentario nombrado por el padre; c) la retribución del curador (art. 126); f) la obligación de fidelidad en el desempeño del cargo (art. 1296); IIº) Durante el ejercicio del cargo, la licencia judicial de la venta de bienes raíces y otros (art. 1401); y IIIº) Al concluir la curatela, rendir cuentas de su gestión (art. 1272).

⁴⁷⁶ GUTIÉRREZ CALLES, JL., ob, cit, p. 159, que se refiere a la crítica del senador COMAS acerca del carácter interesado de toda la normativa anterior al Código civil en materia de tutela y curatela - en *Diario de Sesiones del Senado*, sesión de 11 de marzo de 1885 (nº. 83)-, frente al que, por el contrario, SILVELA arguía que el aspecto personal no era materia que pudiera inscribirse en el Código civil, ya que la legislación se limita a velar por la fortuna del huérfano, pues ¡ojalá que todo lo demás pudiera inscribirse en un Código civil!.

⁴⁷⁷ Cfr. Ref. la sentencia de 22.12.1860 (Jurisprudencia civil, nº. 365, de 22 de diciembre de 1860, pp. 815-817), en Gutiérrez Calles, JL, ob, cit, np. 64, p.123, que trata de una demanda que se dirige contra el curador de un enfermo mental, que ante la imposibilidad de poder llevar a cabo el cuidado personal y patrimonial del enajenado, encomienda esta tarea a un vecino, así como el cuidado de su propia hija, a quienes no podía atender por tener que ocuparse de las faenas agrícolas y haber enviudado. Y también, nº. 308, de 28 de diciembre de

heredero más próximo del incapaz sometido a tal *potestas*⁴⁷⁸, y así tiene su reflejo en la curatela ejemplar legítima en Las Partidas. Y, por otra, opinamos que el criterio de imputación de los familiares del incapaz era la culpa, pues dicho texto legal basa la responsabilidad, a pesar de sus términos ambiguos, en un juicio acerca de la conducta de éstos, en razón de incidir en el hecho de haberles dejado de guardar de modo que no causaren daño. Y aunque la interpretación del concepto de culpa permanece ambiguo, nos decantamos, no tanto por su significado técnico o psicológico de negligencia, sino por superponerse al de causalidad e ilicitud, esto es, para expresar, de modo objetivo, una acción antijurídica o contraria a derecho. En definitiva, era una culpa más aparente que real en donde prevalece, más que un análisis de la conducta del sujeto, evitar el daño al tercero.

Sea como fuere, Las Partidas parecen traer la novedad de centrar una responsabilidad por hecho ajeno, la de los locos y desmemoriados, en la idea de la falta de vigilancia de éstos y, por tanto, fortalece la conexión entre responsabilidad civil del guardador y vigilancia-encierro.

b') Cambios en la responsabilidad civil del padre del menor. Las Partidas.

Por el contrario, y dando paso al otro supuesto de responsabilidad por hecho ajeno que nos ocupa, el Derecho medieval de los países que conforman el sistema continental, según el parecer de algunos autores, amén de que no aportó novedad alguna respecto a la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos en el Derecho romano⁴⁷⁹, convierte en principio general la responsabilidad civil de los menores que son independientes de los actos dañosos que cometan⁴⁸⁰.

1863 (pp. 812-815); n.º. 346, de 13 de diciembre de 1873 (pp. 668-669); y n.º. 247, de 2 de octubre de 1878 (pp. 253-257).

⁴⁷⁸ Sobre la concepción tutela-herencia, vid, la referencia bibliográfica de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, ob, cit, np. 6, p. 6; y OSSORIO MORALES, J.A., ob, cit, p. 107, si bien dicha concepción deja de tener valor a pasar a tener la tutela como una función tuitiva, de protección y asistencia, establecida en beneficio exclusivo del pupilo.

⁴⁷⁹ JACQUELIN, B, ob, cit, p. 26.

⁴⁸⁰ LE GALL, J.P., "Liability for person under supervision", ob, cit, p. 4.

Y respecto al Derecho medieval español anterior a Las Partidas, y tras un análisis del Fuero Juzgo, el Juero Viejo de Castilla, y el Fuero Real, se puede concluir que no hay en nuestro Derecho referencias concretas en relación con la responsabilidad de los menores – vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, pp. 51-53-

Sin embargo, y respecto al Derecho medieval español, entendemos que la responsabilidad civil de los padres en Las Partidas, aunque parece estar aparentemente en línea de continuidad con el Derecho romano, tiene algún cambio digno de resaltar. Éste se desprende, de modo implícito, de los tres datos normativos siguientes: En primer lugar, la única referencia explícita a la responsabilidad civil de los padres se encuentra en la Ley 5ª del Título XV, de la Partida VII, que regula la responsabilidad civil del padre por los daños que causare el hijo que estuviere bajo el poder de su padre, y por mandato de éste, excluyendo la responsabilidad del menor en estos casos, a excepción de los supuestos de deshonor y el delito de matar que hubiera sido cometido por el menor por mandato del padre, que no libera al hijo por no estar obligado a obedecer tal mandato. Y añade la Ley que: *“Pero fi alguno deftos fobre dichos q eftan en poder de otro, fizieffen tuerto, o daño a alguno fin mandado de aquel en cuyo poder eftouieffe: efton ce cada uno de los q lo fizieffen, feren tenudos de fazer la enmienda, e non aqllos en cuyo poder eftouieffen”*. En segundo lugar, y recordando lo que ya hemos apuntado anteriormente, el último párrafo de la Ley 9ª, del Título I, de la Partida VII que se refiere a la responsabilidad de los parientes de los irresponsables, se refiere a la de los parientes de los locos y desmemoriados, pero excluye, a nuestro entender, a la de los padres de los menores de diez años y medio. Y, por último, la Ley 4ª, título XIII, de la Partida VII, que trata de la responsabilidad delictual del señor por los robos de sus siervos o de los hombres que vivían con él y por mandato de éste, aunque matizaba que el señor no estaba en culpa si los siervos cometieron el robo sin mandato de su señor, o si sabiéndolo no lo pudo evitar⁴⁸¹.

Si ponemos en conexión sistemática los datos normativos expuestos, podemos deducir, por una parte, que los menores mayores de diez años y medio eran directamente responsables del daño que habían causado por un hecho cometido sin mandato de su padre⁴⁸². Y, por otro, que, desde una primera aproximación, Las Partidas regulan una responsabilidad de los padres por hecho propio y no ajeno, pues, como se ha visto, la Ley 5ª, del título XV de la partida VII

⁴⁸¹ “Robo faciendo siervos de algun ome, sin mandado de su señor, o con sabiduria non lo pudiendo vedar non es culpa el señor porende”.

⁴⁸² LÓPEZ SÁNCHEZ, C, ob, cit, p. 54. Y con posterioridad a Las Partidas también se le reconoce la capacidad delictual al púber, o menores mayores de catorce años en los hombres y doce en las mujeres, como se recoge por Antonio GÓMEZ en los comentarios a las Leyes de Toro de 1505 –*Opera Ommia, Variae Resolutiones, Juris civilis, Communis et Regii*, Salmantica, 1579 (Lugduni, 1701), III, Delictorum, nº. 55-59, pp. 413-415-

hace responder sólo del daño cometido por el menor con la anuencia del padre; frente al Derecho romano que trataba de la responsabilidad del padre por los hechos del menor cometidos sin la anuencia del padre y de modo objetivo, como se ha expuesto anteriormente.

Pero nos llama la atención, a su vez, que la Ley 5ª, del Título XV de la partida VII no establece la matización que hace la Ley 4ª, del Título XIII, de la Partida VII, que regula la responsabilidad delictual del señor por el robo cometido por alguno de sus esclavos u hombres que vivían con él, de que el señor no está en culpa si el siervo comete el robo conociéndolo el señor, pero sin poderlo evitar; de lo que se deduce, *a sensu contrario*, que el señor es responsable cuando el siervo haya cometido el robo sin el mandato de su señor, pero, sin embargo, ha tenido conocimiento del mismo, y pudiéndolo evitar, no lo ha hecho.

Por consiguiente, la ausencia apuntada puede interpretarse de dos modos: por una parte, que el legislador, si pudiendo hacer la matización no la ha hecho, ha querido que la responsabilidad del padre respecto al hijo sólo sea por hecho propio, y, por tanto, se deduzca una regla general de irresponsabilidad del padre por hecho ajeno. Y, por otra, que hay que hacer una interpretación sistemática de ambas Leyes y, por tanto, el término “mandato” de la Ley 5ª, título XV de la partida sexta ha de interpretarse extensivamente y, en consecuencia, que el padre va a responder, tanto cuando el menor realiza el hecho por mandato del padre, como cuando el padre conoce del hecho que va a realizar el menor, y pudiéndolo evitar, no lo hace. En otras palabras, el padre respondería por hecho ajeno y por culpa objetiva.

En orden a tomar posición por una u otra de las interpretaciones expuestas, hemos tenido en cuenta un breve análisis del Derecho francés de la misma etapa histórica que tratamos, ya que es sabida su influencia en nuestro sistema jurídico civil.

Es importante resaltar, que el hecho de que la mayoría de las Costumbres de los países del norte del país no contuvieran una norma específica acerca de la materia que tratamos, se interpretó por la mayoría de la doctrina en el sentido de que el padre no podía ser declarado responsable de los delitos o cuasidelitos cometidos por su hijo púber o impúber⁴⁸³. Incluso,

⁴⁸³ BLANC, E., *La responsabilité des parents* (préf. M.A. BESSON), Librairie du Journal des Notaires et des avocats, París, 1953, p. 22; LEBRETON, M.C., *L'enfant et la responsabilité civile*, th, Rouen, 1996, p. 9.

como pone de manifiesto LÓPEZ SÁNCHEZ, la tesis contraria que defendía que se extendiera el ámbito de aplicación de la única Costumbre que regulaba de modo general la responsabilidad civil del padre por los hechos de sus hijos, no tenía un alcance tan grande como parece desprenderse en un primer momento, pues ésta, después de disponer que el padre era responsable, añadía que “no está obligado a reparar el delito cometido por el niño de tan corta edad que el procedimiento criminal no sería válido”⁴⁸⁴.

En definitiva, del análisis conjunto del *Droit coutumier* se deduce la irresponsabilidad de los padres, a excepción de que los hijos hubieran cometido el daño mientras cumplían algún encargo de su progenitor⁴⁸⁵, en términos parecidos a Las Partidas en el Derecho español. Por consiguiente, podemos concluir que Las Partidas consagraron como regla general una irresponsabilidad de los padres por hecho ajeno, si bien podemos afirmar que éstos respondían por hecho propio o como comitentes ordinarios, tanto si el menor cometía el daño por su mandato, o si el hijo comete el daño mientras cumplía el mandato del padre, pues, según la doctrina francesa, en este caso el padre responde al ser culpable por haber empleado a alguien que no tenía la capacidad de cumplir la función que le encargó⁴⁸⁶.

c) *A modo de resumen comparativo.*

Finalmente, de los datos jurídicos de las etapas históricas analizadas se puede inferir, a nuestro juicio, una desconexión total entre la responsabilidad civil de los padres del menor y la del guardador del incapaz, y, en concreto, de su criterio de imputación.

Mientras la responsabilidad civil del *paterfamilias* en el Derecho romano era objetiva y por hecho ajeno, había una laguna legal respecto a la responsabilidad civil del guardador del incapaz. Y fue el reconocimiento de un principio de responsabilidad civil por hecho ajeno en el Derecho medieval germánico, inexistente en el Derecho romano, lo que propició, a nuestro juicio, la primera formulación de una responsabilidad civil del “familiar del incapaz”, quién, a nuestro entender, no se identificaba con el guardador legal de éste. En concreto, dicha responsabilidad civil se configuraba por hecho ajeno y, por culpa, pero ésta en un sentido

⁴⁸⁴ Ref. JACQUEMIN, B, ob, cit, pp. 33-36, en López Sánchez, C, ob, cit, np. 103,p. 57.

⁴⁸⁵ BLANC, E, ob, cit, p. 24.

⁴⁸⁶ JACQUEMIN, B., ob, cit, p. 40.

objetivo, esto es, más próximo a una actuación “contraria a derecho” que a la negligencia o culpa en sentido técnico, ya que aquella se juzgaba en función de no haber encerrado al incapaz en orden a no causar daños, y no en atención a su cuidado o guarda. Sin embargo, a su vez, la responsabilidad del familiar del incapaz en el Derecho medieval contrasta con una cuasiirresponsabilidad del padre, como guardador legal del menor, en la misma etapa histórica, pues su responsabilidad se reducía a una responsabilidad por hecho propio y por culpa, esto es, por el daño causado por el menor por mandato de éste.

Y la razón de tal diferencia puede encontrarse, en que la responsabilidad civil de los padres no ha estado fundada históricamente en la guarda del hijo, sino en razones de insolvencia, merced, quizás, a la específica evolución en la situación jurídica del menor, como hemos apuntado en líneas anteriores⁴⁸⁷. Mientras que la responsabilidad civil de los familiares de los incapaces sí parece haberse concebido, desde sus orígenes históricos, fundamentada en su guarda, como se refleja en que la responsabilidad civil correspondía no a los guardadores legales que se ocupaban meramente de su situación patrimonial, sino a quién vivía, *de facto*, con el incapaz, y debido, también, a la específica concepción que se tenía del incapaz y a su distinta situación jurídica respecto a la del menor, pues la locura ha implicado, casi en una línea de continuidad hasta un tiempo relativamente reciente, y, desde un punto de vista socio-jurídico, el “deber de encerrar” a los que la padecían, como vamos a constatar en el siguiente período histórico.

Finalmente, hay que decir que también ha existido en esta etapa histórica una desconexión entre la responsabilidad civil del menor de edad y la del incapaz. Pues, frente a la posible responsabilidad civil del menor de edad púber o cercano a la edad de la pubertad en el Derecho romano posclásico y la responsabilidad civil del menor mayor de diez años y medio según Las Partidas, no se ha reconocido, en texto jurídico alguno, la posible responsabilidad civil del incapaz, pues a éste se le consideraba, en todo caso, privado de conocimiento y voluntad.

2.- DEL DERECHO NATURAL A LA ETAPA DE LAS CODIFICACIONES.

El Derecho natural de la Edad Moderna (XV) hasta el final del antiguo régimen (XVIII), en realidad, fue una síntesis de las múltiples influencias romanas y canonistas, con la introducción simultánea de las concepciones filosóficas propias de la época, de tal modo que el racionalismo de esta etapa histórica se conjugó bien, en un primer momento, con la concepción subjetiva⁴⁸⁸. Si bien, y aunque parezca contradictorio, hay que precisar que esta misma racionalidad hizo que la Escuela del Derecho natural defendiera, entre sus postulados, la responsabilidad sin culpa o la responsabilidad basada en la equidad que tenía en cuenta la situación económica de las partes; y que tanta influencia ejercieron en las Codificaciones de ascendencia germánica⁴⁸⁹.

Por consiguiente, podemos afirmar, que la época de las Codificaciones en la edad contemporánea es la que va a unir el concepto de responsabilidad civil, legado de épocas anteriores, a la idea de libertad⁴⁹⁰, resumiéndose en la regla: *“Il n’y a pas de responsabilité sans faute”*⁴⁹¹; aunque con la dificultad común de no recoger un concepto de culpa civil. En otras palabras, la novedad que introdujo el iusnaturalismo moderno en el concepto de culpabilidad fue la de otorgar una nueva base al sistema, liberándolo del excesivo apego a las fuentes romanas, y permitiendo la formulación del principio general de responsabilidad por culpa como una regla derivada de la propia naturaleza del hombre, siendo HUGO GROCIO el que por primera vez enunció dicho principio⁴⁹², reafirmando así, la finalidad esencialmente

⁴⁸⁷ Para un estudio de su capacidad delictual a lo largo de la historia, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, C, ob, cit.

⁴⁸⁸ RANJARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, thèse, droit, París, 1943; POTHIER, *Traité des obligations*, ed., París, 1821, n°. 116, nos explica que en esta época Grotius ejerció una gran influencia de la escuela española de Salamanca, cuyo método permaneció fiel a la tradición romanista, de modo que su originalidad no es tan destacable como se prodiga – *Di iure Bellis ac Pacis*- Livre, II, chap. 17, traité *De damno per injuriam dato*-.

⁴⁸⁹ LE GALL, J-P., “Liability for persons under supervision”, ob, cit, p. 4. En el siglo XVIII la doctrina del Derecho natural introdujo nuevas ideas en el panorama de la repsonsabilidad civil, tales como el principio de la equidad y de la responsabilidad civil sin culpa. Y, también, LÓPEZ SÁNCHEZ, C, ob, cit, p. 63.

⁴⁹⁰ En la codificación francesa las intervenciones de Bertrand de Greuille al Tribunal, y de Tarrible al Cuerpo Legislativo son bien conocidos – Locré, t. XIII, pp. 40-58- en el sentido de preferir, frente a la enumeración del Antiguo régimen, el principio absoluto de que “todo hombre es garante de sus hechos”.

⁴⁹¹ “No hay responsabilidad sin culpa”.

⁴⁹² Ref. GROCIO, H., *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. III (versión directa del origen latino por J. Torrubiano Ripoll), ed., Reus, Madrid, 1925, pp. 7-8, en Peña López, F., ob, cit, np. 53, p. 25, que afirma que: “*nace, naturalmente, obligación, si se hizo el daño, de que se resarza*”. Y a la formulación de este autor se le unieron con posterioridad las de parte de los grandes maestros de la Escuela moderna del Derecho natural como PUFFENDORF, S., *De Iure Naturae et Gentium*, t.I, ed., Minerva, GMBH, Frankfurt, 1979 (ed., facsímil de la G.

ética y moralizadora de la culpa. De modo que, por un lado, en lo que se refiere a los requisitos que determinan la existencia de culpa, se sigue manteniendo por la mayoría de los autores la necesidad de que el que ejecuta la acción dañosa tenga la capacidad de entender y de querer, y de la realización de un comportamiento doloso o culposo en sentido estricto; y, por otro, respecto a la doctrina de los grados de la culpa, se recoge la doctrina tripartita, admitiéndose la culpa levísima ya que la Ley natural obliga a comportarse para con el prójimo con el cuidado de un diligentísimo padre de familia, y el límite de la culpa es igualmente identificado con el caso fortuito *“donde, por supuesto, no se ha mezclado culpa alguna”*⁴⁹³.

Y, para un análisis más detenido de la etapa precodificadora española, hemos encontrado interesante dividir la exposición en los precedentes de la Codificación penal y los de la Codificación civil, pues vamos a constatar tendencias distintas en lo que respecta a la responsabilidad civil que nos ocupa.

A.- Precedentes de la Codificación penal.

En una primera aproximación, las conclusiones expuestas acerca de la evolución en la responsabilidad civil de los padres y del diferente criterio de imputación consagrado en Las Partidas para la responsabilidad civil de los padres de un menor y los guardadores de un incapaz, parecen tener línea de continuidad con los Códigos penales vigentes cuando regían Las Partidas. Sin embargo, sí vamos a ver como se produce un punto de inflexión con el Código penal de 1848 (CP).

a) El criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores del incapaz.

En un primer momento, el primer anteproyecto de CP de 1821 recoge la responsabilidad objetiva de los padres, y, sin embargo, por culpa de los guardadores del incapaz; en términos parecidos a los del CP de 1822.

Moscovius de 1759), pp. 297, 304, y 305), y WOLF. Y el razonamiento concreto a través del cual los diversos autores llegan a la formulación del principio difiere, pero todos coinciden en otorgarle el valor de máxima jurídica extraída de la razón natural.

⁴⁹³ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, pp. 27-28.

En concreto, este primer Proyecto de Código penal de 1821 no contemplaba la responsabilidad específica de los padres, sino la responsabilidad de los ascendientes, preferentemente el grado más cercano, y, dentro del mismo grado, el hombre sobre la mujer, pues ésta sólo era responsable a falta del pariente masculino del mismo grado⁴⁹⁴. Y esta responsabilidad era objetiva, como se desprende de los términos del párrafo primero del artículo 28 que establecen que dichos ascendientes responden de las acciones de sus hijos, nietos y biznietos menores de edad que tengan bajo su autoridad y en su compañía, sin añadir posibilidad alguna de exoneración. Y estos términos se reproducen en el apartado primero del artículo 27 del CP 1822, especificando, como novedad, que la responsabilidad de los padres es subsidiaria de la de los menores de veinticinco años y se reducía a la legítima de bienes que el hijo heredaría⁴⁹⁵. De tal modo que esta condición matiza, de algún modo, la objetividad.

Frente a la responsabilidad objetiva de los padres, el apartado tercero del artículo 27 del Anteproyecto del Código penal (APC) de 1821, en términos semejantes al apartado cuarto del artículo 28 del Código penal (CP) de 1822 parecen consagrar una clara responsabilidad subjetiva, en línea de continuidad con Las Partidas, “de los obligados a guardar la persona del que esté en estado de demencia o delirio, respecto del daño que éste cause, por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia”.

Sin embargo, se ve un cierto cambio en el APC de 1830, pues, aunque en lo que respecta a la responsabilidad de los padres es idéntica a la precedente, la responsabilidad de los guardadores del incapaz sufre dos cambios que no son de escaso calado: por una parte, su criterio de imputación parece ser objetivo, al no permitir su exoneración; y, por otra, cambia el ámbito subjetivo de aplicación respecto a sus precedentes históricos, pues establece que son responsables los padres, tutores o las personas a cuyo cargo esté legalmente su guarda y custodia, en vez de hablar genéricamente, como en textos precedentes, de familiares u

⁴⁹⁴ Quizá, en razón de que la Partida IV, Título XVII, Ley I, y II, señalaba que la patria potestad de los padres podía recaer sobre sus hijos, nietos, y bisnietos, pero los parientes femeninos no podían tener la patria potestad – vid. NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ed., Bosch, Barcelona, 1998, np.76,p.47-.

⁴⁹⁵ Art. 27: “(...) Los que están obligados a responder de las acciones de otros son los siguientes: Primero, el padre, abuelo o bisabuelo, respecto de los hijos, nietos o biznietos menores de veinte años de edad que tengan bajo su patria potestad y en su compañía; entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente, y que nunca se ha de extender a mayor cantidad que la que importe la porción legítima de bienes que el hijo, nieto o biznieto heredaría de su padre, abuelo o bisabuelo”.

obligados a la guarda del incapaz⁴⁹⁶. Este cambio, a nuestro entender, no va a ser baladí en orden al requisito posterior de la compañía que se va a exigir legalmente en textos legales posteriores, pues, *prima facie*, los tutores y curadores no están obligados a la compañía del incapaz ni a vigilarles.

En consecuencia, y posteriormente, el Proyecto de Código penal de 1834 terminará por regular ambas responsabilidades en un solo precepto con un criterio de imputación objetivo⁴⁹⁷.

El punto de inflexión más importante, respecto al criterio de imputación en la responsabilidad civil de padres y guardadores, lo encontramos en el CP de 1848, de gran influencia en el Proyecto de Código civil de 1851⁴⁹⁸; aunque, a su vez, aquél estuvo imbuido del racionalismo propio de la época y del Código civil francés, con las matizaciones que siguen. En concreto, los párrafos primero y segundo del artículo 16 recogen, por primera vez, que el criterio de imputación, tanto de los padres del menor como de los guardadores del incapaz, es la “culpa presunta”, aunque la de los guardadores del incapaz es directa, y la de los padres, en coherencia con sus antecedentes históricos españoles, vuelve a ser subsidiaria⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación*, t. 5. Codificación penal, vol. II, ed., Ministerio de Justicia, C.G.C., Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, pp. 142-143. Art. 17: “La demencia habitual y manifiesta, y la estupidez y falta absoluta de razón y sentido común, son excepciones que relevan de culpabilidad”. Art. 18: “Pero del resarcimiento del daño que ocasionasen los dementes y los estúpidos, son responsables con sus propios bienes, sus *padres*, sus *tutores*, o *las personas a cuyo cargo está legalmente su guarda y custodia*”.

Art. 35: “Los menores de diez años y medio no pueden ser considerados delincuentes”. Art. 36: “Los padres, tutores, y demás personas en cuya compañía y autoridad vivan los menores que hayan delinquido, serán civilmente responsables de la indemnización de daños y perjuicios causados por el menor delincuente, y la satisfacción de las penas pecuniarias que con arreglo a esta ley deban ser condenados”.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 398. Art. 15: “La menor edad de diez años y medio, la demencia habitual y manifiesta, la estupidez o falta absoluta de razón y sentido común, son excepciones que relevan de culpabilidad”. Art. 16: “Pero al resarcimiento del daño que ocasionasen los dementes y los estúpidos, son responsables con sus propios bienes sus *padres*, *tutores*, o *las personas a cuyo cargo esté legalmente su guarda y custodia*”.

⁴⁹⁸ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos...*, ob, cit, p. 252.

⁴⁹⁹ Art. 16.1º: “En el caso del número 1º del artículo 8 (el loco y el demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón) son responsables civilmente por los hechos que ejecutaren los locos o dementes, las personas que los tengan bajo su guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia”. Art. 16.2º: “En los casos de los números 2º y 3º (el menor de nueve años y el mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento) responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley. Si no tuvieran bienes, responderán sus *padres* o *guardadores*, en la forma expresada en la regla 1ª”.

Pero en orden a interpretar la voluntad del legislador respecto al idéntico criterio de imputación fijado para ambos guardadores, hemos encontrado de gran utilidad acudir a las discusiones de los codificadores registradas en las Actas de la Comisión General de Codificación del CP 1848 (1844-1845)⁵⁰⁰, de cuya información extraemos dos ideas de interés:

La primera de ellas es que hacían residir el criterio de imputación en la “culpa”, no tanto en argumentos de una mejor guarda y vigilancia del menor de edad y del incapaz, o de la prevención de los daños que éstos pudieran cometer, sino en “que la ley no puede querer absurdos”, esto es, en la propia razonabilidad del criterio, propio de la filosofía de la época. En estos términos argumentaba PACHECO el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los guardadores del incapaz, al incidir en que sería ciertamente absurdo imponer responsabilidad a un curador que hubiese cumplido con sus obligaciones, pues la razón decía que no podía tener responsabilidad quién hubiese puesto en el desempeño de su encargo la oportuna y debida diligencia⁵⁰¹. Y, en términos semejantes, para los padres del menor⁵⁰².

Y la segunda de las ideas es que, durante los debates mencionados, no dejaron de levantarse voces criticando la igualdad del criterio de imputación para los padres del menor y los guardadores del incapaz, cuando, por el contrario, la guarda de menor era de todo punto distinta a la guarda que se debía ejercer sobre el incapaz. En este sentido se puso de manifiesto que, tratándose de los guardadores del loco la responsabilidad había de ser más grande porque su encargo era tenerle “asegurado”⁵⁰³. Y esta expresión parece indicar, según la mentalidad de la época, el hecho de que al incapaz había que tenerle “encerrado”, pues así lo ratifican las palabras de LUZIÁRAGA cuando afirma que: “hay que diferenciar si el loco hace daño dentro de la habitación en que se halla custodiado o se le permite salir fuera y entonces comete el daño. En el primer caso no es responsable el guardador, en el segundo sí”⁵⁰⁴. Y, por el contrario, tratándose de la guarda de los padres la responsabilidad había de ser menor pues

⁵⁰⁰ LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación*, t. 5. Codificación penal, vol. II. Apéndice IV. Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal (1844-1845), ob, cit, pp.351 y ss.

⁵⁰¹ PACHECO, J.F., *El Código penal comentado y concordado (estudio preliminar y anotaciones de A. Téllez Aguilera)*, ed., Edifoser, Madrid, 2000, p. 290.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 292.

⁵⁰³ LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, ob, cit, p. 550.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 550.

al menor de edad no se le puede encerrar”⁵⁰⁵.

Por consiguiente, se defendía, parece ser, de *lege data*, que a los padres no se les puede exigir más que la culpa *levis*, y al guardador del loco hasta la *levissima*⁵⁰⁶; y de *lege ferenda*, se pronunciaban a favor de que la regulación fuera distinta, en el sentido de que se mantuviera la culpa presunta para los guardadores del incapaz, pero no para la de los padres⁵⁰⁷. De todos modos, a nuestro entender, el hecho de que el CP de 1848 fijara como criterio de imputación común la “culpa presunta”, a pesar de voces en contra, es una manera de introducir la culpa objetiva. Pues las presunciones de culpa expresan, más un juicio fundado en las probabilidades estadísticas y en la objetiva inobservancia de una norma jurídica de cautela, que en una valoración del actuar de la persona y de sus perfiles subjetivos⁵⁰⁸. Si bien, es significativo que de *lege ferenda* se defendiera la culpa presunta y objetiva para los guardadores del incapaz, pero se aconsejara la culpa probada, y entendemos que en un sentido técnico o de negligencia, para los padres, lo cual puede ser coherente con la capacidad de ciertos menores y la situación jurídica de reconocimiento de ciertas capacidades frente a la situación jurídica del incapaz.

Y llegando al análisis del CP de 1870, cuyo artículo 19 es de clara influencia francesa y antecedente inmediato del artículo 1903 CC⁵⁰⁹, vemos que se regula la responsabilidad de los guardadores de incapaces y padres de menores en un mismo párrafo, y bajo el mismo criterio de imputación que su antecesor, la “culpa presunta”, aunque por la referida

⁵⁰⁵ PACHECO, J.F., *El Código penal ...*, ob, cit, p. 292.

⁵⁰⁶ LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, ob, cit, p. 550. El Sr. Vila defendía que: “si un padre o tutor tienen que sufrir algo en ciertos casos no es por lo que ha ejecutado el hijo o el pupilo, sino por la falta propia de no haberlo evitado usando de las facultades que tiene; y si el padre o tutor pudieron impedir el mal deben responder por su falta propia”. En términos parecidos se pronunció el Sr. Luzuriaga al afirmar de modo taxativo que: “el que no tiene respecto de un muchacho la diligencia de un buen padre de familia no debe ser responsable”.

⁵⁰⁷ PACHECO, J.F., *El Código penal ...*, ob, cit, p. 292, argumenta que: “si el encargado de un demente debería *probar* para eximirse que no existió culpa por su parte negligencia ni culpa; el encargado de un menor de quince años no habría de tener, a nuestro juicio, una obligación tan indispensable. Creemos que la prueba no debería competirle, que su prueba no debería ser necesario. Solamente le impondríamos responsabilidad cuando constase su descuido. Así lo decía primitivamente el artículo, y no entendemos que se haya acertado reformándolo. La Junta de Colegios de Abogados opina también como nosotros”.

⁵⁰⁸ Aunque referido a la normativa italiana, vid. CORSARO, L., “Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, ed., Dykinson, Madrid, 2000, p. 156.

⁵⁰⁹ CASTRO, F.DE, *Derecho civil de España*, t.II, ob, cit, p. 190.

ascendencia francesa convirtió a la responsabilidad de los padres en directa⁵¹⁰, si bien, no recoge como presupuesto de la responsabilidad civil de ambos guardadores la compañía como lo exigía el precepto francés. Y así ha continuado a través de la historia codificadora penal: en el artículo 77 del CP 1928; en el artículo 20 del CP 1932; y, por último, en el artículo 20 del Texto refundido de 1973 (aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre), que supuso un punto de inflexión en cuanto a la carga de la prueba al sustituir la expresión: “a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia” de los Códigos anteriores, por el de “siempre que hubiera por su parte culpa o negligencia”. Este cambio lo atribuimos, más al temor de los penalistas a la presunción de culpa, de todo punto infundado al recordar que estamos en materia civil, que a cualquier argumento jurídico de otra naturaleza.

No obstante, en orden a comprender que, en esta etapa histórica, la igualdad jurídica en lo que respecta a la responsabilidad civil de los guardadores del menor y del incapaz no deja de ser teórica, creemos de interés recoger el apunte de BERCOVITZ CANO acerca de la primera normativa sobre los internamientos de los presuntos enfermos mentales. En concreto, en los Reales Decretos de 1885 se recogía la subordinación de la actuación de las autoridades gubernativas locales a la voluntad de los familiares del presunto enfermo mental, y esto, aunque se tratase de un enfermo especialmente peligroso, de manera que si la familia decidía hacerse cargo del enfermo, no había lugar al internamiento mismo, e incluso aquélla respondería penalmente de los daños que pudiera causar el enfermo⁵¹¹. En concreto, la norma quinta de la Real Orden de 20 de junio de 1885 recuerda, de modo expreso, la responsabilidad prevista en el artículo 599, números 2 y 3 del Código penal de 1870 que equipara la negligencia en la custodia de un loco a la de los animales feroces y dañinos, a la hora de castigar penalmente la falta de diligencia debida en la custodia de unos y otros. Y lo que es más sorprendente es el hecho de que esta norma jurídica haya tenido una línea de continuidad hasta el CP de 1973, en cuyo artículo 580 se consagraba que serían castigados con las penas de multa de 250 a 2500 pesetas y a reprensión privada a los encargados de la guarda o custodia de un enajenado que le dejasen de vigilar por las calles o sitios públicos sin la debida vigilancia, y a los dueños de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en

⁵¹⁰ El artículo 19.1 establece que son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco o el imbecil, y el menor de nueve años o el mayor de quince que no hubiera obrado con discernimiento “los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia”.

disposición de causar mal⁵¹².

b) El criterio de imputación en la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz.

En relación a la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz, hay que resaltar que en los primeros Códigos penales sólo se regulaba la irresponsabilidad del menor de edad hasta los siete años, dependiendo la responsabilidad penal de aquéllos menores que superaran una determinada edad de si había obrado o no con discernimiento y malicia; pero en lo que se refiere a la responsabilidad civil sólo se aludía a la responsabilidad civil por hecho ajeno de los guardadores, tal y como hemos analizado en el apartado anterior.

Sin embargo, nos queremos detener en como trata el CP 1848 la responsabilidad civil por hecho propio de los menores de edad y de los incapaces. En concreto, a parte de la responsabilidad civil por culpa si alguien comete un delito, si se ponen en conexión sistemática los párrafos primero y segundo del artículo 16 CP se desprende que los menores de quince años inimputables penales son responsables civiles directos del daño, y los locos y dementes inimputables penales son responsables civiles, aunque subsidiariamente.

Las teorías, sin embargo, que sustentan y explican el tipo de criterio de imputación de la responsabilidad civil de los menores e incapaces inimputables penales se dividen, en nuestra opinión y siguiendo las Actas de la Comisión General de Codificación del CP 1848 (1844-1845), en dos: las que sostienen un criterio de imputación subjetivo y objetivo, respectivamente. El interés de sus razones nos lleva a estudiar aquéllas con más detenimiento.

La teoría subjetiva la sustentaban GOYENA Y LUZURIÁGA, lo que les llevaba a dos tipos de afirmaciones. Por una parte, estar en contra de la responsabilidad de los locos y dementes e infantes, pues argüían que: “donde no hay culpa no hay voluntad”, y, en su caso, sólo habían

⁵¹¹ BERCOVITZ CANO, R., *La marginación de los locos en el Derecho*, ed., Taurus Ediciones, Madrid, 1976, p.137.

⁵¹² *Ibidem*. Artículo 485, núms. 10 y 11 CP de 1848; art. 495, núm. 8 y 9 CP de 1850; art. 599, num. 2 y 3 CP de 1870; art. 810, núm. 2 y 3 CP 1928; art.s 575, núm. 2 y 3 CP de 1932; art. 580, núm. 1 y 2, CP de 1944; y el art. 580 CP de 1973.

de responder los guardadores de éstos⁵¹³. Y, por otra, una afirmación de todo punto interesante, defender la responsabilidad de los menores no infantes sobre la base de su imputabilidad civil, que es distinta de la imputabilidad penal⁵¹⁴, merced a que la responsabilidad civil no requiere que concurren las mismas circunstancias que para la criminal, pues: “para la primera basta que haya conocimiento del daño que se causó, aunque no de la moralidad del acto”⁵¹⁵. De modo que los partidarios de esta teoría querían bajar la edad, de nueve a siete años, para declararles responsables civiles sobre la base de su imputabilidad civil.

Por otra parte, la teoría objetiva la sostuvieron PACHECO Y SEIJAS sobre la base, en esencia, de que en la responsabilidad de los infantes y de los locos y dementes concurren todos los elementos de equidad, ya que hay que atenerse al gran principio de que la sociedad debe defender al individuo⁵¹⁶. Más en concreto, respecto a los incapaces, se argüía: “que el triste estado de nuestra inteligencia no puede eximirnos de la regla, razonable y justa, de que hemos de responder de las consecuencias de nuestros hechos, pues así como el demente ha de pagar lo que come, así también ha de reparar lo que daña. En definitiva, la justicia social ha de ampararle en su triste estado; más esa protección no se ha de convertir en perjuicio de los que le rodean”⁵¹⁷. Y, en términos semejantes razonan para los menores, pues arguyen que “no pueden ser de mejor condición los menores de quince años, para el punto de la responsabilidad civil, que lo son los locos y dementes”⁵¹⁸.

⁵¹³ LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, apéndice IV, ob, cit, pp. 547-548, recoge la opinión del Sr. Goyena y el Sr. Luziáraga de que para imponer la responsabilidad a los infantes y a los locos y dementes falta el elemento de la moralidad.

⁵¹⁴ PACHECO, J.F., *El Código penal ...*, ob, cit, pp. 164-163, nos explica el requisito de la imputabilidad penal, el discernimiento, en los siguientes términos: “discernir no es sólo juzgar, ni discernimiento es cualquier juicio; si fuera así, no cabría la menor duda de que habría de hallarse en el menor de quince años, ya que de ocho a diez años ya juzgan, y de trece y catorce tienen raciocinio. Por tanto, no es la mera voluntad ni el menor ejercicio de la simple razón, ni juzgar únicamente, en globo, lo bueno y lo malo. Discernir es “juzgar con rectitud”, distinguir una cosa de otra por las diferencias que hay entre ellas. (...). Tanto indican la inteligencia de la mente, como la noción de lo que pasa y sucede en el mundo. Por eso los niños no tienen discernimiento: fáltales lo objetivo para que sea recto y completo el uso de la razón. Sin duda tienen ya la idea del bien y del mal; pero esa idea es confusa; pero no conocen las consecuencias de los males”.

⁵¹⁵ LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, ob, cit, pp. 548. El Sr. Luzuriáaga argumentaba que el mismo principio se ha impuesto la responsabilidad civil a una porción de personas que no han tomado parte en el delito, y que sólo han contribuido indirectamente al daño sin conocer, ni participar de la moralidad del acto.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 548.

⁵¹⁷ PACHECO, J.F., *El Código penal ...*, ob, cit, p. 290. En sentido parecido, ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. IV. Voz: personas responsables civilmente de los delitos y faltas, Madrid, 1876, p. 581.

⁵¹⁸ PACHECO, J.F., *El Código penal ...*, ob, cit, p. 291.

Es interesante, por último, apuntar a la opinión ecléctica de GOYENA que, amén de defender, como hemos expuesto, una responsabilidad civil subjetiva de los menores imputables civiles, entiende que rige un criterio de imputación objetivo para los incapaces y ciertos menores, pues nos advierte que los artículos del Título II, Capítulo II del CP de 1848 se basan en un principio general que informa claramente la regulación de la responsabilidad civil: “Toda persona está obligada a reparar el daño que hubiere causado sin derecho o sin razón, ya lo cause voluntariamente o lo ocasione involuntariamente”. Y razona que aunque, en general, los menores de quince años y los incapaces causaron el daño involuntariamente, lo ocasionaron sin razón y sin derecho, y entre la alternativa de que sufra el daño el que lo causó inocentemente y el que lo padeció también sin dar motivo alguno para que se lo ocasione, la ley no duda en hacerlo recaer sobre aquél, como menos acreedor que éste a su consideración, y en virtud del derecho civil que protege al injustamente perjudicado⁵¹⁹.

A nuestro juicio, la ambigüedad de los términos de los preceptos reguladores de la responsabilidad civil de menores de edad y de los incapaces en el CP de 1848, al no señalar, de modo explícito, criterio de imputación alguno, otorga una mayor flexibilidad al juzgador, como hemos constatado de los comentarios a dicha ley. Pues aunque era claro que defendían para los locos y dementes un criterio de imputación objetivo, sin embargo, dejaron la puerta abierta a la posible imputabilidad civil del menor inimputable penal, permitiendo al juzgador: o bien responsabilizar al menor sobre la base de su culpa; o bien, responsabilizar al menor sobre la base de un criterio objetivo, en los supuestos de que el menor fuera inimputable civil, al igual que los incapaces; aunque, respecto a estos últimos, no dejan lugar alguno a una posible imputabilidad civil⁵²⁰.

Y, por último, es interesante incidir en el hecho que el párrafo segundo del artículo 19 del CP de 1870 une la responsabilidad de los menores de edad y la de los incapaces,

⁵¹⁹ GARCÍA GOYENA, F., *Febrero reformado*, 4ª ed., t.V, Madrid, 1852, resalta las diferencias entre el menor y el incapaz, de modo que defiende que la responsabilidad directa de los menores se fundamenta en que aunque el menor no percibe bastante la inmoralidad de la acción no carece de inteligencia e instinto suficiente para comprender el daño material que ocasionó, lo que no milita en el loco; y, por tanto, la guarda de los menores no exige la gran vigilancia que la de los dementes y, antes al contrario, la necesidad de atender a su educación requiere que se les deje la libertad necesaria para seguir sus estudios u oficio.

⁵²⁰ Esta opción puede encontrar fundamento en las palabras de Pacheco al defender: “Es mi concepto que el que sufre un mal debe ser indemnizado, sea loco o niño el causante, pero respecto a éste advierto también que el loco es la persona absolutamente privada de razón” – vid. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, ob, cit, pp. 549- .

configurando a ambas con un carácter subsidiario, y, *prima facie*, bajo un criterio de imputación objetivo; lo que también ha tenido una línea de continuidad en la historia codificadora hasta el artículo 20 CP 1973⁵²¹. De modo que, a nuestro juicio, este cambio supone un paso atrás respecto al CP 1848 por dos razones: en primer lugar, porque, el hecho de que la responsabilidad civil del menor de edad y la del incapaz se regulen conjuntamente conlleva que el prejuicio doctrinal y jurisprudencial de que el incapaz es, en todo caso, irresponsable civil se traspase al menor de edad, a pesar de que los términos legales del CP 1870 siguen siendo tan ambiguos como los del CP precedente, al no recoger explícitamente criterio de imputación alguno, y dificulta, por tanto, la posibilidad que ofrecían los términos del CP 1848 de, al menos, declarar responsable civil al menor de edad sobre la base de su imputabilidad civil. Y, en segundo lugar, porque configurar ambas responsabilidades con carácter subsidiario favorece, a su vez, la interpretación del criterio de imputación en un sentido objetivo, pues con tal carácter se regulaba la responsabilidad civil del incapaz en el CP precedente, del que se juzgaba que era inimputable penal y civil en todo caso.

Sin embargo, creemos que tampoco dejan de ser válidos los razonamientos expuestos, aunque por una doctrina minoritaria, respecto al doble criterio de imputación para menores; pues así lo refrenda DE CASTRO cuando, de modo taxativo, afirma que la responsabilidad patrimonial del menor puede nacer, *además*⁵²², con independencia de su culpa o negligencia, cuando (por su edad) haya obrado sin pleno conocimiento. Por el contrario, este autor sólo admite la responsabilidad objetiva para el incapaz⁵²³, en lo que disentimos, pero como esta cuestión desborda la intención de este apartado, dejamos su análisis para un momento posterior.

⁵²¹ En lo que ha existido un cambio es, por un lado, en elevar la edad para ser inimputable penal a los dieciséis años, lo que se produjo en el CP de 1928, y, por otro, en la terminología utilizada para referirse a los incapaces: loco o imbecil (CP 1870), enfermo mental (CP 1928); enajenados y sordomudos (CP 1932); enajenado, y el que por sufrir alteración en la percepción tiene alterada la conciencia de la realidad (CP 1973).

Así, el artículo 20 CP. Primera. 2º pf: “No habiendo persona que las tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia el párrafo anterior (el enajenado, y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, el menor de dieciséis años, y el que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad) dentro de los límites que para el embargo de los bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal”.

⁵²² Se refiere a la responsabilidad por culpa.

⁵²³ CASTRO, F.DE, *Derecho civil de España*, t.II, ob, cit, pp. 191 y 318.

c) A modo de valoración provisional.

En conclusión, la codificación penal trae dos novedades a resaltar respecto a nuestro tema de estudio. Por una parte, en relación a la responsabilidad por hecho propio, que la responsabilidad objetiva del menor de edad y del incapaz, o sin culpa, encuentra su primera formulación legal al regularse la responsabilidad civil *ex delicto*. Si bien, hay que precisar que, cuando la responsabilidad civil del menor de edad y la del incapaz se ha regulado separadamente, la flexibilidad de los términos legales permitía la posibilidad del doble criterio de imputación en la responsabilidad civil del menor de edad: una responsabilidad civil objetiva para el menor de edad inimputable penal y civil, y la responsabilidad civil por culpa para el menor de edad imputable civil; frente al prejuicio histórico constante de que el incapaz es irresponsable civil en todo caso, a causa del concepto que se tenía de la enfermedad psíquica en particular, y del incapaz, en general. Sin embargo, en el momento en que ambas responsabilidades se regularon conjuntamente en el CP de 1870, y con carácter subsidiario, se dio un paso atrás, dificultando la posibilidad apuntada del doble criterio de imputación, al menos, para el menor de edad, como pondrá de manifiesto la opinión doctrinal mayoritaria española que se estudiará en los capítulos siguientes.

Y por otra, en relación a la responsabilidad por hecho ajeno, que, sentado que las codificaciones penales apuntadas regían cuando estaban vigentes, aún, Las Partidas, se ha constatado, curiosamente, una clara disparidad entre ambas normativas en lo que respecta al criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres del menor. Pues, la irresponsabilidad civil por hecho ajeno de los padres deja de tener carta de naturaleza en los primeros Códigos penales que consagran un criterio objetivo de imputación, al igual que el Derecho romano, y, en un momento posterior, en el CP de 1848 que consagra, por primera vez, una responsabilidad civil subjetiva, por culpa presunta, en la misma línea que los guardadores del incapaz. Y, por el contrario, hemos visto una paridad entre Las Partidas y la normativa penal en lo que respecta al criterio de imputación por culpa en la responsabilidad civil de los guardadores del incapaz, de tal modo que se convierte en una constante histórica. Aunque, comparando ambas normativas, hemos encontrado, sin embargo, una clara disonancia en lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación en la responsabilidad civil por hecho del incapaz, pues, recordemos, Las Partidas declaran responsables a los “familiares” del

incapaz, y llegamos a la conclusión que éstos no podían ser los curadores de aquél al no tener el deber de compañía; y, sin embargo, las Codificaciones penales dejan de hablar de familiar y declaran responsable, de modo novedoso, “al guardador legal” del incapaz, en orden, creemos, a equipararlo al guardador legal del menor, que son los padres.

En definitiva, las disonancias apuntadas entre la normativa penal y civil en esta etapa histórica tienen su explicación, a nuestro juicio, en la novedosa regulación conjunta de la responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores legales del incapaz en la codificación penal, lo que trajo como consecuencia que se produjeran influencias recíprocas en la conformación jurídica de ambas responsabilidades civiles, y sobre todo en el criterio de imputación: así, el criterio de la culpa, aunque en un sentido objetivo, que ha caracterizado históricamente a la responsabilidad civil de los familiares del incapaz parece contagiar a la responsabilidad civil de los padres del menor que pasa a ser, por primera vez, por culpa presunta. Y, a su vez, el hecho de que los padres del menor fueran los guardadores legales de éste pudo influir en que pasara de residenciarse la responsabilidad civil de los familiares del incapaz, que vivían con él, a los guardadores legales del incapaz, los tutores, que, como se ha apuntado, no tienen el deber legal de compañía. De modo que dicho cambio va a plantear, desde una primera aproximación, un problema en la etapa siguiente, en concreto, en relación con uno de los presupuestos de la responsabilidad civil del guardador del incapaz consagrado en el nuevo Código civil español de 1889, por influencia del francés, y que va a tener una línea de continuidad hasta la normativa actual: el “deber de compañía”, pues, mientras los padres tienen el deber de compañía de los hijos, lo que permite su vigilancia, los tutores y otros guardadores legales no la tienen, como regla general, respecto a los incapaces.

B.- Precedentes de la Codificación civil: especial referencia al Proyecto isabelino de 1851, y a la influencia francesa.

Es dable apuntar, en primer lugar, la innegable influencia francesa en la formulación de un principio general de responsabilidad civil⁵²⁴. En concreto, DOMAT fue quién, elevándose

⁵²⁴ La responsabilidad civil experimentó un giro cualitativo en su larga trayectoria hacia la formulación de un principio general. Ésta tuvo lugar en una primera fase al difuminarse, paulatinamente, el carácter penal que había informado a las indicadas figuras -ya se reflejó la ausencia del carácter penal en la Glosa, a través de la “*actio civilis*”- cuyo objeto vino a consistir sólo en obtener el correspondiente resarcimiento. De manera que,

sobre supuestos particulares, formula el principio general de responsabilidad civil que, frente a la fórmula de GROCIO, tiene como ventaja el ser heredera directa de toda la tradición romanista, ya que en este autor confluyen las dos corrientes constituidas por la Escuela romanista culta (empleando los viejos métodos de la recepción del Derecho romano del *mos italicus* y del *mos gallicus*)⁵²⁵. Y, lo que es más relevante a efectos de nuestro objeto de estudio, por una parte, definió a la culpa extracontractual⁵²⁶ como “el error o la temeridad de tratar cuestiones de las que uno no es capaz, con independencia de que dicha incapacidad viniera de su ignorancia o de la enfermedad o deficiencia mental de quien lo acomete”⁵²⁷; y, por otra, estableció el límite de la responsabilidad civil en el caso fortuito o “*acontecimiento independiente de la voluntad de las personas a quienes sobreviene*”, siempre y cuando no se deba a la *faute* de una persona, pues en este caso quién resultare autor de la falta cometida debe reparar el daño que haya ocasionado”⁵²⁸.

En otras palabras, en el siglo XVII, cuando se produjo el tránsito hacia una formulación general, se admitía que el fundamento de la responsabilidad civil era la equidad en el sentido de la natural exigencia de “*chacun supporte le mal que son erreur ou son imprudence cause*”⁵²⁹.

Y, en segundo lugar, no se puede obviar la influencia que el Proyecto de Código civil de 1851 ejerció en el artículo 1902 del vigente Código civil, pues, como dejamos apuntado, el

aunque la obligación de reparar el daño no constituía un principio general, sin embargo, se empezó a plasmar en enunciados muy generales comprensivos de cualquier hipótesis de lesión injusta, llegándose a pautas de gran amplitud expresivas de una exigencia de justicia capaz de dar respuesta a toda suerte de eventos lesivos, y sólo en época relativamente reciente, como ya se ha apuntado, se llamó a dicha obligación responsabilidad.

⁵²⁵ DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, París, 1777, l. II, tit. VIII, sect. IV, n.I: “*Toutes les pertes ou dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'aurait pas eu l'intention de nuire*”.

⁵²⁶ GANZZANIGA, J-L., ob, cit, p. 25, nos explica que Domat distinguía tres clases de culpa: las que provienen de crímenes y delitos; las que son faltas a las obligaciones contractuales; y las que no son ni lo uno ni lo otro.

⁵²⁷ DOMAT, J., *Institutions du droit français*, “*C'est une faute et une témérité de se mêler de ce dont on n'est pas capable: soit que l'incapacité vienne de l'ignorance ou de l'infirmité et faiblesse de celui qui l'entreprind*”.

⁵²⁸ Ref. DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. II, (trad. D. Felio Villarubias y D. José Sardá), ed., Librería de Esteban Pujal, Barcelona, 1861, p. 65, en Peña López, F., ob, cit, np. 75, p. 31.

⁵²⁹ LÓPEZ JAOISTE, J., ob, cit. np. 12, p. 4930: “Cada uno soporta el mal que su error o su imprudencia cause”.

propio mandato de la Base 1ª de la Ley de Bases de 1888⁵³⁰ manda tener por fundamento el Proyecto de Código civil de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, el que no podía ser reformado por el Código civil más que en cuanto ciertas y determinadas Bases así lo exigieran, o por aquellos principios que hubieran obtenido ya el aplauso y la aceptación universal del Derecho⁵³¹. Y, asimismo, este Proyecto supuso un cambio en la regulación y tratamiento del enajenado respecto a Las Partidas, al determinar el ámbito de las funciones del curador del enajenado (arts. 278-279 y 285).

a) El criterio de imputación en la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz.

La doctrina mencionada de DOMAT tuvo innegable repercusión en el artículo 1382 *Code français*, en el que se residencia la responsabilidad civil por hecho propio, en concreto en la palabra *faute*⁵³², pues durante los trabajos preparatorios al Código civil francés se recogió que: “todo individuo es garante de sus actos. Si este acto causa a otro algún daño, es necesario que quién lo ha causado por su *faute* esté obligado a repararlo, siendo la razón que la ley no puede equilibrar entre el que se equivoca y el que sufre el daño. Esta regla constante, invariable tiene la finalidad de que quién sufra un daño por el hecho o la *faute* de alguien encuentre en todos los casos un medio de indemnización”⁵³³. En otras palabras, los trabajos

⁵³⁰ Introducción, por José Luis de los MOZOS, en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*, vol. I., p. 58, que nos habla del valor de la Ley de bases: “(...) tiene un indudable valor interpretativo, como instrumento de interpretación histórica (referida al contenido histórico –dogmático que informa un precepto formulado de forma sucinta o lacónica) y aún como interpretación finalista, tomada en cuenta en función histórica (naturalmente para precisar la actual y verdadera ratio legis del precepto y que, en muchos casos, modifica por razones de actualización o de adecuación a una nueva orientación el precepto anterior ...)”. Esta afirmación la corrobora la jurisprudencia en las SSTs de 23.6.1949; 22.12.1943; 10.2.1947; 22.1.1948; o 16.5.1963, etc.

⁵³¹ Discurso del senador Augusto COMAS, en Sesión de 5 de Febrero de 1889 (núm.37), Enmiendas y Adiciones al Código Civil publicado por el Gobierno. 1888-1889. Senado. Debates, en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889...* ob cit, p. 1114.

⁵³² Falta o error.

⁵³³ FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.XIII, réimpr de l'édition de 1827. Osnabrück, pp. 474-489: “*Tout individu est garant de son fait. Si ce fait cause a autrui quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le réparer*”, siendo la razón que la ley no puede equilibrar entre el que se equivoca y el que sufre el daño. “*Cette règle constante, invariable, qui veut que celui qui souffre un dommage par le fait ou la faute de quelqu'un trouve dans tous les cas un moyen d'indemnité*”.

En concreto, TARRIBLE, en su Discurso al Cuerpo Legislativo, hace referencia de modo explícito a que: “La responsabilidad no puede alcanzar a quienes están exentos de todo reproche; pero este acto de justicia hacia ellos no puede librar al verdadero autor del daño: menor o encargado, alumno o aprendiz, queda siempre obligado a repararlo, cualquiera que sea su condición”. Y, BERTRAND DE GREUILLE en su Comunicación hecha al Tribunalado el 6 de febrero de 1804: “Todo individuo es garante de sus hechos, y ésta es una de la primeras

preparatorios al Código civil querían presentar un principio de seguridad para proporcionar a todo ciudadano, indistintamente, plena confianza en ver reparado cualquier perjuicio causado por él a otro, lo que era coherente con los criterios rectores de la obra codificadora que desembocó en el artículo 1382 del Código civil francés ⁵³⁴.

El precepto francés, a su vez, influyó en el artículo 1900 del Proyecto Isabelino de 1851 ⁵³⁵, ya que éste se limitó a refundir, por un lado, el 1382 del *Code* que establece, como consecuencia de cualquier hecho dañoso del hombre, la obligación de reparar el perjuicio a cargo de “*celui par la faute*” ⁵³⁶ *duquel il est arrivé*” ⁵³⁷, y por otro, el artículo 1383 que responsabiliza al agente “*non seulement par son fait, mais encore par sa negligence ou par son imprudence*” ⁵³⁸. Y, de nuevo, el precepto isabelino influyó, como hemos apuntado, en el artículo 1902 CC, de modo que se puede entender que el principio jurídico que lo informa es que toda persona es garante de sus hechos con independencia de sus condiciones personales subjetivas.

máximas de la sociedad de la que se sigue que, si un hecho causa a otro algún daño, se está obligado a repararlo. Este principio es consecuencia de orden público. La ley no puede establecer un equilibrio entre el que se equivoca y el que sufre. Donde quiera que contemple que un ciudadano ha sufrido una pérdida, excrutina si le hubiera sido posible al autor no causarla. Todo lo que él tiene derecho a exigir es que no se infame su persona y que se le conserve su honor. Pero no es exigirle demasiado imponerle sanciones pecuniarias proporcionadas a la entera magnitud de lo que él ha hecho sufrir a otro, por su poca prudencia e inatención” -FENET, P.A., ob, cit, pp. 475, y 489 - .

⁵³⁴ Ref, *Naissance du Code civil*, préface de François EWALD, París, 1989, p. 338, en López Jaoiste, J.J: “El principio de responsabilidad civil...”, ob, cit. np. 43, p. 4933. Dicho precepto se aprobó sin debate: “*Tout fait quelque’un de l’homme que cause a autri un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”. Se fundó “*en la raison, la sagesse, l’équité naturelle, et dans les principes de la plus saine morale qu’on été puissés les régles du quasi-délits*”.

⁵³⁵ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias y motivos...*, ob, cit, p. 253, nos indica los precedentes del artículo 1900 del Proyecto del CC de 1851, “Todo el que ejecuta un hecho en que interviene algún género de culpa o negligencia, aunque no constituya delito o falta, está obligado a la reparación del perjuicio ocasionado a tercero”, que encabezaba el Capítulo III intitulado “De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia”.

Este autor resalta que, además de la influencia de ciertos Códigos europeos (redactado conforme los artículos, 1384 Francés que usan de las palabras, como ya hemos visto, *culpa o negligencia, imprudencia*, 1336 y 1337 Napolitanos, 1500 y 1501 Sardos, 1037 y 1038 de Vaud, 1401 y 1402 Holandeses y 2294 y 2295 de la Luisiana); era evidente la del Derecho romano, en concreto del título 2 libro 39 del Digesto, ya sea la ley 27 párrafo 5: “*Si quis alteri damnum faxit quod usserit, fregerit, ruperit, injuria: tantum oes dominio dare damnas esto*”; la ley 5 párrafo 1: “*Injuriam hic accipimus quod non jure factum est, hoc est contra jus: damnum culpa datum, etiam aba eo qui nocere noluit*”; y la ley 44 “*In lege Aquilia et levissima culpa venit*”. Lo que lo constata el hecho de que de dicha nota se impregnaron las Partidas, en concreto, la regulación de todo el largo título 15 de la Partida 7ª que consagra que “*Tenudo es de fazer emienda, porque, como quier que el non fizo a sabiendas el daño al otro, pero acaesció por su culpa*”.

⁵³⁶ Culpa.

⁵³⁷ “...a cargo de quién por su culpa ha ocurrido el daño”.

⁵³⁸ “... no solamente por su hecho sino también por su negligencia o su imprudencia...”.

De este encadenamiento de influencias se desprende que, para llegar al verdadero sentido que tiene el término culpa en el artículo 1902 CC, hemos de tener en cuenta que ésta supone una traducción poco afortunada de la palabra *faut* del *Code* de Napoleón, que ha conllevado que el significado de culpa se identifique únicamente con su sentido actual de culpa subjetiva o negligencia que exige la imputabilidad en el autor. Y, sin embargo, según hemos expuesto, el concepto de *faute* porta en sí la connotación, además, de “acción torpe”, comprendiéndose en ella supuestos de dolo, de culpa y de casos en que, sin culpabilidad subjetiva, surge por lo que pudiéramos llamar antijuridicidad objetiva, la obligación de indemnizar⁵³⁹. Por consiguiente, según LACRUZ, el artículo 1902 CC incluye en su ámbito de aplicación, además de la culpa negligencia, por un lado, a los actos involuntarios⁵⁴⁰, y por otro, a los actos realizados por incapaces.

b) El criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres del menor, y de los guardadores del incapaz.

En lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho ajeno, DOMAT no reconoció la existencia de la responsabilidad civil del cabeza de familia como categoría independiente; no obstante, aludió a ella y a la presunción de culpa de modo implícito, según RANYARD, al referirse a “los que pudiendo impedir un daño que, por algún deber, tenían la obligación de prevenir, hubieran faltado, podrán quedar obligados según las circunstancias⁵⁴¹”. Y, fue, POTHIER, en un momento posterior, quién formuló un principio general de responsabilidad civil por hecho ajeno en los siguientes términos: “no solamente la persona que ha cometido un delito o cuasidelito está obligada a la reparación del daño que lo causado, sino que quienes tienen bajo su autoridad a dichas personas, tales como los padres, madres, tutores, y preceptores, son responsables de esta obligación cuando el delito o cuasidelito ha sido cometido en su presencia y generalmente cuando pudiendo evitarlo, no lo han hecho. Pero si

⁵³⁹ SCAEVOLA, Q.M, *Código civil...* op. cit. p. 321

⁵⁴⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol.2º, *Contratos y cuasicontratos*, ed., Bosch, Barcelona, 1995, p. 496. En opinión del autor el artículo 1902 CC no especifica tal distinción, por lo que si alguien causa daños mediante un hecho suyo involuntario pero que de algún modo pudo o debió evitar, subsiste la obligación de resarcir, pues ha perjudicado a otro interviniendo negligencia. A lo dicho le une el criterio sistemático, pues los preceptos 1903 y ss CC no atienden para exonerar de ella, a la voluntariedad del hecho, sino a la diligencia puesta para evitar el daño, “y no va a ser el agente del daño de mejor condición que sus animales”.

⁵⁴¹ Ref. RANYARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, París, 1943, lib. II, tit. VIII, sec. IV, VIII, p. 75, en López Sánchez, C, ob, cit, np. 115, p. 59.

ellos no lo han podido evitar, no son responsables, aún cuando el delito hubiera sido cometido a su vista o lo hayan sabido”⁵⁴².

En definitiva, este principio de responsabilidad por hecho ajeno se resumía en que el padre debía responder, salvo que hubiere probado que no pudo impedir el hecho del menor; culpa que se presumía en caso de que el menor cometiera el daño en su presencia; y que, por el contrario, se resolvía caso por caso, en el supuesto de ausencia⁵⁴³.

Y de nuevo, las doctrinas de DOMAT y POTHIER encontraron eco, de modo directo, en la elaboración del artículo 1384 *Code* francés que se corresponde en lo esencial, a excepción de la desaparición de la responsabilidad del tutor, al artículo 19 del Proyecto del Código civil francés presentado por BIGOT-DE-PRÉAMENEAU el 24 de noviembre de 1803CC y que establecía que: “el padre y la madre, tras la muerte del marido, es responsable del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos. Y esta responsabilidad tenía lugar, a menos, que el padre, la madre, patronos y comitentes probasen que no pudieron impedir el hecho que daba lugar a esta responsabilidad”⁵⁴⁴.

Pero a lo largo del debate de elaboración del Código civil francés se incidieron en dos ideas en lo que respecta a la responsabilidad civil de los padres, pues, como hemos dicho, se había eliminado la del tutor. Por un lado, en la idea de que aquélla debía ser enmarcada en sus justos términos, limitándola a la responsabilidad por los hechos de los hijos menores que habitasen con ellos⁵⁴⁵. En razón de que esta responsabilidad guarda relación con la potestad o la autoridad que la ley atribuye a los padres sobre sus hijos menores; más en concreto, con la necesidad que tienen de vigilar su conducta con celo, de modo que si los hijos no viven con los padres el ejercicio del poder del padre es menos seguro, y su vigilancia casi ilusoria⁵⁴⁶. Y, por otro, en la idea de garantía, a veces la única con la que cuenta la víctima de la reparación del daño, de tal modo que se reguló la presunción de culpa con la pretensión de restringir al

⁵⁴² POTHIER, R.J., *Traité des obligations. Oeuvres*, t. I, París, 1825, n°. 121.

⁵⁴³ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, p. 62. En lo que respecta a la responsabilidad civil de los padres, el Código civil francés parece haberse inspirado en la *Coutume de Bretagne*, y, más directamente, en las doctrinas de Domat y Pothier que se referían expresamente a una responsabilidad civil presunta general del padre.

⁵⁴⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, p. 65.

⁵⁴⁵ En estos términos se expresaba TREILHARD al presentar el título IV del libro III de Proyecto al Consejo de Estado –vid. FENET, P.A., t. XIII, ob, cit, pp. 467-478- ,

máximo la posibilidad de que el padre pudiera exonerarse. Y justificaron dicha restricción, a su vez, en que los padres están investidos legalmente de la autoridad suficiente para que sus hijos respeten los intereses ajenos, de modo que si éstos son transgredidos debe entenderse que había existido un claro relajamiento de la disciplina doméstica que constituye falta o negligencia, y sólo podrán exonerarse si demuestran probar que no pudieron impedir el hecho, ya que la imposibilidad constante equivale a fuerza mayor⁵⁴⁷.

En definitiva, el Código civil francés estableció que el hecho de que un menor que habite con sus padres cause un daño presume negligencia en el padre, y es una causa indirecta, pero suficiente, para hacer recaer sobre ellos la carga de la reparación.

Y la fórmula francesa ejerció, a su vez, influencia en el artículo 1901 del Proyecto del Código civil español de 1851 en lo que respecta al requisito de la compañía, el cual incide en la idea de la dependencia entre los padres y el hijo, pues aquel precepto señalaba que: “(...) el padre y la madre viuda son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad, y viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y en su compañía. Esta disposición se extiende a los curadores de los locos o dementes. (...) La responsabilidad de que se trate en todos los casos de este artículos, cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Sin embargo, el precepto isabelino, antecedente directo de nuestro artículo 1903 CC, introduce elementos importantes para el entendimiento de esta institución, que difirieron del precepto francés:

En primer lugar, en lo que respecta al concepto jurídico indeterminado de “toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño” como fórmula que compendia la exoneración de responsabilidad civil de padres, tutores y curadores⁵⁴⁸, ya que la fórmula francesa reside en: “hacer todo lo posible para evitar el daño”, la que implica, en una primera

⁵⁴⁶ En estos términos se expresaba BERTRAND DE GREUILLE en su Informe al Tribunado – vid. FENET, P.A.,t. XIII, ob, cit, pp. 475-476-

⁵⁴⁷ En estos términos se expresaba TARRIBLE en su discurso al Cuerpo Legislativo –vid. FENET, P.A.,t. XIII, ob, cit, pp. 475-476-.

aproximación, una mayor objetividad que el modelo español. Y, en segundo lugar, en el hecho de que los tutores y curadores quedaran comprendidos en el precepto, cuando el Código civil francés los excluye en el artículo 1384. Esta referencia, entonces, parece tomarse del artículo 2299 del Código civil de Luisiana de 1824⁵⁴⁹ que añade al francés el párrafo que reza que: “los tutores y los curadores son responsables del daño causado por los menores e insanos que estén bajo su guarda”⁵⁵⁰. Sin embargo, se puede constatar como este precepto, a diferencia del 1901 del Código civil de 1851, no incluía como requisito de la responsabilidad civil del tutor la compañía del incapaz, sino solamente la guarda. Entendemos que el hecho de que el Código de Luisiana no exigiera la compañía, como requisito de la responsabilidad civil de los tutores y curadores del incapaz, salvó la incoherencia de la que adolece el precepto español. Pues, al igual que otros Códigos europeos contemporáneos, el Código civil de Luisiana no incluía entre los deberes del curador la compañía, pues era común que el loco o demente estuviera internado en una *maison de la santé*, o *lieu de sûreté*⁵⁵¹, a excepción de que el tutor fuera el esposo/a respecto a su cónyuge⁵⁵²; y, por otra parte, sólo exigía, en lo que respecta a la persona del incapaz, a través de una remisión del régimen de la curatela del incapaz a la de la tutela del menor, el deber de educación; de dar alimento; y de representar legalmente al incapaz dentro y fuera de juicio⁵⁵³. Incluso, se llegó a regular que el menor bajo

⁵⁴⁸ NAVARRO MICHEL, M., ob, cit, p. 51.

⁵⁴⁹ SAINT-JOSEPH, A.DE., *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, deuxième édition, t. II, París, 1856, p. 457. La *Louisiane* es el único Estado de América del Norte que ha querido coordinar sus costumbres y sus leyes para elaborar un Código civil regular. Este Estado se regía con anterioridad a 1824 por las leyes españolas, por la costumbre de París, y por innumerables estatutos de los Estados Unidos. En 1824, la sexta legislatura de Luisiana puso fin a esta confusión de leyes tan voluminosas y contradictorias votando un Código civil de 1352 artículos, para el que el de Napoleón ha sido en gran parte modelo.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 538: “*Les tuteurs et curateurs des mineurs et insensés sont responsables du dommage causé para ceux qui sont sous leur garde*”.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 477, y t.I, p. 45. El art. 404 del Código civil de Luisiana: “Según los caracteres de la enfermedad y el estado de su fortuna, el Juez puede ordenar que el enfermo será tratado en su domicilio, o en una casa de salud. Incluso, puede internarlo en lugar de seguridad si es peligroso”. Y, en términos parecidos el artículo 510 del Código civil de Napoleón que, aunque sería el Consejo de familia el que decidiría si el incapaz ha de ser tratado en su domicilio, en una casa de salud, o en un hospicio.

⁵⁵² SAINT-JOSEPH, A.DE., *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, deuxième édition, t. I, ob, cit, p. 44. Art. 506 del Código de Napoleón.

⁵⁵³ *Ibidem*, pp. 37-38 y 44-45; t.II, p.366. El art. 509 del Code de Napoleón establece que las normas sobre la tutela de los menores se aplicarán a la tutela de los incapaces; y también, el artículo 506 del Código civil holandés, influido por el Code. E, incluso, el art. 282 ABGB de 1811, de influencia de principios germánicos, establece que los derechos y los deberes de los curadores nombrados para el cuidado, sea de la persona, sea del patrimonio de la persona sometida a curatela son determinados según la regulación de la tutela.

El art. 510 Code establece, como matiz particular de los tutores del incapaz que los ingresos del incapaz serán destinados a mejorar su salud. Ahora bien, es expresivo el artículo 217 del ABGB de 1811 que en caso de que la conducta del tutelado sea irreverente, el tutor se dirige a los *parientes más próximos* o a la *autoridad judicial* para reprimirle, lo que parece demostrar la falta de convivencia del tutor, que rige también para el

tutela debía vivir con su madre no tutora, como consagró el artículo 218 del Código civil austríaco ABGB de 1811⁵⁵⁴.

c) A modo de valoración provisional.

Como conclusión en lo que respecta a la responsabilidad por hecho propio, hemos comprobado a lo largo de este trayecto histórico que la responsabilidad civil de menores e incapaces se ha admitido históricamente en nuestro Derecho a partir de la codificación penal, sobre la base de un criterio de imputación objetivo, habiéndole precedido una tradicional irresponsabilidad civil del incapaz; aunque, por el contrario, ofreciendo fundamento a la responsabilidad civil del menor imputable civil y a la irresponsabilidad del menor inimputable civil. Pero la influencia francesa, y su afán por elevar como principio general de imputación a la culpa, ha sido el factor exógeno que ha propiciado que en el Derecho español la palabra culpa adquiriera un significado objetivo; de tal modo que la culpa objetiva o social ha sustituido al histórico criterio objetivo de imputación en orden a acoger los supuestos de responsabilidad de menores e incapaces inimputables civiles. A su vez, este significado es coherente con la filosofía codificadora expuesta, de que toda persona es garante de sus hechos.

En definitiva, la admisión de la responsabilidad civil objetiva en nuestro Derecho histórico sufrió un embate con la influencia francesa de la culpa objetiva. Aunque, es claro, igualmente, que el concepto de culpa subjetiva no siempre ha estado vigente en el Derecho español como concepto inatacable; sino que, más bien, se impuso por la fuerza de la interpretación dogmática, propiciado, a su vez, por circunstancias histórico- sociales.

Y en lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho ajeno, hemos constatado, como la inclusión del requisito de la compañía en el artículo 1091 del Proyecto parece traer causa en la regulación conjunta en un mismo párrafo del precepto civil de la responsabilidad civil de los padres del menor, que por influencia de la norma francesa introdujo el requisito de

curador. Y el 216 establece que el tutor tiene en cuanto a la educación del menor los mismos deberes que un padre; y el 219 el deber de alimentos.

la compañía, y la de los guardadores legales del incapaz.

Sin embargo, dicha inclusión no parecía ser coherente, ni con la ausencia de dicho requisito en el precepto que tomamos por modelo para regular la responsabilidad civil del tutor del incapaz, el artículo 2299 del Código civil de Luisiana, ni con la razón jurídica que estaba presente en los codificadores franceses para establecerlo como presupuesto de la responsabilidad civil de los padres, esto es, la conexión entre la responsabilidad con el deber de vigilancia como parte del contenido de la potestad o autoridad de los padres respecto a los hijos. Ya que el Proyecto de 1851 nada decía respecto al contenido personal de la curatela para el que es “incapaz de administrar sus bienes por sí mismo”⁵⁵⁵, a excepción de la referencia a que la primera obligación del curador había de ser cuidar de que el incapaz adquiriera o recobre su capacidad, debiéndose aplicar a este fin los productos de sus bienes⁵⁵⁶. Y esto último, a pesar del acuerdo doctrinal de que este texto jurídico contribuyó a mejorar la regulación futura de la tutela del loco⁵⁵⁷, pues regula por primera vez un procedimiento de incapacitación contradictorio y ordinario, respecto al que, según el comentario de GARCIA GOYENA al artículo 281 del Proyecto, existía, de un lado, la obligación del Fiscal de pedir la declaración de incapacidad del loco que se encuentra en estado de furor, porque en tal caso peligran el reposo público y la seguridad individual, y de otro, la facultad de pedirla en el resto de los casos si no la pidieren los parientes o cónyuges del incapaz o éste no los tuviere⁵⁵⁸. E, incluso, aunque sigue la línea patrimonialista de la que no se apartó ningún texto jurídico anterior, permite graduar la declaración de incapacidad del demente en atención al nivel de discernimiento que resulte acreditado en autos.

⁵⁵⁴ SAINT-JOSEPH, A.DE., *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, deuxième édition, t. I, ob, cit, p. 37. Art. 218: “*La personne du mineur ser ordinairement confiée a la mère, même remariée et n’ayant pas la tutelle, à moins que l’interêt du mineur n’exige le contraire*”.

⁵⁵⁵ GUTIÉRREZ CALLES, JL., ob, cit, p. 166, pues la protección jurídica se arbitra, exclusivamente, para el aspecto material, olvidándose de lo personal.

⁵⁵⁶ A excepción de la referencia al aspecto personal del enajenado, entre las obligaciones del curador, en el primer Proyecto de Código civil de 1821, pero volviendo a desaparecer en el Proyecto de 1836 que daba preferencia a quién económicamente puede garantizar la gestión al margen de su preparación y dedicación personal (arts. 491, 492, 493, 494 y 495) - GUTIÉRREZ CALLES, JL., ob, cit, pp. 163,165 y 170.

⁵⁵⁷ VILAR BADÍA, R., *La protección jurídica del loco o demente y del deficiente mental*, Pretor, núm. 67,1972, p.126.

⁵⁵⁸ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, ob, cit, p.159. E incluso, el artículo 283 del Proyecto contempla la posibilidad de nombrar un administrador o curador interino, evitando con ello, desde el momento en que se aprecie la necesidad de guarda, situaciones de vacío de poder y desgobierno de los intereses económicos del incapaz; y el artículo 282, al regular la actividad del órgano judicial que conoce de la incapacitación, hace obligatorio el interrogatorio del demandado, mientras que,

3.- EL CÓDIGO CIVIL DE 1889.

Finalmente, el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, como ya hemos apuntado, tomó como base el Proyecto de 1851 como reflejan los términos del artículo 13 del capítulo II del Libro IV que rezaba que: “(...) el padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en la misma morada (...). 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”. Y, finalmente, estos términos encontraron una línea de continuidad con los del artículo 1903 CC, que sólo cambia la expresión de habitar en la misma morada por la de “habitan en su compañía”.

Es de resaltar el cambio en la redacción final del artículo del Anteproyecto al no incluir la responsabilidad civil del curador y regular solamente la del tutor del menor y del incapacitado, frente a lo establecido en el Proyecto de Código civil de 1851 y, como apuntamos anteriormente, en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 que reguló el procedimiento para el nombramiento del “curador ejemplar”, del mismo modo que la posterior Ley de Enjuiciamiento civil de 1881⁵⁵⁹. Sea como fuere, la variación apuntada se debe a que la desaparición de la curatela tuvo lugar, según MARTÍN-CALERO, en la sesión de 23 de septiembre de 1881, cuando el ponente GAMAZO da cuenta a la Comisión de la existencia de un borrador, aparte del que seguía las líneas del Proyecto de 1851 que reservaba la curatela para los mayores incapaces, en el que se unifica la tutela y la curatela hasta los veintitrés años para los menores de edad no emancipados, los locos, sordomudos que no supieran leer ni escribir, pródigos e interdictos, que fue preferido, al final, por la Comisión debido, en parte, al establecimiento de una sola edad y desaparecer la pubertad como edad intermedia⁵⁶⁰. Esta elección pasó, de modo sorprendente, a los sucesivos trabajos sin suscitar

sorprendentemente, la intervención de los facultativos sólo tendrá lugar cuando lo estime necesario el Tribunal de primera instancia.

⁵⁵⁹ GUTIÉRREZ CALLES, JL., ob, cit, p. 159.

⁵⁶⁰ Para un análisis profundo de las causas y razones de técnica jurídica que acompañaron a la unión de ambas figuras, vid. PESET REIG, M., “Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español”, *RCDI*, 1971, pp. 297- 337, quién nos explica que a fines del siglo XVIII y principios del XIX se produjo como hecho fundamental para el Derecho, los movimientos e ideas revolucionarias francesas que condujeron a la aparición de un auténtico Derecho público, así como a la sistematización racionalista del

discusión alguna, de modo que la supresión de nuestra tradicional curatela pasó casi desapercibida en las discusiones que precedieron a la promulgación del Código civil; a excepción de la interesante enmienda de COMAS que recoge la curatela como medio supletorio o complementario de la capacidad civil⁵⁶¹.

Pues bien, con independencia de las críticas unánimes a la unidad de guarda que produjo nuestra obra codificadora, pues se reveló ineficaz para proveer al cuidado de individuos que por sus condiciones personales o circunstancias especiales precisan de instituciones supletorias de capacidad con matices y necesidades muy distintas⁵⁶², en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, ha influido, junto con la concepción de la tutela puramente patrimonialista que heredó el Código civil de 1889 de legislaciones precedentes⁵⁶³, en que se acentuara un concepto restrictivo de incapaz, generalizando sus limitaciones a todos los ámbitos de su personalidad, y, por tanto, que no se salvara el prejuicio de su

Derecho privado. El ciudadano fue obsequiado con una serie de derechos fundamentales que conferían su esfera de libertad y actuación política en la declaración de derechos de 1789, y entonces, para el disfrute de aquel conjunto de derechos públicos se opta por la determinación de una edad unitaria en los veintiún años. Y como lógica consecuencia, la dualidad entre tutela y curatela pierde su significado en la guarda del menor. La fijación de una única edad tuvo influencia en el artículo 276 del proyecto de García Goyena de 1851 más afrancesado que establecía que “la mayor de edad comienza a los veinte años cumplidos”, de modo que aunque elimina la curatela del menor de edad conserva la del enajenado. Y finalmente el Código civil fijó la mayoría de edad en los veintitrés años.

⁵⁶¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ob, cit, p. 60. En el mismo sentido GUTIÉRREZ CALLES, JL., ob, cit, pp. 172-173, que afirma que el Proyecto de 1882 se aparta del criterio sustentado en el artículo 285 del Proyecto de 1851 según el cual, los Tribunales pueden declarar la incapacidad absoluta o prohibir al incapaz ciertos actos, pues, ahora el artículo 184 del Proyecto (igual al 218 del Código civil) establece que: “la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiera a sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos”. En definitiva, este precepto corta de raíz la graduación de la capacidad de obrar que se reconocía a los Tribunales respecto a los incapaces, lo que suscitó problemas respecto a la incapacitación por locura pues cada vez era más evidente (los avances científicos y farmacológicos lo ponían de manifiesto) que las enfermedades mentales adecuadamente tratadas tenían una incidencia muy variable en la capacidad del demente, debiendo ajustar la incapacitación al grado de afección realmente padecido por el tutelado, dejando intacta aquella esfera de la personalidad no afectada. Y fue, al final, la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que recuperó la posibilidad de la graduación a partir de la STS de 5 de marzo de 1947, en la que expone que la demencia y el retraso constituyen estados distintos y faltan en la ley normas reguladoras de la tutela para el segundo de dichos supuestos, si bien, como uno de los fines perseguidos por el Código civil en materia de incapacidad es el de establecer la debida congruencia entre la amplitud de la misma y el correlativo suplemento, resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad ajustar la extensión de la tutela en los casos de retraso mental al mayor o menor grado de intensidad en el que el mismo se manifieste.

⁵⁶² *Ibidem*, np. 345, p. 67, que se refiere a la STS de 6 de febrero de 1968 (RJA 1968, 733); y SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, V. 2º (Derecho de familia), Madrid, 1898, pp. 1273-1274, que apunta que es de lamentar que para los casos de representación y complemento de capacidad del menor e incapacitado en circunstancias más o menos transitorias y de excepción, no se haya conservado la curatela con su mero carácter individual y sin las condiciones complejas y orgánicas que constituyen el sistema tutelar vigente, de difícil uso y adaptación a esos casos singulares.

irresponsabilidad civil en todo caso, y que quedara en el olvido la posibilidad del doble criterio de imputación.

En definitiva, esta etapa histórica trae como novedad el presupuesto de la compañía en la responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores del incapaz, lo que contribuyó a que la doctrina estableciera una conexión entre el criterio de imputación de aquéllos y el tipo de guarda que se debe ejercer sobre el menor y el incapaz, respectivamente; afirmando, por tanto, que el criterio de imputación es la culpa o negligencia, en el sentido de que el vínculo existente entre el autor material del hecho (menor e incapaz) y el responsable (padre y tutor del incapaz) hace presumir que el daño se debe atribuir al descuido o falta de vigilancia de la persona a quien la ley hace responsable. Sin embargo, hemos visto que, históricamente, no ha existido dicha correlación en lo que a la responsabilidad civil de los padres se refiere, y, en cualquier caso, la conexión entre la responsabilidad y la guarda llevaba a establecer como criterio de imputación la culpa en sentido objetivo, esto es, más bien como una conducta contraria a derecho, que como juicio sobre la conducta del guardador.

No obstante, en la práctica, y frente a la responsabilidad civil de los padres, eran escasos los supuestos en los que el tutor había de hacer frente a hechos dañosos ejecutados por el demente pues, si tenemos en cuenta la concepción y mentalidad de la época hacia el demente como algo molesto, unido a las facilidades que introdujeron las sucesivas disposiciones reguladoras del internamiento de aquél⁵⁶⁴, hacían que no se diera ninguno de los dos presupuestos que la responsabilidad civil por hecho de otro exigía: el estar bajo su autoridad y vivir en su compañía; lo que parecía conformar la regla general para el Código civil de 1889, pues, por un lado, el 290 CC aceptaba como habitual que el tutor y el enfermo tuvieran diferente domicilio al señalar, como contenido del registro de cada tutela, en sus números primero y segundo el domicilio del incapaz y del tutor, respectivamente⁵⁶⁵, en

⁵⁶³ Art. 213 CC 1889 y jurisprudencia de la época –SSTS 28.12.1863; 23.2 y 30.11.1867– que sólo se refiere a la incapacidad para administrar bienes –vid. MARTÍN GRANIZO, F., “La capacidad de los locos y dementes...”, ob. cit., pp. 230-234.

⁵⁶⁴ Vid. *Infra*. II.2.A.b'.b''.a''' del capítulo cuarto.

⁵⁶⁵ ABELLA, J., *Código civil español*, reformado con forme a lo dispuesto en la ley de 26 de mayo y RD de 24 de julio de 1889, Madrid, 1890, p. 128. Art. 290: “El registro de cada tutela deberá contener: 1º.- El nombre, apellido, edad y domicilio del menor o incapaz, y la extensión y límite de la tutela, cuando haya sido judicialmente declarada la incapacidad. 2º.- El nombre, apellido, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario, legítimo o dativo, (...)”.

sentido semejante al artículo 510 del Código civil francés⁵⁶⁶; y, por otro, la jurisprudencia llegó a declarar que “ningún precepto legal vigente exige que el tutor ejecute por sí mismo o personalmente todos los actos inherentes al ejercicio de su cargo, tanto *en lo que respecta a la persona (del menor) como a sus bienes*”⁵⁶⁷. Incluso, como contenido del deber de velar del tutor por el tutelado sito en el artículo 299 CC no se contiene el deber de compañía, sino solamente, la procura de alimentos al tutelado, educarle y procurarle una formación integral, a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad, y a rendir cuenta anual acerca de su situación de la persona y de la administración de sus bienes, y todo esto frente al artículo 154 CC, regulador de los deberes y facultades que integran la patria potestad, que sí contempla el deber de compañía.

Por otra parte, en el caso en que se dieran los presupuestos citados al estar ante, según la terminología de la época, un loco tranquilo, la disciplina tan severa a la que estaban sujetos y la ausencia en aquella sociedad, escasamente tecnificada, de los riesgos de la moderna sociedad desarrollada hacía que, de igual modo, fueran escasos los supuestos en que el tutor había de hacer frente a hechos dañosos ejecutados por el demente; en realidad, no se encuentra sentencia alguna al respecto⁵⁶⁸. De modo que, lógicamente, la Reforma del Código

La falta de unidad de residencia parecía ser una posibilidad tanto para la tutela del menor como la del demente, vid. RODRÍGUEZ- ARIAS BUSTAMANTE, L., *La tutela*, ed., Bosch, Barcelona, 1954, p. 264, que nos explica, respecto al cuidado de la persona del pupilo, que el tutor no goza de tan amplia libertad como el padre, pues tiene que educar y alimentar al menor con estricta sujeción a las disposiciones de los padres y a las que, en defecto de éstos, hubiera adoptado el Consejo (art. 264.1). Por eso *no hay unidad de domicilio, salvo que los padres lo hayan dispuesto así o lo determinase el Consejo, cuando el tutor cambie de residencia*.

⁵⁶⁶ PLANIOL, M./ RIPERT, J., *Tratado de Derecho civil francés*, t. I. Las personas, estado y capacidad, traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, Cultural, S.A, Habana, 1927, pp. 505 y 651, que respecto a las particularidades de la tutela del interdicto respecto al huérfano establece que es el Consejo, y no el tutor, el que decide, de acuerdo con los recursos y el estado de salud del interdicto, si el alineado ha de ser cuidado en su domicilio o en una clínica u hospital (art. 510). Hay que exceptuar, no obstante, el caso en que el interdicto sea una mujer casada, puesto que el marido, tutor o no, conserva entonces sobre ella la potestad marital. Y respecto a la tutela del menor indica que, el padre o la madre que muere el último, o el Consejo de familia que nombra al tutor, pueden encargar –ref. París, 8 marzo 1840, D. *Jur. Gén.*, v. *Minorité*, núm. 393; Rouen, 4 enero 1883, D. 83.2.155–, la guarda del pupilo a una persona que no sea el tutor. Pero una vez que el tutor haya sido nombrado y se le ha encargado de la guarda del hijo, ésta no puede privársele de ella, y, entonces, la guarda del tutor implica las mismas prerrogativas y las mismas obligaciones que la de los padres, esto es, el tutor determina, pues, la religión del pupilo; su forma de educación y el *lugar en que ha de residir*; vigila su correspondencia y regula sus relaciones.

⁵⁶⁷ Ref. STS 18.12.1900, en SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil y el Código civil e Historia general de la legislación española*, t. V, vol.2º. Derecho de familia, Madrid, 1912, p. 1304.

⁵⁶⁸ GUTIÉRREZ CALLES, JL., ob, cit, pp. 195-196, que nos explica que a quién se le encomendaba la tutela del enfermo mental podía optar bien por su internamiento o por vigilarle y atenderle en su propio domicilio, cuando de un loco tranquilo, no furioso se trataba, sometido a una potestad que, atendido a su grado de discernimiento, permitía la sujeción del pupilo a una disciplina severa y estricta, imponiendo el respeto y obediencia que según el anterior artículo 263 del Código civil debían los incapacitados al tutor, bajo la presión

civil de 1983 que, en coherencia con la introducción de la tutela de autoridad, somete al internamiento de un presunto incapaz a autorización judicial previa, y de modo paralelo, la Reforma psiquiátrica desinstitucionalizadora de los antiguos manicomios⁵⁶⁹ han traído la integración del demente, sobre todo, en el ambiente familiar y el entorno social y que, hoy en día, la responsabilidad civil del tutor cobre vigencia, al igual que otras figuras de guarda del incapaz, lo cual va a tener incidencia, de igual modo en la responsabilidad civil de los padres que tienen la patria potestad prorrogada o rehabilitada de su hijo incapaz, que es nuestro objeto de estudio.

Una vez expuesto el recorrido histórico, damos paso al estudio de las diferentes teorías subjetivas, objetivas y cuasiobjetivas que explican, de modo teórico, los criterios de imputación en la actualidad, para indagar, tanto en la opinión que, en particular, ofrecen al criterio de imputación de los menores de edad y de los incapaces, como en la influencia que estas corrientes han tenido en la doctrina y jurisprudencia española. Y esto, en orden a tener un mayor conocimiento para realizar la labor comparativa entre la responsabilidad civil de los incapaces y los menores de edad, y la de sus progenitores que ostenten la patria potestad, que abordaremos en el último capítulo.

II.- LA TEORÍA SUBJETIVA.

1.- SU JUSTIFICACIÓN JURIDICO-SOCIAL.

La teoría subjetiva, que tiene como adalid al criterio de imputación de la culpa, se basa, en términos generales, en un juicio acerca de la conducta del agente del daño, esto es, cuando para discriminar el daño que ha de ser reparado se toma en consideración, desde el punto de vista de la justicia retributiva, el valor moral y social del acto acometido⁵⁷⁰.

de castigos físicos (que podían entenderse comprendidos en la facultad de corrección moderada que el Código reconocía a los tutores).

⁵⁶⁹ Vid. *Infra*. II.2.A.a'.b'' del capítulo cuarto.

⁵⁷⁰ HEREDERO, J.L., *La responsabilidad sin culpa (responsabilidad objetiva)*, ed., Nauta, S.A, Barcelona, 1964, pp.21-23, nos explica, desde un interesante punto de vista filosófico- histórico, la importancia del componente de la conciencia en la elección por el legislador del criterio de imputación de la culpa como principio general de la responsabilidad civil. Este autor resalta que, durante mucho tiempo, el hombre no se reconoció como "unidad", merced a que la familia, la ciudad, el Estado eran las formaciones externas que le concedían los derechos. Pero cuando Roma extendió geográficamente su administración, y se produjo un distanciamiento físico del Estado, el hombre empieza a sentir su propia libertad y responsabilidad. Y fue,

Es importante resaltar que, de modo tradicional, esta teoría ha abanderado a la culpa como principio general de imputación de la responsabilidad civil.

Esta afirmación se ha basado, sobre todo en el ámbito del Derecho continental, en razón de que la culpa supone el equilibrio entre el derecho a la libertad y el respeto a los demás, pues si uno tiene derecho a desarrollar su propia actividad y su personalidad, pero también los demás tienen derecho a que sus bienes y su propia persona sean respetados, el equilibrio está en “el deber de aplicar el esfuerzo normalmente adecuado para la salvaguarda de los demás”⁵⁷¹. En otras palabras, y parafraseando a DE CUPIS, porque la reprobación moral de la producción del daño representa una valoración ética que corresponde a un comportamiento espiritual que deviene connatural en la humanidad dotada del suficiente grado de evolución moral⁵⁷²; o, en expresión de CARBONNIER, porque “el aguijón de la culpa es necesaria en toda sociedad que quiere vivir”⁵⁷³.

Y el Derecho anglosajón⁵⁷⁴, por otra parte, defiende la prioridad de la culpa, no sólo en razones de justicia retributiva, sino, también, en argumentos de eficiencia económica, a la que debe de servir la responsabilidad civil extracontractual. De modo sucinto, esta corriente

entonces, la moral estoica la que favoreció que el hombre descubriera una dimensión interna en esa sensación de libertad, ya que el hecho de que aquélla defendiera que el hombre no depende más que de sí mismo, supone una dinámica en la que “la voluntad” predomina –Ref. Brurischuigg., *Le progrès de la conscience*, vol. I, p. 58-. Y, por último, de la supremacía de la voluntad se pasó a la del “pensamiento”, como reflejo del pensamiento cartesiano del siglo XVII que abanderaba la igualdad entre los individuos por su pensamiento, a causa de la independencia de la sustancia pensante respecto a la materia capaz de turbarla – Ref. Descartes., *Principios de filosofía*, I, p. 60-. Por consiguiente, esta corriente llevó, en el pensamiento jurídico, a la construcción científica del Derecho natural, esto es, que el Derecho es el dictado de la recta razón. Y este principio se recoge por el movimiento codificador europeo, e inspira, por tanto, las normas que definen la responsabilidad en conexión indisoluble con la culpa.

Aunque el autor concluye que la dinámica de la responsabilidad por culpa no podía conducir más que a resultados siempre idénticos, a causa de la absoluta unidad de su estructura.

⁵⁷¹ BIANCA, C.M., “Supervivencia de la teoría de la culpa”, en *Responsabilidad en el tercer milenio*, ob, cit, p. 139.

⁵⁷² CUPIS, A.DE, *El daño...*, ob, cit, p. 211; PUGLIATI, S., Voz: “*Alterum non laedere*”, Enc. Dir, vol. II, 1958, pp. 98 y ss; y RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, p. 218.

⁵⁷³ CARBONNIER, J., *Droit civil. Obligations*, éd, PUF, (col. Thémis), n°. 87. Y, en términos parecidos, FLOUR, Y., “Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance?”, *Dr.Rev.franç.théor. jur* (Gazzaniga, J.I/ Ewald, F/ Flour, Y), éd, Puf, 1987, p. 42. No se puede, tampoco, transferir a la responsabilidad penal todo la política de sanción y de prevención de las culpas; iría en contra de la *ratio* del propio Derecho penal.

⁵⁷⁴ TUNC, A., *La responsabilité civile*, ed., Dalloz, París, 1989, p. 15, nos explica que, respecto a los países del *Common Law*, es clásica la definición de Winfield de responsabilidad civil extracontractual (*Tortious liability*), que reza que ésta tiene por causa el desconocimiento de un deber principalmente determinado por la ley, que existe respecto a los ciudadanos en general (*primarily fixed by the law*) y su violación puede ser objeto de una acción de daños y perjuicios. La responsabilidad civil forma parte del Derecho de daños, *Tort law*,

considera que una sociedad, una institución o una norma jurídica es más eficiente que otra siempre que los que se benefician con dicha norma ganan más de lo que pierden los que se perjudican con ella. De tal modo que, en lo que respecta a la institución jurídica de la responsabilidad civil, hay que investigar, tanto la probabilidad de que la acción determinada de alguien cause un daño y la gravedad de la misma, como el costo de las precauciones adecuadas para prevenir un determinado daño, para poder concluir, que si el costo de las precauciones adecuadas para prevenir un determinado daño hubiera sido menor que el costo del daño, descontado por la probabilidad de que ocurriera, la conducta del agente hubiera sido culpable o negligente⁵⁷⁵.

En cualquier caso, la teoría subjetiva entiende que las razones anteriores se fortalecen para el Derecho español al poner de manifiesto, por un lado, que la responsabilidad civil objetiva no se inserta en el Derecho español sino moderadamente⁵⁷⁶, como se desprende de la originalidad del título XVI, del libro IV del Código civil español que preside el artículo 1902 y siguientes, y que reza: “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, frente al título IV del libro IV del Código civil francés: *Des délits et quasi-délits. Des engagements qui se forment sans convention*”⁵⁷⁷. Y, por otro, que el criterio de culpa aparece a lo largo del articulado citado, bien expresamente, o bien de modo implícito, y sólo en un resto no aparece la culpa como criterio de imputación⁵⁷⁸.

recordándonos Fleming que la palabra *tort* viene del latín *tortus*, y es sinónimo del término inglés *wrong*, esto es, error o equivocación.

⁵⁷⁵ PROSNER, R., *The Economic Analysis of Law*, 2nd, Boston, Little, Brown, 1977; RONALD COASE., *The Problem of Social Cost*, *The Law and Economics*, 3, 1960, señalan que la primera sentencia que recogió este razonamiento fue la que resolvió el caso *United States v. Carroll Towing -Co.* 159 F. 2d. 169-1947-. Y resaltan que dicho principio se complementa con el que reza: “*cheaper cost avoider*”. Este segundo principio actúa cuando el daño puede ser prevenido, tanto por el agente causal del daño, como por la víctima, de modo que el costo del accidente descontado por la probabilidad del accidente debería cargarse sobre aquél de los dos que lo pueda evitar de forma más económica.

⁵⁷⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, II. Derecho de obligaciones, vol. 2º, ed., Bosch, 1997, p. 485; y GUILARTE MARTÍN – CALERO, C., *La moderación de la culpa por los Tribunales*, ed., Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 122.

⁵⁷⁷ GARCÍA CANTERO, G., “Exégesis comparativa del artículo 1902 del Código civil”, en *Centenario del Código civil. Asociación de Profesores de Derecho civil*, t.I, Madrid, 1990, p. 883. En una hipotética nueva regulación en la materia, no parece posible prescindir del principio general culpabilístico con todas las matizaciones y adiciones que vengan aconsejadas por la realidad social. Es un verdadero principio general, trasunto de uno de los *tria iuris praecepta*, el que fundamenta la vida en sociedad: “*Alterum non laedere*”.

⁵⁷⁸ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., “Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva”(Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 14 de enero de 1958), *AAMN*, 1962, t. XIII, pp. 27-45, encuentra el criterio de la culpa de modo implícito en el último párrafo del precepto 1903 CC, en el artículo 1904 CC al normar el derecho de repetición; en el artículo 1905 CC que, al regular la responsabilidad del poseedor de un animal o del que se sirve de él, fija como uno de los mecanismos de

Por último, dentro de esta teoría subjetiva hay, a su vez, dos corrientes que otorgan respectivamente un sentido distinto al concepto de culpa. Por un lado, la corriente tradicional, que entiende a la culpa en el sentido subjetivo de participación psicológica en un comportamiento negligente, aún medida según un metro objetivo; en definitiva, se refiere al esfuerzo, interés o dedicación que un determinado sujeto pone en una concreta actividad, Y, por otro, los que, desde una opinión más evolucionada, lo entienden referido a la transgresión de una norma jurídica de conducta, que alude al establecimiento de una indicación o proposición formal de una conducta en relación con una actividad⁵⁷⁹. Esta dualidad se produce, también, respecto al Derecho anglosajón⁵⁸⁰.

2.- CONCEPCIÓN SUBJETIVA DE LA CULPA CIVIL: INFLUENCIA DEL CONCEPTO DE CULPA CONTRACTUAL.

Según dejamos expuesto en el capítulo primero, en España el concepto de culpa contractual ha ejercido una influencia determinante en el concepto de culpa civil, lo que ha estado, en parte, propiciado por una determinada interpretación jurisprudencial y doctrinal de la responsabilidad civil como fuente de obligación. De modo que consideramos necesario

exoneración, la culpa del que lo hubiese sufrido; en los artículos 1906 y 1907 CC que, al regular la responsabilidad en la que puede incurrir el propietario de una heredad de caza, o de un edificio por daños derivados de su ruina, respectivamente, no recogen, expresamente, el término de culpa, pero lo cree implícito en las expresiones “cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla”, y “(...)si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias”, respectivamente; y en el artículo 1908 CC que al regular la responsabilidad de los propietarios por los daños causados por los hechos descritos en su primer y cuarto supuesto, es decir, por la explosión de máquinas y por las emanaciones de las cloacas o depósitos infectantes, emplea en aquél el término de ausencia la diligencia debida, y en éste el de “construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”.

Pero reconoce que la culpa está ausente, tanto expresa como implícitamente, en los dos supuestos intermedios, el del daño que deriva de los humos excesivos y el de la caída de los árboles; de igual manera que en el artículo 1910 CC que cierra el capítulo, y regula la responsabilidad del cabeza de familia por los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma.

⁵⁷⁹ BONET RAMÓN, F., “Responsabilidad legal (estricta)”, ob, cit, p. 437; y PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 444.

⁵⁸⁰ En lo que respecta a la doctrina americana, nos encontramos tres vertientes dentro de la teoría subjetiva que se basa en la corrección o incorrección de la conducta del agente: En primer lugar, los que defienden que la incorrección depende de si la víctima ha sido sometida por el causante de dicho daño a un riesgo, que ella, a su vez, no impuso al causante - vid. FLETCHER, G., “Fairness and utility in tort theory”, *Har. L. Rev.* 85, 1972-. En segundo lugar, los que hacen depender la culpa de la violación de un nivel razonable de cuidado o atención por los bienes de los demás, el nivel que se construye objetivamente - vid. Mc.CORMICK, N., *La obligación de reparación*, en Derecho legal y socialdemocracia, ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 173-. Y, por último, los que hacen depender la incorrección del grado de reprochabilidad moral del agente al realizar la acción que causó el daño, la que, a su vez, depende de si dicha acción fue causada en forma intencional o culpable - vid. WEINRIB, E.J., “Toward a Moral Theory of Negligence Law”, en *Journal of Law and Philosophy*,

partir del concepto de culpa contractual en el Derecho civil español, aunque sea sumariamente, tanto para corroborar dicha afirmación, como para tener una mejor base cuando expongamos en el siguiente epígrafe el concepto que tiene la teoría subjetiva de la culpa en el ámbito extracontractual.

La culpa contractual se define como la situación psicológica del deudor frente a un incumplimiento obligacional que ha producido daños, esto es, predisposición psicológica, tensión de voluntad, esfuerzo o cuidado en orden a la conservación o promoción de los intereses ajenos del acreedor⁵⁸¹. En definitiva, el concepto de culpa contractual se refiere, sobre todo, a una situación subjetiva, propia de valoraciones morales⁵⁸². Más en concreto, y sobre la base de la interpretación sistemática de los artículos 1104 y 1105 CC, se afirma que la culpa tiene dos sentidos:

En primer lugar, la culpa contractual tiene un sentido objetivo en cuanto al deber infringido, merced a que aquélla ha sido integrada o complementada, tradicionalmente, por los modelos profesionales del *pater familias* o el común de los hombres, que por su naturaleza se hallan al alcance de todos y que cualquiera puede llevar a la práctica. Su accesibilidad general y, por tanto, también al deudor, justifica que se le sancione si no la puso en práctica⁵⁸³.

Incluso, hay quiénes matizan que el patrón de diligencia escogido por el legislador en el artículo 1104 CC es un patrón mixto, en razón de que, ni tiene en cuenta las capacidades

1983; “Corrective Justice”, en *Iowa L. Rev.*, vol. 77, n.2, 1992; y, “The insurance Justification and Private Law”, 1985, 14, *J.Legal Studies*, 681.-.

⁵⁸¹ SCAEVOLA, Q.M., *Código civil español (redactado por Pascual Marín Pérez)*, t. XIX, ed., Reus, Madrid, 1957, p. 694; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, I-II, Madrid, 1971, pp. 610-611. Definen a la diligencia como una cierta medida de esfuerzo (energía) corporal o espiritual en una acción u omisión; o como el adecuado empleo de energías y medios útiles para la realización de un fin determinado.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor ...* ob. cit., p. 669. Este autor, en una postura aislada en la doctrina española, concede a la culpa un carácter más amplio que el propio de ser infracción de un esquema de conducta, sobre la base del Derecho histórico. Pues nos explica que desde el Digesto –Donellus: Comm. J.C.L. 13 C. 9, núm.4-, se creó el concepto de *annumeratio culpa* que comprende: la impericia, el uso no autorizado de cosa ajena, enemistad justificada contra el deudor- arrendatario de la cosa, e, introducción de huéspedes o custodios inidóneos. Siempre que tales hechos deterioraban o destruían la cosa específica debida, el efecto era el mismo que si la pérdida o deterioro se hubiera debido a negligencia del deudor en la conservación (arts. 481, 1559.3, 1563, 1744, 1767.2, y 1869 CC).

⁵⁸² Ref. BIANCA, C.M., Voz “Negligencia”, *Noviss. Dig. it.*, XI, Turín, 1965, pp.191 y ss, en Jordano Fraga, F., *La responsabilidad contractual*, ob. cit. p. 119.

efectivas, los límites o posibilidad real que tiene el deudor de cumplir las propias obligaciones, ni, tampoco, se refiere a un paradigma unívoco y totalmente abstracto. Por el contrario, alegan que este precepto configura un modelo de diligencia objetivo-típico, de suerte que deberían diferenciarse grupos de actividades o profesiones, y grupos de edad o de aptitudes físicas o intelectuales generalizables⁵⁸⁴. Y esta tesis la sustentan en que el artículo 1104 CC regula el contenido de la diligencia - como patrón para juzgar la conducta del deudor valorando los obstáculos que a ésta se le presentan y que el esfuerzo diligente debe tender a superar- en dos párrafos que pueden parecer contradictorios, al presentar dos modelos de diligencia que parecen incompatibles, pero que no lo son: por un lado, el segundo párrafo influido por el modelo histórico francés del *buen pater familias*, con clara connotación objetiva, pues indica que la diligencia será la conducta adecuada para la efectividad de la prestación; y, por otro, el primer párrafo, influido por el artículo 512 del Código civil argentino, que regula un modelo totalmente nuevo basado en la diligencia que exigiere la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, que introduce cierta subjetividad⁵⁸⁵. Pues de la interacción entre y uno y otro se consigue un baremo de diligencia que verdaderamente se puede calificar con el adjetivo de “exigible”, y que se adapta a la situación en la que se debe desarrollar la actividad debida⁵⁸⁶. Además, se aduce que la interpretación del patrón mixto es coherente con los términos del artículo 1103 CC que permite a los Jueces la moderación de la responsabilidad que proceda de negligencia, de tal modo que la facultad de moderar responde a una cuestión de determinación de la culpa o de *an respondeatur*, pudiendo el Juez exigir mayor o menor diligencia según las circunstancias del caso tenidas en cuenta por el artículo 1104 CC. En definitiva el artículo 1104 CC es una suerte de complemento del artículo 1103 CC⁵⁸⁷.

⁵⁸³ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor..*, ob, cit. p. 686. La inexcusabilidad de la infracción del modelo no profesional tiene su arranque en la definición de culpa lata del Digesto (50, XVI, 223).

⁵⁸⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., Voz: “Culpa”, *EJB*, vol. II, Madrid, 1995, p. 1864.

⁵⁸⁵ VÉLEZ SARSFIELD., *Notas al artículo 512 del Código civil de la República argentina*, Buenos Aires, 1997.

⁵⁸⁶ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la cupa del deudor...*, ob, cit, p. 293, y en el mismo sentido, PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, pp. 458-459.

⁵⁸⁷ DÍAZ ALABART, S., “La facultad de moderación del artículo 1103 CC”, *ADC*, 1988-II, pp. 1124 y ss, y “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos...”, ob, cit, *ADC*, 1987, pp. 853 y ss, que nos explica que son más explícitos los términos literales de los artículos que, de modo expreso, regulan dicho aspecto para la responsabilidad extracontractual, tanto el francés “*est plus ou moins étendue...*”, como el italiano “*si deve applicare un maggiore o minor rigor*”. De modo que, aunque en el Derecho español se regule con aspecto general, esto es, como cláusula general, la consecuencia es la misma. Y en sentido parecido, MARTINEZ CALCERRADA, L., “La responsabilidad jurídica del subnormal (especial estudio de su modalidad civil)”, *RDP*, 1976, vol. LX, núm, abril, p. 289, que nos explica que, *a sensu contrario*, del artículo 1263 CC (en su antigua

Y, en segundo lugar, para este sector doctrinal la culpa tiene un sentido subjetivo en cuanto a la causa, por ser un concepto intermedio entre el dolo y el caso fortuito. Pues la culpa es, tanto la negación del dolo o involuntariedad de la infracción, esto es, un concepto ligado, por consiguiente, al de deudor de buena fe con lo que conlleva de connotación subjetiva; como ausencia de caso fortuito y, por tanto, imputación al deudor, en donde se halla la raíz de la eficacia de la culpa como fuente de responsabilidad del sujeto⁵⁸⁸. Pues este sector doctrinal entiende que el reproche de la culpa se funda en que la infracción o ilicitud cometida, si bien no voluntaria, era evitable por el deudor, esto es, estaba en manos del deudor el que la infracción no se hubiera producido, culpa-previsibilidad - evitabilidad. Pero es de la noción de inexcusabilidad, en atención a las circunstancias concretas del cumplimiento, de la que se desprende la exclusión de la misma del que carece de capacidad natural⁵⁸⁹.

redacción, que es la que estaba vigente en el momento en el que el autor escribe este artículo) se podía deducir que el “subnormal” no incapacitado, en la terminología de la época, podía tener capacidad para contratar, y, por tanto, para responder por culpa en caso de incumplimiento. Si bien, matiza que: “la presencia del déficit de subnormalidad habrá que conjugarla con las ideas de negligencia o falta de diligencia a que se contrae la conducta infractora por culpa, e igualmente a la del deudor de buena fe. (...). Debe por ello, en su caso, probada la enfermedad, compulsarse su incidencia en la forma de cumplir, y, en todo caso supuesto, el Tribunal acogerla en su expresa atribución moderatoria del artículo 1103 CC. (...). Afirmar que, incluso, sin la constancia del artículo 1103 CC, también los Tribunales graduarían la responsabilidad, no resalta sino lo que es práctica judicial cotidiana”. Aunque el autor no se pronuncie explícitamente sobre la incidencia de la deficiencia psíquica en la conformación de la diligencia debida según el artículo 1104 CC, se desprende, a nuestro entender, de la expresión “*compulsarse su incidencia (de la deficiencia) en la forma de cumplir*”, y “*graduar la responsabilidad*”.

⁵⁸⁸ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, ob. cit. p. 698, nos explica que, junto al elemento objetivo, existe el subjetivo que se conforma por un lado, por el conocimiento de la cualidad de deudor. En concreto, hay tres artículos en el Código civil en los que se exime de toda responsabilidad al deudor de cosa cierta y determinada a pesar de que no puede cumplir su obligación por acto que le es totalmente imputable, pues en todos ellos se ignora con justa causa o motivo su cualidad de tal. Esto es, el artículo 457 CC que se refiere al poseedor de buena fe; el artículo 1778 CC que regula la situación del heredero del depositario – Dig. 50. XVII, 42- y el artículo 1897 CC acerca de quien cobra algo indebido de buena fe. Y, por otro, por la buena fe, que hace especial hincapié en el dato de la ausencia del dolo o una situación psicológica consistente en la ausencia de voluntad infractora que, sin embargo, no está explícitamente recogido en el artículo 1104 CC. Y, también, PEÑA LÓPEZ, F., ob. cit. p. 443, que explica que la frontera entre el dolo y la culpa se encuentra en el consentimiento o aceptación de las consecuencias dañosas antijurídicas que existía en el dolo eventual y que lo diferenciaba de la culpa consciente. En esta última, el autor del hecho injusto, a pesar de haberse representado la posibilidad del perjuicio, confiaba en que tales consecuencias no se llegasen a producir.

⁵⁸⁹ Ref. IGNEUS, J., “Repetitio L. Contractus ff de regulis iuris”, en *Commentarii in aliquot constitutiones Principum itemque in aliquot Responsa Jurisconsultorum (vulgus Repetitiones vocat)*, Lugdumi, 1541, núm. 3, quien excluye del “*omnes*” al pupilo y al loco ya que “*qui sensu carent culpam committere non possunt*”, y, por tanto considera que el “*omnes*” debe entenderse “*scilicet sani intellectus et qui sensu non carent*”; y DECIANUS, T., *Tractatus criminalis*, 1, Fracoforti, 1591, C.6, núm. 10, quien señala que el no inteligente del infante y del loco no precede “*ex negligentiae*” sino “*ex morbo vel aetatis defect*”, en Badosa Coll, F., *La diligencia y la culpa del deudor..*, ob. cit. np. 23, p. 686.

En definitiva, de la conjunción de ambos sentidos, y en términos de BADOSA COLL, se desprende que el Código civil español considera sinónimos a la culpa, que es un término técnico jurídico, y a la negligencia, que se refiere a un juicio psicológico⁵⁹⁰. Y esta identificación se debió, según hicimos referencia en el capítulo primero, por un lado, a que, tras la Codificación la culpa pasó de tener un sentido amplio y de significar la infracción de la regla de conducta opuesta al dolo, a tener una acepción estricta de involuntariedad; hubo una identificación que hizo que la nota de la infracción de la diligencia equivaliera a involuntariedad. Y, por otro, a que la culpa contractual tenga su fuente en el negocio jurídico del contrato, el negocio jurídico por excelencia que tiene como presupuesto básico la voluntad y capacidad de los sujetos.

Incluso, la poderosa idea de culpa en sentido subjetivo ha influido en que la doctrina mayoritaria interprete la responsabilidad contractual por hecho ajeno en los siguientes términos: si sólo puede ser deudor el infractor de la diligencia debida, en los casos en que se cause un daño por un tercero introducido por el deudor en la relación obligatoria se crea en cabeza de este último una nueva diligencia excepcional exigible, la diligencia *in eligendo* o *in vigilando*. No obstante, hay quiénes disienten de lo expuesto en el sentido de que dicha diligencia no se exige en ningún precepto y que, por tanto, la causa de imputar el daño al deudor es porque éste fue quien legitimó al tercero a introducirse en la obligación, y por ello se le imputa el riesgo de su comportamiento. Así las cosas, lo cierto es que esta última posición reconoce que la responsabilidad contractual por hecho ajeno requiere en el sujeto del que se predica una previa libertad de decisión a la hora de realizar la actuación, pues no existe responsabilidad del deudor por hecho ajeno si el daño proviene de conductas ajenas e independientemente del control del sujeto, en razón de que “no hay culpa sin connotación psicológica que deriva de la contraposición al dolo”⁵⁹¹.

En definitiva, lo cierto es que para la tesis subjetiva el *vínculo entre la voluntad y el hecho dañoso* que implica la culpa no falta, ni siquiera, cuando se afirma que la valoración de la culpa se mide con un patrón objetivo. Y esto, porque, a fin de cuentas, es doctrina pacífica que la negligencia puede imputarse como culpa a la persona sólo cuando sus capacidades

⁵⁹⁰ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, ob. cit, p. 682.

⁵⁹¹ BADOSA COLL, F., ob. cit, p. 691.

físicas y psíquicas permitieran al sujeto comprender y realizar el comportamiento debido. En otras palabras, la culpa es imputable sólo a quien se halla en condición de respetar los imperativos de la ley. Y el estado mental que permite la imputación de la culpa es la “imputabilidad”, y cuando ésta falta, la culpa se excluye. Y la imputabilidad moral procede, a su vez, del conocimiento y libertad del agente⁵⁹².

3.- LOS ELEMENTOS DE LA CULPA CIVIL:

Una vez expuesto el concepto de culpa contractual, ¿no es claro que los defensores del concepto subjetivo de culpa civil o extracontractual han estado influenciados por dicha noción, cuando sostienen que la culpa civil tiene naturaleza psicológica, merced a que hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía volitiva aquella orientación que, con finalidad de evitarlo, habría sido necesaria?. En otras palabras, esta teoría defiende que, tanto el dolo (*faute* intencional, o comportamiento intencional, según la calificación de la legislación francesa o alemana, respectivamente)⁵⁹³, como la culpa, remiten a la idea de “voluntad”, pues ésta consiste en un

⁵⁹² Ref. D’AMICO, G., Voz: “Negligenza”, *Digesto*, IV, ed., disc. priv, XII, Turín, 1995, p. 31, en Corsaro, L., “Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano”, en *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ) ed., Dykinson, 2000, np. 24, p. 138.

⁵⁹³ SCAEVOLA, M.Q., *Código civil...*, op. cit, p. 314, que nos explica que el sentido técnico de la culpa nació en el campo del Derecho privado, frente al dolo, cuyos orígenes penales son claros; LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros, *Elementos de derecho civil*, t. II, vol.2º, ed., Bosch, Barcelona, 1995, p.470, para quién el grado de intencionalidad es un criterio que está presente, tanto en la materia penal, como en la civil, a pesar de la dificultad de establecer tal división en este ámbito merced a la ambigüedad de los términos literales de los preceptos civiles que regulan la responsabilidad extracontractual. Pues la distinción entre el dolo y la culpa respecto de las consecuencias del incumplimiento en materia de responsabilidad contractual, según el artículo 1106 CC, es clara; sin embargo, la terminología utilizada en los artículos 1089, 1092 y 1093 CC relativos a la responsabilidad civil es confusa, en razón de que el artículo 1089 CC, al enumerar las fuentes de las obligaciones, alude a los *actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*, y poniéndolo en contacto con los artículos 1092 y 1093 CC, da a entender que los actos y omisiones ilícitos se refieren a los delitos y faltas, y los actos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, se refiere a los actos ilícitos no punibles, respectivamente. Y, para un análisis de esta cuestión en profundidad, vid. PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, pp. 405-435.

Es interesante apuntar, cómo el Derecho alemán, aunque distingue entre el comportamiento intencional (*vorsätzlich*) y el negligente (*fahrlässig*), conoce muchas formas de comportamiento doloso o intencional según lo que determinen los términos del precepto legal, pues recordemos que el Derecho alemán, frente al Derecho español y al francés, se basa en la tipicidad del daño. Así, por ejemplo, la responsabilidad civil por una conducta contra las buenas costumbres requiere, según el § 826 BGB, que el daño se haya causado intencionalmente, y para ello, no es suficiente que la conducta del agente del daño haya sido intencional, sino que ha de serlo, también, el daño causado, si bien no es necesario que éste fuera el único propósito de la acción, ni que el agente del daño tenga una idea precisa del alcance del daño, o la identidad de la víctima en concreto. Y, sin embargo,

defecto de la voluntad que impide la diligencia necesaria en las relaciones humanas, y por eso hace que se obre imprudentemente, o se omitan las cautelas que se debían adoptar⁵⁹⁴.

Si bien, hay que reconocer que la corriente de pensamiento de ascendencia pandectística, apuntada al inicio de este capítulo, también ha contribuido a la subjetividad del concepto de la culpa civil, pues este movimiento atribuye peculiar relieve a los principios morales respecto a la construcción y aplicación de la normativa sobre responsabilidad, y a tales fines los actos del hombre son valorados, no ya por su significado interior, sino por el resultado extrínseco que producen⁵⁹⁵.

Incluso, y al igual que se afirmó respecto a la responsabilidad contractual por hecho ajeno, la idea de culpa en sentido subjetivo ha ejercido su influencia en la interpretación de la responsabilidad civil por hecho ajeno, pues parece que sólo la culpa es capaz de darle fundamento. La responsabilidad civil por hecho ajeno, entonces, se explica con la culpa de la persona que es responsable según la ley, siendo el hecho ajeno expresión del actuar propio en la realidad. Y desde esta perspectiva se inscriben presunciones de culpa que, aunque no se

según el § 823 BGB (acerca de las lesiones a la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquiera otro derecho de la persona), y 839 BGB (acerca de la infracción del deber de un funcionario) la responsabilidad civil nace tanto si el acto fue intencional como negligente, pero la conducta es intencional, según los términos del precepto, si la interferencia con el interés protegido fue deliberado, pero no requiere la intención de causar un daño – vid. VAN GERVEN, W./ LEVER, J./ LAROCHE, P., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law* (The Common Law of Europe Casebooks. Tort Law), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2000, p. 340-

Y respecto al Derecho francés, es interesante recoger el concepto estricto que la jurisprudencia mantiene de *faute intentionnelle* o *dolosive* del artículo 113-2 del Código de seguros, en orden a una mayor protección de la víctima; esto es, sólo se entiende que existe dolo o culpa intencional por el asegurado que exime a la compañía de seguros de indemnizar cuando aquél realiza y quiere realizar el acto generador del daño y, además, *el daño en sí mismo*, de modo que, el Tribunal ha negado la presencia de la culpa intencional en un caso en que un menor de edad había sido declarado autor de un delito de lesiones por el Tribunal de menores, pues el menor sólo había realizado voluntariamente el acto, pero dicha voluntad no abarcaba la intención de ocasionar el daño en el ojo de su compañero –vid. ref. Cass. civ, 1, 22 juillet 1985 (réf. 1592) *Epoux Dinet c. Consorts Tourneix et autres*, en *Gaz. Pal*, 1985, 2e semestre, novembre-décembre, p. 307.

⁵⁹⁴ Respecto a la doctrina italiana, vid. CUPIS, A.DE, *El daño...*, ob. cit, pp. 187; y ref. CESAREO CONSOLO, *Trattato del risarcimento del danno*, Milán, Roma y Nápoles, 1908, p. 162; y CAZZETA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milán, 191, en Corsaro, L., ob. cit, np. 16, p. 136.

Y, respecto a la doctrina francesa, vid. RIPERT, G./ BOULANGER, J., *Traité de droit civil*, d'après el *Traité de Planiol*, ob. cit, p. 331.

⁵⁹⁵ Para una mayor comprensión de la influencia de base pandectística que construye la culpa como relación entre evento y voluntad de la persona a la cual esto se imputa, vid. ref. VON TUHR., *Der allgemeine Teil des deutsch bürgerlichen Rechts*, trad.esp. T. Ravá, III, 2, Buenos Aires, 1948, pp. 165-180, en Corsaro, L., ob. cit, np. 27, p. 139.

hallen recogidas explícitamente por la ley, son de arraigada tradición⁵⁹⁶. En esta cuestión indagaremos en el último epígrafe de este capítulo dedicado a la responsabilidad civil de los padres.

En cualquier caso, y respecto a la responsabilidad civil por hecho propio como por hecho ajeno, la concepción subjetiva de la culpa civil la basan los defensores de la misma, en esencia, en dos argumentos: ya sea, en razón de que el Derecho, dado su carácter fenoménico, se halla compelido a inferir las actitudes subjetivas, anímicas, de comportamientos, de datos externos, de lo manifestado; de tal modo que los patrones o modelos de conducta sólo sirven en cuanto indican una actitud subjetiva del deudor o de quien se trate. Ya sea, porque, según CLAVERIA GOSALBEZ, si nadie duda del carácter subjetivo del dolo, tampoco habría que hacerlo de la culpa civil, como lo reflejó, de modo claro, el artículo 997 del Proyecto del Código civil de 1836 al definirla como “esmero y atención del hombre diligente y cuidadoso”⁵⁹⁷.

En consecuencia, y al igual que respecto a la culpa contractual, esta teoría afirma que la culpa civil se compone, tanto del elemento objetivo de la vulneración de una norma jurídica de conducta, esto es cuando se realiza un comportamiento en el que no concurre la diligencia que el Derecho entiende que se debe exigir de sus destinatarios; como del elemento subjetivo de la imputabilidad o capacidad de culpa. Y, de igual modo, asume que la culpa en sentido estricto se caracteriza, frente al dolo, por su falta de voluntariedad y, frente al caso fortuito, por su previsibilidad y evitabilidad. De modo que, en primer lugar, y, en orden a determinar “aquello” de lo cual se predica que debió haber sido previsto, se afirma que lo que se requiere es un conocimiento potencial del daño, de la relación de causalidad entre su conducta y éste, y por último, del carácter antijurídico de su actuación, es decir, un conocimiento que se hubiera llegado a poseer si se hubiese actuado con la diligencia debida. Asimismo, y a diferencia de lo que sucede con el dolo, el conocimiento potencial debe abarcar también el de la exigibilidad

⁵⁹⁶ Ref. VENZI, *Manuale di diritto civile italiano*, 7, Turín, 1993, p. 413, en Corsaro, L, ob, cit, np. 36, p. 140.

⁵⁹⁷ CLAVERIA GOSALBEZ, L-H., “La responsabilidad civil contractual y extracontractual”, *Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 18 de enero de 1990*, t, IV, Madrid, 1990, p. 178.

Respecto a la doctrina francesa, vid. CARBONNIER, J., *Droit civil*, 4. Les Obligations, éd., PUF, 1990, p. 402. Dentro de la culpa no intencional, la doctrina francesa distingue comúnmente, por un lado la negligencia que se identifica con la atención, con la tensión de espíritu, con el esfuerzo de la voluntad que podría haber

de una conducta diligente distinta de la que se realizó⁵⁹⁸. Y, en segundo lugar, para poder imputar a título de culpa el resultado antijurídico de la acción éste ha de ser, además de previsible, susceptible de ser evitado con el empleo del nivel de la diligencia exigido por el Derecho⁵⁹⁹, en el sentido de que la evitabilidad del resultado debe ser comprobada en todo caso, esto es, se haya previsto efectivamente o no el resultado antijurídico, ya que si el resultado era inevitable debe ser exonerado de responsabilidad, y ello con independencia de que lo hubiera previsto o no. Pues, según PEÑA LÓPEZ, esta interpretación del término “*previstos*” del artículo 1105 CC es coherente con el hecho de que el Derecho de daños no pretenda castigar ni sancionar conductas no diligentes por el mero hecho de serlo, sino únicamente en función de que con ellas se puedan evitar lesiones a los bienes ajenos jurídicamente protegidos. En consecuencia, debe excluirse la imputación a título de culpa si el perjuicio no se pudo evitar con la utilización de la diligencia debida⁶⁰⁰.

Por otra parte, también en Francia, tradicionalmente, se enseñaba que la *faute* se compone de dos elementos, el *illicéite* o ilícito como la transgresión de la norma que obliga a comportarse como un “buen padre de familia”⁶⁰¹, y la imputabilidad o la capacidad de comprender el alcance de los propios actos⁶⁰².

combatido el daño, y por otro la imprudencia que identifican con la temeridad que habría podido anular la reflexión.

⁵⁹⁸ Ref. SSTs de 10.7.1981 (RJA 1981, 3054); 19.12.1992 (RJA 1992, 10703); 16.12.1995 (RJA 1995, 9143), en PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 499.

⁵⁹⁹ SCAEVOLA, Q.M., *Código civil* (redactado por P. MARÍN PÉREZ), t. XIX, ed., Reus, Madrid, 1957 (2ªed.), p. 654.

⁶⁰⁰ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 500, y cita al respecto la STS 7.6.1994 (RJA 1994, 4897), en que el TS ha declarado que cuando el profesional sanitario ha informado al paciente de los riesgos previsibles e inevitables de la intervención que se va a practicar, y además, la ha llevado a cabo con toda la diligencia que le impone la *lex artis ad hoc*, está exento de responsabilidad; y además, STS 26.12.1995 (RJA 1995, 9209).

⁶⁰¹ Es necesario realizar una advertencia terminológica acerca del significado que el término de “ilicitud” tiene para la doctrina francesa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. En concreto, la doctrina francesa no le concede a dicho término autonomía respecto a lo que en los países germánicos o anglosajones, e incluso en España denominan “antijuridicidad”. Así, por ejemplo, los artículos § 823 BGB; 41 CO en Suiza; 1294 austríaco; o el 1401 CC holandés hacen referencia expresa al ilícito, *widerrechtlich*, como traducción de la *iniuria* de la ley aquiliana, pues los actos justificativos del ilícito se centran en supuestos muy parecidos a los que eliminan la antijuridicidad en el delito penal (en concreto: el consentimiento de la víctima, el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho). En España, a pesar que no se recoge expresamente en el artículo 1902 CC el requisito de la ilicitud o antijuridicidad, se exige de modo pacífico por nuestra doctrina y la jurisprudencia, de tal modo que un acto ilícito civil consiste en la comisión de un daño a otra persona que no esté amparado por una causa de justificación.

⁶⁰² CARBONNIER, J., *Droit civil*, 4, ob, cit, pp. 400-401; 406-410, 413, que nos explica, por un lado, que para la doctrina francesa el elemento del ilícito se identifica, tanto con la violación de una regla legal, como de una regla consuetudinaria en la que se incluyen los usos, las buenas costumbres, la prudencia media y la moral elemental. No obstante, la violación de la prudencia media es la que ha tenido, finalmente, más relevancia, pues es donde introducen el tipo abstracto del buen padre de familia. Y, por otro, que la voluntad, además, es el

De tal modo que, por su interés, pasamos a un análisis más detenido de cada uno de ellos.

A.- El elemento objetivo: la transgresión de una norma jurídica de conducta.

Respecto al primer elemento de la culpa, la vulneración de una norma jurídica de conducta o de la diligencia exigible por el Derecho, surge la dificultad de determinar cuál es el nivel de diligencia exigible en la responsabilidad extracontractual subjetiva. De modo que en relación a esta cuestión se pronuncian, dentro de la teoría subjetiva, tres corrientes doctrinales:

Iª) La primera de ellas considera aplicable a la culpa civil, de modo analógico, el artículo 1104 CC que regula la culpa contractual como vulneración de la diligencia de un “buen padre de familia”, adaptada según “*la naturaleza de la obligación y las circunstancias de la personas, tiempo y lugar*”⁶⁰³. Y ello sobre la base de dos argumentos:

1) Porque razonan que, si bien el *criterio de la naturaleza de la obligación* no tiene sentido en la culpa extracontractual, sin embargo, en la medida en que respecto a la culpa contractual dicho criterio hace referencia, en primer lugar, a las peculiaridades del deber objetivo (prestación de la obligación) cuya infracción desencadena el mecanismo de la responsabilidad contractual, no habría inconveniente en que en el Derecho de daños dicho criterio se refiera a las particulares exigencias que en cada supuesto se pueden derivar del incumplimiento de aquel deber objetivo que desempeña la misma función. Y si, en concreto, dichas particularidades devienen características de los distintos derechos subjetivos e intereses legítimos jurídicamente protegidos cuya vulneración constituye la infracción del *alterum non laedere*, este sector entiende, en consecuencia, que la diligencia debería acentuarse cuando el acto previsiblemente dañoso pueda afectar a aquellos derechos e intereses a los que el

criterio de distinción de la culpa, de modo que a la culpa intencional se le califica de “*délit*”, lo que en España es el dolo, y a la culpa no intencional se le califica de “*quasi-délit*”, lo que es la negligencia o imprudencia.

⁶⁰³ Acerca del doble significado de “buen padre de familia”: a) los autores del Derecho común lo utilizaron para expresar el grado medio de diligencia, tanto en la triple división de culpas, como en la posterior séxtuple bartolina – vid. ref. FORCHIELLI, P., “Difendiamo il buon padre di famiglia”, en *Dir. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1989, pp. 532-433, en Peña López, F., ob. cit., np. 126, p. 462; y b) otro sector entiende que se refiere al tipo ideal de ciudadano cuidadoso y diligente – SANTOS BRINZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y*

Ordenamiento jurídico otorga un especial valor. Y, en segundo lugar, si el criterio de la naturaleza de la obligación está haciendo referencia, de igual modo, a la naturaleza social de la relación material en la que descansa toda relación jurídica, en el marco extracontractual se podría, entonces, referir al sector social en que se desarrolla la conducta dañosa. De modo que todo sector que implique una peligrosidad y no se haya legislado como responsabilidad civil objetiva *ad hoc* exigiría, en consecuencia, una diligencia exquisita; como ha reconocido la jurisprudencia española, e, incluso, la normativa europea⁶⁰⁴. En definitiva, este sector no cree que esté justificado, desde el punto de vista del Derecho positivo español, que a estos supuestos se le aplique, como analizaremos en el capítulo siguiente, el agotamiento de la diligencia o la presunción jurisprudencial de culpa *iure et de iure*⁶⁰⁵.

2) Y, asimismo, esta teoría defiende que el patrón de diligencia es la “diligencia media” pero debidamente adaptada, tanto a las *circunstancias externas del caso* (de tiempo y lugar), como, para ser coherentes con su concepto de culpa psicológica, a las *circunstancias internas* del agente del daño, porque se trata de comparar la conducta real del agente del daño con la conducta que tendría el “buen padre de familia”, pero sólo en el caso de estar ante un hombre capaz y adulto, pues la culpa apreciada *in abstracto* sólo tiene razón de ser cuando el modelo de referencia es elegido en función del responsable. En otras palabras, a la hora de establecer el patrón de diligencia debido se tienen en cuenta, tanto los obstáculos externos, como los obstáculos internos nacidos del propio deudor, en razón a la referencia del artículo 1104 CC a las circunstancias de las personas⁶⁰⁶. Si bien, el acuerdo deja de existir en el momento de determinar qué condiciones internas son las que han de ser consideradas por el juzgador, existiendo al respecto tres opiniones:

Derecho procesal, ed., Montecorvo, Madrid, 1993, p. 48 y ss; y LETE DEL RÍO, JM., *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 172.173.

⁶⁰⁴ Ref. STS 7.2.1983 (RJA 1983, 863): “para calificar de culposa una conducta no sólo ha de atenderse a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta y determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos”; y STS 5.7.1993 (RJA 1993, 5795), y sobre todo, np. 188 de PEÑA LOPEZ, F., ob, cit, pp. 468-469.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, pp. 469-470.

⁶⁰⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*; t.II. Derecho de Obligaciones, ed., Trivium, 1995, p. 343; LÓPEZ SÁNCHEZ, C, ob, cit, p. 176; REGLERO CAMPOS, F (coord)., *Lecciones de Responsabilidad civil*, ed., Aranzadi, 2002, p. 65, que nos explica que en el juicio de previsibilidad es necesario atender a las circunstancias que concurren en la persona eventualmente responsable, fundamentalmente su edad, su fase de madurez, su capacidad mental, etc.

a) Unos defienden que los estándares de diligencia han de tener en cuenta la edad, aptitudes psico-físicas, la formación cultural, situación social, etc., del agente del daño; y así, hay autores, como DÍAZ ALABART, que defienden que a un menor, por ejemplo, se le ha de exigir una diligencia en proporción a su grado de culpa; o que a los padres, tutores, o centros docentes, en caso de que tengan que responder del daño ilícito de menores adolescentes, se les ha de exigir menor diligencia⁶⁰⁷.

b) Otros, como PANTALEÓN PRIETO y como apuntamos en el epígrafe anterior, mantienen que sólo han de tomarse en consideración las características personales del agente en tanto en cuanto se trate de “*grupos de actividades y profesiones y grupos de edad o de aptitudes físicas e intelectuales generalizables*”⁶⁰⁸.

c) Y, por último, se encuentran los que como PEÑA LÓPEZ entienden que, en realidad, no existe una diligencia *in concreto* en estado puro, ni una absoluta apreciación *in abstracto* de la culpa, sino, más bien, métodos de determinación de la diligencia más abstractos o más concretos según cuál sea el fin perseguido por el sector del Ordenamiento en el que operan. De modo, que la determinación de las concretas circunstancias personales que se hayan de tener en cuenta para apreciar la culpa civil extracontractual ha de realizarse en función de los fines del sistema de responsabilidad extracontractual, del concepto de culpa civil, y de las necesidades prácticas que se derivan de los supuestos en concreto⁶⁰⁹.

En consecuencia, este último grupo entiende la posibilidad de tener en cuenta, en primer lugar, las *circunstancias que sitúan al sujeto en una posición de superioridad con respecto al ciudadano medio*, siempre que sean relevantes en la situación real en que se

⁶⁰⁷ DÍAZ ALABART, S., “La facultad de moderación del artículo 1103 CC”, *RDP*, 1988, p. 1124; y “La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”, en *La Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza* (DÍAZ ALABART, S./ ASÚA GONZÁLEZ, C.), Madrid, 2001, p.122. En igual sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, p. 249

En contra, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La moderación de la culpa por los Tribunales*, ob, cit, pp. 120-121 y 149, pues opina que, aunque el Código civil permite la exoneración de los declarados responsables en el artículo 1903 CC, de probarse la diligencia de un buen pater familias, en realidad, debido al matiz objetivo que le reviste el Tribunal nunca se ha producido tal exoneración, lo que induce a pensar que, a falta de una declaración de orden positivo, los padres y tutores continuarán siendo declarados responsables de los daños producidos por sus hijos y pupilos, aunque éstos se encuentren en la edad comprendida en la propia de la adolescencia.

⁶⁰⁸ Vid. II. 2 de este capítulo segundo.

⁶⁰⁹ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, pp. 473-474.

desarrolla el hecho, y otorguen al sujeto una posición de superioridad respecto al control de su conducta. Y éstas son, en concreto: tanto las *circunstancias de orden intelectual*, por ejemplo, los conocimientos profesionales o técnicos, lo cual se admite de modo pacífico por la jurisprudencia española al hablar de culpa profesional; como las “*circunstancias de orden físico y psicológico*”, si bien reconocen que estas últimas casi no tienen aplicación práctica jurisprudencial, en contraste con su consideración en otros ámbitos del Derecho privado⁶¹⁰. En cualquier caso, razonan que bastará con incluir en el modelo abstracto la característica física o psicológica a la que se ha otorgado relevancia y generalizarla, modulando su comportamiento exigible idealmente para todos los sujetos que ostenten dicha cualidad, porque de lo contrario se estaría reduciendo la función preventiva de la responsabilidad civil al no reclamar de los individuos, especialmente dotados, un nivel de comportamiento que, estando al alcance de sus posibilidades, podría suponer una disminución de los daños que pudieran generar.

Y, en segundo lugar, también admiten tener en cuenta las *cualidades inferiores al ciudadano medio*, siempre que sean relevantes en la situación real en que se desarrolla el hecho, y tengan la entidad suficiente para impedir al sujeto comportarse como un ciudadano medio ideal, debiendo tener en cuenta el juzgador la consciencia que tenga el sujeto de su propia debilidad. En concreto, admiten, tanto las *circunstancias de típico físico*, como, por ejemplo, la decandencia corporal en la vejez, o las minusvalías físicas, etc; como las *circunstancias de tipo psicológico o educativo*, como, por ejemplo, el *analfabetismo o la falta de conocimientos técnicos* (en tal sentido la STS 27.1.1995 - RJA 1995, 176- no apreció negligencia en el comportamiento de una persona que realizó un trabajo en el que era necesaria una presencia técnica, estimando que la culpa corresponde a la empresaria que se lo encargó); *las enfermedades mentales que no determinen la inimputabilidad civil* (así la STS 15.12.1994 - RJA 1994, 942- no aplicó la compensación de culpas en un supuesto en que el enfermo mental contribuyó eficazmente con su actuación a la producción del evento lesivo); o

⁶¹⁰ Respecto a la culpa profesional, vid, entre otras, ref. SSTs 22.7.1994 (RJA 1994, 5525) que aplica el nivel de diligencia del contratista de obra; 17.7.1995 (RJA 1995, 5592), que agrava la diligencia exigible en razón del carácter de “experto” o “especialista” del que produce el daño; 20.5.1996 (RJA 1996, 3879), que estima que el demandado no se condujo con el cuidado exigible a “un piloto atento”. Y respecto a tener en cuenta la cualidades físicas o psicológicas del sujeto, vid. STS 23.2.1995 (RJA 1995, 1219), que, a efectos de concurrencia de culpas, distingue entre la diligencia exigible a aquél que organiza un concurso de zambullidas en una piscina situada en un bar, y la requerida por los participantes en el concurso, en atención a que no son equiparables la

el *incompleto desarrollo de la personalidad del niño que ya tiene capacidad de entender y querer*. Pero las circunstancias que, en modo alguno, se tienen en cuenta son la escasa fuerza de voluntad del sujeto o la pereza, pues no impiden, de por sí, que mediante un esfuerzo el sujeto sea capaz de comportarse como un “buen padre de familia”. Y esto en razón: a) de la propia existencia del principio de culpabilidad en la responsabilidad extracontractual común, pues si se establece un modelo de diligencia inaccesible para determinados individuos, no se puede seguir afirmando que responden por culpa. Asimismo no existe, al menos en relación con la responsabilidad civil subjetiva, una finalidad general de amparar al perjudicado que justifique una interpretación de sus presupuestos de manera que se facilite a la víctima, en el mejor modo posible, la obtención de la reparación; cuando, además, el Derecho prevé mecanismos de equilibrio, como la obligación de los padres de responder de los daños causados por sus hijos *ex artículo 1903 CC*; b) del fin de protección de la persona del Derecho civil, y de los más débiles en particular; y c) porque el desamparo de la víctima es relativo en la medida en que va a ser el agente del daño el que habrá de probar dicho factor como contraprueba para exonerarse de responsabilidad⁶¹¹.

IIª) La segunda corriente es la que aduce que la diligencia debida en la responsabilidad civil extracontractual subjetiva es meramente la del “buen padre de familia”. Pues el último párrafo del artículo 1903 CC se refiere expresamente a dicho criterio, y si aquél es el modelo de diligencia exigible en la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, no hay razón para entender que la “culpa o negligencia” a la que se refiere el artículo 1902 CC imponga un baremo distinto de diligencia debida⁶¹².

IIIª) Y la tercera corriente es la que argumenta que la diligencia exigible para no incurrir en culpa civil es la “diligencia extrema”, pues es la que debe evitar la *culpa levissima*, merced a que el artículo 1089 CC habla de “cualquier género de culpa o negligencia”, y a que el artículo 1104 CC no es aplicable al ámbito de la responsabilidad civil, pues de tal modo se pretende trasladar al campo extracontractual un supuesto en que las personas contratan libremente entre sí y hasta cierto punto se eligen, a otro en que se recibe un

conducta del organizador y la “conducta irreflexiva de unos jóvenes, que presumiblemente estaban bajo los efectos eufóricos de una consumición alcohólica”, en Peña López, F., *ob. cit.*, np. 153 y 155, pp. 476 -477.

⁶¹¹ PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, pp. 474-492.

daño de un sujeto cualquiera, lo que explicaría la severidad de la *Lex Aquilia*⁶¹³. Por el contrario, a esta teoría le reprochan: a) que si se exige una diligencia superior a la que coincide que llevaría a cabo un hombre normal, razonable y prudente, estaríamos utilizando un baremo de conducta solamente alcanzable por determinados individuos con capacidad superior a la de la mayoría de las personas⁶¹⁴; b) desde un argumento histórico, que el aforismo “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*” fue elaborado por los juristas del Derecho intermedio para el ámbito de la responsabilidad contractual sobre la base de la autonomía de las partes contratantes y del criterio de la *utilitas cotrahentium*, presupuestos ambos que no existen en la responsabilidad extracontractual; c) desde el punto de vista sistemático, que el artículo 1089 CC es el único precepto del Código que utiliza la expresión “cualquier género de culpa o negligencia”, y, d) por último, desde el punto de vista práctico, que los contornos de dicho modelo resultan totalmente indefinibles, y, por tal razón, los ha rechazado, según PEÑA LÓPEZ, un importante sector de la doctrina italiana y francesa⁶¹⁵.

Sea como fuere, es el segundo elemento de la culpa, la imputabilidad, el que los defensores de la teoría subjetiva proclaman, pacíficamente, como requisito inexcusable de la culpa civil extracontractual, ya que la teoría subjetiva termina por poner como fundamento de la culpa, siempre y en cualquier caso, y con independencia de que adopten un patrón de diligencia medio, abstracto o concreto, o extremo, la capacidad de discernimiento y voluntad del sujeto agente⁶¹⁶. Y esto a pesar de que no se defina en el Código civil español a la culpa como estado particular del ánimo o actitud psíquica reprochable. En definitiva, en dicho supuesto, el de la imputabilidad, es en el que vamos a indagar en el epígrafe siguiente.

B.- El elemento subjetivo: el supuesto inexcusable de la imputabilidad.

De modo previo a otorgar un determinado sentido a la palabra imputabilidad, y teniendo presente que su ambiguo origen etimológico deriva del vocablo latino “*imputare*”

⁶¹² ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, v. III, ed., Edersa, Madrid, 1983, p. 506, y LETE DEL RÍO, JM., *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 172-173.

⁶¹³ DELGADO ECHEVARRÍA, J., en Lacruz Berdejo, JL y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2º, 1995, ob. cit, p. 467; y en “Régimen de la responsabilidad por hecho propio”, en Lacruz Berdejo, JL., y otros, *Elementos de Derecho civil*, II. Derecho de obligaciones, vol. 2º, ed., Dykinson, Madrid, 1999, pp. 473-474.

⁶¹⁴ Ref. FORCHIELLI, P., “La colpa lievissima”, en *Riv. Dir. Civ.*, ed., Cedam, Padova, 1963-I, p. 189, en Peña López, F., ob. cit, np. 98, p. 450.

⁶¹⁵ PEÑA LÓPEZ, F., ob. cit, pp. 451-455.

que significa atribuir algo a alguien según la Real Academia de la Lengua Española⁶¹⁷, la teoría subjetiva nos advierte que la imputabilidad se ha venido entendiendo en dos sentidos: por un lado, como propiedad de la acción o del acto en virtud del cual se la atribuimos a alguien; y, por otro, como propiedad del sujeto, del que actúa, que supone la atribución de un efecto a su causa eficiente, consciente y libre⁶¹⁸. Incluso, GÓMEZ CALLE afirma que, *strictu sensu*, hay que distinguir el término *imputación*, que señala hacia un resultado, el de la atribución de la responsabilidad, pudiendo decir que la culpa es un criterio de imputación de responsabilidad, del término *imputabilidad*, que implica algo previo a la imputación, una cualidad especial que debe recaer en el sujeto para que pueda atribuírsele tal resultado, tratándose, en definitiva, de un requisito subjetivo e individual que va referido al agente y no al acto⁶¹⁹. Por tanto, hay algún autor como YZQUIERDO TOLSADA que, en orden a evitar confusiones, aconseja que se sustituya el término de “criterios de imputación” por el de “factores de atribución”⁶²⁰.

En cualquier caso, para la mayor parte de este sector doctrinal el sentido de la imputabilidad es subjetivo, y se refiere a una propiedad del sujeto. Sin embargo, dentro de este marco conceptual hay, a su vez, dos opiniones:

Iª) Quiénes definen a la imputabilidad como “la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma, y de determinarse espontáneamente”; “la aptitud psicológica del agente para comprender el alcance de sus actos, y de asumir sus consecuencias”⁶²¹; o “la capacidad de una persona para obrar voluntariamente, lo cual supone un acto humano libre, y un mínima madurez de juicio que implica que sepa que lo que hace es objetivamente malo y

⁶¹⁶ DE BUEN., *Derecho civil español común*, vol. I, ed., Reus, Madrid, 1931, p. 673.

⁶¹⁷ PEREDA., “El complejo normativo de la culpabilidad”, *ADPCP*, t. II, fasc. I, 1949, p. 24.

⁶¹⁸ Para una acepción subjetiva y objetiva del término, vid. SCAEVOLA, QM., *Código civil*, t. XXXI, ob, cit, p. 264. Si consideramos la imputabilidad como una cualidad que condiciona la responsabilidad del autor del acto, o la referimos a la circunstancia de que el sujeto tenga capacidad para entender o querer en el momento de realizar el hecho, estamos en presencia de la imputabilidad en su proyección subjetiva; mientras que si lo referimos al hecho que hace imposible el cumplimiento de la obligación, estamos ante la manifestación objetiva del acto realizado.

⁶¹⁹ GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, p. 23.

⁶²⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, ed., Dykinson, Madrid, 2001, p. 218.

⁶²¹ Ref. OLIVA GARCÍA, H., “Introducción a las bases doctrinales de la imputabilidad”, *La Ley*, 1982-IV, p. 1141, en López Sánchez, C, ob, cit, np. 182, p. 225.

que en su caso responderá por ello”⁶²². En virtud de lo dicho, y como sostiene la mayoría de la doctrina italiana y francesa, este sector asume que la imputabilidad constaría de dos tiempos: el primero, de naturaleza valorativa, referida a la comprensión del carácter prohibido de la conducta, o la capacidad de discernimiento precisa para comprender la entidad del propio acto y de sus posibles consecuencias en el ámbito social. Y el segundo, de carácter voluntario, referido a la autodeterminación de la persona conforme al Derecho, esto es, a la capacidad de dirección o madurez volitiva para determinar la voluntad conforme a la propia comprensión de las cosas, y de comportarse en consecuencia. Y en atención a este segundo elemento de la imputabilidad habría que tener en consideración ciertos caracteres y formas de reaccionar propios de la niñez, tales como el escaso control de los propios actos, los instintos agresivos o de defensa, la tendencia al juego y la absorción en su dinámica, la impericia manual, la curiosidad, etc⁶²³.

IIª) Y otros, sin embargo, definen la imputabilidad civil poniendo el acento, solamente, en la capacidad de discernimiento, como la clásica definición de PANTALEÓN PRIETO de: “la

⁶²² SANTOS BRINZ, J., “La culpa en Derecho civil. Ampliación actual del concepto”, *RDP*, 1967, p.621, por lo que la define como la capacidad de comprender la injusticia de su acción y de obrar en consecuencia; ÁNGEL YAGUEZ, R.DE, “Artículo 1903”, *Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia (dirigido por Paz-Ares, Díez- Picazo; Bercovitz y Salvador Cordech) t. II, Madrid, 1993, p. 2012; y SALAS MURILLO, S, DE., ob, cit, pp. 84-95.

⁶²³ GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, p.23; LÓPEZ SÁNCHEZ, C, ob, cit, p. 226.

Respecto a la doctrina francesa, vid. CARBONNIER, J., *Droit civil*, 4, ob, cit, p. 403. La voluntad se afirma como la condición de la imputabilidad de la persona, pero una voluntad capaz y libre; y JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob, cit, p. 67. La imputabilidad moral está fundada en la libertad de la voluntad, y la misma supone que el agente haya podido disfrutar de la razón suficiente para estar en condiciones de comprender lo que se hacía.

Y respecto a la doctrina italiana, vid. Ref. ROVELLI, R., *La responsabilità civile da fatto illecito*, Torino, 1964, pp. 207-208, en León González, J.M., “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad”, en *Estudios en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t.II, separata, ed., EUNS, Navarra, 1968, np. 94-95, pp. 302-303. La capacidad de entender hace referencia a las facultades intelectivas y cognoscitivas, y consiste en la aptitud del sujeto para comprender el significado de sus actos y valorar sus consecuencias en el ámbito social. La capacidad de querer se refiere, por su parte, a la idoneidad psíquica para determinarse libremente, según el recto discernimiento, entre el bien y el mal, resistiendo los impulsos. Y, Ref. Sentencia de Cass. Civ., Sez. III, 4.4.1959, núm. 1006: Stella c. Pecchi, *Resp. Civ. Prev.*, 1960, 58, que define la imputabilidad como: “La nozione di capacità di intendere e di volere può ritenersi pacifica secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti: l’una consiste nell’attitudine a valutare adeguatamente il valore sociale dell’atto concreto (...), e l’altra nella facoltà di volere ciò che si giudice doversi fare, ossia nella capacità di determinarsi in modo autonomo, piu che in funzione dei soli impulsi”, en GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, op, cit, np. 2 y 3, p.24.

posesión de la madurez de juicio suficiente para captar el significado social de dañar a otro”⁶²⁴.

Este concepto de imputabilidad civil es el que, por otra parte, aplica la jurisprudencia alemana, si bien en coherencia con los términos literales del § 828 BGB⁶²⁵, al sostener que: “de acuerdo con lo establecido por el *case law*, para que una persona tenga capacidad para incurrir en culpa civil es suficiente una comprensión general de que la conducta puede crear algún peligro, pues el Derecho civil, frente al criminal, no requiere que la persona tenga la capacidad de representarse o prever las consecuencias legales, económicas o morales que su conducta puede producir en la realidad”. De modo que, respecto a la imputabilidad civil de los menores de edad, los Tribunales alemanes sostienen que: “los menores que tengan capacidad intelectual necesaria para reconocer que su conducta puede causar un daño (*Einsichtsfähigkeit*), y sean conscientes de que tienen que responder de las consecuencias de tal conducta, pueden ser declarados imputables civiles, incluso si no fueran capaces de moderar su conducta de acuerdo a su comprensión de las cosas (*Steuerungsfähigkeit*)”. Y por esta razón las deficiencias personales sólo pueden ser tenidas en cuenta de modo limitado, en el momento de valorar la capacidad de la persona para incurrir en culpa civil, pues la responsabilidad por culpa no debería depender de si el agente del daño es suficientemente maduro como para vivir de acuerdo a las expectativas del comportamiento adecuado⁶²⁶. Y, sobre la base de tal postulado, la sentencia de BGH de 28 de febrero de 1984 (*NJW* 1984, 1958) declaró responsables civiles a dos menores de diez años por los daños causados a un

⁶²⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS 10.3.1983”, *CCJC*, núm. 2 (abril-agosto), 1983, 40, p. 483; también, voz: “culpa”, en *EJB*, II, 1995, p. 1864; y PARRA LUCÁN, MA., “Comentario a la STS 5.3.1997”, en *CCJC*, núm. 44 (abril-agosto), 1997, p. 784.

⁶²⁵ Que establece que quién no ha cumplido los siete años de edad, pero no los dieciocho, no es responsable por un daño que ocasione a otro, si en el momento de la perpetración del acto dañoso *no tiene el discernimiento necesario para darse cuenta de la responsabilidad (...)*”

⁶²⁶ VAN GERVEN, W./ LEVER, J./ LAROCHE, P., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, ob, cit, p. 343: “According to establish case law, a general understanding that a course of conduct may create some danger is sufficient; the law does not further require that the minor had the capacity to envisage the legal and economics consequences of his conduct in practice (...)”. “Minors who have a general understanding that their conduct may cause danger may be held fully liable even though they were unable to moderate their conduct according to their understanding”. “For this reason, personal shortcomings can be taken into account to only a limited extent in assessing a person’s capacity to incur civil liability for wrongful (and culpable) conduct. Liability should not depend on whether the individual tortfeasor is sufficiently mature to live up to the average expectations of suitable behaviour”.

henal y a los instrumentos que contenía, a causa del incendio que provocaron al caerse la vela encendida que dichos menores fijaron en el techo con cera fundida⁶²⁷.

En cualquier caso, la teoría subjetiva, y con independencia del concepto que se tenga de imputabilidad, asume como doctrina pacífica las dos ideas siguientes:

La primera de ellas, que la imputabilidad es una condición necesaria de la culpa, no de la responsabilidad civil subjetiva, ya que admiten que en el Código civil se regulan formas de responsabilidad que prescinden de la imputabilidad del sujeto⁶²⁸. Y la segunda, que la imputabilidad no se puede identificar con la capacidad de obrar, merced a que ésta es de mayor amplitud que la de imputabilidad⁶²⁹, pues, en esencia, la capacidad de obrar tiene un contenido más positivo y dinámico, contraer obligaciones y ejercitar derechos, que la meramente pasiva o recepticia de la imputabilidad, en la que el deber se impone a título de reproche y tiene la condición de consecuencia desfavorable para el sujeto a quien se hace la imputación. No obstante, se reconoce que ambas son contingentes y variables, al no darse lo mismo en todos los individuos, ni mantenerse en cada uno de ellos siempre por igual⁶³⁰. Más allá, y en virtud de lo anterior, también parece estar claro que la imputabilidad civil para incurrir en responsabilidad civil es diferente de la capacidad o aptitud negocial base de la responsabilidad contractual. Y esto porque la responsabilidad civil sólo requiere una capacidad general, independiente de la que se exige para contratar, al ser una idea pacíficamente admitida que es suficiente para no incurrir en culpa civil una experiencia

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 343, en este caso el Tribunal entendió que, frente al Derecho criminal que ha de tener en cuenta la capacidad del delincuente para controlar su propia conducta, al igual que su discernimiento, cuando se examina la responsabilidad civil, y según los términos literales del § 828 BGB, sólo hay que tener en cuenta el discernimiento del menor, esto es, su habilidad intelectual para reconocer que el peligro creado por su conducta y ser consciente de la responsabilidad de las consecuencias de tal conducta, y no la capacidad individual del menor de comportarse de acuerdo con tal comprensión de las cosas. Y, en igual sentido en la sentencia de BGH de 10 marzo de 1979 (NJW, 1970, 1038, Vers K 1970, 467). Asimismo, a pesar de que la divergencia entre el Derecho civil y el criminal ha sido objeto de críticas y ha originado quejas constitucionales, en un juicio de 13 de agosto de 1998, the *Bundesverfassungsgericht* ha rechazado dichas quejas (NJW 1998, 3557), Y ref. GOECKE., *Die unbegrenzte Haftung Minderjähriger im Deliktsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, at 26 ff.

⁶²⁸ Ref. PANTALEÓN PRIETO, F., Voz: “Culpa”, *EJB*, Madrid, 1995, vol. II, pp. 1864-1865, en Gómez Calle, E., *La responsabilidad civil del menor*, ob. cit. np. 6, p. 95; y LÓPEZ SÁNCHEZ, C, ob, cit, p. 225.

⁶²⁹ Para una identificación entre imputabilidad y capacidad de obrar, vid. DEVOTO, L., *L'imputabilità e le sue forme nel Diritto civile*, Milano, 1964.

⁶³⁰ FERNÁNDEZ MARTÍN –GRANIZO, M., “Imputabilidad y responsabilidad objetiva”, *ADC*, 1968, p. 584. En relación a su contenido es de mayor amplitud la capacidad de obrar, en cuanto que comprende no solamente facultades de hacer, disponer, ejercitar, etc, derechos, sino también de contraer obligaciones o adquirir deberes, lo que no acontece con la imputabilidad cuya función estimamos exclusivamente recepticia, y más aún, de una receptividad desfavorablemente pasiva.

mucho más elemental que para contratar, pues las complicaciones están ínsitas en el tráfico negocial, y las víctimas, que no han escogido su papel, merecen más protección que los cocontratantes⁶³¹.

Y si la imputabilidad no se puede identificar, ni con la capacidad de obrar, ni con la capacidad negocial base de la responsabilidad contractual, es inconcuso, también, que no es posible su equivalencia con la capacidad jurídica, aunque tenga mayores dosis de esta última. Más allá, como la noción de discernimiento se importó del Derecho penal, esta doctrina afirma que aquélla implica más de madurez, que de nivel intelectual, y de despertar a la conciencia jurídica, para la que la educación es más precoz⁶³².

En definitiva, sentado que la imputabilidad no puede circunscribirse a los límites de la capacidad, ni jurídica ni de obrar, o de una cualidad o situación, la expresión que ha tenido más éxito es la que afirma que la imputabilidad requiere que la persona tenga una mínima capacidad natural de querer y entender el alcance de sus actos⁶³³, y que se reconoce en el individuo desde el momento en que se posee uso de razón y va aumentando con la pubertad⁶³⁴.

⁶³¹ MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Responsabilidad jurídica del subnormal (especial estudio de su modalidad civil)”, en *RDP*, 1976, vol. LX, núm. abril, pp. 290- 291, pues la captación *a priori* de los puntos dudosos y oscuros, las situaciones prolijas o complejas, y las fórmulas resolutorias de incidencias de futuro que pueden encuerrarse en un contrato requieren en los intervinientes una capacidad adecuada o selectiva; y, sin embargo, tener conciencia de que si no se respeta la esfera de otro, y le causa un daño, ha de repararlo, es tan primitivo que no presenta dificultades de aplicatoriedad subjetiva. Y también, GARCÍA –RIPOLL MONTIJANO, M., *Protección civil del enfermo mental no incapacitado*, ed., Bosch, Barcelona, 1992, pp. 280-283.

⁶³² MANZINI, C., *Instituzioni di diritto penale italiano*, vol. I, Padova, 1946, núm. 45, p. 69, que estima la imputabilidad como el conjunto de condiciones materiales y psíquicas requeridas por la ley para que una persona capaz pueda considerarse jurídicamente causante de un hecho sancionado por la ley penal; MAGGIORI, *Prolegomini al concetto di colpevolezza*, Palermo, 1950; y CARBONNIER, J., *Droit civil*, 4, ob. cit, p. 403.

⁶³³ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, II, ob. cit, p. 490; y O’CALLAGHAN, X./ PEREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho Civil Patrimonial*, vol.II, ed., Centro de Estudios Ramón Areces, SA, 1993, p. 855. Y, ref. RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, pp. 282-285, en López Sánchez, C, ob. cit, np. 103, p. 200, que explica que la capacidad limitada o natural es un concepto psicológico que ha dado lugar a una noción jurídica al erigirse en requisito de validez de diferentes actos y negocios. En este sentido se perfilan tres fases temporales en la aptitud de autogobierno, a saber, la ausencia de capacidad, el autogobierno mínimo o incipiente y el pleno, que a su vez determinan tres categorías, la incapacidad, la capacidad natural y la capacidad legal, que vienen a constituir los grados de capacidad de obrar.

⁶³⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, C, ob. cit, p. 200.

4.- LA TEORÍA SUBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ.

A.- De la tesis de la irresponsabilidad a la responsabilidad civil del menor de edad imputable civil, frente al prejuicio jurídico de la irresponsabilidad civil del incapaz.

a) En el Ordenamiento jurídico español: tímido cambio a raíz del art. 118.1 CP 1995.

Entre la doctrina española, el concepto de imputabilidad propio de primeros y mediados de siglo era el que identificaba aquélla con la mayoría de edad, de manera que dicho concepto trajo consigo la tesis de la irresponsabilidad del menor de edad. En otras palabras, en aquélla época se sostenía que la minoridad era, por sí misma, una causa de exclusión de la imputabilidad, sin que ésta dependiera de la capacidad de discernimiento del menor agente del daño. De modo que al equipar, así, minoría de edad con inimputabilidad se llegaba a la conclusión de que la responsabilidad civil de un menor de edad en ningún caso podía deducirse del artículo 1902 CC⁶³⁵.

En sentido parecido al expuesto en el párrafo anterior, había quiénes negaban la posibilidad de que los menores de edad y los incapaces incurrieran en culpa y, por tanto, en responsabilidad civil, en razón de que: “si un niño o un enfermo mental es capaz de producir una lesión de un bien jurídico tutelado de terceros que, infringiendo el general principio jurídico del “*alterum non laedere*”, satisfaga el aspecto de la antijuridicidad del acto, tal actuación no puede, en cambio, satisfacer el aspecto de la culpabilidad de ese mismo acto. Porque, incluso cuando esos agentes incapaces obren con la psicológica voluntariedad del dolo, o la defectuosa actuación de la culpa, no podrá serles reprochado el acto como culpable al faltar en ellos el requisito de la imputabilidad, que es premisa previa a toda declaración de culpabilidad, incluso en el ámbito civil, al existir un defecto en sus motivaciones o en sus valoraciones de la realidad y de la escala axiológica social, que implica su incapacidad para

⁶³⁵ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil Español*, t. IV, 2ª ed., Aranzadi, 1972, p. 563; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. III, ed., Rev. Dcho. Pr., Madrid, 1974, p. 485.

comprender la trascendencia social y jurídica de su hacer y obrar conforme a ese conocimiento”⁶³⁶.

Sin embargo, en la actualidad, las cosas parecen haber cambiado un poco. Pues la teoría subjetiva ha llegado a admitir, en coherencia con los datos históricos apuntados en el epígrafe primero de este capítulo, que un menor de edad puede ser responsable civil por culpa siempre que tenga la mínima capacidad natural que le permita entender el alcance de sus actos. Frente a la mayor dificultad en admitir que un menor de edad, aún imputable, pero con voluntad viciada por dicha minoría, pueda cometer un acto doloso o intencional, pues éste requiere una voluntad consciente y libre “*in actu*”, y, sin embargo, la culpa sólo exige una voluntad consciente y libre “*in potentia*”; es decir, que si no tuvo consciencia de los efectos materiales y jurídicos que habrían de determinar su conducta culposa, debió tenerla, y no la tuvo precisamente por su omisión de la diligencia debida; razón por la cual, los vicios de la voluntad influyen en el acto culposo de una manera muy diferente a la del acto doloso.

Sea como fuere, la teoría subjetiva fundamenta la responsabilidad civil por culpa del menor de edad en diferentes apoyos legales:

a) Antes de la Reforma del Código civil en materia de tutela por Ley 13/ 1983, de 24 de octubre (BOE nº 256, de 26 de octubre), la doctrina basaba la responsabilidad civil por culpa del menor de edad en el polémico y derogado artículo 32 CC que disponía que⁶³⁷: “(...) los que se hallaren en uno de esos estados (menor edad) son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y de un tercero”. Ya que se interpretaba, por un lado, que la palabra “hechos” concernía a las obligaciones que nacen de los actos y omisiones ilícitos, o en que intervenga

⁶³⁶ CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, II, Pamplona, 1969, p. 79. En todo ser humano, aún en el inmaduro como en el enfermo mental existen los mecanismos psicológicos del querer, incluso dirigido a un fin determinado y la posibilidad de actuar conforme a la diligencia esperada, pues un niño o un enfermo mental no son autómatas, sino un hombre, y en él subsiste esa condición humana de formar un proyecto o proponerse un fin. Pero, lo que ocurre es que existe un defecto en sus motivaciones o en sus valoraciones de la realidad y de la escala axiológica social, que implica su incapacidad para comprender la trascendencia social y jurídica de su hacer y obrar conforme a ese conocimiento, por lo que se les declara inimputables.

⁶³⁷ Artículo 32, primer párrafo: “La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez la prodigalidad, y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad”.

cualquier género de culpa o negligencia; y, por otro, que el artículo 32 CC era una suerte de complemento de los artículos 1902 y 1903 CC. En definitiva, el artículo 32 CC amparaba la responsabilidad civil de los menores imputables civiles⁶³⁸, si bien, y según veremos en el capítulo tercero, dicho precepto también daba cobertura a la responsabilidad civil objetiva del menor de edad. Sea como fuere, las críticas que se prodigaron, tanto del inciso primero, como del segundo del segundo párrafo del artículo 32 CC, desembocaron en el expurgo de dicho precepto, y, según YZQUIERDO TOLSADA en la desaparición de la más clara cobertura legal del principio de responsabilidad civil extracontractual de los incapaces de nuestro Ordenamiento jurídico⁶³⁹.

b) En cualquier caso, llegado este punto, la mayoría de la doctrina subjetiva empezó a fundamentar la responsabilidad civil del menor en el artículo 1902 CC, y sobre la base inexcusable de su imputabilidad civil⁶⁴⁰. Pues se argumenta, en esencia, que desde la reforma

⁶³⁸ Ref. SCAEVOLA, Q.M, *Comentarios al Código Civil español*, t. I, 2ª ed., Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1903, p. 193, en Latour Brotóns, J., “Responsabilidad civil de los incapaces”, en *Libro-Homenaje a R. Mª Sastre*, vol. II, Madrid, 1976 p. 149.

No obstante, al referirse el precepto incorrectamente a que dichos estados restringían la “personalidad jurídica” se produjo una confusión entre nuestra doctrina, de modo que, unos llegaron a afirmar que las “enfermedades que modifican realmente la capacidad jurídica son las mentales” –vid. BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho civil*, t. I. Parte general, Madrid, 1959, p. 363-; otros crearon un tercer género junto a la capacidad jurídica y de obrar al entender que lo verdaderamente intocable e inmodificable es la personalidad, la cual sería diferente a aquéllas –vid. GARCÍA AMIGO, M., *Instituciones de Derecho civil*, t. I. Parte general, Madrid, 1979, pp. 397-398-; y, por último, había quiénes no acababan de diferenciar de forma tajante entre la capacidad jurídica y de obrar –vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. II, Madrid, 1978, pp. 226-227. Incluso, hay autores que llevan a extremos insólitos las consecuencias de la enfermedad mental, así, NAVARRO ESTEBAN, J., Voz: “Incapacidad”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix-Barral*, t. XII, Barcelona, 1965, p. 108, que afirma que: “una larga y persistente evolución histórica ha conseguido que las enfermedades no influyan en la capacidad jurídica de la persona, *excepto naturalmente la demencia*, pues aquí aunque exteriormente el ser humano goce de la figura, *desaparece la esencia de la persona*”.

⁶³⁹ Para un análisis profundo de las razones de tales críticas, vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil y la guarda legal”, *Documentación Jurídica*, 1984, vol. XI, nº. 41, enero-marzo, pp 81-82; y “La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela”, en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares. Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código civil, títulos IX y X del Libro I*, ed., ICAI, Madrid, 1984, pp. 162-164. Y, GUTIÉRREZ CALLES, JL., ob, cit, p. 266, que nos explica que la supresión del apartado segundo del artículo 32 del Código civil fue una lógica consecuencia del nuevo sistema abierto y flexible de causas de incapacitación que se instauraba por la Reforma del Código civil de 1983, frente al de lista cerrada representado por el precepto derogado.

⁶⁴⁰ LEÓN GONZÁLEZ, J.M., “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad”, ob, cit, p. 309; SCAEVOLA, QM., *Código civil*, t. XXXI, ob, cit, p. 564; LATOUR BROTONS, J., “Responsabilidad civil de los incapaces”, ob, cit, pp.124 y 149; SOTO NIETO, F., *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, ed., Montecorvo, Madrid, 1982, p. 194; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ed., Tecnos, 1988, p. 189; DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela” *ADC*, 1987, p. 876; y “La Responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad

del Código civil de 1981 en materia de patria potestad, la irresponsabilidad del menor de edad de dieciocho años es, cuando menos, criticable, pues se ve como la intención del legislador es someter la dependencia del menor de edad a sus condiciones progresivas de madurez y al criterio inflexible de la mayoría de edad civil; esto es, conforme aumenta su madurez, aumenta su campo libre de actuación, aunque esta solución sea menos segura desde el punto de vista técnico-jurídico⁶⁴¹. En otras palabras, la irresponsabilidad sería incoherente con la realidad social y jurídica de la mayor participación del menor de edad en todo tipo de actividades, y del reconocimiento de su capacidad para tomar decisiones en asuntos que le afectan⁶⁴². Pues huelga decir que, a medida que el menor va aproximándose a la mayoría de edad, se amplía social y jurídicamente su ámbito de libertad, y en muchas esferas de su vida civil pasa a primer plano la consideración de sus condiciones de madurez para permitirle la toma de decisiones que le afectan directamente, o para tener en cuenta, al menos, su opinión⁶⁴³.

Penal de los Menores, en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. II, Universidad de Salamanca, 2001, pp. 188, 191, 195; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit, pp. 187 y ss, donde esta autora acomete un meritorio estudio comparativo entre la regulación alemana y la española, lo que le ha llevado a fortalecer las razones por las que habría que situar la culpa y la imputabilidad, tanto del menor como de los padres, en su justo lugar y valor, a pesar de la tendencia objetivizadora que envuelve, hoy en día, a los Tribunales; y “La responsabilidad civil del menor”, *Derecho Privado y Constitución*, año 3, núm. 7, 1995, p. 95; GARCÍA VICENTE, F., “La responsabilidad civil de los padres y tutores por hechos del hijo menor”, *FGE. Curso de Formación: Filiación y patria potestad*, noviembre, 1996, p. 16; PUIG I FERRIOL, L./ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C./ HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho civil*, II, Madrid, 1996, p. 479; ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, op. cit, p. 516; MICHEL NAVARRO, M., *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit, p. 112; ATIENZA NAVARRO, M.L., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Granada, 2000, pp. 521 y ss; y LÓPEZ SÁNCHEZ, C, ob, cit, p. 177.

⁶⁴¹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Comentario a la STS de 22 de enero de 1991”, *CCJC*, nº. 25, enero-marzo, 1991, pp. 232-235. Por lo demás, si los menores con cierto grado de madurez son responsables pero insolventes, ya establece el artículo 1911 CC que “del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

⁶⁴² GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, op. cit. p 104; SALAS MURILLO, S, DE., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 87, que afirma que para apreciar el grado de discernimiento, ha de recordarse que nuestros textos legales contemplan otras edades a partir de las cuales se considera que el menor tiene el grado de juicio y comprensión de los hechos necesario para efectuar ciertos actos. Así, el Código civil, los doce años pueden ser considerados como edad emblemática, en la que se pregunta al menor su opinión a la hora de ser acogido o adoptado (arts 173, 177.1 CC).

⁶⁴³ GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, op. cit. p. 89. No se requiere tener dieciocho años, por ejemplo, para usar ciertas armas, según el artículo 5 del Reglamento de Armas de 27.7.1981; para poseer licencia de armas, según el artículo 3 de la Ley de Caza; para obtener el permiso para conducir motocicletas de baja cilindrada, según los artículos 264.I, y 272.I.a del Código de Circulación; para trabajar según los artículos 6-1, 6.4, y 7 del Estatuto de los Trabajadores; para otorgar testamento según el artículo 663. 1º CC, o para concluir capitulaciones matrimoniales, según el artículo 1329 CC.

Si la conclusión a la que se ha llegado en líneas anteriores es que el menor imputable civil puede ser responsable civil por culpa sobre la base del artículo 1902 CC, se hace preciso matizar que, sin embargo, el Código civil adolece de la falta de cualquier referencia a la edad en que se adquiere la “aptitud de culpa civil” o imputabilidad, en lo que se refiere a la culpa extracontractual. Y esta falta contrasta con la previsión que hizo el legislador alemán en el § 828 BGB, modificado en parte por la Reforma del Derecho de daños (*Zweites Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften*) que entró en vigor el 1 de agosto de 2002, y que introduce como novedad, en lo que se refiere a nuestro tema de estudio, la inimputabilidad civil en la responsabilidad civil por los accidentes automovilísticos y ferroviarios cometidos por menores de diez años, a no ser que concurra dolo⁶⁴⁴. En consecuencia, dicha situación ha llevado a que se afirme, siguiendo a PANTALEÓN PRIETO, que en el Derecho español es una cuestión a apreciar en cada caso por el Tribunal si el menor causante del daño es o no civilmente imputable, al igual que ocurre en los artículos 154.2, 156, y 162 CC *in fine*⁶⁴⁵.

Incluso, y aunque no expongamos el tema con afán de exhaustividad, hay un sector de la doctrina que, en el intento de una interpretación conjunta de la normativa civil y penal, sostiene que el criterio de imputación del menor de edad que comete, ya sea un ilícito civil como penal, es subjetivo porque es el que subyace en el precepto clave y regla general aplicable a la responsabilidad civil extracontractual, el artículo 1902 CC, al que hay que remitirse para analizar la responsabilidad civil del menor, al no dedicar el Código civil español norma alguna a regular, de modo explícito, dicha cuestión⁶⁴⁶. En concreto, este sector

⁶⁴⁴ SALAS MURILLO, S, DE, ob, cit, np. 119, p. 88, que recoge la traducción libre y de todo punto provisional de la novísima redacción del § 828: *Quién no haya alcanzado su séptimo año de vida no es responsable de ningún daño que cause a otra persona. 2.- Quién haya alcanzando su séptimo año de vida, pero no el décimo, no es responsable por los daños que cause a otra persona en un accidente con un vehículo, ferrocarril o funicular. Se exceptúan los casos en que la lesión se haya producido dolosamente. 3.- Quién no haya alcanzado su demioctavo año de vida, en tanto su responsabilidad no haya sido excluida en virtud de los apartados 1 y 2, no es responsable de ningún daño que cause a otra persona, si, en el momento de cometer el daño, no tenía el discernimiento necesario para darse cuenta de su responsabilidad*. Y, LAMARCA I MARQUÉS, A./ RAMOS GONZÁLEZ, S., “Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños”, en <http://www.indret.com>. 3/2002, nos explican que dicha regla se fundamenta en la psicología evolutiva, la cual enseña que los menores de diez años, por razones físicas y psíquicas no están en situación de reconocer los particulares peligros que entraña la circulación de vehículos a motor. Y similares previsiones se contienen en el art. 488.II del Código civil portugués (7 años), art. 1076 del Código civil argentino (10 años), y en los §§ 21 y 248. II del ABGB austríaco (14 años).

⁶⁴⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS 10.3.1983, ob, cit, p. 483.

⁶⁴⁶ GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit, p. 207; y “La responsabilidad civil del menor”, op. cit. p. 95.

razonaba cuando regía el CP 1973 que, como un menor de dieciséis años es imputable penal, se deduce que lo será también civil⁶⁴⁷, de modo que el artículo 1902 CC se aplica en los casos en que el menor de edad tenga dieciséis años; y esto en razón de que el artículo 20.1ª.II CP 1973 tenía que interpretarse teniendo en cuenta el principio general de responsabilidad por culpa consagrado en el artículo 1902 CC⁶⁴⁸.

En cualquier caso, una vez derogado el precepto penal mencionado, a nuestro juicio, la edad de dieciséis años deja de tener la virtualidad de indicar la edad a partir de la cual un menor es imputable civil, ya cometa un ilícito civil o un ilícito penal. De modo que creemos de interés recoger las dos propuestas doctrinales que existen en orden a superar dicho cambio:

a) Por un lado, la que fija la imputabilidad civil en los catorce años, pues es la edad a partir de la cual se aplica la LORPM 2000⁶⁴⁹. Y, b) por otra, la propuesta que señala que, si bien no hay dudas acerca de que un mayor de catorce años es civilmente imputable, no está tan claro que un menor de dicha edad sea siempre inimputable civil, y, por tanto, aconseja que

⁶⁴⁷ GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit. p. 217; y en el mismo sentido, GARCÍA VICENTE, F., “La responsabilidad civil de los padres y tutores por hechos del hijo menor”, ob. cit. p. 16, que nos explica que, en general, puede entenderse que se tiene (imputabilidad) con más de dieciséis años, que entre doce y dieciséis depende de cada caso y que no se tiene con menos de doce años.

Respecto a la doctrina italiana, en igual sentido, vid. ref. CORSARO, L., *L'imputazione del fatto illecito*, ed., Giuffrè, Milano, 1969, pp. 109-110, en López Sánchez, C., ob. cit. np. 119, p. 135, que nos explica que el cumplimiento de los catorce años (edad de la imputabilidad penal en Italia según el artículo 97 del CC italiano) constituye una *presunción iuris tantum* de que el menor tiene cierta capacidad de entender en materia civil.

⁶⁴⁸ CONDE PUMPIDO-FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, ob. cit. p. 82. Este autor parte de la inimputabilidad civil del menor de edad, pero, sin embargo, va a estar obligado a responder de su acto dañoso, sobre la base de que siempre que el menor de edad no sea *infans*, lo que el autor sitúa en el menor de dieciséis años, va a tener una mínima capacidad volitiva que hace que se esté ante una acción humana y antijurídica de la que hay que responder. En sentido parecido, GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, op. cit. p. 127; PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS de 10.3.1983”, *CCJC*, n.º. 2, 40, p. 456. El artículo 20.1ª. II. CP sólo es aplicable al menor de dieciséis años civilmente inimputable, porque si es capaz de culpa civil ha de responder conforme al artículo 1902 CC; y DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos...”, ob. cit. p. 877.

Matiza la idea anterior, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ob. cit. p. 189, que nos explica que el menor de edad responde si es imputable, por fuer del dictado del artículo 1902 CC, solamente en los supuestos en que los guardadores legales no existan, y en los que se eximan por demostrar que no incurrieron en la culpa que se les presume, pero no en los supuestos en que aquéllos sean insolventes. Y la razón es que, sentado que el principio de nuestra responsabilidad civil es subjetiva, es necesario, ante la ausencia de culpa de los padres o llamados a responder en primer lugar, ya porque no existen o porque han demostrado que no han incurrido en ella, afirmar la falta de diligencia del propio menor. Pero en los casos en que los padres sean insolventes, los menores van a responder de modo objetivo.

⁶⁴⁹ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil...*, ob. cit. p. 416. También, se estima por parte de la doctrina italiana que “catorce años es la edad en la que se presume que el menor alcanza una cierta capacidad de entender cuanto le sucede en su entorno, y por tanto, de poder controlar los propios actos y dirigir su propia voluntad para prevenir los daños a terceros” –vid. ALPA, G., *Trattato di Diritto civile*, t. IV, La responsabilità civile, Milano, 1999, p.666-.

se analice cada caso concreto⁶⁵⁰. Y en esta línea nos encontramos el interesante estudio de LÓPEZ SÁNCHEZ. Esta autora, a pesar de reconocer que, en principio, el Código civil español ha prescindido de establecer en su articulado un límite general para la imputabilidad, como lo hacía el Derecho romano en los siete años, defiende, con carácter general, una división de edades dentro de la minoría de edad. En concreto, entiende, en primer lugar, que existe una franja comprendida desde los cero años hasta los doce años en la cual el menor de edad es irresponsable por ser inimputable⁶⁵¹. En segundo lugar, que la edad de los doce años constituye la edad inferior a partir de la cual nuestro Ordenamiento jurídico civil otorga cierta relevancia a los actos realizados por menores, esto es, aparece lo que se denomina la “capacidad limitada”, y, por tanto, está claro que el sujeto es imputable⁶⁵². Y, por último, que, aunque ni la doctrina ni la jurisprudencia española admitan la categoría de los “grandes menores”, como lo reconoce el Derecho francés y el alemán, lo cierto es que no se puede mantener la inimputabilidad e irresponsabilidad de un menor que se encuentre cercano a la mayoría de edad⁶⁵³, como lo están corroborando, al menos, los Tribunales inferiores en España⁶⁵⁴.

No obstante, creemos que la segunda propuesta doctrinal expuesta, de todo punto de vista interesante, se pone en entredicho si tenemos en cuenta que la imposibilidad de asociar la imputabilidad a una edad legamente prefijada ha dado lugar a una gran divergencia entre los pronunciamientos jurisprudenciales⁶⁵⁵. Esta disparidad es manifiesta si cotejamos dos

⁶⁵⁰ DÍAZ ALABART, S., “La Responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000...”, ob, cit, p. 193, si bien, concluye que, probablemente, la edad en que puede empezarse a considerar imputables civiles a los menores sean los doce años.

⁶⁵¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, C, ob, cit, p. 169 y 201; y en sentido parecido, GÓMEZ CALLE, E., La responsabilidad civil del menor”, ob, cit, p. 89, que nos explica, basándose en la datos que ofrece la Psicología como Ciencia de conocimiento auxiliar del Derecho, que hasta los seis o siete años el menor no es capaz de comprender el alcance de los propios actos ni de sentirse sujeto a ciertas obligaciones para con los demás, actuando de acuerdo con criterios egocéntricos; y entre los siete y diez años de edad empieza a desarrollarse en los menores las características que pueden permitir considerarle imputable en determinados casos.

⁶⁵² Ref. DÍAZ ALABART, S., “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 1994”, CCJC, 1995, nº. 38, 1026, p. 639; y “Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000...”, ob, cit, en López Sánchez, C, np. 104 y 410, pp. 201 y 405.

⁶⁵³ Ref. Trib. Gr. Inst. Saint-Etienne (1º ch), en su sentencia de 15.5.1974 se refiere a un “menor próximo a la *grande adolescence* que se sitúa a los dieciséis años”, *Gaz. Pal.*, 1976-I, somm, p. 109; y PATTI, S., “L’illicito del “quasi maggiorenne” e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del Bundesgerichtshof”, *Riv. dir.comm.*, 1984, I, p. 28; en López Sanchez, C, ob. cit, p. 250 y np. 31-35, p. 255.

⁶⁵⁴ Ref. SAP de Teruel de 22.6.1993 (B.D.Ar. Jurisprudencia, AC, 1993, 816); SAP de Asturias 25.2.1997 (AC, 1997, @ 1327); y SAP de Toledo de 3.3.1999 (AC 1999, 4247), en López Sanchez, C, np. 39-41, p. 257.

⁶⁵⁵ Cfr. SALA MURILLO, S, DE., ob, cit, p. 89, que establece que del análisis de nuestra jurisprudencia se desprende que el menor de siete años es inimputable, que rebasada dicha línea, entre los siete y catorce años, es

grupos de sentencias: de una parte, las que reconocen cierta capacidad de discernimiento a partir de los doce años; si bien, dentro de este grupo, unas, de modo coherente a dicho reconocimiento, declaran responsables civiles a estos menores imputables⁶⁵⁶, e incluso a veces por debajo de dicha franja de edad como ocurrió en la STS de 24.3.1979 que declaró responsable directo y por culpa a un menor de diez años por haber enviado una carta al periódico vertiendo algunas acusaciones contra el Alcade del mismo⁶⁵⁷; y otras, aún reconociendo dicha capacidad de culpabilidad, responsabilizan a sus guardadores⁶⁵⁸. Y de otra, y contrastando con la línea expuesta, las que ni siquiera reconocen la capacidad de culpa en los mayores de doce años ni, por tanto, les responsabilizan civilmente⁶⁵⁹.

Una vez expuesta la evolución doctrinal y jurisprudencial en lo que respecta a la responsabilidad civil del menor de edad, es curioso poner de manifiesto que la doctrina subjetiva también ha llegado a admitir, al igual que respecto al menor de edad imputable civil, que el deficiente psíquico con discernimiento suficiente para distinguir el bien del mal es responsable civil de sus actos, con independencia de que esté o no incapacitado. Pero, por el contrario, o bien, no se pronuncia, o bien, tiene reservas acerca de la imputabilidad civil de los enfermos psíquicos⁶⁶⁰. No obstante, se puede decir que, a raíz de la consagración de la

común valorar la conducta del niño de acuerdo con las circunstancias y eventualmente, entender que aquélla contribuyó a causar el accidente; y durante la adolescencia, la observación de deberes de precaución deviene una exigencia generalizada, de forma que durante los años finales de la adolescencia (16-17 años), la conducta que deben observar es prácticamente indistinguible de la exigencia de un adulto (ref. FERRERÍ I RIBA Y RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, “Niños y adolescentes”, en <http://www.indret.com>, pp.7-9).

⁶⁵⁶ Ref. SAP de Córdoba de 10.3.1994 (AC, 1994 @, 967); y SAP de Barcelona de 29.10.1999 (Ar. C, 2000, nº. 2119, F.D.3º), en López Sánchez, C, ob, cit, np. 108 y 110, pp. 202-203.

⁶⁵⁷ Ref. STS 24.3.1979 (RJA, 1979, 919), en López Sánchez, C, ob, cit, np. 105, p. 201.

⁶⁵⁸ Ref. STS 8.2.1983 (JC, 1983, nº. 67), en López Sánchez, C, ob, cit, np. 108, p. 202.

⁶⁵⁹ Ref. SAP de Huesca de 20.3.1995 (AC, 1995, @ 1112, fd. 4º), en López Sánchez, C, ob, cit, np. 111, p. 203: “aún cuando una persona a los doce años pudiese conocer las reglas de comportamiento y las normas jurídicas de circulación, a esa edad no le es exigible una conducta reflexiva sino que, al contrario, lo normal es que se impulsiva y espontánea”.

⁶⁶⁰ ÁLVAREZ, N./ CARRIL, XM./ FARALDO, P., “Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental (coord. J.A Seoane), ed., Fundación Paideia, 1999, p. 225; DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, vol. II, ob, cit, p. 318.

Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Responsabilidad jurídica del subnormal (especial estudio de su modalidad civil)”, en *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español (dirigido por el profesor Luis Díez Picazo)*, ed., Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, p. 134; y RDP, 1976, vol. LX, núm, abril, pp. 289 y 291, aunque hay que tener en cuenta que los argumentos que expone este autor son respecto a la normativa que regía en el Código civil con anterioridad a la reforma del artículo 1263 CC por la LO1/1996 de protección jurídica del menor. Pues bien, este autor estima “que la posesión elemental del libre discernimiento que permite distinguir el bien del mal, y plenamente predicable en el subnormal, en cuanto participa en la general convivencia, atraerán su responsabilidad extracontractual (...)”. No obstante, para hacer honor a la verdad, concluye que otra cosa bien distinta será quién va a responder civilmente del daño que cometa, y para ello se remite al artículo 1903 CC que al hacer responsable civiles a otras personas

responsabilidad civil directa, en su caso, del incapaz inimputable civil en el artículo 118.1 CP 1995, se ha podido vislumbrar un cierto cambio en la opinión doctrinal en la medida en que hay quiénes, tímidamente, reconocen la posible responsabilidad civil del incapaz, deficiente o enfermo psíquico, imputable civil⁶⁶¹. Incluso, existe una propuesta doctrinal de reciente actualidad, de la mano de SALAS MURILLO, que, en orden a dilucidar, tanto si un deficiente psíquico como un enfermo psíquico es imputable civil, se podría utilizar, o bien, los baremos ya acuñados para la fijación del grado de capacidad civil, aunque con los matices debidos; o bien, algunos criterios propuestos por la moderna psiquiatría norteamericana en orden al consentimiento informado de los pacientes⁶⁶².

Finalmente, en los Ordenamientos jurídicos, entre otros, italiano, francés, y el perteneciente al sistema del *Common Law* se produce la misma evolución que la experimentada en el Derecho español en lo que respecta a la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, como pasamos a esbozar en el siguiente apartado.

por los hechos de un incapaz refuerza su opinión de que el incapaz es capaz de incurrir en un ilícito extracontractual. Por esta razón, este autor, si bien admite, respecto a la responsabilidad contractual de algunos deficientes psíquicos (sobre la base de su aptitud negocial por no estar incluido en el artículo 1263 CC), que los Tribunales tienen en su deficiente capacidad volitiva e intelectual un motivo sólido en que apoyar su resolución moderatoria, tanto si incumple por culpa, como lo permite el art. 1103 CC, como por dolo, pues a pesar de la falta de previsión legal de tal facultad en el artículo 1102 CC los Jueces son siempre soberanos para apreciar en conciencia el montante indemnizatorio cualquiera que fuere la causa denunciada; sin embargo, niega dicha moderación para la responsabilidad extracontractual, porque dicha patología no se desprende de los términos del artículo 1903 CC que hace responsables a los guardadores del incapaz de sus ilícitos civiles.

En definitiva, este autor parece sólo reconocer imputabilidad en el incapaz para incurrir en un ilícito extracontractual, que será el presupuesto jurídico para que sus guardadores respondan civilmente de él, según los términos del artículo 1903 CC.

⁶⁶¹ DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad civil en la Ley 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores”, en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol.II, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 209; y en el mismo sentido, PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ob, cit, pp. 353-354.

⁶⁶² Esta autora se refiere al protocolo recogido por Delgado Bueno, S/ Ruiz de la Cuesta, JM., “Aspectos médico-legales del internamiento y la incapacitación” en los siguientes términos (fuentes de información – análisis de los documentos médicos y/o psicológicos sobre el paciente.; aproximación psicobiográfica; anamnesis –antecedentes patológicos personales y familiares-; evaluación del estado mental del sujeto; exploración psicopatológica; exploración clínica; pruebas complementarias médicas y psicológicas: mini –examen cognoscitivo (MEC); escala global de deterioro de Reisberg; y evaluación de la capacidad adaptativa-; consideraciones psiquiátrico forenses, y conclusión). No obstante, la autora entiende que, por ejemplo, la evolución de la capacidad adaptativa es irrelevante en orden a la imputabilidad civil, esto es, dichos baremos se han de utilizar en la medida en que sean útiles para descubrir la capacidad de una persona en un momento concreto-el de la realización del acto dañoso- a los simples efectos de imponer una obligación sobre su patrimonio, de modo que se compruebe la percepción del significado de sus propios hechos, significado que incluye la implicación de estar causando con ese hecho mal a alguien. Y respecto al protocolo en relación al consentimiento informado, la autora se remite a APPELBAUM Y GRISSO., “Assessing patient’s capacities to consent to treatment”, en *New England J. Med*, 1988, p. 319 - vid. SALAS MURILLO, S, DE., ob, cit, pp. 92-94- .

b) *Concomitancias con la experiencia jurídica italiana y francesa.*

Hasta la primera mitad del siglo XX, en los Ordenamientos jurídicos, entre otros, italiano, francés, y el perteneciente al sistema del *Common Law*, allí donde un menor fuese autor de un daño, la valoración de su comportamiento encontraba límite en la regla de la imputabilidad del sujeto, como consecuencia de considerarlo, en todo, caso incapaz de entender y querer.

En concreto, el artículo 2046 del Código civil italiano de 1942 establecía que no responde del hecho dañoso quien no tenga capacidad de entender o querer en el momento en que no va acompañado de una imputación psicológica⁶⁶³. De tal modo que, en un primer momento, la doctrina subjetivista interpretó este precepto en el sentido de que los incapaces de entender y querer (entre los que citaban a los menores de edad) eran, naturalmente, ineptos para discernir y valorar las consecuencias de las propias acciones y, como tales, eran incapaces de incurrir en culpa⁶⁶⁴. Sin embargo, en la actualidad, la doctrina y jurisprudencia italiana, de modo parecido a la española, ha dejado atrás la presunción de irresponsabilidad del menor de edad, y ha dado paso a la tesis de que no es extrapolable al ámbito extracontractual la presunción *iure et de iure* de irresponsabilidad penal del menor de catorce años, según los términos del artículo 97 del Código penal italiano. De modo que, en cada caso concreto, se deja al arbitrio del Juez la decisión de si el sujeto posee la capacidad de entender y querer con arreglo a circunstancias tales como, por ejemplo, los defectos mentales, la inmadurez de la edad, la personalidad, las características del ambiente donde vive, los estudios realizados, su aptitud para comprender la ilicitud de la acción dañosa etc.,⁶⁶⁵. No

⁶⁶³ Art. 2046 CC: “No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenga capacidad de entender y querer en el momento en que lo ha cometido, a menos que el estado de incapacidad derive de su propia culpa”.

⁶⁶⁴ CUPIS, A.DE, “Postilla sulla riduzione del risarcimento per concorso del fatto del danneggiato incapace”, en *Rev. dir. civ.* 1965.II, pp. 62 y ss y 218. Este autor niega que el presupuesto de la culpa sea la mera capacidad, pues significa olvidar la esencia ético-psicológica de la culpa que comporta un juicio de reprobación, inconcebible respecto de los incapaces, quiénes, por su naturaleza, permanentemente obran con imprudencia, pero nunca con culpa. Esta solución, según DE CUPIS, es coherente, por una parte, con la respuesta tradicional del derecho italiano en el momento en que estaba vigente el Código civil de 1865 que no contenía un precepto tan claro como el mentado 2046 del CC de 1942; y, por otra con la regulación de la responsabilidad contractual en que rige el principio de que sólo responde por culpa el que tiene aptitud para ello, aunque ésta debía valorarse en función de la capacidad exigida para el negocio jurídico subyacente.

⁶⁶⁵ CHIRONI, G.P., *Colpa extracontrattuale*, vol. I, p.337; VENCHIARUTTI, A., *La protezione civilistica dell' incapace*, ed., Giuffré, 1995, p. 522 y 528; y BUSSANI, M., *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della*

obstante, en la práctica, los Jueces, haciendo caso a la inmadura individualidad del menor de escasa edad, aplican, de modo general, la exclusión de su responsabilidad personal *ex art.* 2043 CC⁶⁶⁶.

En Francia, asimismo, de modo tradicional y hasta el advenimiento de la culpa objetiva, la doctrina del país consideraba que, siendo necesario que el daño fuera ocasionado por una persona libre y consciente de sus actos, los menores de edad, sobre todo de escasa edad, eran, en todo caso, inimputables y, por tanto, irresponsables civiles al no poder imputárseles culpa alguna⁶⁶⁷. Sin embargo, e incluso antes del estadio de la culpa objetiva, la doctrina civilista empezó a reconocer que el menor de edad con discernimiento respondía de sus actos, sobre la base del olvidado 1310 CC que establece que no cabe restitución en el caso de las obligaciones contraídas por el menor que resultasen de delito o cuasidelito. Y al igual que en Italia, y ante la ausencia de mayor concreción, en la actualidad se admite, de modo pacífico, que sean los Jueces quienes deban establecer, en cada caso en concreto, si el menor de edad tiene uso de razón y, en consecuencia, declararle responsable civil de sus actos⁶⁶⁸. Por último, en los países pertenecientes al sistema anglosajón la situación ha sido, en cierto sentido, un poco diferente, pues, frente a la presunción de irresponsabilidad civil del menor de edad en todo caso, han existido, de modo tradicional, presunciones de incapacidad “*to be negligent*”, absolutas o relativas, según la edad. Y, de igual modo, en el momento presente, se admite el análisis del caso particular y que un Juez declare responsable civil a un menor sea si es imputable civil⁶⁶⁹.

condotta nella responsabilità extracontrattuale, ed., Cedam, Padova, 1991, pp. 55 y ss; y ref. *Trib. Verona*, 18.2.2000, en FERRI, F., “La responsabilità dai genitori *ex art.* 2048 C.C.”, *Giur. it.*, 2000, n.º 7, p. 1409.

⁶⁶⁶ BUSSANI, M., “Canales de contenido propio: perfiles comparativos sobre la responsabilidad civil. La culpa al servicio de los débiles” (Primera Convención Latinoamericana de Derecho), Ica-Perú, Noviembre, 1995, en <http://www.v.lex.com/pe/canales/Derecho>.

⁶⁶⁷ Vid, para una referencia doctrinal completa acerca de la irresponsabilidad de los menores inimputables en Francia, LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, np. 66, p. 117.

SAVATIER, R., “Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile”, *D*, 1966, p. 21. La tradición constante de nuestro derecho enseñaba hasta época reciente que la culpa implica el conocimiento del bien y del mal y la libre elección de sus actos: “*On est responsable de ce qu’on a librement fait*”.

⁶⁶⁸ Ref. BOMAL, G., “De la capacité aquilienne du mineur et de sa responsabilité civile personnelle”, *RGAR*, 1952, n.º 4961, en López Sánchez, C., ob, cit, np. 69, pp. 117-119. Y, Y, OVERSTAKE, J-F., “La autonomía jurídica del menor en materia civil en Derecho francés”, *RCDI*, 1999, n.º 63 (julio-agosto), pp. 1519-1531, en especial, pp. 1520-1521, que nos explica que el principio de la capacitación delictual del menor de edad, al principio, no podía atañer al niño demasiado joven para evaluar las consecuencias de sus actos.

⁶⁶⁹ BUSSANI, M., “Canales de contenido propio: perfiles comparativos sobre la responsabilidad civil. La culpa al servicio de los débiles”, en *Primera Convención Latinoamericana de Derecho*. Ica-Perú, Noviembre, 1995.

Por otra parte, y al igual que en Derecho español, el diferente tratamiento entre el colectivo de los menores de edad y de los incapaces también se puede predicar del Ordenamiento jurídico francés. Pues, a la etapa actual de responsabilidad del enfermo psíquico por culpa objetiva le ha precedido otra de irresponsabilidad del enfermo y deficiente psíquico en razón de que, aunque el Código de Napoleón no contenía ninguna norma jurídica al respecto, la jurisprudencia, sobre la base de una tradición doctrinal y de la construcción dogmática del ilícito civil, negaba que el incapaz pudiera ser responsable del acto dañoso al faltar el elemento subjetivo de la culpa en el momento de producción del ilícito⁶⁷⁰.

Incluso, la experiencia italiana nos muestra la falta de jurisprudencia respecto a la responsabilidad civil de los incapaces; esto es, en términos de VENCHIARUTI, nunca se ha atribuido un acto ilícito por omisión culpable a un enfermo psíquico, a excepción de los casos en que se le reconoce como autor de un delito violento respecto a los cuales los Tribunales no estiman necesario el análisis de la intencionalidad o no del enfermo, sino que por las circunstancias del hecho lo estiman incontestablemente intencional⁶⁷¹. De igual modo, este prejuicio ha sido propio del sistema del *Common Law* hasta mediados del siglo XIX, pues, frente a las presunciones absolutas o relativas de incapacidad respecto al menor de edad, en lo que se refiere al *mentally incompetent*, sólo existían sentencias que les responsabilizan civilmente por dolo, esto es, como autor de un *intentional tort*, pero nunca por un comportamiento culpable. Y, si bien es cierto que a los incapaces raramente se les demandaba por tal causa; tampoco se entraba a valorar su conducta culpable en los supuestos más frecuentes en los que se trataba de evaluar su contribución al hecho dañoso, *contributory negligence*, en orden a reducir la indemnización debida⁶⁷².

En conclusión, hemos visto como en el Ordenamiento jurídico español y en otros de nuestro entorno europeo, frente a la admisión social, doctrinal y jurisprudencial de la imputabilidad civil del menor de edad, existen reticencias a la posible imputabilidad civil de

⁶⁷⁰ “*Là où il n’y a pas volonté et volonté consciente, capable de discernement, il ne peut y avoir faute*”, vid. LAFON, J., *La responsabilité civile du fait des malades mentaux*, París, 1960, pp. 10 y ss.

⁶⁷¹ VENCHIARUTI, A., ob. cit., p. 554; y Cass. 1^o juin 1994, Resp. civ. prev., 1994, 1067, note R. PELLECHIA.

⁶⁷² BUSSANI, M., “Canales de contenido propio: perfiles comparativos sobre la responsabilidad civil. La culpa al servicio de los débiles” (Primera Convención Latinoamericana de Derecho), Ica-Perú, Noviembre, 1995, en <http://www.v.lex.com/pe/canales/Derecho>.

un enfermo psíquico. Esta realidad ha llevado a algunos autores, como BUSSANI, a preguntarse por las razones por las que casi no llegan a los Tribunales los supuestos de responsabilidad civil de incapaces, sobre todo cuando de ilícitos civiles se trata: si es porque son, en realidad, inofensivos; porque están perfectamente vigilados; o porque los daños que causan no tienen relevancia social. En definitiva, hay quiénes entre la doctrina civil extranjera, frente a la común despreocupación por este tema en el Derecho español, se cuestionan si: ¿es que la sociedad soporta bien estos daños y tiende a solucionar dicha problemática a través de transacciones extrajudiciales fundadas en las reglas del buen vecindaje⁶⁷³?

B.- El patrón de diligencia subjetivo o *in concreto* en la responsabilidad civil del menor de edad: su inaplicación jurisprudencial en el Derecho español, frente a su aplicación por los sistemas jurídicos del *Common Law*.

Una vez expuesto que, en la actualidad, es cuestión pacífica para la teoría subjetiva que un menor de edad puede ser responsable civil si es imputable civil, es importante resaltar que se disiente en lo que respecta a cuál sea el patrón de diligencia debido en orden a juzgar la culpabilidad del menor de edad. No obstante, los defensores de la teoría subjetiva entienden, como ya lo hemos apuntado en epígrafes anteriores, que, con independencia de que el patrón de diligencia sea más o menos objetivo, la subjetividad del concepto de culpa permanece intacta en la medida en que se exige siempre la imputabilidad civil.

Ahora bien, la mayoría de la doctrina subjetiva aduce que el patrón de diligencia para juzgar la culpabilidad de un menor de edad ha de ser subjetivo en el sentido de que un menor actúa culposamente a los efectos del artículo 1104 CC cuando, conforme a su edad y a las circunstancias del caso, podía saber que no debía actuar como lo hizo, madurez intelectual, y estaba en condiciones de haber obrado conforme a dicho entendimiento, madurez volitiva; esto es, cuando, siendo él mismo civilmente imputable, cualquier menor de su misma edad podría haberlos previsto y evitado. Pues este postulado es coherente con la teoría doctrinal, bastante generalizada, de que el modelo de diligencia es objetivo-típico, de suerte que

⁶⁷³ BUSSANI, M., “La responsabilité des sujets atteints de troubles mentaux en Italie et en Common Law”, *Gazette du Palais*, 14, 15 févr. 1997, pp. 11-16.

deberían diferenciarse grupos de actividades o profesiones, y *grupos de edad* o de aptitudes físicas o intelectuales generalizables⁶⁷⁴. Si bien, hay que reconocer que esta teoría tiene un escaso, por no decir nulo, seguimiento jurisprudencial, a excepción de sentencias tales como la SAP de Barcelona de 29.10.1999 (AC 1999, 2119) en la que el Juez dictaminó, de modo significativo que, “*ambos menores mostraron una irreflexión superior al grado de discernimiento de cada uno de los intervinientes*”; aunque en esta cuestión profundizaremos, por razones sistemáticas, en el próximo capítulo, en concreto, en el epígrafe dedicado a la culpa objetiva⁶⁷⁵.

Es interesante, al respecto, detenernos en los Ordenamientos pertenecientes al sistema jurídico del *Common Law*, ya que estos, en términos generales, aplican la teoría subjetiva en su versión de exigir un patrón de diligencia subjetivo o *in concreto* a la hora de juzgar la culpabilidad de un menor de edad; en contraste con el tratamiento que hacen de la responsabilidad civil del incapaz, a quién se le juzga según un patrón de diligencia objetivo según veremos en el capítulo siguiente.

En concreto, y en primer lugar, el Derecho inglés tiene en cuenta la edad en el momento de juzgar la culpabilidad de la persona, justificándolo, en términos muy parecidos a la teoría mantenida en el Derecho español acerca del modelo de diligencia objetivo-típico, en el hecho de que la edad, como grupo generalizable, hay que tenerlo presente en el patrón de diligencia. Pues la doctrina inglesa argumenta que, si la edad no es una característica personal o interna del demandado sino, más bien, una “característica de la humanidad en su nivel de desarrollo (el de las personas jóvenes), y en tal sentido normal”, es un factor, entonces, a tener en cuenta en el objetivo estándar de la normalidad. De manera que, como elemento de equilibrio en orden a proteger a la víctima, el Derecho inglés exige un alto nivel de diligencia a aquéllos responsables del cuidado de los menores⁶⁷⁶. En definitiva, y basándose en este postulado, la Corte de apelación, en la sentencia *Mullin v. Richards* de 1998, exoneró de

⁶⁷⁴ GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit. p. 187; y “La responsabilidad civil del menor”, op. cit. p. 127; PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS de 10.3.1983”, *CCJC*, nº. 2, 40, p. 456; y DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos...”, ob. cit. p. 877.

⁶⁷⁵ Vid. *Infra*, I.3.A.b.a’ del capítulo tercero.

⁶⁷⁶ VAN GERVEN, W./ LEVER, J./ LAROCHE, P., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, ob. cit. p. 347 y 351: “(...) the age is not regarded as a characteristic that is personal to the defendant but rather as a characteristic of humanity at (the young person’s) stage of

responsabilidad civil a una menor de quince años por el daño causado a otra menor de igual edad durante la clase de matemáticas, cuando, al estar ambas simulando jugar a las espadas desde sus pupitres, la regla de plástico de una ellas dio en el ojo derecho de su compañera. En concreto, el Tribunal dictaminó que a los menores de edad se les ha de exigir el grado de cuidado y previsión que, razonablemente, se puede esperar de un menor de la misma edad del demandado/a y en su misma situación. Y, al respecto, es curioso, como el Juez, aunque resolvió que el patrón de diligencia es objetivo-típico, tuvo en cuenta a la hora de analizar la previsibilidad del daño las circunstancias “en concreto” que rodearon al supuesto, tales como: que era evidente que en tales clases era frecuente utilizar las reglas de plástico para el juego de esgrima, y que, sin embargo, no había evidencia, ni de que tal práctica estuviera prohibida o desaprobada o que se advirtiera en su contra, ni de que, anteriormente se hubiera producido algún caso semejante en el que el resultado de tal práctica fuera dañoso⁶⁷⁷. Y, en el mismo sentido, se pronunció, respecto a un caso de compensación de culpas o *contributory negligence*, la sentencia *Gough v. Thorne* de 1966 (3 All ER 398 –400, 1966; 1 WLR 1387-1391) que argumentó: “que la cuestión para saber si el demandado ha contribuido culpablemente al daño que ha sufrido depende de si de un *ordinary child of 13* se podría esperar más de lo que hizo, lo que no implica, ni un paragón de prudencia, ni el de un niño atolondrado”.

En definitiva, en el Derecho inglés la edad no es una defensa en sí misma, sino que, dependiendo de su madurez, a los menores, incluso se les puede llegar a exigir el mismo nivel

development and in that sense normal, and therefore as a factor to be taken into account in the objective standard of ordinariness”.

⁶⁷⁷ 1998, 1 All ER 920, 1998, 1 WLR 1304, en *Ibidem*, p. 350, pues el Juez argumentó que en el caso en estudio se cumplían solamente dos de los requisitos necesarios para declarar a una persona responsable civil según el Derecho inglés: 1º.- que la relación entre el demandado y demandante fuera tal que diera lugar a un deber de cuidado, pues Teresa y Heidi estaban en una clara relación de proximidad, y 2º.- la relación de causalidad entre la acción y el daño, de la que tampoco existe duda. Sin embargo, no se cumplía el tercer requisito, esto es, que el demandado hiciera un acto que fuera razonablemente previsible que causara un daño al demandante, pues el test de previsibilidad es objetivo, pero el hecho de que el demandado tuviera quince años no es irrelevante, ya que la cuestión para el Juez no es si la acción del éste fuera de las que an *ordinarily prudent and reasonable adult*, en la misma situación que la del demandado, hubiera previsto que conllevaría un riesgo para el demandante sino si *an ordinarily prudent and reasonable 15 –years-old schoolgirl*, en la misma situación que la del demandado, pudiera prever dicho riesgo. Ya que en este caso, si nos preguntamos si un menor de tal edad, y en la mismas circunstancias que la demandada, habría debido apreciar que participando, en la medida en que lo estaba haciendo, en el juego con reglas de plástico pensando que eran espadas, daría lugar al riesgo del daño a su compañera, la respuesta es que no, si se tiene en cuenta que utilizar las reglas para el juego de esgrima es frecuente, y que, sin embargo, no hay evidencia de que tal práctica estuviera prohibida o desaprobada, o que se advirtiera en su contra, y que, anteriormente, hubiera algún caso de daño como resultado de tal práctica. La cuestión de la previsibilidad, entonces, tiene que ser juzgada en tal contexto.

de diligencia que a un adulto, sobre todo cuando realizan la mismas actividades que estos, tales como conducir, o cazar; como reflejó la sentencia *Gorely v. Codd* de 1967 (1967, 1 WRL 19), en la que un menor de dieciséis años y medio fue declarado culpable, y responsable civil, del disparo que efectuó al demandado con una escopeta de aire comprimido durante el curso de unas bromas⁶⁷⁸.

Asimismo, en el Derecho americano rige, como norma jurídica de excepción, el patrón de diligencia subjetivo o *in concreto* para la responsabilidad civil, tanto del disminuído físico⁶⁷⁹, como del menor de edad, sobre todo, de los menores pequeños⁶⁸⁰; como también parece desprenderse de la jurisprudencia francesa⁶⁸¹. De tal modo que en América los Jueces toman en consideración todo dato posible, ínsito en la personalidad del agente, que haya influido en el comportamiento de éste al momento de la producción del daño, sopesándose factores tales, como la edad, la inteligencia, la madurez, características psicofísicas, la capacidad de juicio, e incluso la habilidad y la experiencia demostrada en el pasado por el mismo niño al cumplir la específica actividad que ha originado el perjuicio en cuestión.

La racionalidad de esta regla, que lleva a resoluciones diversas ante idénticos hechos, se explica, a diferencia del Derecho inglés, en los siguientes términos: en relación con el disminuído físico, en razón de la mayor familiaridad y aceptación social de esta minusvalía, y, sobre todo, porque un estándar de diligencia que tenga en cuenta la deficiencia física del agente del daño es coherente con el hecho de que las personas que sufren dicha minusvalía sean conscientes de su propia limitación, lo que no ocurre con los disminuídos psíquicos ni

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 351.

⁶⁷⁹ Ref. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283 C, (1965), en ELLIS, J.W., "Tort Responsibility of Mentally Disable Persons", en *Amer.Bar.Foun.R.J.*, 1981, vol. 4, np. 68, p. 1098.

⁶⁸⁰ Ref. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283 A (1965), en SEIDELSON, D.E., "Reasonable Expectations and Subjective Standars in Negligence Law: The Minor, the Mentally Impaired, and the Mentally Incompetent", en *George W.L.Rev.*, november, 1981, vol. 50, n.1, np. 3, p.18: "*If the actor is a child, the standard of conduct to which he must conform to avoid being negligent is that of a reasonable person of like age, intelligence, and experience under like circumstances*".

⁶⁸¹ Vid. Cass. Civ. 2ème, 29 avril 1976, en *JCP*, 1978, 1, 18793, note DEJEAN DE LA BÂTIE, N, que comenta la sentencia de la Corte de casación que excluye la responsabilidad civil de un menor de tres años que ha herido a otro menor en el curso de un juego en base a que el acto no fue incorrecto, *ya que otro menor de su misma edad dotado de discernimiento hubiera obrado de igual manera (con independencia de la educación recibida) por lo que si el acto no fue ilícito no es dable el análisis de la imputabilidad*, y a la vez, excluyó la responsabilidad civil del padre pues el daño fue inevitable.

los enfermos psíquicos⁶⁸². Y en relación con el menor de edad, según BUSSANI, el hecho de que en el sistema del *Common Law* rija la regla de la responsabilidad por culpa probada para los padres, conlleva que el menor de edad corra el riesgo, mucho más frecuentemente que en los sistemas europeos en que rige la norma de la presunción de culpa, de quedar como único obligado a resarcir el perjuicio padecido por la víctima⁶⁸³. Por otra parte, no hemos de olvidar, ni el argumento de la *American Law Institute* (ALI), en el sentido de que la experiencia común provee de la suficiente información, como cuestión fáctica, de lo que se puede esperar de los menores de diferentes edades⁶⁸⁴; ni el de parte de la doctrina americana que apoya el patrón de diligencia subjetivo sobre bases de eficiencia económica⁶⁸⁵.

No obstante, hay que matizar que, al igual que en el Derecho inglés, cuando se trata de adolescentes próximos a la mayoría de edad el patrón que aplican los Jueces es el del *reasonably prudent man*, siempre que existan datos reveladores de que el adolescente tenía la misma capacidad de un adulto, en dicha situación, para percibir, apreciar y evitar situaciones peligrosas⁶⁸⁶; lo cual es predicable, sobre todo, de los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor por adolescentes, y de los daños que derivan de

⁶⁸² ELLIS, J.W., ob, cit, pp. 1101, que critica el que los supuestos de ataques repentinos de una enfermedad mental sean tratados por los Jueces igual que los ataques al corazón, esto es, si el agente del daño no disponía de la información previa acerca de la enfermedad se libera de responsabilidad.

También, y para tener una visión comparativa entre la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz en el Derecho americano, vid. WEISIGER, G.B., "Tort liability of Minors and Incompetents", en *University of Illinois Law Review*, 1951, 227; y STONE, FF., "Liability for Damages caused by Minors: A comparative study", en *Alabama Law Review*, 5, 1(1952).

⁶⁸³ BUSSANI, M., "Canales de contenido propio: perfiles comparativos sobre la responsabilidad civil. La culpa al servicio de los débiles", (Primera Convención Latinoamericana de Derecho), ob, cit.

⁶⁸⁴ ELLIS, J.W., ob, cit, pp. 1102: "The special standard to be applied in the case of children arises out of the public interest in their welfare and protection, together with the fact that there is a wide basis of community experience upon which it is possible, as a practical matter, to determinate what is to be expected of them" -Restatement (Second) of Torts § 283 A, Comment b (1965)-.

⁶⁸⁵ SCHWARTZ, W-F., "Objective and Subjective Standars of Negligence: Defining the Reasonable Person to Induce Optimal Care and Optimal Populations of Injurers and Victims", *Georgetown L.J.*, 1989, vol. 78, p. 241 y ss, que nos explica que, si el coste de información que conlleva un estándar de diligencia subjetivo es alto y el desincentivo que implica un estándar objetivo es bajo, los Jueces aplicarán el patrón de diligencia objetivo; y, por el contrario, si el coste de información es alto y el efecto que provoca de desincentivo es alto, los Jueces aplicarán el patrón de diligencia subjetivo.

⁶⁸⁶ Ref. *Doris v. Paquin* [113 N.H. at 189-90, 304 A. 2d al 371-72 (1973)], en SEIDELSON, D.E., ob, cit, np. 23, p. 22, que juzga la contribución de un menor adolescente de diecisiete años al daño que le causó un vehículo a motor, debido a que paseaba por el lado derecho de la carretera, con el patrón de diligencia *reasonably prudent man*, considerando inaplicable la regla general de los menores. El *Supreme Court of New Hampshire* arguyó que, en este caso los Jueces no tenían ningún dato que revelara que un menor de diecisiete años fuera menos capaz que un adulto para apreciar el riesgo que conlleva pasear por el lado derecho de la carretera nevada, con ropa oscura y sin luz alguna en la oscuridad.

actividades que suelen realizar solamente los adultos⁶⁸⁷. Empero, nos encontramos con sentencias en las que, de modo contradictorio, se resuelve que a un adolescente, por el mero hecho de realizar una actividad peligrosa, no se le debe aplicar el estándar de un hombre adulto⁶⁸⁸. Y la racionalidad en esta disparidad se puede encontrar, según el atractivo razonamiento de SEIDELSON, en el hecho de que los Jueces son sensibles a que en determinados casos la minoridad del agente de un daño puede ser fácilmente conocida y prevista por la víctima, de modo que en tales supuestos aplicar el patrón de diligencia acomodado a su edad no frustraría las “razonables expectativas de ésta”⁶⁸⁹.

Por otra parte, y retomando el Derecho español, los argumentos que ofrece la teoría subjetiva para sostener el patrón de diligencia *in concreto* para la responsabilidad civil del menor de edad difieren, de todo punto, de las expuestas para el sistema anglosajón. Y, a nuestro juicio, son dos las razones de peso que se han alegado al respecto:

1) En primer lugar, y en términos de GÓMEZ CALLE, la minoridad del agente se tiene en cuenta para determinar la diligencia exigible según los términos del artículo 1104 CC, pues aunque la regla general sea el patrón de diligencia objetivo, el del *buen pater familias*, el hecho de que el artículo precitado, explícitamente, tenga en cuenta las “circunstancias de las personas” para determinar la diligencia exigible abre paso a la ponderación de la minoridad del agente y la capacidad de entender y de querer en el ámbito extracontractual⁶⁹⁰. Más allá,

⁶⁸⁷ Ref. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283 A, Comment c (1965), que impone el estándar de adulto al menor: “where the child engages in an activity which is normally undertaken only by adults”, en SEIDELSON, D.E, ob, cit, np. 34, p. 25, y p.20, quién nos explica, en relación a la conducción por adolescentes de vehículos a motor, que el hecho de que los Tribunales aplican el estándar objetivo se debe a dos razones, en primer lugar, porque el Código de circulación suele prever sólo el estándar del hombre adulto; y en segundo lugar, porque la víctima de un accidente de circulación a motor suele esperar de un conductor dicho patrón.

⁶⁸⁸ Ref. *Purtle v. Shelton* (251 Ark, al 521-22, 474 S.W. 2d at 125 (1971), en SEIDELSON, D.E, ob, cit, np. 28, p. 22 y 24, en el que el *Supreme Court of Arkansas* argumentó que un menor adolescente de diecisiete años, al que la ley le permite el deporte de la caza de ciervos sin licencia alguna, se le debe aplicar el patrón de diligencia acomodado a su edad. Y ese autor nos explica que, quizá, los Jueces tienen en cuenta que el hecho de que ambos fueran menores hizo que no se frustrara ninguna expectativa razonable de la víctima; al contrario de los casos en que el demandante-víctima sea un adulto y el demandado un menor de edad, y aquél no tenga posibilidad de saber que el agente del daño era un menor de edad, de modo que si se aplicara en estos casos el patrón de diligencia acomodado a un menor de edad se frustrarían las expectativas legítimas del demandante.

⁶⁸⁹ SEIDELSON, D.E., ob, cit, pp. 26 y ss, y especialmente, p. 46.

⁶⁹⁰ GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit, p. 186. En el mismo sentido, NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ob.cit, p. 113. Los criterios que sirven para apreciar la culpa del menor difieren de los que sirven para juzgar a los adultos, idea que está implícita o se desprende del artículo 1104 CC que regula que el grado de diligencia depende de las circunstancias de las personas; de modo que hay que contrastar la culpa del menor con el baremo de diligencia propia de los menores en situaciones similares a la del que ocasionó el daño. Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA,

según esta autora, la jurisprudencia sustenta una gradación de los niveles de diligencia exigibles en cada caso de acuerdo con las concretas circunstancias del mismo⁶⁹¹, como se refleja en la STS de 16 de junio de 1968 en que concurriendo culpa de un niño perjudicado, el Juez decidió que, dada su corta edad y la escasa cultura del medio rural en que vivía, no podía tener las condiciones mentales necesarias para prevenir el mal que de su conducta podía sobrevenirle, obligando al demandado, mayor de edad, a soportar por sí solo todo el daño⁶⁹².

2) Y, en segundo lugar, porque esta interpretación (la del patrón de diligencia *in concreto*) es la más acorde con los principios constitucionales, en razón de que la protección del menor queda garantizada desde el momento en que el patrón de diligencia que se le exige, no es el comúnmente válido en el tráfico jurídico para una persona adulta, sino que se determina en consideración a la diligencia que es exigible a las personas de su edad⁶⁹³.

Por consiguiente, y una vez expuesta la teoría clásica de la culpa subjetiva, es momento de analizar los cambios que han tenido lugar en la postura tradicional que acabamos de exponer, y que van a afectar, sobre todo, a la responsabilidad civil de los incapaces, no sólo en España, sino en otros Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo y en los pertenecientes al *Common Law*. No obstante, antes de dicho objetivo vamos a abordar, en el último epígrafe de este capítulo, como influye la teoría subjetiva en la interpretación de los términos que rigen la responsabilidad civil de los padres.

C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, op. cit. p. 191, quién nos explica que los términos del artículo 1103 CC se pueden interpretar en el sentido de que en la mencionada moderación de la cuantía indemnizatoria por responsabilidad, en nuestro caso extracontractual, influye tanto la edad como las circunstancias económicas del menor y su víctima. Esto es, aunque el artículo 4.1 CC prohíbe que el Juez aplique la equidad como fuente del derecho excepción de que la ley lo permita, lo que no ocurre en nuestro caso, permite su ponderación en la aplicación del artículo 1902 CC, esto es, que el Juez tome en cuenta las circunstancias económicas del menor y de la víctima a la hora de fijar el importe de la indemnización.

⁶⁹¹ Ref. SSTS de 13.12.1985; 8.5.1986; 17.12.1986; 7.2.1988 y 28.10.1988 que como fórmula de estilo arguyen que “ para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y de lugar, sino además al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta tal conducta...”, en GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit., np. 124, p. 184.

⁶⁹² Comentada por SANTOS BRINZ, J., *La responsabilidad civil*, .4ª ed., Madrid, 1986, p.369.

⁶⁹³ GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, op. cit. p. 104.

5.-LA TEORÍA SUBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES.

Tradicionalmente, la doctrina española ha entendido que la responsabilidad civil de los padres regulada en el artículo 1903 CC, que reza que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda, se basa en la “presunción de culpa”, y que es precisamente la inversión de la carga de la prueba el único dato que diferencia esta regla de la norma general que consagra la responsabilidad civil por culpa ex artículo 1902 CC⁶⁹⁴.

⁶⁹⁴ Vid. SCAEVOLA, QM. *Código civil*, t. XXXI, ob, cit, pp. 559, 593-594; MANRESA Y NAVARRO, JM.DE, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, ed., Reus, Madrid, 1973, p.868, y ref. CASTÁN TOBEÑAS, JM., *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Derecho de obligaciones, 9ªed., Madrid, 1961, pp. 854 y ss; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, Oligaciones y contratos, vol. 2º, Madrid, 1946, pp. 577 y ss; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 2º, Barcelona, 1956, pp. 687 y ss, y otros en León González, J.M.: “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad”, en *Estudios en honor del Prof. Castán Tobeñas*, t. II, separata, 1968, np. 1, p. 270; y ref. CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1959, p. 402; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. III, ed., Rev. Dr. Pr, Madrid, 1974, p. 496-497, y otros en Gómez Calle, E., *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit, np. 21, p. 231.

Para una referencia de la doctrina tradicional francesa que defiende el criterio de imputación subjetivo, vid. las referencias bibliográficas contenidas en: BÉNAC-SCHMIDT, F./ LARROUMET, C., voz: “Responsabilité du fait d’autrui”, en *Rép. civ. Dalloz*, t. VII, París, 1999, chap.1, sect. 3, 226, p.28, y LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, np. 11, p. 100; y BUFFELAN-LAVORE, Y., *Droit civil*, ed., Masson, Droit Sciences Economiques, 1995, p. 375. Si bien, hay que reconocer que desde los años sesenta la doctrina francesa deseaba un cambio, vid. LE TOURNAEU, P./ CADIET, L., “Droit de la responsabilité”, *D*, 1996, 716, nº. 3414; PULL, B., “Vers un réforme de la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants”, *D*, 1988, chr, 185; VINEY, G., “La réparation des dommages causés sous l’empire d’un état d’inconscience: un transfert nécessaire de la responsabilité vers l’assurances”, *JCP*, 1985. I, 3189; ALT-MAES, F., “Les nouveaux droits reconus à la victime d’un mineur”, *JCP*, 1992.I, 3627, nº.10.

Respecto a la doctrina italiana, vid. ref. CONSOLO, G., *Trattato sul risarcimento del danno*, Torino, 1908, p. 351; CHIRONI, G.P., *La colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1887, pp. 77 y ss; BRASIELLO, T., *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1959, pp. 117; CUPIS, A.DE, “Dei fatti illeciti”, in *Commetario cod. Civ* a cura di Scialoja e Branca, ed., Zanichelli e soc, ed., Foro it, Bologna-Roma, rist 1964, sub. Art. 2048, p. 323 y ss, en Visintini G., *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, ed., Cedam, 1999, np. 9, p. 638; y ref. CORSARO, L., “Funzione et ragione della responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore”, en *Giur.It*, 1988, I, 226; SCIONTI, R., “Sulla responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c”, *Dir.fam. per.*, 1978, II, p.1415; ANTINOZZI, M., “La responsabilità civile dei genitori”, en *Dir. prat. assic*, 1985, 312, pp. 51 y ss; en Ferri, F., “La responsabilità civile dei genitori ex art. 2048”, en *Giur. it*, 2000, nº.7, np. 4, p. 1409.

En los países escandinavos el régimen que norma la responsabilidad de los padres es el régimen común de la responsabilidad civil, y el criterio de imputación la culpa en la vigilancia, al igual que en los países musulmanes que no han recibido las influencias ni del derecho francés ni del alemán. También se rige por el derecho común de la responsabilidad el Derecho anglosajón y de los Estados Unidos aunque, en estos países matizado, por un lado, por la jurisprudencia que tiende a facilitar la prueba de la culpa en la vigilancia respecto a los *infans*, y, por otro, por disposiciones legales que han impuesto a los padres una responsabilidad objetiva para ciertos daños de sus hijos, respectivamente. Ahora bien, la mayoría de los sistemas jurídicos conocen el régimen de “la presunción de culpa”, aunque, a su vez, el ámbito de tal presunción es variable pues, mientras algunos regímenes lo aplican con igual rigidez tanto para los *infans* como para los adolescentes, en otros el régimen es más estricto para los *infans* que para los adolescentes, como por ejemplo en el derecho holandés - LE GALL, JP., “Liability for persons under supervision”, en *Int.Enc.Com.Law*, vol XI, Torts, Tübingen-The Hague -Boston-London, 1983, chap. 3, n.87, 26, pp. 3-34.-

A.- Razón legitimadora y argumentos de técnica normativa.

La razón legitimadora de este sector doctrinal reside, en esencia, en la siguiente idea: desde antiguo, el Derecho civil establece un mecanismo de protección de los incapaces, sometiéndolos a una guarda legal a través de la patria potestad o la tutela, por lo que de funcionar tal mecanismo los actos ilícitos de los menores de edad o de los incapaces no deben producirse, ya que el titular de esa guarda legal tiene una misión de vigilancia y cuidado, no sólo sobre los bienes del incapaz o del menor de edad, sino también sobre su persona⁶⁹⁵. Pues, consideran que este postulado fue el que inspiró al artículo 1384 del Código napoleónico, en cuyos trabajos preparatorios se trasluce la intención de los redactores de sancionar la falta de vigilancia de los hombres “*chargés du dépôt sacré de l’autorité*”⁶⁹⁶, y de ahí pasará al artículo 1903 CC. Pero, incluso, esta idea está en la base de la responsabilidad civil por culpa que rige la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos en el *Common Law*, pues argumentan que: “todos los padres, excepto los más descuidados, tomarán muchas precauciones para la seguridad de los menores, y las mismas precauciones sirven para proteger a los terceros”; y, así, por ejemplo, en el Derecho inglés la única responsabilidad civil objetiva por hecho ajeno es la de los empresarios por los hechos de sus empleados⁶⁹⁷.

En palabras de SCAEVOLA, el punto en común de todos los supuestos que consagra el artículo 1903 CC es su referencia a obligaciones que surgen de una actuación dañosa

⁶⁹⁵ CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. II, Pamplona, 1969, p. 85.

⁶⁹⁶ Ref. MAZEAUD. /TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual*, t.I, vol. 2º, trad de la 5ª ed francesa por L. Alcalá- Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1962, p. 467, en León González, JM., ob, cit, np. 17, p. 274; y ref. Tribunal TARRIBLE., Discours prononcé au corps législatif 19 pluviôse, au 12, in *Code Napoleon suivi de l’exposé des motifs*, París, 1908, p. 275 y ss, en Morozzo della Rocca, P., *Responsabilità civile e minoré età*, ed., Jovene editore, Nápoles, 1994, p.213, que explica que el artículo 2048 CC italiano trae causa del artículo 1384 CC francés, y su interpretación de la que hizo la Asamblea legislativa en Francia, según la cual la comisión del acto ilícito por parte del menor se atribuye a un “relajamiento de la disciplina doméstica reprochable a los mismos padres, pues el poder de la autoridad del padre es suficiente para imponer al hijo un respeto absoluto a la propiedad de otros”. Se funda entonces en el poder de educación de los padres, de modo que tal responsabilidad sólo se excluye si se demuestra que la falta de corrección no se ha debido a la culpa de los padres.

⁶⁹⁷ VAN GERVEN, W./ LEVER, J./ LAROCHE, P., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, ob, cit, p. 516, y en tal sentido en la sentencia *Carmarthenshire County v. Lewis* de 1955 (AC 549-566, HL, *Lord Reid*), se afirmó que no se comprende cómo una persona encargada de la vigilancia de un menor puede ser declarada negligente por el daño causado a un tercero por un accidente de tráfico, al menos que él o ella hubiera dejado de tomar razonables medidas de precaución para la seguridad del menor”.

realizada por aquellas personas que están bajo la dependencia y vigilancia de otras⁶⁹⁸, de modo que es meritorio que en nuestro Derecho positivo la responsabilidad civil de los padres venga fundada en la *culpa in vigilando y/o in educando*, pues los padres están obligados a dichos deberes no sólo en interés propio, sino también en el de terceros y, en definitiva, de la sociedad⁶⁹⁹.

Si la conclusión a la que se llega en líneas anteriores es la clara impronta subjetiva que este sector doctrinal atribuye al criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres por hechos de sus hijos, se hace preciso, ahora, recoger los argumentos de técnica normativa en los que basan su posición, y que resumimos en las cinco siguientes:

1º) El artículo 1903 CC es una prolongación y no una excepción del artículo 1902 CC, pues, de hecho, el artículo comienza diciendo que: “la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”, y esto por propia coherencia con la configuración de la responsabilidad civil por hecho propio consagrada en la Codificación. Si bien, como nos explica PANTALEÓN PRIETO, los padres no responden porque su hijo o pupilo sea responsable (el hecho de ser padre o tutor no es un criterio de propagación sino de nacimiento de la responsabilidad; los padres no son fiadores solidarios *ex lege* del menor), responden, porque con su culpa *in vigilando y/o in educando* han contribuido, generalmente por omisión, a la producción del evento lesivo⁷⁰⁰.

2º) En razón de que el último párrafo del artículo 1903 CC admite una prueba exoneratoria consistente en demostrar que se empleó toda la diligencia de un buen padre de

⁶⁹⁸ SCAEVOLA, Q.M., *Código civil*, t. XXXI, ob, cit, p. 559. Es gráfica la manera en que este autor aprehende los puntos en común entre todos los supuestos del artículo 1903 CC, por medio de un paralelismo con el contrato de gestión de negocios o con el cuasicontrato de gestión de negocios ajeno sin mandato. Pues, del mismo modo, nos explica, que las personas ligadas por un contrato de mandato o de sociedad responden de la actuación del gestor siempre que éste se contraiga a actuar dentro de los límites de su gestión, o que el hecho de aprovecharse de una gestión no encomendada, o del hecho tendente a evitar perjuicios *al dominus*, constituye a éste en responsabilidad por la actuación del oficioso gestor; existen casos en que la situación familiar o de empresa que relaciona a dos personas deriva en una de ellas- que tiene la obligación de educar y vigilar a la otra y que en ocasiones pudo elegirla – responsabilidad por la actuación de la otra, que cause daños a un tercero, sin necesidad que en tal actuación dañosa haya culpa, bastando con que la actuación del subordinado sea objetivamente ilícita y que entre ella y el resultado exista causación adecuada.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, pp. 559, 593-4.

⁷⁰⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS 10.3.1983, en *CCJC*, n.º.2, 1983, p. 454.

familia en prevenir el daño, al igual que otros preceptos del área latina que, tras declarar la responsabilidad de los padres, admiten una prueba exoneratoria consistente en demostrar que no se pudo impedir el daño⁷⁰¹. En otras palabras, si el último inciso del artículo 1903 CC admite la posibilidad de exoneración de responsabilidad de los padres mediante la prueba de haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño se desprende que se responde a consecuencia de la propia culpa, que queda acreditada si no se aporta prueba suficiente en contrario. Y, además, aunque los Tribunales españoles no lo tengan en consideración, ello no significa que la norma contenida en el último párrafo del artículo 1903 CC haya sido suprimida de nuestro Derecho⁷⁰². Y esta derogación a la regla general en materia probatoria la justifican, por una parte, en razones de equidad, pues así se le evita al demandante las dificultades, casi siempre insuperables, de demostrar la forma en que ha sido educado y vigilado el menor; y, por otra, en que las presunciones, tanto absolutas como relativas, son medios de prueba basados en el cálculo de probabilidades resultante de la experiencia, de modo que la presunción que pesa sobre los padres tendría su justificación legal en el hecho de que el daño suele ser, en un alto porcentaje de casos, la consecuencia de un comportamiento negligente en la guarda o educación del sometido a patria potestad⁷⁰³.

3º) Porque, según la redacción anterior a la reforma del precepto en 1981, una prueba más reside en el presupuesto exigido por el legislador para la responsabilidad civil de los

⁷⁰¹ Artículo 1384.4 y 7 CC francés: “*Le père et la mère, en tant qu’ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. (...) La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artinans ne prouvent qu’ils n’ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité*”. Y, art. 2048 CC italiano: “*Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggetta alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all’affiliante*”. (...) *La persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto*”.

⁷⁰² ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. II-2, ed., Bosch, Barcelona, 1989, p. 543; ÁNGEL YAGÜEZ, R DE., *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, p. 117, DÍEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 625; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ed., Tecnos, Madrid, 1988, p. 80), y GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, p. 232, que defiende que el fundamento es la culpa y no la presunción de culpa, como alegan otros autores que defienden el fundamento clásico subjetivo, pues se expresa en términos de presunción lo que, en realidad, es una regla relativa al reparto de la prueba de uno de los elementos del supuesto de hecho del artículo 1903 CC, cual es la culpa del demandado, y que tiene la virtualidad de invertir la regla ordinaria; OSSORIO SERRANO, JM., en *Curso de Derecho civil II-2º*. Contratos en particular, cuasicontratos y responsabilidad por hechos ilícitos (coord. Bernardo Moreno Quesada), ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 498; ABRIL CAMPOY, JM., “La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos”, *RCDI*, enero-febrero 2003, núm. 675, p. 28.

⁷⁰³ Ref. MAZEAUD./ TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual*, t.I, vol. 2º, ob, cit, pp. 489-526, en León González, JM., ob, cit, np 19, p. 275; y BACH, L., “Fondement de la responsabilité civile en droit français”, *RTDC*, 1977, janv-déc, pp. 49-50.

padres: de que el menor de edad o incapaz habite en compañía del padre o del tutor; requisito éste que, según CONDE PUMPIDO, no hace más que establecer la posibilidad del ejercicio del deber de guarda, señalando la doble base moral y física de cualquier actuación posible del deber de guarda: que el guardado deba obedecer las indicaciones del guardador, y que éste pueda ejercer una vigilancia directa⁷⁰⁴. Y, 4º) Asimismo, y por último, por la incoherencia de fundar la responsabilidad civil de los padres en el criterio del riesgo-beneficio/riesgo-creado⁷⁰⁵.

Apuntadas las razones de mayor predicamento, esta doctrina añade un último argumento doctrinal: 5º) que no haya obstáculo legal para admitir, también, como prueba exoneratoria la falta del nexo causal entre el propio comportamiento de los padres y el resultado de la actuación del hijo; es decir, la prueba de que el daño también se hubiera producido aunque los padres hubiesen empleado la diligencia debida. De tal manera que de lo dicho se deduce, *a sensu contrario*, que la culpa, que no fue la causa ni contribuyó a la producción del daño, es el fundamento de la responsabilidad de los padres⁷⁰⁶. No obstante, al

⁷⁰⁴ CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, ob, cit, p. 87.

⁷⁰⁵ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., “Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva”, AAMN, 1962, t. XIII, pp. 28 y 40, que nos explica que el daño proceda de culpa directa o de culpa *in vigilando* o *in eligendo*, pues toda persona, ante un hecho dañoso, ocasionado por él mismo o por personas de quienes deba responder, es responsable del daño causado. He aquí lo esencial: *el responsable ha de ser, al mismo tiempo, culpable*. Culpa directa o indirecta, pero siempre, sustancialmente culpa. Y entiendo que esta idea la corrobora el autor cuando asevera que la responsabilidad civil por culpa constituye la regla general en nuestro Código. Y, en sentido parecido, GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, p. 234; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ed., Tecnos, Madrid, 1988, Pp.96-102; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, ob, cit, p.254, que afirma que el artículo 1903 CC, siguiendo el 1384 CC francés, viene a ser una prolongación del artículo 1902 CC; y ABRIL CAMPOY, JM., “La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos”, ob, cit, pp. 27 y 29. Y basan dicho rechazo en que no existe ningún beneficio económico que justifique la condena de los progenitores, y en que, si se intenta argüir que el beneficio es de índole mora o no material, basta con destacar que el ejercicio de la patria potestad, de la que derivan las obligaciones de educación y vigilancia (art. 154 CC), no se actúa en beneficio de los progenitores, sino al contrario, es el beneficio e interés del menor el principio rector que atraviesa la regulación de la patria potestad desde la reforma de 1981.

⁷⁰⁶ GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, p. 269. Aunque dicha vía de exoneración no se recoge explícitamente en el último párrafo del artículo 1903 CC, y el párrafo segundo se refiere nada más que a los daños causados por los hijos, la exigencia del nexo causal se encuentra de modo implícito en el artículo 1903 CC en razón de la debida articulación entre los artículos 1902 CC y 1903 CC, pfo. 1º puesto que éste comienza declarando que “la obligación que impone el artículo anterior (...)”. Lo dicho se constata con un ejemplo: un padre compra a su hijo, de 10 años de edad una bicicleta y le autoriza a montarla, sin comprobar previamente si el niño está capacitado para ello; en el curso de la conducción, y actuando el menor de forma objetivamente diligente, una persona se interpone precipitada e imprevisiblemente en su curso, de forma que el niño no puede hacer nada para evitar el atropello. Por un lado cabe apreciar la culpa en la actuación del padre, pero, por otro lado, dicha negligencia no fue la causa determinante del daño, sino la culpa exclusiva de la víctima que, en realidad, provocó la ruptura del nexo causal.

respecto, dentro de la teoría subjetiva hay quiénes entienden que la culpa de los padres no tiene la función de contribución, en nexo de causalidad, con el daño causado por el menor si no que es una culpa lejana e indirecta, y, en consecuencia, afirman que los padres no se pueden exonerar probando la falta de nexo causal entre la culpa de la educación y vigilancia y el daño causado por el menor, sino demostrando que, tanto desde el punto de vista de la educación y de la vigilancia, se habían comportado como una persona prudente; en definitiva, la prueba relativa a su propia responsabilidad⁷⁰⁷.

B. La presunta culpa *in vigilando* y/o *in educando* como cauce legal de imputación.

Aunque el artículo 1903 CC no establezca qué deber o deberes se conculcan, es voz unánime en este sector doctrinal que son los deberes de vigilancia y de educación. Y, en términos de GÓMEZ CALLE, la vigilancia no ha de entenderse limitada a una especie de observancia directa del menor, lo que carece de sentido en una sociedad en la que cada vez es más frecuente que los padres pasen gran parte del día separados de los hijos, sobre todo por razones laborales, y en la que la autonomía del hijo, del joven sobre todo, ha crecido muy notablemente. El deber de vigilancia, entonces, va dirigido básicamente a la prevención de daños causados por el hijo menor y, por consiguiente, debe constituir un concepto amplio, que abarque todas las actividades precisas a aquel fin preventivo: desde el aleccionamiento del niño sobre eventuales fuentes de peligro y sobre posibilidades de control de situaciones difíciles, hasta la prohibición de determinadas actividades⁷⁰⁸.

Respecto a la doctrina italiana, vid. ref. MAGLIONE, C., en *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (art. 2047), a cura di P. Perlingeri, Libro IV, t. II, Napoli, 1991, p. 1827 en López Sánchez, C., ob, cit, np. 132, p. 138, pues según este autor el artículo 2047, además de recoger una presunción de culpa del vigilante del incapaz, consagra una presunción de causalidad, de modo que éste puede exonerarse si prueba que aunque hubiese cuidado diligentemente al menor el daño se hubiera producido igualmente.

Y respecto al Derecho alemán, vid. VAN GERVEN, W./ LEVER, J./ LAROCHE, P., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, ob, cit, p. 515, que nos explica que los padres se pueden exonerar probando que cumplieron con el deber de cuidado de los menores o que el daño se hubiera producido igualmente aún cumpliéndose dicho deber (BGH, 10 de julio de 1984 –NJW 1984, 2574-2575).

⁷⁰⁷ Ref. Req. 8 novembre 1943, *Gaz. Pal.*, 18 janvier 1944; Trib. Nantes, 12 juin 1946, *Gaz. Pal.*, 18 septembre, en RIPERT, G./ BOULANGER, J., *Tratíe de Droit civil d'après le traité de Planiol*, tome II. Obligations, ed., LGDJ, París, 1957, pp. 422-423.

⁷⁰⁸ GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, p. 53, que, como defensora de la tesis subjetiva, y autora de un meritorio estudio del Derecho alemán de la responsabilidad civil de los padres, analiza el contenido de este deber en el mismo sentido que la jurisprudencia y doctrina alemana. En sentido parecido aunque añadiendo otro matiz, y respecto a la doctrina argentina, vid. MOSSET ITURRASPE, J., *La responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, ed, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 106. Las medidas rigurosas de vigilancia plantean un dilema: el interés de los terceros de no sufrir daños, frente al derecho del menor a un desarrollo sano de su propia personalidad, en un clima de confianza y libertad. De tal manera

Ahora bien, ni la doctrina subjetiva ni la jurisprudencia española otorga a la culpa *in educando* la categoría de criterio autónomo de imputación. Si bien, algunos autores dentro de este sector doctrinal sí le han llegado a reconocer la virtualidad, o bien, de servir de cauce de imputación al progenitor que, pese a no convivir con ellos, por diferentes motivos, se encuentren no obstante bajo su guarda, ya que al ser evidente que en estos casos la culpa *in vigilando* no puede actuar como fundamento de la responsabilidad paterna, sí puede basarse la misma en la culpa *in educando*. Más allá, razonan que, si el daño lo ocasiona el menor cuando se encuentre en compañía del progenitor mientras éste lleva a cabo el derecho de visita o de relación, como consecuencia de una crisis matrimonial, no impediría la responsabilidad del otro progenitor sobre la base de la culpa *in educando*⁷⁰⁹. O bien, de concretar la culpa *in vigilando* de los padres, pues se razona que “cuanto menos educado esté el menor será preciso vigilarlo más, y viceversa”⁷¹⁰. Incluso, es significativo apuntar que, últimamente, en España el criterio de la culpa *in educando* parece empezar a tenerse en cuenta, tímidamente, por las Audiencias Provinciales para imputar el daño que causa un adolescente en razón de lo

que, en los países que se rigen por un criterio subjetivo se llega a sostener que hay que defender un concepto restrictivo de “vigilancia”. Es decir, la regla general es que los padres apliquen medidas “corrientes” de vigilancia y para que los padres tengan el deber de ejercitar medidas más rigurosas es preciso que la víctima demuestre un motivo especial para ello. En términos generales las medidas concretas de vigilancia que se propugnan, incidiendo en todo caso en el olvidado diálogo entre padres e hijos que tan útil puede ser en estos temas, son: el aleccionamiento del menor sobre cuestiones diarias; las prohibiciones en determinados supuestos pues los padres no pueden ser carcelarios de los hijos ni meros testigos de menoscabos a terceros; el seguimiento del control del menor; imposibilitar ciertos actos ante riesgos de peligrosidad grande; como la ayuda oficial para los supuestos de menores difíciles –esta medida se da en Alemania donde existe la posibilidad de solicitar ayuda al Tribunal Tutelar de Menores para el cuidado de la persona del menor -.

⁷⁰⁹ ABRIL CAMPOY, JM., ob, cit, p. 31; y ref. ASÚA GONZÁLEZ, CI., “La responsabilidad (I)”, pp. 464-465, en *Manual de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, ed., Marcial Pons, Madrid, 1998, en Abril Campoy, JM., ob, cit, np 27, p. 31, que nos explica que el que sólo responda el progenitor que ejerce la guarda y convive con el hijo, en los casos de crisis matrimoniales, es una solución insatisfactoria incluso desde la perspectiva subjetivista de la letra del precepto, y mucho más desde la objetivizadora. Pues la guarda comprende únicamente el derecho-deber de tener a los hijos consigo y atender a sus necesidades materiales, afectivas y educativas, en la medida en que se encuentren vinculadas a esa convivencia que la guarda implica; pero la dirección de vida del menor en todos los aspectos relacionados con su formación integral constituye un deber y facultad de integrarlo en el ejercicio de la patria potestad.

⁷¹⁰ De tal modo opinan, BORRELL MACIÁ, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudios del art. 1902 CC y breves comentarios sobre los arts. 1903 a 1920*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1958, p. 157; LATOUR BROTONS, J., “La responsabilidad civil de los incapaces”, en *Homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, p. 158; GARCÍA VICENTE, F., “La responsabilidad civil de los padres por los actos del hijo menor: causas de exoneración”, ADC, 1984, pp. 1046-1047; CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, ed., Aranzadi, Pamplona, 1972, pp. 114-115; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, p. 52; y ref. AGUIAR DÍAZ, J., *Tratado de la Responsabilidad civil (Da Responsabilidade civil)*, trad. de los doctores Agustín e Ignacio Moyano, Buenos Aires, 1957, p. 157 en López Beltrán de Heredia, C., ob, cit, np. 54, p. 92. Al igual en el Derecho italiano, belga, y ciertos países sudamericanos –vid. LE GALL, JP, ob, cit, n°s. 64 y 65-.

inadecuado, en tales casos, del criterio de la culpa *in vigilando*⁷¹¹.

Al respecto, es interesante aludir a la experiencia jurídica italiana⁷¹², pues los Jueces y Tribunales, con un movimiento pendular, han otorgado a la culpa *in educando* dos funciones: 1ª) en primer lugar, la categoría de criterio autónomo de imputación⁷¹³, lo que, curiosamente, ha tenido como consecuencia, tanto un trato jurisprudencial benevolente o flexible hacia la responsabilidad de los padres *ex* artículo 2048 CC, sobre todo por las sentencias más antiguas que utilizaban como elemento valorativo del cumplimiento del deber de educación la pertenencia de los padres a una clase social determinada⁷¹⁴; como una mayor severidad por

⁷¹¹ SAP de Cantabria 24.6.1998 (AC 1998, 1185). En su fundamento jurídico 1º se afirma que: “(...) incluso la idea de culpa *in educando* a que se refiere ya abiertamente una cierta doctrina con un enfoque más realista dadas las muy relativas posibilidades de vigilancia efectiva de hijos de cierta edad que permite el modo de vida actual (...)”.

⁷¹² Incluso, en Italia se ha generado un debate jurídico nacional acerca del deber de educación de los padres centrado en tres aspectos: 1) si la educación a la que vienen obligados los padres en interés de sus hijos puede llegar a ser un derecho subjetivo del menor; 2) si la constatación de un interés general de la colectividad a la educación del menor puede llegar a limitar la libertad de los padres a utilizar métodos y contenidos educativos propios; y por último 3) si sería lícito un control externo del núcleo familiar en relación al deber de los padres de transmitir un contenido mínimo ético y si tal deber pudiera encontrar efectividad jurídica en adecuados instrumentos sancionadores, entre los cuales estaría contenida la responsabilidad civil de los padres hacia terceros. Y para el análisis detenido de este debate, vid. MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Responsabilità civile e minoré età*, ed., Jovene editore, Nápoles, 1994, pp.3-15, que entiende: en primer lugar que no existe, en sentido técnico, un derecho subjetivo del menor, accionable frente a los padres, a ser educado persiguiendo la mayor realización de su personalidad según los artículos 147, 158, 252, 316, 517 bis, y 361 CC italiano, sino que el menor goza de una situación jurídica subjetiva defendible mediante la tutela objetiva; en segundo lugar, en relación a la relevancia jurídica del interés del tercero a la educación del menor por parte de los padres, y frente a la realidad anterior en la que la familia encerraba una función pública, la nueva perspectiva constitucional de la familia implica que sea una formación autónoma frente al Estado que recibe sentido y valores en la medida en que está al servicio de sus miembros como medio de crecimiento de su personalidad y de su felicidad - ref. BOREA., “I doveri dei genitori verso il figlio minore e la responsabilità ex art. 2048”, *Dir. Fam.Per* 1992, p. 374-. Y, en tercer lugar, en relación a si es oportuna la transmisión por los padres de un contenido mínimo ético, y si es lícito un control externo de la familia, defiende el autor que lo dicho es totalmente incompatible con el principio general de la libertad en la educación de los menores reconocido a los padres por la doctrina dominante.

⁷¹³ Al igual que la jurisprudencia francesa, pero ésta sin mucho éxito -vid, Civ, 12 oct 1955, *D.* 1956, p. 301, note RODIÈRE; Crim. 1 nov. 1962, *Gaz. Pal.* 1963. I, 142; 25 mars 1980, *Gaz. Pal.* 1981.1 somm. 11; y Civ, 2e, 16 mars 1994, *JCP*, 1994, IV, 1326-. No obstante dicho fundamento ha sido fuertemente criticado por la doctrina del país.

⁷¹⁴ Ref. App. Milano, 26 nov. 1936, que resuelve el caso de una menor de cinco años y medio que rompe una cuerda de manubrio a pesar de la reprobación de la *precettice*, quién preocupada de que pudiera hacer daño a otros se acerca para inducirle a que deje el peligroso divertimento, cuando le hiere a ésta en la cabeza. Se demanda a los padres pero el Juez alega, de modo sorprendente, que a los cinco años no es extraño desobedecer a la *precettice*, y reprobó a esta última haber actuado negligentemente, pues debería haberse mantenido a distancia hasta que el menor hubiera terminado de divertirse. En definitiva, “no hay culpa *in educando* tratándose de una familia del norte industrial que siempre han mostrado ofrecer una buena educación de la menor, como lo demuestra el hecho mismo de tenerla confiada a la educación de una profesora de francés”. Y en sentido parecido, ref. Cass civ. 27 oct. 1967, n. 2657, in *Res. civ. prev.* 1968, p. 412 y ss, que trata de un menor de catorce años agricultor que dañó al propio empleador con un fúsil que este último había dejado sin custodia, y el Juez tampoco retuvo la responsabilidad civil de los padres en razón de que, “el arma de fuego constituye un juego irresistible para un menor de baja clase social, incluso educado conforme al propio

los Jueces y Tribunales, particularmente en la actualidad cuando los Jueces afirman que “la modalidad del acto, aunque fuera del control de los padres, es elemento idóneo para valorar la educación recibida”, de modo que la responsabilidad civil de los padres se afirma aunque no haya existido la posibilidad real de controlar la actividad del menor inmediatamente anterior al evento lesivo en la esfera jurídica de otro⁷¹⁵. 2ª) Y, en segundo lugar, en otras ocasiones los Jueces y Tribunales italianos se limitan a afirmar que la culpa *in educando* determina el contenido de la culpa *in vigilando* (“*qui meno abbia educato maggiormente abbia l’onere di vigilare il figlio minore*”), lo que, de igual modo, ha tenido resultados ambigüos, esto es, tanto soluciones flexibles, como rígidas, dependiendo, respectivamente, de que los padres tengan hijos con un buen carácter y educación, o lo contrario⁷¹⁶. De modo que, parte de la

ambiente de vida”; y ref. Cass. Civ. 22 aprile 1977, n. 1501, in *Arch.civ.*, 1977, p. 772 y ss en que un menor acogido en una entidad de asistencia golpea a un compañero de clase con un travesaño, hiriéndolo, y se acciona responsabilidad civil frente al ente (tutor). El Juez consideró, sin embargo, cumplida la prueba de la buena educación en razón de que en el momento en que se produjo el daño el menor ejercitaba la función de delegado de clase, y porque el Juez de menores resolvió que no debía aplicarse al menor ninguna medida reeducativa, en MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Responsabilità civile e minoré età*, ob, cit, pp. 15-18.

⁷¹⁵ Ref. Cass, 9 giugno 1983, n. 3977, in *Mass. Giur. It.*, 1983, en que el lanzamiento de una piedra con una *fionda* reveló, por sí mismo, una educación impropia; Cass, 16 maggio 1984, n. 2995, in *Mass.giur.it*, 1984; Cass, 26 giugno 1984 n. 3726, in *Arch. Cv.*, 1985, 51, en que el lanzamiento de un puñado de cal viva en el ojo de un compañero revela el estado de inmadurez, temperamento, y en general mala educación recibida por el menor; Trib. Genova, 29 aprile 1994, in *Giur. It.*, 1995, I, 2, 555, note DI PINORI, que juzga que la violencia con la que el menor golpea a un compañero de juego con un hierro demuestra que sus padres no han sabido infundirle el sentido del respeto de la incolumidad física; y Cass 10 febbraio 1987, n. 1427, in *Giur. it.*, 1987, I, 1752 con referencia a un caso en que un menor había provocado por dos veces la caída de un amigo causándole la rotura del fémur, en que el Tribunal de casación casó la sentencia del Juez *di merito* que absolvió a los padres porque el acto del menor fue debido a la naturaleza espontánea juvenil y que los padres no habían faltado a su obligación de vigilancia, sobre la base de que tal Juez no había valorado la idoneidad de la educación recibida por el menor de edad, en VISINTINI, G., *Trattato breve della responsabilità civile*, ob, cit, pp 642-643. Y también, ref. cass.civ 19 nov 1969, n. 3764 in *Resp.civ. prev* 1971, p. 126 y ss, que declaró responsable a los padres de un menor de cinco años que tiró una piedra a otro en razón de que “*la frequenza cotidiana de la vía pública por parte del hijo convierte en todo caso en responsable a los padres*”; Cass. Civ. 10 febbraio 1987, n. 1427, *Resp. civ. prev.*, 1987, p. 829; Trib. Milano, sent. n. 11257 de 21 dicembre 1987, in *doc. UDA*, Cort app. Milano a cura di G. Losano, que declara la responsabilidad civil de los padres por el daño que su hijo cometió a otro en clase al meterle el lápiz; y aunque se eximió a la profesora porque el acto era imprevisible e inevitable, la modalidad del acto dañoso, según los Jueces, refleja una carencia en el método educativo de los padres, en MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Responsabilità civile e minoré età*, ob, cit, p.19. Y, ref. CHIANALE., “Responsabilità dei genitori (art.2048)”, en *Rev. dir. civ.*, 1988, II, 278, p. 281; ROMEO., “In tema di responsabilità dei genitori per l’illecito del figlio minore”, en *Dir. e Giur.*, 1992, 54. Y, también, vid.ref. Cass, 4 junio 1997 (nº. 4971, in *Danno e Resp.*, 1998, 252), que responsabiliza a los padres de un menor de diecisiete años que había golpeado a otro, primero con un puñetazo en la cara, y luego después de que éste cayó al suelo con patadas en el cuerpo; y Cass 20 enero 1997 (nº. 540, en *Fam e Dir.*, 1997, 287), que resuelve en el caso de un accidente causado por un menor que conducía un ciclomotor no asegurado y atropelló a un peatón ocasionándole unas lesiones, en FERRI, F., “La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.”, ob, cit, np. 6- 7-8, p. 1409.

Por otra parte, esta jurisprudencia ha recibido críticas doctrinales –vid. PASSETTI, *In tema di responsabilità dei genitori per macata educazione del figlio*, 1940, I, 2, pp. 291 y ss; y ref. ROMEO., “In tema de responsabilità dei genitori...”, ob, cit, p. 33 en Ferri, F, ob, cit, np. 10, p. 1409-.

⁷¹⁶ Ref. CONTURSI LISI, L., “Responsabilità civile dei genitori e violazione dell’obbligo di educare la prole”, *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, 1949, pp. 978-979, en López Beltrán de Heredia, C., ob, cit, np. 53, p. 91; y Ref. Cass. 30 ottobre 1984, n. 5564, in *Resp.civ. prev.*, 1985, p. 385, en que un menor de diez años hiere

doctrina italiana considera que el nexo de complementariedad entre la educación recibida y la vigilancia conducen, indirectamente, a una aplicación de criterios de responsabilidad objetiva, en cuanto se requiere a los padres del menor no educado una actividad de vigilancia tan asidua que se revela imposible en relación a los parámetros sociales reales.

Más allá, y en relación a la virtualidad jurídica de la culpa *in vigilando* y/o *educando*, este sector doctrinal considera que, respecto a los incapaces de entender y querer, no es cauce de imputación la culpa *in educando*, ni por tanto es medio legítimo de exoneración demostrar la diligencia debida en educarle, frente a los supuestos en que estemos ante menores de edad. Y en esta línea se encuentra, sobre todo, la doctrina y jurisprudencia italiana que entienden que la culpa *in educando* como criterio autónomo de imputación sólo puede predicarse respecto al artículo 2048 CC, y no respecto al 2047 CC, pues, aunque ambos preceptos permiten a la persona obligada poder exonerarse de responsabilidad, siendo literalmente igual la fórmula empleada, en el segundo caso en que el menor es incapaz será suficiente con probar que se ha vigilado correctamente al menor, mientras que en el primero en que el menor es capaz se deberá acreditar además que se ha impartido una educación correcta, pues asimismo, consideran que en el supuesto del artículo 2048 CC no se debería de hablar de vigilancia sino más genéricamente de potestad, y ésta se basaría fundamentalmente en la educación⁷¹⁷.

A tenor de lo expuesto hasta ahora, los defensores de la teoría subjetiva deducen las tres siguientes afirmaciones de interés:

a la salida de la escuela a otro chico de cinco años y el Juez resuelve que “demostrada la buena educación impartida al menor, se retiene que los menores requieren cierta autonomía de movimiento, de modo que consideran a los padres exentos de la obligación de vigilancia; ref. Cass. 15 ottobre 1973, n. 2595, in *Resp. prev. civ.*, 1974, p. 432, en que un menor de ocho años que, jugando en un lugar no lejos de casa, hiere a un compañero con una flecha, y responsabilizan a los padres en razón de que deberían haberle vigilado más en atención a su carácter y educación, en MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Responsabilità civile e minoré età*, ob, cit, pp. 26-27.

Y, también, respecto al Derecho alemán, vid. VAN GERVEN, W./ LEVER, J./ LAROCHE, P., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, ob, cit, p. 517, que afirma que afirma que los Jueces aplican el postulado de que: “*the less effective the upbringing has been, the closer the supervision must be*”.

⁷¹⁷ Ref. VENDETI, A., “Il dovere dei genitori di educare e vigilare la prole in relazione alla prova liberatoria dalla responsabilità per i fatti illeciti commessi dai figli minori”, *Giust. Civ.*, 1995, pp 1621-1622; y

1ª) En primer lugar, que en los casos en que el daño se produzca, como consecuencia de actos que el incapaz no debiera ejecutar, se produce una doble concurrencia de causas: por un lado, las materiales, que provienen de un acto de persona inculpable, y, por otro, la ideal que proviene de la omisión de persona culpable; siendo el hecho final imputable, pues, a esa doble concatenación causal, exigiéndose la responsabilidad plena a quien, siendo causa del daño, es culpable del mismo⁷¹⁸. De ahí, que califiquen a la responsabilidad civil de los padres “por hecho propio”, en cuanto lo que se reprocha al que se hace responsable por el sedicente acto ajeno es haber omitido los cuidados que debían haber prevenido la acción causante del daño, y que por imposición legal le eran exigibles⁷¹⁹.

2ª) En segundo lugar, que en orden a juzgar la culpabilidad del padre habría que tener en cuenta, según el baremo del “buen padre de familia *ex* artículo 1104 CC⁷²⁰”, las particulares circunstancias que en el mismo desembocaron en la producción ilícita de un daño para examinar si, en tal caso, se adoptaron las medidas de vigilancia necesarias, posibles y exigibles.

De tal modo que, si en dicho juicio se ha de atender a la edad del menor y a su capacidad o no de discernimiento, este sector entiende que habría que reconocer a los padres una atenuación de su responsabilidad cuando el menor se encuentra próximo a la mayoría de edad legalmente establecida. Y, asimismo, considera que la postura jurisprudencial reticente a dicho reconocimiento, en aras de un intento de proteger a la víctima ante la habitual insolvencia de los menores de edad, se enfrenta, sobre todo, a las reformas del Derecho civil en los ámbitos del Derecho familia y de la persona, acontecidas a lo largo de las dos últimas décadas. Puesto que, si éstas se han decantado, tanto, por conformar a la patria potestad como el ejercicio de un derecho-deber en beneficio del hijo, como, y en consecuencia, por atribuir

ROVELLI, R., “Danno cagionato dall’incapace”, *Resp. civ. prev.*, 1975, pp. 5-6, en López Sánchez, C., ob, cit, np. 123 y 127, pp. 136-137.

⁷¹⁸ Aunque en las codificaciones de corte germánico, frente a la española, es cuestión pacífica que el acto de los padres ha de ser causa del daño, ya que los preceptos reguladores recogen su exoneración cuando, aun habiendo sido negligentes, se constate que el menor habría ocasionado el daño también en el caso de que hubiesen actuado diligentemente, y por otro lado dichos preceptos hacen expresa referencia al deber paterno de vigilancia o al de educación –vid. GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, pp. 48-49- .

⁷¹⁹ CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, ob, cit, pp. 85-86; y GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad civil de los padres y centros docentes”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob, cit, p. 272.

⁷²⁰ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 515.

una mayor preponderancia a las posibilidades de actuación del menor y a su libre desarrollo de la personalidad, se produce como resultado una atribución al menor de edad de un mayor ámbito de libertad e independencia según la edad y su grado de madurez, y, en consecuencia, “un menor control sobre el mismo, y, por ende, la producción de daños por actuación del menor, pese a la correcta educación y vigilancia de sus progenitores”⁷²¹. Incluso, algunos autores, llegan a defender, siguiendo a la jurisprudencia alemana, que habría que atender, tanto a las circunstancias subjetivas, esto es, a las peculiaridades del menor, tales como la edad, la personalidad o su carácter⁷²²; a las circunstancias en que se hallen los guardadores⁷²³, como a las circunstancias objetivas que actúan como indicio de la previsibilidad del comportamiento dañoso o de la peligrosidad del mismo⁷²⁴. Y en dicha línea, según LÓPEZ

⁷²¹ PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS 22.9.1984”, en *CCJC*, 6, p. 1990; DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *ADC*, 1987, pp. 803 y 845-848 y 857. GARCÍA VICENTE, F., “La responsabilidad civil de los padres por los actos del hijo menor: causas de exoneración”, *ADC*, 1984, p. 1042; DURANY PICH, S., “Padres y maestros”, *InDret*, 1/2000, p. 5; ROMERO COLOMA, A.M., “Valoración jurídica del apartado 2 del artículo 1903 del Código civil (la responsabilidad civil de los padres por los hechos de los hijos)”, en *Rev. resp. circ y seguro*, Madrid, octubre, 1997, y ABRIL CAMPOY, G., “La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos”, ob. cit., pp. 20; 24-25.

Respecto al derecho francés, vid. CARBONIER, J., *Droit civil*, t. IV, Les Obligations, 6ªed., París, 1969, p. 355; WEIL, A., *Droit civil. Les Obligations*, París, 1971, pp. 658-659. Respecto al derecho italiano, vid. ref. PARDOLESI, nota a Cass, 9 aprile 1997, n. 3088, in *Fam.e Di*, 1997, 224, GIACALONE., “La famiglia è esonerata da ogni responsabilità solo se l’evento non poteva essere evitato”, *Guida al Dir*, 1997, fasc. 35, y Cass 24 ottobre 1988, n. 5751, in *Giur. It*, 1989, I, 1, 1006; y 30 ottobre 1984, n. 5564, in *Foro it*, 1985, I, 148, en Ferri, F., “Responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c”, *Giur. it*, 2000, nº. 7, np. 11, p. 1409. Y, respecto al derecho alemán, vid. ref. BGH, 27.11.1979, *CJW*, 1980, P. 1044, en López Sánchez, C., ob. cit, np. 192, p. 153.

⁷²² GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob. cit; pp. 319-343; y en MOSSET ITURRASPE, J, ob. cit, pp. 98-99. Este autor argentino alude a tales circunstancias subjetivas para pasar, en realidad, a criticarlas. En concreto la doctrina y la jurisprudencia alemana tiene en cuenta: la edad del menor; los rasgos de su carácter como sus tendencias agresivas o irresponsables; su desarrollo intelectual en relación a que deba ser sujeto de una vigilancia especial; y la educación a la que se le ha sometido.

⁷²³ MOSSET ITURRASPE, J., ob. cit, pp. 102-104. La doctrina alemana por otra parte tiene en cuenta: la propia conformación de la familia (nº. de hijos, situación económica, etc); la existencia de un seguro; la ignorancia de circunstancias concretas. Aunque, al final, este autor critica que, entonces, nadie se atrevería con seriedad a promover una demanda resarcitoria, pues los Tribunales tendrían en cuenta circunstancias absolutamente imposibles de anticipar o prever.

⁷²⁴ *Ibidem*, pp.105. Se alega por la doctrina alemana que las concretas medidas de vigilancia que los padres dirán haber adoptado respecto del hijo se verán desmentidas por “el hecho mismo”, origen del daño, por ejemplo cuando del lugar donde se encuentra el menor se desprende una cierta peligrosidad; cuando los hábitos de juegos del menor son peligrosos o los objetos que utiliza son de la misma naturaleza. Corrobora, por otra parte, esta teoría la jurisprudencia argentina –vid. Cám. Nac. Civ. “Cáceres c/ Marino”, del 2-6-89, en J.A, 1987-III-nº.60; y Cám. Nac.Civ. sala F, 28-8-91, “González de Guarací, h c/F.A”, en J.A, del 18-2-92-. Y, también, VAN GERVEN, W./ LEVER, J./ LAROCHE, P., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, ob. cit, p. 516.

Y GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil de los padres y centros docentes”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, ob. cit, pp.276-277, que menciona: en primer lugar: la edad del menor, su carácter su estado mental o grado de desarrollo intelectual, su formación; o su educación; y en segundo lugar, respecto a las circunstancias afectantes a los padres: la imposibilidad de encargarse personalmente del cuidado de los hijos (los padres serán diligencia si confían a un tercero el cuidado del hijo y esta persona, con independencia de que obre de manera gratuita o por contraprestación) esté en condiciones físicas y mentales de ocuparse debidamente del

SÁNCHEZ, ha sido instada una reforma del § 832 BGB, que proclama la supresión de la inversión de la carga de la prueba y la limitación de la responsabilidad a los supuestos de dolo y negligencia grave⁷²⁵.

3ª), Y, en tercer lugar, exigen, como presupuesto de la responsabilidad civil de los padres en el caso de que el menor sea inimputable, que el acto del menor sea objetivamente culpable, pues si se prescinde de dicho dato se posibilitaría, como constatan que ocurre en las resoluciones judiciales, que un acto que consituiría un caso fortuito y exoneraría a un mayor de edad, origine una condena de los pogrenitores⁷²⁶.

En cualquier caso, llegado este punto, lo cierto es que hay dos cuestiones que interrogan y dividen a este sector doctrinal:

Iª) En primer lugar, la teoría subjetiva reconoce, sobre la base de la realidad de los grandes adolescentes, que en la responsabilidad de los padres por los actos de estos jóvenes concurren valoraciones jurídicas y sociológicas contradictorias, pues si por una parte es innegable que el guardador legal de una persona más o menos incapaz debe asumir las consecuencias de un comportamiento dañoso de esta última, cuando es debido a una incorrecta vigilancia por parte del primero; por otra, al lado de todo esto, se halla la contemplación de que la vida del sujeto a patria potestad o tutela se desenvuelve ordinariamente en un margen tal de libertad y autonomía que sería apresurado concluir que el menor o el incapacitado produjeron un daño fue porque sus padres o tutor no le vigilaron adecuadamente.

cuidado del hijo). Y en tercer lugar, circunstancias objetivas, tales como el lugar donde se desenvuelve la vida del hijo (el tipo de barrio, la existencia de fuentes de peligro en las proximidades, etc.,), la peligrosidad intrínseca de determinados objetos, etc., .

⁷²⁵ Ref. GROßFELD, B/ MUND, B., “Die Haftung der Eltern nach § 832 BGB”, *FamRZ*, 1994, P. 1509, en López Sánchez, C., ob, cit, np. 195, p. 154.

⁷²⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS 10.3.1983”, *CCJC*, núm.2, pp. 452 y ss; DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos...”, ob, cit, pp. 874 y ss; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, 290 y ss; ABRIL CAMPOY, JM., ob, cit, p. 35. En contra, DÍEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, ob, cit, 2001, p. 566, que explica que la responsabilidad por hecho ajeno no exige que en el mismo se den las condiciones para imputarlo a su autor, pues se responde de aquellas personas por las cuales dice el artículo 1903 CC que hay que responder, sino otro requisito; y de ahí que la acción de la víctima sea directa contra él, pues así es su responsabilidad, no subsidiaria de la del autor del hecho dañoso.

De modo que ante la realidad anterior: a) unos llegan a matizar que, si respecto a los niños de escasa edad la culpa *in vigilando* es un criterio válido de imputación de la responsabilidad de los padres, con relación a los menores próximos a la mayoría de edad el planteamiento ha de ser distinto, puesto que estamos ante menores dotados de discernimiento. En concreto, si tampoco parece ajustado a la realidad rescatar el criterio de la culpa *in educando*, lo único que podría fundamentar, en su caso, la responsabilidad de los padres obedecería a razones de garantía para el perjudicado⁷²⁷. b) Sin embargo, otros, según hemos argumentado en párrafos anteriores, siguen justificando la responsabilidad civil de los padres de los grandes menores en un criterio subjetivo, pero, al que le aplican la facultad moderadora *ex art. 1103 CC*.c) Y, en sentido parecido, un tercer grupo de autores distinguen que, si el menor de edad es inimputable civil, siempre que éste haya realizado un acto culpable objetivamente, la responsabilidad de los padres es directa y se justifica en la falta de vigilancia o educación del menor de edad; pero si el menor puede reputarse imputable, en atención a su edad y grado de madurez *ex artículo 1902 CC*, cabrá atribuir responsabilidad directa al propio menor y asimismo a sus progenitores, siendo esta responsabilidad, no por hecho propio como en el caso anterior, sino ajeno, lo que permitiría, en línea de principio, la posibilidad de repetición que se contempla en el artículo 1904 CC⁷²⁸.

IIª) Y, en segundo lugar, el hecho de que el propio Tribunal Supremo haya objetivizado la responsabilidad de los padres al reconocer en sus sentencias que “el último párrafo del artículo 1903 CC comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgos en no menor

⁷²⁷ ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE., *Comentarios del Código Civil*, ob, cit, p. 2009, Díez PICAZO, L., *Familia y Derecho*, ed., Civitas, Madrid, 1984, p. 35. Es muy frágil el razonamiento, por ejemplo, (...) si el causante del daño es un joven de 17 años, que al ir a su oficina conduciendo una motocicleta de pequeña cilindrada atropella a un peatón. Por lo demás la experiencia vivida de la emancipación y la mayor libertad de movimientos que hoy es propia en el hijo de familia convierten en un tanto rigurosas las fórmulas de responsabilidad de los padres que no hace mucho tiempo parecían obligadas; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, ed., Reus, Madrid, 1993, p. 978; y LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, pp. 185-186.

⁷²⁸ ABRIL CAMPOY, JM., ob, cit, pp. 35-36. Y es interesante, asimismo, citar la postura intermedia de Díaz Alabart, antes de la vigencia de la nueva LORPM cuando se determinaba la imputabilidad penal en los dieciséis años, que: “los civilmente inimputables responden objetivamente y en forma subsidiaria, y los civilmente imputables responden solidariamente con sus guardadores hasta los dieciséis años, con una responsabilidad basada en la culpa, porque, efectivamente, así puede entenderse a tenor del artículo 1902 CC en relación con el artículo 1903 CC, y, los imputables civiles de más de dieciséis años, menores, responden también por culpa, pero ni subsidiariamente ni tampoco en forma solidaria, sino que responden ellos solos por aplicación analógica del artículo 19 CP”. No obstante, téngase en cuenta, que este argumento presupone la aplicación de la teoría del concurso de normas.

proporción que los subjetivos de culpabilidad”, ha sido interpretado de distinta forma: a) por unos, en el sentido de que la responsabilidad civil de los padres sigue siendo subjetiva en razón de que en las propias sentencias existen contradicciones ya que, al mismo tiempo que se reconoce el carácter *cuasi objetivo* de la responsabilidad *ex art. 1903.II CC*, se recalca que “los progenitores demandados no acreditaron el empleo de la diligencia debida”⁷²⁹. b) Y, sin embargo, otros lo han interpretado en el sentido de que, aunque el artículo 1903 CC atribuye literalmente a los padres una responsabilidad por culpa, hoy en día, *de facto*, se trata de una responsabilidad “prácticamente objetiva”, pues se aplica como si tal responsabilidad fuera objetiva⁷³⁰.

Finalmente, apuntar que, hay quiénes, desde una posición intermedia, juzgan que el artículo 1903 CC utiliza un criterio de imputación de responsabilidad en el que la culpa no aparece como elemento decisivo en relación con la identificación del sujeto responsable como sucede en el artículo 1902 CC, de modo que los sujetos a quienes se imputa la responsabilidad están plenamente identificados en virtud de la especial relación que lo une con el autor material del hecho ilícito y no, como en el régimen general, por ser el que ha realizado una actuación negligente que ha causado el daño. De modo que, la culpabilidad solamente realiza la función de excluir la imputación provisionalmente efectuada conforme al criterio anterior y se trata, por tanto, de un régimen de responsabilidad civil subjetivo en el que la culpa funciona como aspecto negativo o excluyente de la imputación del daño⁷³¹.

C.- Breve referencia al criterio de imputación subjetivo en el antiguo art. 20 CP 1973 y en el artículo 61.3 LORPM.

Por último, este sector doctrinal apoya su argumentación afirmando que el cauce legal establecido para imputar la responsabilidad civil a los padres, en el caso en que el menor cometa un ilícito penal, también es subjetivo o por culpa.

⁷²⁹ GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad civil de los padres y centros docentes”, ob, cit, pp. 272-273; ABRIL CAMPOY, JM., ob, cit, p. 27.

⁷³⁰ GARCÍA VICENTE, F., “La responsabilidad civil extracontractual por el acto del hijo menor...”, ob, cit, pp. 1050-1051; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres...*, ob, cit, p. 94 y 105.

⁷³¹ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, pp. 514-515, .

Y este postulado lo ha defendido la teoría subjetiva: en un primer momento, cuando regía el artículo 20 CP 1973. Si bien, unos argumentan que la diferencia entre la normativa civil y penal se encuentra en materia probatoria, pues mientras en el artículo 1903 CC la culpa se presume, por el contrario, en el artículo 20 CP 1973 la culpa tiene que probarla quién la alega⁷³²; frente a otros autores que interpretan, sobre todo antes de la reforma del precepto operada por la Ley orgánica de 25 de junio de 1983 cuando rezaba “...a no constar que...”, que dicho precepto contiene, en realidad, una presunción de culpabilidad y una alteración de los principios generales de la carga de la prueba, al igual que el artículo 1903 CC⁷³³.

Y en un segundo momento, la teoría subjetiva, si bien un sector minoritario de ésta, también argumenta que es subjetivo el criterio de imputación del vigente artículo 61.3 LORPM, a pesar de que reconocen que éste adolece de falta de claridad y se limita a decir que los padres responden solidariamente con el menor⁷³⁴, sin mencionar la culpa, ni que su

Y, respecto al derecho italiano, ref. SALVI, C., *La responsabilità civile* en *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), ed., Giuffrè, Milano, 1997, pp. 132136, en López Sánchez, F., ob, cit, np. 225, p. 51.

⁷³² SOTO NIETO, F., “El menor ante la responsabilidad civil dimanante del accidente automovilístico”, *RDC*, 1972, p. 226; LACRUZ BERDEJO, JL., *Elementos de derecho civil*, t. II, v.1º, ed., Bosch, Barcelona, 1977, p. 564-565; YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela”, en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares (Comentarios a la ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del CC, títulos IX y X del libro I)*, ed., ICAI, Madrid, 1984, pp. 170-171; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de los hijos*, ed., tecnos, 1988, p. 27; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, p.244, y np. 56, p. 245, pues, nos explica que la referencia a la culpa en el artículo 20 CP viene a ser el negativo de la “diligencia de un buen padre de familia”.

⁷³³ CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, ob, cit, pp. 100-101, que considera, incluso, que el criterio de imputación que rige el artículo 20 CP es la presunción de culpa, al igual que el artículo 1903 CC, como lo demuestran las críticas que por tal carácter presuntivo despertó su homónimo y precedente del Código penal de 1948. Y lo que ocurre, es que, sin desaparecer en el artículo 20 el carácter presunto de la responsabilidad, no se da en él una inversión de la carga de la prueba en forma tan notoria como en el precepto civil, por la razón de que, mientras en el proceso civil, por imperativo del principio de la carga de la prueba formal, la actividad probatoria descansa en la aportación de las partes, esto es, constituye un acto exclusivamente de parte, la situación es completamente distinta en el proceso penal regido por el principio de libre investigación del Juez, lo que permite a éste aportar elementos de juicio sobre la existencia o inexistencia de culpa del guardador, supliendo incluso la pasividad de éste.

E, incluso tras la modificación de la expresión del precepto, vid. ref. GARCÍA VICENTE, F., “La responsabilidad civil de los padres...”, ob, cit, p.1034; y SANTOS BRINZ, J., “Comentario al artículo 1903 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIV, ed., Edersa, Madrid, 1984, pp. 566, en Gómez Calle, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, np. 57, p. 245.

⁷³⁴ Art. 61 LORPM: “Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada según los casos”. Según DÍAZ ALABART, llama la atención que no se haya debatido más en su tramitación parlamentaria un texto como éste, lleno de dudas y problemas, lo que pone de relieve, entre otras cosas, como la responsabilidad civil en la LORPM se ha pasado, prácticamente, por alto; lo que no es raro cuando la nueva ley, en vez de realizar una remisión a las reglas generales, ha decidido regular particularmente la responsabilidad civil –vid. DÍAZ ALABART, S., “La

ausencia les exonere de responsabilidad. Pues lo dicho, argumenta dicho sector, no significa que no se tome en cuenta a la culpa como criterio de imputabilidad. Y esto en razón de los siguientes argumentos:

a) Sus antecedentes legales son de una responsabilidad civil por culpa; e incluso, el artículo 137.2 del Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil del Menor de 27 de abril en 1995 adoptaba el criterio de responsabilidad civil de padres, tutores o guardadores, según el parámetro de la subsidiariedad y con fundamento en la noción de culpa, siendo significativo que no se haya glosado y justificado, de modo expreso, en la Exposición de Motivos de la nueva Ley el cambio de criterio de imputación⁷³⁵. De igual modo, señala PEÑA LÓPEZ, que, de modo implícito, de las alocuciones de los diversos representantes de los grupos parlamentarios, y sobre todo, de la última intervención en el Senado del representante del principal grupo de apoyo del Gobierno se deduce con claridad que la responsabilidad establecida en el art. 61.3 LORPM es una responsabilidad civil por culpa⁷³⁶. b) Al responder el menor y el padre solidariamente resultaría bastante extraño que respondieran por criterios de imputación distintos⁷³⁷. c) Por coherencia interna con los artículos 1903 CC y 118.1º y 120 CP 1995. Y porque si, claramente, la responsabilidad civil de los padres no es por riesgo, ha de ser por culpa. d) Y, por último, porque la moderabilidad de la responsabilidad civil de los guardadores no tiene sentido más que en una responsabilidad por culpa leve e incluso media, *a sensu contrario* del artículo 1102 y en la línea marcada por el 1103 CC, amén de lo significativo de que el contenido del último párrafo del art. 61.3 se asemeje enormemente a lo

Responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. II, ed., Unviuersidad de Salamanca, np. 34, p. 194; y en sentido parecido, PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 376, que afirma que todo el énfasis del debate se centró en su condición de solidaria-.

⁷³⁵ E, incluso en la enmienda (nº 146) a la totalidad del Proyecto presentada por el Grupo socialista en el Congreso, en la propuesta de texto alternativo al título de responsabilidad civil, el artículo 136 decía que “los padres, tutores o guardadores serán responsables civiles subsidiarios de los daños y perjuicios que se deriven de los hechos delictivos cometidos por los menores, que tengan bajo su potestad y que vivan en su compañía, siempre que hubiera mediado negligencia por su parte en el ejercicio de dichas facultades” - Vid. ref. BOCG, VI Legislatura, serie A, 16 de marzo de 1999, pp. 221-222, en Díaz Alabart, S., “La “La Responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000,...”, ob, cit, pp.196-197-.

⁷³⁶ Ref. Diario de sesiones del Senado. Sesión Pleno, 16 de diciembre de 1999, núm. 156, pp. 766-7658, en PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, np. 149, pp. 377-378, pues si en dicha intervención se afirma que la responsabilidad establecida en el artículo 61.3 es menos gravosa para los padres y guardadores que la del art. 20.1 TRCP 1973, 120 CP y 1903 CC, y dado que todos estos artículos establecen una responsabilidad de carácter subjetivo, no parece que pueda inferirse una clara intención del legislativo de atribuir al régimen del artículo 61.3 la naturaleza de responsabilidad objetiva, menos beneficiosa para los guardadores que la responsabilidad por culpa.

⁷³⁷ DÍAZ ALABART, S., “La Responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000...”, ob, cit, p. 197; “La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”, en *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza*, Madrid, 200, p. 99.

establecido en el artículo 1103 CC⁷³⁸. Asimismo, y en contra de la moderabilidad en la responsabilidad civil objetiva jugaría, ya sea, que la responsabilidad objetiva suele acompañarse de un límite máximo de responsabilidad, pero no es moderable; ya sea, en términos de PEÑA LÓPEZ, el hecho de que la moderación establecida implica que la culpabilidad se tenga que tener en cuenta en todas las piezas separadas de responsabilidad civil *ex delictum* del artículo 61.1 y 64 LORPM. En definitiva, entienden que, al igual que razonaban en los casos en que el menor cometiera un ilícito civil, la edad del menor infractor es una de las circunstancias que conforme a equidad ha de tener en cuenta el Juez a la hora de moderar la responsabilidad *ex art.* 61.3 LORPM⁷³⁹.

No obstante, hay quiénes, desde una postura intermedia defienden que el criterio de imputación de los padres que el legislador ha residenciado en el artículo 61.3 LORPM es el objetivo, a pesar de que lo critique⁷⁴⁰; pero, que, sin embargo, los guardadores van a

⁷³⁸ Recordemos que hay un grupo significativo de autores que defienden que el artículo 1103 CC permite al Juez introducir consideraciones de equidad cuando, una vez que se haya determinado la responsabilidad y los daños, “*resulte de alguna circunstancia concurrente que esa responsabilidad no sería equitativa, y en base a dicha circunstancia los jueces pueden reducir la indemnización*”; esto es, cuando esto sucede se permite al juzgador a su prudente arbitrio moderar el *quantum* de la reparación utilizando la facultad que le confiere el artículo 1103 CC. Y, sin embargo, dicho precepto, en contra de lo que parece deducirse de la mayor parte de las sentencias que lo han aplicado en sede extracontractual, no es un expediente que otorgue una solución para el problema de la concurrencia de culpas, el cual, aunque no exista disposición específica al respecto, puede y debe ser solventado desde la teoría general de la relación de causalidad y de la responsabilidad por culpa –vid. DÍAZ ALABART, S., “La facultad de moderación del artículo 1103 del Código civil”, *ADC*, 1988-II, pp. 1168-1169; ALBALADEJO, M., *Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. 2º. Los contratos en particular y las relaciones no contractuales, ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 495; ASÚA GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad”, ob, cit, p. 470.

⁷³⁹ Respecto a los dos últimos argumentos, vid. DÍAZ ALABART, S., “La Responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000...”, ob, cit pp. 197-198; 207 y 210; y PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, pp. 379-384. Sin embargo, a pesar de que en lo esencial de los argumentos que favorecen la interpretación subjetiva del precepto ambos autores están de acuerdo discrepan en lo siguiente: Frente a Díaz Alabart que entiende que no se favorece una conducta delictiva cuando se cumplen las funciones asignadas legal y socialmente con respecto del menor, Peña López interpreta que la expresión “*no hubieran favorecido*” ha de situarse en sede de relación de causalidad, esto es, de lo que se trata es de que un compartamiento cualquiera de los padres, incluso sin culpa, o una serie de actuaciones del encargado de la vigilancia del menor, de la naturaleza que sean, haya determinado siquiera parcialmente la conducta dañosa de éste. De modo que, si ello es así, se comprende que si el padre, tutor o guardador ha favorecido la conducta del menor intencionadamente, o de forma gravemente negligente no pueden verse beneficiados por la moderación, a pesar de que estemos ante los llamados “grandes menores” y carezcan los padres de posibilidad de controles (pues, probablemente la finalidad de la facultad moderadora haya sido tener en cuenta la falta de control de este colectivo).

⁷⁴⁰ ABRIL CAMPOY, JM., ob, cit, p. 41 y np. 40, p. 42 y 44, y aunque entienda que el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, contraviene la regulación legal, por lo que a la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito o falta por un menor de catorce a dieciocho años se refiere, al permitir la exoneración del progenitor, propietario del vehículo, si acreditan su actuación diligente, lo que presupone la exigencia de responsabilidad en clave subjetiva (art. 1.3): “El propietario no conductor de un vehículo asegurado responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con éste por alguna de las

responder según un criterio de imputación subjetivo, la culpa probada, en el caso en que el daño lo cometa un menor de edad entre los catorce y dieciocho años, y en su caso veintiuno, en el que concurra causa de exención o extinción de la responsabilidad civil, ya sea por sufrir cualquier tipo de anomalía, o alteración psíquica o en la percepción que altere gravemente la conciencia de la realidad. Y esto por mandato del artículo 5 LORPM que realiza una remisión a los preceptos del CP 1995, en este caso el artículo 118 CP. Y, en consecuencia, se va a producir una importante disfunción de regímenes de responsabilidad civil pues: en el caso general rige una responsabilidad civil subjetiva y directa del menor imputable civil, y solidaria con la responsabilidad del padre directa y objetiva *ex* artículo 61.3 LORPM; y, por el contrario, en el supuesto específico indicado rige una responsabilidad, en su caso del menor, directa y por culpa civil, y una responsabilidad civil directa y en clave subjetiva del guardador *ex* artículo 118 CP 1995⁷⁴¹.

En definitiva, la teoría subjetiva entiende que los guardadores responden *ex* artículo 61.3 LORPM por culpa o negligencia, si bien les corresponderá a ellos la carga de la prueba de su comportamiento intachable. Pues dado que no está expresamente determinado si la culpa es un hecho constitutivo o impeditivo de la prestación resarcitoria, la diligencia debe ser acreditada por los padres aplicando subsidiariamente el régimen común del artículo 1903 CC. Y, por tanto, al tratarse de una responsabilidad por culpa *in vigilando* o *in custodiando*, el sujeto de los enumerados en el artículo 61.3 que debería responder sería aquél que efectivamente estuviese ejerciendo las funciones de vigilancia y cuidado de ese menor⁷⁴².

relaciones que regulan los artículo 1903 CC y 120.5 CP. Esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño).

No obstante, entendemos que este precepto regula la responsabilidad de los padres derivada de un ilícito civil del menor, y es coherente con el último párrafo del artículo 1.1 LRCSCVM, que también establece una presunción de culpa; pero cuando el menor realice un ilícito penal habría que remitirse al artículo 120.5 CP que, por el contrario, recoge una responsabilidad subsidiaria objetiva del propietario no conductor. Y es cierto que si abogamos por una interpretación sistemática del precepto penal en conexión con el art. 1.1 citado se podría concluir que regula una responsabilidad por culpa presunta.

⁷⁴¹ Art. 5: “1.- Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código penal” –*Ibidem*, p. 44-.

⁷⁴² PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, p. 381.

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍA GENERAL DEL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LA TEORÍA DE LA CULPA OBJETIVA Y LAS TEORÍAS OBJETIVAS.

I.- LAS FISURAS EN EL CONCEPTO TRADICIONAL DE CULPA Y LA TEORÍA DE LA CULPA SOCIAL.

1.- NOTAS ACERCA DE LA “CULPA SOCIAL” Y SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES.

El concepto tradicional y psicológico de la culpa civil va a sufrir un embate en orden a dar respuesta a necesidades sociales nuevas.

Frente al concepto de culpa civil expuesto en el capítulo anterior, y que, en esencia, se fundamenta en la regla moral que prohíbe causar daño a un tercero por actos ilegítimos o cuando el perjuicio puede ser evitado, empieza a ponerse de manifiesto, parafraseando a MAZEUD, que la idea central de la culpa civil gira en torno al “buen padre de familia”, que es un criterio oscilante, como expresión de lo difícil que resulta plasmar y concretar los intereses humanos, por cuya razón hay necesidad de dedicarles una singular atención y no reconducirlos a preceptos estereotipados que resulten contrarios a equidad⁷⁴³. Y se pone de manifiesto que la posición eminentemente subjetivista del sistema no está destinada a tener éxito en la realidad.

De tal modo, se empiezan a levantar voces que defienden que la culpa se fundamenta en el debido equilibrio entre la libertad de los individuos y las necesidades de la vida en sociedad. Puesto que, al margen de cualquier consideración legal, cada cual debe conducirse

⁷⁴³ MAZEUD, H. L./ TUNC, A., *Traité Theorique et Pratique de la Responsabilité Civile, Délictuelle, et Contractuelle*, 1934.

frente a los demás de la manera más idónea para respetar la “convivencia social”, y desde el momento en que no actuamos de manera social incurrimos en culpa, aunque para determinarla haya que recurrir a los usos sociales que nos indican que existe un cierto nivel de atentados contra la libertad, contra la molestia, y el riesgo que podemos infligirle a nuestro prójimo, porque es la condición misma de nuestra vida en la sociedad moderna. Más allá, este concepto de culpa no implica una socialización del Derecho, pues éste debe tener siempre la suficiente elasticidad para restablecer el equilibrio entre el individuo y sociedad, ya que no debe olvidarse que lo que prima en el Derecho es el ser humano, el hombre⁷⁴⁴.

A partir de tales postulados empieza a conformarse por la doctrina y la jurisprudencia un concepto de “culpa objetiva” que, en definitiva, deja a la culpa vacía del significado ético o psicológico que se desprendía del concepto de culpa como “defecto de voluntad”, esfuerzo o atención que hace que se obre imprudentemente y se omitan las cautelas que se debían adoptar.

Y, a nuestro entender, la objetividad de la culpa es lo que ha permitido que se produzcan, desde mediados del siglo pasado, diferentes manifestaciones jurisprudenciales y legales al respecto. En primer lugar, la presunción de la culpa y la agravación de la diligencia debida por obra de la jurisprudencia; en segundo lugar, el reforzamiento de la idea de que en el patrón de diligencia que sirve para juzgar si la conducta del agente del daño ha sido culpable no tienen cabida las peculiaridades de la persona-agente del daño; en tercer lugar, en el hecho de que la imputabilidad deja de ser el sempiterno requisito de la culpa, apareciendo en escena lo que la doctrina francesa denomina la *faute objective*. Y, por último, en las presunciones de culpa que afectan, sobre todo, a la responsabilidad civil por hecho ajeno.

En los apartados que siguen vamos a constatar como en cada país va a tener mayor o menor incidencia cada uno de los cambios indicados, según las peculiaridades de cada una de

⁷⁴⁴ SAVATIER, R., *Les méthamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, París, 3ªed., 1964, I, cap. XII. Y, en sentido parecido, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., “Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal”, ob, cit, p. 1056, que afirma que: “la función del penalista ha de ser de restricción del concepto de culpa, bajo el signo primario de lo típico, y la del civilista de extensión, creciente cada día de ese prurito de nuestro tiempo, denunciado por Ripert, de la “*recherche de responsabilité à tout prix*” hasta reducir el campo de lo fatal en aras de una máxima seguridad jurídica. Lícito es este proceder por estas pragmáticas razones y otras que no son del caso, conviene empero no ampliar esa búsqueda de responsabilidades a todo

las necesidades nuevas a las que quieran dar respuesta, pero siempre bajo el signo de la tendencia a maximizar la cobertura de protección de la víctima. Por ejemplo, en España las primeras fisuras en el concepto tradicional de culpa tuvieron lugar por vía jurisprudencial, a través de la inversión de la carga de la prueba y la agravación de la diligencia, en orden a dar respuesta a los daños derivados de las actividades de riesgo.

En definitiva, la filosofía que hay detrás de todas estas mudanzas se basa, en términos de VINEY, en que el Derecho no puede juzgar sino el exterior del hombre, ya que si pretende penetrarles comenzará a entrever las razones de sus faltas, y nunca se permitiría condenarles⁷⁴⁵. Pues lo mismo que el concepto de causalidad física sufrió un embate, la causalidad interna o factor psicológico ha dejado de medirse con el patrón moderno del error de la conducta moral, y requiere sustituirse por otra nueva noción en que el error procede de la conducta social; esto es, de la culpa moral o psicológica se ha pasado a la culpa social⁷⁴⁶.

2.- LOS CORRECTORES JURISPRUDENCIALES DE LA CULPA SUBJETIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL: LAS SOLUCIONES “CUASIOBJETIVAS”.

El sagrado principio general de la culpa trajo, en esencia, dos consecuencias de importancia:

1ª) Por una parte que, al igual que el Derecho romano no dejó de legislar excepciones al principio de culpabilidad que obedecían siempre a consideraciones de utilidad social y práctica⁷⁴⁷, el Derecho moderno español juzgó apropiado la admisión de supuestos análogo

trance al campo de lo criminal y mantenerlo tan sólo en la del civil, puesto que de otro modo se vulnerarían otros valores no menos sagrados y el de seguridad jurídica como el de justicia.

⁷⁴⁵ VINEY, G./ JOURDAIN, P., *Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ème, édition, L.G.D.J, 1998, p. 320, que recoge la *Intervention au colloque de Bâle sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile*, Travaux de ce colloque, éd., 1973, pp. 203-204.

⁷⁴⁶ HEREDERO, J.J., *La responsabilidad civil sin culpa...*, ob. cit. pp. 111-113.

⁷⁴⁷ El Derecho romano, con evidente sentido práctico, por algo se le llamaba la razón escrita, recogió verdaderos casos de responsabilidad sin culpa, procedentes algunos de la Ley de las XII Tabas: 1º) el daño causado por un cuadrúpedo –*Ulpiano en el Digesto, Frag.1, tít.I, libro. IX*–; 2º) el daño por tirar o derramar alguna cosa en el sitio por donde la gente transita, del que nace acción contra el que habita la casa –*Digesto. Frag.1º. Tít.III, libro. IX*–; 3º) las acciones noxales se establecen en razón del daño y del delito cometido por los esclavos, pudiendo evitar el pago de la estimación de la cosa sobre la que se litiga entregando el esclavo –*Frag.1º, tít. IV, libro, IX*–; y 4º) el que recibe el producto de la nave, taberna o lesión se obliga por razón del cuasidelito al daño o hurto que en ella se hace, y aunque ellos no cometan el delito, sino alguno de sus

trascendencia a los del Derecho romano, aunque no previstos por él, al responder a otras circunstancias históricas⁷⁴⁸. En consecuencia, se produjo a lo largo del siglo pasado una legislación *ad hoc* de responsabilidad objetiva, pero bajo el signo de la excepción.

2ª) Y por otra, que hasta la primera mitad del siglo pasado la jurisprudencia española exigió, taxativamente, que fuera la víctima la que probara que el acto o la omisión fueron cometidos por la persona a quién se pretendía exigir la responsabilidad, que existía culpa o negligencia y, por último, que el acto u omisión eran generadores del daño. Y esto en conformidad con el recientemente derogado artículo 1214 CC que regulaba la prueba de las obligaciones consagrando que: “incumbe la prueba de la obligación al que reclama su cumplimiento, y a de su extinción a quién la opone”, de modo que si la víctima exigía el cumplimiento de la obligación indemnizatoria que nacía de la responsabilidad civil, a ésta le incumbía la prueba de los presupuestos que dan nacimiento a dicha responsabilidad⁷⁴⁹. En realidad, como nos explica O’CALLAGHAN, dicha regla jurídica era coherente con la realidad social que había detrás de esta etapa, esto es, con un ambiente social y económico preindustrial, con una maquinaria y una técnica incipiente, que desconocía el problema de los peligros y de las responsabilidades derivadas de la utilización de elementos que comportasen

dependientes pues, de alguna manera, incurren en culpa al usar para estos ministerios hombres de malas costumbres- *Digesto, Frag.5º, tít.VII, Libr. XLIV*-. Y, por último, la acción que nacía de *De lege Rodia et jactu*.

⁷⁴⁸ SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op. cit. p. 332.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, pp. 418-419; 470-483 y 529. Así se constata en las sentencias de 9 de abril de 1896, 11 de marzo de 1899, 22 de marzo, 2 y 13 de junio de 1900, 16 de diciembre de 1903, 7, 16 de junio y 23 de diciembre de 1905, 4 de diciembre y 5 de abril de 1913, 29 de mayo de 1915, 28 de enero de 1919, 16 de abril de 1917, 30 de abril y 3 de diciembre de 1923, 21 de enero y 13 de marzo de 1928, 26 de octubre y 22 de noviembre de 1929, 22 de enero de 1930, 31 de mayo de 1932 y 20 de octubre de 1950. En realidad, el ámbito de los accidentes más numerosos a principios del siglo XX, los de ferrocarril o de Compañías eléctricas se regían, de igual modo, por la responsabilidad estrictamente subjetiva, como se refleja en las SSTS de 5 de octubre de 1910, 19 de enero de 1916, 6 de julio de 1918, y 4 de febrero de 1941, entre otras; y en igual sentido se resolvían los supuestos de accidentes por vehículos a motor, pues como indica la STS de 30 de enero de 1951 “*la rotura de los frenos sin culpa del conductor es un hecho de carácter fortuito*”. En igual sentido, O’CALLAGHAN, X/ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho civil patrimonial*, vol. II, ed., Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, pp. 893-894, que recoge la famosa STS 23.6.1900 (*Gaceta* 28.8.1900), como claro ejemplo de la vigencia de la teoría de la culpa, y que trataba del incendio provocado por la explosión del vapor mercante Cabo Machichaco que causó importantes daños en Santander, y finalmente el T.S exculpó al demandado al considerar inadmisble la indicación de presumirse la responsabilidad por la existencia del daño porque: “la acción para obtener la reparación del daño causado por actos u omisiones tiene a la culpa como fundamento según los artículos 1089, 1093, 902 y 903 del Código Civil, y, por consiguiente, incumbe su prueba al actor, de conformidad con el principio general de la prueba de las obligaciones establecidas en el artículo 1214 CC”. Además, recoge las SSTS 4.12.1903; 23.12.1905 (*Gazeta* 19.12.1906); 31.10.1931 (*JC*, nº. 186, tomo. 200).

riesgos⁷⁵⁰. No obstante, como el artículo 1214 CC positivizaba un principio general, éste ha quedado implícitamente contenido en los párrafos segundo y tercero del nuevo artículo 217 LEC 2000 que residencia, en la actualidad, la regulación jurídica general de la carga de la prueba disponiendo que: “al demandante le corresponde la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, mientras que al demandado le incumbe probar, si lo desea, los hechos impositivos, extintivos, y excluyentes”. Si bien, la doctrina matiza que este último precepto ha tenido como novedad suplir las deficiencias del antiguo precepto, e introducir, explícitamente, como regla especial de la carga de la prueba el tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria⁷⁵¹.

En definitiva, y con este marco jurídico, la misma prepotencia del principio de la culpabilidad fue la provocó que la jurisprudencia española, a partir de los años cuarenta del siglo pasado, acudiera a la objetización de la culpa para poder dar una respuesta, lo más justa posible, a aquellos supuestos en que, aunque el daño derivaba de una actividad de riesgo o con un peligro inherente, no se subsumían en el ámbito de aplicación de ninguna norma jurídica de responsabilidad civil objetiva sita, bien en el Código civil, bien en la leyes especiales *ad hoc*, y, además, la aplicación del criterio de la culpa no les prometía un resultado justo. Pues, en realidad, la doctrina considera que esta obra jurisprudencial tenía por

⁷⁵⁰ O'CALLAGHAN X./ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho civil patrimonial*, ob, cit, p. 893; y en el mismo sentido, entre otros, REGLERO CAMPOS, L.F: “Los sistemas de responsabilidad”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob, cit, p. 56.

⁷⁵¹ Art. 217: “1.- Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda probar a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2.- Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. 3.- Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior (...). 6.-El tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”. Y para un comentario acerca de este precepto, vid. LÓPEZ FRAGOSO, T., “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil”, en *AJA*, 2001, n.º. 487, pp. 1-6, que nos explica, por un lado, que el concepto de carga de prueba es una regla de juicio, pues en términos de la STS 8.3.1999, la doctrina de la carga no dice quién viene obligado a probar algo, sino quién sufre las consecuencias de la falta de prueba, pues el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba. Y, por otro, que el contenido de dicha regla de juicio es la distribución de la carga de la prueba que aparece en los párrafos segundo y tercero del artículo 217, si bien estos se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes (como en la presunción de culpa). Y, por último, que constituye una novedad el último párrafo del precepto, si bien, ha positivizado la jurisprudencia anterior acerca de la disponibilidad y facilidad probatoria, que lo califica como el principio de la buena fe en su vertiente procesal. Y la razón de esta doctrina descansa en la mejor situación de la parte para probar el hecho por disponer de la fuente de prueba que permitiría el convencimiento del tribunal sobre la afirmación fáctica.

finalidad aplicar, subrepticamente, la responsabilidad por riesgo que estudiaremos más adelante⁷⁵².

Por consiguiente, la objetivización de la culpa que se produjo en España de modo progresivo a través, bien de la inversión de la carga de la prueba, bien del agotamiento de la diligencia⁷⁵³, ha sido paralela a la conformación del principio del riesgo en la responsabilidad civil extracontractual. Ya que las dificultades en reconocer abiertamente la existencia de un principio objetivo, y el respeto al no quebrantamiento del, hasta entonces, sagrado principio general de responsabilidad por culpa, influyeron en las cábalas de técnica argumentativa jurisprudencial para conseguir las consecuencias prácticas de la doctrina del riesgo. Si bien, veremos como esta afirmación no es válida, en toda su extensión, para otros países europeos. En cualquier caso, estos dos mecanismos son los que pasamos a esbozar en los apartados siguientes.

A.- La “presunción de la culpa”.

En lo que respecta a los orígenes de la presunción de culpa o inversión de la carga de la prueba, como vertiente procesal de la objetivización de la culpa, se señala que tomó carta de naturaleza en la STS de 10 de julio de 1943 (*RJA* 1943, 856), en la que el Tribunal Supremo argumentó, respecto a un caso de daños derivados de la circulación de vehículos a motor, que el hecho de que no estuviera consagrada la responsabilidad objetiva en el Ordenamiento jurídico español no excluía que, en los “casos en que resulte evidente un hecho que por sí sólo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y cargar al autor del

⁷⁵² En Francia, ya a mitad de siglo XX se empezó a hablar del divorcio entre culpa y daño – Cfr. STACRK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Rodstein, 1947, p.7- pues empezaron a aparecer daños imposibles de adjudicar al fallo humano. Y de la necesidad de escoger, entre no sancionar más que a los culpables dejando a su suerte a la víctima, o condenar a un responsable no culpable, nació la teoría del riesgo que, liberando la responsabilidad civil de la culpa, permitió una extensión considerable del campo de la reparación.

⁷⁵³ BONET RAMÓN, F., *Responsabilidad legal...*, ob. cit. p. 453, que nos explica que el primer correctivo al principio de la culpa fue obra jurisprudencial, como resume la STS de 9.4.1963. Y esto se produjo, unas veces, limitándose a invertir la carga de la prueba y obligando, por tanto, al autor de los daños a acreditar que obró en el ejercicio de sus actos ilícitos con toda prudencia y la diligencia precisa para evitarlos; y otras, entendiendo que, no solo lo contrario a la ley es ilícito, sino que debe ir acompañado de diligencia, elemento esencial para la exoneración de la responsabilidad; esto es, exigiendo esa diligencia en el ejercicio de acciones legítimas, determinando que no se hallaba cumplida la diligencia cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no ofrecieron resultado positivo, lo que revela la insuficiencia de las mismas.

atropello la obligación de desvirtuar la presunción”⁷⁵⁴. En definitiva, la inversión de la carga de la prueba empezó en los raros casos en que resultaba más sencillo demostrar que no hubo culpa, o en los que se realizara una actividad que requiriese especial diligencia, estando estadísticamente demostrado que no se suele observar, y que da pie a admitir una prueba *prima facie* de simple verosimilitud y probabilidad de culpa, y, aun más, de presunción completa de la misma, con aceptación de contraprueba de hechos que desvirtúen esa probabilidad. Sea como fuere, a partir de la sentencia citada aumentó de forma considerable el número de resoluciones favorables a los perjudicados, en cuanto se les exoneraba, y siguen haciéndolo, de probar una circunstancia de evidente dificultad⁷⁵⁵.

Es dable recoger que, según HEREDERO, el precedente de esta operación jurisprudencial es el *Vermutung* o ficción de culpabilidad del Derecho alemán, que significa la atribución objetiva de responsabilidad teóricamente fundamentada sobre una conducta culpable no susceptible de prueba, sino presunta, con carácter indestructible sin que sea posible la contradicción procesal frente a ella⁷⁵⁶.

Sin embargo, hay quiénes matizan que, en realidad, los Tribunales no empezaron aplicando, *strictu sensu*, una verdadera inversión de la carga la prueba, sino las llamadas “presunciones *hominis*”, consagradas en la LEC, que permiten deducir un hecho denominado presunto de otro hecho o serie de hechos que les sirven como indicio, deducción que se hace según máximas de experiencia; esto es, al demandante le corresponde probar aquellos hechos constitutivos de un comportamiento negligente en virtud de un nexo de probabilidad. Por esta razón, según PEÑA LÓPEZ, cuando el Juez utilizaba esta presunción debía derivar la culpa del demandado de las circunstancias del supuesto en virtud del criterio del *id plerumque accidit*, lo que en numerosos casos planteaba grandes dificultades y obligaba al Tribunal a tener que razonar sobre hechos concretos, deduciendo de ellos aquéllos otros que justificaban la negligencia del actor⁷⁵⁷. En tal sentido, se le puede encontrar a la presunción de culpa

⁷⁵⁴ SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op. cit, pp. 391-393, y 410; O’CALLAGHAN X./ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al derecho civil...*, op.cit. p. 847.

⁷⁵⁵ REGLERO CAMPOS, L.F: “Los sistemas de responsabilidad”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob, cit, p. 62.

⁷⁵⁶ Ref. RINK., *Gefahrungshaftung*, Gottingen, 1959, p. 3, en Heredero, J.J., *Responsabilidad sin culpa*, ob, cit, np. 132, p. 85.

⁷⁵⁷ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 528, que también cita, al respecto la STS 10.10.1975 (RJA 1975, 3585), en la que el Tribunal Supremo dedujo que los daños producidos por la caída del actor en el hueco del ascensor se

concomitancias con la primera ola de objetivización que se produjo en Inglaterra a finales del siglo XIX. En concreto, a partir del famoso *leading case Rylands v. Fletcher* de 1868 que consagró que la persona que en su propio beneficio lleva a su fundo y acumula y retiene cosa susceptible de causar un daño, si ésta se escapa, debe tener esta cosa a su costa y riesgo sobre, y esto sobre la base de la regla *res ipsa loquator* (las cosas hablan por sí mismas). También en los Estados Unidos de América, aunque no existe un *Common Law* federal, por influencia inglesa se introdujo la regla anterior, pero se matizó en su significado en el sentido de “es más probable que tal hecho haya provocado tal daño” (“*more probable than not*”), basado en estadísticas, referencias a tratados científicos, etc.,⁷⁵⁸. Incluso, se puede decir que esta técnica jurisprudencial se acerca a la actual teoría de la “carga dinámica de la prueba” que, por ejemplo, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil argentino recogió en su artículo 1154, y que conlleva que la carga de la prueba va a pesar sobre la parte que se encuentre en la situación más favorable para ello; al igual que el Derecho español en el nuevo artículo 217 LEC 2000⁷⁵⁹.

En cualquier caso, y dadas las dificultades que presentaba el expediente de las presunciones *hominis*, el paso siguiente fue la creación por el Tribunal Supremo de una presunción legal de nuevo cuño: en un litigio sobre responsabilidad civil extracontractual, una vez acreditado el daño, se presume siempre la culpa del que lo ha producido. Si bien, es significativo que los Tribunales justifiquen, en todo caso, dicha aplicación en el criterio *ubi commodum ibi incommodum*, y sobre todo en el riesgo. Esto es, conectan con las dificultades de prueba por la víctima del daño siempre que el daño o perjuicio derive de actividades de riesgo; y así se refleja, entre otras, en las SSTS de 8 de abril de 1958, 30 de junio de 1959, 9 de abril de 1963, 15 de junio de 1967 y 15 de abril de 1964⁷⁶⁰. En consecuencia, nos sorprende

debían a la negligencia de la entidad demandada porque “sólo el mal estado de conservación de la puerta del piso tercero puede explicar el suceso”; y STS 19.7.1996 (RJA 1996, 5803).

⁷⁵⁸ BONET RAMÓN, F., *Responsabilidad legal...*, ob. cit. p. 458, a pesar de las diferencias en el sistema de fuentes en materia de responsabilidad civil entre el sistema continental y el del *Common law* son muy semejantes los principios básicos y sus aplicaciones prácticas.

⁷⁵⁹ Este precepto solo lo admite para el incumplimiento culposo no por dolo, aunque tanto para el ámbito *contractual* como extracontractual, y establece que la carga de la prueba va a pesar sobre la parte que se encuentre en la situación más favorable para ello.

⁷⁶⁰ SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op. cit. pp. 444-445, y 550-55, que adoptan como fórmula de estilo que: “por imperativos de la necesidad de reparar los daños causados en el intercambio social de actividades, la jurisprudencia de esta Sala va inclinándose, de forma acusada, hacia una apreciación cada vez más objetiva de la llamada culpa aquiliana, en virtud de lo cual, sin prescindir de los perfiles subjetivos, lo que todavía es imposible dentro de nuestra norma, pondera de manera fundamental otros factores, como son: los del

el hecho de que actualmente, y teniendo en cuenta según lo hemos apuntado anteriormente que la razón de ser de la teoría de la presunción de culpa era la dificultad en reconocer abiertamente la teoría objetiva del riesgo, los Jueces y Tribunales, cuando se ha producido dicho reconocimiento, sigan haciendo uso de la técnica de la presunción de culpa en conexión con las actividades de riesgo, y basándola en una “moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva fundada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpa del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum*”⁷⁶¹. Así las cosas, la jurisprudencia limita el ámbito de aplicación de la presunción de culpa a los supuestos en que el agente del daño ha creado una situación de riesgo en que la víctima se halle, bien sin un suficiente grado de aceptación del peligro, como en los accidentes laborales, bien sin participación alguna de su voluntad, como en los accidentes originados por la circulación automovilística⁷⁶². De tal modo que se ha explicitado que la presunción de culpa no tiene vocación de regir el resto de los casos, como, por ejemplo, y a modo de supuestos anecdóticos, los posibles perjuicios que al particular ocasione la falta de prosperabilidad de una actuación judicial; o los daños derivados de la caída del actor al levantarse de la mesa de un restaurante, como dictaminó la STS 12.7.1994 (RJA 1994, 6390)⁷⁶³.

riesgo inherente a la movilización de determinados elementos, los que lleva consigo la consagración a una profesión determinada, y los de la compensación en los beneficios de una actividad lucrativa que tiene como contrapartida las consecuencias de aquellos riesgos (...).’

⁷⁶¹ Incluso, con nos advierte ÁLVAREZ LATA, desde la entrada en rigor de la LEC 2000 la doctrina de la presunción de culpa goza de cierta base legal: el art. 217 LEC, si bien sienta el principio general de que el actor ha de probar “la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”, señala en su núm. 6 que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio”- vid. ÁLVAREZ LATA, N., “Responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob, cit, p.311-

⁷⁶² Vid. SSTs 30.5.1985 y 17.7.1986, en García Gil, F.J., ob, cit, pp. 74-75; STS 9.11.1993, en *Act.C.*, nº. 9, 28 febrero al 6 de marzo 1994, 264, p. 663; y STS 12.5.1998 (RJA 1994, 783), en *Act.C.*, nº. 32, 7 al 13 de septiembre de 1998, p. 3319; y STS 10.4.1988 (RJA 1988, 3116) que resuelve el supuesto de la muerte de un menor en una piscina pública arrendada por el Ayuntamiento a un tercero, y que no reunía los requisitos de seguridad exigidos reglamentariamente, y el Tribunal aplicó la teoría de la inversión de la prueba al juzgar que los demandados habían creado una situación de riesgo.

⁷⁶³ Esta sentencia argumentó que “en el caso de autos, la caída del actor al levantarse de la mesa donde cenaba entra en ese círculo de acontecimientos normales y frecuentes de la vida, y no se origina necesariamente por la actividad que en el local se desarrolla, por lo que mal puede imputarse inmediatamente responsabilidad al restaurante. Si el daño tuviera relación con tal actividad (por ejemplo, explosión de gas en las cocinas, alimentos en mal estado) podría aceptarse la teoría de la inversión de la carga de la prueba, pero no en todo caso y circunstancia. Así las cosas, era el actor quién debió de probar la culpa del demandado y no lo ha hecho, sin pruebas de que el suelo estaría con manchas de aceite (...).’.. También, STS 5.7.1991, en García Gil, F.J., ob, cit, pp. 77.

Por último, apuntar que, a pesar de lo expuesto hasta ahora acerca de la inversión de la carga de la prueba, que es de creación jurisprudencial y su ascendencia extranjera, hay autores, como ALBALADEJO, que defienden que el principio de “presunción de culpa” es un principio de carácter general en el Derecho español. De modo que la prueba de la culpa corresponde al demandado, desde un punto de vista jurídico, por analogía con lo dispuesto para la culpa contractual en el artículo 1183 CC, y, desde un punto de vista extrajurídico, simplemente por sentido común. Y que, en realidad, lo que la jurisprudencia exige, respecto a las presunciones sitas en el Código civil, de las que, desde una interpretación lógica, podría entenderse, *a sensu contrario*, que no se prevé inversión alguna para la responsabilidad por hecho propio, que, lo que, en realidad, establece el artículo 1903 CC es la prueba de que el supuesto causante/demandado es efectivamente el que ocasionó el daño y que realmente fue su autor; es decir, de que es culpable en el sentido de haberlo provocado, presunción de autoría, no en la acepción de que la realización del hecho se debe a culpa suya⁷⁶⁴.

B.- La “agravación o agotamiento de la diligencia”.

La “agravación de la diligencia” es la segunda técnica o medio material que utilizan los Tribunales para la objetivización de la responsabilidad en un aferrarse a la teoría de la culpa, y de la que es índice la insuficiencia del cumplimiento formulario de todos los

⁷⁶⁴ ALBALADEJO, M., *Derecho civil II*, vol. 2º, 1997, ob, cit, pp. 498- 501. En sentido parecido, para la doctrina italiana, vid. CORSARO, L., *Culpa y responsabilidad civil...*, ob, cit, 166, que nos explica que, en realidad, las presunciones de culpa son presunciones de causalidad, porque en tales casos el Código presume que el llamado responsable ha causado el hecho, totalmente admisible, desde el punto de vista constitucional, en materia patrimonial.

Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, pp. 530-533 que rebate dicho argumento: por un lado, porque el artículo 1183 CC, que regula solamente la responsabilidad contractual en las obligaciones de dar cosa cierta, constituye derecho excepcional en la medida en que el principio general está contenido en el actual artículo 217 LEC que establece que la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión corresponde al demandante, y la culpa es un hecho constitutivo. De modo que, aún admitiendo la posibilidad de aplicar el artículo 1183 CC al Derecho de daños, sería una norma excepcional que regula la carga de la prueba para un supuesto específico, y extenderlo por analogía supondría negar que la *vis expansiva* corresponde al principio y no a la excepción. Y, por otro, porque la tesis de Albaladejo no sirve para fundamentar la inversión jurisprudencial de la carga de la prueba, porque lo que en realidad hace el Tribunal Supremo no es utilizar simplemente una inexistente presunción legal de culpa, sino servirse de la misma para declarar probados elementos que pertenecen al más estricto campo de la acción o de la relación de causalidad, fundamentalmente en aquellos casos referidos a actividades en las que interviene el riesgo –vid. ref. DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob, cit, p. 25, que explica cómo el TS utiliza las presunciones de culpa para entender acreditados elementos pertenecientes a la relación de causalidad en la STS 22.1.1996-..

requisitos reglamentarios a que vienen obligados los agentes del daño en orden a la exención de responsabilidad⁷⁶⁵.

En concreto, se razona que la agravación de la diligencia se basa en que no sólo puede considerarse ilícito, para caracterizar a la culpa, el acto contrario a la ley, pues de tal modo se confunde el elemento objetivo y externo de violación de la ley, con el personal y subjetivo del agente por haber obrado con negligencia o descuido de evitar el mal. Ya que este segundo elemento es el esencial en la culpa extracontractual desde su origen en el Derecho romano, el cual relacionaba a la culpa con la diligencia de un *buen pater familias*, o de una persona más o menos precavida, según los grados, pero siempre en atención a este elemento personal. Y así pasó a Las Partidas, como recoge la P.7, título 33, ley 10 que define los actos lícitos como originarios de culpa extracontractual⁷⁶⁶. Y en línea de continuidad, la diligencia requerida en el artículo 1902 CC, aunque descansa en un básico principio culpabilista, comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para evitar el evento dañoso⁷⁶⁷. Incluso, al concepto de agravación de la diligencia se le puede encontrar, según HEREDERO, concomitancias con la teoría del abuso del derecho que se consagró en la STS de 14.2.1944 (RJA 1944, 355) , en el sentido de que ambas obvian el dato de la ilicitud y son parte de una misma dirección de ensanchamiento de la responsabilidad. En realidad, las dos figuras son respuesta a las necesidades del vivir social actual, al ser una adaptación a las circunstancias normales de la vida de relación en cada caso específico enjuiciado, evitando el defecto, del que adolece todo Ordenamiento jurídico europeo, de la formulación rígida de los conceptos⁷⁶⁸.

Por otra parte, sobre el origen de la agravación de la diligencia existen en el Derecho español dos teorías: 1ª) Una de ellas considera que fue un recurso técnico de honda raigambre jurídica desde la época romana, la llamada “obligación de custodia” que imponía el deber de fiel custodia sobre la cosa peligrosa, el que sirvió de inspiración a nuestra jurisprudencia para

⁷⁶⁵ En concreto, se dice que, en realidad, el primer instrumento que, operando sobre el propio concepto de culpa, a la larga ha determinado la interpretación actual del “agotamiento de la diligencia” ha sido la transformación de aquélla en una *quaestio iuris*, cuya apreciación es impugnabile mediante un recurso de casación, al permitir al TS convertirse en el órgano decisivo para dirigir la evolución del concepto -vid. PEÑA LÓPEZ, F., ob. cit. p. 536.

⁷⁶⁶ SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op. cit. p. 446.

⁷⁶⁷ O’CALLAGHAN X./ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al derecho civil...*, op.cit. p. 897.

⁷⁶⁸ HEREDERO, J.J., *La responsabilidad civil sin culpa...*, ob. cit. pp. 111-113.

construir el recurso técnico de agravar la diligencia⁷⁶⁹. En realidad, esta tesis parece haber tenido influencia en la redacción del artículo 1908.1º y 5º CC que, en parecido sentido al precepto 1384 del Código civil francés⁷⁷⁰, impone la responsabilidad por la explosión de máquinas que no hubieran sido cuidadas con la debida diligencia, y de la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2ª) Y la segunda teoría es la que arguye que la agravación de la diligencia es una figura que se inspira en el concepto alemán de *Verkehrssicherungspflicht*, o deber absoluto de cuidado en la jurisprudencia alemana que, además de imponerla al propietario del deber de garantizar la seguridad de las cosas que ha introducido en el tráfico o que se ha hecho accesibles al público, la aplica a la vigilancia de las personas que están bajo la autoridad del responsable, y puede dar lugar a la responsabilidad por hecho ajeno⁷⁷¹.

En cualquier caso, y desde el punto de vista de la estricta técnica normativa, según los términos de la propia jurisprudencia española parece ser que ninguna de los dos teorías expuestas se adapta del todo a la figura en cuestión, pues, habida cuenta que en el Derecho español no se admite el deber absoluto de cuidado, nuestros Jueces y Tribunales señalan, sentada la aplicación analógica del artículo 1104 CC a la culpa extracontractual, al artículo 1104 CC como fundamento legal de la agravación de la diligencia, al exigir este precepto que la diligencia responda a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, el tiempo y lugar, con independencia de la licitud o no del acto⁷⁷². En otras palabras, nuestra jurisprudencia fundamenta la técnica de la agravación de la diligencia en el deber relativo de cuidado por el que dejar de hacer cuanto era debido es una dejación constitutiva de falta de diligencia.

⁷⁶⁹ GUZMÁN BRITO, A., “La responsabilidad objetiva por custodia en el Derecho romano y en el Derecho moderno con una referencia especial a la regla *periculum est emptoris*”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, ob, cit, pp. 966-988.

⁷⁷⁰ O’CALLAGHAN X./ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al derecho civil...*, op.cit, p.848, que nos explica que el artículo 1384 del Code dispuso que se es responsable no solamente por el daño que causa uno mismo, sino también del que es causado por el hecho de las personas de las cuales se debe responder, o de las cosas que se tienen bajo la propia custodia. A partir de dicho precepto, la figura del guardián de la cosa se difundió para cargarle con las responsabilidades derivadas de los daños ocasionados mediante el objeto que está, o debe estar, bajo su custodia. Por ejemplo, quien descuida los cuidados técnicos que una máquina precisa está incumpliendo su obligación de custodiarla debidamente.

⁷⁷¹ HEREDERO, J.J., *Responsabilidad sin culpa*, ..., ob. cit, p. 100, que explica que, también, tiene concomitancias con la trayectoria de los Tribunales americanos cuando resuelven supuestos de daños causados por actividades ultrapeligrosas, a través de la exigencia de un deber de precaución y cuidado de riguroso contenido, en el que, a veces, figuran condiciones de imposible observancia práctica.

⁷⁷² SCAEVOLA, Q.M, *Código civil...*, op. cit, p. 551.

Ahora bien, la mayoría de la doctrina corrige, o más bien complementa, la idea anterior en el sentido de que los Jueces se han servido del elemento sociológico en la interpretación del artículo 110 4 CC para poder llegar a la agravación de la diligencia. No obstante, REGLERO CAMPOS matiza, al respecto, que en materia extracontractual la jurisprudencia sólo reconoce el canon clásico de la *diligentia exactissima*, y que, por tanto, se responde por culpa *levissima*; de modo que, aunque para ello se base en la interpretación sociológica de las circunstancias señaladas en el artículo 1104 CC, lo hace, casi siempre, sin una justificación mínimamente elaborada, no siendo, las más de las veces, sino un mero adorno conceptual; y para ello, señala por todas las SSTs de 31 de mayo de 2000 (RJA 2000, 3923), y 20 de junio de 2000 (RJA 2000, 5734)⁷⁷³. Por el contrario, la doctrina minoritaria considera que, de un análisis más detenido de la jurisprudencia se observa que la interpretación correctora del sistema de responsabilidad civil no se justifica por los Tribunales en la utilización del canon hermenéutico de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, sino en la necesidad de satisfacer la *ratio legis* del precepto, que no es más que el *espíritu y finalidad* de la norma al que manda atender de forma prioritaria el artículo 3.1 CC, y que, según el TS, es, hoy en día, el “*amparo del perjudicado*”⁷⁷⁴. Incluso LACRUZ arguye que ya el Código civil adoptó tal rigor, sin necesidad de acudir, ni a la aplicación analógica del artículo 1104 CC a la culpa civil, ni a la interpretación de los preceptos civiles a través del elemento hermenéutico social que impone la toma en consideración de las circunstancias sociales actuales, como lo reflaja el tenor literal del artículo 1089 CC cuando habla de “cualquier género de culpa o negligencia”. Y en consecuencia el artículo 1902 CC admite la “diligencia extrema”⁷⁷⁵.

Una vez expuesto el concepto y el fundamento legal de la agravación de la diligencia, es dable señalar que una de las primeras sentencias que aplicó tal técnica, y fue pionera para su época, la encontramos en la sentencia de 13 de febrero de 1928 que, al igual que la de 29 de junio de 1932, defendió: “que las Compañías de ferrocarriles, cuando los accidentes o

⁷⁷³ REGLERO CAMPOS, F: “Los sistemas de responsabilidad”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob, cit, p. 63.

⁷⁷⁴ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, pp. 557-558, citando al respecto la STS 22.4.1980 (RJA 1980, 1529); 20.5.1993 (RJA 1993, 3718) que la que se justifica la interpretación del artículo 1902 CC “con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica”, y 13.4.1999 (RJA 1999, 2583).

⁷⁷⁵ LACRUZ, J.L., *Elementos de derecho civil*, II, vol. 2º, ob,cit, pp. 470 y ss.

sinistros se producen, no pueden excusar su responsabilidad con el hecho de haber cumplido formulariamente todos los requisitos reglamentarios a que vienen obligados, pues cuando la realidad se impone, demostrando que las medidas tomadas para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido positivo resultado, claramente acredita la imperfección y negligencia que presidieron su adopción, dando lugar a los daños cuya reparación es de absoluta necesidad por ineludible imperativo de justicia”. A ésta le siguen, entre otras, las sentencias de 2 de febrero de 1940, 23 de diciembre de 1952, 25 de marzo de 1954, 2 de mayo de 1956, 7 de enero de 1960, 5 de abril de 1963, 14 de mayo de 1963 y 30 de octubre de 1963, y en todos aparece como fórmula de estilo que: ”cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prever no hallándose completa la diligencia”⁷⁷⁶. Incluso, en algunos casos los Tribunales deducen el hecho subjetivo de la negligencia en función del hecho objetivo del daño, como en la STS de 1 de marzo de 1956⁷⁷⁷.

Por último, y al igual que ocurre respecto a la inversión de la carga de la prueba, la agravación de la diligencia ha seguido teniendo una línea de continuidad hasta nuestros días, como se refleja, entre otras, en las SSTS de 22 de diciembre de 1986; 8 de febrero de 1991; 9 de febrero de 1996⁷⁷⁸; 7 de abril de 1998⁷⁷⁹ y 5 de mayo de 1998⁷⁸⁰. Y de su análisis podemos extraer dos ideas de importancia: por un lado, que el mecanismo de la agravación de la diligencia se inserta en el marco de la tendencia a maximizar la cobertura de las consecuencias dañosas de la actividad humana, y que lleva, de modo inexcusable, a una enorme “ampliación de la culpa in vigilando”, y a un *plus* de la diligencia normalmente exigible para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico. Y, por otro, que en la mayoría de los supuestos la agravación de la diligencia se reconoce, al igual que ocurría con la presunción de culpa, en relación a las actividades de riesgo o de creación de un peligro para los bienes ajenos. Si bien, es interesante matizar al respecto que, frente a la homogeneidad del tratamiento jurisprudencial español de

⁷⁷⁶ SCAEVOLA, QM., *Código civil...*, op. cit, pp. 446; 551-552. Y, ref. SSTs 23.12.1952, 24.3.1953, 14.2.1944, 23.2.1950 y 25.3.1954, en O’CALLAGHAN X./ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al derecho civil...*, op.cit, p. 897.

⁷⁷⁷ HEREDERO, J.J., *La responsabilidad civil sin culpa...*, ob, cit, p.123.

⁷⁷⁸ GARCÍA GIL, F.J, ob, cit, pp. 50, 75-76.

⁷⁷⁹ Act.C, n°. 25, 22 al 28 de junio de 1998, 706, pp. 1870-1871.

la agravación de la diligencia, la jurisprudencia alemana ha establecido especiales y severos deberes de tráfico, no sólo cuando de actividades especialmente peligrosas se trata, sino en otros supuestos llamativos como, por ejemplo: en la responsabilidad civil del dueño de un negocio por los accidentes que suceden en él (responsabilidad civil por accidentes en supermercados); en la responsabilidad de quién usa un lavavajillas o una lavadora al responder del buen estado de conservación de la máquina y del uso adecuado de la misma; supuesto este último que, en el Derecho inglés, llega a constituir, curiosamente, un supuesto de responsabilidad civil objetiva propia derivada de inmisiones (*nuisance*)⁷⁸¹.

C.- Crítica doctrinal.

Según hemos visto hasta ahora, es propio de la época actual la utilización de ambas técnicas objetivizadoras, la presunción de la culpa y el agotamiento de la diligencia, incluso en la resolución de un mismo caso, como refleja, nombrando por todas, la STS de 28 de abril de 1997 que alega que: “la jurisprudencia ha ido evolucionando en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, pero no es menos cierto que se ha hecho moderadamente, recomendando la inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia debida, según las circunstancias del caso concreto, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir, y excluir, en todo caso, y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad por culpa (...). El Tribunal Supremo, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones *cuasiobjetivas*, demandadas por el incremento de actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico (....)”⁷⁸². Por otra parte, estas soluciones cuasiobjetivas no son propias, solamente, del Derecho español, sino, también, del resto de los Ordenamientos jurídicos de países de nuestro entorno, llegando algunos autores a hablar de “responsabilidades de transición gradual entre la responsabilidad civil por culpa y objetiva”⁷⁸³.

⁷⁸⁰ Act. C, nº. 29, 20 al 26 de julio de 1998, 793, p. 213, fd. 2º.

⁷⁸¹ JANSEN, N., “Estructura de un derecho europeo de daños”, *InDret*, <http://www.indret.com>, abril 2003, p.5, que respecto a la responsabilidad por diligencia agravada de los dueños de los supermercados cita la sentencia BGH, NJV 1985, pp. 482 y ss; y OLG Köln, VersR 1999, pp. 243, y ss.

⁷⁸² Ar. C, 1997, nº. 3408.

⁷⁸³ JANSEN, N., “Estructura de un derecho europeo de daños”, ob, cit, p. 5.

Sin embargo, hay quiénes critican que estas soluciones cuasiobjetivas no tienen base legal⁷⁸⁴. Y para ello se apoyan, en esencia, en cuatro razones:

1ª) En primer lugar, el recurso de la presunción de culpa en la responsabilidad civil por hecho propio es criticable si se tienen en cuenta las dos premisas siguientes: a) que la culpa es un hecho constitutivo de la obligación de indemnizar en el régimen de responsabilidad común, al ser la posición más acorde con la regulación del Código civil según la dicción literal de los arts. 1089, 1093 y 1902 CC; b) y que, según los principios procesales civiles, en concreto el principio dispositivo, la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión corresponde al demandante. Pues de estas premisas se concluye, entonces, la necesidad de que el *onus probandi* de la culpa recaiga sobre el actor-víctima del daño⁷⁸⁵. Asimismo, el establecimiento de una presunción legal es competencia exclusiva del legislador, y en ningún caso los Jueces disponen de potestad para crear a su conveniencia presunciones *ex lege*, ya que violaría la norma contenida en el actual art. 386 LEC que impone la utilización de máximas de experiencia para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba. De modo que sería conveniente, en términos de PEÑA LÓPEZ, que se estudiase la posibilidad de utilizar otros remedios, de carácter procesal o sustantivo, que conduzcan a resultados idénticos, por ejemplo, la utilización flexible de las presunciones *hominis*, o del criterio *res ipsa loquator*, frecuentemente empleado por los Tribunales anglosajones para facilitar la prueba de la culpa en los litigios de responsabilidad civil⁷⁸⁶.

2ª) En segundo lugar, respecto al agotamiento de la diligencia, se critica que el Alto Tribunal, en la aplicación de esta doctrina a los supuestos concretos, no defina, positivamente, en numerosas ocasiones cuáles son las medidas de prevención exigibles, limitándose a decir que las que el demandado alega haber tomado en el supuesto en concreto no fueron suficientes; lo cual, por otra parte, violaría el principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Incluso, aunque de modo excepcional, la STS 24.1.1995 (RJA 1995, 165) se ha

⁷⁸⁴ Ref. PANTALEÓN PRIETO, F.,: Voz: “Culpa”, ob, cit, p. 1866, en Peña López, F., ob, cit, np. 262, p. 534, que indica que dichas soluciones deben entenderse como una objetivización oculta del sistema de responsabilidad extracontractual, que en su generalidad sin matices es criticable incluso de *lege ferenda*.

⁷⁸⁵ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, pp. 526-527, y 534, ya que reconocer que la culpa es un hecho constitutivo es tanto como afirmar que forma parte del supuesto de hecho de la norma y, por tanto, que su concurrencia resulta necesaria para que surja el derecho a la indemnización.

⁷⁸⁶ Ref. ROGERS, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on tort*, ed., Sweet & Maxwell, London, 1994, pp. 139 y ss, en *Ibidem*, p. 529 y np. 263 p.535.

mostrado crítica con la corriente jurisprudencial comentada, manifestando que: “*es rechazable la remisión a unos hipotéticos mejores medios técnicos para hacer el trabajo, que ni se especifican siquiera, que llevaría ineludiblemente a una responsabilidad objetiva a todo trance, en la que se prescindiría de cualquier culpa de la propia víctima, pues casi siempre habrá mejores instrumentos que los empleados en la ocasión*”⁷⁸⁷.

3ª) En tercer lugar, porque ambos mecanismos provocan la casi imposibilidad práctica de enervar la responsabilidad en los supuestos en los que se producen daños derivados de una actividad que entraña riesgo, y siempre que el demandado pruebe que es el autor del daño y que existe relación de causalidad⁷⁸⁸. Ya que la nueva interpretación de la culpa, a pesar de mantener formalmente la exigencia de que ésta concorra en el comportamiento del causante del daño, llega a través de diversos instrumentos a establecer, en ocasiones, *de facto*, un régimen de responsabilidad con el que se consiguen los mismos resultados que si la culpa no se exigiese⁷⁸⁹. Y así lo ha declarado, entre otras, la STS 4.6.1991 (RJA 1991, 4415) en la que se dice que: “la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que sin hacer abstracción del factor moral o psicológico, acepta soluciones *cuasiobjetivas*”; o que: “cumplir con la diligencia exigida implica realizar un comportamiento en el que se hayan tenido en cuenta no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además, todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso (...) así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigir a ésta en fundamento único de resarcir”⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ La inseguridad se manifiesta en las siguientes afirmaciones: STS 17.3.1989 (RJA 1980, 1009) en la que el TS declaró que la actuación del demandado era negligente porque éste, aunque había cumplido lo que imponían los reglamentos, había dejado de construir las instalaciones precisas para evitar los daños acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, pero sin determinar a qué tipo de instalaciones se refería; STS 17.5.1994 (RJA 1994, 3588), que, de igual modo afirma que la negligencia del Ayuntamiento se debe a que éste no adoptó todas las precauciones exigibles para evitar que los espectadores pudieran invadir el ruedo antes de la finalización de la misma, sin especificar qué precauciones debieron haberse tomado –vid. PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, np. 271, p. 539-.

⁷⁸⁸ O’CALLAGHAN X./ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al derecho civil...*, .op.cit. p. 848. Y respecto a la doctrina italiana, vid. CORSARO, L., “La culpa y responsabilidad civil...”, ob, cit, p. 166.

⁷⁸⁹ CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, ed., Aranzadi, Pamplona, 1987, p. 33.

⁷⁹⁰ Citada por PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 525, y 538, y además, ref. SSTs 9.3.1984 (RJA 1984, 1207); 2.4.1986 (RJA 1986, 1788); 24.10.1987 (RJA 1987, 7471); 30.5.1988 (RJA 1988, 4352); 21.11.1989 (RJA 1989, 7897); 13.12.1990 (RJA 1990, 10002); 24.1.1992 (RJA 1992, 207); 10.5.1995 (RJA 1995, 4927); Y 28.2.1997 (RJA 1997, 6964).

En consecuencia, en estos casos, aunque en teoría no desaparece la imputación subjetiva, y, por tanto, los criterios de exoneración siguen siendo la prueba de la diligencia debida, el caso fortuito, la fuerza mayor, y la culpa de la víctima, en la práctica jurisprudencial, por el contrario, el juicio de previsibilidad se convierte en particularmente riguroso. Esta idea la refleja, claramente, la STS de 22 de febrero de 2001 (RJA 2001, 2243) al afirmar que: “la creación de un riesgo consecuente al ejercicio de una actividad lícita conlleva la obligación de establecer en su ámbito aquellos medios imprescindibles de seguridad que tiendan a evitar el daño según la previsión que aquel hacer aconseje; se trata de un deber de cuidado para con los demás en lo que previsiblemente se puede pensar que ocurra, aún cuando la exteriorización de las circunstancias del peligro puedan ser observadas por quienes son extraños a su creación (...)”⁷⁹¹.

En definitiva, los expedientes estudiados determinan un sistema de responsabilidad civil sin culpa, pero sin las garantías que acompañan al establecimiento de tales sistemas cuando es el legislador el que los regula. Pues, por ejemplo, en los sistemas de responsabilidad por riesgo establecidos por vía legislativa se delimita el ámbito del riesgo al que se aplica la responsabilidad, los posibles responsables, así como las causas de exoneración que liberan de la obligación de reparar.

4ª) Y en cuarto lugar, porque la interpretación correctora jurisprudencial en orden a evitar a todo costa que las víctimas materiales de los daños tengan que soportarlos no puede ser, ni la única finalidad del sistema de responsabilidad civil en general, ni, por supuesto, la finalidad esencial del régimen común de naturaleza subjetiva del artículo 1902 CC⁷⁹².

Finalmente, y tras la exposición crítica, lo único claro que se puede afirmar son las dos ideas siguientes:

En primer lugar, que ambos expedientes han sido un subterfugio para, en realidad, respetando formalmente el principio general de la culpa, aplicar la teoría del riesgo, esto es, una responsabilidad civil sin culpa. Y que, si bien estaban justificadas hace años, cuando aún

⁷⁹¹ Citada por REGLERO CAMPOS, F: “Los sistemas de responsabilidad”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob, cit, p. 67.

⁷⁹² PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 558.

en España, ni estaba consolidada la teoría del riesgo empresarial como veremos más adelante⁷⁹³, ni existía un núcleo suficientemente extenso y consolidado de normas reguladoras de regímenes de responsabilidad sin culpa, no encuentra, por el contrario, amparo alguno en la actualidad por la inseguridad jurídica que generan. Ya que, y como reflejo de dicha inseguridad, el Tribunal Supremo en la sentencia de 21.7.1989 (RJA 1989, 5772) ha llegado a equiparar la responsabilidad cuasiobjetiva o por riesgo del artículo 1902 CC con la objetiva de las leyes *ad hoc* (en concreto con la LRCSCVM) que consagran específicamente una responsabilidad civil objetiva atenuada. Y, en segundo lugar, que ni la agravación de la diligencia, ni la inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad por hecho propio hubieran sido posibles sin la evolución producida en el concepto del término culpa hacia la culpa objetiva o social. Incluso, la noción de la culpa objetiva es la que está detrás de las presunciones legales de la responsabilidad por hecho ajeno, pues éstas no tendrían justificación si se atuvieran a un estado subjetivo. Pues, habiéndose producido un evento en relación a una determinada actividad, resulta coherente imputar tal evento a la falta de adopción de una medida de protección y seguridad, es decir, resulta razonable pensar que el modelo de comportamiento ideal y teórico no se ha respetado; y de tal modo las presunciones de culpa son presunciones de causalidad porque en estos casos, el Código presume que el llamado responsable ha causado el daño⁷⁹⁴.

Una vez expuesta la primera manifestación que en el Derecho español tuvo la culpa social por obra jurisprudencial, vamos a indagar en otra de sus manifestaciones que afecta, de modo principal, a la responsabilidad civil por hecho propio de los menores de edad y de los incapaces. En concreto, la culpa objetiva, tanto en lo que se refiere al elemento objetivo de la culpa (la transgresión de una norma jurídica de conducta), como al elemento subjetivo de la imputabilidad.

⁷⁹³ Vid. *Infra*, II. 2.A, del capítulo presente.

⁷⁹⁴ CORSARO, L., “Culpa y responsabilidad civil ...”, *ob. cit.*, p.156.

3.- FISURAS QUE AFECTAN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ: LA CULPA OBJETIVA.

A. – En el elemento objetivo: la transgresión de una norma jurídica de conducta y el patrón de diligencia objetivo.

La acepción social de la culpa permite, a parte de la presunciones legales y jurisprudenciales de la culpa y de la agravación de la diligencia, afirmar que la noción de culpa no consiste en un estado psicológico reprochable, o en la violación de una norma jurídica por un sujeto imputable, sino en la “objetiva contrariedad” del comportamiento mantenido respecto al modelo objetivo de persona dispuesta a evitar daños a terceros con su propia actuación. Si posteriormente, además, existe la voluntad del evento en sus diversas formas, esto es, la específica voluntad (dolo) o de voluntad atenuada (culpa) es un hecho ulterior que no es indispensable ni relevante a los fines de la responsabilidad y de su amplitud⁷⁹⁵.

a) Doctrina general acerca del patrón de diligencia objetivo.

Según el postulado anterior, para juzgar si el agente del daño ha incurrido en culpa habrá que comparar su conducta real con un modelo objetivo de referencia que se adapta a las circunstancias del caso específico, pero nunca a la personalidad del autor del ilícito. Pues se razona que, defender estándares que toman en cuenta la edad, la formación cultural, la situación social, etc., como pretenden los defensores de la tesis subjetiva de la culpa, supondría crear categorías no deseadas por la ley al bajar el nivel de tutela de la integridad de los demás⁷⁹⁶.

En virtud de lo anterior, hay doctrina española que defiende que el patrón de diligencia debido en el artículo 1902 CC no se acomoda a las circunstancias concretas e internas del agente del daño, sino que la responsabilidad por culpa nace siempre que se produzca un daño que se habría podido evitar observando la diligencia exigible. En concreto, y sobre la base de los criterios indicados en el párrafo segundo del artículo 1104 CC, la diligencia sólo puede

⁷⁹⁵ *Ibidem*, p.157.

acomodarse a las circunstancias externas, esto es, a la actividad de que se trate dentro de la esfera técnica del caso, y del medio o entorno físico o social en que se proyecte la conducta dañosa⁷⁹⁷; como pone de manifiesto la jurisprudencia española⁷⁹⁸.

No obstante, es conveniente poner de manifiesto que en el concepto objetivo del patrón de diligencia en la culpa civil extracontractual ha influido, no sólo la teoría de la culpa social, sino, también, el que dicha dicha concepción sea la que rige la culpa contractual ex artículo 1104 CC. Pues, como nos explica JORDANO FRAGA, el sentido actual de culpa o negligencia contractual consagrada en el artículo 1104 CC se deduce de poner el precepto en conexión sistemática con los artículos 1101, 1105 y 1182 CC. Y de dicho enlace se desprende que el legislador subraya la tutela del crédito, al igual que el Derecho anglosajón que, por influencia de la “teoría de la *frustation*”, reduce la responsabilidad, más a la garantía de un resultado que a un deber de conducta. Lo cual es coherente con el cambio de perspectiva mencionado en el Derecho de obligaciones desde la sanción a la tutela del crédito⁷⁹⁹. Y si el

⁷⁹⁶ MAZEUD, H.L./TUNC, A, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, 6, I, París, 1965, p. 491.

⁷⁹⁷ ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *Tratado de responsabilidad civil*, ob, cit, p. 308.

⁷⁹⁸ Vid. STS 19.12.1992 (Sala 1ª), en Act.C, nº. 19, 10-16 mayo 1993, 439, p. 1089, f.d. 2º, que establece que: “Para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, sino además el sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados. En el caso de autos, la diligencia exigible a quién explota una Sala de Bingo u otro establecimiento público donde se producen aglomeraciones de gente, abarca no sólo lo necesario para impedir el evento dañoso, sino también la diligencia necesaria para la neutralización de sus efectos, y, por supuesto, que no se incremente el riesgo, es decir, que en una hipotética conducta imprudente de personas indeterminadas no se vea favorecida por una falta de previsión que conduzca a un resultado lesivo (...)”. Y, ref. STS 9.10.1999, en RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Obligaciones y contratos*, ed., Dykinson, 2000, p. 416, que establece que “la previsibilidad hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento”.

⁷⁹⁹ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob. cit, pp. 78 y 81, que nos explica que estos preceptos están íntimamente relacionados en la responsabilidad contractual, pues hay que diferenciar el plano del incumplimiento del de la responsabilidad, esto es, para el establecimiento de la responsabilidad del deudor no basta que el resultado debido no se haya realizado debidamente, sino que una vez establecido el incumplimiento en sentido material, verificar si está o no justificado, lo que se constata a través del juicio de responsabilidad que supone el límite de la responsabilidad contractual, su fundamento. Es decir, si la falta del resultado debido se ha producido dentro o más allá del límite de la responsabilidad del deudor.

Y en este contexto se constata que la culpa no tiene el papel relevante que tradicionalmente se le atribuye como fundamento límite (ausencia de culpa) y fundamento (culpa) de la responsabilidad contractual. Pues existe el dato históricamente demostrable de que nunca la ausencia de culpa ha bastado, en este campo, para exonerar al deudor incumplidor, lo que habida cuenta del paralelismo exoneración-responsabilidad cuestiona el propio papel de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual, por ejemplo, en la *exceptio inadimpleti contractus*; la resolución del contrato, o en el poder del acreedor en caso de incumplimiento defectuoso, de pedir la eliminación de la inexactitud. Y además, sobre la base de la relación mencionada entre el artículo 1105 y 1182 CC, la prueba liberatoria del deudor comprendería, entonces, dos elementos, por un lado, la imposibilidad sobrevenida de la prestación, y por otro, la ausencia de culpa, el caso fortuito en sentido estricto,

criterio del *buen pater familias* es el metro de la actividad dirigida a la tutela de los intereses ajenos, en su contenido está implícita la idea de una especial dedicación que debe guiar al obligado, así como un significado más próximo a la tutela de la expectativa creditoria⁸⁰⁰. Por consiguiente, la culpa contractual actual, sobre la base del elemento social de interpretación de las normas, se reduce a ser una culpa en sentido objetivo, lo que le hace tener un valor ontológico, o de “deber ser”, que es el que, a su vez, hace que evolucione según los valores de los diferentes Ordenamientos jurídicos⁸⁰¹.

Y esta tesis la basan, desde razonamientos de pura técnica normativa, en dos grandes razones:

1ª) En primer lugar, y de modo sucinto, en que la innovación y la subjetivización que supuso la referencia en el párrafo primero del artículo 1104 CC a las circunstancias de la obligación, respecto al criterio general del *buen pater familias* del párrafo segundo, sólo es aparente. Pues la expresión “la diligencia que exija la naturaleza de la obligación” significa algo intrínseco a la obligación que se trate, que depende de la prestación debida, del tipo de fuente, etc., en contraposición a la expresión que le sigue, “la que corresponda a las circunstancias de personas, tiempo y lugar”, que se refieren a algo exterior que sólo matizan la diligencia que se determina por el anterior criterio, pues así se deduce de la contraposición

de tal modo que la inevitabilidad prevalece sobre la imprevisibilidad, pues el artículo 1105 CC que define positivamente el elemento exonerador no se refiere al incumplimiento sino a la causa que origina la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, p.122.

⁸⁰¹ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob. cit, p. 119. En igual sentido respecto de la noción objetiva de diligencia, pero llegando a un resultado contrario respecto a la noción de culpa, vid. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, ob, cit, pp. 47-69, que nos explica que la diligencia tiene un sentido objetivo en el Código civil español, pues se refiere a una cualidad de una actividad jurídicamente como debida, que se mide siempre con arreglo a un baremo ajeno a la intención del autor. Esto es, la diligencia no puede tratarse de un simple esfuerzo o tensión de ánimo, o interés por cumplir sino una actividad externa y materialmente adecuada a su finalidad, pues es una garantía para el acreedor a quien tiene que proteger de la producción de los daños, ya que el interés del acreedor prima sobre el del deudor, pues, por otro lado, la noción de deber está institucionalmente vinculado al interés de aquél frente al cual se debe, no al de aquél que debe. Y sobre dicha base le atribuye a la diligencia la virtualidad de ser un criterio de responsabilidad o exención de daños.

En relación a la diferencia entre diligencia y buena fe, vid. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit. p. 148. Aunque la diligencia y la buena fe sean ambas cláusulas generales, sin embargo, la buena fe opera en el marco general de la relación obligatoria, y se refiere tanto al acreedor como al deudor, y la diligencia solo se refiere a la actividad de cumplimiento del deudor, es un instrumento de control de la actividad de cumplimiento del deudor, solo se refiere al cómo de la obligación. En otras palabras, diligencia es un criterio de responsabilidad en relación a una prestación ya determinada que presupone un contenido ya fijado,

entre “que exija” y “que corresponda”. En definitiva, estas circunstancias no varían el razonamiento de estar ante un modelo de conducta objetivo que exige que el deudor emplee toda la diligencia necesaria y suficiente para que la obligación quede definitivamente cumplida, pues lo único que hacen es precisar la diligencia, sin implicar su atenuación. Así, por ejemplo, al referirse a las personas significa que dicho deber se matiza por la aptitud material en orden a la realización personal de la prestación, a su promoción para que la realice un tercero⁸⁰², de tal modo que el complejo de cuidados y cautelas como comportamiento debido por el deudor no se determina con arreglo a sus aptitudes personales, no cuanto estuvo en su mano, sino con arreglo a un modelo externo a la persona del deudor⁸⁰³; esto es, la culpa que prescinde de las aptitudes concretas del sujeto y de su buena o mala voluntad de cumplir⁸⁰⁴.

2ª) Y en segundo lugar, en que la debida conexión entre el artículo 1104 CC con el 1103 CC solo responde a una cuestión de *quantum respondatur*. Esto es, la equidad sólo influye en que, dependiendo de la mayor o menor gravedad de la culpa, la cuantía indemnizatoria sea mayor o menor, pero la diligencia exigible siempre será la misma, la culpa *levis*⁸⁰⁵. Y esta interpretación se ratifica por la jurisprudencia que sólo recoge como criterios de moderación de responsabilidad: la escasa participación del deudor en el suceso dañoso, la escasa gravedad de la conducta, o el daño más grave para el grado de negligencia observado⁸⁰⁶. En otras palabras, el carácter objetivo de la diligencia que determina la culpa no

refiriéndose a la medida del esfuerzo de deudor, la buena fe se refiere a la previa y propia determinación de lo debido.

⁸⁰² BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, ob. cit, pp. 265 -291.

⁸⁰³ RODOTÁ, S., Voz: “Diligencia” (*dir. civ.*), en *Enc. Dir.*, XII. Milán, 1964, p. 539.

⁸⁰⁴ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit, p. 42.

⁸⁰⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La moderación de la culpa por los Tribunales*, ob. cit, pp. 33, 85 y 95. Esta autora se basa en que el origen histórico del precepto nos desvela que el artículo 1103 CC no tiene parangón en ninguna norma tradicional española, antes al contrario, inspirada en el Code francés vino a abolir la teoría de la “*utilitas contrahendum*” o teoría de la gradación de la culpa recogida en la Partida 7ª, tít. XXXIII, ley II que disponía que, si el contrato se concluía en utilidad exclusiva del deudor, como el comodato, debía éste emplear la diligencia más rígida y respondía de culpa *levissima*, si se concluía en exclusiva interés del acreedor respondía de culpa lata y si se concluía en interés de ambas de la culpa leve. La teoría de la gradación sólo permaneció en el Proyecto de 1836, cuyo artículo 996 establecía que la responsabilidad de las personas por negligencia en la ejecución de un contrato puede ser mayor o menor según los grados de negligencia y calidad de los contratos en que se verifique. Sin embargo, el Proyecto de 1851, influido por el Code, abandonó el criterio tradicional y en el artículo 1120, antecedente del 1103 CC, se establece un criterio general de diligencia respondiendo, entonces, el deudor, siempre de culpa *levis* y, a diferencia del precepto francés, se extiende a todo tipo de obligaciones. Y, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit, p. 127.

⁸⁰⁶ Ref, SSTs, 22.2.1985, 20.6.1989, 20.4.1993 y 24.11.1995, en Guilarte Martín-Calero, C., *La moderación de la culpa por los Tribunales*, ob, cit, p.?.

se merma por la facultad de graduar la culpa consagrada en el artículo 1103 CC, pues este precepto recoge la tradición francesa que supo trazar una clara distinción entre el problema de la responsabilidad y el de la determinación del contenido de la prestación según el criterio de la diligencia. De tal modo que de lo dicho se deduce, finalmente, que el artículo 1103 CC no hace referencia a la misma existencia de la diligencia sino, como novedad codificadora, a la extensión en el deber indemnizatorio, según el cual se va a reducir la cuantía del mismo dependiendo de la gravedad de la culpa, la que siempre se refiere a la culpa *levis*⁸⁰⁷.

b) Su aplicación a la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz.

a') En el Derecho español e italiano: su amplio seguimiento jurisprudencial.

Respecto al Derecho español, hay doctrina que entiende que el patrón de diligencia no se acomoda al debido por un menor de edad, sino que es el de un *buen pater familias*; de modo que, incluso, admiten la responsabilidad civil del infante y del enfermo psíquico cuando produjeron un daño que se habría podido evitar observando la diligencia exigible en el tráfico, si sus guardadores se hallan exentos de la obligación de reparar⁸⁰⁸.

Asimismo, y como apuntamos en epígrafes anteriores, la teoría de la culpa objetiva en su versión del patrón de diligencia objetivo es la que aplica la jurisprudencia española, pues es significativo que los Jueces y Tribunales españoles hayan empezado a responsabilizar civilmente a los menores de edad imputables, pero no se detengan, en la mayoría de los casos, a analizar la madurez del menor y sus características de edad, formación, capacidad intelectual, etc., en orden a justificar la conducta negligente del mismo, como, por el

⁸⁰⁷ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil*. III, p. 172; ZANA., “Valutazione con minor rigore delle responsabilità per colpa”, en *Riv.dir.proc. civ.* 1974, pp. 19 y ss. La culpa *levis* es el único modelo de diligencia, de modo que la gravedad de la culpa tiene una virtualidad en su efecto práctico cuantitativo, y no cualitativo. Esto es, que la moderación por los Tribunales que se refiere al artículo 1103 CC se cifra en la cuantía de la responsabilidad y no a su determinación, pues lo que se produce es una moderación en la aplicación del criterio establecido en forma general en el Código. En el mismo sentido, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, ob, cit, p. 733.

Así se desprende de una de sus aplicaciones, el artículo 1889 CC que respecto al cuasicontrato de la gestión de negocios ajenos dice que “Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de las indemnización según las circunstancias del caso”.

⁸⁰⁸ ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, ob, cit, p. 308; LACRUZ BERDEJO, JL., *Elementos de Derecho civil*, II-2º, 1995, ob, cit, p. 467. Se deduce cuando, tras afirmar que el menor o el

contrario, defiende la teoría subjetiva. Así se refleja, entre otras, y de modo evidente en la STS de 10 de abril de 1988 (*RJA* 1988, 3116), en que se demanda a un menor de diecisiete años por la muerte de un menor de edad en una piscina donde él ejercía de socorrista, y el Tribunal Supremo al absolverle de responsabilidad civil sólo se limitó a afirmar que el menor no fue negligente al “hacer cuanto pudo por intentar salvar la vida del niño ahogado”. En sentido parecido ocurre en las SSTs de 22.2.1992 (*RJA* 1992, 7014), y 12.4.1994⁸⁰⁹; o en las SSAP de Murcia de 5.2.1993⁸¹⁰; Guadalajara de 21.12.1994⁸¹¹, Zaragoza de 8.4.1995⁸¹², o Valencia de 20.11.1995⁸¹³, que sólo se preocupan en acreditar la imputabilidad civil del menor de edad para declararle responsable civil.

En los mismos términos se expresa, por otro lado, la doctrina italiana, que entiende que el concepto objetivo de la culpa se refleja en el rechazo de la jurisprudencia italiana a resaltar las cualidades subjetivas del agente en la determinación del comportamiento exigible, es decir, en el valorar, en términos subjetivos, la violación por su parte de la norma de conducta. Así, en las pocas y ni siquiera unívocas decisiones de la jurisprudencia acerca de la responsabilidad por culpa del menor de edad, la cualidades psico-físicas del menor se toman en consideración solamente para afirmar o negar la capacidad de entender y de querer del

enfermo psíquico se pueden liberar probando el caso fortuito o la fuerza mayor, o la diligencia debida, razona que la condición de infante o enfermo mental no hace probable la prueba de que actuó con la diligencia debida.

⁸⁰⁹ *JC* 1994, n.º. 334, que responsabiliza civilmente a un menor de quince años, en régimen de solidaridad con sus padres. En este caso, dicho joven se encontraba acompañado por unos amigos cuando conducía sin el correspondiente permiso un vehículo con el cual tuvo un accidente y resultó lesionado el ahora actor.

⁸¹⁰ *AC* 1993, 689. La particularidad de este supuesto es que al estar ante un accidente de circulación y resultar de aplicación la responsabilidad por riesgo consagrada en el artículo 1º de la Ley 24.12.1962 es irrelevante la prueba por parte del menor de que éste actuara conforme a la diligencia debida; aunque en el fundamento jurídico segundo se le imputa al menor que, con independencia del riesgo que nace de la conducción el menor, creara un riesgo adicional por culpa del mismo, pues al llevar un pasajero se pierde maniobrabilidad y capacidad de frenado.

⁸¹¹ *AC* 1994, 2135. Resuelve un supuesto en que un menor de edad en estado de ebriedad irrumpió súbitamente en la calzada provocando un accidente de circulación con un motorista, de modo que se demanda al menor junto con los padres. El Juzgado de 1ª Instancia los condena solidariamente a ambos, y la AP lo confirma arguyendo que “es evidente la concurrencia de los elementos y requisitos, en el menor y en el padre demandado a que se refieren, respectivamente, los artículos 1902 y 1903 CC”. Y así se constata la conducta negligente del menor.

⁸¹² *AC* 1995, 638. Fto jurídico segundo: “el menor incurrió en una imprudencia en la conducción del vehículo, al interponerse en la trayectoria del turismo sin avisar la maniobra (...)”. Y, concluye que la minoría de edad del conductor determina la responsabilidad solidaria de su madre.

⁸¹³ *AC* 1995, 2056. Resuelve un supuesto en que un menor resulta lesionado en el ojo al ser alcanzado por un trozo de barro endurecido lanzado por otro menor de quince, cuando ambos estaban disfrutando del tiempo de recreo. Y la AP declara responsable por culpa al menor por ser imputable civilmente, ya que afirma que: “en este caso el menor tenía edad suficiente para entender lo que estaba haciendo, y para querer o no querer hacerlo(...)”.

agente, es decir, la mera posibilidad de entender, y no el haber entendido efectivamente⁸¹⁴.

b') En el Derecho francés: la teoría de la "*faute objective*" respecto al elemento objetivo de la culpa (*l'illicéite*).

En realidad, uno de los dos elementos tradicionales de la culpa civil, el ilícito, fue el que sirvió de base a la teoría que, aunque no mayoritaria, tanto predicamento habría de tener en Francia desde los años treinta, la teoría de la *faute objective*. Pues, si el ilícito, calificado por otros como *écart de conduite*, se concebía como un error de conducta (*c'est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes*⁸¹⁵), que junto con el requisito inexcusable de la imputabilidad determinaba la existencia de culpa, los hermanos MAZEUD, por el contrario, iniciaron la apreciación de la culpa *en abstracto*, al defender que la culpa civil es una culpa social desligada de la *faute* moral. Ya que, si el Derecho civil no tiene por función castigar o punir de poco importaba, entonces, que el sujeto no comprendiera el alcance de sus actos. Esto es, la imputabilidad dejaba de ser un elemento necesario de la culpa civil⁸¹⁶.

Por consiguiente, y como pone de manifiesto CHABAS, en Francia la teoría de la culpa objetiva influyó, no sólo en el elemento de la imputabilidad, sino también en el del ilícito o transgresión de la diligencia de un *buen pater familias*. En otras palabras, la tesis de la culpa objetiva se reeditó por parte de la doctrina francesa como la apreciación *in abstracto* de la culpa, llegando al mismo resultado práctico que su primera formulación que consistía en

⁸¹⁴ CORSARO, L., *L'imputazione del fatto illecito*, ed., Giuffrè, Milán, 1995, p. 115.

En contra, BUSSANI, M., *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, ed., Cedam, Padova, 1991, p. 32.

⁸¹⁵ CARBONNIER, J., *Droit civil*, 4. Les Obligations, ob, cit, 406 y ss. "Es un error de conducta que no habría sido cometido por una persona diligente puesta en las mismas circunstancias externas (que el agente del daño)"

⁸¹⁶ MAZEUD, H., "La faute objective et la responsabilité sans faute", *D*, 1985, chr. 13; MAZEUD, H, L, J./TUNC, A, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, ed., Montchrestien, n°. 459; II, n° 1120, 1124 y n°. 1213; LE TOURNEAU, PH., "Responsabilité civile", *D*, 1976, n°. 18 y 31, que nos explica que la culpa es una noción puramente social y no moral. En el mismo sentido, la proposición del *Garde des Sceaux* durante la discusión en la Asamblea Nacional del proyecto de Ley que condujo a la reforma del artículo 489-2 CC (J.O. Débts, 20 déc, 1966, p. 5711 et 5712) que afirmó que había en la noción de culpa dos elementos a distinguir, un elemento objetivo, esto es, es culpa la acción que no es conforme a una regla, y un elemento subjetivo, esto es, dicha acción no podía ser imputada a su autor ni entrañaba la obligación de reparación, si el autor al acometer dicho acto no hubiera tenido la consciencia de que lo hacía o la voluntad de llevarlo a cabo. Ahora bien, lo que proponemos suprimir en el artículo 489-2 del Código civil es el elemento subjetivo y no el objetivo.

eliminar el requisito de la imputabilidad. Ya que si se defiende que el acto cometido por el agente se juzga en abstracto, es decir, según la conducta del “buen padre de familia”, su abandono sería culpable incluso por parte de un enfermo psíquico⁸¹⁷.

Ahora bien, por razones metodológicas y por la amplitud del tema, vamos a dejar el estudio de la cuestión de la imputabilidad para el epígrafe siguiente, y en éste vamos a analizar la versión de dicha teoría en el sentido de defender un patrón de diligencia objetivo para juzgar la culpa civil; si bien con la advertencia de que en Francia la evolución en el concepto de los dos elementos de la culpa civil tuvo lugar de modo paralelo y con la misma intensidad⁸¹⁸.

En concreto, la teoría de la culpa objetiva en la versión que afecta al elemento objetivo de la culpa, la omisión de la diligencia debida, nos explica que para incurrir en culpa es suficiente que el agente de daño no se comporte como lo hubiera hecho un individuo prudente y diligente que se encontrara en las mismas circunstancias externas del demandado en el momento de cometer el daño, esto es, en las mismas circunstancias de tiempo, lugar y naturaleza de la actividad de aquél⁸¹⁹, sin tener en cuenta las particularidades psicológicas (inteligencia, carácter, aptitudes), culturales (nivel de instrucción, forma de educación), sociales (hábitos, medio), ni, incluso, las físicas del agente o las circunstancias internas objetivables como la edad⁸²⁰. Y como defensor de esta tesis, DEJEAN DE LA BÂTIE critica la sentencia del Tribunal de casación de 29 de abril de 1976 que excluyó la responsabilidad civil de un menor de tres años, que hirió a otro menor en el curso de un juego, en razón de que otro menor de su misma edad dotado de discernimiento hubiera obrado de igual manera con

⁸¹⁷ Ref. LEGAL, A., *De la négligence et de l'imprudence comme source de la responsabilité civile délictuelle*, th, París, 1922, pp. 113-114; LAGARDE, P. DE., *La responsabilité civile et l'assurance*, thèse, Montpellier, 1925, 2e partie, Ch. II.B, en Viney, G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, ob, cit np.9-10, p. 207. En el mismo sentido, DEJEAN DE LA BÂTIE, N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, París, 1965, n.ºs. 109 y ss.

⁸¹⁸ TUNC, A., “Henri de Page et la responsabilité civile”, *Journal des Tribunaux*, n.º. 4844, 3 nov. 1973, ed., Maison Ferc. Larcier, Bruxelles, 1973, pp. 745749. “La faute est, tout simplement, une erreur de conduite, c’est l’acte ou le fait que n’aurait pas commis une personne prudente, avisée, soucieuse de tenir compte des éventualités malheureuses qui peuvent en résulter pour autrui”. En el mismo sentido, CHABAS, F., “L’évolution du concept de faute objective dans la responsabilité civile en Droit français”, en *Mélanges Yamaguchi*, 1997, y que forman parte de unas notas que el profesor amablemente me facilitó durante mi estancia en Francia, en diciembre de 1997.

⁸¹⁹ Ref. IVAINIER, R., “De l’ordre technique à l’ordre public technologique”, *JCP*, 1972.I. 2495, n.º. 25 y ss; y Civ. 1 re, 10 juin 1980, *D*, 1981, IR, p. 11, en Viney, G., *Traité de droit civil ...*, ob, cit, np. 172, p. 352.

independencia de la educación que hubiera recibido. Y si el acto no fue ilícito, el Tribunal entendió que ya no era necesario analizar la imputabilidad del menor. Por el contrario, según el autor, para contestar al interrogante de si ¿es ilícito el hecho de lanzar un bastón a otro compañero en el contexto de un juego entre varios menores?, la Corte de casación no tendría que haber tenido en cuenta elementos internos, a pesar de que el criterio de comparación que utilizó fue abstracto, sino sólo datos externos. Es decir, en este caso en concreto, se tendría que haber llegado a la conclusión de que el hecho no era ilícito, no por la baja edad del sujeto, sino por la circunstancia externa de que el menor que juega con sus amigos se encuentra en el seno de un grupo, por tanto, en un “ambiente particular diferente del ambiente adulto”, y con un matiz clave diferenciador, la presencia de otros en el juego, de modo que no se viola la “legítima confianza del otro” al no esperarse una prudencia de adultos en los que juegan⁸²¹.

Sin embargo, dentro de este sector hay quiénes, desde una posición más moderada, entienden que el Juez sólo tendría que tener en cuenta las circunstancias internas que fueran susceptibles de objetivización. Esto es, las peculiaridades internas propias del individuo que le sitúan, tanto en una posición de inferioridad, como de superioridad, y fácilmente reconocibles en el exterior, en el orden material, físico o económico; tales como la edad, los recursos del agente, y su estado de salud⁸²².

Así las cosas, y teniendo en cuenta las divergencias expuestas dentro de la corriente doctrinal que defiende la culpa *in abstracto*, lo que parece ser doctrina pacífica es que, sentado que la culpa civil impone un mínimo de objetividad en la apreciación de las conductas humanas ya que la sociedad juzga a los actos y no a los hombres, en ningún caso se puede tener en cuenta por el Juez, a la hora de juzgar la culpabilidad de la conducta, las inferioridades intelectuales del agente, esto es, las circunstancias internas de naturaleza intelectual o psicológica, tales como la inteligencia, el grado de educación, o el carácter del agente, pues de tal modo se legimitarían la mayor parte de los comportamientos dañosos a las

⁸²⁰ TUNC, A., *Traité de la responsabilité civile*, t.I, 6^aéd, n°. 418-445; CHABAS, F., *Leçons de droit civile*, t. II, vol. 1er, 8^a éd, n°. 448.

⁸²¹ Cass.civ, 2, 29 avril 1976, *JCP*,1978, 1, 18793, note de N. DEJEAN DE LA BÂTIE.

⁸²² DEJEAN DE LA BÂTIE, N., *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965, n°. 54.

víctimas⁸²³. Y ésta es la posición que, por otro lado, parece mantener la jurisprudencia francesa cuando se enfrenta a valorar el comportamiento de personas que, teniendo un mínimo de capacidad de entender y querer, se caracterizan por una inferioridad en su discernimiento, voluntad, experiencia, etc. Pues es constatable que los Tribunales, de modo constante, tienen en cuenta ciertos rasgos de la personalidad del agente, como su inaptitudes físicas, para determinar el grado de diligencia exigida a un sujeto, pero, de ningún modo las inferioridades de orden mental, psicológico o de carácter⁸²⁴.

c') La responsabilidad civil de los incapaces en el *Common Law*.

Por último, como caso paradigmático en la utilización de un patrón de diligencia objetivo en la culpa civil se encuentra el tratamiento jurídico de la responsabilidad civil de los incapaces por los Ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema jurídico del *Common Law*, que contrasta con su irresponsabilidad civil de antaño.

En concreto, en los Estados Unidos de América las personas adultas que sufran una deficiencia psíquica, *low mentally capacity*, o una enfermedad psíquica, *mentally incompetent*⁸²⁵ serán responsables civiles por culpa si su conducta no es conforme con el estándar de diligencia del *reasonable man* bajo las mismas circunstancias externas de aquél, pues ni su enfermedad ni deficiencia psíquica se tendrán en cuenta para moderar el patrón de diligencia; esto es, "*mentally disabled adults are to be held responsible for the torts they commit*"⁸²⁶. En la mayoría de los estados esta regla ha sido adoptado por los Tribunales,

⁸²³ JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob,cit, p.45, que entiende que solamente las superioridades individuales, tales como la competencia profesional, los conocimientos especiales y las aptitudes físicas, a condición de ser objetivables, se tomarán en cuenta como factor desfavorable para el agente. Así, por ejemplo, será más severo con un profesional que con un profano en una determinada actividad.

⁸²⁴ VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, pp. 358-360, que pone de manifiesto, igualmente, la exigencia de los Tribunales del deber de "cuidarse" en los casos en que la deficiencia mental tenga un origen patológico.

⁸²⁵ Acerca de la diversa terminología de estos colectivos, vid. SEIDELSON, D.E., "Resonable Expectations and Subjective Standards in Negligence Law: the Minor, the Mentally Impaired, and the Mentally Incompetent", ob, cit, np. 5, pp. 18-19.

⁸²⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE, RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283.B: "*Unless the actor is a child, his insanity or other mental deficiency does not relieve the actor from liability for conduct which does not conform to the standard of a reasonable man under like circumstance*". Y, CURRAN, W.J., "Tort Liability of the Mentally Ill and Mentally Deficient", 21 *Ohio State. Law.Journal*. 52 (1960); PERRY, I.N., "Liability of the Mentally Ill and Their Insurers in Negligence and other Civil Actions", en *American Journal of Psychiatry*, 142:12, dec, 1985, 1414.

teniendo su origen en la sentencia *Weaver v. Ward* de 1816⁸²⁷, si bien en algunos estados ha sido codificada en sus estatutos⁸²⁸. Sin embargo, en los supuestos en los que aquéllos son víctimas de un daño y han incurrido en la causación del mismo se analiza su conducta, no con el criterio objetivo del *reasonable man*, sino según el modelo de conducta que sería de esperar de otro sujeto que hubiera estado afectado por el mismo problema mental⁸²⁹.

Por el contrario, en el Derecho canadiense, que raramente ha introducido la *strict liability*, la regla general es que las personas que sufren una enfermedad psíquica grave no son juzgadas conforme el *reasonable person standard*, pues sería injusto en la medida en que son incapaces de alcanzarlo; si bien, dicho estándar sí le es aplicable a los sujetos que tienen meramente un déficit intelectual, y a los que la alteración psíquica se debe al consumo de drogas o estupefacientes. Aunque es significativo que en los últimos tiempos se esté poniendo, cada vez más, de manifiesto que la regla del patrón de diligencia *in concreto* aplicable al enfermo psíquico está en contra del principio de protección de la víctima, y, en dicho sentido, haya nacido una propuesta para que, en el caso en concreto de los accidentes de circulación provocados por un enfermo psíquico, se aplique un estándar objetivo de diligencia, esto es, no se tenga en cuenta dicha enfermedad en orden a juzgar su culpabilidad, al igual que se ha aceptado para el caso de que el daño lo cometa un adolescente por la circulación de un vehículo a motor⁸³⁰.

Retomando el Derecho americano, los fundamentos que, de modo pacífico, ofrece la jurisprudencia americana para la adopción del “estándar objetivo” para juzgar la culpa de los

⁸²⁷ ELLIS, J.W., “Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons”, ob, cit, p. 1082, nos explica que la adopción de esta regla no fue difícil en un contexto en que el Derecho de daños americano se regía por la responsabilidad objetiva, y existía, por otro lado, una despreocupación tanto social como jurídica por el estatuto y las acciones de los incapaces. Sin embargo, cuando se introdujo en América el principio de la responsabilidad por culpa –vid. EDWARD WHITE, G., *Tort Law in America: An Intellectual History*, New York: Oxford University Press, 1980- la regla se replanteó, si bien, al final los Tribunales americanos identificaron la cuestión como un asunto de orden público, y escogieron continuar con la misma regla del “estándar objetivo”.

⁸²⁸ Ref. Cal. Civ. Code § 41 (West 1954); Okla. Stat. Ann. tit. 15 § § 25, 26 (West 1972), en Ellis, J.W., “Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons”, ob, cit, np. 13, p. 1082. Y también, vid. SALTON, C.A., “Mental Incapacity and Liability Insurance Exclusionary Clauses: The Effect of Insanity upon Intent”, en *California L. Rev.*, 1990, vol. 78, pp. 1035-1036, en concreto establece que la mayoría de los tribunales han adoptado dicha posición, excepto el estado de Luisiana, y cinco de ellos lo han estatutoriamente codificado, y dicha regla se aplica tanto a los actos negligentes como intencionales-

⁸²⁹ Vid. Ref. *Cowan v. Doering*, 1988, 111, N.J. 451, 545, A 2d 159, en BUSSANI, M., “La responsabilité des sujets atteints de troubles mentaux en Italie et en Common Law”, ob, cit, p. 16; y ref. *Lynch v. Rosenthal*, 396 S.W. 2d 272, 278, (Mo.Ct. App. 1965), en SEIDELSON, D.E., ob, cit, np. 8, p. 19.

incapaces se compendian, en esencia, en tres. No obstante, la doctrina actual americana reconsidera, a su vez, cada una de ellas:

1º) En primer lugar, los Tribunales aducen que “cuando una de dos personas inocentes debe sufrir una pérdida, debe ser quién ha causado el daño”; a lo que se le contraargumenta que esta regla sólo se aplica a los enfermos psíquicos, y que, en realidad, esconde una responsabilidad objetiva⁸³¹. 2º) En segundo lugar, “que hay que evitar que, amparándose en una falsa pretensión de incapacidad, se eximan de responsabilidad”; a lo que se le refuta la escasa o nula probabilidad de que esto ocurra, por la falta de proporción entre el estigma social que supone dicha atribución y la ventaja que de ello se obtendría⁸³². 3º) Y, por último, pero la más citada por los Tribunales, que el patrón de diligencia objetivo “induce a aquéllos que tiene un deber de control sobre los incapaces a prevenir que cometan daños”, merced a que los guardadores que sean, a su vez, familiares del incapaz temen que, a causa de que éste tenga que responder y se reduzca su patrimonio, su herencia se vea, en consecuencia, mermada⁸³³. Por el contrario, a esta última argumentación se le reprocha, por un lado, que lo que, en realidad, motivaría al guardador a ejercer un mayor control sobre el incapaz, en orden a evitar que produzca daños, sería que pesara sobre él una responsabilidad por una guarda negligente, esto es, por dejar de tomar las medidas adecuadas para prevenir los daños del incapaz. Incluso, se alega que esta regla provocaría fricciones entre la relación familiar-incapaz no querida, en última instancia, por los Tribunales⁸³⁴. Y, por otro, también se alega en su contra que este argumento tenía su razón de ser en una época en que los enfermos psíquicos suponían una amenaza clara para la sociedad, y, por tanto, a ésta y al Estado le preocupaba que aquéllos estuvieran bajo la guarda competente de personas que debían cuidarles, pero en el sentido de preservarles del contacto con la sociedad

⁸³⁰ ALLEN MARTIN, L., *Canadian Tort Law*, ed., Butterworths Canada, Ltd, 1993, pp. 133-135, y esta última propuesta está teniendo acogida por los Tribunales (*Roberts v. Ramsbottom* 1980, 1 All E.R 7).

⁸³¹ Y así se atrevió a reconocerlo una sentencia, vid. *Jolley v. Powell*, 299, So. 2d 647, 648 (Fla. Dist. Ct. App. 1974), *cert. Denied*, 309 So. 2d 7 (1975), en SEIDELSON, D.E, ob, cit, np. 85, p. 38.

⁸³² ELLIS, J.W., “Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons”, ob, cit, p. 1087, que nos explica que el único caso en que al agente del daño le compensaría alegar una falsa incapacidad es en el que se juzgara su responsabilidad criminal. Y en el mismo sentido, SEIDELSON, D.E, ob, cit, p. 39.

⁸³³ Vid. PROSSER, W., *Handbook of the Law of Torts* § 135, al 1001 (4th ed. 1971). Y en contra de tales razones, vid. ref. AGUE., “The Liability of Insane Persons in Tort Actions”, 60, *Dick L. Rev.* 211 (1956); ALEXANDER./ SZASZ., “Mental Illness as an Excuse for Civil Wrongs”, 43, *Notre Dame Law.* 24 (1967), en Seidelson, D.E , ob, cit, np. 83, p. 37; y ELLIS, J.W., “Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons”, ob, cit, p. 1084.

institucionalizándoles o vigilándoles estrictamente en su casa⁸³⁵. Sin embargo, esta regla ha dejado de tener sentido en la actualidad en que, sobre todo a partir de los años setenta, se ha producido en los Estados Unidos un punto de inflexión en lo que respecta a la consideración de los incapaces como ciudadanos de pleno derecho, acompañados de nuevos estatutos en lo que respecta a su tratamiento, su guarda, la confidencialidad, el consentimiento informado, etc⁸³⁶.

A los razones jurisprudenciales citadas se añaden otras como que: “si el incapaz ha de vivir en sociedad, él debería de pagar el daño que cause”⁸³⁷; y la “dificultad de los Tribunales en distinguir la verdadera discapacidad o enfermedad psíquica de sus variaciones, tales como las alteraciones de la personalidad, desequilibrios emocionales, etc., que servirían de excusa para evadir la regla general del estándar objetivo”⁸³⁸. No obstante, a este último recelo se le reprocha que, en realidad, esconde una incoherencia y agravio comparativo respecto al estándar subjetivo que se reconoce a los menores y deficientes físicos, y, de igual modo, una dejación de la responsabilidad judicial⁸³⁹.

Habiendo expuesto las razones que están detrás de la adopción jurisprudencial del estándar objetivo para los incapaces, creemos oportuno recoger la interesante propuesta doctrinal de SEIDELSON en orden, por un lado, a dar explicación al agravio comparativo de

⁸³⁴ SEIDELSON, D.E, ob, cit, p. 38; y en el mismo sentido, ELLIS, J.W., “Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons”, ob, cit, np. 27, p. 1084.

⁸³⁵ Acerca del tratamiento del enfermo psíquico a finales del siglo XIX, y primeros del XX, sobre todo el movimiento eugenésico de esterilización de los incapaces, vid. ref. ALBERT DEUTSCH., *The Mentally Ill in America: A History of their care and treatment from colonial times 332-86*, 2d. Ed. Rev & enl. New York, Columbia University Press, 1949, en Ellis, J.W., “Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons”, ob, cit, np. 30, p. 1085.

⁸³⁶ Ref. ABA, “Special Commission on the Mentally Disabled, Developmental Disabilities State Legislative Project, Guardianship & Conservatorship: Statutory Survey; Model Statute (Discussion ed., Washington, D.C)”, *American Bar Association*, June 1989; y PLOTDIN, R., “Limiting the Therapeutic Orgy: Mental Patients’ Right to Refuse Treatment”, 72 NW. U.L. Rev. 461 (1977), en Ellis, J.W., “Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons”, ob, cit, np. 2 y 4, p. 1079.

⁸³⁷ También se le reprocha que estamos ante dos responsabilidades bien distintas, pues una de ellas no tienen relación alguna con la culpa –vid. SEIDELSON, D.E, ob, cit, p. 39.

⁸³⁸ Vid. ref. HOLMES, JR., *The Common Law* 108, Boston: Little, Brown & Co., 1881, en Ellis, J.W., “Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons”, ob, cit, p. 1088, que explica, de modo elucubante, que “el Derecho no puede tener en cuenta la infinita variedad de temperamentos, intectos, y educación que conlleva que el carácter interno de un acto sea diferente en cada persona (...). Cuando una persona vive en sociedad, el sacrificio individual de las peculiaridades que traspasan un cierto punto medio (conducta media) es necesario para el bienestar social.(...)”.

⁸³⁹ SEIDELSON, D.E, ob, cit, p. 40; y ELLIS, J.W., “Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons”, ob, cit, pp. 1088-1089.

los incapaces respecto al tratamiento de menores, y por otro, a dar coherencia a la contradicción jurisprudencial en la aplicación del estándar objetivo o subjetivo cuando el incapaz cause un daño o lo sufra, respectivamente.

Esta propuesta revela que detrás de las resoluciones judiciales que resuelven supuestos de responsabilidad civil de incapaces hay unas razones no explícitas por los Jueces en sus razonamientos, *unspoken rationale*, que consisten en que éstos suelen tener en cuenta las “expectativas razonables del otro litigante”. De tal modo que aquéllos suelen juzgar al incapaz, tanto cause un daño como lo sufra pero contribuya al mismo, con un patrón de diligencia subjetivo siempre que el otro litigante pueda, de modo razonable, conocer dicha minusvalía o deficiencia, pues en tales casos no se verían frustradas sus razonables expectativas. En consecuencia, la contradicción jurisprudencial de la que se habla es sólo aparente⁸⁴⁰. Y así se constata de modo paradigmático, por un lado, en el caso *Lynch v. Rosenthal* de 1965 que trata del accidente sufrido por un joven granjero de veintidós años, que sufría desde su infancia una disminución psíquica, al ser atropellado por una máquina recolectora de maíz cuando trabajaba en la propiedad del matrimonio que le acogió desde pequeño. Y si el Tribunal juzgó la conducta culpable en la contribución al daño con un estándar subjetivo, y teniendo en cuenta su deficiente capacidad fue porque, según SEIDELSON, no se frustraron las razonables expectativas del demandado al conocer éste perfectamente la deficiencia psíquica que sufría la víctima⁸⁴¹.

Y, por otro, en el supuesto *Breunig v. American Family Insurance Co* de 1970 que trata del accidente que provoca una mujer que, con una esquizofrenia paranoide, al creerse en el momento de los hechos que Dios conducía su coche y debía de dirigirse hacia una luz, traspasó la mediana de la autopista y chocó contra un camión cuyo conductor le demandó⁸⁴². Y el Tribunal le declaró responsable civil, no porque juzgara su comportamiento conforme al patrón objetivo del *reasonable man*, pues en dicho momento según los informes psiquiátricos tenía anulada su capacidad y voluntad, sino porque en el momento anterior al hecho en el que disfrutaba de un intervalo lúcido, merced a que los informes psiquiátricos reconocían que los

⁸⁴⁰ SEIDELSON, D.E, ob, cit, p. 20.

⁸⁴¹ Ref. 396 S.W.2d 272 (mo. Ct. App. 1965), en SEIDELSON, D.E, ob, cit, np. 44, p. 26, y p. 28, que explica que es sintomático que el Tribunal alegara que: “(Defendant) had intimately know plaintiff since he was twelve years age, and knew he was mentally subnormal”.

alucinaciones no eran constantes, tenía que haber previsto que su condición mental hacía inseguro conducir un coche. Esta solución fue la misma que utilizan los Tribunales para juzgar los supuestos en que la persona causa un daño imprevisto por una enfermedad física, como un ataque epiléptico, al corazón, etc., en que los Jueces les declaran responsables si estiman que el individuo estaba en posesión de la información suficiente para prever el desenvolvimiento de la crisis⁸⁴³. Por el contrario, y siendo coherentes con la propuesta doctrinal de SEIDELSON, el demandado es responsable civil porque el conductor del camión que fue atropellado, por las circunstancias concretas del caso, no tenía posibilidad alguna de conocer la enfermedad psíquica de dicha persona, lo que, por otra parte es muy común en las enfermedades psíquicas a diferencia de las deficiencias psíquicas, y de tal modo se vieron frustradas las razonables expectativas del demandante⁸⁴⁴.

Por otra parte, y respecto al Derecho inglés, según vimos en el capítulo anterior al analizar la responsabilidad civil del menor de edad, el estándar aplicable para juzgar si un particular ha actuado negligentemente es el “objetivo e impersonal” en el sentido de que es independiente de las idiosincrasias de los particulares cuya conducta se cuestiona; esto es, que el estándar de cuidado se refiere a una persona de *ordinary prudence* actuando en circunstancias similares a las que actuó el demandado. Y, por ello, en la medida en que consideran a la edad, no como una característica interna sino general y normal de la humanidad que afecta al nivel de desarrollo, había que tenerla en cuenta en el nivel o estándar de diligencia exigible⁸⁴⁵.

Ahora bien, frente a lo que ocurre con el Derecho americano, en lo que se refiere a la responsabilidad civil del enfermo y deficiente psíquico nos encontramos con escasa doctrina y jurisprudencia al respecto. Si bien, en esencia, se afirma que hay que distinguir los supuestos de responsabilidad civil por culpa de los casos de responsabilidad civil objetiva. En primer lugar, en la responsabilidad civil por culpa todo va a depender de como se juzgue dicha incapacidad: pues si ésta se considera como una característica individual de la persona, en

⁸⁴² Ref. 45 Wis. 2d 536, 173 N.W. 2d 619 (1970), en SEIDELSON, D.E, ob, cit, np. 65 p. 34.

⁸⁴³ BUSSANI, M., “La responsabilité des sujets atteints de troubles mentaux en Italie et en Common Law”, ob, cit, p. 16. Y una crítica a esta equiparación, vid. SEIDELSON, D.E, ob, cit, p. 36.

⁸⁴⁴ SEIDELSON, D.E, ob, cit, p. 40, y en el mismo sentido el caso *Breuig: Johnson v. Lambote*, 147 Colo. 203, 363 P. 2d 165 (1961), p. 43.

⁸⁴⁵ Vid. II.4.B del capítulo segundo.

consecuencia, no se debería tener en cuenta en el nivel de diligencia exigible al demandado en orden a juzgar su culpabilidad; pero, por el contrario, si se estima como una característica, al igual que la edad, relevante, su conducta habría que compararla con la que tendría una persona de diligencia media que estuviera sometida a la misma condición que el agente del daño, siendo lo más probable que se dictaminara su no culpabilidad, a excepción de que hubiera debido ser consciente de dicha enfermedad o deficiencia. No obstante, y en segundo lugar, la idea que es pacífica en el Derecho inglés es la que sostiene que, en los casos en que el daño que comete una persona enferma o deficiente psíquica se rige por la responsabilidad civil objetiva, la imputación de la responsabilidad sólo se puede realizar bajo la condición de que la persona reúna el requisito mínimo de ser “consciente de la naturaleza y cualidad de su acto, incluso aunque dicha persona no supiera que lo que estaba haciendo era antijurídico o incorrecto”⁸⁴⁶. Y, siguiendo este postulado, en la sentencia *Queen’s Bench Division (Morris v. Marsden)* de 1952, acerca del daño causado al gerente de un Hotel por una persona que sufre esquizofrenia al entrar e invadir ilegalmente dicha propiedad (*trespass*), el Tribunal resolvió que el demandado era responsable civil del daño, pues, aunque el ilícito de *trespass* no requiere la culpabilidad del daño, se probó que el demandado tenía la capacidad de conocer la naturaleza y cualidad del acto, a pesar de que la mente que dirigía la mano y cometió el daño estuviera enferma⁸⁴⁷.

Finalmente, y volviendo al Derecho español, es claro que, tras todo lo que se ha dicho aquí, hemos de concluir que el concepto social de la culpa, influido por el principio *pro damnato*, es el que, además de permitir la agravación de la diligencia y la inversión de la carga de la prueba, ha tenido repercusión, sobre todo, en la conformación del elemento tradicional de la culpa, en un doble aspecto: por una parte, al reafirmar la idea, propia de la culpa contractual, de que el patrón de diligencia debido es objetivo. Y, por otra, en poner en tela de juicio el inexcusable presupuesto de la imputabilidad⁸⁴⁸. Y este último aspecto de la

⁸⁴⁶ VAN GERVEN, W./ LEVER, J./ LAROCHE, P., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, ob, cit, p. 348: “A person who suffers from a mental disease but is aware the nature and quality of his or her actions is liable in trespass even though he or she did not know that what she or she was doing was wrong”.

⁸⁴⁷ Ref. (1952), 1 All ER 925, en VAN GERVEN, W./ LEVER, J./ LAROCHE, P., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, ob, cit, np. 329, p. 348: “and that, where there is the capacity to know the nature and quality of the act, that is sufficient although the mind directing the hand that did the wrong was diseased”.

⁸⁴⁸ Ha habido una posición doctrinal minoritaria, la corriente determinista, que elude todo problema de la imputabilidad, la que niega que el dolo y la culpa traigan su causa en la voluntad humana o libre albedrío de la

culpa civil es el que vamos a estudiar en el apartado siguiente.

B.- En el elemento subjetivo: la innecesariedad de la imputabilidad en el concepto de culpa civil.

El concepto de culpa social ha llevado a un sector doctrinal a defender que la exigencia de la imputabilidad no constituye un presupuesto de la culpa civil en el sistema jurídico español, siendo, por tanto, la condición de imputable del agente extraña a éste. Y si la imputabilidad no es condición inevitable de la culpabilidad *ex* artículo 1902 CC, en su ámbito de aplicación se subsumen, en consecuencia, los actos involuntarios y los de los incapaces.

Esta tesis se ha apoyado en diferentes argumentos:

1º) En primer lugar, hay quiénes se han ayudado del elemento histórico y sistemático de interpretación de las normas jurídicas. Pues una visión histórica del artículo 1902 CC, según el apunte histórico expuesto en el capítulo segundo de que éste tiene su precedente en los artículos 1382 y 1383 del *Code civil* francés⁸⁴⁹, explica el distinto significado de los términos de culpa y negligencia que aparecen en aquél: ya que la palabra culpa es la traducción poco afortunada de *faute* o acción *torpe*, mientras que negligencia sí es la traducción de *negligence* como culpa en el sentido actual o técnico, es decir, la falta a la previsión y evitabilidad debida. Esto se ratifica por el hecho de que el artículo 1902 CC no especifica tal distinción, por lo que si alguien causa daños mediante un hecho suyo involuntario, pero que de algún modo pudo o debió evitar, subsiste la obligación de resarcir,

persona. En concreto, las corrientes deterministas técnico – jurídicas creen intrascendente el problema de la libertad moral del hombre a efectos de determinar su responsabilidad, y defienden un concepto normativo de la culpabilidad. Así, se arguye que la culpabilidad no existe, ni objetivamente ni, tampoco, en la psiquis del autor, sino más bien es un juicio por el que se afirma que una conducta antijurídica es reprochable a consecuencia de determinados hechos objetivamente existentes, o que la acción aparece como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente. A estas corrientes se les refuta, sin embargo, que la reprochabilidad en que consiste la culpabilidad, que es legal aunque lo formule el juez, se fundamenta en que el hombre es inteligente y libre, pues la responsabilidad social que resulta del mero hecho de vivir en grupo, en la que la escuela positiva penal funda la pena, no puede servir para, sobre su base, fundar la reparación civil; pues la obligación civil podrá existir o no, sin que por ello se conmuevan los íntimos fundamentos de la sociedad- Cfr. SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op. cit. p. 355-.

⁸⁴⁹ Vid. Supra, I.2.B, del capítulo segundo.

pues ha perjudicado a otro interviniendo culpa⁸⁵⁰. A lo dicho se le une que, desde una visión sistemática, los preceptos 1903 y siguientes del CC no atienden para exonerar de ella a la voluntariedad del hecho, sino a la diligencia puesta para evitar el daño, “y no va a ser el agente del daño de mejor condición que sus animales”⁸⁵¹.

2º) En segundo lugar, hay quiénes nos explican, sobre la base de la ponderación de la equidad en la interpretación de las normas jurídicas, que, aunque técnicamente hablando una persona inimputable es incapaz de realizar un acto culpable porque la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, ello no debe llevar a la conclusión precipitada de que, por ejemplo, el menor inimputable no puede ser declarado responsable nunca, pues los actos del menor inimputable no son, *per se*, equiparables al caso fortuito o a la fuerza mayor al no ser todos los actos del menor de edad imprevisibles e inevitables. A más *inri*, y en sintonía con este razonamiento, se afirma que el obrar del loco o de un niño no puede equipararse a un hecho de la naturaleza o al de un animal sin dueño, pues aquéllos, aun sin conocimiento, son personas provistas de un patrimonio y gravados con unas obligaciones sociales, recayendo sobre ellos esa responsabilidad por existir con que nace cada hombre y que, instintivamente, nos lleva a pensar que, en la elección entre el causante del daño y el perjudicado, es aquél que teniendo fortuna personal debe soportar las consecuencias económicas, salvo si empleó la diligencia debida⁸⁵². Pues no hay que olvidar la función estrictamente reparadora, que no sancionadora, de la responsabilidad civil y la necesidad de no dejar a la víctima sin reparación⁸⁵³.

3º) Por último, hay un tercer sector que niega el requisito de la imputabilidad argumentando que, aunque se puede afirmar *prima facie* que la imputabilidad o requerir que el agente tenga consciencia del alcance de sus actos y los realice libremente es lógico

⁸⁵⁰ SCAEVOLA, Q.M., *Código civil*, t. XXXI, *op. cit.* p. 321, nos explica que culpa supone una traducción poco afortunada de la palabra *faute* del *Code de Napoléon*, comprendiéndose en ella supuestos de dolo, de culpa y de casos en que sin culpabilidad subjetiva surge, por lo que pudiéramos llamar antijuridicidad objetiva, la obligación de indemnizar; y LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, II, *op. cit.* p. 496.

⁸⁵¹ *Ibidem*, p. 496.

⁸⁵² ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. IV, Madrid, 1976, p. 581: “Un caso fortuito es efecto de una causa desconocida, y por eso el que sufre sus consecuencias no puede pedir reparación a nadie; pero cuando el daño se causó por un loco, etc, se sabe quién dañó, y no estando el hecho de estas personas en su derecho, es contrario al del dañado quien puede reclamar contra él”. En sentido parecido, NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de los hijos*, ed., Bosch, Barcelona, 1998, p. 114.

⁸⁵³ GÓMEZ CALLE, E: “*La responsabilidad civil de los padres*”, *op. cit.* págs. 30-32.

corolario de la responsabilidad por culpa, no obstante, dicha lógica se enfrenta a la seguridad jurídica. En otras palabras, en el problema que nos ocupa hay que tener en cuenta la contraposición de dos principios jurídicos, el de culpabilidad y el de seguridad jurídica, y la lógica de que la atribución del daño al agente requiera la falta de previsibilidad del daño previsible y evitable se enfrenta a la seguridad jurídica que se vería mermada si aceptáramos el presupuesto de la imputabilidad para ser culpable, que dependería, en última instancia, del concepto de imputabilidad que tuviéramos. Pues si el agente no tiene la voluntad concreta cuyo ejercicio suponga la realización del comportamiento dañoso, se excluiría su responsabilidad civil por tal razón⁸⁵⁴.

Incluso, hay quienes, aisladamente, apoyan la responsabilidad del inimputable en el principio del enriquecimiento injusto⁸⁵⁵.

A los razonamientos expuestos hasta ahora, DE COSSÍO les niega legitimidad en la medida en que defiende que, en realidad, el Derecho español en la responsabilidad civil establece una presunción de capacidad en el agente y sienta, en cierto modo, las bases objetivas de la “Teoría de la responsabilidad”. Esto lo constata el propio Código civil que ha establecido todo un progresivo sistema de presunciones que acaban por imponerse mediante fórmulas que suponen una verdadera responsabilidad sin culpa⁸⁵⁶.

a) Responsabilidad civil por culpa objetiva del menor de edad inimputable civil.

Sobre la base de los postulados anteriores, el terreno para afirmar que un menor de edad inimputable civil puede llegar a ser responsable civil parecía estar abonado. Sin embargo, creemos, según los datos expuestos en los antecedentes históricos del capítulo segundo, que ya nuestro legislador penal había previsto esta responsabilidad, aunque sujeta a

⁸⁵⁴ LASARTE, C., *Principios de Derecho civil*, t. II, ob, cit, pp. 341-343.

⁸⁵⁵ CONDE PUMPIDO-FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil ...”, ob. cit, p.83, que nos explica que en el caso de que los menores o incapaces carezcan de la mínima capacidad volitiva que haga estar ante un acción humana, convirtiendo dicho actuar en una no-acción, habrá que acudir al principio del enriquecimiento sin causa para lograr la repetición de aquellos daños que hubiesen redundado en beneficio del plenamente incapaz irresponsable. Ya que el excluir la reparación del daño ilícito por la sola circunstancia de que su autor sea inimputable, si acorde con la lógica jurídica de la responsabilidad civil subjetiva, repugna al principio de justicia que impone que en el conflicto de intereses entre el patrimonio del dañador y el del dañado, no sea éste, auténticamente inocente del hecho, el sacrificado.

⁸⁵⁶ COSSÍO, A.DE, “La causalidad en la responsabilidad civil”, ob. cit, p. 540.

una serie de condiciones, sin tener que acudir, por tanto, a la evolución en la interpretación del término culpa. Si bien, lo que puede ser cierto es que el concepto de culpa objetiva podría facilitar la admisión de la interpretación extensa del precepto penal en orden a regular los supuestos en que el menor de edad cometiera un ilícito civil y fuera inimputable civil.

Por consiguiente, a parte de los fundamentos de escasa relevancia en el Derecho español que apoyan la responsabilidad civil del menor inimputable que comete un ilícito civil (el principio general de la solidaridad familiar a la que induce el artículo 155 CC⁸⁵⁷; el dato de que la inimputabilidad no excluye la ilicitud del acto⁸⁵⁸; o la responsabilidad por equidad que analizaremos posteriormente), el argumento de más predicamento, hasta la promulgación de la nueva LORPM, ha sido el de la culpa objetiva. Y esta teoría ha tenido, a su vez, como presupuesto la no diferenciación de las soluciones de la ley penal y de la civil en este sector de responsabilidad, a causa de la defensa de la concepción unitaria del ilícito⁸⁵⁹, o la aplicación analógica del precepto penal al supuesto en que el menor de edad cometiera un ilícito civil

a') Presupuesto previo: aplicación analógica del artículo 20.1. II. CP 1973.

Tras la supresión del antiguo artículo 32 CC, la mayoría de la doctrina empezó a fundamentar la responsabilidad civil del menor de edad inimputable civil que cometía un ilícito civil en la aplicación analógica del párrafo segundo del apartado primero del artículo

⁸⁵⁷ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil...*, op.cit, p. 188. Esta autora reduce dicho fundamento objetivo al supuesto en que los guardadores del menor sean insolventes pues, partiendo del principio general que indica que no existe responsabilidad civil sin previa declaración inculpatória del demandado, y sentado que la autora defiende que la Ley llama en primer lugar a responder a los guardadores legales, los Tribunales tendrán en cuenta la culpabilidad o inocencia de los guardadores para determinar su responsabilidad. De modo que, si los padres no pueden destruir la presunción de culpa que pesa sobre ellos en la actuación de sus hijos, serán condenados a indemnizar, cuya culpabilidad o inocencia no tendrá influencia sobre esa responsabilidad. Y como lógica consecuencia, existirá un derecho de repetición del hijo a los padres, que en el caso de menores bajo tutela se apoya, claramente, en los artículos 1902 y 285 CC que prevé acciones del tutelado frente al tutor y, a su vez en el 269 CC si el daño se debe a que el tutor incumplió las obligaciones propias de su cargo, en relación a la persona del tutelado. En contra, GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit, p. 198.

⁸⁵⁸ Ref. SILVELA, L., *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2ª ed., Madrid, 1903, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, segunda parte, p. 243, en Latour Brotóns, J., *“Responsabilidad civil de los incapaces”*, op. cit, pp. 124-125.

⁸⁵⁹ SOTO NIETO, F., *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. ...*, op. cit, p. 194. También, MICHEL NAVARRO, M., *La responsabilidad civil de los padres...*, op. cit, p. 114.

20.CP 1973⁸⁶⁰. Pues si este precepto, hasta su derogación por la LORPM, regulaba la responsabilidad civil subsidiaria del menor de dieciséis años inimputable penal, la doctrina asumía, acríticamente, que si dicho menor era inimputable penal también lo era civil.

En concreto, estos autores razonaban que, si se tiene en cuenta que la finalidad y *ratio* del artículo 20.1.II CP 1973 es evitar que la víctima quede sin reparación alguna cuando, no pudiendo obtenerla de ninguno de los responsables directos, el menor cuenta con bienes suficientes como para satisfacerla, aunque sea parcialmente, no se ve por qué ha de ser más merecedora de ella quién sufre las consecuencias de un acto penalmente tipificado que la víctima de cualquier otro acto dañoso, si la finalidad de la responsabilidad civil es siempre resarcitoria o compensatoria. En conclusión, a los efectos del artículo 4.1 CC hay “identidad de razón” entre el supuesto previsto por el Código penal y el no contemplado por el Código civil, contra el que no se puede, por otra parte, invocar, ni el artículo 4.2 CC, pues el artículo 20.1.II consagra una norma de naturaleza civil, ni el carácter excepcional de la objetividad que consagra, pues la moderna doctrina jurisprudencial admite que una norma relativamente excepcional pueda consentir la aplicación de la analogía dentro del ámbito de su contenido estricto y en tanto en cuanto la *ratio* del tratamiento excepcional corresponda también al caso no regulado⁸⁶¹.

⁸⁶⁰ Pues el artículo 32 CC sirvió de base tanto para fundamentar la responsabilidad civil del menor de edad imputable, como hemos expuesto anteriormente, como, sobre todo, la responsabilidad civil del menor de edad inimputable.

⁸⁶¹ Respecto a la aplicación analógica en virtud de la naturaleza civil del artículo 20 CP, vid. Ref. BORRRELL MACÍA, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudios del artículo 1902 CC y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910*, Barcelona, 1958, p. 45; LEÓN GONZÁLEZ, JM., “La responsabilidad civil...”, op.cit, p. 335, en Gómez Calle, E., “La responsabilidad civil del menor”, op. cit. np. 81, p. 127. También, Ref. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947, pp. 330-331, en León González, JM., “La responsabilidad civil...”, op. cit, np. 205, p. 335; LATOUR BRONTONS, J., “Responsabilidad civil de los incapaces”, en *Libro Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre*, vol. II, ed., Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, p. 210; DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos...”, ob. cit, p. 876, quién nos explica que: “la aplicación analógica precisa que el supuesto al que se trate de aplicar sea idéntico sustancialmente al regulado legalmente. Así pues, el artículo 20 CP, regla 1^a, que se ocupa de los inimputables penales para determinar en qué casos responderán con sus propios bienes, se aplicará analógicamente sólo a los inimputables civiles”; y DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Régimen de la responsabilidad por hecho propio”, en Lacruz Berdejo, JL, y otros., *Elementos de Derecho civil*, II. Derecho de obligaciones, vol. 2^o, ed., Dykinson, Madrid, 1999, (4^a edic revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), p. 468.

Por otra parte, CASTRO Y BRAVO, F.DE, *Derecho civil de España*, t. II, op.cit, pp. 188, 191-192; y PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS de 10 de marzo de 1983”, en CCJC, núm. 2, pp. 455-456; y “Comentario al artículo 1902 CC” en *Comentario del Código civil*, t. II, ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.1975, entienden que tanto el artículo 20 CP como el artículo 1902 CC fundamentan una única pretensión y regulan una única realidad. Asimismo, ROGEL VIDE, C., “La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a la patria potestad o tutela”, en ADC, t. II, 1976, pp. 1235-1236, entendía aplicable analógicamente dicho precepto en razones de equidad; y CONDE PUMPIDO-FERREIRO, C., “Los

Por el contrario, hay autores que defienden que la responsabilidad objetiva sin culpa sólo es posible en el caso en que el menor cometiera un ilícito penal y concurrieran los presupuestos precisos para que naciera según el artículo 20.1ª CP. Esta negativa la siguen, en esencia y desde razonamientos diferentes, dos sectores doctrinales:

Un primer sector doctrinal, y desde una posición extrema, sostiene ser más que dudoso que no existiendo culpa pueda nacer ex artículo 1902 CC una acción de resarcimiento con cargo a un inimputable, basada en la analogía y en los principios generales del Derecho⁸⁶², ya que, entonces, habría que preguntarse por qué razón no responderían también objetivamente las personas capaces que, sin culpa, causen un daño a otro⁸⁶³. En definitiva, se sostiene que si el fundamento no fuera la culpa se estaría incurriendo en un agravio comparativo respecto a la situación de los adultos que responden según la regla general de la responsabilidad por culpa, al establecer respecto a los menores un principio totalmente contrario a ella⁸⁶⁴. Por consiguiente, para este sector doctrinal y siguiendo a ALBALADEJO, el daño que deriva de un ilícito civil del que los progenitores, en su caso, no respondan supone un caso fortuito, y ha de soportarlo el perjudicado⁸⁶⁵. Aunque, al estimar algunos de los autores pertenecientes a este

problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. II, ed., Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 84-85, lo basaban en razón de que la versión del CP vigente en la época de publicación de su trabajo, todo hecho dañoso podía ser subsumido en el amplísimo tipo penal de daños.

⁸⁶² SCAEVOLA, Q.M., *Código civil*, t. XXXI, ob, cit, p. 564.

⁸⁶³ ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II-2º, 1997, op. cit, p. 516. Y si a ello se respondiese que por la misma razón que el Código penal les exime de responsabilidad civil, entonces será necesario plantear la disyuntiva de que, o bien se entiende que en materia de reparación de daños causados por hechos ilícitos civiles rigen los artículos 1902 y siguientes del CC, o bien se entiende que inexplicablemente prevalecen sobre ellos, las normas del CP sobre responsabilidad civil.

⁸⁶⁴ *Ibidem*, p.488. Este autor aclara que la regla general en Derecho español es la responsabilidad civil por culpa en base al art. 1902 CC y la excepción la responsabilidad objetiva, y para demostrarlo cita jurisprudencia que lo corrobora desde los años ochenta hasta casi finales de los noventa. En tal sentido se encuentran las SSTs de, 18.11.1980; 22.10.1981; 4.10.1982; 16.5.1983; 9.7, 12.12.1984; 21.11,13.10.1985; 22.10.1987; 16.10.1989; 13.12.1990; 18.2, 23.9.1991; 28.2, 28.5.1992; 9.6, 19.7.1993; 22.7,26.9.1994; 13.11,5, 30.12.1995; 22.1, 11, 24.5, 8.7.1996, etc. De modo que la regla de la responsabilidad civil subjetiva no se desvirtúa, ni por las excepciones legales, cada vez más numerosas, ni por la aplicación jurisprudencial que se cifra en una cada vez mayor dificultad de exoneración por las presunciones de culpa o inversiones de la carga de la prueba, o por la exigencia de una diligencia cada vez mayor.

⁸⁶⁵ *Ibidem*, p. 516. En sentido parecido, GARCÍA- RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, ed., Bosch, Barcelona, 1992, pp. 276-281; que afirma que los preceptos penales que imponen una responsabilidad civil a cargo de los inimputables son cuerpos totalmente extraños en nuestro sistema de responsabilidad civil basado en la culpa, y por ello, normas totalmente excepcionales, que han de aplicarse exclusivamente a la responsabilidad civil nacida de los ilícitos penales, manteniéndose, respecto a los ilícitos civiles el sistema general del Código civil (arts. 1902-1903 CC); YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la Reforma del Código civil en materia de tutela*, ob. cit, p. 156. Este autor dispone que los infantes y los compulsivos son descartables de una posible responsabilidad civil, pues son sujetos de quienes no puede hablarse de un verdadero querer, pues un

sector que es una injusticia que el perjudicado haya de soportar el daño inferido, buscan un responsable vía artículo 1902 CC para seguir siendo coherentes con su posición subjetiva. Es decir, que quién tuviera a su cargo al menor o incapaz totalmente inimputable sería responsable de los daños y perjuicios causados por estos si se dieran los requisitos que exige el artículo 1902 CC, es decir, por su negligencia para prevenir el mal causado por el incapaz, pero no por hecho ajeno⁸⁶⁶.

En un segundo sector doctrinal, y desde una posición más matizada, están los que, como PEÑA LÓPEZ, mantienen que las normas de responsabilidad civil *ex delicto* sólo son aplicables analógicamente a los supuestos subsumibles en el régimen general de la responsabilidad extracontractual del Código civil, al existir identidad de razón. Pero, *a sensu contrario*, no la admiten, por un lado, respecto a aquéllos preceptos que exigen que se haya cometido un delito o falta, como, por ejemplo, los artículos 120, 121 CP 1995, en la medida en que dichas normas no han sido dictadas para regular supuestos en los que exista una mera “ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta” de que deriven perjuicios, sino que han sido introducidas en el CP específicamente en atención a aquellos casos en los que una persona haya realizado un hecho típicamente antijurídico, culpable y punible. Y, por otro, tampoco admiten dicha aplicación analógica respecto a aquellas normas que establecen regímenes de responsabilidad excepcionales según los términos del artículo 4.2 CC, como,

resultado dañoso de tal naturaleza se considera producto de fuerza mayor, igual que si se tratase de un acontecimiento de la naturaleza. ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *Tratado de responsabilidad civil*”, op. cit, p. 308. Son totalmente irresponsables aquéllos sujetos en que no cabe un verdadero querer, como los infantes, pues estamos ante una no acción o un fenómeno equiparable a los hechos de la naturaleza, pues, en efecto, no debe mediar diferencia jurídica entre el acto de un niño de seis años, por ejemplo, y la caída de un rayo o una lluvia torrencial.

⁸⁶⁶ LATOUR BROTONS, J., “Responsabilidad civil de los incapaces”, op. cit, np. 86, pp. 156-157. Este autor refrenda dicha conclusión con cierta doctrina legal del TS en la que, aunque a efectos exculpatorios, toma como base la justa dimensión y alcance del artículo 1902 CC, así en la SSTs de 12.11.1931, 17.12.1941 y 5.7.1965, todas relativas a la responsabilidad civil de los maestros, en las que se diferencia la responsabilidad del maestro a título de culpa *in vigilando* y como responsabilidad civil por hecho ajeno *ex art. 1903 CC*, y la negligencia en la responsabilidad civil por hecho propio, *ex art. 1902 CC*. De manera que, por ejemplo, respecto del último supuesto indicado el TS argumentó que “(...) nunca podría prosperar la tesis de la demanda tendente a hacer valer una exigencia de responsabilidad del maestro a título de culpa *in vigilando* y en base del 1903 CC, puesto que éste no creó situación de peligro alguna, previó y precavó posibles contingencias funestas y guardó y cumplió siempre y en todo momento la normal diligencia de un buen padre de familia; y sin que en su conducta (tampoco) pudiera reprochársele negligencia alguna o descuido por cuanto al suceso, pues entraría dentro de lo inevitable ante el pronto, vivo y rápido proceder del menor que lanza alocadamente una piedra que alcanza a uno de sus condiscípulos”. En esta última frase, en que el paréntesis es nuestro, es donde encontramos el apoyo a la tesis del autor sobre el debido alcance del artículo 1902 CC. En sentido idéntico la STS de 12.5.1956 distingue entre el cuidado y diligencia del demandado con respecto a su hijo en cuanto a la educación del mismo en orden a su enseñanza, y su negligencia (*ex artículo 1902 CC*) en este caso concreto, revelada al no impedir que un niño

por ejemplo, la norma del antiguo artículo 20 del antiguo CP 1973 que consagraba un supuesto de responsabilidad civil de carácter excepcional y no de Derecho normal o regular, cual es la responsabilidad civil sin culpa y de carácter subsidiario, al igual que, según la opinión del autor citado, ocurre con el actual artículo 118.1 CP 1995⁸⁶⁷.

b') La teoría de la culpa objetiva en el antiguo artículo 20.1.II CP 1973.

Esta teoría entiende que el hecho de que el artículo 20.1.II CP 1973 obligara al menor de dieciséis años a responder civil y subsidiariamente sin hacer alusión alguna a la culpa, ni exigir para ello que el menor de edad fuera capaz de entender y querer, no significaba que se tratara de una responsabilidad puramente objetiva o por la mera producción del daño, sino que el precepto penal implicaba que para que un menor inimputable debiera responder según consideraciones de equidad tenía que haber realizado un acto objetivamente culpable u objetivamente ilícito. Es decir, que lo necesario, en todo caso, era que el agente no hubiera observado en su actuación la diligencia o cuidado objetivamente exigibles por el tráfico⁸⁶⁸.

de corta edad pudiera usar un arma de fuego y que originó tan graves consecuencias. Sin embargo la STS de 29.12.1962 resolvió en términos contrarios, sobre la base del artículo 1903 CC, ante un supuesto idéntico.

⁸⁶⁷ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 339 y 348 y 357.

⁸⁶⁸ A mediados de siglo había quienes calificaban la responsabilidad equitativa como solución al problema de la irresponsabilidad del menor de edad de argumento puramente sentimental e injustificado que implicaba convertir la obligación de reparar en una mera obligación de asistencia, ya no de reparación; proponiendo, sin embargo, poner el acento en el carácter mismo del acto dañoso y en el derecho de la víctima a no sufrir daños personales ni materiales – cfr. LEÓN GONZÁLEZ, J.M., “La responsabilidad civil por los actos dañosos del sometido a la patria potestad”, en *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, t. II, separata 1968, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 328-329, que fundaba dicha obligación en el hecho de que el menor ha incurrido en culpa objetiva, es decir, que el menor ha realizado un acto tal que hubiese comprometido su propia responsabilidad caso de ser mayor, o bien realizado por un mayor hubiese constituido culpa. Y en el mismo sentido, COSSÍO, A., *De El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, p. 70, que defiende que, aún los incapaces pueden realizar acciones objetivamente ilícitas, pues las disposiciones del orden jurídico pueden ser comprendidas y obedecidas solamente por el hombre normal; pero su vigencia es general para todo hombre, sin consideración a su desarrollo o anormalidad mental, sin consideración de su ignorancia de la ley o de los hechos. La falta de imputabilidad no excluye el carácter objetivamente ilícito de la acción; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de derecho civil* II-2º, 1995, op. cit. p. 467, que afirma que el obrar del loco o de un niño no pueda equipararse a un hecho de la naturaleza o al de un animal sin dueño, pues aquéllos, aun sin conocimiento son personas provistos de un patrimonio y gravados con unas obligaciones sociales que no tienen el lobo que mata al ganado o el río que inunda una finca, recae sobre ellos esa responsabilidad por existir con que nace cada hombre, y que instintivamente nos lleva a pensar que en la elección entre el causante del daño y el perjudicado, es aquél quien teniendo fortuna personal debe soportar las consecuencias económicas, salvo si empleó la diligencia debida; GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit, pp. 201-202; y MIR PUIG, J., “Sobre el problema de la naturaleza de de la responsabilidad civil extracontractual”, AC, 1991-I, nº.7, p. 105.

Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil...*, op. cit, p. 188, que limita la aplicación de la culpa objetiva a los supuestos de inexistencia de los guardadores o que éstos demuestren que no incurrieron en negligencia, excluyendo el caso en que los padres sean insolventes, pues en este caso la culpabilidad se analiza respecto a los padres, de modo que si éstos no han podido demostrar que actuaron con la diligencia

Y esta opinión la basaban en tres razones:

1ª) En primer lugar, porque estamos ante un hecho dañoso típico y antijurídico, es decir, encuadrable en un tipo penal y no amparado por ninguna causa de justificación, un hecho que, de no haber sido realizado por una persona penalmente inimputable, sería constitutivo de delito o falta. 2ª) En segundo lugar, porque si la responsabilidad civil *ex* artículo 20.1.II fuera objetiva se estaría discriminando injustificadamente al menor penalmente inimputable respecto de cualquier otra persona imputable dado que, como regla general, en nuestro Derecho sólo se responde de los daños causados por culpa o negligencia⁸⁶⁹. 3ª) Y, por último, a diferencia de los preceptos extranjeros, en los que la equidad opera al lado del acto objetivamente culpable a efectos de fundamentar la obligación de reparar y de determinar la cuantía de la indemnización, en España tal fundamento no es viable jurídicamente, no obstante la dicción del artículo 20.1.II, debido a que el artículo 3.2 CC español prohíbe tal posibilidad, permitiendo, únicamente, la ponderación de la equidad en la aplicación de la norma⁸⁷⁰.

Así las cosas, la aplicación analógica del artículo 20.1.II CP al supuesto en que el menor cometiera un ilícito civil se admitía solamente en el caso siguiente: cuando un menor hubiera cometido un daño del que no tenía que responder de manera directa, por ser civilmente inimputable o por tratarse de un daño imprevisible e inevitable para cualquier menor normal de su misma edad, pero que hubiera podido preverse y evitarse empleando la diligencia objetivamente exigible en el tráfico a cualquier persona mayor de edad y normal en idénticas circunstancias. Esto es, el menor respondía por haber realizado un acto objetivamente culpable⁸⁷¹. Si bien, la novedad que implicaba la aplicación analógica del precepto penal al supuesto en que el menor de edad cometiera un ilícito civil era, según NAVARRO MICHEL, que no se restringía la responsabilidad civil por culpa objetiva del menor

debida, los menores han de responder por la mera producción del daño. Aunque como lógica consecuencia, el menor tendrá un derecho de repetición frente a los padres.

⁸⁶⁹ GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, *op. cit.* p. 124; y en el mismo sentido, DÍAZ ALABART, S., “Comentario a la STS de 1 de febrero de 1989”, en *CCJC*, núm. 19, 1989, pp. 154-155; LEÓN GONZÁLEZ, JM., “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido...”, *ob. cit.* pp. 311-312; PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS de 10 de marzo de 1983”, *ob. cit.* p. 456; y PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractua*, *ob. cit.* p. 356.

⁸⁷⁰ GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, *op. cit.* pp. 171-173.

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 128. En igual sentido, NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, *ob. cit.* p. 114.

de edad a que se dieran los presupuestos de aplicación de la norma penal, esto es, la inexistencia o exoneración de los padres; lo que sin duda, según la autora, ampliaba la responsabilidad civil del menor de edad inimputable civil a extremos no afirmados antes⁸⁷².

En cualquier caso, la doctrina pone de manifiesto que la teoría de la culpa objetiva en su vertiente de no precisar la imputabilidad civil ha tenido una mínima, por no decir nula, virtualidad práctica, como lo refleja el que no existan casi sentencias en las que el TS haya hecho aplicación del artículo 20.1.II CP⁸⁷³. Y aquélla nos explica que esta inaplicabilidad del precepto se ha debido a una cuestión de orden procesal: pues si, por un lado, los JUZGADOS DE MENORES eran los competentes para conocer del delito cometido por un menor mayor de dieciséis años, y, por otro, según el artículo 14 de la LO 4/1992 Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, tales Juzgados no eran competentes para conocer de la responsabilidad civil, al final y en consecuencia, la víctima estaba obligada a interponer la acción para exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil. Y, conociendo la jurisdicción civil, la línea domiante de los Jueces y Tribunales ha sido la de aplicar la normativa civil y no la penal, dejando sin vigencia al artículo 20.1.II CP⁸⁷⁴.

No obstante, frente a la tendencia general, existe alguna que otra resolución de la jurisdicción civil que ha admitido que se pueda ejercitar, a pesar de resolver un supuesto en que el menor de dieciséis años haya cometido un ilícito penal, tanto la acción civil de culpa extracontractual vía artículo 1902 y 1903 CC, como la acción civil *ex delicto* vía artículo 20 CP. Es decir, se está admitiendo la aplicación de la normativa penal por la jurisdicción civil⁸⁷⁵. Sin embargo, el problema está, finalmente, en que en la mayoría de los supuestos, como nos explica GÓMEZ CALLE, no se plantea demanda contra el menor de edad⁸⁷⁶.

⁸⁷² NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ob, cit, p. 114.

⁸⁷³ Solamente para resolver supuestos de enfermedad mental, como estudiaremos más adelante.

⁸⁷⁴ Entre otras, lo constata la STS 10.7.1985 (RJA 1985, 3968) porque el TS, al aplicar la normativa jurídica civil, defiende la aplicabilidad del artículo 1968.2 CC, esto es, el plazo de un año aplicable a la culpa extracontractual y no el plazo de la responsabilidad civil *ex delicto*. Y, sobre todo a nivel de Audiencias Provinciales, como las SSAP de Granada de 8.3.1993 (AC 1993, 752); de Almería de 6.4.1995 (AC 1995, 645); de Álava de 27.5.1998 (AC 1998, 5619); de Valencia de 3.5.1999 (AC 1999, 6141); de Guadalajara de 10.3.2000 (AC 2000, 3256); o de Teruel de 29.11.2000 (AC 2000, 2417). En todas estas sentencias se aplicó el artículo 1903.2 CC y no el artículo 20 CP.

⁸⁷⁵ Así, en la STS de 9.7.1998 (RJA 1998, 554) que, de modo novedoso, ratifica los pronunciamientos de la Audiencia Provincial acerca de la responsabilidad directa de los padres y *subsidiaria del menor*. En este caso el menor de edad fue demandado, junto con sus padres, por los daños ocasionados, al disparársele la

c') ¿La teoría de la culpa objetiva en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 1/2000?

Tras la derogación del artículo 20 CP por la LORPM de 2000, el artículo 61 LORPM hace omisión a toda referencia a una responsabilidad civil subsidiaria del menor de edad inimputable penal, y sólo recoge la responsabilidad civil y directa del menor mayor de catorce años y menor de dieciocho, o en su caso veintiuno.

Antes esta situación, la doctrina se pregunta si la responsabilidad civil subsidiaria del menor de edad inimputable civil ha dejado de estar vigente en el Derecho español; o si, al ser un principio general, a pesar de la derogación del precepto que lo positivizaba, sigue rigiendo en nuestro Ordenamiento jurídico, sobre todo, cuando en el período de tiempo que media entre el CP 1973 y el CP de 1995 se encuentran soluciones que ofrecen una línea de continuidad a la responsabilidad civil del menor de edad inimputable civil; e incluso el Proyecto del CP 1992 confirió a los Tribunales la facultad de establecer hasta dónde respondía subsidiariamente el menor, según lo considerasen equitativo⁸⁷⁷.

A pesar de ser un interrogante difícil de contestar en un momento en el que ha transcurrido un tiempo relativamente corto desde la promulgación de la LORPM como para sacar conclusiones, la doctrina se divide, al respecto, en dos grupos: por un lado, los que defienden que, en la actualidad, no existe una responsabilidad civil del menor de edad inimputable civil, ya cometa éste un ilícito civil o penal. Pues entienden que, el silencio de la LORPM acerca del criterio de imputación de responsabilidad ha de ser interpretado en el sentido de exigir la culpa o negligencia del menor, pues en otro caso no habría responsabilidad penal; y, además, la regla general en materia de responsabilidad civil es la

escopeta de caza que portaba cargada y en disposición de ser usada, o la persona que le acompañaba. Y, en el mismo sentido, las SSAP de Álava de 27.9.1993 (AC 1993, 1781), y de Málaga de 31.12.1994, que basan la aplicación de la normativa penal por la jurisdicción civil en que la naturaleza de un hecho previsto en el Código Penal como delito o falta, aunque sea cometido por un irresponsable penal protegido, sigue siendo penal.

⁸⁷⁶ GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, op.cit. p. 129. Así, por ejemplo, en la STS de 21.9.1990 en la que podría haberse aplicado el artículo 20.1ª.II CP, el tema ni siquiera se planteó porque no se interpuso demanda contra un niño de seis años que le saltó un ojo a otro con un tenedor en el comedor de una guardería infantil, pues el padre de la víctima actuó sólo contra la directora de la guardería, y el TS desestimó la demanda al no hallar ninguna conducta negligente imputable a los guardadores. En tales circunstancias, la víctima podría haber hecho valer su responsabilidad subsidiaria de acuerdo con el precitado precepto penal.

⁸⁷⁷ Ref. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Comentarios al Anteproyecto del Código penal de 1992”, *Act.P.*, 1992, p. 205, en López Sánchez C, ob, cit, np. 409, p.405.

imputación subjetiva⁸⁷⁸. Y, por otro y por el contrario, están los que entienden que la nueva LORPM ampara, también, situaciones en las que el menor inimputable sea responsable civil, pero no con carácter subsidiario como disponía la anterior normativa, sino con carácter solidario. En concreto, LÓPEZ SÁNCHEZ nos explica que, dado que la LORPM sigue un criterio cronológico y con independencia del discernimiento para juzgar la responsabilidad penal del menor de edad, no cabe duda de que, si en la mayor parte de los casos el propio menor será capaz y, por tanto, imputable a partir de los catorce años; habrá otros casos en los que su inmadurez pudiera aconsejar haber procedido de otro modo, pero, por imposición del artículo 61.3 LORPM, su responsabilidad será directa y solidaria con la responsabilidad de las personas mencionadas en el mismo artículo. Ahora bien, esta autora reconoce que el menor de edad en este caso responde por culpa objetiva, puesto que en el supuesto concreto deberá responder a pesar de no ser imputable⁸⁷⁹.

b) Responsabilidad civil por culpa objetiva del incapaz inimputable civil: interpretación doctrinal mayoritaria del art. 118.1 CP 1995.

Respecto a la posible responsabilidad civil del incapaz inimputable civil, hay que hacer constar que el antiguo artículo 20.1.II CP 1973 regulaba, a la vez y en los mismos términos (con carácter subsidiario), la responsabilidad civil del menor de dieciséis años inimputable penal y la de los enajenados y los que sufren alteración en la percepción inimputables penales. Y la doctrina entendía, de igual modo, que si el incapaz era inimputable penal también lo era civil⁸⁸⁰.

Ahora bien, aunque este precepto penal no tenía virtualidad práctica en lo que se refiere a los menores inimputables civiles por la razón procesal apuntada, sí ha encontrado, por el contrario, aplicación en el colectivo de los incapaces inimputables por el daño derivado

⁸⁷⁸ BUSTO LAGO, J., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ed., Aranzadi, Navarra, 2002, p. 152. En igual sentido, DURANY PICH, S., “Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores”, *InDret*, 2/2000, pp.9-10.

⁸⁷⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob. cit., p. 408.

⁸⁸⁰ Vid. RUIZ VADILLO, E., “Responsabilidad civil, artículo 20”, en *Comentarios a la legislación penal. La reforma del CP de 1983*, t. V, vol. IIº, ed., Rev. de Derecho Privado, p. 366, que ofrece un resumen de las posturas doctrinales acerca de la responsabilidad civil del inimputable.

de un delito o falta, a pesar de que tampoco haya mucha jurisprudencia al respecto⁸⁸¹. Pero, curiosamente, cuando el incapaz inimputable civil cometía un mero ilícito civil, y ante la falta de precepto civil que regulara la cuestión, solo cierto sector de la doctrina admitía la aplicación analógica del precepto penal⁸⁸²; pero, de ningún modo lo reconocía la jurisprudencia que acudía, en consecuencia: o bien, a la responsabilidad civil del tutor en caso de que el inimputable penal estuviera incapacitado *ex* artículo 1903.3 CC; o bien, a la responsabilidad civil de quién tuviera el deber de constituir el organismo tutelar e incapacitarle y hubiera hecho dejación del mismo, en caso de que aquél no estuviera incapacitado, como estudiaremos, por su interés y mayor extensión del tema, en el capítulo cuarto⁸⁸³.

Asimismo, la derogación del artículo 20 CP y la redacción del nuevo artículo 118.1 CP 1995 ha provocado cierta confusión. Pues, según los términos de este precepto, la exención de la responsabilidad criminal en los supuestos, bien de anomalías o alteraciones psíquicas, bien de alteraciones en la percepción que influyan gravemente en la conciencia de la realidad que en el tiempo de cometer la infracción penal les impidan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, no conlleva la exención de la responsabilidad civil⁸⁸⁴. Y esta responsabilidad civil corresponde, tanto a quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, como al inimputable penal a causa de la expresión de que los inimputables penales son “también responsables”, y del inciso final del precepto “y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables”.

⁸⁸¹ Se aplica el artículo 20.1ª. II CP 1973, entre otras, en la STS de 8.3.1984 (Sala 2ª, *RJA* 1984, 1719), en la que el TS confirmó el pronunciamiento de la sala de apelación que declaró responsable civil a un joven de diecinueve años con oligofrenia o deficiencia psíquica moderada, pues al no estar incapacitado no existía persona que, según el párrafo primero del artículo 20, respondiera de modo principal; y la STS 12.6.1998 (Sala 2ª, *RJA* 1998, 6997) que declara la responsabilidad civil de una persona que, en un brote activo producido por la esquizofrenia paranoica que padecía, intentó asesinar a su cuñado. En el mismo sentido, pero declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, porque el agente del daño era un funcionario y se cumplían el resto de los requisitos exigidos por el antiguo artículo 22 CP 1973, *vid.* STS 11.9.1992 (Sala 2ª, *RJA* 1992, 7120), que condena civilmente, de modo principal, a un cartero que en estado de enajenación causó lesiones al Jefe del Negociado; y STS 9.12.1993 (Sala 2ª, *RJA* 1993, 9761), que, de igual modo, condena civilmente, de modo principal, a un policía que padecía una esquizofrenia crónica y cometió el delito con su arma reglamentaria; y STS 16.12.1998 (Sala 2ª, *RJA* 1998, 10314).

⁸⁸² PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS de 10 de marzo de 1983”, *CCJC*, nº.2, 1983, pp. 447. Y a favor de la “indemnización por equidad”, YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil de menores e incapacitados...*, *ob. cit.*, p. 162.

⁸⁸³ *Vid.* STS 13.9.1984 (*RJA* 1984, 4296), y SAP de Navarra de 3.3.1997 (*AC* 1997, 463).

⁸⁸⁴ *Vid.* art. 20.1º y 3º CP 1995.

De modo que los términos confusos del legislador han planteado graves problemas de interpretación, tanto en lo que se refiere al criterio de imputación, como al carácter de la responsabilidad civil de los inimputables penales⁸⁸⁵. Y a este respecto la doctrina se divide en tres sectores:

Iª.- En primer lugar, hay un sector doctrinal mayoritario que, influido por la anterior normativa y exégesis doctrinales, sigue interpretando el precepto en el mismo sentido que con la normativa anterior. Esto es, se entiende, o bien, que el artículo 118.1 CP regula una responsabilidad civil por culpa objetiva y subsidiaria, entendiendo que se ha de interpretar en el sentido de que cuando haya culpa o negligencia por parte del tutor o guardador, ellos serán responsables directos y, en el caso de que sean insolventes o no exista culpa en ellos, responderán los inimputables⁸⁸⁶. Aunque otros matizan que la responsabilidad del inimputable penal por las causas citadas es directa⁸⁸⁷. O bien, que el artículo 118.1 CP expresamente acoge la equidad como solución al problema de la responsabilidad civil derivada de delito de los inimputables, como veremos más adelante⁸⁸⁸.

IIª.- En segundo lugar, están los que, separándose de la anterior normativa, o bien se muestran a favor de que la expresión del precepto en estudio es un error gramatical y donde el legislador quiso decir inimputables dijo imputables⁸⁸⁹; o bien juzgan que la expresión se refiere a que la responsabilidad civil de quien tiene la guarda del sujeto inimputable es

⁸⁸⁵ Vid, ALASTUEY DOBÓN, C., “La responsabilidad civil”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito ...*, ob. cit, p. 426. Si se hace un seguimiento de los textos prelegislativos, PLCP 80, APNCP 83, PLOCP 92, se constata que se siguió recogiendo la responsabilidad civil subsidiaria de los inimputables penales, hasta PLOCP 94 en el que hubo una falta de pronunciamiento al respecto, e hizo que se cambiara el criterio del legislador.

⁸⁸⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad civil derivada del delito”, ob, cit, p. 195.

⁸⁸⁷ MONTES PENADÉS., “Comentario al artículo 118”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, ed., Tirant lo Blanch, 1996, p. 633, que nos explica que quienes entienden que la responsabilidad del inimputable es subsidiaria confunden el carácter subsidiaria con el solidario. Y en sentido parecido, GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad civil de padres y centros docentes”, en *Lecciones de Responsabilidad civil* (coor. F. Reglero Campos), ed., Aranzadi, 2002, p.284.

⁸⁸⁸ Vil. Infra. II.5.B de este capítulo

⁸⁸⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L./ CREMADES, J., “Comentarios al CP”, *La Ley-Actualidad*, 1996, p. 53; MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el CP de 1995”, *PJ*, nº. 38, junio 1995, p. 991; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles en el nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos del derecho de Familia y otros extremos*, ed., Dykinson, Madrid, 1997, p. 242.

compatible con la que pueda tener por actos propios si son calificables autónomamente como un hecho delictivo⁸⁹⁰.

IIIª.- Y, por último, están los que, desde una postura integradora, entienden que el artículo 118.1 CP consagra la responsabilidad civil de los inimputables penales, ya sea porque “sean capaces de culpa civil”, o porque “aún no siéndolos (responsabilidad civil objetiva, pues, en este caso), sea equitativo que corran con parte de los perjuicios causados”. Si bien dentro de esta última corriente, unos, como DÍAZ ALABART, entienden que la responsabilidad civil del inimputable penal y civil es, también, directa⁸⁹¹; y otros, como PEÑA LÓPEZ, consideran que es de carácter subsidiario⁸⁹².

Ahora bien, lo que parece estar claro para la doctrina en general es que, en todo caso se comparte la responsabilidad entre incapaces y guardadores, la cual, como advierte el último párrafo del precepto, deberá ser graduada por los Jueces “de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de (los) sujetos responsables”. De modo que dicho precepto da entrada a la equidad en punto a las correspondientes indemnizaciones, esto es, como cuestión que afecta sólo a la indemnización y no a la obligación en sí misma⁸⁹³, pudiendo ponderar, en tal caso, no sólo su limitado discernimiento, sino también su situación patrimonial⁸⁹⁴. En concreto, y palabras de DÍAZ ALABART, la labor de los Jueces y Tribunales contenida en este precepto, más que de moderación de responsabilidad, es de “mero reparto de la cuantía de la misma entre los dos sujetos cocasuantes del daño; ya se pueda valorar la actuación del inimputable penal con los criterios de la culpa civil, o por carecer éste de

⁸⁹⁰ MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*. Parte general, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 624.

⁸⁹¹ DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad civil en la Ley 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores”, en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. II, ed., Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 209.

⁸⁹² PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ob, cit, pp. 353-354, al igual que establecía el antiguo artículo 20 TRCP de 1973, y ello por dos razones: a) porque el artículo 118.1 establece que los guardadores son “también responsables”, con lo que, a nuestro juicio, se parte de la afirmación de la responsabilidad de todo penalmente inimputable, b) Dado que se dispone que la responsabilidad de los inimputables será directa sólo en el caso de que estos sean imputables civiles, debe deducirse que la de aquellos inimputables penales que no sean tampoco imputables civiles no lo es. Por tanto si, por un lado, su responsabilidad no es directa -argumento primero-, pero, por otro, se ha establecido que deben responder – argumento segundo-, lo lógico será que los inimputables civiles respondan subsidiariamente cuando sea imposible hacer efectiva la reparación en las personas de sus guardadores.

⁸⁹³ ÁLVAREZ, N./ CARRIL, J.MA./ FARALDO, P., *Derecho y retraso mental...*, ob, cit, p. 238.

⁸⁹⁴ GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad civil de padres y centros docentes”, en *Lecciones de Responsabilidad civil* (coor. F. REGLERO CAMPOS), ed., Aranzadi, 2002, p.284.

cualquier imputabilidad, se tome en cuenta su actuación material en base a un criterio de equidad, actuación que, junto a la conducta negligente del guardador, dio lugar a un ilícito dañoso”⁸⁹⁵.

Por último, hay que decir que de las escasas sentencias que se han pronunciado al respecto lo único claro es el carácter directo de la responsabilidad civil del inimputable penal, pero como los Tribunales no profundizan en las razones por las que se grava con dicha responsabilidad, la cuestión permanece confusa⁸⁹⁶.

c.- Experiencia jurídica en otros Ordenamientos jurídicos extranjeros.

a’) En el Derecho francés: la teoría de la “*faute objective*” respecto al elemento de la imputabilidad.

Como dejamos expuesto anteriormente, la teoría de la culpa objetiva en Francia ha tenido dos versiones, una de ellas la que se sitúa en el elemento objetivo de la culpa, o en terminología francesa, en el *illicéite* o *écart de conduite* (que la hemos analizado en el epígrafe I.3.A.b.b’); y, otra, la que se sitúa en el llamado elemento subjetivo de la culpa o imputabilidad, que es la que estudiamos, por razones metodológicas, ahora.

a’’) Su origen: la reforma del artículo 489.2 del Código civil francés por la Ley núm. 68-5, de 3 de enero 1968, de “majeurs protégés par la loi”.

En realidad, la teoría de la culpa objetiva nació en Francia para resolver los supuestos, huérfanos de solución legal y fuente de injusticias, de los daños causados por dementes, a los que se les suponía faltos de libertad humana. Ya que, aunque Corte de Casación rehusaba, de modo constante, asimilar la falta de discernimiento a la temprana edad de un menor de

⁸⁹⁵ DÍAZ ALABART, S., “Responsabilidad civil en la Ley 5/2000 ...”, ob, cit, p. 209, de modo que en esta regla no hay una verdadera facultad de moderación, como en el artículo 61.3 LORPM para la responsabilidad civil de los guardadores del menor, sino una distribución de cuotas de responsabilidad basada en la equidad. Si bien, hay que precisar que esta autora entiende que la facultad de moderación de la responsabilidad consagrada en el artículo 1103 CC responde a una cuestión de *an respondeatur*, y no de *quantum respondeatur* o mera reducción de la cuantía indemnizatoria si concurren determinados presupuestos.

edad, admitía que la falta de discernimiento y, por tanto, la irresponsabilidad civil era, de todo punto, natural con un problema mental, ya que éste evoca la idea de anomalía e implica un ataque accidental y excepcional a las facultades humanas⁸⁹⁷.

De tal modo que, tras una etapa de ambigüedad en la que la jurisprudencia quería armonizar el principio de irresponsabilidad del demente con la indemnización de la víctima a través, entre otros mecanismos, de la búsqueda a toda costa de la responsabilidad del *gardien* sobre la base del artículo 1382 CC⁸⁹⁸, el legislador francés se atrevió, finalmente, a derogar aquel principio modificando el artículo 489.2 del *Code*, fruto de la Ley nº 68-5, de 3 de enero, que reza que “*el que cause un daño a otro en el momento en que estaba sufriendo un problema mental no está por ello menos obligado a reparación*”⁸⁹⁹. Si bien, como este

⁸⁹⁶ SAP de Madrid de 16.5.1997 (ARP 1997, 2060) que declara la responsabilidad civil de una persona con retraso mental leve que fue declarado, a su vez, inimputable penal por el delito de incendio, y sobre la base del artículo 118 CP, sin más argumentación.

⁸⁹⁷ JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité...*, op. cit., p. 68, que nos explica que la Corte de Casación proclamó el principio de irresponsabilidad civil de los dementes en una primera sentencia de 1866 – Req. 14 mai 1866, S.1966, 1, 237; DP, 1867, 1, 296.

Ref. Req. 21. Cot 1901, D. 1901, I. 524, rapport. LETELLIER, que trata del supuesto en que una mujer en una crisis de demencia arroja un cristal a la cara de otra persona desfigurándola; Civ. 2e, 11. mars. 1965, D, 1965, 575, note. ESMEIN, en que un individuo vierte insecticida en un tonel de vino de consumo familiar, produciendo la muerte de una persona; Civ. 28 avril 1947, D, 1947, 329, note LALOU, en que un hombre en una crisis de demencia dispara a toda persona que estaba en su campo de tiro. Además, en Req. 14 mai 1866, S, 1966, 1, 237. Aunque, curiosamente, la jurisprudencia del antiguo régimen se orientó hacia la condena de los enfermos mentales en el plano civil, en STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, ob, cit, np. 16, p. 89.

⁸⁹⁸ STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, ob, cit, p. 90, que nos aclara que los argumentos, a modo de paliativos, de los que se valió la jurisprudencia francesa con anterioridad a la Ley de 1968 fueron: en primer lugar, aplicar una culpa casi irrefutable a los que tenían el deber de guarda de los enfermos; en segundo lugar, exigir una inconsciencia total y absoluta en el enfermo para que se afirmara su irresponsabilidad, esto es, concebir una noción eminentemente restrictiva de la demencia – Montpellier, 29. déc 1927, Toulouse, 3 nov 1937-; y, en tercer lugar, exigir la prueba de la locura o enfermedad en el momento del acto dañoso a cargo del demandado, de modo que cuando la locura era intermitente, en general, dicha prueba era difícil y fracasaba; o investigar la causa de la misma y si descubrían que había sido provocado por culpa del enfermo se declaraba su responsabilidad – París, 14.mars 1935, D.H, 315, p. 241; 10 janv 1835, Rep. Dalloz, v. Chose jugée, nº. 548-. Y, VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, pp. 528 –529.

⁸⁹⁹ Art. 489-2 modificado por a Ley de 3 de enero de 1968, n. 5, “*Reforme du droit des incapables majeurs*”: “*Celui qui a causé un dommage à autrui, alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation*”. Y este precepto hizo que la construcción doctrinal de la responsabilidad del guardián del incapaz ex art. 1382 CC se volviera caduca –vid. GOUPIL, J., “La responsabilité des malades mentaux et l'assurance”, *Gaz. Pal*, 1972, doct. 269-.

El legislador francés aprovechó una ley de 3 de enero de 1968 relativa a los incapaces mayores para insertar en el Código civil el mentado artículo. Aunque, es dable matizar que el debate que suscitó la reparación de los daños durante la elaboración del Proyecto de dicha Ley previó en su origen un sistema de reparación en equidad que dejaba a la discreción del Juez el acordar la indemnización total o parcial, teniendo en cuenta la fortuna de ambas partes; sin embargo, tal sistema no prosperó en el Parlamento francés, tanto por ir en contra del principio de “reparación integral de la responsabilidad civil”, como por estimarse que los dementes habían de

precepto estaba inserto dentro del capítulo dedicado a las “reglas aplicables con independencia del régimen especial de protección”, su campo subjetivo de aplicación era todo individuo privado de discernimiento como consecuencia de una enfermedad mental o de una alteración momentánea, se hallara o no bajo un régimen especial de protección⁹⁰⁰. No obstante, la *Cour de cassation* ha interpretado que no deben incluirse en el ámbito de aplicación del mencionado precepto los daños causados por una pérdida pasajera de consciencia, debida, por ejemplo, a la caída producida a consecuencia de un infarto o un síncope; es decir, que el adjetivo “mental” no es neutro, sino que excluye las pérdidas momentáneas de conocimiento o lucidez a consecuencia de una alteración física, siendo un caso diferente el que dicha alteración física, por su gravedad o duración, afectara al estado mental del paciente⁹⁰¹.

Ahora bien, a pesar de dicha consagración legislativa, y como pone de manifiesto JONAS, esta Ley no supuso, de modo inmediato, un punto de inflexión evidente en cuanto a la responsabilidad del incapaz. Pues, sobre todo, en los casos en que el daño era causado por un enfermo psíquico ingresado en un hospital psiquiátrico la práctica común indicaba que en un alto porcentaje de supuestos no se demandaba al enfermo *ex* artículo 489-2, sino al hospital psiquiátrico ante la jurisprudencia administrativa, en razón de la insolvencia de aquél. Y sólo

tratarse como el resto de las personas – MASSIP, J., *La réforme du droit des incapables majeurs*, T.I (4^a edition, Répertoire du Notariat Defrénois, París, 1971-.

Incluso antes de la promulgación de dicha Ley se dio un paso importante con la sentencia Trichard de 18 de diciembre de 1964 que versaba sobre la responsabilidad por la guarda de las cosas – Vid. *JCP*, 1965, II. 14304 et note de DEJEAN DE LA BÂTIE- que afirmó que un inconsciente, una persona que acababa de sufrir un ataque epiléptico podía ser el guardián de una cosa, esto es, no requería que tuviera discernimiento. Aunque tal pronunciamiento no fue tan problemático pues, en realidad, la propia responsabilidad por la guarda de las cosas consagrada en el artículo 1384 Code se consideraba, clásicamente, como una responsabilidad objetiva; y efectivamente, como se ha visto, para trasladar dicho criterio a la responsabilidad subjetiva hubo que esperar a que el legislador lo declarara explícitamente.

⁹⁰⁰ Para una visión y crítica de la situación anterior de la Reforma del *Code* por la Ley de 1968, vid. PAJOT, MG., “Législation française en matière d’incapacité sous l’angle du droit interne”, en *VII Congrès de l’Union Internationale du Notariat-Latin*, Bruxelles, 1963, pp. 9-12, que recoge la concepción jurisprudencial del *aliéné* como “las personas con afecciones mentales que comprometen el orden público o son peligrosas para ellas mismas o los demás”.

Y para un análisis de dicha Reforma, vid. VVAA., *L’Information Psychiatrique: La réforme du droit des incapables majeurs vingt uns après* (nº sous la direction de J.P. TACHON), nº.4, vol.64, abril, 1988, pp. 359-524; MAZEUD, H.L.J./ CHABAS, F., *Leçons de Droit civil*, t.I, vol. 2º. Les personnes, la personnalité, les incapacités, ed., Montchrestien, París, 1986, pp. 820-821, que resalta de la “*faute sera appréciée in abstracto*”; Voz: “Majeurs protégés. Personnes non soumises à un régime particulier de protection”, en *Juris-Class-Civ*, fasc. 11 (arts. 488 à 514), 1992, 2, pp. 24-29; y voz: “Majeurs incapables”, en *Rép. Civ. Dalloz*, civil.V, janvier, 1994, pp. 10-13, que pone de manifiesto que el artículo 489.2 no sólo prevé la responsabilidad por hecho propio, sino también el resto de las responsabilidades previstas en los artículos 1382 y siguientes del CC francés.

en los casos, o bien, en que no se podía retener la responsabilidad civil del hospital de modo alguno, o bien en que el incapaz no estaba hospitalizado, se recurría a la responsabilidad del incapaz⁹⁰². Al respecto, la Corte de Casación francesa se caracterizaba por una extrema economía en sus pronunciamientos, no decanándose por ninguna de las interpretaciones doctrinales acerca de la obligación indemnizatoria del incapaz, y, si bien en algunas se ha manifestado en el sentido de que “*l’article dans 489.2 n’institue aucune responsabilité nouvelle...*”, en otras más recientes, como la sentencia de 6 mars 1980, niega la teoría de la culpa objetiva al afirmar que el incapaz está obligado a indemnizar con un fundamento independiente de la culpa⁹⁰³.

De cualquier modo, finalmente, las razones de la inaplicabilidad inicial del precepto han ido remitiendo, ya sea porque en relación al Derecho del Seguro francés la jurisprudencia ha rehusado hacer aplicación de la exclusión legal de garantía en caso de culpa intencional del asegurado que ha actuado bajo el efecto de una enfermedad mental, y ha puesto de manifiesto que las pólizas de los contratos de seguros de responsabilidad civil que nace de los artículos 1382 y siguientes del CC deben de garantizar los daños causados bajo el estado de una enfermedad psíquica⁹⁰⁴. Ya sea, porque el criterio de imputación del riesgo para responsabilizar al hospital psiquiátrico que se había extendido, de modo excesivo, a los casos en que el incapaz recibiera una atención extrahospitalaria, ha dejado de ser aplicado por la jurisprudencia y admitido por la doctrina en virtud de que suponía, como dificultad de orden práctico, la remisión en la aplicación de los “métodos nuevos” en los Hospitales psiquiátricos⁹⁰⁵.

⁹⁰¹ Ref. VVAA., *Dalloz Action, Droit de la responsabilité*, 1998 (Le Tournau, coord.), mº.636, en Salas Murillo, S. de., ob, cit, p. 313.

⁹⁰² Ref. Trib. Adm. Nice, 11 févr 1985, *CHR, Revue hospitalière de France*, 1985, 913; y Trib. Grande inst. Aix-en- Provence, 3 nov. 1980, *Revue hospitalière de France*, 1981, 382, en JONAS, C., “La réparation des dommages causés aux tiers par les malades mentaux: évolution et perspectives”, *Rev. Droit. Sanit. et. soc.* 26 (1), janv-mars 1990, np. 92-93, p.19.

⁹⁰³ Voz: “Majeurs protégés. Personnes non soumises à un régime particulier de protection”, en *Jur-Class-Civ*, fasc. 11, ob, cit, p. 25, que se refiere, por un lado a las sentencias de 4 mai 1977 (*D.*1978, 393, note LEGAIS), y 24.6.1987 /*Bull.civ.II*, n. 137) que parecen defender la teoría de la culpa objetiva, y a la sentencia de 6 demarzo de 1980 que lo niega, y parece, entonces, apoyar la teoría de la garantía.

⁹⁰⁴ JONAS, C., ob, cit, p. 19; y JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob, cit, p. 70; y ref. civ. 1re, 25 mars 1991, *Bull civ*, i, nº. 106; *Rev. gén. Assur. Terr.*, 1991, p. 561, note MARGEAT, H, que resuelve un caso en que la Corte de casación rehusó juzgar como intencional, excluido de la garantía del Derecho de seguro, el incendio voluntario que provocó una persona afectada por una enfermedad psíquica en el momento de comisión de los hechos, en Viney, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, np. 1129, p. 535.

En definitiva, a pesar de las controversias doctrinales iniciales y la ambigua jurisprudencia, se puede decir que en el artículo 489-2 CC francés encuentra reflejo la teoría de la culpa objetiva que elimina el inveterado requisito de la imputabilidad⁹⁰⁶: Si bien, algunos autores mantienen que de la propia dicción de los términos del precepto, y habida cuenta que dicho precepto adoptaba un principio contrario al de protección que informaba todo el título IX del libro I, se desprende un argumento en pro de la moderación equitativa de las consecuencias indemnizatorias⁹⁰⁷, a pesar de que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia francesa lo negaba⁹⁰⁸.

b'') Su amplitud y efectos: la responsabilidad civil del menor de edad infans en el artículo 1382 del Code civil francés.

Un sector determinante de la doctrina y jurisprudencia francesa interpretó que la Ley de 1968 de reforma del *Code* no regulaba un régimen especial aplicable solamente a los enfermos psíquicos que modificara los principios fundamentales de la responsabilidad civil codificada y previera una responsabilidad civil particular eliminando el presupuesto de la imputabilidad, sino que el artículo 489 Code, lejos de ser un supuesto excepcional del artículo 1382 CC francés, era un texto interpretativo al que se le aplicaría el derecho común⁹⁰⁹. En

⁹⁰⁵ JONAS, C., ob, cit, p. 19.

⁹⁰⁶ VINEY, G., “Réflexions sur l’article 489-2 du Code civil”, *RTDC*, 1970; BURST, J.J., “La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur le droit de la responsabilité extracontractuelle”, *JCP*, 1970, p.2307 y ss.

⁹⁰⁷ CARBONNIER, J., *Droit civil*, t.I. Les personnes: Personnalité, incapacités, personnes morales, ed., PUF, París, 1996, n°. 147-151, pues en dicho artículo no dice que el enfermo mental “es responsable” —a diferencia de la fórmula empleada en el art. 1382—, sino que dice solamente que “está obligado a reparación”, lo que podrá ser entendido como una “cierta reparación”, no necesariamente total del daño.

⁹⁰⁸ Las razones en contra se reflejaron en el iter parlamentario de la ley .O. Dé. Ass. Nat. Y J.O Débat. Sénat, en ref. MASSIP., *La réforme du Droit des incapables majeurs*, t. I (éd., 1994), ob, cit, n°.52 a 54, en Salas Murillo, S, de., ob, cit, np. 566, p. 329.

⁹⁰⁹ Civ. 2, 4 mai 1977, *D.* 1978. 393, note LEGAIS; Civ. 17 mai 1982, *Gaz. Pal*, 1983, panor, 134, obs. F. CHABAS. En el mismo sentido, JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob. cit, p. 69. En realidad, el legislador sólo ha querido, por una ley interpretativa de las disposiciones del derecho de la responsabilidad, asimilar el enfermo mental al hombre normal, suprimiendo para ello la imputabilidad moral de las condiciones de la responsabilidad civil, de tal modo que el demente no es responsable objetivamente. Y, en sentido parecido, Cass. Civ, 20 juillet 1976, Cie d’assurances La Winterthur et autre c. Dame Pottier, *JCP*, 1978.1, 18793, note de DEJEAN DE LA BÂTIE, que entiende correcto que, finalmente, el Tribunal de casación, frente al de instancia, hubiera aplicado el artículo 489-2 al supuesto de en que un menor de diecisiete años mata a una chica en un momento de demencia. Pues, frente a los argumentos utilizados por el tribunal de instancia: por un lado, el emplazamiento sistemático del precepto titulado: “*De la majorité et des majeurs qui son protégés par la loi*”, y por otro, la debida interpretación restrictiva del precepto pues es derogatorio del régimen común de responsabilidad sito en los artículos 1382 y siguientes del Código civil francés que se basan en la culpa o *faute*, el autor alega que la clave se encuentra en que se quiere ver en el artículo 1382 un elemento psicológico que no

otras palabras, parece consagrarse la desaparición generalizada de la condición de la imputabilidad moral en la responsabilidad civil, de modo que el individuo privado de discernimiento responde por culpa objetiva y no objetivamente⁹¹⁰. Y como prueba de la eficacia práctica de este razonamiento, respecto a la responsabilidad civil del menor de edad infante privado de discernimiento, el resultado fue parecido al expuesto en el párrafo anterior para los enfermos y deficientes psíquicos, aunque a través de un camino diferente⁹¹¹. Ya que no se promulgó ley alguna que declarara la responsabilidad civil de los menores infantes, sino que fue la jurisprudencia, a través de las famosas sentencias de la Asamblea Plenaria de 1984, la que empezó a resolver la existencia de la culpa de la víctima del menor *infans* sin exigir la demostración de su discernimiento⁹¹²; y con más razón, en un momento posterior al resolver casos en que el menor *infans* era autor del daño⁹¹³. De modo que esta jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil del menor de edad inimputable confirma la teoría de la culpa objetiva en los mayores incapaces.

Tras todo lo expuesto, se puede decir que la jurisprudencia francesa ha llevado hasta sus últimas consecuencias la teoría de la culpa objetiva, al no tener en cuenta la imputabilidad de los sujetos cuando concurre la culpa de la víctima. Así lo constata, de modo evidente, la sentencia de 28 de febrero de 1996 en relación a la responsabilidad de una víctima menor de edad, de escasa edad, no habiendo tenido ocasión de pronunciarse respecto a la

se encuentra en verdad, es decir, que se ha desvirtuado el sentido social de correcto e incorrecto a un sentido de moral que conlleva que cuando falle el elemento psicológico se sea irresponsable.

En contra, los términos literales de la proposición del Garde des Sceaux durante la discusión en la Asamblea Nacional del proyecto de ley que condujo a la reforma del artículo 489-2 CC (J.O. Débts, 20 déc, 1966, pp. 5711- 5712).

⁹¹⁰ Civ, 2e, 4 mai 1977, D, 1978, 393, note. LEGAIS.

⁹¹¹ Ante la cuestión de si se podía aplicar analógicamente la Ley de 1968 a los menores de edad, la doctrina francesa puso de manifiesto que la edad joven no significaba un problema mental – Civ. 2è, 1er avril 1981, en *Gaz. Pal.* 1981, panor, p. 239, obs. CHABAS; LE TOURNEAU, P., “La responsabilité des personnes atteintes d’un trouble mental”, *JCP*, 1971. I. 2401, n°. 31 -, quizá, a causa, de que la responsabilidad del menor no se sintió tan urgente como la del colectivo de los dementes, pues las víctimas podían dirigirse a los padres o tutores en virtud del artículo 1384.7 CC francés. No obstante, la injusticia empezó a sentirse con más fuerza cuando se tuvo en cuenta, ya sea que el menor podía tener una fortuna personal, ya sea que eran común si estaba escolarizado que estuviera asegurado, o que, en definitiva, la responsabilidad de los padres no actuaba como paliativo absoluto, pudiéndose exonerar probando su diligencia.

⁹¹² *JCP* 1984, II, 20256 et note JOURDAIN; *JCP*, 1984, II, 201, rapport FÉDOU; Ass. Plé. 9 mai 1984, Derguini et Lemaire, D, 1984. 525 concl. Cabannes et note CHABAS. Aunque estas sentencias versaban sobre la responsabilidad de los menores de edad víctimas de un daño, la solución valdría *a fortiori* para los infantes autores de daños. Y, vid. LE TOURNEAU, P., “La responsabilité des personnes atteintes d’un trouble mental”, *JCP*, 1971. I. 2401; BURST, J.J., “La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur la responsabilité civile extra-contractuelle”, *JCP*, 1970I. 2307.

responsabilidad de la víctima afectada de un problema mental⁹¹⁴. Cuando, por el contrario, la doctrina francesa, de modo unánime, como expusimos en el capítulo primero, entiende que en estos casos estamos ante un supuesto en que la responsabilidad civil tiene la función de sanción y exige, en consecuencia, la imputabilidad para cargar al agente con la agravación que supone en la indemnización⁹¹⁵.

En definitiva, en el Derecho francés, de la construcción inicial legal y jurisprudencial y, en cierto modo, tímida de la teoría de la culpa objetiva para los dementes y menores infantes, respectivamente, se ha inducido una teoría general de la culpa objetiva de la responsabilidad civil. Ésta se compendia, en esencia, en defender, por un lado, en términos de PLANIOL⁹¹⁶, que la *faute délictuelle* es “la violation de’une obligation préexistante”⁹¹⁷, teniendo el mérito de resaltar, conforme a su etimología, que es un *défaillance*, un *manquement a une règle préétablie*⁹¹⁸. Y, por otro, la no necesidad de la imputabilidad como elemento inexcusable de la culpa.

c’’) Valoración actual.

No obstante, las voces doctrinales en contra de la teoría de la culpa objetiva no tardaron en aparecer. En esencia, estas críticas se dividen en dos argumentos:

1º) Por un lado, se puso de manifiesto que para poder afirmar que la responsabilidad se funda en la culpa, aún apreciada *in abstracto*, es requisito *sine qua non* que la violación de la

⁹¹³ Vid. ref. Civ. 2e, 12 déc. 1984, *Bull. civ.*, II, n.º. 193; *Gaz Pal*, 1985, 2, panor, p. 235, obs. CHABAS, F; *RTDC*, 1986, p. 119, obs. huet, j, en Viney, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, np. 1152, p. 541.

⁹¹⁴ Civ. 2ème, 28. fév.1996. *Gaz Pal* 14-15 fév 1997, et note JAUQUES, PH; *Dr et patrimoine*, mai 1996, n.º. 1354, p. 91, obs f. CHABAS; *D*, 1996. 602 et note DUQUESNE; *JCP* 1996.I. 3985, n.º.14, obs G. VINEY; *Rev. trim. dr. civ.* 1996. 628, obs. JOURDAIN. La sentencia de casación casó la de apelación que para excluir toda culpa de la víctima resolvió que, teniendo en cuenta la joven edad de la víctima y el contexto, el comportamiento de la víctima no era ilícito sino normal y previsible.

⁹¹⁵ Vid. Supra. IV.3.A del capítulo primero. Asimismo, vid. STARK, B., “La pluralité des causes du dommages et la responsabilité civile”, *JCP*, 1979. I. 2339, spéc. n.º. 59; CARVAL, S., *La responsabilité dans sa double fonction de peine privée*, LGDJ, 1965, préface G. Viney, spéc. n.º. 278 y ss; VVAA., “La responsabilidad del menor frente a terceros y frente a sí mismo” (trad. Kemelmajer de Carlucci), en *X Congreso Internacional de Derecho de familia*, Mendoza, septiembre, 1998, p. 20 y ss.

⁹¹⁶ PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 7ª éd., 1917, n.º. 863.

⁹¹⁷ La culpa es la violación de una obligación preexistente.

⁹¹⁸ JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob, cit, p. 42. Es un fallo, error, falta u omisión a una regla preestablecida. Y, PALLARD, R., *L’exception de nécessité en droit civil*, th, Poitiers, 1948, n.º.

conducta debida se haya producido conscientemente por la persona declarada responsable, esto es, se requiere la imputabilidad de un acto moralmente bueno o malo a su autor, considerado como siendo la causa libre y como habiendo tenido el mérito o demérito de haberlo querido y acometido. Así por ejemplo, según BACH, como no existe dicha imputabilidad en la primera infancia, ni en los enfermos mentales, ni en los actos realizados en estado de sonambulismo o de sugestión hipnótica, defender que el enfermo mental incurre en culpa, pues ésta ha de apreciarse *in abstracto*, es un sofisma que contraría el Derecho natural, desde que lo es su lógica consecuencia, el tener la obligación de conducirse dicho enfermo como una persona razonable⁹¹⁹.

2º) Y por otro, se censura lo absurdo de la teoría de la culpa objetiva para los menores infantes⁹²⁰ e incapaces, escondiendo, en realidad, un nuevo caso de responsabilidad objetiva por riesgo causado por la enfermedad psíquica, una responsabilidad basada, bien en la equidad, bien en una responsabilidad basada en la violación de un deber jurídico determinado⁹²¹. De tal modo, que se propone de *lege ferenda* el seguro obligatorio de responsabilidad civil para el caso de reparación de accidentes causados por los incapaces, como modo de atenuar la responsabilidad civil tan rígida que emana del artículo 489.2 CC francés⁹²². Pero, mientras tanto, y de *lege data* se plantea, de modo interesante, por algún autor, que la dejación de la suscripción de un seguro de responsabilidad civil por el tutor del

93 a 95, que pone de manifiesto que el concepto de Planiol de ilícito asegura una mayor homogeneidad en Derecho civil, y una coherencia más completa.

⁹¹⁹ BACH, L., “Fondement de la responsabilité civile en France”, *RTDC*, 1977, jav-déc, nº. 76 y 87, p. 44-45 y np.87, p. 48. En sentido parecido pero negando solo dicha tesis para los menores de baja edad, vid. DURRY, G., “Responsabilité civile”, *RTDC*, 1978, 145455, p. 35. Para declarar responsable a un menor de baja edad habría que crear un texto formal en tal sentido, a la vez que regular una nueva obligación de seguro, esto es, se podría configurar un seguro obligatorio de responsabilidad civil tanto en el cabeza de familia como de los que tengan la vigilancia de los mismos.

⁹²⁰ WAREMBOURG-AUQUE, F., “Irresponsabilité ou responsabilité civile de l’infans”, *RTDC*, 1982, p. 338. Este autor critica dicha teoría a través de un ejemplo muy gráfico que expresa con las siguientes palabras: “¡Es suficiente imaginar un instante a un buen padre de familia jugando con cerillas o con un arco y con flechas!”. Y en sentido parecido, LAMBERT-FAIVRE, Y., “L’évolution de la responsabilité civile d’une dette de responsabilité à une créance d’indemnisation”, *RTDC*, 1987, pp. 2-3.

⁹²¹ Respecto al fundamento de la equidad, vid. CARBONNIER, J., *Droit civil*, t. I, Les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales, ed., PUF, París, 1996, nº. 150. Respecto al fundamento de la infracción de un deber jurídico, vid. GOMMA, M.K., “La réparation du préjudice causé par les malades mentaux”, en *RTDC*, 1971, t. XIX, pp. 29-60, especialmente, p. 57. Y para una referencia bibliográfica completa de este sector crítico, vid. VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, np. 111-112, p. 531.

⁹²² VINEY, G., *JCP*, 84, 1, 3155, ns. 13 et 85, 1, 3189. Aunque la dificultad se encuentra en cómo articular dicha obligación de asegurar cuando la enfermedad mental se revela, a menudo, por actos imprevistos, y precisamente a través de la responsabilidad por hecho ajeno. Y, GOMMA, M.K., “La réparation du préjudice causé par les malades mentaux”, en *RTDC*, 1971, t. XIX, p. 58.

incapaz⁹²³, o por el gerente del incapaz en los supuestos regulados en el artículo 500 CC francés, constituye una dejación de la diligencia debida que hace que en éste nazca responsabilidad civil subsidiaria o *en garantie*⁹²⁴.

Llegado este punto, hay que decir que la censura doctrinal expuesta ha podido tener repercusión en la ambigüedad de algunos pronunciamientos jurisprudenciales actuales acerca de la responsabilidad civil de menores infantes e incapaces. Pues, aún sin poner en tela de juicio expresamente la dispensa del discernimiento y colocándose sobre el terreno del ilícito, los Jueces y Tribunales empiezan a comparar el comportamiento del menor al de un menor de su misma edad, lo que hace reintroducir el elemento subjetivo de la imputabilidad, ya que un menor de edad se caracteriza por la inferioridad del mismo⁹²⁵. Incluso hay sentencias que resuelven que para valorar el comportamiento de un agente del daño con un salud física deficitaria, hay que tener en cuenta el deber de conocer su situación y, por tanto, de adaptar su conducta al mismo, a excepción de los supuestos en que el efecto de la enfermedad se declara de modo imprevisto⁹²⁶. Esto es, la jurisprudencia francesa no se posiciona claramente a favor de la tesis de que el artículo 489-2 CC fuera una norma interpretativa del Derecho común, sino que ha preferido superar las dificultades de su aplicación caso por caso⁹²⁷.

Tras las críticas expuestas hasta ahora y su efecto jurisprudencial, encontramos interesante, como modo de superarlas, la propuesta doctrinal de VINEY. Esta propuesta se basa, por una parte, en entender que la imputabilidad no es un elemento de la culpa, sino de la responsabilidad civil. Esto llevaría a negar, y a solucionar, la responsabilidad de la propia

⁹²³ Aunque, defendiendo la teoría de la culpa objetiva, VINEY, G., “La réparation des dommages causés sous l’empire d’un état d’inconscience: un transfert nécessaire de la responsabilité vers l’assurances”, *JCP*, 1985. I. 3189, que nos explica que para los casos en que el incapaz no tuviera una figura de protección un Fondo de garantía debería de responder de la responsabilidad civil.

⁹²⁴ JONAS, C., ob, cit, p. 20.

⁹²⁵ LAPOYADE DESCHAMPS, C., “Les petits responsables”, *D*, 1988, chr., pp. 299 y ss; Civ 4. Juillet 1990, *D*, 1990, I.R., 208; *JCP* 1990. II. 21403 et note DEJEAN DE LA BÂTIE, N. Y, ref. Civ. 2e, 6 févr. 1974, *Bull.civ.* II, m°. 54, *JCP*, 1974, IV, p. 107 (el Tribunal juzgó que un adolescente no había incurrido en culpa pues hizo, durante el transcurso de un juego con un bote neumático, lo que otro menor de su edad prudente y diligente hubiera hecho en su lugar); y Civ. 2e, 29 avr. 1976, *RTDC*, 1977, p. 10, n°. 6 osb DURRY (el Tribunal juzgó que el acto de un menor de tres años eran de los que pueden cometer todo menor de la misma edad, con independencia de la educación recibida, de modo que no era ilícito); y Civ. 1re, 7 mars 1989, *Bull. civ.* II, n°. 116, *JCP*, 1990. II. 21403 note N. DEJEAN DE LA BÂTIE (el Tribunal confirma la decisión del Tribunal de apelación que había declarado responsable por culpa a un menor de dieciséis años tenido en cuenta la “edad del menor”), en Viney, G., *Traité de Droit civil*, ob, cit, np. 187-188-189, p. 356.

⁹²⁶ VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, pp. 357-358.

⁹²⁷ *Ibidem*, p. 532.

víctima en los casos en que ésta carezca de discernimiento por falta de imputabilidad⁹²⁸. Incluso hay que reconocer que antes de la consagración de la teoría de la culpa objetiva, había quienes rechazaban su condición de elemento inexcusable de la culpa, defendiendo su categoría de elemento de la misma responsabilidad civil, al igual que el daño, la relación de causalidad, la culpa, etc.. De manera que con esta tesis también se llega al mismo resultado práctico que con la teoría de la culpa objetiva, esto es, que la definición de culpa es independiente de saber si es oportuno o no exigir la imputabilidad para comprometer la responsabilidad de una persona⁹²⁹. Sin embargo, veremos en las líneas que siguen que la experiencia jurídica italiana desmiente la ventaja expuesta respecto a los supuestos de contribución de la víctima inimputable a su propio daño. Y, por otra, la propuesta de esta autora francesa se basa, de igual modo, en entender que la teoría de la culpa objetiva ha de limitarse a ser una respuesta a necesidades sociales profundas, y éstas se evidencian en los casos de daños causados por enfermos psíquicos, pero no en el de los daños de los menores infantes. Pues, en primer lugar, la Corte de casación sólo exige, en punto a presumir la responsabilidad de los padres, un “acto del menor que sea la *cause directe* del daño”, y, en segundo lugar, aplicar la teoría de la culpa objetiva a los infantes sería inútil merced a la insolvencia de estos menores, e iría en contra del espíritu de protección del Derecho francés de los incapaces menores⁹³⁰.

Finalmente, es necesario afirmar que, al menos desde el plano teórico, en Francia es unánime que la culpa objetiva es distinta de la responsabilidad objetiva que reposa sobre la idea de riesgo, calificada por la jurisprudencia francesa como “*responsabilité de plein droit*”⁹³¹ y por la doctrina como presunción de responsabilidad o, mejor, presunción de causalidad porque el demandado se exonera probando la causa extraña. Y esta clara delimitación se basa en que la culpa, incluso la social u objetiva, conlleva una noción subjetiva, puesto que es necesario examinar y juzgar en función de un criterio que es el de la buena conducta, el comportamiento de un hombre. En definitiva, los defensores de la culpa

⁹²⁸ *Ibidem*, p. 542.

⁹²⁹ Ref. JOURDAIN, P., *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, th, París, II, 1982, y PENNEAU, J., *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, PUF, 1975, n°. 50 y 75, en VINEY, G., *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2° éd., LGDJ, París, 1998, np. 55, p. 326, que afirma que dicho análisis tiene el mérito de explicar notablemente que, a pesar de la identidad entre la culpa civil y penal en la jurisprudencia francesa, sea posible retener la responsabilidad civil por culpa de una persona privada de discernimiento, pero no su responsabilidad penal.

⁹³⁰ VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, p. 542-543.

social alegan que, simplemente, la cuestión reside en habituarnos a ver en la culpa una noción independiente de la moral, puesto que, desde que la función de la responsabilidad civil no es la de asegurar la punición, es justo declarar responsable a una persona, más que si ha actuado ilícitamente, y no desde que él ha causado solamente un daño a otro.

Y para clarificar la diferencia entre la teoría de la culpa objetiva y la responsabilidad objetiva es necesario dedicar el siguiente epígrafe al estudio de la responsabilidad civil objetiva y sus teorías. Pero antes de ello, y una vez expuesta la realidad jurídica francesa, damos paso, brevemente, al estudio de la realidad jurídica italiana en lo que a la teoría de la culpa objetiva se refiere.

b') En el Derecho italiano.

La doctrina de la culpa objetiva está presente, de igual modo, en la realidad jurídica italiana, y ha tenido una particular incidencia en la responsabilidad civil de los incapaces.

En concreto, según vimos en epígrafes anteriores, la doctrina tradicional italiana entendía que la imputabilidad era requisito necesario de la culpa para incurrir en un *fatto illecito*, fuente de la obligación de resarcir según los términos de la regla general sita en el artículo 2043 CC italiano; y que, por tanto, la obligación subsidiaria del incapaz de entender y querer por el daño injusto *ex* artículo 2047. 2CC se calificaba de responsabilidad civil objetiva, como excepción a la regla general y, por tanto, con un carácter de desfavor hacia el incapaz y de favor hacia la víctima⁹³².

Sin embargo, a raíz de la publicación del Código civil de 1942, que introduce por primera vez el artículo 2046 CC que declara la irresponsabilidad civil del incapaz de entender y querer, se empezó a interpretar por un sector doctrinal que la imputabilidad deja de ser presupuesto de la culpa, y pasa a ser un elemento autónomo de la responsabilidad civil. Es decir, si el nuevo Código civil había evitado colocar la capacidad de entender y querer,

⁹³¹ Responsabilidad de pleno derecho.

⁹³² Así lo explica SALVI, C., "La responsabilità civile dell'infermo di mente", en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione* (a cura de Paola Cendon), edizione Scientifihe Italiane, Nápoles, 1988, pp.815-816.

expresión más genérica que la capacidad de discernimiento, como fundamento de la culpa, entonces, es que no era necesario ser imputable para ser culpable, pero sí para responder del ilícito⁹³³.

Y desde el postulado anterior se considera que, al poner en conexión sistemática los artículos 2046 CC y 2047-2 CC⁹³⁴ se desprende que la capacidad es el criterio mínimo que trata de asegurar la irresponsabilidad de personas *no composi sui* desprovistas de vigilantes y que han perdido o no tienen el mínimo de facultades mentales que les permiten diferenciar entre la esfera jurídica propia y la ajena, así como controlar sus propios actos y comprender que se tiene que responder de ellos frente a los demás⁹³⁵. Ahora bien, desde el plano práctico, es curioso, por una parte, que el artículo 2046 CC solamente se ha aplicado por los Jueces para excluir la responsabilidad civil de los menores infantes, o de quién se haya visto

⁹³³ CORSARO, L., “Culpa y responsabilidad civil...” ob, cit, p.157; y VISINTINI, I., “Imputabilità e danno cagionato dall’incapace”, NGCC, 1986, III, p. 119; y *Tratto breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 575. Por el contrario, también seguía vigente el sector tradicional que interpretaba el artículo 2046 CC como una mera aplicación del artículo 2043 CC, cfr. ALAJMO, M., “In tema di responsabilità civile: osservazioni sul rapporto tra responsabilità per colpa e responsabilità per rischio. Il fatto dannoso dell’incapace”, *Giust. civ.*, 1986, II, pp. 185-191, que afirma que el legislador italiano quiso consagrar en el artículo 2043 CC la regla general de la responsabilidad civil que lleva por título “el resarcimiento por el *fatto illecito*”; y, si se ponen en conexión sistemática los artículos siguientes se desprende, que el acto ilícito requiere dos elementos: el subjetivo de la culpa que exige la imputabilidad o capacidad de culpa, y el objetivo del daño injusto (*danno ingiusto*). Pues en todo precepto que se habla de acto ilícito, como fuente del resarcimiento del daño, se refiere a sujetos capaces de entender y querer o con capacidad de culpa, por ejemplo en los artículos 2048 y 2049 y, por el contrario, el artículo 2046 CC reconoce que un incapaz de entender y querer ocasiona un daño injusto, pero, finalmente, le declara irresponsable por no adquirir la categoría de acto ilícito. En definitiva, este autor entiende que no es suficiente el requisito objetivo del daño injusto para que adquiera la categoría de *fatto illecito*, como única categoría jurídica a la que el legislador le atribuye ser fuente de resarcimiento, sino que, además se requiere la culpa y, por tanto, la imputabilidad del agente. Pues, el legislador, por otra parte, ha calificado incondicionalmente como “ilícito” el hecho perjudicial ocasionado por aquellos sujetos de los que, en cambio, se han presupuesto las facultades intelectuales, condición natural para la valoración de la culpa, y tales son los casos previstos en los arts. 2048 y 2049, en donde se incluyen las hipótesis excluidas del artículo 2047.1º.

⁹³⁴ Art. 2047.2 CC: “*Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l’autore del danno a un’equa indennità*”. A su vez, el primer párrafo del artículo 2047.1 CC italiano establece una presunción de responsabilidad civil directa del guardador de los sujetos menores o mayores de edad, incapaces de entender y querer; frente al artículo 2048 CC que se refiere al caso en que el autor del daño sea un sujeto con capacidad de entender y querer, y consagra una presunción de responsabilidad civil de los padres y tutores solidaria con la de los menores y tutelados-vid. FERRI, F., “La responsabilità dei genitori ex art. 2048 C.C”, en *Giur.it*, 2000, nº.7, p. 1409-.

⁹³⁵ CORSARO, L., “Culpa y responsabilidad civil...”, ob, cit, p. 162. Cfr. CIAN, G./ TRABUCCHI, A., *Commentario Breve al Codice civile*, 5ª edición, Cedam, 1997, p. 1945, que resalta que hay algunos autores que han llegado a aplicar dicho precepto a aquellos supuestos en los que falta una persona obligada a la vigilancia, (con la consecuencia positiva que supone para la víctima del incapaz).

sorprendido de un mal repentino y que, de ningún modo, hubiera podido prever⁹³⁶. Y, por otra que, a pesar de que el legislador italiano, de modo explícito, ha elevado a la imputabilidad a condición de responsabilidad, no se ha prevalido, según el parecer de algunos autores, de la ventaja de considerar, entonces, que la imputabilidad se ha de exigir para afirmar la concurrencia de la responsabilidad de la víctima, pues es práctica jurisprudencial constante la aplicación del artículo 1127 CC italiano, afirmando que es posible la culpa concurrente del perjudicado, incluso, si es una persona incapaz de entender y querer⁹³⁷.

Por consiguiente, las razones que ofrece la doctrina italiana a la irresponsabilidad del incapaz ex artículo 2046 CC italiano se basan, actualmente, no tanto en presupuestos ético-psicológicos, sino en razones de política legislativa que residen en la protección del patrimonio del incapaz⁹³⁸. Asimismo, parte de la doctrina entiende que la responsabilidad civil subsidiaria del incapaz regulada en el artículo 2047.2 se justifica en la culpa objetiva de éste, en razón de que, como nos explica SALVI, desde que la función de la responsabilidad civil no es principalmente preventiva sancionadora sino la transferencia de costes según criterios de utilidad general, la valoración de la culpa parece estar llamada, más que a reprochar conductas, a un juicio sobre la disconformidad del comportamiento en concreto que ha producido el daño respecto al parámetro normativo o social de la conducta diligente, que prescinde, por tanto, de cualquier consideración relacionada con la condición personal del agente. En definitiva, este sector defiende que el concepto de culpa objetiva asume, entonces, valor de criterio general⁹³⁹.

⁹³⁶ Ref. Cass, 17 de junio de 1953, n. 1812, en *Res. civ. prev.*, 1953, p. 331; App Milán 24 de noviembre de 1961, en *Temì*, 1961, p. 701; Cass. 12 septiembre de 1977, n. 5411, en *Giur. It.*, 1978, I, 1. C. 1481, en en CORSARO, L., “Culpa y responsabilidad civil..”, ob, cit, np. 146- 147, p. 162.

⁹³⁷ Ref. Cass, secc. un 17 de febrero de 1964, n. 351, en *Foro it.*, 1964, I, c. 752; y Corte cost., 23 de enero de 1985, n. 4, en *Foro it.*, 1985, I, c. 934, en CORSARO, L., “Culpa y responsabilidad civil..”, ob, cit, np. 132-133, p. 160.

⁹³⁸ CORSARO, L., “Culpa y responsabilidad civil..” ob, cit, p. 159 y 163, aunque este autor va más allá, y defiende que sería necesario contar con el principio de solidaridad social constitucionalmente establecido para la determinación de la injusticia del daño. Cfr. ALAJMO, M., “In tema di responsabilità civile: osservazioni sul rapporto tra responsabilità per colpa e responsabilità per rischio. Il fatto dannoso dell’incapace”, *Giustizia civile*, 1986, II, pp. 185-191, que defiende la irresponsabilidad del incapaz en presupuestos ético-psicológicos.

⁹³⁹ Ref. BONCIVINI, E., *La responsabilità civile per fatto altrui*, ed., Giuffrè, Milano, 1976, p. 633; PATTI, S., *Famiglia e responsabilità civile*, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano, 1984, pp. 248 y 250, en Gómez Calle, E., “La responsabilidad civil del menor”, op. cit. np.50, p. 40. El primer autor a pesar de afirmar el carácter objetivo no duda en declarar que la investigación en la conducta y en la objetividad del ilícito es, por consiguiente, esencial para la operatividad del artículo 2047 del Código civil italiano, es decir, que subsiste el requisito de la antijuridicidad del hecho dañoso; y el segundo de ellos, de igual modo, vincula la obligación del inimputable de pagar una indemnización equitativa a la realización de un ilícito, al margen de valoraciones subjetivas. Y además, SALVI, C., “La responsabilità civile dell’infermo di mente”, ob, cit, p. 819.

De igual modo, se ha puesto de manifiesto por la doctrina italiana que la teoría de la culpa objetiva tiene una ventaja añadida para el supuesto, en concreto, de la responsabilidad civil de los enfermos psíquicos, pues si la irresponsabilidad de éstos ha tenido como consecuencia experimentada en Italia y países extranjeros el rechazo social y la tendencia a su institucionalización, el hecho de que la culpa adquiriera un significado objetivo y, así, poder responsabilizar al incapaz por culpa objetiva deviene una solución favorable al interés del propio enfermo psíquico coherente, por otro lado, con la Reforma psiquiátrica de Italia a raíz de la *Legge 180*. Y, a su vez, esta teoría es adecuada en la medida en que la responsabilidad civil por culpa objetiva del incapaz está sometida a unos presupuestos que suponen la derogación del régimen ordinario en cuanto a la subsidiariedad, esto es, la responsabilidad civil del incapaz está subordinada al presupuesto de que la víctima no haya podido obtener el resarcimiento del vigilante, y porque el *an* y el *quantum* del resarcimiento depende de una valoración del Juez acerca de las condiciones económicas de las partes⁹⁴⁰.

Por último, indicar que lo que parece ser cuestión pacífica entre la doctrina italiana es la negación de que la responsabilidad del incapaz sea una responsabilidad objetiva por riesgo por cuanto aquél no se prevale de ninguna situación ventajosa que pueda acrecentar el peligro de daño a terceros⁹⁴¹. Si bien, sí han llegado a tener predicamento otras teorías objetivas que fundan la responsabilidad del incapaz *ex* artículo 2047.2 en criterios de imputación objetivos distintos a la culpa objetiva: por un lado, hay quiénes lo basan en la propia razón de ser de la norma jurídica que, como expresión de un mero juicio lógico entre la previsión de un determinado hecho y la consecuencia jurídica que se le atribuye, sirve al mantenimiento del orden general, y, por tanto su violación se imputa a los sujetos con un procedimiento independiente de una valoración de su voluntad⁹⁴². Y, por otro, hay quiénes consideran que aunque la determinación psicológica sea un medio natural del Derecho para imputar un comportamiento, no es imprescindible, pues el Estado con el fin de mantener el orden general,

⁹⁴⁰ SALVI, C., “La responsabilità civile dell’infermo di mente”, *ob. cit.*, p. 821 y 824.

⁹⁴¹ CUPIS, A. DE, *El daño...*, np.40, p.201; y más actualmente, ALAJMO, M., “In tema di responsabilità civile: osservazioni sul rapporto tra responsabilità per colpa e responsabilità per rischio. Il fatto dannoso dell’incapace”, *Giust. civ.*, 1986, II, pp. 185-191.

⁹⁴² Ref. KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, trad. It. Torino, 1952, p.40, en Cupis, A., de *El daño...*, np.74, p.197. Admitido que el imperio de la norma jurídica se despliega también sobre los incapaces, ya que el Estado en cuanto a su soberanía y para el mantenimiento del orden general, puede determinar hasta donde debe alcanzar la fuerza de la norma jurídica. Es decir, en la norma jurídica la obligación jurídica se reconduce objetivamente al sujeto mediante un proceso independiente de su voluntad sin preocuparse el Derecho de influir en el ánimo del obligado para obtener la correspondiente determinación volitiva.

puede también fijar libremente el fin que debe lograr el vigor de las normas jurídicas; de modo que el incapaz está obligado a resarcir el daño que cause en la medida en que ha cometido un daño antijurídico, que afecta a un interés jurídicamente protegido aunque no sea culposo. Y, además, entienden, que la idea de la previsión normativa de la atribución de la responsabilidad, si bien subsidiaria al incapaz, constituye la expresión de una particular elección del legislador, más que el fruto de una valoración conforme a los principios que regulan el sistema de la responsabilidad civil⁹⁴³.

Y, finalmente, a los argumentos objetivos precedentes hay que añadir, por un lado, la teoría que entiende que la responsabilidad civil puramente objetiva del incapaz es de desfavor hacia éste, e inconstitucional por violar el artículo 3 de la Constitución italiana⁹⁴⁴. Pues razonan que, en realidad, el hecho cometido por un incapaz es un “hecho natural” por su abstracta inidoneidad del sujeto para ejecutar comportamientos conscientes, de modo que no es posible calificarlo de hecho ilícito originador de responsabilidad civil. Así lo evidencia el que el artículo 2047.2º CC italiano se refiera al concepto de indemnización y no al de resarcimiento, pues aunque ambos conceptos están dirigidos a devolver el equilibrio a dos situaciones patrimoniales, el primero encuentra su base, generalmente, en el hecho lícito o no antijurídico, y el segundo, en el hecho ilícito⁹⁴⁵. Y, por otro, la teoría que funda la responsabilidad civil del incapaz en la equidad, como analizaremos con más detenimiento en el siguiente epígrafe dedicado a las teorías objetivas de la responsabilidad civil.

⁹⁴³ Estos autores se basan en una interpretación del hecho ilícito como un evento que objetivamente determina la lesión de un interés normativamente tutelado y, por tanto, injusto –vid. MOMIGLIANO, W., “Il risarcimento del danno extracontrattuale cagionato da persona priva di discernimento”, *Riv.dir.civ.*, 1937, pp.250-251, que entiende que no puede hablarse de culpa respecto de una persona incapaz de entender o querer, pues aquélla se caracteriza por su carácter reprochable al estar en presencia de un estado de ánimo reprobablemente disforme del que se aprecia en las personas diligentes para evitar daños y cuando se carece de capacidad para querer y entender falta, sin más, esa nota reprochable.

⁹⁴⁴ Vid. ALAJMO, M., “In tema di responsabilità civile: osservazioni sul rapporto tra responsabilità per colpa e responsabilità per rischio. Il fatto dannoso dell’incapace”, ob, cit, p. 190: “*dell’art. 3 const che vuole tutti i cittadini uguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza di lingua ...nonché di condizioni personali...*”.

⁹⁴⁵ ALAJMO, M., “In tema di responsabilità civile: osservazioni sul rapporto tra responsabilità per colpa e responsabilità per rischio. Il fatto dannoso dell’incapace”, ob, cit, p. 190.

II.- LAS TEORÍAS OBJETIVAS.

Tras todo lo que se ha expuesto hasta aquí, no podemos ignorar que la defensa a ultranza de la tesis subjetiva es comprometida, pues ésta presenta cada vez más limitaciones, en razón, tanto de los criterios jurisprudenciales que dificultan en grado extremo la exoneración de la responsabilidad, como del aumento de las leyes *ad hoc* que consagran casos de responsabilidad objetiva. Sin embargo, no desconocemos, por otro lado, que la jurisprudencia española no ha llegado a reconocer, sin ambages, la existencia de la responsabilidad civil sin culpa u objetiva, sino dentro de posiciones accidentalmente variadas y de la fortaleza inexpugnable del concepto dogmático de responsabilidad civil⁹⁴⁶, esto es, bajo el signo de la excepción⁹⁴⁷.

1.- SU JUSTIFICACIÓN JURÍDICO-SOCIAL.

El criterio objetivo de imputación se define, *prima facie*, como el que gira en torno a un criterio autónomo de la culpa, esto es, cuando para discriminar el daño que debe ser reparado se investiga solamente la persona capaz de asegurar la reparación, sin valorar su conducta. En otras palabras, se propone la sustitución de la vieja regla de que “no hay responsabilidad civil sin culpa” por aquella que sitúa a la relación de causalidad en el centro del juicio de responsabilidad exponiendo que: “todo daño deber ser repartido entre el autor y la víctima en la medida en que lo haya causado cada uno de ellos con su acción”⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ HEREDERO, J.L., *La responsabilidad civil sin culpa*,...,ob, cit, p.79, que nos explica que, quizá, la influencia del Derecho germánico en el Derecho positivo español es el más poderoso obstáculo para aceptar la idea de la responsabilidad sin culpa. Es la propia raíz dogmática y abstracta del pensamiento jurídico alemán el que ha impedido a la Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán y a las Cámaras Reunidas establecer una forma generalizada de realización práctica de la responsabilidad sin culpa. Y esa misma raíz dogmática está impidiendo a nuestro Tribunal Supremo conceder carta de naturaleza a un fenómeno de la vida moderna al que se limita a contemplar como aspiración del Derecho moderno. Y así lo constataba ya la STS de 31.10.1931.

⁹⁴⁷ SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op. cit. p. 315. El matiz objetivo de ciertos preceptos del Código Civil quizás sean la reminiscencia de nuestro Derecho histórico de la Edad Media en la que el autor nos recuerda que, aunque fueran la excepción, se reconoció el fundamento objetivo de la responsabilidad civil con matizaciones muy interesantes, en los Fueros municipales, en el Fuero Viejo de Castilla del que sorprende “*la más bárbara responsabilidad objetiva siglos después de haber sido borrada de las leyes regias godas por la sabiduría y espiritualidad de los preladados toledanos*” y en el Libro de los Fueros de Castilla.

La racionalidad de este criterio de imputación reside, en términos de CUPIS, en que el criterio de la culpa constituye un *minimum* de responsabilidad, el cual, por otro lado, puede avanzar más allá de este mínimo cuando la equidad lo requiera. Y, esencialmente, ésta exige que a un régimen de particulares ventajas vaya unido un sistema de responsabilidades más riguroso, y dicho fin ideológico preside la teoría que pretende fundar la responsabilidad civil sobre el riesgo, frente a la artificiosidad de la fórmula de presunción de culpa *iure et de iure*⁹⁴⁹. Asimismo, otros autores sitúan dicha racionalidad en la misma *ratio* de la responsabilidad civil, esto es, en el cambio de perspectiva que supone basar la responsabilidad civil en la idea de restaurar las relaciones de cooperación que implica la convivencia, reintegrando el equilibrio por vía de restauración, y no de la sanción como supone una pena⁹⁵⁰. De tal modo que la teoría del riesgo evidencia y sirve a una más nítida separación entre la responsabilidad penal y civil⁹⁵¹.

De igual modo, no hay que olvidar, ni a quiénes, desde planteamientos de Derecho natural, entienden que la obligación que deriva de la responsabilidad civil objetiva es consecuencia del principio general que requiere que tomemos en cuenta las acciones que realizamos, tal como lo exige la idea que preside la justicia compensatoria de que debemos vivir de acuerdo con las consecuencias de nuestras decisiones⁹⁵². En otras palabras, que la

⁹⁴⁸ Ref. JOSSELAND, L., *Cours de droit positif français*, II, ed., Sirey, París, 1933, p. 307, en Peña López, F., ob, cit, np. 117, p. 47.

⁹⁴⁹ CUPIS, A.DE, *El daño...*, ob, cit, p. 92.

⁹⁵⁰ BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazione*, I, Milano, 1953, p. 107; CUPIS, A.DE, *El daño...*, ob, cit, p.41. La solución no está en investir de un talante sancionador al Derecho civil, sino al contrario, buscar medios de fortalecerlo. Así, ante determinados casos: ¿Qué solución adoptar?, ¿Reforzar la sanción penal o volver a centrar el tema en torno a la obligación resarcitoria, o sea, robustecer el cumplimiento de la obligación con la indemnización de los daños y perjuicios?.

⁹⁵¹ VAN DER VORST, P., “D’une théorie générale du risque professionnel et du risque juridique”, *Journal del Tribunaux*, n.º. 4916, 7 juin, 1975, pp. 374 y ss.

⁹⁵² ROSENKRANTZ, C.F., “Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual”, *Filosofía del Derecho*, p. 193. La responsabilidad objetiva no puede ser vista como una excepción al régimen general de la responsabilidad civil, pues no es un fenómeno marginal que requiere una explicación *ad hoc*, y una justificación mayor que la obligación de responder en los casos en que los daños en cuestión fueron ocasionados por culpa. Pues la compensación es una consecuencia de la idea de que la única manera de que un sistema social respete la relevancia de nuestras acciones es imponer la obligación de compensar las consecuencias dañosas de ellas, lo que es coherente con que se compensen los daños producidos por conductas lícitas. Por lo que esta teoría está en contra de los sistemas como el de Nueva Zelanda que externaliza la obligación de indemnizar.

Respecto a la doctrina española que funda el criterio objetivo de imputación en el Derecho natural, vid. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., “Hacia la responsabilidad sin culpa y responsabilidad objetiva”, *AAMN*, 1962, t. XIII, p. 27; CASTRO Y BRAVO, F.DE, “La indemnización por causa de muerte”, *ADC*, 1956, p. 475; MIQUEL GONZÁLEZ., *Responsabilidad sin culpa*. Barcelona, ed., Bosch, 1931.

causalidad material es el principio básico de las sociedades modernas⁹⁵³. Ni tampoco, podemos ignorar a la doctrina anglosajona que ha llegado a explicar la racionalidad de la teoría objetiva, de modo pionero, desde la eficiencia económica⁹⁵⁴, sobre todo, respecto a las actividades peligrosas. Pues se razona que, si el volumen de actividad potencialmente dañosa del causante, y no sólo su inversión en cuidado o precaución, es un factor que influye en la probabilidad del acaecimiento del daño, entoces, la regla de responsabilidad por culpa se ve incapaz de conseguir en el causante los niveles de actividad socialmente más deseables, al no incentivar al agente del daño a adoptar el volumen de actividad más adecuado desde el punto de vista de la reducción eficiente de los daños derivados de aquélla. Por el contrario, en estos casos la regla de la responsabilidad objetiva sí fuerza al causante a internalizar el coste externo de su actividad en el sentido de que, como según aquélla, con independencia de su mayor o menor cuidado el agente del daño tendrá que pagar por todo el daño causado, le conviene, por propio interés, elegir el nivel de actividad que hace máxima la diferencia entre la utilidad resultante de la actividad y el daño producido, y éste es precisamente el nivel que dicta la maximización del bienestar social⁹⁵⁵.

Una vez expuesta la definición y finalidad genérica de la responsabilidad civil objetiva, y en lo que respecta a las causas concretas que propiciaron su aparición⁹⁵⁶, la doctrina civilista señala lo siguiente:

⁹⁵³ BONET CORREA, J., “El caso de la responsabilidad sin falta”, en *Ponencias españolas en el V Congreso Internacional de Derecho Comparado*.

Y respecto al Derecho anglosajón, vid. HONORÉ, A., “Outcome responsibility”, en *Responsability and Luck. The Law Quarterly Review*, vol. 104, oct. 1988, p. 530 y ss. Pues defiende que el principio de que debemos compensar aquellos daños que causamos es la responsabilidad básica de las sociedades modernas. En contra, ENGELART., “A critical Appraisal of Modern Tort Law”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, pp. 60-61. La causalidad es un noción que depende de una teoría de la responsabilidad, además si siempre que causamos un daño tenemos que compensarlo, estaríamos compensándonos mutuamente todo el tiempo, toda vez que con todas las actividades con las que nos comprometemos son, de algún modo, dañosas. Desde que ninguna teoría de la responsabilidad puede imponer una obligación de compensar de tal magnitud es necesario encontrar alguna manera de restringir el alcance de esta obligación en forma sistemática, no meramente *ad hoc*.

⁹⁵⁴ CALABRESI, G., “Towards a Test for Strict Liability in Torts”, 1972; 81 *Yale Law Journal*, 1055; BISBAL, J., *Introducción a la edición castellana del Costo de los accidentes de Calabresi*, ed., Ariel, Barcelona, 1984. En contra, EPSTEIN, RA., “A theory of Strict Liability: Toward a Reformulation of Tort Law”, *S. Francisco Calo Institute*, 1980; ROSENKRANTZ, C.F., “Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual”, *Filosofía del Derecho*, ob, cit, p. 157. Este autor critica la justicia económica que anula la relevancia moral de las acciones y que favorece, en realidad, a los ricos.

⁹⁵⁵ GÓMEZ PÓMAR, F., “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, en <http://www.indret.com>, 1/2001, p.3.

⁹⁵⁶ JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob, cit, p. 8. A partir de la segunda mitad del siglo diecinueve se produjo un vasto movimiento de extensión de la responsabilidad civil que se iba a prolongar durante todo el siglo XX, y que le caracteriza un doble fenómeno, el de la objetivización y de la colectivización.

En primer lugar, y sentado que lo social siempre prepara el advenimiento del derecho, se pone de manifiesto que las razones que propiciaron el nacimiento de las teorías objetivas fueron históricas, merced a que la revolución industrial y política de la época (segunda mitad del siglo XIX o primeros del XX) reveló la necesidad histórica de un nuevo Derecho social⁹⁵⁷. Así lo evidencia, según algunos, el hecho de que los primeros sistemas legales y objetivos de reparación de daños en los distintos países europeos fueran los derivados de accidentes de trabajo, en razón, por otra parte, de que se pudieron integrar, sin demasiadas dificultades, en las estructuras jurídicas liberales de la época, chocando la cobertura de otros riesgos no profesionales con los principios de aquéllas⁹⁵⁸. A estos le siguieron los daños acaecidos en el ámbito empresarial o profesional que, debido a una sociedad tecnificada con un amplio sistema de aseguración y mayor sentido de la solidaridad social, experimentaron, de igual modo, la insuficiencia de la culpa; apareciendo en tal momento lo que, en términos de DIEZ PICAZO, fue el primer principio general del Derecho que informa el Derecho de daños, esto es, el principio *pro damnato*. E, igualmente, la responsabilidad civil objetiva se generalizó a otros campos, como la navegación marítima o aérea, o la defensa al medio ambiente⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ Se constata que existe una estrecha interrelación entre Derecho y técnica en la influencia que el riesgo ha tenido sobre las transformaciones jurisprudenciales, aún subsistiendo los mismos preceptos legales. En verdad, en pocas materias como en la responsabilidad extracontractual se observa mejor la influencia que la realidad social y las transformaciones económicas y técnicas tienen sobre la evolución jurisprudencial, pues a impulsos de la realidad social y del caso concreto se ha evolucionado, desde la inversión de la carga de la prueba, la agravación de la diligencia exigible hasta establecer la responsabilidad por riesgo. Como nos explica López Jaioste, hay una influencia innegable del riesgo y de la inseguridad sobre el Derecho, ya que éste realiza la justicia, pero sin abandonar el designio de proporcionar seguridad. En efecto, el riesgo conlleva un efecto desestabilizador de continuidades y, por tanto, hace variar las directrices jurídicas; y si aplicamos lo dicho a la responsabilidad extracontractual uno se percató que el peligro o el riesgo opera como razón incesante en ella, lo que determina la casuística y las orientaciones jurisprudenciales propicias a remodelación frecuente y a incesantes actualizaciones.

⁹⁵⁸ REGLERO CAMPOS, F., “Los sistemas de responsabilidad”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob, cit, cap.1º, p. 57, que nos explica que a finales del siglo XIX y comienzos de XX proliferaban ya en todos los Estados modernos las primeras leyes de accidentes de trabajo, que hacían responder siempre al empresario con la única exclusión de culpa intencional del asalariado víctima del accidente (Suiza 1881, Alemania 1884, Austria 1887, Noruega 1894, Inglaterra 1897, Francia, Italia y Dinamarca 1898, España 1900 Bélgica 1903). En igual sentido, VAN DER VORST, P., “D’une théorie générale du risque professionnel et du risque juridique”, *Journal des Tribunaux*, n.º 4916, 7 juin, 1975, pp. 374 y ss.

⁹⁵⁹ DIEZ PICAZO, L., “La responsabilidad civil hoy”, *ADC*, 1979, p. 732, que señala que en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, el primer giro hacia la crisis del sistema tradicional se produjo a finales del siglo XIX, y en los primeros años de nuestro siglo, como consecuencia de los accidentes de trabajo y de los primeros efectos de las instalaciones eléctricas y, luego, decididamente, por obra de los vehículos a motor. Y que, por ende, la indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social, imponiéndose como una exigencia ineludible la necesidad de otorgar una protección y una defensa más vigorosa a la persona. Así las cosas, cree el autor ser el primero de los principios del moderno Derecho de daños un principio *pro damnato*, o del resarcimiento del daño. ÁLVAREZ CAPEROCCHIPI, J.A., *Curso de derecho de obligaciones*, vol.I, Teoría general de la obligación, ed. Civitas, Madrid, 2000, pp.25 y 249-250; y SANTOS BRINZ, J., “Rasgos de la responsabilidad civil en nuestros días. Su problemática actual”, en *Rev. resp.civ. circ. y seguro*, 1998, núm.3 pp. 132-142.

Así las cosas, es evidente para algunos que la razón histórica se entremezclara con las razones éticas que se alegaron como causa del nacimiento de las teorías objetivas. Pues estas últimas, en definitiva, pusieron de manifiesto lo injusto de que el agente pasivo y no el activo fuera el que soportara, en todo caso, el caso fortuito, cuando, sin embargo, el “riesgo” era inherente a la industrialización e inseparable de la acción común del capital y del trabajo; de modo que era justo que se soportara, proporcionalmente, por cada una de las partes que intervienen en el contrato de trabajo. En otras palabras, era una exigencia de la justicia social dar respuesta: a los daños provocados sin el comportamiento voluntario del sujeto; a los daños anónimos; o a los que deben acaecer, de modo que se desvíe la atención desde el autor del daño a la víctima, como consecuencia inevitable de una situación en que la búsqueda de un autor material del daño tiene el riesgo de no dar ningún resultado⁹⁶⁰.

Sin embargo, otros autores entienden que fueron, en verdad, otro tipo de razones las que propiciaron la aparición de la teoría objetiva: ya fueran razones sean socio⁹⁶¹-políticas⁹⁶², en el sentido en que aquélla se sustentó, no tanto en el creciente número de daños, sino en las exigencias más amplias del Estado del bienestar que caracteriza a la sociedad contemporánea, en concreto, en una aspiración y necesidad creciente a la seguridad de las personas⁹⁶³. Ya fueran razones de técnica jurídica, pues la teoría objetiva se sirvió del perfeccionamiento con que se habían revestido algunos conceptos científicos, como el de la causa, lo que constituyó un factor decisivo en la formulación de la teoría del riesgo⁹⁶⁴. De igual modo, se señala que no se puede olvidar la influencia que ejercieron los mecanismos colectivos de indemnización de daños, tales como el seguro de responsabilidad civil, en la ola de objetivización descrita, si

⁹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 374 y ss.

⁹⁶¹ TUNC, A., *La responsabilité civile*, ed., Dalloz, París, 1989, np. 3, p. 2. Este autor resalta el aspecto sociológico del tema, el hecho de que la demanda de indemnizaciones es fuente de beneficios fáciles para los abogados. Así, es constatable que los accidentes de circulación representan un tercio de los beneficios de los abogados franceses; y en USA es práctica corriente que se estipule que los abogados cobren de un 30 a un 50 % de la indemnización recibida por el cliente – cfr. O’Connell, *The Lawsuit Lottery. Only the Lawyers Win*, 1979-.

⁹⁶² Se puso de manifiesto, desde un punto de vista político, que en la conformación de la teoría del riesgo había podido influir que las víctimas y los agentes del daño pertenecieran a diferentes categorías sociales, de modo que los tribunales se aprovecharon de la generalidad de la regla legal y se apiadaron de la víctima – vid. JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob, cit, p. 10.

⁹⁶³ FLOUR, Y., “La responsabilité civile: déclin ou responsabilité?”. *Dr.Rev.franç.théor. jur*, 5, ed., Puf, 1987, p. 30. BONET RAMÓN, F., “Responsabilidad legal...”, ob, cit. p. 441. Los daños sufridos ayer e ignorados por la ley suscitan hoy la reacción del Ordenamiento jurídico.

⁹⁶⁴ Ref. RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1949, pp.210-211, en Peña López, F., ob, cit, np. 102, p. 42.

bien en dicha aseccendencia indagamos en el capítulo primero y a ello nos remitimos⁹⁶⁵.

Por último, lo que parece ser doctrina pacífica es que las teorías objetivas fueron pioneras en el campo de la responsabilidad extracontractual frente a la contractual⁹⁶⁶, y que trajeron consigo la fractura del sistema unitario de la responsabilidad civil o la coexistencia de criterios de imputación en la responsabilidad civil en el Derecho español, paralela y coherente a una diversificación de las funciones que la responsabilidad civil cumple⁹⁶⁷. Por consiguiente, en los epígrafes siguientes se pone de manifiesto que la culpa no es el único criterio de imputación de la responsabilidad civil, sino un criterio más, ni el único ni el más importante, entre los que habrán de servir de base para llevar a cabo una distribución de los daños de manera justa⁹⁶⁸. En definitiva, aparecen otros criterios reagrupados genéricamente bajo la noción del riesgo, o diversificados según los concretos supuestos⁹⁶⁹.

De tal modo que, en un primer epígrafe recogemos los criterios objetivos que la doctrina señala como criterios de imputación consagrados en el Ordenamiento jurídico español, para tratar, en un segundo momento, la polémica doctrinal acerca de la posibilidad de elevar alguno de ellos en concreto, o al criterio objetivo de imputación en general, a la

⁹⁶⁵ Vid. Supra, I.2.A, del capítulo primero.

⁹⁶⁶ TRIMARCHI, P., “Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale”, en *Riv. dir. proc. civ.* 1970, I, p. 512, que alude a que en la responsabilidad extracontractual es donde más se ha prestado atención al significado económico de los criterios de responsabilidad y donde se ha puesto de manifiesto, con mayor énfasis, la insuficiencia de la culpa. Así ésta se explicaba en un contexto en que primaba el componente individualista y que trataba de armonizar la tutela de propiedad con el de la libre iniciativa, pues el criterio de la culpa se adaptaba perfectamente a las exigencias de la protección de la naciente industria.

⁹⁶⁷ En el siglo XX se realizó un esfuerzo de clarificación que permitiera definir los nuevos criterios del Ordenamiento Jurídico, introduciendo de tal manera un nuevo tipo de sistematización de la responsabilidad civil. Y para ello se presentaron diversas opciones, en esencia: a) Mantener el criterio de la culpa inalterado; b) Intentar una ampliación de la culpa por vías indirectas, como las ficciones de la culpa, esto es, la presunción de culpa que respetando formalmente la culpa se traduce en la práctica en una ficción de la misma a través de la no superación de la presunción, o la elaboración de una noción objetiva y rigurosa de la culpa, que fue el camino seguido por la jurisprudencia española; y c) Encuadrar los nuevos supuestos como excepcionales (aunque las excepciones desbordan la regla).

⁹⁶⁸ COSSÍO, A., “La causalidad en la responsabilidad civil”, ob. cit., p. 528. Dicho planteamiento o cambio de perspectiva influyó en la doctrina de la causalidad, pues a partir de ahora lo importante es que el hecho causal del daño se impute a su autor moralmente sino por cualquier razón de justicia o equidad, de modo que la teoría de la responsabilidad se convierte en un caso especial dentro de la general teoría de los riesgos, pues el Derecho civil pretende distribuir socialmente las consecuencias económicas de todos los riesgos a que se encuentran sometidas las personas y las cosas. En sentido parecido, respecto a la responsabilidad contractual, vid. PANTALEÓN PRIETO, F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC*, 1993. La responsabilidad contractual es un efecto que la ley liga al contrato no contra la voluntad de las partes, pero sí sin ella, por eso los criterios de imputación no se tienen que reducir a la culpa y al dolo.

categoría de principio general. Y, en último lugar, ponemos de manifiesto la opinión doctrinal y jurisprudencial acerca de un tema de gran trascendencia práctica, en concreto como influye en el concepto y función del caso fortuito y/o fuerza mayor, como mecanismos de exoneración de responsabilidad, el hecho de estar ante una responsabilidad civil objetiva.

2.- CRITERIOS OBJETIVOS DE IMPUTACIÓN⁹⁷⁰.

Si bien es constatable la imposibilidad de exponer, de modo sistemático, todos los criterios por los que se imputa de modo objetivo un daño a un responsable, a parte de desbordar el objetivo de este epígrafe, hay que reconocer que el criterio de imputación contrario a la culpa más extendido en España es el criterio que abanderara la doctrina del riesgo que defiende, sucintamente, que quién se aprovecha de las ventajas de una situación deba cargar con los sacrificios y gastos que tal situación suponga. De modo que el criterio objetivo del riesgo es el que pasamos a examinar con mayor detenimiento en el punto siguiente (A), para estudiar el criterio de la garantía y de la seguridad en el punto B de este apartado, sin olvidar, el análisis del criterio de la equidad, pues se predica, sobre todo, respecto a la responsabilidad civil de los incapaces en algunos Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y que abordaremos en el apartado 5. Para finalizar, en el apartado 6, exponiendo los criterios objetivos que se alegan por cierto sector doctrinal como fundamento del criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres.

A.- La teoría del riesgo: el criterio del “riesgo”.

a) *Su doble formulación y su ámbito de aplicación.*

La doctrina señala que la teoría del riesgo tiene una doble formulación: en primer lugar, *la teoría del riesgo-beneficio* que ve en la responsabilidad la contrapartida del beneficio

⁹⁶⁹ DÍEZ- PICAZO, L., “La responsabilidad civil hoy”, *ADC*, 1979, p. 738. Se resume en un equilibrio entre la culpa y otros criterios de imputación. En el mismo sentido, DE COSSÍO, A., “La causalidad en el Derecho español”, *ob. cit.*, p. 528.

⁹⁷⁰ El artículo 1556 del capítulo II titulado “Los hechos generadores”, del título I, “De la responsabilidad en general”, de la parte 4ª “De la responsabilidad civil”, del Proyecto de Reforma del Código civil argentino de la Comisión designada por el Decreto n°. 468-92 reza que “La equidad, la garantía y el riesgo

que una persona obtiene de una actividad que puede revelarse peligrosa, cuyo caso paradigmático reside en la responsabilidad civil empresarial; y, en segundo lugar, *la teoría del riesgo-creado* que juzga justo imputar la responsabilidad a quién esté en el origen de los riesgos, pues es el que está en mejores condiciones de impedir su realización⁹⁷¹. Incluso, y en relación al Derecho francés, según la opinión de STARCK el criterio del riesgo se incluye en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1382 CC francés, merced a que, si bien es cierto que en el espíritu del legislador la culpa era una condición de la responsabilidad, no es menos verdad que una interpretación sutil podría poner en un segundo plano a la culpa, que no aparece en el precepto más que en la proposición incidental, para resaltar las primeras palabras que rezan, “*tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage*”⁹⁷².

Retomando el Derecho español, la doctrina señala que el nacimiento del principio general de responsabilidad objetiva, pero circunscrito solamente al criterio del riesgo, tuvo lugar a partir de los años ochenta o en la última década del siglo XX en orden a cumplir el interés social de proteger a las víctimas. Y esta afirmación la basan en la conjunción de dos factores que se manifestaron coetáneamente en nuestro Derecho:

a) En primer lugar, por la proliferación de leyes especiales *ad hoc* que empezaron a consagrar para los supuestos de riesgos catastróficos o de gran magnitud una responsabilidad civil en que la conducta del agente es totalmente irrelevante⁹⁷³. Si bien hay que matizar que

son los hechos objetivos generadores de la obligación de reparar los daños en los casos previstos por la reglamentación jurídica”.

⁹⁷¹ SCAEVOLA, Q.M., *Código civil*, t. XXXI, op. cit., pp. 470 – 483 y 529. Y, respecto a la doctrina francesa, vid. SAVATIER, R., “Règles générales de la responsabilité civile”, *Rev. crit.lég.jur.*, 1934, n.º. 29, que resume la teoría del riesgo creado con las siguientes palabras: “*La responsabilité fondée sur le risque consiste dans l’obligation de réparer des faits dommageables produits par une activité qui s’exerce dans notre intérêt. Cet intérêt n’est pas d’ailleurs nécessairement un bénéfice pécuniaire. On est responsable également des forces que l’on utilise dans un intérêt moral*”; y VINEY, G., “Introduction à la responsabilité”, en Ghestin, J (dir), *Traité de Droit civil*, ed., LGDJ, 1995, pp. 8-82.

⁹⁷² STARCK, B., *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th, París, 1947, p. 19.

⁹⁷³ Para una visión completa de las leyes especiales que consagran una responsabilidad civil objetiva, vid. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II-2º, 1997, ob. cit., pp. 501-509; Díez PICAZO, L., *Sistema de derecho civil*, II, 1996, ob. cit., pp. 628-644; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, II, ob. cit., pp. 367-375; RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil*, ob. cit., pp. 453-495, y REGLERO CAMPOS, F (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, cap. 9º (responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor), pp. 211-248; cap. 13 y 14 (responsabilidad civil por determinadas actividades empresariales en sectores de riesgo, y en la práctica de actividades de riesgo), pp. 307-344; cap.15 (responsabilidad civil en la edificación), pp. 345-358; cap. 16 (responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos), pp. 359-385; y cap 21º (responsabilidad civil de las Administraciones públicas), pp. 477-505.

hoy en día existe una regulación específica de la responsabilidad civil objetiva en los juegos de alto nivel y de alto rendimiento, que no participan, en todo caso, del carácter catastrófico del daño⁹⁷⁴.

b) Y en segundo lugar, por el paso definitivo que dio el Tribunal Supremo hacia la objetivización de la obligación nacida de acto ilícito *ex* artículo 1902 CC al poner de manifiesto que: “el Código civil, al igual que los extranjeros, distingue entre daños derivados de incumplimiento de contrato, y daños derivados de culpa extracontractual, pero, modernamente, puede situarse, al lado de esas dos fuentes de responsabilidad, la derivada de riesgos creado por ciertas actividades peligrosas, que no es necesario que vaya precedida de un obrar contrario a derecho y, a veces, ni siquiera de un obrar”⁹⁷⁵. En la misma dirección, y en términos de la STS 22.1.1999: “el postulado del artículo 1902 CC, basado en el principio no hay responsabilidad sin culpa, ha venido a ser sustituido, en aras de la creciente exigencia de atención y protección a las víctimas por los daños derivados de comportamientos humanos, por el de no haber daño derivado de un riesgo previsto sin justa indemnización, más propio de un Estado social de Derecho proclamado en el artículo 1 de la Constitución española”.

Incluso, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que el principio del riesgo ha sustituido al clásico principio de la culpa *in vigilando* o *in eligendo* en la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por el daño derivado del delito cometido por un funcionario público *ex* artículo 121 CP⁹⁷⁶; pues, en palabras de SOTO NIETO, “la Administración

⁹⁷⁴ RAGEL SÁNCHEZ, F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil...*, ob, cit, p. 417. La Ley del Deporte, de 15 de octubre 1990, y Ley andaluza del Deporte, de 14 diciembre 1998 consagra la responsabilidad civil objetiva de las federaciones deportivas y del empresario organizador de actividades físicas y deportivas, puesto que su rentable actividad origina un riesgo del que es razonable que respondan. Y en parecidos términos, el artículo 14.c) Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía, de 15 de diciembre 1999.

⁹⁷⁵ O’CALLAGHAN X./ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al derecho civil...*, op.cit, pp. 898-899. Yref. STS 21.7.1989, y SAP de Lugo de 28.9.1994, en García Gil, F.J, ob,cit, p- 47 y 63.

⁹⁷⁶ RJA 1999, 403, fto jurídico.5º. Si bien, la afirmación respecto al artículo 1902 CC sólo constituía una consideración “obiter dictum” en una resolución que versaba sobre la posible responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por el daño derivado de la falta cometida por un soldado contra otro, que al final se denegó por no cumplir el requisito de que la lesión fuera consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (ya que se realizó durante una actuación puramente particular, una fiesta, y por medio de un arma prohibida y particular). Sin embargo, dicha afirmación era para poner de manifiesto que el tradicional criterio de imputación de la “culpa *in vigilando*”, o “culpa *in eligendo*” en la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por el delito cometido por un funcionario, está siendo sustituido por una fundamentación basada en el servicio útil, la creación del riesgo o del propio beneficio.

perceptora del beneficio ha de soportar los perjuicios de su actuación, radicando ahí el fundamento de objetividad de la responsabilidad administrativa frente a los particulares⁹⁷⁷.

En definitiva, la doctrina civilista española está de acuerdo en dos ideas:

Por un lado, en que la jurisprudencia aplica la teoría del riesgo, sobre todo, a la responsabilidad civil empresarial por hecho propio sobre la base del artículo 1902 CC, excepción hecha de los supuestos regulados en leyes específicas, pero limitándola a los daños que sean consecuencia de actividades de suyo peligrosas o verdaderamente creadoras de riesgos ineludibles, considerables, o anormales en relación con los estándares medios, de los que se favorece el titular, *ubi emolumentum, ibi onus*”, como explicita la STS 13.4.1998 (RJA 1998, 2388). Esta matización encuentra su justificación, en términos del Tribunal Supremo, en que la responsabilidad objetiva por riesgo tiene, únicamente, por objeto compatibilizar el desarrollo industrial y mejora social de los países con una mayor seguridad para el ciudadano medio a través de una más severa responsabilidad para quién utiliza y directamente se beneficia del instrumento generador del riesgo⁹⁷⁸. Y, por otro, y en consecuencia, que cuando se trata del ejercicio de una actividad empresarial pero inocua y totalmente desprovista de

⁹⁷⁷ SOTO NIETO, F., “La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes públicos en general (artículo 121 CP) en *La Ley*, 31 de enero de 1996), pp.1-2, en especial la 2.

Sin embargo, en este tema creemos, siguiendo la importante STS 14.12.1993 -sala 2ª- (RJA 1993, 9446), que: 1º) En primer lugar, el criterio tradicional de la “culpa in vigilando” o “in eligendo” sigue vigente en el caso típico en que el funcionario que comete el delito, además de tener una relación de dependencia con la Administración, haya actuado dentro de las funciones de su cargo (tanto se trate de un acto de servicio real o supuesto, como que el funcionario se extralimite en sus funciones –STS 14.6.1993 (RJA 1993, 4998)-. Y, sobre todo, dicho criterio subjetivo se pone de manifiesto en los casos en los que el funcionario padece algún tipo de alteración o enfermedad psíquica, como así lo puso de manifiesto la STS 11.9.1992 –sala 2ª- (RJA 1992, 7120) que afirmó que el hecho de que el funcionario (cartero) padeciera una enfermedad mental en el momento de cometer el delito no interrumpe la relación de servicio y, por tanto la de dependencia profesional-. Y, 2º) En segundo lugar, que en los casos de actos policiales “fuera de servicio” pero con su arma reglamentaria, el fundamento, ya no es el clásico de la culpa, sino la “creación de un riesgo, que la organización del Servicio de Seguridad pública, mediante agentes a quienes se dota de armas de fuego, representa para los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por dicha utilización abusiva” (de modo que en estos casos se requiere de modo alternativo: o bien, que se trate de un acto de servicio real o supuesto, o bien, que el policía utilice un medio o instrumento, como las armas, que la Administración tiene el deber de controlar su uso, tanto por la peligrosidad que en sí mismas encierran, cuanto por la eventualidad de un uso desviado de su finalidad). Sin embargo, de nuevo, en el caso en que el miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que comete el delito fuera de servicio con su arma reglamentaria, padece una enfermedad psíquica, el criterio vuelve a ser la “culpa in vigilando” o “in eligendo”, como nos explica la STS 16.12.1998 –sala 2ª- (RJA 1998, 10314) que resuelve el caso de un delito cometido por un guardia civil afectado por una alteración psíquica, pues el Tribunal Supremo resolvió que: “el riesgo derivado de la especial responsabilidad encomendada y del manejo del arma reglamentaria determinan una especial responsabilidad en las labores de selección y posterior control, para evitar que el arma constituya una fuente incontrolada de riesgo en manos de quién no se encuentra en condiciones de utilizarla cuidadosamente”.

peligrosidad no es aplicable la teoría del riesgo⁹⁷⁹. Esto es, los Jueces y Tribunales excluyen del ámbito de aplicación de la teoría del riesgo, entre otros, a los siguientes supuestos: a los daños derivados de la prestación por las entidades bancarias de servicios de caja a sus clientes mediante el sistema de cajeros automáticos; a los daños derivados de actividades comerciales abiertas al público, como el negocio de peluquería o de restauración; a los daños derivados de la caída de un sujeto en un rellano, o de la realización de actividades de naturaleza agrícola como el riego por aspersión⁹⁸⁰; o a las lesiones producidas en una discoteca al saltar de un murete (STS 10.12.2002 -RJA 2002, 10431-). Y esto porque en todos estos supuestos el daño se produjo como consecuencia de actividades de no implicaban un riesgo anormal en relación a los estándares medios.

En conclusión, el TS afirma que la condición para aplicar la teoría del riesgo empresarial *ex* artículo 1902 CC es *que el daño se haya producido dentro del ámbito del riesgo típico de dicha empresa*. Así en la STS 12.7.1994 (RJA 1994, 6390, fto jurídico 2º) el Tribunal adujo que: “el hecho de tener un restaurante abierto al público no puede considerarse en sí mismo una actividad industrial generadora de riesgo de tal modo que todo lo que dentro de él ocurra a un cliente es responsabilidad de su dueño. En el caso de autos, la caída del actor al levantarse de la mesa donde cenaba entra en ese círculo de acontecimientos normales y frecuentes de la vida que no se origina necesariamente por la actividad que en el local se desarrolla, (...). Si el daño tuviese esa relación con tal actividad (por ejemplo, explosión de gas de las cocinas, alimentos en mal estado) podría aceptarse la teoría del riesgo empresarial, pero no en todo caso y circunstancia”.

⁹⁷⁸ Ref. STS 21.10.1994, en García Gil, F.J, ob, cit, p. 23.

⁹⁷⁹ Entre las primeras sentencias que aplican el criterio del riesgo en su versión de riesgo-creado, vid. SSTS de 30.12.1980 (RJA, 4815), y 1.10.1985 (RJA, 4566). Y, en relación a la doctrina del riesgo-beneficio, vid. SSTS 26.3.1994 (Act.C, nº. 27, 4-10 junio 1994, p. 1988, fto dº. 1); 9.7.1994 (RJA, 6302); 5.5.1998 (Act.C, nº. 29, 20-26 julio 1998, 793, p. 213, acerca de la responsabilidad civil de la empresaria concesoria de la autopista en la que irrumpió un perro causando un accidente. Y ref. SSTS 21.11.1995; 28.11.1998 y 8.3.1999 en García Gil, F.J, ob, cit, p. 24 y 70.

⁹⁸⁰ Ref. SSTS 1.4.1997 (RJA, 2724), acerca de la eventual responsabilidad de la entidad bancaria por el atraco efectuado en un cajero automático; 23.12.1997 (RJA, 9343), acerca de actividades comerciales abiertas al público; 12.11.1993 (RJA, 8760) respecto a un negocio de peluquería; 12.7.1994 (RJA, 6390), acerca de un negocio de restauración; 13.3.2002 (RJA, 1890), en ÁLVAREZ LATA, N, ob, cit, p. 310. Y, SSTS 18.4.1990 (RJA 1990, 2726) y 9.7.1994 (RJA 1994, 6302), acerca del incendio sucedido en un local destinado a la venta de calzados, y en una farmacia, respectivamente; STS 26.3.1994 (RJA 1994, 2537), acerca de la caída de un sujeto en el rellano de una escalera; o la STS 21.11.1995 (RJA 1995, 8896), acerca de la realización de actividades de naturaleza agrícola como el riego por aspersión.

Ahora bien, y por otra parte, la doctrina añade que la vigencia del criterio del riesgo también ha sido determinante en la interpretación y aplicación modalizada que los Tribunales están haciendo de determinados preceptos del mismo Código que residencian la responsabilidad civil por hecho ajeno, y cuyo criterio de imputación, en teoría, es la culpa.

Entre estos preceptos se alude, en primer lugar, al artículo 1903.4 CC que regula la responsabilidad civil de los empresarios por los actos de sus dependientes, respecto al que la jurisprudencia pone de relieve “la necesidad de sustituir los tradicionales criterios subjetivos, propios de la pequeña empresa de la época codificadora, la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, por otros más objetivos y adecuados a la moderna creación de riesgos”, en concreto, por el criterio *cuis commoda eius est incommoda*, o *quién obra por propio interés, obra a propio riesgo*⁹⁸¹. De igual modo, la doctrina francesa interpretó, en un primer momento, que la responsabilidad civil de los empresarios por los actos de sus empleados ex artículo 1384.5 CC francés⁹⁸² residía en el criterio del riesgo, en el sentido de que en la medida en que el

⁹⁸¹ Cfr. MANRESA Y NAVARRO, J.M.DE, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, ed., Reus, Madrid, 1973, p. 879, que, en un primer momento, expone que, frente a la responsabilidad civil de los padres y tutores cuyo criterio es subjetivo, no ocurre lo mismo respecto a la responsabilidad civil de los empresarios en razón de que la presunta culpa *juris et de iure* choca con lo que frecuentemente sucede en el orden natural de las cosas, que es precisamente lo contrario de lo que la ley presupone como base de dicha presunción. Pues, en vez del descuido o abandono en la elección o de la negligencia en la vigilancia, el propio interés impulsa al hombre, por regla general, a escoger el dependiente más apto, y este mismo interés le inclina a vigilarle de todos modos. Así pues, no sirve para justificar la imposición de dicha responsabilidad, ni la ficción de culpa que no existe, ni una presunción absoluta, que son ambas una injusticia. De modo que entre los criterios objetivos de imputación propuestos para la responsabilidad civil de los empresarios por los hechos de sus empleados (relación de autoridad o de señorío, por mera relación de causalidad, el patrimonio) el autor destaca dos teorías objetivas: 1º) la que propone el criterio de imputación de la representación (el empresario responde porque su *dependiente* es su *representante*, pues en el hecho de que el empresario se sustituya por otro en el cumplimiento de un acto que se quiere efectuar en el propio interés, o en el disfrute de un derecho estipulado para sí, pero con el cual va unida la observancia de determinadas obligaciones, el sustituido, sin poner en juego con el sustituto una verdadera y propia relación de representación, o aún sin querer tal cosa, *hace jurídicamente por sí lo que hace por medio de otro*. En consecuencia, el simple hecho de la sustitución constituye en responsable al sustituido por culpa extracontractual si el daño fuere causado por el sustituto con independencia de toda relación de obligación que tuviese con el sustituido). Y. 2º) la que propone el criterio del riesgo, o en el principio *cuis commoda eius est incommoda*, o *quién obra por propio interés, obra a propio riesgo*. Sin embargo, el autor concluye con una posición ambigua, reconociendo, según los términos literales del artículo 1903.4 CC que el criterio es la presunta culpa *in vigilando* o *in eligendo*, pero que está justificada la aplicación de la agravación de la diligencia, en una tendencia objetivizadora.

Y respecto a la jurisprudencia, vid. STS 2.7.1993, Act.C, nº. 45, 6 al 12 de diciembre 1993, p. 3037; ref. SSTs 17.11.1980, 24.11.1980, 4.1.1982, 31.10.1985 y 7.11.1985, en SAP de Barcelona 29.3.1996 (RJC, III, 1996, p. 105); y ref. STS 17.2.1999 que afirma que la responsabilidad a que se refiere el artículo 1903.4 CC es objetiva, fundada en la responsabilidad por riesgo, aunque, más adelante, añade basada en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, en Ragel Sánchez, F., ob, cit, p. 445.

⁹⁸² Art. 1384. 5: “*le maîtres et commetants*” “...son responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

empresario se beneficia de la actividad del empleado, es normal que éste asuma los riesgos; desde el momento en que la causalidad del daño se ha probado, se imputa el daño a quién se beneficia de la actividad dañosa (*risque profit*) o quién puede dar órdenes al empleado (*risque autorité*)⁹⁸³

No obstante, y en contraste con la afirmación que acabamos de hacer, los mismos Jueces y Tribunales españoles, de modo ambiguo, siguen afirmando que en la responsabilidad civil por hecho ajeno la doctrina de la tenencia, disfrute y explotación de una cosa tiene una marcada limitación basada en la doctrina subjetivista, de suerte que sigue siendo aplicable el último párrafo del artículo 1903 CC⁹⁸⁴. En opinión de PARRA LUCÁN, aunque es un dato cierto que la mayoría de las sentencias de la sala primera del Tribunal Supremo siguen aludiendo formalmente, a la culpa “in vigilando” o “in eligendo” para imputar responsabilidad civil al empresario ex art. 1903.4 CC⁹⁸⁵, no deja de ser significativo que en algunas de ellas no se imponga la necesidad de identificar a un concreto dependiente causante del daño, ni por tanto su culpa; como, por ejemplo, resolvieron las SSTs 3. 7.1984 (*RJA* 1984, 3792), y de 30.1.1990 (*RJA* 1990, 74), ya que esta última llegó a afirmar que: “la identificación de los profesionales a quienes directamente procede atribuir la negligencia causante del daño, a efectos del artículo 1904 CC, corresponde a la entidad principal, que resulta condenada conforme a los artículos 1902 y 1903.4CC”. En realidad, en opinión de la autora, en estos casos los Tribunales, respetando formalmente el requisito de la culpa, aplican, en la realidad, una responsabilidad civil del empresario por el ejercicio de la actividad por riesgo de la empresa, en relación a los daños reconducibles a su organización, dirección o

Para una referencia doctrinal y jurisprudencial completa acerca de los diferentes criterios objetivos de imputación que ofrecen fundamento a la responsabilidad civil de los empresarios por los hechos de sus empleados, vid. VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, pp. 861-862 y 895 y ss.

⁹⁸³ Ref. PLANIOL, M., “Études sur la responsabilité civile”, *Rev. crit. Légis. et. jur.*, 1909. 298; DEMOGUE, R., *Obligations*, t. 5, n°. 882, en Bénac-Schmidt, F./ Larroument, C., Voz: “Responsabilité du fait d’autrui”, ob, cit, p. 10.

⁹⁸⁴ Vid. STS 19.7.1993, *Act.C.*, n°. 48, 27 diciembre 1993-2 enero 1994, 1307, p. 3170, que exoneró de responsabilidad al dueño de la obra que probó que encargó a personal especializado y cualificado profesionalmente por títulos académicos que avalan sus conocimientos técnicos-científicos y su *lex artis*, sobre la base del último párrafo del artículo 1903 CC.

⁹⁸⁵ PARRA LUCÁN, M.A., “Artículo 1903”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, t. II (arts. 1088 a 1076), ed., Comares, Granada, 2000, p. 3334, y matiza que la condena se fundamenta en muchas ocasiones de forma conjunta en el artículo 1902 CC (por culpa propia), y en el art. 1903 CC, por culpa “in vigilando”, así, SSTs 30.12.1981 (*RJA* 1981, 5357); 24.4.1987 (*RJA* 1987, 1720); 12.12.1988 (*RJA* 1988, 9427), etc.

funcionamiento⁹⁸⁶. Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto* el legislador sí se ha atrevido a consagrar, de modo explícito, en el artículo 120.3. CP 1995 una responsabilidad civil objetiva del empresario por los hechos de sus empleados, aunque con carácter subsidiario, aplicando el principio objetivizante “*cuius commoda, eius incommoda*” que supone responsabilidad por la mera disposición sobre la fuente de peligro⁹⁸⁷.

Incluso, y en segundo lugar, el criterio objetivo del riesgo ha influido en la interpretación doctrinal de la responsabilidad civil por hecho ajeno de los titulares de los centros docentes⁹⁸⁸; sin haberla acogido, en realidad, la doctrina del Tribunal Supremo⁹⁸⁹.

En cualquier caso, y finalmente, la misma jurisprudencia es ambigua cuando concluye que: “fuera de los supuestos regulados en leyes especiales como de responsabilidad objetiva por riesgo, la tendencia de nuestros Jueces y Tribunales a objetivizar la responsabilidad civil no ha revestido en nuestro Derecho caracteres absolutos que excluyan el principio básico de

⁹⁸⁶ *Ibidem*, p. 3335.

⁹⁸⁷ LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador...*, ob, cit, p. 80.

⁹⁸⁸ La responsabilidad civil en este campo se ha producido en una doble fase, siendo la primera la que desplaza la responsabilidad civil de los maestros a los titulares de los centros docentes, que tuvo lugar por la Reforma del C.C por Ley 1/1991, de 7 de enero (BOE, 8 de enero), cuya Exposición de Motivos afirma que la responsabilidad civil ha de recaer, de modo directo, en los titulares de los Centros docentes, “pues son quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización, sin perjuicio de que en supuestos tasados, y a ello obedece la reforma del artículo 1903 CC, el titular pueda reclamar al personal docente la cantidad satisfecha” – vid. GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad civil extracontractual: Reforma de los Códigos civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. Ley 1/1991, de 7 de enero”, *ADC*, 1991, t. XLIV, fascículo 1, pp. 269-288, que nos explica que la disminuida operatividad de la culpa, como criterio de imputación de la responsabilidad civil de los maestros, unido a la posibilidad de hacer responder a otras personas con mayor fundamento, es lo que ha llevado a prescindir de ella en el Código civil-.

Sin embargo, la reforma consagró la responsabilidad de los titulares de los Centros como subjetiva, esto es, por culpa sobre la base del último párrafo del artículo 1903 CC. No obstante, a dicha responsabilidad le ha influido el principio ya consolidado para la actividad empresarial de responsabilidad por riesgo, que lo justifica, como ya lo vaticinaron parte de la doctrina antes de la reforma legal –vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, ob, cit, que explica que el riesgo de que se produzcan daños en el curso de las actividades escolares, extraescolares y complementarias es un riesgo propio de la empresa docente, concebida ésta como una unidad económica y de riesgos, por lo que en última instancia, el titular se encuentra en condiciones de calcular la cuantía de esos posibles daños. En definitiva, hubiera sido preferible que el legislador la hubiera regulado de tal modo, como lo constatan las SSTs que le añaden el efecto beneficioso de acercar la regulación penal, responsabilidad subsidiaria y objetiva, a la civil, directa y por culpa, así, Sala 2ª 13.5.y 23.11.1967; 164.1970; 10 y 28.4.1972, 17.4.1973 y 6.3.1973-. En sentido parecido, ZELAYA ETXEGARAY, P., “La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código civil español”, *RJN*, julio-diciembre, 1993, núm. 16, p.100.

⁹⁸⁹ RAGEL SÁNCHEZ, F, ob, cit, p. 447, nos explica que la jurisprudencia considera que se trata de un supuesto de responsabilidad por culpa porque solamente admite la objetividad cuando el daño sobreviene a consecuencia de deportes o juegos peligrosos (SSTS 17.9.1998, y 18.10.1999), pero, por el contrario, exonera de

culpabilidad, merced a que, aunque en la responsabilidad civil objetiva predomina el criterio de objetividad basado en la creación de un riesgo, no puede decirse en muchos casos que haya una ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños, y en esta actuación voluntaria, mediata o inmediata se halla el fundamento de esta responsabilidad”⁹⁹⁰.

En virtud de lo expuesto, la responsabilidad civil por riesgo se califica por la doctrina mayoritaria de “cuasiobjetiva”, como pasamos a analizar en el apartado siguiente.

b) La cuasiobjetividad en el criterio del riesgo.

Según la doctrina, la cuasiobjetividad del criterio del riesgo se hace patente en tres aspectos:

1º) En primer lugar, porque en la actualidad sólo un grupo reducido de sentencias se apoya en el criterio objetivo del riesgo, y lo hacen motivados, sobre todo, por la peligrosidad de los riesgos de la vida moderna, por la posible indefensión de la víctima, o por la condición de consumidor o usuario de éste⁹⁹¹; frente a la mayoría de las sentencias que resuelven los suupestos de daños derivados de actividades peligrosas basándose en los criterios cuasiobjetivos de la agravación de la diligencia o la presunción de culpa⁹⁹². Incluso, nos encontramos con otras sentencias que concilian ambos fundamentos al afirmar de modo

responsabilidad al titular del centro escolar cuando el daño sobreviene a consecuencia de deportes o juegos no peligrosos (SSTS 8.3.1999 y 8.3.1999).

⁹⁹⁰ STS 13.4.1998, *Act.C*, nº. 26, 29 junio-5 julio 1989 p. 1992, fto. jº. 2; y ref. SSTS 8.6.1988, y 17.11.1998, en García Gil, F.J., ob, cit, p. 51.

⁹⁹¹ No obstante ALVAREZ LATA, N., ob, cit, p. 308, pone de manifiesto que, sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad civil por daños al consumidor y por actividades empresariales, se produce la inaplicación sistemática de normas que permitirían, en cambio, la imputación objetiva de la responsabilidad al empresario sin la sensación de inseguridad jurídica que arrastra toda la doctrina jurisprudencial. Es decir, que no se aplica por nuestros Tribunales, ni el artículo 28 LGDCU, ni el art. 1908.2º CC que regula la denominada responsabilidad civil por inmisiones por humos excesivos.

⁹⁹² HEREDERO, J.J., *La responsabilidad civil sin culpa...*, ob, cit. p.117.

Vid. Supra. I.2 del capítulo presente. Y ref, SSTS 30.4.1998 (RJA 1998, 2602), y 4.11.1999 (RJA 1999, 8860) respecto al daño causado por accidentes ferroviarios a usuarios y terceros; y SSAP, de Alicante de 13.5.1998 (AC 198, 5293); de Girona 16.2. 2001 (AC 2001, 204); y STS 13.12.1983 (RJA 1983, 6934), referentes a los daños a terceros causados por buques; STS 19.2.1998 (RJA 1998, 636) y 8.4.1996 (RJA 1996, 2883) respecto a los daños causados por accidentes por cables de alta tensión; y SSTS 19.12.1992 (RJA 1992, 10703), 27.6.2001 (RJA 2001, 5087), respecto a los daños derivado de la organización o promoción de espectáculos públicos o actividades lúdicas con carácter masivo, en Álvarez Lata, N, ob, cit, p. 319, 322-323, y 328.

ambiguo: “la aplicabilidad de la doctrina del riesgo a la responsabilidad imputable a quién origina aquél, máxime si no se aplican las medidas adecuadas de protección y seguridad que garanticen la falta de peligrosidad”⁹⁹³. En definitiva, esta situación se traduce en una pérdida de pureza en la técnica argumentativa de los pronunciamientos judiciales actuales, al verse forzados los Jueces y Tribunales a orientarse hacia el caso concreto y a manejar argumentos, en ocasiones, contradictorios, en orden a conciliar el principio culpabilístico con el objetivo.

2º) En segundo lugar, la cuasiobjetividad se manifiesta porque, siendo coherentes con la teoría del riesgo, acreditado el daño dentro de los riesgos típicos de la empresa la exoneración de la responsabilidad se debe limitar, básicamente, a los casos de culpa exclusiva de la víctima y de fuerza mayor. Sin embargo, debido a la situación descrita en el párrafo anterior en que los Tribunales siguen aplicando la teoría del riesgo en su versión de agravación de la diligencia e inversión de la carga de la prueba, queda abierta, en teoría, la puerta de la exoneración en caso de que el agente haya adoptado todas las medidas tendentes a evitar el daño⁹⁹⁴.

3º) Y, por último, como índice de la cuasiobjetividad de la teoría del riesgo también se señala que la culpa de la víctima tenga una virtualidad práctica, tanto en el sistema de responsabilidad civil subjetiva como objetiva, en cuanto mecanismo de exoneración de responsabilidad y de compensación de las consecuencias indemnizatorias. En otras palabras, el Tribunal Supremo ha repetido de forma reiterativa la fórmula de que la objetivización de la responsabilidad no ha eliminado por completo el elemento culpable, y que la responsabilidad

⁹⁹³ Vid. SSTs, 18.3.1993 (*Act.C.*, nº. 29, 19-25 julio 1993, 710, p. 1762); 13.11.1993 (*Act.C.*, nº.9, 28 febrero-6 marzo 1994, 286, p. 286); 22.11.1993 (*Act.C.*, nº. 10, 7-13 marzo 1994, p. 777); y es significativo el pronunciamiento de la SAP de Málaga 11.4.1993 (*Act.C.*, 1993, 797), que responsabiliza civilmente por riesgo a una Empresa hotelera por las lesiones graves que sufrió una menor en el interior del ascensor de un establecimiento hotelero, a pesar del buen funcionamiento del ascensor y de la ausencia de un servicio específico de guardería, pues a la mercantil demandada, que en el ejercicio de su actividad, ya sea por sí o a través de terceros crea situaciones de peligro, se le exige un incremento de celo y diligencia. Y, ref. STS 21.11.1989, y SAP de Castellón de 29.9.1993 en la que se afirma, ambiguamente, que el fundamento en este caso podía ser, o bien, el tradicional criterio subjetivo de la culpa, por su falta de previsibilidad y omisión de la diligencia exigible, o bien la idea del riesgo como criterio de imputación, pues la construcción que en beneficio propio llevaba a cabo, entrañaba un peligro para terceros, responsabilidad que es directa con independencia de la clase de responsabilidad en que hubiese incurrido el autor del hecho –citadas por García Gil F.J., ob, cit, pp. 47-48-

⁹⁹⁴ ÁLVAREZ LATA, N., “Responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo”, en *Lecciones de responsabilidad civil* (coord. F. Reglero Campos), ob, cit, p. 311.

por riesgo no es aplicable cuando media culpa exclusiva de la culpa⁹⁹⁵. Ahora bien, la misma doctrina reconoce que este supuesto es, de todo punto, diferente de aquél en que la culpa de la víctima consiste en la “asunción del riesgo” por el deportista o participante en determinadas actividades lúdicas. Pues en este caso el Tribunal Supremo aplica al titular de las instalaciones deportivas o al organizador de la actividad deportiva una responsabilidad civil subjetiva en la medida en que, como nos explica ORTÍ VALLEJO, el deportista tenga un papel activo en el daño; ya que, como afirma la SAP de Guadalajara 27.7.1994 (AC 1994, 1190), la base de la responsabilidad objetiva está concebida para circunstancias normales de la vida de relación, pero no para aquellas excepcionales buscadas de propósito y conocidas como de intrínseca, notoria y cualificada peligrosidad⁹⁹⁶. No obstante, el interés de papel de la culpa de la víctima en los sistemas objetivos de responsabilidad nos ha llevado a analizarlo con más detenimiento, más adelante, en el epígrafe 3.B.

En definitiva, detrás de la postura jurisprudencial que subjetiviza en todo caso la responsabilidad objetiva por riesgo se encuentra, según ÁLVAREZ LATA, el consejo de la doctrina especializada en orden a la aplicación prudente de los mecanismos objetivizadores cuando se trata de regímenes de responsabilidad no establecidos por la ley⁹⁹⁷. En sentido parecido, existe una tendencia doctrinal francesa que propone, bien la adaptación por la jurisprudencia de la normativa general a los casos particulares, bien legislar la responsabilidad civil objetiva “*coup par coup*”, en razón de que entienden que los preceptos del CC francés no admiten una responsabilidad civil objetiva⁹⁹⁸.

⁹⁹⁵ REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob, cit, p. 107, que entiende que, de tal modo se confunde la naturaleza de la responsabilidad objetiva con las causas de exoneración.

⁹⁹⁶ ORTÍ VALLEJO, A., “Responsabilidad civil en la práctica de actividades de riesgo”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, cap. 14º, ob, cit, pp. 334-340, que cita como precedente a esta teoría la STS 22 de octubre de 1992 (RJA 1992, 8399), cuyos hechos sucedieron en el curso de un partido de pelota a pala entre dos amigos, y respecto al cual el TS afirmó que la objetivización de la culpa no es, en principio, al menos de aplicación a las competiciones deportivas, dado que el *riesgo particular que del ejercicio de una actividad de ese género puede derivar y va implícito en el ejercicio de la misma*, no puede equipararse a la idea del riesgo que como objetivización de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de una especial figura responsabilicia.

Al igual se pronuncian, STS 14.4.1999 (RJA 1999, 3140), y SAP de Valladolid 21.9.1994 (AC 1994, 1397), y destacando, por su claridad, la SAP de Vizcaya 15.3.1999 (AC 1999, 881) que basa la teoría del riesgo en la medida en que se cumpla el papel activo del deportista. Por tal razón, como en los casos de aprendizaje de algún deporte el papel activo lo tiene el enseñante, y se exige una mayor diligencia estamos ante una excepción ante el principio de la asunción del riesgo.

⁹⁹⁷ ÁLVAREZ LATA, N, ob, cit, p. 307.

⁹⁹⁸ TUNC, A., “Le spectre de la responsabilité civile”, *Rev. int. dr. comp*, 1978, pp. 1032 y ss.

B.- La teoría de la garantía: el criterio de la “seguridad” y el de la “garantía”.

Según la doctrina, la “teoría de la garantía” es la teoría objetiva que, junto con la del riesgo, tiene más predicamento en el Derecho español. Esta teoría, por otra parte, también tiene una doble formulación: por un lado, la que defiende como criterio de imputación objetivo el “criterio de la seguridad”; y, por otro, la más conocida que propone como criterio objetivo de imputación el criterio de la “garantía” *strictu sensu*.

Y ambas formulaciones son las que pasamos a exponer:

Iª) La primera formulación de la teoría de la garantía se llevó a cabo por la doctrina francesa, en concreto por STARCK. Y ésta considera que el “criterio de la seguridad” es un principio general de Derecho natural de la responsabilidad civil, aunque limitado a los daños corporales y patrimoniales, excluyendo los económicos y los morales, en razón de que aquéllos son ilícitos, en principio, por el hecho de que ningún derecho o libertad individual autoriza a cometerlos, pero la licitud o ilicitud de los daños económicos y morales va a depender del examen de los derechos del demandado que, a veces, se pueden prevaler de un derecho legítimo a dañar⁹⁹⁹. En consecuencia, este sector doctrinal razona que, en realidad, el principio general de la responsabilidad civil es el criterio objetivo de la seguridad, pues las continuas transformaciones de la técnica del Derecho de la responsabilidad civil han tenido como único objetivo la garantía, cada vez más perfecta, de la seguridad corporal y material de los hombres que viven en sociedad. Y como ninguna de las razones que se han creído encontrar en el autor del daño han podido resistir las transformaciones, significa que ni la culpa, ni el riesgo tienen valor de principio, y es en la persona de la víctima en la que se encuentra la razón permanente y el principio de la responsabilidad civil en el campo citado¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁹ STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th, París, 1947, p. 47. Esta diferencia se intuye o constata en el Derecho romano, pues los daños materiales y morales eran regidos en su mayor parte por la Ley *Aquilia*, y los otros por acciones particulares.

¹⁰⁰⁰ *Ibidem*, pp. 38-45, 70. Este autor, al partir del punto de vista de la víctima, no enfoca el tema desde la sempiterna idea de libertad, que justifica, tanto el criterio de la culpa como el del riesgo (el deber de reparar es la contrapartida necesaria de la libertad de actuar), sino en la idea de seguridad pues el hecho de infligir un daño a otro es una violación al derecho a la seguridad que pertenece a cada uno de nosotros, pues la actividad no se realiza en una isla desierta sino en un medio social, y los hombres son investidos no solamente de diversas libertades de acciones, sino de un derecho a disfrutar tranquilamente de su vida y de sus bienes. Así las cosas,

En concreto, los defensores de esta propuesta ponen de manifiesto que el criterio de seguridad es el que ofrece un fundamento justo a la responsabilidad civil por los actos dañosos de los enfermos psíquicos, cuando ni la teoría de la culpa, del riesgo, ni de la equidad o la asistencia lo han ofrecido. Pues, en definitiva, el criterio de la seguridad tendría la ventaja de que, partiendo del punto de vista de la víctima, declararía la responsabilidad del enfermo psíquico en todo caso; si bien admitiendo la reducción de la cuantía indemnizatoria porque, o bien la jurisprudencia francesa tiene en cuenta la menor gravedad de la culpa, o bien la garantía crea una deuda menos pesada que la responsabilidad por culpa¹⁰⁰¹.

IIª) En segundo lugar, la teoría de la garantía no ha tenido como única explicación la expuesta en los párrafos anteriores, sino que, también, es la que defiende como criterio objetivo de imputación a la garantía en el sentido de “garantía de solvencia”.

En concreto, este criterio ha dado explicación, hasta tiempo relativamente reciente, a la responsabilidad civil de los empresarios por los hechos de sus empleados en el Derecho francés. Pues, a pesar que la doctrina francesa interpretó, según vimos en el apartado anterior, que dicha responsabilidad ex artículo 1384.5 CC francés residía en el criterio del riesgo, había quiénes empezaron a poner de manifiesto, por un lado, que dicho criterio no ofrecía una explicación coherente a la línea jurisprudencial francesa que resolvía que el “abuso de función no es un acto necesariamente extraño a las funciones del empleado, respondiendo el

¿qué hay más natural y lógico que se organice la protección de un derecho desde el punto de vista del titular, no ocurre así con el derecho de propiedad?, pues de lo contrario nuestra seguridad estaría a la discreción de las disposiciones subjetivas de otros hombres, de su estado mental o psíquico.

Como buen resumen de la justificación de la generalidad y permanencia del principio de la garantía, vid. pp.52-70. El principio de la seguridad ha estado camuflado, de modo constante, a través del criterio de la culpa y del riesgo.

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, pp. 88-94. En primer lugar, el autor refuta a la tesis de la culpa objetiva que ésta sólo es predicable respecto a una persona normal, pero no respecto a un alienado, pues la culpa objetiva se basa en el fundamento ineludible del libre arbitrio, ya que lo requiere su argumento base, esto es, no se toman en cuenta los factores personales del agente del daño, pues se cree en la perfectibilidad del hombre, y por ello viene a proponer a los hombres un modelo de conducta al que se estiman que los hombres pueden y deben conformarse. Pero, ¿qué valor tendría para un alienado?, pues la alternativa entre el libre arbitrio y el determinismo no se plantea en presencia de un enfermo mental al no ser su voluntad libre. Y, en segundo lugar, reprocha a la tesis del riesgo el que su justificación racional, que se encuentra en la idea del provecho económico o jurídico que se saca del simple ejercicio del derecho, se aviene mal con la realidad del enfermo mental, pues ¿tiene sentido que el enfermo mental deba reparar el daño como compensación económica o jurídica que saca de sus propios actos?. En definitiva, ambas teorías conducen a un *impasse*.

Por último, juzga incoherente basar la responsabilidad del enfermo psíquico en el deber en la caridad o en la asistencia cuando, al final, hace recaer en el propio alienado el deber de resarcir, encontrando justificación sólo en el caso en que aquél recayera en la colectividad, lo que requeriría, entonces, una disposición legislativa expresa al respecto.

empresario también en este caso”¹⁰⁰². Y, por otro, que el criterio de imputación que rige la responsabilidad civil de los empresarios por los actos de sus empleados es, en realidad, la “garantía”, con la finalidad, en términos de LE TOURNEAU, de proteger a los terceros de la insolvencia de los autores directos del daño, pero permitiendo ejercer al empresario, posteriormente, un derecho de repetición frente a sus empleados¹⁰⁰³. En palabras de VINEY y JOURDAIN: “si bien la interpretación actual de dicho precepto es el resultado de numerosas razones, la idea de la garantía de solvencia a las víctimas de los daños causados por personas presumiblemente insolventes ha jugado históricamente un papel muy importante; de modo que el empresario ya no es considerado más como un individuo, sino como el representante de la unidad económica que dirige, y, en consecuencia, asume los riesgos normales de la empresa y los que, tomados en interés de la empresa, sean anormales a ésta”¹⁰⁰⁴.

Ahora bien, en la actualidad las cosas parecen haber cambiado un poco, en concreto, a raíz de que la jurisprudencia francesa ha empezado a negar al empresario la posibilidad de que, en ciertos casos, ejerza su derecho de repetición frente al empleado. De tal modo que, hay quiénes entienden que, hoy en día, la responsabilidad civil del empresario por los actos de sus empleados se funda en el criterio del riesgo, pero no en su sentido tradicional, sino como medio de imputar a la empresa, a título definitivo, la carga de los riesgos que crea la actividad del empleado a su servicio, esto es, de los actos dañosos cometidos en el ejercicio de sus funciones por culpa media, merced a que el empleado es una rueda del engranaje empresarial,

¹⁰⁰² Vid. Cass. ass. plén, 19 mai 1988, D. 1988. 513, note. Ch. LARROUMENT.

¹⁰⁰³ Civ. 2, 6 févr. 1974, D. 1974, note LE TOURNEAU. En el mismo sentido, BACH, L., “Fondement de la responsabilité civile en France”, RTDC, 1977, jav-déc, pp. 29-30, que explica que el argumento de la culpa *in eligendo* e *in vigilando* deja de ser viable cuando la jurisprudencia declara responsable a empresas que le han impuesto a sus empleados, así la sentencia - Req. E août 1907, S. 1908. I. 28- que declaró responsable a la Sociedad de preparación militar por los hechos dañosos cometidos por los suboficiales instructores que le habían impuesto la Armada; y la sentencia - París, 26. oct. 1938. D.H., 1938, 26-, que declaró responsable al empresario del detenido que la Administración penitenciaria había puesto a su disposición. Por otra parte, no se puede alegar que la responsabilidad del empresario esté fundada en la culpa cuando se exige la culpa en el empleado pues la condición *sine qua non* para que una responsabilidad pueda ser fundada en la culpa es que se pueda revelar la violación de una obligación regulada como condición de la responsabilidad por la persona declarada responsable en sí misma, lo que no acontece en el supuesto presente.

Y, para un análisis de las teorías abandonadas acerca del criterio de imputación del artículo 1384.5 CC francés, vid. BÉNAC-SCHMIDT, F./ LARROUMENT, C., Voz: “Responsabilité du fait d’autrui”, *Rép. Civ. Dalloz*, t. VII, París, 1999, pp. 9-10, entre otras la teoría de la presunción de culpa, y la de la representación, o la teoría marginal de Starck que establece un paralelismo entre la responsabilidad civil de los empresarios por los hechos de sus empleados y la responsabilidad por el hecho de las cosas de las que tenemos la guarda (poder de control y dirección).

¹⁰⁰⁴ Citadas por BÉNAC-SCHMIDT, F./ LARROUMENT, C., Voz: “Responsabilité du fait d’autrui”, ob. cit., p. 11.

del que no tiene una total autonomía. Incluso hay quiénes entienden que, en cierto sentido, se puede interpretar que el artículo 1384.5 CC francés que regula la responsabilidad civil de empresario por los hechos de sus empleados se funda en un criterio de garantía, no sólo frente a la víctima, sino también, frente al empleado. En definitiva, con esta interpretación se diferencia la “culpa personal del empleado” de su “culpa de servicio”, de manera que el empleado sólo va a responder frente a la víctima y frente al empresario por el hecho de su culpa personal grave, esto es, la que no sea previsible para el empresario, y no por la culpa de servicio, distinción que trae causa de la jurisprudencia administrativa acerca de la responsabilidad civil de la Administración por los hechos de sus funcionarios¹⁰⁰⁵. Así las cosas, la moderna teoría del riesgo para la responsabilidad por hecho ajeno del empresario ha tenido un refrendo en la sentencia de la Corte de casación francesa de 22 de octubre de 1993 al rechazar el recurso interpuesto por la Sociedad de perfumes *Rochas* frente a los empleados de la también demandada *Sté Valières* por competencia desleal a la demandante, sobre la base de que los empleados habían actuado dentro del cuadro de los límites de la misión que les había encargado su empresa, y, por tanto, no habían incurrido en culpa personal, a pesar de que habían participado activamente en los actos de la competencia desleal¹⁰⁰⁶.

En cualquier caso, la doctrina contemporánea francesa en su conjunto no es favorable a un teoría monista, y defiende, por el contrario, una teoría dualista como fundamento en la responsabilidad civil de los empresarios por los actos de sus empleados. Esto es, se sostiene que la idea de garantía es la que permite comprender el artículo 1384.5, pero dicha idea de garantía se funda, según unos, en el riesgo que ha creado la empresa con su actividad, y según otros, en la confianza en el empleado, bien o mal colocada, asumida por el empresario hacia el tercero¹⁰⁰⁷. Y esta dualidad en los criterios de imputación que se proponen por la doctrina

¹⁰⁰⁵ VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, p. 862 y 895 y 897-905, esto es, el empleado va a responder él sólo cuando el empresario no ha participado ni directa, ni indirectamente en el acto dañoso cometido por el empleado, cuando se trata de culpa grave, ya que las negligencias corrientes de los empleados es algo previsible por el empresario.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*, p. 900 y 906-907, que nos explica que la sentencia emana de la sala de comercio, de modo que no tiene autoridad para constituir jurisprudencia civil. No obstante, la sentencia de 30 de octubre de 1995 de la sala de lo civil de la Corte de casación parece seguir el criterio del riesgo.

¹⁰⁰⁷ BÉNAC-SCHMIDT, F./ LARROUMENT, C., Voz: “Responsabilité du fait d’autrui”, ob, cit, p. 11, que lo basa en el hecho de que tal idea ya estaba presente en los redactores del Código civil, así en palabras de V.B GREUILLE,: “(...) mais ce n’est pourtant pas dans la confiance mal placée que réside cette obligation de garantie, auquel cas on reviendrait à l’idée de faute, mais simplement dans la confiance, bien ou mal placée, qui est asumée par le commettant envers les tiers. Dans cette mesure, on peut se contenter d’un simple lien de

francesa para la responsabilidad civil de los empresarios por los actos de sus empleados, en cierto sentido, también se constata por la doctrina y jurisprudencia española. Pues, o bien se propone como fundamento de dicha responsabilidad el criterio de la garantía en el sentido de solvencia¹⁰⁰⁸, pues así lo corroboran los términos literales del artículo 1904 CC al permitir que aquél pueda repetir después frente al empleado *todo lo pagado*¹⁰⁰⁹; al igual que se defiende para la responsabilidad civil de los padres, cuestión en la que se indagará en el último epígrafe de este capítulo. O bien, se defiende que es el criterio del riesgo, según lo hemos recogido en el epígrafe anterior¹⁰¹⁰.

Finalmente, llegado este punto, nos queda por apuntar a la “teoría de la equidad” que, sin embargo, la estudiaremos más adelante en su posible aplicación práctica para la responsabilidad civil por hecho propio de menores de edad y de los incapaces.

3.- LA CUESTIÓN DEL CRITERIO OBJETIVO DE IMPUTACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La cuestión de si algún criterio objetivo de imputación alcanza la categoría de principio general de la responsabilidad civil en el Ordenamiento jurídico español se planteó, sobre todo, desde mediados del siglo XX cuando la doctrina y la jurisprudencia empezaron a preguntarse si había llegado la hora de introducir en las legislaciones modernas normas de Derecho positivo inspiradas en el principio general del Derecho de responsabilidad objetiva. Si bien, es un dato pacífico que la doctrina que defendió la existencia de tal principio fue minoritaria frente a quien la negaba¹⁰¹¹.

connexité entre l'acte dommageable du préposé et ses fonctions, pour pouvoir engager la responsabilité du commettant”.

¹⁰⁰⁸ Vid, entre otros, RUBIO GARCÍA MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971; y RAGEL SÁNCHEZ, F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil...*, ob, cit, p. 445.

¹⁰⁰⁹ En contra, GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, cap. 5ª, ob, cit, p. 128 y ss, que entiende que quien responde ex art. 1903 CC lo hace cuando (y porque) con su propia negligencia ha propiciado, aunque sea indirectamente y con frecuencia por omisión, que otra persona, respecto de la cual tenía un especial deber de cuidado frente a terceros, ocasionara directamente el daño. Y, también, SANTOS BRINZ, J., “Comentario al artículo 1903” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir.M. ALBALADEJO GARCÍA), t. XXIV, Madrid, 1984.

¹⁰¹⁰ Vid. Supra II.2.A.

¹⁰¹¹ BORREL MACIÁ, A., “Hacia una responsabilidad sin culpa”, *RDP*, 1951, pp. 103- 125, parfraseando a Mazoni: “La razón y la sinrazón no se separan con una línea tan neta que cada una de las partes tan sólo tenga una de ellas”, llega a la conclusión de que no debe darse una extensión demasiado amplia a la responsabilidad

A.- Claves doctrinales a favor y contra.

Iª) Un sector minoritario entiende que son suficientes los casos cuya reflexión justifica la consagración de un principio objetivo de responsabilidad objetiva, pues si el Derecho se inhibiera ante las mismas sería fuente de injusticia sobre la base de diferentes motivaciones o criterios que se sustentan en la búsqueda de ese equilibrio que encarna el Derecho. Ya sea, porque la actividad no culposa de una persona, de la que se deriva para otra un perjuicio, puede resultar beneficiosa para la primera; ya sea, por la misma equidad en los casos en que se han adoptado todas las precauciones para evitar el daño de un inimputable sin dar resultado; ya sea el mismo beneficio a la sociedad en el caso de la responsabilidad civil objetiva de la Administración¹⁰¹². Asimismo, frente al argumento de la tesis subjetiva de que la existencia de un principio general objetivo iría en contra del progreso pues generaría inseguridad y temor en el hombre más circunspecto, se le rebate que es deplorable que aquél se lleve a cabo a costa de un reducido número de individuos, esto es, que éstos aporten todo y no reciban compensación de quienes de manera principal se aprovechan de tal progreso¹⁰¹³.

En concreto, existen dos formulaciones que configuran, de modo muy coherente, que un criterio objetivo de imputación puede tener autonomía propia y alcanzar la categoría de principio general de la responsabilidad civil:

1ª) Una primera formulación reside en “el criterio objetivo de la seguridad corporal de las personas” propuesto por la teoría de la garantía como principio general de la responsabilidad civil. Este criterio ya lo hemos tratado en el epígrafe anterior y a ello nos remitimos¹⁰¹⁴.

2ª) Y una segunda formulación es la que elaboró TRIMARCHI a partir del análisis funcional de las distintas normas existentes en el Derecho positivo, y que, a su juicio, imponen una responsabilidad civil sin culpa basada en el “criterio objetivo del riesgo”. En

sin culpa. Pues hay un orden aparente y una falsa claridad, que son los más claros enemigos de toda filosofía, por lo mismo que halagan la pereza, la vanidad de creer que se ha llegado al fondo del pensamiento.

¹⁰¹² *Ibidem*, p. 113.

¹⁰¹³ *Ibidem*, p. 116, que lo explica a través de una analogía interesante, el caso en que en un contrato de arrendamiento en que el arrendatario establece un negocio peligroso, el aumento de prima por dicho riesgo que toma en cuenta la compañía aseguradora la asume el arrendatario.,

concreto, este autor, por un lado, rechaza criterios objetivos tales como la equidad; la causalidad o el principio *ubi emolumentum ibi onus*, al resultar insatisfactorios en orden a construir un sistema de responsabilidad por riesgo coherente y completo. Y, por otro, propone que, si la finalidad principal de la responsabilidad civil objetiva es presionar sobre aquél que tiene el control del riesgo en orden a que adopte las medidas necesarias para que los perjuicios derivados de la concreción del mismo sean administrados de forma económicamente eficiente, entonces, el criterio del riesgo como principio general actuaría en ámbitos como el empresarial o el industrial, en los que la mayoría de los daños periódicamente inferidos por el desarrollo de una actividad no son debidos a la culpabilidad de un sujeto en concreto, sino a circunstancias que se encuentran fuera de toda posibilidad de ser controladas a través del empleo de la diligencia debida. En consecuencia, si se atribuye al sujeto que tiene el control de la actividad que produce el riesgo la responsabilidad por todos los daños que se produzcan a causa del mismo, dicho sujeto adoptará las decisiones de producción de tal modo que el coste que le supone indemnizar los daños se lo más pequeño posible¹⁰¹⁵.

En definitiva, la coherencia de la propuesta de TRIMARCHI se basa, según la doctrina, en dos razones: en primer lugar, porque limita su aplicación a las actividades cuyo desarrollo es fruto de una decisión económica, generan un riesgo de accidentes inculpables suficientemente elevado, y se caracterizan por un mínimo de continuidad y de organización; de modo que para el resto de los supuestos, constituidos por las llamadas “actividades biológicas”, entiende que lo más adecuado sería el mantenimiento de la responsabilidad civil por culpa en sentido clásico, ya que el riesgo de accidentes en dichas actividades es muy limitado y, por tanto, la obligación de diligencia puede producir su fundamental efecto preventivo sobre la realización de conductas dañosas. Y, en segundo lugar, porque solventa la difícil cuestión de fijar las causas de exclusión de dicha responsabilidad por riesgo, reduciendo la obligación de responder del sujeto sometido a dicho régimen a los accidentes derivados de los riesgos típicos de la empresa, que son los que tal actividad genera de

¹⁰¹⁴ Vid. Supra. II. 2.B del capítulo presente.

¹⁰¹⁵ TRIMARCHI, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, ed., Giuffrè, Milano, 1961, pp. 36-39, en López Peña, F., ob. cit. np. 171, p. 67, que nos explica que, en definitiva, la responsabilidad objetiva supone, en términos económicos, la “internalización del coste social” en el balance de costes y beneficios de la empresa, y determina una disminución global de la cantidad de daños, así como el desplazamiento fuera del mercado de explotaciones empresariales que producen más daños a la sociedad que beneficios. La responsabilidad por riesgo tiene, por lo tanto, como finalidad fundamental la de mejorar los procesos productivos de las empresas

ordinario, continuamente, y, por lo tanto, son los únicos que puede administrar el que posee el control de dicha actividad, disminuyéndolos o aumentándolos con alteraciones en los factores de producción; y asimismo, son los únicos que pueden ser calculados por las compañías aseguradoras con el fin de determinar el riesgo cubierto por el seguro y el importe de las primas. En definitiva, quedarían fuera del régimen de responsabilidad civil objetiva los daños producidos a causa de acontecimientos extraordinarios, no debidos al funcionamiento normal de la empresa¹⁰¹⁶.

IIª) Por el contrario, a los postulados anteriores la doctrina mayoritaria le refuta los siguientes puntos:

1ª) En primer lugar que, debido a que los juristas contemporáneos son poco dados a elaborar sistemas, no se ha creado uno que de razón de los criterios de imputación objetivos, de tal modo que el criterio objetivo se resume, en el fondo, en una proposición puramente negativa pues ser responsable objetivamente significa ser responsable incluso si no ha incurrido en culpa. Por consiguiente, esta teoría es impotente para explicar, verdaderamente y de modo sistemático, la razón de dicha responsabilidad y para justificar que el peso de la responsabilidad se transfiera de la víctima a otra persona; de manera que si eleváramos el criterio objetivo a principio general renunciaríamos a una explicación racional y a una regla socialmente aceptada en materia de responsabilidad civil¹⁰¹⁷.

Por otra parte, se reconoce que el principio del riesgo es el que se invoca a menudo como idóneo para elevarlo a principio general de responsabilidad civil, pues tiene pretensiones de generalidad el criterio de que quien obtiene una ventaja, económica o jurídica, a causa de su obrar es justo que cargue con las consecuencias. Sin embargo, y en términos de BIANCA, el riesgo no ofrece un criterio válido para identificar al sujeto sobre el cual debe recaer el riesgo desde el momento en que es fácil observar que normalmente el *commodum*

disminuyendo el riesgo de accidentes, y la de expulsar del mercado a aquellas explotaciones que subsisten gracias a la atribución de dichos riesgos a la sociedad.

¹⁰¹⁶ LÓPEZ PEÑA, F., ob, cit, pp. 67-69, que nos explica que algunos de los aspectos planteados por este autor: “riesgos típicos de la empresa”, o “riesgos del desarrollo” todavía continúan discutiéndose en la doctrina actual, y además, su obra tiene el mérito añadido de ser la primera gran monografía en la que se utiliza en Europa la metodología del “análisis económico del Derecho”, que había surgido en Estados Unidos unos años antes.

¹⁰¹⁷ ALTERINI, A.A./ AMEAL, O./, LÓPEZ CABANA, R., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, 1995, p. 199.

sería aplicable a todos aquéllos que participan en la vida de relación, sin que pueda identificarse a un sujeto que posea ventajas respecto de otro en la variedad de conductas sociales que generan daños. Por consiguiente, la responsabilidad objetiva sólo se ha impuesto y se puede imponer en razón de particulares necesidades de tutela que justifican el resarcimiento del daño, y que, en esencia, se reducen a la exigencia de ofrecer a los consumidores una tutela más intensa con respecto a quién despliega la actividad que posea un incremento de peligrosidad. Esto es, el criterio objetivo de imputación sólo está justificado en las actividades de necesaria inherencia de un margen de peligrosidad¹⁰¹⁸. Y esta idea, en realidad, la corrobora la jurisprudencia española que sólo valora de forma razonable la objetivización y el riesgo creado en cada caso concreto, sin atreverse a aceptar este criterio de forma dogmática y definida. De modo que para los supuestos en los que no puede aplicar de modo claro la teoría del riesgo, vuelve a la ponderación de la culpa, pero ampliándola hasta hacer responder por culpa *levissima*, es decir, hasta la exigencia de la que sea socialmente adecuada, a criterios de previsibilidad, probabilidad y evitabilidad, a la realidad social, o exigiendo su agotamiento, desde diferentes motivaciones, verbigracia, razones de convivencia social, justificaciones derivadas de la moral, el derecho y la equidad, imperativos éticos, a parte del ya reconocido “*cuius commoda eius incomoda y ubi emolumentum ibi onus*”.

Expuesto este primer argumento, hay que decir que ciertas voces defensoras de la existencia de un principio general objetivo contrargumentan que se evitaría este problema si se calificara a la responsabilidad objetiva de legal, pues es la ley misma la que cada vez establece los presupuestos y fija los límites distintos, caso por caso. Y esto permite, por un lado, desligarse del intento de justificar la desviación del principio de culpa sin alcanzar a establecer en qué consiste; y, por otro, dividir el campo de la responsabilidad civil en dos partes que expliquen instituciones netamente diferentes, aunque en buena medida su fin último sea el mismo: la reducción del riesgo¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ BIANCA, MC., “Supervivencia de la teoría de la culpa”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, ob, cit, pp. 139 y 142, que nos explica que el *commodum* se pone en cabeza del productor no merced a la ventaja obtenida por el productor (ideal o lucrativo), sino a la exigencia de ofrecer a los consumidores una tutela más intensa con respecto a quien despliega la actividad que posee un fatal incremento del riesgo.

¹⁰¹⁹ CUPIS, A.DE, *El daño ...*, ob, cit, pp. 445-448, que critica los principales teorías que explican la responsabilidad objetiva pues adolecen de estar influenciados de la concepción tradicional de culpa. Así, la teoría del riesgo; la del riesgo beneficio; la de creación de un peligro pues es una noción vaga que excede del significado de la responsabilidad civil, que no tanto quiere predisponer algún remedio a la existencia de un estado de peligro, como actuar una justa reacción frente al daño ocasionado, cuando deben ser resarcidos por

2ª) En segundo lugar, y asimismo, la respuesta negativa se impone por aquéllos que defienden, de modo taxativo, la imposibilidad de fundar una regla general de responsabilidad sobre la noción del riesgo que sustituya a la culpa, en razón de que el artículo 1902 CC es una regla de conducta. De modo que dicha teoría sólo tiene utilidad para explicar la obligación de reparar en ciertos casos en los que a una persona no se le puede reprochar culpa alguna, para lo que será necesario, en todo caso, una disposición legal expresa, pero sin llegar a alcanzar la categoría de principio autónomo de responsabilidad civil¹⁰²⁰.

3ª) En tercer lugar, existe un argumento, de todo punto interesante, para negar que el criterio objetivo de más predicamento, el criterio del riesgo, tenga la categoría de principio general de la responsabilidad civil. En concreto, parte de la doctrina americana niega la posibilidad de que exista una teoría general de la responsabilidad objetiva¹⁰²¹ merced a que la *strict liability* esconde siempre la tesis subjetiva; y esto en razón de que la teoría de la causalidad se basa, subrepticamente, en la aceptación de ciertos riesgos, lo que solo puede basarse en el conocimiento de ellos, juicio intuitivo de quien debe soportarlos¹⁰²². En términos

quien asume dicha iniciativa y aparece mejor que ningún otro en grado de domar las consecuencias; la teoría de la equidad; la que persigue el fin preventivo; o las teorías eclécticas.

¹⁰²⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2º, 1997, ob, cit, p. 485. Defiende que el principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro Ordenamiento jurídico positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 CC, cuya aplicación requiere, por regla que la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del hecho dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente; y GUILARTE MARTÍN – CALERO, C., *La moderación de la culpa por los Tribunales*, ed., Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 122. Y, respecto a la doctrina francesa, vid. BOULANGER, J., *Traité de droit civil*, d’après le Traité de Planiol, ob, cit, p. 337.

Respecto a la responsabilidad contractual, vid. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit. p. 208, que entiende criticable el acogimiento indiscriminado de la teoría del riesgo, que ni el tenor de las reglas generales de la responsabilidad contractual, ni el carácter no legal del régimen de la extraneidad lo consienten (eventos no típicos de la actividad debitoria), y sólo da lugar a ello cuando lo establezca expresamente la ley.

¹⁰²¹ PERRY, S.R., “The Impossibility of General Strict Liability”, en *Tort Law of Weinrib*, ed., Dartmouth, England, 1991, p. 148.

En el mismo sentido en la doctrina española, vid. COSSÍO, A.DE, “La causalidad en la responsabilidad civil”, ob, cit, p. 544. No existe la teoría de la causalidad pura, pues la responsabilidad objetiva la excluye la fuerza mayor, de modo que aquélla se reviste de cierto tono de subjetividad. Pues hay un juicio de previsibilidad pero no referido a un sujeto determinado, sino a la propia actividad creadora de riesgos en que se funda, de modo que se puede decir que se presume que todo aquel que se entrega a tales actividades gravadas con la responsabilidad objetiva debe hacer un juicio de previsión por el solo hecho de dedicarse a ellas, aceptando con ello las consecuencias dañosas que, aún empleando la mayor diligencia, son inherentes a la misma. Aunque, lógicamente la fuerza mayor excluye la responsabilidad, pues rompe el hecho causal, ya que tanto en el caso de la responsabilidad con culpa como en la responsabilidad objetiva vienen a fundarse en último término en un hecho humano, en una conducta determinada del hombre.

¹⁰²² Ref. *Vicent v. Lake Transportation Company* (1910), 109 Minn. 456, 124 NW 221 (S.C. Minn), en PERRY, SR., “The Impossibility of General Strict Liability”, ob, cit. p. 150 y ss, en que el autor expone su crítica a la teoría del riesgo como principio general de responsabilidad civil sobre la base del siguiente supuesto: el jefe

parecidos ALAJMO, tomando como base *la Relazione del Ministro Guardasigilli al Re* para la aprobación del Código civil italiano de 1942, afirma que la responsabilidad por riesgo esconde una responsabilidad civil subjetiva aunque agravada, en la medida en que la previsibilidad del daño, como condición esencial de la culpa, se deriva *in re ipsa* del ejercicio de una actividad peligrosa y, entonces, el deber de diligencia en evitar la producción del daño deviene más riguroso. En definitiva, este autor señala que: “el criterio del riesgo representa un principio, al cual no es extraña la referencia psicológica y subjetiva en la noción de culpa, y estaremos así abocados a considerar la denominada responsabilidad por riesgo como una forma de responsabilidad simplemente agravada más que un tipo de responsabilidad que se opone dialécticamente a la responsabilidad tradicional basada en la noción de culpa”¹⁰²³. Y, en sentido parecido, dentro de la doctrina española, FERNÁNDEZ DE VILLANVICENCIO propone que en el Código civil español hay base para construir una teoría de la responsabilidad objetiva como responsabilidad culposa pues, habida cuenta de que ningún precepto del Código civil formula una norma que con carácter general pueda servir de base para construir la teoría de la responsabilidad civil sin culpa, si según el artículo 1104 CC la culpa es un concepto relativo que depende de las circunstancias de hecho, y si el Código civil admite la distinción entre el caso fortuito ordinario o propio de una actividad, y extraordinario o extraño

de un barco que pertenecía al demandado lo aceleró hasta el puerto del demandante, aunque tuvo que parar ante una violenta y peligrosa tormenta, de modo que el puerto se dañó y el Tribunal declaró responsable al *master of the ship*. Y se justificó la responsabilidad objetiva por riesgo del demandado en la justicia correctiva, pues si la compañía de transporte ha de soportar los costes en aquellos casos en que se hubiera dañado a sí mismo por caso fortuito, a su propiedad, entonces, ¿no debería de soportar aquéllos cuando se dañó la propiedad de otros?, esto es, *the mayor premise of the theory of Strict Liability es that prima facie, he should not be allowed to help himself by taking or destroying the plaintiff's person or property. If in the course of activity conducted for his own gain, the defendant had harmed himself or damaged his own property, he would be required to bear that loss himself even if the expected gains were worth the risk involved, and there is no reason why that result should not be sought by legal system as well when the initial harm is to the person or property of another.*

Pero el autor critica que, en realidad, detrás de dicho argumento existe subjetividad por las siguientes razones: a) si el derecho es alteridad no se puede hacer analogía con el supuesto hipotético de que el demandado se hubiera causado el daño a sí mismo; b) una acción siempre entraña riesgo, y esto se sabe por las personas o se debe saber, lo que es incompatible con una generalización de la teoría objetiva, ya que ésta no distingue los grandes riesgos impuestos a otros, sino que sólo exige un conocimiento de la posibilidad general de daño más que el conocimiento de un daño que pueda estar más específicamente caracterizado; c) En realidad, la teoría objetiva basa la responsabilidad en el conocimiento, pues parece defender que, al menos, ciertas clases de actos dañosos deberían decidirse de acuerdo con lo que es realmente una variante de nivel de cuidado, al no hacer depender a la responsabilidad civil de un equilibrio de los intereses entre el demandado y el demandante, sino simplemente de si el demandado supo, o debería haber sabido que estaba creando un cierto nivel de riesgo para las personas en la posición del demandante.

¹⁰²³ ALAJMO, M., “In tema di responsabilità civile: osservazioni sul rapporto tra responsabilità per colpa e responsabilità per rischio. Il fatto dannoso dell’incapace”, ob, cit, pp.186-187, y en dicha línea el Ministro del Guardasigilli entiende que, por ejemplo, la responsabilidad civil del artículo 2050, unánimemente reconocido como una responsabilidad civil por riesgo, no es más que un particular desarrollo de la agravación de la diligencia puesta a cargo del dañante.

a una actividad, es perfectamente posible afirmar, entonces, que: “el caso fortuito ordinario es la omisión de la diligencia relativa exigida por el artículo 1104 CC, y, por ende, el artículo 1902 CC puede amparar la responsabilidad civil objetiva en el caso en que el daño haya sido producido por un caso fortuito ordinario o propio de la actividad de la que se trate”¹⁰²⁴.

4ª) Una cuarta razón doctrinal en orden a negar la virtualidad de principio general al criterio del riesgo reside en la personal convicción de que dicho criterio vulnera la presunción de inocencia del artículo 24.2.I de la CE que exige que se pruebe en todo caso la culpabilidad de la persona a la que se reprocha un comportamiento ilícito, entendiendo, como hace RAGEL SÁNCHEZ, que los preceptos reguladores de la responsabilidad extracontractual son normas limitadoras de derechos pues imponen a ciertas personas la obligación de indemnizar a los que padecen el daño¹⁰²⁵. De tal modo que este autor propone que en los casos en que una persona resulte perjudicada por el coste del progreso deberá ser indemnizada por la sociedad que es la que se beneficia de dicho avance, esto es por la Administración pública¹⁰²⁶. En cualquier caso, reconoce que su opinión es contraria a la doctrina constitucional que no considera aplicable la presunción de inocencia a la responsabilidad objetiva¹⁰²⁷.

5ª) Por último, la vigencia y virtualidad de la culpa de la víctima en orden a la compensación de las consecuencias indemnizatorias o la exoneración del responsable, tanto en los sistemas de responsabilidad civil subjetiva como objetiva, es otra de las razones que impiden que el criterio objetivo tenga categoría de principio. Pues, en esencia, la responsabilidad civil objetiva se matiza desde el instante mismo que se tiene en cuenta la culpa de la propia víctima en la producción del daño. Y, por su interés, pasamos a estudiarlo con más detenimiento en el apartado siguiente.

¹⁰²⁴ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., “Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva”, en AAMN, 1962, t. XII, pp. 37-44.

¹⁰²⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., ob, cit, p. 454, que nos explica que no parece que sea acorde con la CE que una persona que ha observado la diligencia exigible, que ha cumplido las normas establecidas en la actividad que desempeña, tenga que pagar una fuerte suma como indemnización, que en muchos supuestos le supondrá una ruina económica de la que no podrá recuperarse jamás.

¹⁰²⁶ *Ibidem*, pp. 454-455, es interesante el razonamiento que utiliza: “(...) que sea el Estado quien incremente el precio de los carburantes para cubrir el riesgo que él ha creado, no el modesto adquirente de un automóvil, que tiene la humilde pretensión de utilizarlo para desplazarlo diariamente a su lugar de trabajo, o salir al campo los domingos. (...). Permitir que los vehículos puedan circular a 200 Km por hora, cobrando el impuesto superior que supone esa alta cilindrada y luego responsabilizar al conductor -¡e incluso al propietario no conductor!- del accidente fortuito es puro fariseísmo”.

¹⁰²⁷ Ref. STC 8.4.1991; 30.6.1993, 25.5.1996; 8.7.1999, en RAGEL SÁNCHEZ, L.F., ob, cit, pp. 456-457.

B.- Referencia especial al argumento del efecto exonerador y compensatorio de la contribución de la víctima a la producción del daño.

a) El estado de la cuestión acerca de su fundamento.

A pesar de no estar regulada específicamente en el Código civil español¹⁰²⁸, la jurisprudencia, basándose en el clásico principio *Volenti non fit iniuria, quod quis ex culpa sua damnato sentit, non videtur damnum sentire*, toma en cuenta la conducta de la víctima en los supuestos en los que es determinante para la producción del daño¹⁰²⁹. Y, según LEÓN GONZÁLEZ, aunque la aplicación de este principio no es un fenómeno exclusivo de nuestros días, su creciente atención debe interpretarse como uno de los síntomas más reveladores de la preocupación que hoy existe, en los más diversos ambientes jurídicos, por reconducir dentro de los límites razonables el hasta ahora imparable proceso de expansión de los daños indemnizables. En el sentido de que, si era lógico que, cuando estaba en plena vigencia el sistema tradicional de la culpa, los Tribunales se mostraran poco inclinados a admitir, una vez demostrada aquélla, que también la propia víctima se había conducido negligentemente, por el contrario, una vez que el principio *pro damnato* ha acabado imponiéndose se invierten los términos del problema, y se admite sin dificultad la culpa concurrente de la víctima al servir como recurso moderador de la responsabilidad agravada del demandado y contribuir, en definitiva, a una distribución más justa y racional del daño¹⁰³⁰.

¹⁰²⁸ Lo prevén específicamente, por ejemplo, el artículo 254 BGB; el artículo 44.1 del Código civil suizo; el 1227 del Código civil italiano, y el 570 del Código civil portugués.

¹⁰²⁹ “La culpa del perjudicado, cuando concurre causalmente a la producción del daño, parece excluir, en principio, la responsabilidad de los restantes causantes del daño”. Cfr. COSSÍO, A.DE, “La causalidad en la responsabilidad civil”, ob. cit., p. 554. Así se reflejó por primera vez en la STS de 7.3.1902 justificándose en que el daño tuvo por causa inmediata la propia imprudencia de la víctima. No obstante, dicho criterio rígido que excluía la responsabilidad fue modificado posteriormente, en sentencias como 18.1.1936, 24.5.1947, 10.7.1943, y 14.10.1957, admitiendo la posibilidad de una distribución de la responsabilidad por daños entre las distintas personas que concurrieron a causarlos, atendiendo a criterios de mayor o menor culpabilidad, mayor o menor intervención en la producción de los mismos.

En lo relativo a la doctrina y jurisprudencia francesa. Vid, JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob. cit., p. 20. En la doctrina francesa es pacífica la idea de que el tomar en cuenta la culpa de la víctima para disminuir la indemnización debida por el agente del daño tiene una función esencialmente de sanción, esto es, de pena privada, pues es más que dudoso que la víctima que sufre personalmente el daño se sienta persuadido por dicha medida. De tal modo que se ha llegado a criticar la injusticia que en los supuestos de responsabilidad objetiva o cubiertos por un seguro se constata cuando concurra la culpa de la víctima, ya que ésta es la única que, al final, soporta la carga del daño.

¹⁰³⁰ LEÓN GONZÁLEZ, JM., “Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños (especial consideración de la culpa de la víctima)” (conferencia inaugural), en *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno. IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho romano* (coord. Alfonso Murillo Villar), Universidad de Burgos, 2001, pp. 23.

La aplicación de este principio, no obstante, ha sufrido una evolución. Pues, su consideración más extrema sostenida por el Derecho romano (según el cual no sólo la culpa exclusiva, sino, incluso, la simple cooperación al daño determinaba la privación total del derecho a la reparación *-imputet sibi-*), y que pervivió durante siglos con el mismo rigor en los Ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica y en Las Partidas (7,34,22)¹⁰³¹, ha dado paso, sobre todo a partir de los años sesenta, a su configuración más equilibrada según la cual, dependiendo de la mayor o menor contribución de la culpa de la víctima a la producción del daño se va a producir una exoneración o moderación de las consecuencias indemnizatorias, respectivamente.

Por otra parte, y en la actualidad, existen tres teorías doctrinales que se pronuncian de modo diverso, y desde el punto de vista de la técnica normativa, acerca del fundamento de los efectos liberatorios, total o parcialmente, de la culpa del dañado:

En primer lugar, aquélla que señala que se basa en la tradicional “compensación de culpas”¹⁰³².

En segundo lugar, la que explica que su fundamento se encuentra en la figura de la “autorresponsabilidad”. Pues consideran, por un lado, que la compensación de culpas, como figura que remite a la compensación que regula el Código civil como modo extintivo de las

¹⁰³¹ *Ibidem*, pp. 25-26, que nos explica que según el Derecho romano el daño que alguien experimenta por su propia culpa debe considerarse como si no hubiera ocurrido a efectos de responsabilidad, pero bien entendido, no porque el agente quede liberado, por vía de compensación, del deber de reparación, sino porque desde el punto de vista de la ley Aquilia no cabe considerar *iniura datum* el daño imputable a uno mismo (D. 9, 2,9,4 *-Ulp.* 18 *as ed.*, que alude a que no se aplica la ley aquilia en el caso de un esclavo que resulta muerto al cruzar el campo donde ciertas personas se ejercitaban en el lanzamiento de la jabalina, porque la imprudencia del *servus* constituye una de las concausas del daño suficiente para excluir la responsabilidad de los lanzadores; y D. 50,17,23). Y lo que es significativo, en el Derecho del *Common Law* hasta tiempo relativamente reciente se ha mantenido dicha rigidez, debido, tanto a su espíritu pragmático que lleva a evitar cualquier controversia causal buscando un único responsable, como a su sentido de la libertad, y consiguientemente, de la propia responsabilidad (según el derecho tradicional la demanda de indemnización debe ser desestimada siempre que el demandado demuestre que la causa inmediata (última) del daño es imputable a la víctima que pudo y debió evitarlo observando una diligencia normal (la teoría de *las opportunity* se mantenía por sus efectos beneficiosos en orden a la prevención del daño- POLLOCK-). Sin embargo, la *Contributory Negligence* de 1945 pondrá fin a esta situación al establecer el principio según el cual la culpa de la víctima no excluye, necesariamente el derecho al resarcimiento sino que puede dar lugar a una reducción equitativa de su cuantía, proporcionada al grado de culpabilidad de las partes en litigio.

¹⁰³² ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, JA., *Curso de Derecho de Obligaciones*, vol. I, ob, cit, p. 258, que se refiere a las SSTs 13.4.1998 y 11.3.1999 que afirman que la concurrencia de culpas podrá dar lugar a la moderación de la responsabilidad en la llamada compensación de culpas.

obligaciones *ex* artículo 1195 CC cuando dos personas son *recíprocamente* acreedoras y deudoras la una de la otra, es insostenible en la medida en que la víctima, dañándose a sí misma, ni lesiona la esfera jurídica del tercero, ni por consiguiente, determina el nacimiento de un crédito recíproco por daños y perjuicios. Y, por otro que, aún entendiendo que la compensación tiene lugar, no ya entre dos créditos recíprocamente exigibles, sino entre las mismas culpas consideradas como fuente de la obligación (*causae obligandi*), dicha teoría tendría como absurda consecuencia que lo mismo daría que el tercero hubiera obrado irreprochablemente que, por el contrario, hubiera participado con la mitad de la culpa en la producción del evento dañoso, ya que de cualquier manera se vería libre de responsabilidad. Asimismo, la idea de que las culpas sean compensables entre sí resulta ilógica en los casos, cada vez más frecuentes, de responsabilidad civil objetiva¹⁰³³. En consecuencia, este sector doctrinal entiende que la razón última que justifica los efectos liberatorios de la culpa de la víctima es el principio de *autorresponsabilidad* que, si bien se elaboró en el campo del negocio jurídico, según LEÓN GONZÁLEZ tiene un ámbito de aplicación, como instrumento de técnica jurídica, que lleva a afirmar que, mientras la responsabilidad implica una culpa en sentido técnico, o la vulneración de un deber jurídico impuesto por el Ordenamiento *en interés de otras personas*, la autorresponsabilidad sólo presupone una “culpa hacia sí mismo”, una conducta no indiferente para el Derecho, pero que no por ello debe calificarse como antijurídica¹⁰³⁴. En sentido parecido, se pronuncia la doctrina y la jurisprudencia italiana que habla del *principio di autoresponsabilità*, según el cual la víctima del daño debe prevenir y evitar el daño mediante una conducta diligente, cuando se analiza, sobre la base del artículo 1227 CC italiano, la influencia de la culpa de la víctima en la responsabilidad contractual y en la extracontractual¹⁰³⁵.

¹⁰³³ LEÓN GONZÁLEZ, JM., “Significado y función de la culpa (...), ob. cit., pp.20-31, y, además, la única compensación de culpas genuinamente romana es la que se refiere a determinados hechos ilícitos, *delicta*, contrapuestos y autónomos cometidos de forma recíproca entre las mismas personas (D.2,10,3,3; d.24, 3,10,33; y D. 24.,3,29).

¹⁰³⁴ *Ibidem*, pp. 33-34.

¹⁰³⁵ Ref. CATTANEO, G., “Concorso di colpa del danneggiato”, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 44; y GENTILE, G., “Ancora sul concetto di colpa dell’incapace”, in *Resp.civ.prev.*, 1964, p. 20, in Morozzo de la Roca, ob.cit, np. 76, p. 129. El artículo 1127 CC italiano considera el hecho culposo de quién ha sufrido el daño en el sentido, exclusivamente, del comportamiento con el concurso del cual tal daño ha podido verificarse; de modo que la participación culpable de la víctima debe referirse a lo específico del nacimiento del evento dañoso- ref. Cass .sent. n. 2655, del 13-3-1987, in *Foro it, M*, 1987, c 437-.

Y, en tercer lugar, ÁNGEL YAGÜEZ pone de manifiesto que el tener en cuenta la culpa de la víctima se fundamenta en la equidad, esto es, en la consideración de que el daño no se hubiera producido a pesar de la culpa de la víctima, si no hubiese intervenido también la del agente¹⁰³⁶.

Sea como fuere, los Jueces y Tribunales no suelen preocuparse en fundamentar de modo coherente el efecto liberador, parcial o total, de la culpa; si bien, mayoritariamente acuden al artículo 1103 CC que reza que "la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; *pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos*"¹⁰³⁷; y, aisladamente, al 1104 CC¹⁰³⁸; entendiendo, desde razones de justicia intrínseca que, como no han realizado una objetivización, en la exégesis del artículo 1902 CC, de su criterio subjetivista, sino únicamente para su más adecuada aplicación práctica a las circunstancias del actual momento histórico, es dable, entonces, tener en cuenta la culpa de quién sufrió el daño que, por otra parte, responde a los principios de Justicia distributiva y social¹⁰³⁹. Por el contrario, hay doctrina que defiende que el artículo 1103 CC es inadecuado para fundar la exoneración total o parcial de la indemnización, en la medida en que la culpa concurrente de la víctima, en realidad, no está moderando la responsabilidad sino repartiéndola entre quienes han contribuido a causar el daño. Y bajo tal perspectiva, bastaría invocar el artículo 1902 CC, o incluso, desde una propuesta atrevida, el artículo 1107 CC que establece que el deudor de buena fe sólo está obligado a resarcir los daños que sean *consecuencia necesaria* del hecho que fundamenta su responsabilidad, ya que un daño deja de ser consecuencia necesaria, y, por tanto, pierde su condición de resarcible cuando quien lo sufre pudo evitarlo o aminorarlo mediante la diligencia debida¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁶ ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *La responsabilidad civil*, ob, cit, p. 270.

¹⁰³⁷ Vid. SSTs 27.6.1983 (RJA 1983, 3691); 10.12.1985 (RJA 1985, 6433); 3.12.1990 (RJA 1990, 9539); 5.2.1991 (RJA 1991, 991); 24.6.1996 (RJA 1996, 4849); 21.4.1998 (Act.C, nº. 27, pp. 2003-2005: "(...) se modera la cuantía a satisfacer por los demandados al amparo del artículo 1103 CC, debido a que la conducta del menor lesionado no es bastante para destruir el nexo causal existente entre la del demandado y el resultado lesivo para sí para moderar la indemnización pertinente". También, SAP de Málaga de 12.4.1993 (AC 1993, 797); SAP Cuenca de 31 marzo 1997 (Ar.C 1997, I, pp. 832-833).

¹⁰³⁸ Vid. STS 5.6.1997 (Ar. C, 1997, II, nº. 4606).

¹⁰³⁹ Vid. STS 7.4.1997, en Act. C, 1997, nº. 25, pp.1870-1872; y RJA 1997, 2742.

¹⁰⁴⁰ LEÓN GONZÁLEZ, JM., "Significado y función de la culpa (...)", ob, cit, p.36.

Asimismo, a la divergencia doctrinal expuesta sobre este tema le acompaña un gran ambigüedad jurisprudencial¹⁰⁴¹, pues la racionalidad de la culpa de la víctima, bien para exonerar responsabilidad o para compensar las consecuencias indemnizatorias, la fundan, unas sentencias en tener en cuenta la intervención de la conducta de la víctima desde el punto de vista de su imputabilidad civil subjetiva; y, por el contrario, otras en la medida en que la conducta de la víctima haya contribuido al daño desde un punto de vista estrictamente causal. Y esta ambigüedad jurisprudencial es la que tratamos en el apartado siguiente.

b) El ambiguo tratamiento jurisprudencial.

Iª) En primer lugar, un grupo significativo de sentencias tienen en cuenta el comportamiento de la víctima desde el punto de vista del criterio de imputación de la responsabilidad civil, en concreto, de la culpa. Esto se manifiesta, por un lado, en que los Jueces, en orden a la valoración de su culpa, cuando de menores de edad víctimas de un daño se trata, atienden a su edad, y con ello a su capacidad, preocupándose por demostrar su imputabilidad; como se refleja, entre otras, en las SSTS 2.8.1991 (RJA 1991, 3940); 8.11.1995 (RJA 1995, 8636); y 5.6.1997¹⁰⁴². Y, por otro, y en consecuencia, en el hecho de que los Jueces y Tribunales no tienen en cuenta las conductas de víctimas inimputables civiles, al ser éste un presupuesto inexcusable de la culpa, como claramente reflejan las SSTS 5.4.1963 (RJA 1963, 1956); 26.6.1968 (RJA 1968, 3571); 28.3.1990 (RJA 1990, 1734) que afirma que. “*sin que la actuación del menor, que con sus siete años se siente atraído y quiere investigar el origen del humo, que le ciega y origina su caída, pueda romper el nexo causal (..)*”; 22.9.1992 (RJA 1992, 7018); y SSAP de Bilbao de 13.6.1988¹⁰⁴³, y de Vizcaya de 18.1.2000 (AC 2000, 284). No obstante, es curioso como alguna sentencia, en tono ecléctico, o bien resta importancia a la imputabilidad aplicando la teoría de la culpa objetiva, pero reconociendo al final que tal valoración no excluye *a fortiori* toda atención a la personalidad del perjudicado¹⁰⁴⁴; o bien acepta la aplicabilidad de la contribución de la culpa de la víctima

¹⁰⁴¹ ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, C.J., “La concurrencia de culpas o de causas en el ámbito de la responsabilidad civil”, *CDJ. Responsabilidad civil*, 1993, pp. 441 y ss.

¹⁰⁴² *Ar.C.*, 1997, II, n.º. 4606.

¹⁰⁴³ *La Ley* 16.11.1988, pp. 1-2: “Tratándose de un niño de cuatro años hablar de culpa exclusiva de la víctima entraña un contrasentido, pues supone exigir una responsabilidad a una persona que tanto a nivel psicológico como jurídico es inimputable. Y en el mismo sentido las SSAP de Barcelona 18.11.1970, 14.3.1971, y de Palma de Mallorca de 7.11.1970.

¹⁰⁴⁴ STS 15.7.1993 (sala 1ª), *Act.C.*, n.º. 46, 13-19 diciembre 1993, 1283, p. 3117.

inimputable sólo en el caso de que causen el daño por acción de sus propios movimientos, pero nunca por omisión¹⁰⁴⁵.

IIª) Por otra parte, son significativos, como indicador del punto de inflexión en el tratamiento jurisprudencial del tema que nos ocupa, los términos de la STS 24.11.1989 (RJA 1989, 7908), que rezan que: “la moderna doctrina jurisprudencial viene desplazando la institución de la compensación de culpas al campo de lo causal valorando los comportamientos confluyentes en la producción del resultado”. En otras palabras se empieza a hablar de “conurrencia de causas” y no de compensación de culpas¹⁰⁴⁶, criterio que ha recogido, de modo novedoso, el artículo 114 CP 1995 que afirma específicamente que la moderación en el importe de la reparación o en su caso de la indemnización se producirá cuando la víctima haya contribuido con su conducta a la causación del daño o al perjuicio sufrido¹⁰⁴⁷.

Esta segunda tesis jurisprudencial se caracteriza frente a la anterior por tres notas: en primer lugar, defiende que lo único compensable son las consecuencias reparadoras¹⁰⁴⁸; en segundo lugar, entiende que la culpa es determinante como elemento exonerador de responsabilidad, pero sólo si está inserta en la relación de causalidad, es decir, como determinante en la acción dañosa, aunque el origen provenga de la culpa. En otras palabras, que hay que indagar en las circunstancias de cada caso, y no en la gravedad de la culpa, como claramente expresa, a *sensu contrario*, la STS 2.4.1993 que dejó de aplicar la teoría de compensación de las consecuencias reparadoras porque, aunque la conducta del menor de edad fue negligente al bañarse haciendo la digestión, del *factum* se desprende que esa circunstancia no influyó “causalmente” en el resultado letal producido¹⁰⁴⁹. Y, por último, y en coherencia con las dos notas expuestas, no tiene en cuenta la imputabilidad o inimputabilidad

¹⁰⁴⁵ Vid. STS 8.11.1995, en García Gil, F.J., *El daño extracontractual y su reparación*, ob, cit, p. 64.

¹⁰⁴⁶ Para una crítica a terminología de “compensación de culpas”, vid. O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho civil*, II, Derecho de Obligaciones, vol. 1º, ed., Edersa, 1991, pp. 325 y ss.

¹⁰⁴⁷ SERRANO MAILLO, A., *La compensación en Derecho Penal*, ed., Dykinson, Madrid, 1990 y REIG REIG, J.V., “La responsabilidad civil dimanante del delito en el PLOCP de 1992”, *CDJ*, nº. XVIII. CGPJ, 1994, p. 483, que critican que dicha compensación no sea obligatoria sino facultativa.

¹⁰⁴⁸ Nombramos por todas, la STS 10.12.1985 (RJA 1985, 6483).

¹⁰⁴⁹ *Act.C.*, nº. 23, 13-19 septiembre 1993, pp. 2091-2095. Y en sentido parecido, la STS 13.4.1998 (*Act.C.*, nº. 26, 29 junio –5 julio 1998, pp. 1900-1904); y la SAP de Córdoba 10.3.1994 (*AC* 1994, 492) que afirmó que, por mucha diligencia que se hubiera desplegado también se hubiera producido el accidente, pues el menor tenía la mano apoyada indebidamente.

de la persona para aplicar la compensación de las consecuencias reparadoras, e incluso la exoneración de responsabilidad, como se ha atrevido a consagrar, de modo expreso, el ap. 1º.2 del Anexo LRCSCVM según el cual: “se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción del mismo”.

Por consiguiente, según STS 1.2.1989 (*RJA* 1989, 650), al compensar conductas y no culpas pueden tenerse en cuenta los movimientos reflejos, incontrolados o irreflexivos de menores de edad inimputables, pero que incidan en la relación causal. No obstante, es interesante, al respecto, la posición doctrinal que entiende que lo acertado es combinar ambos criterios jurisprudenciales, en el sentido de que si la culpa de la víctima “pone en marcha” el mecanismo de la autorresponsabilidad es, sin embargo, a través del nexo causal como se determina el momento de “su parada” y, por tanto, el límite que separa los daños resarcibles de los irresarcibles¹⁰⁵⁰.

Tras todo lo que se ha dicho hasta aquí, y como reflexión final de la ambigüedad jurisprudencial que hemos descrito, son interesantes las palabras de PEÑA LÓPEZ en el sentido de que la razón de dicha ambigüedad está directamente relacionada con dificultades de orden dogmático. En concreto, en que la mayor parte de las teorías sobre la relación causal han sido traspoladas al Derecho civil del Derecho penal sin ninguna alteración respecto a su originaria formulación; de modo que, al estar dichas teorías exclusivamente preocupadas por resolver si una conducta es causa o no de un específico resultado, son inadecuadas para resolver los supuestos de concurrencias de causas¹⁰⁵¹. No suele extrañar, entonces, que cuando los Jueces abordan el problema de la concurrencia de culpas suelen aludir a la mayor o menor incidencia causal de una conducta, pero sin determinar ningún criterio científicamente elaborado que permita establecer la medida de esa incidencia. Y, en consecuencia, resuelven el problema, o bien, realizando una genérica referencia a la determinación de la relativa eficacia causal de las diversas acciones concurrentes en virtud de la ponderación de las circunstancias del caso concreto, o bien, utilizando un criterio más seguro, diverso del propiamente causal, para decidir el reparto, el de la relativa culpabilidad de cada uno de los co-causantes. Y concluye el

¹⁰⁵⁰ LEÓN GONZÁLEZ, JM., “Significado y función de la culpa (...), ob, cit, p.38.

¹⁰⁵¹ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, pp.243-144.

autor que, si bien, dado el carácter de criterio común de imputación de responsabilidad que posee la culpa en el Derecho español, la segunda opción descrita parece la solución que más responde a la lógica del sistema, es preferible tratar de buscar un sistema mixto que tenga en cuenta, tanto el reproche subjetivo que recae sobre las conductas que intervienen en la causación del resultado, como la verdadera eficacia causal de las mismas. Pues, aunque es cierto que la mayor parte de los casos el descuido y la temeridad de la conducta son indicios evidentes de que con la misma se ha creado un notable peligro de que se produzcan situaciones dañosas, sin embargo, en otros supuestos la consideración aislada de la culpabilidad puede conducir a resultados completamente erróneos¹⁰⁵². Y en sentido parecido se pronuncia REGLERO CAMPOS, que considera que para valorar adecuadamente si por un determinado hecho dañoso la víctima ha de ser indemnizada o no, es preciso tener en cuenta ciertas circunstancias, que van más allá de su grado de participación causal, tales como su edad o condiciones físicas o mentales, la exposición a una situación de riesgo, o el lugar que ocupa en esta situación. Y, en consecuencia, considera que para que tenga virtualidad práctica la culpa de la víctima, ésta ha de ser imputable, cuestión que, a pesar de que carece de relevancia en los sistemas subjetivos de responsabilidad, adquiere protagonismo de primer orden en los sistemas objetivos¹⁰⁵³. Si bien, dicho autor admite la exoneración del agente ante una víctima inimputable en los casos en que ésta hubiera buscado deliberadamente el daño, o en casos particularmente graves en que pueda ser el daño subjetivamente imputable a un tercero sobre el que pesa un deber de control y vigilancia del inimputable¹⁰⁵⁴.

En cualquier caso, una evolución parecida a la española muestra la jurisprudencia francesa. Ya que, hasta los años sesenta los Jueces parecían dudar en atribuir el efecto exoneratorio parcial al caso de *fait non fautif* de la víctima, pero a partir de la sentencia de 17 de diciembre de 1963 se cambió de criterio hasta el momento actual; y así lo corroboran las

¹⁰⁵²*Ibidem*, pp.246-247, por ejemplo, es perfectamente posible que, en una colisión de vehículos, la culpa leve de un motorista que no se ha sujetado convenientemente la correa de su casco, provoque unas consecuencias dañosas mucho más elevadas que la del otro conductor que pilotaba su vehículo de forma gravemente negligente. Así, deberían de buscarse fórmulas en el seno propio de la teoría de la relación de causalidad que permitiesen repartir el daño entre los distintos co-causantes en función de la incidencia causal material de las distintas acciones (por ejemplo, por el incremento relativo del riesgo de cada una de las conductas); y los resultados obtenidos aplicando dichas fórmulas, se combinarían posteriormente con la ponderación de las culpabilidades, las cuales constituirían el segundo indicio de la “eficacia lesiva” global de cada conducta en el supuesto concreto. Esta eficacia lesiva debe ser entendida en sentido amplio, no sinónimo de relevancia causal en su significado propio.

¹⁰⁵³ REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración...”, ob, cit, p.108.

¹⁰⁵⁴ *Ibidem*, p. 109.

sentencias de la Asamblea Plenaria de 9 de mayo de 1984 que establecen la irrelevancia de analizar la imputabilidad o inimputabilidad de la víctima menor de edad, lo que se traslada al campo de enfermo psíquico inimputable civil¹⁰⁵⁵. Si bien, hay que matizar que, a diferencia de la jurisprudencia española, la mismos Jueces franceses han restringido el ámbito de aplicación de la doctrina de la concurrencia de causas a los supuestos de responsabilidad objetiva del demandado, lo cual se ha criticado por lo absurdo de su resultado¹⁰⁵⁶.

Por último, hemos de poner de manifiesto que con independencia de la tesis jurisprudencial a la que se adscriba el Juez, éste aplica la exoneración total o parcial de la indemnización por contribución de la víctima al daño, tanto en la responsabilidad civil subjetiva, como en la objetiva¹⁰⁵⁷. Si bien hay que decir que esta circunstancia se recoge, tanto en su efecto exonerador, como en su efecto moderador de la indemnización, en la práctica totalidad de los textos legales que instituyen sistemas objetivos de responsabilidad; y en los casos en que no sea así es doctrina pacífica en la jurisprudencia española su aplicación. Empero, en orden al efecto exonerador la jurisprudencia exige que la culpa de la víctima sea única, total y exclusivamente la originadora del daño, y, en consecuencia, la conducta de la persona a quien se reclama la indemnización debe ser absolutamente irreproachable¹⁰⁵⁸. Este

¹⁰⁵⁵ VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, p. 298.

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*, pp. 291-292 que critica, de igual modo dicha restricción, pues la aparente simetría buscada se falsea desde que la responsabilidad civil de la víctima se agrava en el caso en que la responsabilidad civil del demandado esté asegurada.

¹⁰⁵⁷ Vid. STS 21.3.2000 (RJA 2000, 2426), que declara la reducción de la cuantía indemnizatoria debida por el agente del daño que, estando de caza y disparando a una paloma tras un matorral, alcanzó al actor que estaba sentado tras los matorrales desayunando, de modo imprudente. Y el TS aplica la teoría de la compensación de las consecuencias indemnizatorias por constatación de la culpa de la víctima, pero lo hace, de modo significativo a nuestro entender, tras afirmar (f.d. 3º) que (a este supuesto) le es aplicable las orientaciones de la jurisprudencia en la línea aproximativa a las teorías de la responsabilidad objetiva y del riesgo; esto es, la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que se da un hecho que en principio determina probabilidad de aquélla, *como lo es disparar y herir a una persona, para termintar entendiendo que, creado el riesgo, aunque no sea tan grave como disparar un arma de fuego, se ha de responder de las consecuencias y estimarse que, si se ha producido el resultado, es porque ha dejado de adoptarse alguna precaución, y se deja de adoptar alguna cuando se dispara hacia un lugar en que la visibilidad no es suficiente (...)*

¹⁰⁵⁸ Respecto al efecto exonerador de la culpa de la víctima, vid. art. 1.1.IV LRCSCVM; art. 45.II LEN; art. 33.5 Ley de Caza; art. 25 LGDCU; y el artículo 9 de la LRCPD 1994. Y a falta de precepto legal que lo disponga, la jurisprudencia tiene en cuenta la culpa exclusiva de la víctima en casos de responsabilidad civil objetiva del causante del daño, vid. ref. STS 29.5.1993 en RAGEL SÁNCHEZ, L.F., ob, cit, p. 480, que estimó la existencia de la culpa de la usuaria, que manipuló un producto de limpieza (subsumible en el ámbito de aplicación del artículo 28.2 LCU 1984, pero no se alegó) en las proximidades de los focos de fuego de la cocina; y STS 30.9.1999.

Y respecto al efecto moderador, vid. art. 45.II LEN; art. 9 LRCPD; art. 1.1.IV LRCSCVM; y en su Reglamento (RD 7/2001, de 12 de enero, art. 4.3). Y en los supuestos no previstos, se aplica por la jurisprudencia, vid. ref. SSTS 8.7.1999 (RJA 1999, 4766); 21.3.2000 (RJA 2000, 2426), en Reglero Campos, F: “El nexo causal”, ob, cit, pp. 112-113.

postulado no es, sin embargo, extrapolable a la jurisprudencia francesa que en los supuestos de responsabilidad de *plein droit* la culpa de la víctima sólo tiene efecto moderador de las consecuencias indemnizatorias, pero no exoneradoras de responsabilidad¹⁰⁵⁹, lo cual nos parece, de todo punto, un criterio más justo.

c) Valoración final

Si ponemos en conexión sistemática los resultados expuestos hasta ahora con el interrogante planteado en el apartado anterior en los términos de si, ¿constituye un inconveniente a que el criterio objetivo del riesgo tenga la categoría de principio general el que dicho criterio se subjetivice por los Tribunales cuando la víctima contribuye a la producción del daño?, concluimos que: la propia jurisprudencia propicia con sus argumentos una confusión, tanto terminológica como del fondo de la cuestión. Ya que las sentencias que siguen la tesis de la contribución de la víctima en términos de relación de causalidad afirman, a su vez, de modo contradictorio, que ésta es aplicación de la Justicia distributiva, conmutativa y social, así como del principio de la seguridad jurídica, y por no existir en nuestro Derecho positivo la figura de la responsabilidad objetiva, verdadera obligación legal de indemnizar, en su estricto y exacto significado de responsabilidad civil talional y menos aún en el Código civil¹⁰⁶⁰. Y en la misma línea, los Jueces y Tribunales entienden que en los supuestos en que consta acreditadamente la culpa de la víctima no es aplicable la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, ni la teoría del riesgo, pues: “cuando el riesgo exista se excluyen del resarcimiento los riesgos *normales o razonablemente previsibles* que son arrojados de forma consciente y libre o de manera negligente, pero asumida, por la propia víctima, que pudo prever, evitar y eludir el daño, ya que éste sobreviene entonces, no con motivo de la explotación, sino por un proceder negligente de la propia víctima”¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁹ VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, np. 386, p. 296.

¹⁰⁶⁰ STS 16.12.1988, ADC, oct-dic. 1989, t. XLII, fasc. IV, p.1392, que juzgó la culpa exclusiva de la víctima de once años de edad en su electrocución por un cable de alta tensión, y por tanto la exclusión exoneradora de la empresa titular de la actividad; y STS 7.4.1997, en Act. C,1997, nº. 25, pp. 1870-1872.

¹⁰⁶¹ Vid. STS 13.4.1998 (RJA 1998, 2388), que exonera de responsabilidad a un Bar-restaurant con piscina municipal del daño producido por un joven que, confundiendo la de adultos con la infantil, se tira de cabeza a ésta por acreditarse la culpa exclusiva de la víctima; dejando de aplicar, de tal modo, el TS la agravación de la diligencia como se constata en el fundamento de derecho segundo *in fine* al afirmar que “(...) *no puede destruir la culpa exclusiva de la víctima con cuestiones meramente accesorias (letreros, quizá no visibles por falta de luz; cercado a efectos higiénicos, etc)*”. Y en sentido parecido, SSTs 8.3.1994 (RJA 1994, 2202) y 27.11.1995 (RJA 1995, 9803).

En conclusión, la confusa doctrina jurisprudencial acerca del fundamento del efecto exonerador, total o parcial, de la contribución de la víctima a su propio daño conlleva que éste no sea un argumento definitivo de la subjevización del criterio del riesgo que impida su categoría como principio general.

De modo que finalmente, a pesar de estar ante un tema complejo, podría otorgar claridad las dos ideas siguientes:

1º) Por un lado, la distinción que nos recuerda REGLERO CAMPOS en el sentido de que el efecto compensador o exonerador de la cuantía indemnizatoria en caso de contribución de la víctima a su propio daño no conlleva una subjetivización de la responsabilidad por riesgo ya que, de alguna manera, sería confundir la naturaleza de la responsabilidad civil objetiva con sus causas de exoneración¹⁰⁶². En sentido parecido, parte de la doctrina francesa nos advierte que el debate de la culpa de la víctima en relación a la responsabilidad civil de los padres afecta a la relación de causalidad entre el hecho del menor y el daño sufrido por la víctima, de modo que no tiene relevancia en el criterio de imputación de aquélla, sino en uno de sus presupuestos, que el acto del menor sea la causa directa del daño¹⁰⁶³.

2ª) Y, por otro, la tesis, apuntada anteriormente, de LEÓN GONZÁLEZ cuando nos explica que el fundamento del efecto exonerador es la autorresponsabilidad en el sentido de que sólo presupone una “culpa hacia sí mismo”, pero no como criterio de imputación que conlleva una responsabilidad civil en sentido técnico, sino como conducta no indiferente para el Derecho, a modo semejante de lo que son las cargas o deberes finales frente a los deberes jurídicos. Pues, junto al deber jurídico propiamente dicho, que el Ordenamiento impone y sanciona por medio de responsabilidad, existen otros deberes de intensidad menor (*obliegenheiten*) establecidos a cargo y en interés del propio agente u omitente, como

¹⁰⁶² REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, ed., Aranzadi, 2002, p. 107.

¹⁰⁶³ LEDUC, F., “La responsabilité des père et mère: changement de nature”, *Resp. civ. et assur.*, 1997, avril, ch. núm. 9, p. 8, pues la culpa de la víctima revela, según los casos, sea que el hecho del menor no ha causado el daño, de ningún modo, sea que lo ha causado parcialmente; CARON, C., “La force majeure: Talon d’Achille de la responsabilité des père et mère?”, en *Gaz. Pal.*, 10 septembre 1998, p. 1132; y MAZEUD, H., L., J/ CHABAS, F., ob. cit., p. 541. Y con anterioridad a la sentencia Bertrand, vid. ref. PUECH, M., *L’illégitimité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973, bibl. dr. privé, t. CXXIX, p. 101, n.º. 103, en Caron, C., ob. cit., np. 51, p. 1132.

presupuesto o condición para la adquisición, conservación o ejercicio de un derecho o ventaja jurídica. De modo que su vulneración sólo produce como consecuencia determinadas desventajas o inconvenientes, en el orden económico jurídico, para aquél que no los observa¹⁰⁶⁴.

Sea como fuere, lo que es cierto, según HONORÉ, es que en este tema se puede inducir una evolución jurisprudencial común a la mayoría de los países. En concreto, que la culpa de la víctima, en un primer momento, se consideró como un obstáculo absoluto a la indemnización, para devenir, después, en una simple causa de reducción de la indemnización, y tender, finalmente, en el momento presente a tenerse en cuenta, solamente, en los casos de culpa grave o flagrante de la víctima¹⁰⁶⁵. Esta evolución parece, a su vez, ser coherente con el objetivo de protección de las víctimas de daños corporales que, según VINEY, es, a su vez, una de las grandes tendencias dominantes de la evolución del derecho de la responsabilidad civil después de un siglo, y, en todo caso, del principio *pro damnato*¹⁰⁶⁶.

4.- EL CASO FORTUITO Y/O LA FUERZA MAYOR EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA.

A.- Debate acerca de la conexión entre los criterios de imputación y el caso fortuito y/o fuerza mayor.

a) La concepción subjetiva del caso fortuito: sus posibles causas.

Habida cuenta de que en el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual el criterio de imputación se confunde, con facilidad, con la relación de causalidad, siendo

¹⁰⁶⁴ LEÓN GONZÁLEZ, JM., “Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños...”, ob, cit, p. 34, aunque el mismo autor justifica la naturaleza de la culpa de la víctima, tanto como criterio de imputación en el sentido de ser un criterio que el ordenamiento establece con el fin de poner en conexión determinados eventos lesivos con la persona que habrá de soportar definitivamente sus consecuencias desfavorables, como de causa de exoneración que se sitúa en el plano de la causalidad jurídica, junto con la fuerza mayor, el caso fortuito o el hecho de un tercero.

¹⁰⁶⁵ Ref. HONORÉ, VAM., *Int.Enc.Comp.Law*, vol. XI, Torts, chap. 7, n.º. 147, en Viney, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, np. 32, p. 287.

¹⁰⁶⁶ VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, p. 299.

expresión común en las sentencias que “la causa del daño fue la falta de negligencia”¹⁰⁶⁷, en consecuencia, la misma confusión se constata con el mecanismo exonerador de responsabilidad del caso fortuito y la fuerza mayor, esto es, cuando en la concatenación de causas entre el hecho inicial o conducta del agente y el daño se interfiere otro hecho no atribuible al agente primero, sin intervención del cual el resultado dañoso no hubiera tenido lugar¹⁰⁶⁸.

Y esta afirmación la apoyamos en las dos premisas siguientes: a) La primera consiste en la definición tradicional del criterio de imputación de la culpa como, no sólo el elemento objetivo de la falta de la diligencia que puede esperarse de una persona razonable en la esfera técnica del caso, sino también, el elemento subjetivo o falta de previsión de los eventos o acontecimientos externos a la conducta de aquél que puedan influir o propiciar que dicha persona cause un daño. b) Y la segunda, en la, también, clásica definición del caso fortuito y la fuerza mayor, como causas exoneradoras de responsabilidad, sobre la base del artículo 1105 CC, como acontecimiento imprevisible o en todo caso irresistible, en el sentido de haber puesto el agente toda la diligencia exigible, no sólo en su conducta ordinaria, sino también para prever y evitar la interferencia. Si bien, la jurisprudencia exige no una previsibilidad general y abstracta sino un acontecimiento imprevisible siempre que no haya razón particular para pensar que se producirá, en coherencia con el concepto de diligencia consagrado en el artículo 1104 CC, la de un buen padre de familia adaptado a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁷ La complejidad del tema desborda el objeto de nuestro estudio, sin embargo, vid. DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob, cit, pp. 336, 339.

¹⁰⁶⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, t.II, ob, cit. p. 345. Desde el punto de vista teórico puede existir confusión sobre si el caso fortuito ha de estudiarse al hilo de la culpa del agente o al tratar la relación de causalidad, pero desde una visión práctica del asunto se elimina toda trascendencia, dependiendo del planteamiento procesal del correspondiente pleito, pues si vamos al fondo del asunto el caso fortuito incide tanto en un presupuesto como en otro.

¹⁰⁶⁹ STS 25.5.1965; y 31.5.1997 (García Gil, F.J, ob, cit, pp. 66 y 70), afirman que el caso fortuito o la fuerza mayor es todo suceso no culposo, imposible de prever, dentro de la normal previsión que las circunstancias exigen en cada caso, o que previsto sea inevitable en una posibilidad de orden práctico, y, por tanto, realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad no se produce entre el acontecimiento y el daño.

En virtud, entonces, de ambas premisas un sector de la doctrina concluye que, por una parte, la fuerza mayor tiene un significado genérico con el caso fortuito¹⁰⁷⁰; y, por otra, que el caso fortuito o la fuerza mayor se interpreta como noción correlativa de la culpa, esto es, como “no-culpa”¹⁰⁷¹, y, por tanto, y a su vez, la culpa se identifica, en tono confuso, con la evitabilidad, más precisamente con la violación del deber de hacer todo lo posible o de adoptar todas las medidas idóneas a fin de evitar el daño¹⁰⁷². Por consiguiente, ha habido autores que, incluso, afirman que el hecho de que el carácter imprevisible e inevitable del evento sirva para exonerar de responsabilidad al deudor es una prueba de que se responde de forma subjetiva¹⁰⁷³. En definitiva, se puede decir que este sector defiende un concepto subjetivo de caso fortuito en el sentido de que éste existe cuando el deudor emplea la *diligencia debida* y a pesar de ello el resultado no se logra; en consecuencia existe identidad entre fuerza mayor y ausencia de culpa. En su expresión más radical, representada por TUNC, despoja a la eximente de sus caracteres tradicionales de imprevisibilidad e inevitabilidad y la define como aquélla fuerza que no hubiera podido superarse con la diligencia de un buen padre de familia¹⁰⁷⁴.

Ahora bien, si indagamos en las posibles causas que han podido propiciar la concepción subjetiva del caso fortuito en la responsabilidad civil extracontractual, lo cierto es que pudiera encontrarse, desde una primera aproximación, en la aplicación analógica del artículo 1105 CC que regula la fuerza mayor y el caso fortuito en el ámbito contractual al

¹⁰⁷⁰ Ref. STS de 9.11.1949, en COSSÍO, A.DE, “La causalidad en la responsabilidad civil”, ob, cit, pp. 537- 538. Y en sentido parecido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La moderación de la culpa por los Tribunales*, ob, cit, p. 32.

¹⁰⁷¹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X./ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho civil Patrimonial*, v.II, ed., Centro de Estudios Areces, S.A, pp. 855 y ss; CARRASCO PEREA, A., “Comentario al artículo 1105 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XV, vol. I, ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 1989, p. 637, como el caso fortuito se definió como suceso que no puede preverse o evitarse según el modelo referencial del “buen padre de familia”, en consecuencia el caso fortuito es la negación de la culpa, como entiende la jurisprudencia y la doctrina; y ref. PUIG PEÑA, F., “Culpa civil”, en *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. IV, 1955, p. 105; y PANTALEÓN PRIETO, F., Voz: “Responsabilidad contractual”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, ed., Cívitas, Madrid, 1995, p. 5922, en López Peña, F., ob, cit, np. 341, p. 568.

Curiosamente, en sentido semejante a este autor se encuentra la teoría, entre la doctrina americana, de PERRY, SR., “The Impossibility of General Strict Liability”, ob, cit, p. 150.

¹⁰⁷² BONET RAMÓN, F., “Responsabilidad legal...”, ob, cit. p. 444.

¹⁰⁷³ Ref. BIANCA, C. M., *Diritto civile. La responsabilità*, vol. V, ed. Giuffrè, Milán, 1994, p. 690, en Atienza Navarro, ML., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, ed., Comares, Granada, 2000, np. 376, p. 27.

¹⁰⁷⁴ Ref. TUNC, A., “Force majeure et absence de faute en matière contractuelle”, *RTDC*, 1945, pp. 237-238, 243, 244, en Gamarra, J., ob, cit, np.21, p.115.

ámbito extracontractual¹⁰⁷⁵. Pues el codificador civil español, a la hora de regular las reglas de exoneración consagradas en el artículo 1105 CC, se distanció de su modelo francés, otorgando, frente a los artículos 1147 y 1148 del Code que refieren a la prueba liberatoria del deudor la causa extraña no imputable al deudor, una noción genérica de ambos conceptos sin aludir a la extraneidad de la causa imputable, a excepción de los supuestos de asunción convencional de responsabilidad, mora del deudor o doble venta de una misma cosa perecida¹⁰⁷⁶. En definitiva, si bien la consideración histórica más remota del caso fortuito era objetiva¹⁰⁷⁷, es inconcuso que se subjetivizó al devenir en típico evento inculpable, normalmente extraño a la esfera de la actividad de las partes en el contrato, en el mismo sentido que la fuerza mayor, e integrado por la imprevisibilidad, por exceder del curso normal de las cosas, o que previsto fuera inevitable, insuperable o irresistible¹⁰⁷⁸, teniéndose en cuenta, y es aquí donde incide el subjetivismo, la conducta del deudor en la valoración del evento impeditivo, en la responsabilidad contractual, o del evento que produce el daño, en la responsabilidad extracontractual¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁵ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit, p. 105, que nos explica que, aunque pudiera, *prima facie*, deducirse que el contrario de la culpa, como elemento exonerador, es la diligencia debida, sin embargo, es la ausencia de caso fortuito o fuerza mayor que se refieren a la causa de la imposibilidad del cumplimiento, y es que a veces con la diligencia pruebas que has cumplido en las obligaciones de actividad, y no de resultado, pero el hecho de no haber cumplido por ausencia de diligencia no significa que no se pueda probar que la causa de esa falta de diligencia se deba a caso fortuito o fuerza mayor. Y así lo refleja la STS de 7.4.1965 (RJA 1965, 2118) que afirmó, como nota esencial del caso fortuito, que por aplicación de los artículos 1182 y 1184 CC haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contrada, en caso de la responsabilidad contractual, o impida el nacimiento de la que pueda sobrevenir con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1093 y 1902 CC, en caso de la extracontractual. Pero, además, la prueba liberatoria es la imposibilidad inimputable al deudor que extingue la obligación.

Cfr., BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, ob, cit. pp. 47 y 257, que, sobre la base de la crítica del artículo 1182 CC se deduce la eficacia jurídicamente exoneratoria de la diligencia, pues aunque aquel precepto parece indicar que la única prueba de la ausencia de culpa es la del caso fortuito (diligencia impotente frente a un acontecimiento externo), de tal modo se olvida que la prueba más inmediata de la falta de culpa es la efectiva existencia de la diligencia. En concreto, la diligencia que exige es la jurídicamente exigible en la obligación de que se trate y que sea materialmente inútil o insuficiente para evitar la infracción.

¹⁰⁷⁶ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit. p.90. La jurisprudencia española siempre los ha igualado, SSTs 2.2.1926; 10.12.1963 y 25.3.1965- con la referencia a *fatalitas o inheritus rei*, ya que la diferencia partió de los glosadores en la época bizantina sobre bases frágiles y arbitrarias, sin ninguna consecuencia en sede contractual.

¹⁰⁷⁷ En sus orígenes tenía una consideración objetiva como elemento fatal (evento) o fuerza divina tipificado en una serie de eventos extraordinarios cuya concurrencia exoneraba al deudor; la que fue subjetivizándose en el marco justiniano del Derecho romano y en el Derecho común, sobre la base de la moralización de la culpa.

¹⁰⁷⁸ CANDIAN, A., Voz: “Caso fortuito e forza maggiore”, *Nov. Dig. it. II*, ed. U.T.E.T, Turín. 1958, n.2, p. 988.

¹⁰⁷⁹ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit. p. 299.

De otro modo acontece, aparentemente, en el Ordenamiento jurídico francés, pues éste relaciona, claramente, la fuerza mayor con la extraneidad de la causa que origina el daño o la imposibilidad de cumplir, lo que implica, además de la exterioridad del hecho o su no imputabilidad al deudor, una ruptura de la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión del sujeto¹⁰⁸⁰; así, en términos de CHABAS, la fuerza mayor es “*événement imprévisible et irrésistible, généralement extérieur à celui qui l’invoque*”¹⁰⁸¹. Esto es, la causa extraña y exterior al deudor es una causa positiva de exoneración que se cifra en un acontecimiento o circunstancia que impide totalmente al agente comportarse de modo diferente a como lo ha hecho, y hace imposible el cumplimiento del deber o la ejecución de la obligación¹⁰⁸². De tal modo que, desde una primera consideración, la exigencia legal del carácter de extraneidad al agente del daño conlleva la irresistibilidad del acontecimiento, esto es, evoca una fuerza superior al hombre a la que se refiere también como causa de inimputabilidad física, y pudiera suponer una ventaja, frente al Derecho español, en orden a evitar su confusión con el criterio de imputación y su consiguiente subjetivización.

Sin embargo, la doctrina francesa pone de manifiesto dos datos que obligan a reconsiderar la certeza de lo expuesto en el párrafo anterior:

1) En primer lugar, que el concepto de fuerza mayor se caracteriza, como tal *estándar juridique*, por la incertidumbre que genera¹⁰⁸³, ya que es susceptible de recibir acepciones diferentes según los diferentes regímenes de responsabilidad¹⁰⁸⁴. En tal sentido, es necesario hacer mención a la controversia que existe entre la doctrina francesa acerca del dominio o ámbito de responsabilidad civil al que afecta la fuerza mayor: ya que, unos defienden que la extraneidad de la causa es predicable, sobre todo, en la responsabilidad por hecho ajeno o por

¹⁰⁸⁰ Art. 1147 CC francés: “Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts soit à raison de l’inexécution soit à raison du retard dans l’exécution *toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée*”.

¹⁰⁸¹ CHABAS, F.: Voz: “Force majeure”, en *Rép. Civ Dalloz*, avec la collaboration de C. Chabas et N. Peterka, 1997, n.º.1.

¹⁰⁸² CARBONNIER, J., *Droit civil. 4. Les Obligations*, ed., PUF, 1990, p. 387. BACH, L., “Fondement de la responsabilité civile en droit français”, *RTDC*, 1977, jav-déc, p. 51, que nos explica que la fuerza mayor es lo que se denomina modo indirecto de probar la ausencia de culpa, esto es, el que consiste en probar hechos, extraños al agente, que estuvieron en el origen del hecho.

¹⁰⁸³ Ref. ANTONMATTÉI, PH., *Contribution à l’étude de la force majeure*, ed., LGLJ, 1992, Bibl. dr. Privé, t. 220, p. 43 et s, n.º. 55, en Caron, C., “La force majeure: Talon d’Achille de la responsabilité des père et mère?”, ob. cit, np. 37, p.1131.

hecho de las cosas y no en la responsabilidad por hecho propio¹⁰⁸⁵; y otros, que aquélla sólo es necesaria en los regímenes objetivos, pues la causa de fuerza mayor se alega, sobre todo, en los supuestos de responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas residenciada en el artículo 1384.1 CC francés¹⁰⁸⁶. Y, como posición de compromiso, VINEY niega que el ámbito objetivo de la fuerza mayor se limite al régimen objetivo de responsabilidad, si bien, reconoce que adquiere mayor relevancia en la responsabilidad por hecho ajeno, en razón de que a ésta se atribuye la función particular de asegurar la efectividad de la garantía de los daños causados por el hecho de las personas de las que se debe responder¹⁰⁸⁷. Por tanto, defiende que la amplitud del concepto de “extraneidad” ha de valorarse de diferente modo según se trate de una responsabilidad por hecho ajeno o propia, pues mientras en ésta la *cause étrangère* no tiene porqué ser exterior al agente sino en la medida en que sea exterior a la voluntad del mismo, de modo que hay jurisprudencia que ha aceptado como exoneradoras las circunstancias de origen interno, tales como la enfermedad, excepto la psíquica, una crisis cardíaca, o, incluso, el paro¹⁰⁸⁸; por el contrario, en aquélla la causa ha de ser, de todo punto de vista, exterior al responsable¹⁰⁸⁹.

2) Y, en segundo lugar, la doctrina francesa entiende que el caso fortuito o fuerza mayor supone, amén de una ruptura de la relación de causalidad porque demuestra que el demandado no ha tenido sino un papel accesorio o/y pasivo en la causación del daño, que la actitud del demandado no es criticable desde el punto de vista de la culpa, pues, si *l'impossible nul n'est tenu*, al autor del daño no se le puede reprochar ninguna culpa. En otras

¹⁰⁸⁴ CARON, C., “La force majeure: Talon d’Achille de la responsabilité des père et mère?”, en *Gaz. Pal.*, 10 septembre 1998, np. 37, p.1132.

¹⁰⁸⁵ JOURDAIN, P., *Recherche sur la imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th, París, 1982, nº. 613 y ss.

¹⁰⁸⁶ Ref. STARCK, B., “Les rayons et les ombres d’un esquisse de loi sur les accidents de la circulation”, *RTDC*, 1966, p. 635, en Viney, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, np. 8, p. 219. Incluso, M. André TUNC invita a los Tribunales y Jueces a que dejen de aplicar la fuerza mayor como causa exoneratoria en la responsabilidad objetiva del art. 1384.1 CC pues tiene como razón de ser asegurar, sobre bases simples, la indemnización de las víctimas de accidentes causados por objetos peligrosos –ref. TUNC, A., “Les causes de exonération de la responsabilité de plein droit de l’art. 1384, al. 1er, du Code civil”, *D*, 1975, ch, p. 83, en en Viney, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, np.151, p. 251- .

¹⁰⁸⁷ VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, p. 219.

¹⁰⁸⁸ JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob, cit, pp. 72-74; y VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, pp. 225-226.

¹⁰⁸⁹ VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, p. 227, que nos explica que en la responsabilidad por el hecho de las cosas es jurisprudencia constante que los “vicios internos” de la cosa no constituyen *cause étrangère* susceptible de exonerarse frente a la víctima, merced a que, precisamente, el párrafo primero del artículo 1384 CC francés consiste en convertir al guardador de la cosa en garante, frente a la víctima, de los daños debida al vicio de la cosa de la que tiene el uso, la dirección y el control.

palabras, la constatación de culpa en el demandado es incompatible con la de fuerza mayor o caso fortuito¹⁰⁹⁰.

Y si ponemos en conexión los datos expuestos parece concluirse, de igual modo que respecto al Ordenamiento jurídico español, que la fuerza mayor y el caso fortuito son conceptos permeables a la culpa. Así, lo cierto es que los Jueces y Tribunales en Francia exigen la imprevisibilidad del acontecimiento sólo cuando un acontecimiento fue inevitable por no haberse previsto, de modo que la imprevisibilidad es un índice de la irresistibilidad del acontecimiento¹⁰⁹¹. Más allá, la imprevisibilidad se identifica con la ausencia de culpa en la previsión de una causa *étrangère*, pero, a diferencia del tratamiento español, se juzga por los Tribunales con menos rigor que la inevitabilidad al exigir solamente que el suceso sea imprevisible para el hombre normal o razonablemente prudente *in abstracto*¹⁰⁹²; mientras que la inevitabilidad la aprecian *in concreto*, esto es, teniendo en cuenta todas las circunstancias de lugar, tiempo, y personales del agente del daño, lo que no conduce, según VINEY, a una indulgencia para el agente del daño¹⁰⁹³.

De tal modo que, como medio de superar estas dificultades aparece una propuesta de concepción objetiva del caso fortuito y/o fuerza mayor, que lleva, en esencia, a situar su análisis no en relación con el criterio de imputación, sino en la relación de causalidad. Y es lo que pasamos a analizar.

b) Concepción objetiva y mixta (objetivo –subjetiva) del caso fortuito.

Frente a la posición expuesta en el apartado anterior, hay quiénes consideran, que por razones dogmáticas y de Derecho positivo, es preferible la concepción objetiva del *casus*, en el sentido de que la prueba del caso fortuito no es prueba de la ausencia de culpa, ya que no

¹⁰⁹⁰ Para una referencia completa doctrinal y jurisprudencial, vid. VINEY, G., *Traité de Droit civil*, ob, cit, np. 135 y 140, pp.247-248, respectivamente.

¹⁰⁹¹ JOURDAIN, P., *Recherche sur la imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th, ob, cit, n°. 601.

¹⁰⁹² JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob,cit, pp. 72-74; y VINEY,G., *Traité de droit civil*, ob, cit, p. 243.

¹⁰⁹³ Ref. Com, 20 mars 1990, *Bull civ.*, IV, n°.88 y Comm, 14 févr.1995, *RJDA*, 1995, n°. 686, en VINEY,G., *Traité de droit civil*, ob, cit, p. 239, especialmente, np. 96, por eso no es extraño que un acontecimiento natural, un robo a mano armada, o un incendio criminal se juzgue unas veces como fuerza mayor y otras no.

obra sobre el elemento de la culpa, sino en el plano de la relación de causalidad. Y esto implica que el deudor no se libere de responsabilidad porque se haya comportado con la diligencia debida; se exonera porque es un impedimento externo el que causa el incumplimiento y no su actividad o inactividad, de modo que no responde porque *no es el autor del incumplimiento* (por falta de causalidad material); y, por tanto, vale decir que el incumplimiento no le es imputable¹⁰⁹⁴.

En términos de YZQUIERDO TOLSADA, el caso fortuito o fuerza mayor se produce cuando entre la conducta del agente y el resultado que la misma habría de producir se de la intervención de un acontecimiento ajeno a la voluntad de aquél, que desvía o al menos influye en el curso causal desatado por el acto originario¹⁰⁹⁵. Y esta definición sería válida, tanto para la responsabilidad civil subjetiva, como para la objetiva, si bien, hay que reconocer, como nos advierte LACRUZ BERDEJO, que el problema del nexo causal, y por tanto, del caso fortuito, cobra especial relieve en el supuesto de la responsabilidad civil objetiva, pues aquí no existe, frente a la atribución de responsabilidad, la barrera de la no-culpa: el demandado sólo puede defenderse negando la realidad del daño o demostrando ser ajeno a la causación del mismo¹⁰⁹⁶.

Si bien, desde una posición de compromiso, están los que entienden que, tradicionalmente, el concepto de caso fortuito reúne en sí mismo, tanto un sentido subjetivo, como objetivo. Pues consideran que los tres elementos del caso fortuito en sede obligacional (art. 1105 CC) tienen su traslado al Derecho de daños: a) en primer lugar, si la presencia de un “suceso” en sede obligacional implica, según la lista de ejemplos de lo que el Código considera caso fortuito (fenómenos naturales como la inundación, terremoto, la langosta; actuaciones humanas como la guerra o el robo a mano armada), y de las resoluciones jurisprudenciales (hechos naturales como el terremoto, la sequía, el desprendimiento de minerales, o la enfermedad; y hechos ajenos como la guerra, la huelga, el motín, las explosiones, las restricciones eléctricas, e incluso el asesinato) que “no hay una lista cerrada

¹⁰⁹⁴ Ref. LARROUMENT, C., *Droit civil. Les obligations*, t. III, 1986, n°. 07, p. 553; ALTERINI, AA., “El caso fortuito como liberación del deudor contractual”, en Alterini, AA. /López Cabana, RM., *Derecho de daños*, Buenos Aires, 1992, p. 163, en Gamarra, J., ob, cit, np.22, p. 115.

¹⁰⁹⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, ob, cit, p. 197.

¹⁰⁹⁶ LACRUZ BERDEJO, JL., *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2º, ed., Dykinson, Madrid, 1999, p. 495.

de sucesos que puedan considerarse fortuitos”, entonces, se puede entender que caso fortuito en sede de responsabilidad civil significa “cualquier hecho distinto de la conducta del sujeto al que se pretende imputar la responsabilidad”. b) En segundo lugar, si en el ámbito obligacional el suceso ha de provocar la imposibilidad absoluta de cumplir o realizar la prestación exingiéndose la obligación (art. 1182), y liberándose el deudor del deber de la indemnización de los daños y perjuicios que se hubieran ocasionado (art. 1105 CC), en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, el suceso deberá ser la causa determinante de la lesión del derecho o interés jurídicamente protegido, y, por lo tanto, también de los perjuicios materiales que ello suponga; esto es, una relación de causalidad entre el suceso y el perjuicio. c) Y, por último, si en el ámbito obligacional la imprevisibilidad e inevitabilidad del suceso se refiere a un concepto relativo variante de negocio a negocio, en el ámbito del Derecho de daños, de igual modo, el nivel de previsibilidad y evitabilidad al que se refiere el artículo 1105 CC, y dada la innegable relación entre caso fortuito y la culpa, es el que se exige con carácter general para no incurrir en culpa.

En conclusión, para esta tercera vía de compromiso, el caso fortuito requiere un componente objetivo, un suceso, causalmente conectado con el daño, y una componente subjetiva, la imprevisibilidad o inevitabilidad del evento para un sujeto que se haya comportado con la diligencia debida¹⁰⁹⁷.

B.- Dualidad conceptual del caso fortuito y la fuerza mayor en la responsabilidad civil objetiva.

Aunque la mayor parte de la doctrina se pronuncia, respecto a la responsabilidad contractual, en el sentido de que el caso fortuito y la fuerza mayor son conceptos intercambiables, y su distinción sólo tiene relevancia en algunos supuestos en los que la fuerza mayor se considera una hipótesis especialmente grave de caso fortuito¹⁰⁹⁸, creemos que dicha afirmación no es sostenible respecto a la responsabilidad civil extracontractual.

¹⁰⁹⁷ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, pp.574-585, y en consecuencia este autor entiende que el caso fortuito no afecta a la relación de causalidad, pues la previsibilidad y evitabilidad del evento para el buen padre de familia se utilizan como criterio de determinación de la relevancia de las distintas causas que han producido el daño; en definitiva se decide sobre el problema de la causalidad empleando criterios propios del juicio de culpabilidad.

Pues, habida cuenta que en la responsabilidad civil objetiva o por riesgo se responde por caso fortuito y se exonera por fuerza mayor, se concluye que ambos conceptos van a tener un significado distinto en dicha responsabilidad, en contradicción aparente con los términos legales del artículo 1105 CC. De tal modo que, el criterio de más predicamento en orden a diferenciar dichos conceptos, formulado inicialmente por EXNER, la “interioridad o exterioridad del perjuicio”, ha sido elaborado doctrinal y jurisprudencialmente¹⁰⁹⁹: esta teoría nos explica que, el caso fortuito es un suceso directamente conectado al objeto dañoso, es decir, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que integra ese objeto. En consecuencia, responder por caso fortuito significa responder por los riesgos típicos de una actividad, esto es, los daños surgidos en la esfera de control y organización del agente del daño, pero de los que la estadística demuestra que no son culpa de nadie, y siguen a la industria de que se trate “como la sombra al cuerpo”¹¹⁰⁰. Y, por el contrario, que la fuerza mayor se caracteriza porque el daño lo ha producido una causa extraña, exterior en relación con el objeto dañoso y a sus riesgos propios, verbigracia, los acontecimientos naturales¹¹⁰¹; tumultos, huelgas, sedición popular, disturbios¹¹⁰².

Si bien, en la actualidad existen dos supuestos dudosos de encuadrar en el caso fortuito o en la fuerza mayor:

Iº.- En primer lugar, los llamados “riesgos del desarrollo”, o *state of art defence*, en el ámbito, tanto de la responsabilidad civil sanitaria, como de la responsabilidad civil por productos defectuosos. Estos se definen, genéricamente, como los defectos sobrevenidos de un servicio médico o de un producto, o el riesgo de daños como consecuencia del insuficiente

¹⁰⁹⁸ CARRASCO PEREA, A., “Comentario al artículo 1105 CC”, ob, cit, p. 178.

¹⁰⁹⁹ REGLERO CAMPOS, F., “El nexos causal. Las causas de exoneración ...”, ob, cit, p. 104, que nos explica que, entonces, no nos debe sorprender que hayan sido las Salas de lo Social, y sobre todo, la de los Contencioso-administrativo, las pioneras en esta materia, al ser en estos ámbitos donde primeros se instituyeron sistemas objetivos. Y en el ámbito civil, la primera sentencia que aborda el tema con cierto detalle es la STS 30.9.1983 (RJA 1983, 4688). Y ref. EXNER, A., *De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual* (trad.dir. alemán de Emilio Miñana y Villagrasa), ed., Librería general de Victoriano Suárez, Madri, 1905, p. 160, en López Peña, F., ob, cit, np. 408, p. 602.

¹¹⁰⁰ SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op. cit. p. 320.

¹¹⁰¹ Por ejemplo, la existencia de niebla que ocasiona una colisión en cadena (STS 24.5.1997 - RJA 1997, 4323-; o la colisión de vehículo contra una caballería desbocada (STS 8.2.1992 - RJA 1992, 1198).

¹¹⁰² Vid, por todos REGLERO CAMPOS, F., “El nexos causal y las causas de exoneración de responsabilidad”, en *Tratado de responsabilidad Civil*, ed., Aranzadi, 2002, capítulo IV; CARRASCO PEREA, A., “Comentario a los artículos 1104 y 1105 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XV.1, Edersa, 1989, p. 585.

desarrollo de la ciencia o de la técnica en el momento de la prestación del servicio médico, por ejemplo, al realizar una transfusión nociva por la infección de un virus, o en el momento en el que el producto se puso en circulación, respectivamente.

De modo, que el artículo 3.3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos (LRCPD), que consagra que el productor se exonera si prueba que cuando el producto fue puesto en circulación el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía la existencia de defectos, a excepción, según el artículo 6.1.e, del caso de que se trate de medicinas y alimentos destinados al consumo humano¹¹⁰³, es interpretado, por unos, como un caso de fuerza mayor al ser un defecto existente y de imposible conocimiento¹¹⁰⁴, y por otros, por el contrario, como un supuesto de caso fortuito al ser una consecuencia dañosa imprevisible e interna¹¹⁰⁵.

Esta controversia se extiende, igualmente, en lo que respecta a la responsabilidad civil por servicios médicos defectuosos, y sobre todo, en el ámbito de la Administración pública que responde de modo objetivo. En efecto, la jurisprudencia estaba dividida, pues la jurisprudencia social y civil defiende que los riesgos del desarrollo son fuerza mayor, ya que en términos de STS 9.10.2000 “(...) *el virus del VHC de hepatitis C fue aislado a finales de los ochenta, por lo que los daños producidos por las transfusiones sanguíneas que inocularon tal virus con anterioridad a que fuera posible su detección deben considerarse inevitable o fuerza mayor*”; y, por el contrario, la jurisprudencia contencioso-administrativa niega la

¹¹⁰³ Y según, LETE ACHIRICA, J., “Riesgos de desarrollo”, AC, núm.28, semana del 13 a 19 de julio 1998, pp. 685-693, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de marzo de 1997, que resuelve un litigio acerca de la correcta transposición de la Directiva de productos defectuosos al derecho inglés, matiza que los estados de conocimientos de la ciencia y la técnica que habrían permitido descubrir el defecto si éste hubiera existido en sus productos mientras éstos permanecían bajo su control, se refiere a un “estado objetivo” de aquellos conocimientos de los que pudo informarse el productor, oponiéndose así a que la responsabilidad del productor se transforme en subjetiva.

¹¹⁰⁴ Respecto a los riesgos del desarrollo en la responsabilidad civil por productos defectuosos, vid. PARRA LUCÁN, M., “La responsabilidad civil por productos defectuosos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, ob. cit., p. 372; SANTOS BRINZ, J., “La responsabilidad civil. Manifestaciones actuales hacia la responsabilidad objetiva”, en *PJ*, nº. 54, 1999 (2º cuatrimestre), pp. 530-531-.

¹¹⁰⁵ VICENTE DOMINGO, E./ BELLO PAREDES, SA., “La responsabilidad de las administraciones públicas por los riesgos del desarrollo en el ámbito sanitario, a la luz de la última jurisprudencia del TJCE”, en AC, nº. 15, del 8 al 14 de abril de 2002, np. 7, p. 538; y en el mismo sentido, vid. DE MAJO, “La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria”, en *Riv. Dir. Civ.*, 1989, p. 35; y MARKESINIS, *The German law of torts. A comparative introduction*, Oxford, 1986, p. 62, “típicamente en estos casos, el producto habrá sido fabricado de acuerdo con los conocimientos de la época, pero informaciones superiores revelan sus potenciales efectos dañosos”.

consideración de fuerza mayor a estos casos, en la medida en que no se trata de un evento extraño al funcionamiento de los servicios sanitarios (públicos)¹¹⁰⁶. De tal modo que la reciente modificación del artículo 141.1 de la LRJ-PAC 1992 por la Ley 4/1999, al rezar que: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”, amén de suponer un punto de inflexión en la materia que nos ocupa¹¹⁰⁷, se ha interpretado por unos, como BUSTO LAGO, en el sentido de que los riesgos del desarrollo son casos fortuitos al producirse en el ámbito interno del servicio, y, por tanto ha supuesto una ampliación de los supuestos de funcionamiento normal de la Administración de los que ésta no va a responder; y, por otros, como BERMEJO VERA, como una “ampliación del concepto tradicional –hasta ahora puramente dogmático y tradicional- de fuerza mayor”, con la consecuencia de que dicha modificación puede llegar a ser anticonstitucional por mermar el contenido del artículo 106 CE¹¹⁰⁸. En cualquier caso, hay que matizar que la sentencia del Tribunal de Justicia de la

¹¹⁰⁶ REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración...”, ob, cit, p. 105.

¹¹⁰⁷ BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo*. Parte especial, 4ª ed., Civitas, 1999, pp. 1225-1232-, pues según la Exposición de Motivos de la Ley se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad. Y nos explica que la razón de ser de la nueva regulación tiene su origen en la alarma despertada por determinados pronunciamientos judiciales que declaraban la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, aparentemente por funcionamiento normal - STS 14.6.1991 (RJA 1991, 5115), y 16.2.1996 (RJA 1996, 1199)-. Sin embargo, nos explica el autor que si uno investiga con más detenimiento los supuestos de hecho de las sentencias que motivaron la modificación legislativa, la conclusión era que se estaba ante un funcionamiento anormal o por culpa. Pero la cuestión reside, por un lado, en que, casi siempre, a un paciente le resulta difícil probar el funcionamiento anómalo de un servicio hospitalario y más la relación de causalidad con las secuelas que le hayan podido causar; y, por otro, en que un Tribunal contencioso-administrativo carece de auténticos poderes de instrucción, y se siente incomódo cuando se enfrentan a actividades técnicas de la Administración, prefiriendo soslayar una valoración explícita de los hechos. En estas circunstancias, el expediente del carácter objetivo de la responsabilidad es una técnica útil para dar cauce al convencimiento íntimo del Juez. En definitiva, el autor afirma que la incidencia del nuevo precepto va a influir sobre todo, en casos en que determinados medios de exploración o tratamiento comporten riesgos ciertos, aunque normalmente de incidencia estadística muy baja, pero inevitables en el estado actual de la ciencia (secuelas neurológicas de las arteriografías), y a las secuelas inherentes a determinados tratamientos con los que se busca evitar males mayores (radioterapia), e, incluso, en preservar a la Administración de tener que hacer frente, como responsable patrimonial, a determinados casos de “catástrofes sanitarias” como hayan podido ser los producidos por la irrupción del VIH.

¹¹⁰⁸ Para las diferentes interpretaciones de la polémica de los riesgos del desarrollo en el ámbito de la Administración Pública: vid. 1º) BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, ob, cit, pp. 496-497, que entiende que el segundo inciso el artículo 141.1 representa una ampliación de los supuestos de daños causados por funcionamiento normal de los que la Administración no responde, pues los riesgos del desarrollo son meramente casos fortuitos al producirse en el ámbito interno de la empresa o servicio, y debido al funcionamiento de la misma –SSTS (sala 3ª) 28.10.1998 (RJA 1998, 8928); y STS (sala 4ª) 22.12.1997 (RJA 1997, 737). Y en el mismo sentido, VICENTE DOMINGO, E./ BELLO PAREDES, SA., “La responsabilidad de las administraciones públicas por los riesgos del desarrollo en el ámbito sanitario, a la luz de la última jurisprudencia del TJCE”, en *Act.C.*, nº. 15, del 8 al 14 de

Comunidad Europea de 10 de mayo de 2001 se ha pronunciado en el sentido de que los riesgos del desarrollo de la Administración pública se rigen por la LRCPD, lo cual ha traído consigo una disfunción legislativa dependiendo de que el daño provenga de la prestación del servicio médico, o de la utilización, en esta prestación sanitaria, de algún producto defectuoso. Pues el primer caso queda contenido en el artículo 141.1 LRJPAC y supone, por tanto, un supuesto de exoneración de responsabilidad civil de la Administración pública sanitaria, mientras que, por el contrario, el segundo caso, al quedar contenido en el artículo 6.3 LRCPD (recordemos que este precepto recoge un supuesto de excepción a la virtualidad exoneradora de los riesgos del desarrollo en este campo) supone un supuesto de no exoneración de responsabilidad civil de la Administración pública sanitaria¹¹⁰⁹.

En definitiva, el primer supuesto dudoso de encuadrar en el caso fortuito o la fuerza mayor nos hace reflexionar sobre la ductilidad de los conceptos jurídicos indeterminados o estándares jurídicos, como son el de caso fortuito, fuerza mayor o riesgos del desarrollo, con la ventaja de poder ser manejados por los Jueces y Tribunales en orden a la aplicación de la justicia material. De modo que, sostener la tesis de que los “riesgos del desarrollo” son un supuesto de caso fortuito, o bien un supuesto de fuerza mayor, sólo es relevante en caso de que no exista una ley que regule el efecto exonerador o no de los riesgos del desarrollo, pero es irrelevante cuando el legislador consagra unas normas, como el nuevo artículo 141.1 LRJPAC o el artículo 3.3 y 6.1.a LRCPD, que se pronuncian acerca de sus efectos exoneradores o no.

abril del 2002, pp.541-542, que entiende que la actual regulación del artículo 141.1 de la LRJPAC excluye no sólo los supuestos de fuerza mayor (derivados de hechos o circunstancias extraños al ámbito sanitario que no se hubiesen podido prever o evitar), sino *también aquéllos derivados de caso fortuito, es decir, ocasionados de forma imprevista e inevitable según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquéllos, y derivados de una causa interna al servicio*. 2º) Por otra parte, BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo*. Parte especial, 4ª ed., Civitas, 1999, pp. 1225-1232-, pues según la Exposición de Motivos de la Ley *se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad*.

¹¹⁰⁹ VICENTE DOMINGO, E./ BELLO PAREDES, SA., “La responsabilidad de las administraciones públicas por los riesgos del desarrollo en el ámbito sanitario, a la luz de la última jurisprudencia del TJCE”, ob, cit, pp. 535-544, que nos explica que esta sentencia fue dictada en una cuestión prejudicial presentada por el Højesteret (órgano judicial danés) en el seno de un proceso judicial planteado por un ciudadano contra la Administración provincial de Arhus, al negarse ésta a indemnizar a este ciudadano a raíz de una tentativa infructuosa de transplante de riñón, practicada en un hospital perteneciente a esta Administración danesa, y ello debido a la utilización de un líquido de irrigación defectuoso y fabricado en un hospital de esa misma Administración. Pues bien, la sentencia, finalmente, afirma que dicha Directiva resulta también aplicable al producto “fabricado y utilizado en el marco de una prestación médica concreta totalmente financiada con fondos públicos y por la que el paciente no ha tenido que pagar contraprestación alguna”. Cfr. BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, ob, cit, pp. 496-497, que entienden que dicha sentencia hace que la situación quede igual que antes.

IIº.- En segundo lugar, otro supuesto de encuadrar en el caso fortuito o fuerza mayor es el suicidio de un enfermo psíquico, sobre todo cuando los familiares e interesados ocultan la enfermedad¹¹¹⁰, cuestión de la que tomaremos posición en el capítulo siguiente por estar en relación con los daños a un enfermo psíquico.

Pues bien, a pesar de la flexibilidad conceptual de la fuerza mayor y el caso fortuito, su dualidad conceptual es clara, sobre todo, en las leyes *ad hoc* que consagran la responsabilidad civil por riesgo, y hacen responder por caso fortuito y no por fuerza mayor¹¹¹¹; y, del mismo modo, en los supuestos regulados en el Código civil de responsabilidad civil objetiva en los que se explicita que la única circunstancia que excluye aquélla es la fuerza mayor, en el sentido de acontecimiento externo al círculo de actuación del agente; así, los artículos 1905; 1908.3 y 1910 CC¹¹¹². Y dicha diferencia también la encontramos en los supuestos de responsabilidad por riesgo de creación jurisprudencial en que los Tribunales hacen responder por caso fortuito y no por fuerza mayor¹¹¹³, aunque en menor medida a causa de la preferente aplicación jurisprudencial de la agravación de la

¹¹¹⁰ La jurisprudencia es contradictoria: pues juzgó fuerza mayor el suicidio de un enfermo tras fugarse de un centro psiquiátrico la STS 17.2.2000 (RJA 2000, 1161). Y, por el contrario, no estimó que fuera fuerza mayor el suicidio de un enfermo que se fuga de un centro psiquiátrico, las SSTS 22.7.1997 (RJA 1998, 221); 8.5.2001 (RJA 2001, 8670), el suicidio de un trabajador de una empresa de seguridad con su arma reglamentaria, la STS 5.12.1994 (García Gil, F.J., ob, cit, p. 49), que resuelve un supuesto en el que D. José Ángel, que prestaba servicios de vigilancia por cuenta de la Empresa PVC Seguridad norte, decidió poner fin a su vida disparándose un tiro con la pistola reglamentaria que portaba, pues venía padeciendo, desde hacía bastante tiempo, un proceso esquizofrénico que conocía la familia pero no la empresa, ya que no superó ningún tipo de examen psiquiátrico al incorporarse al trabajo. Pues bien, con estos antecedentes, el TS resuelve que, *“la mayoría de las enfermedades mentales son difícilmente apreciables a primera vista, y mientras una legislación encomiable no lo exija no pueden ser imputables a las empresas de seguridad las consecuencias de no haber practicado a sus empleados un costoso y complicado examen psiquiátrico, cuando los interesados ocultan la enfermedad (...). Y son los familiares los que crean la situación de verdadero riesgo, no sólo para su hijo, sino también para unos posibles terceros, dejando de advertir y silenciando, la enfermedad que padecía el finado cuando conocen que va a colocarse en una actividad que lleva aparejada la tenencia de armas de fuego”*.

¹¹¹¹ REGLERO CAMPO, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración...”, ob, cit, p. 102, y buena parte de los textos legales que instituyen una responsabilidad de esta naturaleza se alude a la fuerza mayor como causa de exoneración. Unas veces se emplean estos términos, sin más (art. 106.2 CE; art. 139 LRJ-PAC; art. 33.5 LCz), en otras enumeran ciertos eventos que tienen tal consideración (art. 145.II LEN), en otros textos se señalan qué sucesos se tienen como casos de fuerza mayor y cuáles no, como el artículo 1º.1.II LRCSCVM.

¹¹¹² Díez- PICAZO, L., *Sistemas de Derecho Civil*, vol. II, ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 600.

¹¹¹³ Aplica la responsabilidad por caso fortuito, nombrando por todas, las STS 22.12.1986 (García Gil, F.J., ob, cit, p.76, que afirmó que según la teoría del riesgo el agente del daño responde a no ser que el suceso tenga su causa en la culpa exclusiva y manifiesta del perjudicado, o se produjera *algún fenómeno o acontecimiento de tal magnitud o anormalidad que haga fuerza mayor*; y la STS 5.5.1998 (Act.C, nº. 29, 20-26 de julio 1998, 793, p. 213), que afirmó que, a pesar de que se pueda calificar la conducta de un ser irracional, como un perro, que irrumpe en la autopista de hecho fortuito, el riesgo de la explotación debe asumirla la empresa concesionaria.

Es decir, tanto por la teoría de la agravación de la diligencia como por la responsabilidad objetiva en la que se responde por caso fortuito se llega al mismo resultado práctico.

diligencia, y a la confusión existente en este terreno pues no dejan de existir pronunciamientos, a nuestro entender incorrectos, que afirman que la empresa se puede exonerar de su responsabilidad por riesgo demostrando, además del caso fortuito o fuerza mayor o la culpa de la víctima, que su actuación fue diligente y prudente¹¹¹⁴.

Por consiguiente, la distinción apuntada conlleva, en primer lugar, que se puede llevar a cabo, a su vez, una nueva clasificación dentro de la responsabilidad objetiva, pudiendo calificarse una responsabilidad civil objetiva de absoluta y relativa, dependiendo de que el agente del daño responda o no de fuerza mayor, respectivamente. Esto es, hay supuestos en los que el agente del daño no se libera ni aún demostrando un acontecimiento externo y extraño al agente¹¹¹⁵. Y en segundo lugar, que el límite entre la responsabilidad civil subjetiva y objetiva, en términos generales, se puede seguir situando en la fuerza mayor sin el matiz subjetivo que se le reprocha, pues, como se ha visto el problema reside, en términos coloquiales, en que la sociedad cambia de ideas antes que de vocabulario. En consecuencia, es criticable que la responsabilidad civil objetiva implique una especie de atracción causal de todas las interferencias, sobre la base de la doctrina de la “fuente de peligro aumentado”, pues una cosa es que en la actividades presididas por el signo de la responsabilidad civil objetiva se prescinda del análisis de la culpa del demandado, y otra muy distinta que deba éste ver que su actividad absorbe toda interferencia ajena. Esto es, la protección de la víctima tiene o ha de tener en la responsabilidad civil extracontractual su terreno de juego en los criterios de imputación, pero no en sede de causalidad¹¹¹⁶.

¹¹¹⁴ STS 17.4.1999, en GARCÍA GIL, F.J, ob, cit.

¹¹¹⁵ BONET CORREA, J., “La responsabilidad en la Ley de Navegación Aérea”, *ADC*, 1963, t. XVI, p. 68. La Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, en su artículo 120 se ubica plenamente la responsabilidad objetiva pues no se exime el porteador ni por fuerza mayor, en contraposición al Convenio Internacional de Roma de 1952, contemporáneo a la legislación nacional, al regular los daños causado en superficie por aeronaves, pero trasladándolo a los daños causados a las cosas y a las personas transportadas. De tal modo que dicho carácter pleno de objetividad fue objeto de alabanza pública, pues no se limitó a eliminar el criterio de la imprevisión informante del artículo 1105 CC, sino también el de la evitabilidad que es el último reducto de la teoría de la culpa.

¹¹¹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil*, ob, cit, p.200.

C.- Valoración final: reservas en la aplicación analógica del artículo 1105 CC a la responsabilidad civil extracontractual.

Tras todo lo expuesto hasta ahora concluimos que:

Iº) Desde el punto de vista meramente de pura técnica argumentativa, que la fuerza mayor, como límite externo de la culpa, no siempre es correlativo de ésta, pues también actúa de límite en los casos de responsabilidad objetiva, pues el concepto negativo de no-culpa no es lo mismo que el positivo de acontecimiento imprevisible o inevitable en la medida en que el caso fortuito puede, a veces, eximir de responder en el supuesto de conducta negligente que no hubiera causado por sí sola el perjuicio. IIº) Que la ampliación de los criterios de imputación en sede de responsabilidad civil extracontractual tiene que tener, necesariamente, su efecto paralelo en el significado de sus causas de exoneración. IIIº) Que si bien es inevitable la subjetivización del caso fortuito y fuerza mayor en la responsabilidad civil subjetiva, no lo es, tanto, en la responsabilidad civil objetiva¹¹¹⁷, en la que el caso fortuito y la fuerza mayor van a tener un significado diferente, a excepción de algunos supuestos, sobre todo de responsabilidad por omisión, en que el Tribunal Supremo establece que la falta de relación de causalidad se hace más patente cuando se justifica la falta de culpa en el agente del daño¹¹¹⁸.

IVº) Y, por último, que la creación jurisprudencial de la dualidad conceptual de los términos de caso fortuito y fuerza mayor en la responsabilidad civil objetiva, cuando el artículo 1105 CC los iguala, puede ser una objeción, de no escaso calado, para la aplicación

¹¹¹⁷ REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración ...”, ob, cit, p. 99, pues al prescindirse del criterio de la culpa desaparece el criterio tradicional culpa del agente-daño, siendo sustituido por uno nuevo que atiende a que exista una relación de causalidad material entre el daño cuya reparación se reclama y la actividad de la persona de quien se reclama.

¹¹¹⁸ Vid. STS 17.11.1989; y SAP de Huesca de 29.4.1985, en García Gil, F.J., ob, cit, pp. 66-67. Y, STS 9.10.1995 (RJA 1995, 7047), que, entendemos mezcla, en cierto sentido, la relación de causalidad con el criterio de imputación. Se trataba de un supuesto de omisión (un paciente es atendido en el Hospital de Linares, donde se le diagnostica un gran aneurisma aórtico, por lo que se le permite al Hospital de Córdoba para su tratamiento urgente. A los cuatro días de ingresar en este segundo hospital se iniciaron las pruebas para confirmar el diagnóstico y, sobre todo, la necesidad de la intervención quirúrgica. Sin embargo, el paciente falleció tres días después sin haber llegado a ser operado), en el que era más fácil negar la relación de causalidad si el funcionamiento de los servicios había sido el adecuado (así se probó por la Real Academia de Medicina de Sevilla que la actuación médica del Hospital de Córdoba fue adecuada ya que el informe del Hospital de Linares no vinculaba a los médicos de aquél). Es decir, en este caso el TS consideró que, dadas las circunstancias del

analógica del artículo 1105 CC a la responsabilidad civil. A su vez, el argumento determinante en tener reservas acerca de la aplicación analógica del artículo 1105 CC a la responsabilidad extracontractual es la coherencia con la teoría que hemos mantenido en el primer capítulo acerca de la conexión estructural de *daño-responsabilidad civil-obligación*, de modo que, en pura técnica normativa, sólo se podría aplicar analógicamente la normativa de la teoría general de obligaciones a la obligación que deriva de la responsabilidad civil, pues la unidad del fenómeno resarcitario lo permite; pero, de ningún modo a la culpa extracontractual, ni a las causas que exoneran de responsabilidad que se sitúan, según nuestra tesis, en la primera fase de nacimiento de la responsabilidad civil. Y esta afirmación se puede ratificar, por otra parte, si tenemos en cuenta los siguientes datos:

1º.- En primer lugar, porque el concepto de caso fortuito, como imprevisibilidad o inevitabilidad, en materia de contratos no es una noción que vincule la conducta con el daño, sino con el hecho en sí del incumplimiento. De tal modo que el hecho de que el plano del incumplimiento de la obligación contractual (*sinalagma obligacional*) esté estrechamente relacionado con el plano de la *responsabilidad contractual* propicia el concepto subjetivo del caso fortuito o fuerza mayor, como se desprende de la conexión sistemática de los artículos 1182 CC, 1183 y 1105 CC. Si bien, entendemos con YZQUIERDO TOLSADA que dicha confusión se produce sobre todo en las obligaciones de resultado, frente a las obligaciones de medios pues:

a) *En las obligaciones de resultado*, si el acreedor acredita que no se obtiene el *opus* o resultado hay incumplimiento (y sufre el riesgo de no cobrar la contraprestación); ahora bien, a efectos de determinar si se ha extinguido dicha obligación o subsiste, según los artículos 1182 y 1183 CC si se ha producido una imposibilidad sobrevenida, absoluta y definitiva sin culpa del deudor (evento que rompe el nexo causal entre la conducta del deudor y el incumplimiento), lo que habrá de probar el deudor al presumirse su culpa (art.1183 CC) antes de constituirse en mora, la obligación se extingue; si no, se perpetúa, subsiste insatisfecha y se convierte en el deber de prestar el equivalente, aunque el acreedor no haya sufrido otros daños (*sinalagma obligacional*). Y, eso sí, si se han producido otros daños, deberá el acreedor

caso concreto, la negligencia del equipo médico era una condición necesaria para poder “imputar” a la Administración el resultado dañoso.

soportar la prueba, no solamente de la certeza de los mismos, sino también de que son subjetivamente imputables al deudor a título de culpa, pero, a su vez, el deudor podrá demostrar que detrás de la causa que desencadenó esta falta de éxito no se encuentra su conducta, es decir, que se ha producido una ruptura del nexo causal (plano de la responsabilidad contractual). De tal modo que parece que para probar la ausencia de culpa hay que probar el caso fortuito.

b) Por el contrario, *en las obligaciones de medios*, el deudor cumple su obligación cuando observa una conducta prudente y diligente según las circunstancias del caso *ex art. 1104 CC*, siendo el resultado algo contingente o potencial (el programa de la prestación era una simple actividad diligente); de tal modo que el problema no es de causalidad/ no causalidad, sino de culpabilidad/no culpabilidad, pues, si convenimos en que el objeto de la obligación consiste en una actividad diligente, no importa que el paciente no sane o que el abogado pierda el pleito: b.1) habrá incumplimiento, y *siempre imputable*, cada vez que la actividad no haya sido diligente (sinalagma funcional), y si además del incumplimiento derivan daños, esa misma culpa sirve de criterio de imputación (en el plano de la responsabilidad contractual). b.2) Y, cuando el deudor haya observado la diligencia debida, no es que el deudor se libere de responsabilidad por ser inimputable el incumplimiento, es que, sencillamente, *ha cumplido* con su obligación (sinalagma obligacional); y si, a pesar de la diligencia, sobrevienen daños, no se responde contractualmente pues sin culpa probada no hay responsabilidad, sin necesidad de acreditar la causa ajena, y aunque lo más probable es que el daño se deba a dicha causa. Esta distinción se puso de manifiesto en la STS 13.7.1987 (*RJA* 1987, 5488), que respecto a la gravedad de la situación de un paciente por una operación quirúrgica, y ante la posibilidad de que fueran otras causas las implicadas (caso fortuito) en el daño, sin embargo, el Tribunal exoneró de responsabilidad a los facultativos al entender acreditada la ausencia de culpa *ex art. 1104 CC*. En estos casos es más claro que la ausencia de culpa es diferente del caso fortuito, esto es, para probar aquella no es preciso probar lo segundo¹¹¹⁹.

En definitiva, como nos explica YZQUIERDO TOLSADA, si la ausencia de culpa y el caso fortuito parecen coincidir en los textos legales se debe a que los Ordenamientos civiles

¹¹¹⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil ...*, ob, cit, pp. 123-131.

inspirados en el *Code* se edificaron, en realidad, sobre la noción exclusiva de la obligación de resultado¹¹²⁰.

2º.- En segundo lugar, porque el artículo 1105 CC tiene escasa o casi nula virtualidad práctica en los distintos regímenes de la responsabilidad civil, ya que el hecho de que no haya un artículo paralelo al 1105 CC en la responsabilidad civil trae causa en que en la responsabilidad civil subjetiva se presume la diligencia del agente, siendo la víctima la que ha de probar la culpa, en cuya prueba va implícita la ausencia de caso fortuito; opinión que no compartimos, pues creemos que puede existir un caso fortuito aún con una conducta negligente. Lo que sí es cierto es que en los supuestos estudiados de responsabilidad civil cuasiobjetiva de agravación de la diligencia, aunque se admitiera en teoría la aplicabilidad de dicho precepto, en la mayor parte de los casos reales las disquisiciones sobre tal aplicación sirven, al final, para evidenciar la inexistencia de tal causa de exoneración de responsabilidad civil, siendo, al contrario, eventos previsibles que no habrían originado daño alguno a tercero en caso de que el sujeto responsable hubiera demostrado la debida diligencia¹¹²¹. Asimismo, en los casos de responsabilidad civil *cuasiobjetiva* de presunción de culpa, ya sea de creación jurisprudencial, ya sea legal como el artículo 1903 CC respecto a la responsabilidad por hecho ajeno, para exonerarse, según la misma jurisprudencia o los términos literales de este precepto, basta con probar la diligencia debida. Si bien, hay que reconocer que esto último no es predicable en la responsabilidad civil de los daños causados por alumnos en Centros de enseñanza no superior, pues la jurisprudencia nos ofrece un número de casos significativos en los que el Tribunal admite que el alumno haya actuado de modo imprevisible o inevitable, aún cuando la actuación del titular del centro docente o del profesorado haya sido negligente; y,

¹¹²⁰ *Ibidem*, p. 126.

¹¹²¹ Vid, entre otras, la STS 20.3.1984 (*RJA* 1984, 1313) que afirmó que, no constituye caso fortuito o fuerza mayor el hecho de que el cirujano, en el curso de una operación quirúrgica, dejara caer unas pinzas con violencia sobre la bandeja del instrumental para cambiarlas por otras, de modo que saltaron a los ojos de un colaborador dejándole ciego del derecho; hay, al contrario, falta de diligencia en el cirujano que no previó situaciones de tensión en su cometido. STS 22.12.1993 (*Act.C*, nº.15, 11-17 abril 1994, 464, p. 1151; *RJA* 1993, 1151), que establece que: “(...) mal cabe predicar el caso fortuito en un supuesto en el que se reputa probado que la empresa demandada no agotó las precauciones necesarias para prevenir el daño, pues, consciente de la peligrosidad del lugar debió impedir el paso de los operarios hasta cerciorarse de que no ofrecía peligro el tránsito por el interior del túnel”. STS 31.5.1997 (*Ar C*, III, 1997, pp. 1780-1781) que, tras definir el caso fortuito más bien de procedencia interna al darse relación con el modo y circunstancias de actuar o de omitir en la persona a la que se le exigen responsabilidad - por ejercitar el deporte de Taekwondo-, señala que en el caso en concreto en que un menor presenciando la exhibición de dicho deporte se lesionó al desprenderse una astilla de los palos empleados por los deportistas, el daño resulta totalmente previsible. De tal modo que, no entraña caso

por tanto, el caso fortuito no opera en el ámbito de la culpabilidad sino en el de la causalidad sirviendo para interrumpir el nexo causal¹¹²². Por tanto, parece poder deducirse que sólo los supuestos escasos y raros de presunción de responsabilidad entra en juego la fuerza mayor como causa de exoneración, pero, como se ha expuesto en párrafos anteriores, con un significado distinto al recogido en el artículo 1105 CC.

3º.- Y la última razón para negar la aplicación analógica la encontramos, incluso si se defiende una concepción subjetiva del caso fortuito que no compartimos, en el hecho de que, mientras en la responsabilidad contractual la conducta para valorar si le es imputable o no la causa impeditiva del cumplimiento al deudor viene normalmente medida con un patrón de conducta riguroso y capaz, incluso, de asumir contenidos diversos o acordes con la naturaleza de la prestación, por el contrario, en la extracontractual, a causa de que no existe una obligación previa y una subordinación del interés del deudor al del acreedor, y tratarse de un ámbito de libertad de la persona, el hecho liberatorio se subjetiviza¹¹²³. A tenor de lo dicho, la

fortuito la causación de daños si no se adaptan las medidas previsoras de seguridad necesarias del deporte de Taekwondo que entraña en sí violencia.

¹¹²² ATIENZA NAVARRO, ML., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, ob, cit, pp. 228-235, que nos explica que así ocurre, por ejemplo, en los casos en que se demuestra que el acto dañoso del alumno se hubiera producido igualmente aunque las personas encargadas de su guarda hubieran actuado con la diligencia debida. Y señala al respecto las SSTs 21.11.1990 (RJA 1990, 9014) que exoneró de responsabilidad a la directora de la guardería por entender que el acto dañoso de un menor de seis años al lanzarle el tenedor a otro compañera en el comedor del colegio fue súbito e inopido, y constituye caso fortuito. Y, de modo indirecto se da a entender que, aunque la actuación del titular hubiera sido diligente – no lo parece el encargar a un solo profesor la vigilancia de un comedor con tantos niños- el daño se hubiera producido igualmente. No obstante, la mayoría de las sentencias igualan el caso fortuito con la no culpa, así la SSTs 18.10.1999 (RJA 1999, 7615) que afirma taxativamente que el caso fortuito repele la existencia de culpa y, como en el caso en concreto los niños estaban practicando un juego peligroso, en tal situación el daño era previsible, y culpable la actuación del profesorado; y las SSTs 10.12.1996 (RJA 1996, 8975); 10.3.1997 (RJA 1997, 2483); y SAP de Guadalajara 15.7.1995 (AC 1995, 1844), que tienen como punto en común el hecho de ser determinante para calificar de previsible el daño el hecho de los datos antecedentes a la producción del evento dañoso, en concreto, peleas previas conocidas por el profesor, lo que revela la conexión entre caso fortuito-no culpa. De igual modo, vid. STS 8.3.1999 (García Gil, F.J, ob, cit, pp. 70-71), que: “(...) la caída del menor lesionado (diez años) se produjo única y exclusivamente como consecuencia de los juegos normales en chicos de esa edad con sus compañeros, durante el período de recreo en el colegio, sin intervención de ningún factor extraño o peligroso que pudiera evidenciar la falta de la debida vigilancia por parte de sus cuidadores, cuya caída, en tales circunstancias, ha de ser conceptuada como *caso fortuito*”.

¹¹²³ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ob, cit. p. 299.

Cfr.- CARRASCO PEREA, A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, vo.1º, Madrid, 1989, p. 659-660, Respecto al concepto de caso fortuito del artículo 11105 CC, el autor reconoce una diferencia de índole fenomenológica entre la responsabilidad contractual y extracontractual, pues, en ésta la imprevisibilidad ha de ir referida a una conducta activa u omisiva de la que “previsiblemente” puede derivarse un daño para terceros; pero en materia de contratos la previsibilidad no es noción que vincule la conducta con el daño, sino con el hecho en sí del incumplimiento (quedando incluidos los momentos comprendidos en el *iter* de la ejecución del contrato si se trataba de una relación duradera). De esta manera excusa el suceso que, susceptible de provocar el incumplimiento, era imprevisible al tiempo de constituirse la obligación.

jurisprudencia ha llegado a manifestar que la noción de causa no imputable en la responsabilidad contractual, en sus aplicaciones prácticas, deviene algo objetivo y su relevancia es frecuentemente analizada en términos de idoneidad causal; es decir, la causa no imputable asume en el terreno de las aplicaciones prácticas el significado de causa extraña a la esfera de control del obligado y por él inevitable, en relación causal con la efectiva imposibilidad de cumplir, de modo que la extraneidad se mide por la naturaleza de la prestación y objetivo del contrato. Esto es, si el evento impeditivo obedece a la esfera interna del autor no se analiza ya su eventual imposibilidad, ya que responde, pero si es exterior ha de ser inevitable, pero tampoco aquí se hace uso de la diligencia, sino que son todas las medidas posibles las que han de ser aplicadas¹¹²⁴.

En definitiva, entendemos más adecuado, sobre todo para la responsabilidad civil extracontractual, situar la problemática del caso fortuito/ fuerza mayor, como mecanismos exoneradores de responsabilidad, en el plano de la relación de causalidad y no en el del criterio de imputación, sobre todo para conseguir una mayor coherencia con la técnica normativa en los supuestos de responsabilidad civil objetiva.

5.- LA TEORÍA OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ: LA TEORÍA DE LA EQUIDAD.

A.- Discusión doctrinal en el Derecho civil español.

La teoría de la equidad es calificada por nuestra doctrina y jurisprudencia como teoría puramente mecánica del daño producido que, con un regusto talional, significa que el agente es inocente, pero lo será aún más el perjudicado¹¹²⁵. En concreto, esta teoría ha servido tradicionalmente de soporte a la responsabilidad civil de los incapaces en razón de que la atribución a éstos, en los casos expresamente previstos por la ley, de las consecuencias

¹¹²⁴ SSTs de 4.6.1902; 7.4.1965; 30.1.1954. Esto es que entre el evento impeditivo y la imposibilidad sobrevenida de la prestación y el daño exista un vínculo de causalidad eficiente sin que intervenga en esta relación como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del deudor, lo que influye, además, en la tendencia jurisprudencial a adosar los impedimentos típicos de las diversas actividades debitorias a quien está en mejor situación para controlarlos, es decir, al deudor prescindiendo de una valoración de su conducta en términos de culpa-diligencia.

¹¹²⁵ SCAEVOLA, Q.M, *Código civil*, t. XXXI, op. cit. p. 320.

desfavorables de sus actos tiene un carácter netamente objetivo, en cuanto no juega papel alguno la idea de culpa, y lo único que parece perseguir el Derecho es impedir que el perjudicado pueda no ser indemnizado, o que el incapaz pueda enriquecerse torticeramente a costa del capaz¹¹²⁶.

El postulado anterior permitió que, cuando estaba vigente el artículo 32 CC, algún sector doctrinal defendiera la responsabilidad civil del menor inimputable en la interpretación conjunta, por un lado, de dicho precepto que afirmaba que el menor de edad es susceptible de derechos y aún de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y de un tercero; y por otro, del párrafo segundo del artículo 20 CP 1973 que consagraba una responsabilidad civil subsidiaria del menor inimputable penal en caso de insolvencia e inexistencia de los padres, e incluso, de modo análogo al precepto civil, de que no hubiera culpa o negligencia por parte de los llamados a responder directamente; en definitiva, cuando los guardadores estaban exentos de responsabilidad por cualquier razón jurídica¹¹²⁷. En concreto, este sector doctrinal entendía que el antiguo artículo

¹¹²⁶ Cfr., FERNÁNDEZ MARTÍN – GRANIZO, M., “Imputabilidad y responsabilidad objetiva”, *ADC* 1968, np 18, pp. 595 y 586, que nos explica que, tanto el artículo 20-regla 1ª CP 1973 que regula la obligación del incapaz de indemnizar subsidiariamente los daños derivados de un acto ilícito penal, como el 1765 CC que rige la obligación del incapaz de abonar la cantidad en que se hubiera enriquecido son supuestos en los que el menor, demente, etc, carece evidentemente de capacidad de obrar, e incluso, de imputabilidad. Por consiguiente, este autor asevera que no estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva que requiere una ilicitud, sino ante una verdadera obligación legal de indemnizar, en razón de que la imputabilidad sólo es concebible en relación a la responsabilidad por actos ilícitos pues arguye que, si falta el elemento intencional, al no ser la acción por mí elegida la que directa e inmediatamente produce el resultado, ni entrar éste en la finalidad por mí prevista y querida, la ley podrá, si quiere, atribuirme una consecuencia directamente encaminada a disminuir o reparar el daño o perjuicio que se ha originado a alguien, pero no imputarme una “responsabilidad”.

¹¹²⁷ Ref. LATOUR BROTONS, J: “Responsabilidad civil de los incapaces”, en *Libro homenaje a R.Mª Roca – Sastre*, t. II, Madrid, 1976, pp. 134-135; LEÓN GONZÁLEZ, J.M., “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad”, *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. II, eds., Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 333-334; TERUEL CARRALERO, D., “Infracción penal y responsabilidad civil”, *ADPCP*, 1958, pp. 39 y ss; CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en *Comentarios al Código Penal*, t.I, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 968- 969, en Gómez Calle, E., *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit, np. 158-159, p. 198. De otro modo se introduciría una importante excepción a la función protectora de la norma, difícilmente justificable en el ámbito de la responsabilidad civil que tiende en todo caso a garantizar la reparación del daño injustamente causado. Además, nos muestra cómo esta cuestión, por una parte es resuelta, del modo más simple, en el § 829 BGB pues, con una fórmula general, permite acudir a la responsabilidad por equidad en cualquier caso en que la indemnización “no pueda obtenerse” de las personas obligadas a la vigilancia. Y, por otra, cómo en Italia el artículo 2047 Codice civile suscitó una cuestión interpretativa de análogo carácter que en España, pues aunque aquél prevé solamente la responsabilidad subsidiaria del incapaz de entender y querer en el caso en que el damnificado no hubiera podido obtener resarcimiento de la persona con deber de vigilancia que ha probado su falta de culpa, el Tribunal de Casación, ya en la sentencia de 28. I. 1953 - n. 216, *Giur. It.*, 1953. I, 1, c. 496, con nota de Travi -, entendió que había que equiparar a la hipótesis prevista aquélla en que falta la persona obligada a la vigilancia, pues lo que persigue la norma es evitar que la víctima quede sin indemnización.

32 CC parecía amparar la responsabilidad civil de los menores imputables como inimputables¹¹²⁸, al ser una suerte de complemento del artículo 20 CP que recogía expresamente la propia responsabilidad que con sus bienes contraen los mismos menores al afirmar que: “ni el loco ni el menor pueden contraer por sí obligación alguna; pero si ejecutan un daño en la propiedad ajena, o el loco comete un delito contra un individuo, por virtud de este hecho se origina ciertamente una relación entre los bienes del menor o del loco y el tercero para la enmienda o reparación del daño causado”¹¹²⁹.

Ahora bien, desde la pura técnica normativa, este sector doctrinal fijaba el criterio de imputación de la responsabilidad civil del menor o mayor inimputable en el criterio objetivo de la “indemnización equitativa”, merced a la equidad que, entendían, informaba el artículo 20 CP 1973. En realidad, esta tesis era tributaria de una época en que se identificaba la minoría de edad con la inimputabilidad, pero no veían justo que el daño lo sufriera el perjudicado en el caso en que no respondieran los guardadores, predicando, entonces, que la equidad es un bien correctivo a las injusticias a que conduce la vigencia exclusiva de la responsabilidad por culpa¹¹³⁰.

En otras palabras, se empieza a reconocer que la promoción social de los menores¹¹³¹, con la contrapartida lógica de una mayor esfera de libertad y, potencialmente, la causación de un mayor número de hechos dañosos por estas personas, choca con la concepción clásica de la responsabilidad que lleva a declarar irresponsables a aquéllos por inimputables, ya que repugna al principio de justicia que impone que, en el conflicto de intereses entre el patrimonio del dañador y el del dañado, no sea éste, auténticamente inocente del hecho, el sacrificado. Por lo que ante la disyuntiva de que, o bien las personas no imputables queden sujetas a la reparación de los daños causados por sus actos antijurídicos, cuando la equidad aconseje no hacer soportar el perjuicio al dañado, o bien que respondan una terceras personas

¹¹²⁸ Vid. ref. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, II, Madrid, 1911, p. 131, en León González, J.M., “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad”, ob. cit. p. 337; y ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *Tratado de responsabilidad civil*, ob. cit. p. 309.

¹¹²⁹ ROGEL VIDE, C., “La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela”, *ADC*, t. XXIX, 1976, p. 1247. En sentido parecido, GARCÍA VICENTE, F., “La responsabilidad civil de los padres y tutores por hechos del hijo menor”, ob. cit. p. 17.

¹¹³⁰ BORRELL MACIÁ, A: “*Hacia una responsabilidad sin culpa*”, *RDP*, 1951-I, pág.115.

¹¹³¹ ROGEL VIDE, C., “La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela (En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975)”, *ADC*, 1976, p. 1235.

imputables, a las que se supone obligadas a un deber de cuidado o guarda del incapaz, sobre la base de una supuesta culpa “*in educando*” o “*in vigilando*”, que es la alternativa, esta última, adoptada por el artículo 1903 CC, esta teoría termina concluyendo que ambas soluciones no son incompatibles entre sí, tal como se deduce del artículo 20 CP¹¹³². De tal modo que afirmaban que de los daños causados por un menor de edad responde primero el patrimonio del guardador, en cuanto garante, y en su defecto, el del menor o pupilo, prescindiéndose de la exclusividad de la culpa como criterio de imputación¹¹³³, y esto porque, en realidad, el precepto penal iguala al menor de edad a los incapaces, sin hacer distingos de ninguna clase¹¹³⁴.

Incluso, tras la derogación del artículo 32 CC, hay autores, como YZQUIERDO TOLSADA, que defienden que el párrafo segundo del artículo 32 CC positivizaba un principio general del Derecho, de modo que su desaparición no iba a influir en que su espíritu, o principio general en el que se asienta, siguiera plenamente vigente en el Derecho español¹¹³⁵. En el sentido de que es un principio de la lógica de nuestro sistema de Derecho de la persona el que los incapaces pueden ser titulares de derechos, así como sujetos pasivos de obligaciones, si éstas nacen no ya de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero, sino de las fuentes de obligación que el artículo 1089 CC

¹¹³² LEÓN GONZÁLEZ, J.M., “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad”, ob. cit, pp. 269 y ss; y ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit, p. 1235.

¹¹³³ ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit, pp. 1247-1248. Alude, por otra parte, a la concepción subjetiva que defendiera Conde- Pumpido para rebatirla (nos recuerda, entonces, que dicho autor afirma que el fundamento de que el menor responda, depende de la edad y de la capacidad de discernimiento que tenga. Pero, Rogel Vide, por el contrario, mantiene que si el menor de dieciséis años y no tiene capacidad de discernimiento se elimina la antijuridicidad de la acción, pues todo acto del hombre exige un querer del agente, esto es, de una capacidad volitiva que puede faltar en la actuación de los infantes; de manera que el fundamento ha de buscarse en la equidad, según el artículo 32 CC y 20 CP. Ahora bien, si el menor de dieciséis años goza de capacidad de discernimiento la base de su responsabilidad se encuentra en la misma antijuridicidad de la acción, pues aunque el menor no es imputable - expresión del autor de la que se desprende que equipara la imputabilidad con la capacidad de obrar o capacidad penal-, ha de sufrir en su patrimonio las consecuencias del hecho dañoso por ellos cometido. Y, por último, en caso de ser mayores de 16 y menores de 21 años va a depender si el menor ha cometido un ilícito civil o penal a pesar de la complementariedad entre los preceptos civiles y penales que regulan la responsabilidad civil.

Sin embargo, el autor, frente a la tesis del precitado autor, simplifica la cuestión, al basar en la “equidad” la responsabilidad objetiva del menor de edad, es decir, en la mera producción del hecho dañoso, establecida la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño.

¹¹³⁴ DÍEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 625.

¹¹³⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil y la guarda legal”, op. cit, p. 81.

menciona¹¹³⁶.

Ahora bien, a pesar de que la teoría de la equidad es defendida por algunos autores respecto a la responsabilidad civil del menor de edad o del incapaz inimputable según hemos expuesto hasta ahora, hay que poner de manifiesto, por el contrario, que la mayoría de la doctrina española no encuentra legitimidad a que la responsabilidad civil por ilícito penal del menor de edad se base en la equidad, en razón, sobre todo, a que la teoría de la equidad está influida por el afán de trasladar a nuestro Derecho los criterios del texto anotado, que tan reiteradamente se observa en los anotadores españoles de la obra de ENNECCERUS¹¹³⁷. De modo que estos autores quieren ver en el artículo 20 CP español iguales consideraciones de equidad que el § 829 BGB, u otros de corte germánico, en los que tiene su origen la figura de la responsabilidad por equidad¹¹³⁸, y que se han incorporado a algunas regulaciones de corte latino, como la italiana, la belga y la portuguesa, y también en otras sudamericanas como veremos en el siguiente epígrafe. Y de igual modo, porque, en España, es cuestión pacífica que, de *lege data*, no es posible la responsabilidad civil fundada exclusivamente en la equidad pues no lo permite el tenor literal del artículo 3.2 CC¹¹³⁹. Si bien, hay algunos autores que, desde una posición de compromiso, defienden que, el actual artículo 118 CP expresamente acoge la equidad como solución al problema de la responsabilidad civil derivada de delito de los inimputables, pero que, debido a los términos del artículo 3.2 CC sólo puede ser una propuesta de *lege ferenda* para el caso en que el inimputable cometa un ilícito civil¹¹⁴⁰. Aunque otros matizan, como ya apuntamos en un epígrafe anterior, que dicho precepto consagra que los inimputables penales responden civilmente, ya sea porque “sean capaces de culpa civil”, o porque “aún no siéndolos (responsabilidad civil objetiva, pues en este caso), sea equitativo que corran con parte de los perjuicios causados”¹¹⁴¹.

¹¹³⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil de menores e incapacitados*, op. cit, p. 166; y ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit, p. 308.

¹¹³⁷ Ref. ENNECCERUS, L., *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, de Enneccerus/Kipp/Wolf, t. II, vol. 2, 2ªed, con anotaciones españolas a cargo de Pérez González y Alguer, en np. 24, pp. 64 y 634, en Conde - Pumpido Ferreiro, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. II, Pamplona, 1969, np.23, p. 87.

¹¹³⁸ GÓMEZ CALLE, E: “*La responsabilidad civil de los padres*”, op. cit. pág. 37.

¹¹³⁹ SALAS MURILLO, S, DE., ob, cit, p. 308.

¹¹⁴⁰ ÁLVAREZ, N./ CARRIL, J.MA/FARALDO, P., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coor. J.a. Seoane), ob, cit, p. 231.

¹¹⁴¹ DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad civil en la Ley 5/2000, ...”, ob, cit, p. 209.

Finalmente, hay autores, como YZQUIERDO TOLSADA, que defienden que lo que evitaría tener problemas interpretativos sería el que, *de lege ferenda*, se legislara para el Derecho español del mismo modo que en algunos Ordenamientos jurídicos extranjeros que han consagrado, expresamente, la responsabilidad civil del incapaz por equidad¹¹⁴². Pues, como dejamos expuesto en el capítulo primero, la amplitud de la *ratio* de la responsabilidad civil ha sido la condición para que ciertos Ordenamientos se hayan servido de otro criterio de imputación distinto de la culpa y el riesgo, el de la equidad, para poder fundamentar, tanto la existencia del deber de indemnizar del incapaz, como su cuantía¹¹⁴³. Y algunos de estos Ordenamientos los apuntamos a continuación.

B.- Referencia a algunos Ordenamientos jurídicos extranjeros.

Algunos Ordenamientos jurídicos europeos, como los de los países escandinavos, sólo regulan la responsabilidad por equidad respecto a los menores de edad¹¹⁴⁴; otros como el Ordenamiento austríaco y belga sólo lo contemplan respecto al incapaz¹¹⁴⁵; y por último, un

¹¹⁴² YZQUIERDO TOLSADA, M: “Comunicación al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia”, Cáceres, 1987.

¹¹⁴³ Para un interesante análisis de las razones históricas de la regulación jurídica de la responsabilidad civil de una persona sin capacidad de culpa, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, pp. 70-83, que destaca que, sobre todo, fueron los Códigos civiles de origen germánico los que positivizaron sus principios históricos de la responsabilidad sin culpa, a lo que coadyuvó, de igual modo, los postulados de la doctrina iusnaturalista. Incluso, señala que, de igual modo, han admitido la responsabilidad sin culpa los Códigos que pertenecen a un *tertium genus*, que son los que han aprovechado su modificación y segunda redacción en el siglo XX para apartarse de los postulados clásicos romanos de la culpa, acercándose a posturas más modernas, como, por ejemplo, el Código civil italiano de 1942; el Código civil portugués de 1966; o el Código civil peruano de 1984.

¹¹⁴⁴ GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ed., Montecorvo, Madrid, 1992, np. 56, pp. 42-43. La Ley noruega de 13. VI.1969 (*Lov om skadeersättning i visse forhold*) recoge en su artículo 1.1 la responsabilidad por equidad del menor de edad y afirma la limitación de la extensión de la responsabilidad del menor sobre la base de determinadas circunstancias. El § 2 de la ley sueca relativa a la indemnización de daños de 2.6.1972 (*Skadeståndslag*) establece que: “En el caso de que alguien que aún no tenga los 18 años cause daños personales o materiales, deberá indemnizar el daño en la extensión en la que sea equitativo, en consideración a su edad, desarrollo, carácter de su actuación, la existencia de un seguro de responsabilidad y las demás relaciones económicas así como las demás circunstancias”. Y, en idénticos términos el § 63 de la Ley danesa de 30.6.1922 de minoría de edad y tutela (*Lov om Myndighed og Vaergemal*), y la Ley finlandesa de 31.5.1974 (*Vahingonkorvauslaki*) relativa a la indemnización de daños.

¹¹⁴⁵ El § 1310 del ABGB de Austria reza: “Si el dañado no puede obtener indemnización de tal manera, el Juez debe condenar a la indemnización completa o a una parte justa de la misma en consideración a la circunstancia de que el dañante, aunque normalmente no esté en posesión de su razón, sin embargo haya incurrido en culpa en el caso concreto; o de que el damnificado haya omitido la defensa por indulgencia hacia el dañante; o finalmente, en atención al patrimonio del dañante y del damnificado”

El artículo 1386. bis C.c de Bélgica, introducido por el art. 1º de la Ley del 16.4.1935, dispone: “Cuando una persona que se encuentra en un estado de demencia, o en un estado grave de desequilibrio mental o de deficiencia mental que la vuelve incapaz de controlar sus acciones, causa un daño a otro, el Juez puede condenarla a todo o parte de la reparación a la que estaría obligada si tuviera el control de sus acciones. El juez resuelve según la equidad, teniendo en cuenta las circunstancias y la situación de las partes”.

tercer grupo en el que se encuentra el Ordenamiento jurídico alemán, portugués, italiano y suizo lo prevén, tanto para los incapaces, como para los menores de edad sin capacidad de discernir¹¹⁴⁶.

Más allá, algunos Ordenamientos jurídicos sudamericanos influidos por la normativa europea también han regulado la responsabilidad civil por equidad del incapaz: véase el Código civil de Méjico, Perú, Bolivia, y de Argentina¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁶ El § 829 BGB recoge que: “Quién en alguno de los casos señalados en los § 823 a 826 no es responsable de un daño causado por él, en base a los § 827 (personas que sufren una perturbación enfermiza de la aptitud mental que excluye la libre determinación de la voluntad) a 828 (menores de siete años y mayores de siete y menores de dieciocho sin capacidad de discernimiento), no obstante, siempre que la indemnización del daño no pueda ser exigida de un tercero con deber de vigilancia, ha de indemnizar el daño en la medida en que la equidad exija una compensación según las circunstancias, especialmente según las relaciones entre los interesados y en la medida que no sea privado de los medios de los que necesita para su sustento adecuado a su situación, así como para el cumplimiento de sus obligaciones legales de alimentos”-.

El artículo 489 Cc portugués afirma, en términos semejantes al alemán, que en el caso de daños causados por persona inimputable, ésta puede ser, por motivo de equidad, condenada a repararlos, total o parcialmente, desde que no sea posible obtener la debida indemnización de las personas obligadas a su vigilancia. Y la indemnización será calculada de manera que no se prive a la persona inimputable de los alimentos necesarios, conforme al estado o condición, ni de los medios indispensables para cumplir con sus deberes legales de alimentos. El artículo 2047.2ºpf, introducido por el Cc italiano de 1942, regula respecto a la responsabilidad de las personas inimputables o incapaces de entender y querer en el momento de cometer el hecho dañoso que: “En el caso en que el perjudicado no hubiera podido obtener el resarcimiento del que tuviera su guarda, el juez, en consideración de las condiciones de las partes, puede condenar al autor del daño a una equitativa indemnización”.

El artículo 54.1 del Código suizo de obligaciones prevé la responsabilidad del menor y del incapaz de discernimiento por equidad al afirmar que “Si la equidad lo exige, el Juez puede condenar a una persona incluso incapaz de discernimiento a la reparación total o parcial del daño que cause”.

¹¹⁴⁷ Los artículos 1921 –1922 del Código civil de Méjico de 1871 dispone que el incapaz que cause un daño a otro puede ser obligado a repararlo cuando las personas encargadas de él consigan quedar exoneradas.

El artículo 1977 del C.c de Perú de 24 de julio de 1984 establece que si la víctima de un daño causado por una persona incapaz no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior (en el que se regula la responsabilidad del representante legal), puede el Juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

El artículo 989.2 del C.c de Bolivia establece que: “Si el perjudicado no ha podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a la vigilancia, el autor del daño puede ser condenado a una indemnización equitativa”.

Por Ley 17.711 se modificó el antiguo artículo 907 del Cc argentino de 1869, estableciendo que: “Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”. Aunque el artículo 1579 del Anteproyecto de Código civil argentino de 1997 (en los mismos términos que el Proyecto de Código civil argentino de 1998), dentro del título II de la cuarta parte enteramente consagrada a la responsabilidad civil, introduce algunas modificaciones significativas al respecto rezando que: “El autor de un acto llevado a cabo sin discernimiento no responde de las consecuencias dañosas salvo si la inconsciencia es debida a su culpa. El Juez podrá ordenar una reparación a favor de la víctima de este acto, fundándose en motivos de equidad y tomando en cuenta las circunstancias del caso y especialmente la amplitud del daño sufrido y la fortuna del autor. La víctima de este acto puede también demandar reparación a las personas que tienen a su cargo las personas no dotadas de discernimiento”. El artículo del Anteproyecto introduce como novedad la referencia expresa a tener en cuenta “la amplitud del daño” para fijar la indemnización por equidad, como criterio que está ausente en el Código civil actual argentino.

En cualquier caso, llegado este punto creemos oportuno apuntar, de modo sucinto, la discusión que existe en la doctrina de aquellos países en relación al mismo, sobre todo en la doctrina alemana e italiana. Al respecto, se pueden distinguir tres corrientes:

1ª) La primera de ellas, la que defiende que en tales casos la equidad no funciona como criterio autónomo de imputación, sino como criterio de moderación de las consecuencias rigurosas a las que conduciría una automática aplicación de las normas jurídicas de responsabilidad basada en la culpa en sentido subjetivo. De tal modo que, en todo caso, si el incapaz ha de responder es: o bien, por una responsabilidad subjetiva atenuada, porque aunque el incapaz no tenga capacidad delictual, no obstante, actuó con un cierto grado de comprensión y dominio de voluntad; o bien, por una responsabilidad objetiva basada en el peligro derivado de la situación personal del autor del daño cuando su grado de incapacidad es tal que excluye el más mínimo control de la voluntad¹¹⁴⁸.

2ª) Hay una segunda corriente que defiende que el legislador permite de modo expreso que las razones de equidad sean juicios de valor utilizados por el Juez para resolver el conflicto, es decir, que en la responsabilidad civil del incapaz la equidad actúa como criterio autónomo de imputación. Pues centran el conflicto de interés entre una persona que, si bien es inimputable, ha causado un daño objetivamente ilícito, y una víctima absolutamente inocente. Cuando ésta no puede obtener la reparación de terceros con deber de vigilancia y tampoco está en condiciones de afrontarla por sí mismo, parece justificada la posibilidad de exigir una indemnización equitativa, total o parcial, del inimputable que cuente con medios económicos suficientes para ello¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁸ Ref. LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonder Teil*, München, 1981, p. 599, en Gómez Calle, E., ob. cit., np. 57, p. 162; y López Sánchez, C., ob. cit., np. 205, p. 156. El § 829 sólo pretende atenuar el rigor que se podría desprender de una aplicación estricta de los § 827 y 828 GB.

¹¹⁴⁹ En lo que respecta a la doctrina alemana, vid. ref. KNÜTEL, R., “Comentarios a las SS. del BGH de 24.4.1979 y de 18.12.1979”, *JR*, 1980, pp. 20 y 463, en Gómez Calle, E., ob. cit., np. 64, p. 164.

En lo que respecta a la doctrina italiana, vid. SALVI, C., “La responsabilità civile dell’infermo di mente”, en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di Paolo Cendon, Ed., Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, pp. 816 y 823. Este autor está en contra de los que defienden que la responsabilidad subsidiaria del incapaz regulada en el párrafo segundo del artículo 2047 C.C italiano sea una responsabilidad objetiva. De igual modo rechaza la teoría de que el criterio de imputación sea la culpa atenuada para el caso de que el incapaz sea en cierta medida imputable, pues en tal caso lo que habría que aplicarles sería el régimen normal, como a cualquier sujeto, sobre la base del deber del Juez de averiguar si en el momento de cometer el acto dañoso el sujeto era o no capaz de entender o querer. En coherencia con su teoría, este autor defiende una revisión del concepto de imputabilidad, sobre todo en lo que concierne a los enfermos mentales, pues es práctica común que se aplique a estos enfermos una automática presunción de inimputabilidad, cuando,

Hemos de matizar que, para este sector el hecho de que la responsabilidad civil del incapaz se asiente sobre la idea de la equidad no obsta para que interpreten la normativa en el sentido de que los legisladores alemán e italiano han supeditado la responsabilidad por equidad al cumplimiento de una serie de requisitos. Estos se compendian en tres: en primer lugar, la subsidiariedad o que no se pueda obtener la indemnización de los terceros obligados a la vigilancia del incapaz o del menor; en segundo lugar, que el incapaz realice un acto lesivo objetivamente ilícito, esto es, que aunque la actuación del menor o incapaz no es culpable al no ser imputables o no tener capacidad delictual, sin embargo, sí lo son atendiendo a las exigencias objetivas del tráfico; y en tercer lugar, que la reparación del daño sea una exigencia de la equidad. Y a este respecto, las consideraciones de equidad deben partir de las circunstancias propias del caso concreto, ocupando un lugar preeminente la situación económica, es decir, se va a valorar la injusticia de la disparidad entre las situaciones económicas de ambas partes¹¹⁵⁰.

3ª) Junto a las dos corrientes anteriores, existe la que calificamos de teoría conciliadora de las dos anteriores, la cual defiende que, con independencia de que en la responsabilidad civil del incapaz la equidad sea un criterio autónomo de imputación, o sólo un criterio de moderación de las consecuencias jurídicas que se derivan de aplicar de modo estricto la normativa jurídica existente, el fundamento sería la necesidad de indemnizar a la víctima sobre la base de la “justicia distributiva”. Pues en lugar de que exclusivamente sea la víctima quién soporte el daño, se debe intentar obtener la indemnización a cargo del autor material, teniendo en cuenta las circunstancias económicas de ambas partes¹¹⁵¹.

sin embargo, a luz de los principios introducidos por la *Legge* 180 de reforma psiquiátrica en Italia los enfermos mentales son sujetos *di norma capaci di intendere e volere*.

En lo que respecta a la doctrina argentina, vid. LÓPEZ OLAGIREGUI, JM, ob.cit, p. 947. En virtud de la teoría de la ilicitud (culpa) el daño que hubiera sido causado ilícitamente era convertido en indemnización y éste se adjudicaba al causante. Pero, entonces, se dejaba sin respuesta a los daños causados sin culpa, como los daños involuntarios o los causados por los dementes, llegándose a verdaderas incongruencias, pues se absolvía al autor porque por su demencia no había podido incurrir en ilicitud, pero con ello se cargaba el daño a la víctima, que también había obrado sin ilicitud. Esto es, una misma razón servía para fundamentar dos consecuencias contradictorias, lo que chocaba con la justicia. Por eso, el artículo 907 del Código civil argentino reguló la responsabilidad civil de los daños causados por personas sin discernimiento, tomando como factor determinante la capacidad económica del autor para soportar el daño y si el daño enriqueció al autor.

¹¹⁵⁰ Respecto a la doctrina alemana, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, C, ob.cit, pp. 156-160.

¹¹⁵¹ Ref. SCHÄFER, D, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (§ 829), Buch II, Berlín, 1986, pp. 690-1, en López Sánchez, C, ob.cit, np 203, p.156.

6.- LA TEORÍA OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES.

Frente a la postura tradicional que sustenta que es la culpa in *vigilando* y/o in *educando* el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos, otro sector doctrinal, influido por una serie de factores de diversa índole (A), afirma que es objetivo. Si bien no existe unanimidad en definir, de modo concreto, cuál es dicho criterio objetivo de imputación (B), ni si la objetividad es una cuestión de lege *data* o de lege *ferenda* (C).

A.- Condicionantes socio-jurídicos y razones doctrinales.

a) Factores socio-jurídicos que favorecen la teoría objetiva.

Este sector doctrinal afirma que en la defensa de la tesis objetiva han influido las profundas transformaciones económicas y sociales operadas a partir de las últimas décadas del pasado siglo (I), una serie de factores jurídicos (II), y las propias contradicciones de la teoría subjetiva (III):

I) Si la responsabilidad por hecho ajeno depende de las estructuras sociales y económicas, así como de factores ideológicos o culturales, entonces, en lo que respecta a la responsabilidad de las personas encargadas de la guarda de los menores es evidente que se ha de tener en cuenta el estado de relaciones de autoridad y de solidaridad que existe en la familia. Y, a este respecto, este sector resalta dos notas reveladoras de la nueva configuración jurídica de las relaciones familiares¹¹⁵²: a) por un lado, que hoy en día, frente a la mentalidad de antaño, el criterio de la culpa se concilia mal con el sistema de las relaciones familiares donde es difícil dar una medida de incumplimiento de cada uno; así, por ejemplo, se ve como

¹¹⁵² Para un sugestivo recorrido de la visión de la familia a lo largo de la historia jurídica civil, y con abundantes referencias bibliográficas, vid. ALONSO PÉREZ, M., “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, *Act.C.*, semana 5-11 abril 1998, pp. 1-29, en especial, pp. 23 y ss. Uno de los rasgos, entre otros, que caracteriza a la familia de la era tecnológica o postmoderna en la que vivimos desde el declive del siglo XX, y que ha dejado atrás a la familia patriarcal y a la burguesa presente en el Código civil español, es la ruptura generacional y la sublevación o rebeldía de los hijos contra la autoridad de los padres. Aunque esta rebeldía la califica el autor de paradójica, pues se compagina con la pervivencia de los hijos en el hogar conyugal cuando han superado con creces la mayoría de edad, ya sea por la dificultad para encontrar un puesto de trabajo, ya sea por la comodidad.

la legislación del divorcio y de la separación de la mayoría de los países europeos ha derogado la visión culpabilista de la misma al tener en cuenta la complejidad de tales relaciones¹¹⁵³. b) Y, por otro, la nueva forma de entender la patria potestad que, asimismo, está en estrecha conexión con la tendencia actual a reconocer una mayor autonomía del menor en la gestión de sus propios intereses, e, incluso, en el ámbito negocial¹¹⁵⁴.

En consecuencia, este sector considera que los cambios producidos en el ámbito de las relaciones familiares demandan una evolución, asimismo, de la responsabilidad civil por hecho ajeno, o al menos una diversa interpretación y aplicación de los mismos. Pues, en definitiva, el criterio de la culpa *in vigilando* y/o *in educando* no parece poder garantizar una plena coherencia con las disposiciones del Ordenamiento jurídico que disciplinan las relaciones entre padre e hijo, al existir una fricción, hoy en día, entre la obligación de mantener una adecuada vigilancia y la costumbre social que impone a los padres respetar una zona siempre más amplia de autonomía y de intimidad en vida de los menores. Por otra parte, aducen que el criterio de imputación objetivo favorece la defensa, tanto, de la intimidad de la familia, pues no es conveniente que se juzgue el comportamiento de los padres frente a los hijos y éstos frente a terceros, pues de tal modo se resiente la privacidad de la misma; como

¹¹⁵³ Vid. ref. SEIJAS QUINTANA, J.A., “Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de la Haya, Luxemburgo y Bruselas”, AC, n.º. 29, 1997, p. 642, en Jiménez Linares, MJ., “El interés del menor como criterio de imputación de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimoniales”, en *Libro Homenaje a D. Bernardo Moreno Quesada*, v. II, Universidad de Almería, Granada y Jaén, 2000, np. 5, p. 875: “El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia del Juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinados por el conocimiento, la experiencia, y la sensibilidad (...) conforme a los datos (...), y entre otros, *la eliminación del juicio de culpabilidad como determinante de la separación y el divorcio y de los efectos consiguientes, evitando el aumento de tensiones que radicalizan la postura de la pareja y afectan de manera directa a los hijos*” (la cursiva es nuestra).

La doctrina italiana también ha puesto de manifiesto tal idea, vid. MOROZZO DE LA ROCA, P., ob.cit, p. 45. La indagación en la culpa tiene el riesgo de negar la complejidad de la relación padre-hijo y la interferencia que tiene en éstos la relación entre los cónyuges y el mundo circundante, siempre presente en la determinación de la familia. Los padres, en realidad, asumen la responsabilidad de tener hijos y, en consecuencia, recaerían en ellos la responsabilidad derivada del daño de estos últimos.

¹¹⁵⁴ VINEY, G./ JOURDAIN, P., *Traité de droit civil. Le conditions de la responsabilité*, 2ª ed., ed., L.G.D.J., París, 1998, p. 807. En sentido parecido, vid. LE GALL, J.P., “Liability for persons under supervision”, en *International Encyclopedia of comparative law*, vol. XI, Torts, chap. 3, n.º. 115. La relajación de los lazos familiares y el debilitamiento de la autoridad reconocida a los padres no son factores favorables al endurecimiento de su responsabilidad.

Y, para una visión de la patria potestad en la época romana, vid. MIQUEL., *Derecho privado romano*, Madrid, 1992, p. 69; IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*, 11ª ed., revisada con la colaboración de Iglesias-Redondo, Barcelona, 1994, p. 467; BIONDI, *Instituzioni di Diritto Romano*, 4ª ed., Milán, 1965, p. 567 y D’ORS, X., *Derecho privado romano*, 8ª ed., Pamplona, 1991, p. 293. Y, dicha visión

de la seguridad jurídica, pues ésta se vulnera si, como propicia la tesis subjetiva, el resultado puede ser en cualquier sentido¹¹⁵⁵.

II) Asimismo, este sector nos explica, respecto a los factores jurídicos, que la propia evolución del instituto jurídico de la responsabilidad civil hacia la idea de “reparación”, dejando atrás la sancionatoria, ha influido en la interpretación del criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres en un sentido objetivo. Pues, si la función de la responsabilidad civil es responder a la violación de un derecho o de otros intereses jurídicamente protegidos, proveyendo al sujeto lesionado, al menos, de la tutela mínima del resarcimiento por equivalente, entonces, se ha de poner en tela de juicio el resultado al que puede llevar la tesis subjetiva, esto es, que los daños causados por los menores pueden ser meros accidentes de índole subjetiva y que el menor haga su aprendizaje vital a costa de los terceros. En otras palabras, el Derecho de daños mira a las víctimas y pretende que la indemnización sea pagada, que haya eficacia jurídica y no que todo concluya en una declaración de insolvencia; de ahí, que los padres deban concurrir como garantes o responsables económicos del obrar de sus hijos¹¹⁵⁶. Incluso, aducen como hecho incuestionable el que, hoy en día, se ponga en entredicho el clásico carácter normativo que se atribuye a la responsabilidad civil por hecho de otro, pues argumentan que la prevención de los daños cometidos por el menor reside, sobre todo, en factores no jurídicos de la responsabilidad de los padres. Esto es, lo que incita a los padres a cuidar de la educación de

autoritaria fue la que se mantiene en el Código civil de 1889 –FUENTE NORIEGA, M, *La patria potestad compartida en el Código civil español*, ed., Montecorvo, Madrid, 1986, p. 28-.

¹¹⁵⁵ MAZEUD, H.L./ CHABAS, F., *Leçons de droit civil. Obligations*, T. II, premier vol, éd., Montchrestien, París, 1998, p.115, como dicen los italianos, existen poderosas razones para mantener la *riservatezza* de la familia aún a costa del patrimonio. Cfr. LEDUC, F., “La responsabilité des père et mère: changement de nature”, en *Resp.civ. et assur.*, avril, 1997, p.7; y CARON, C., “La force majeure: Talon d’Achille de la responsabilité des père et mère”, ob. cit, p. 1130, pues, aunque es cierto que la jurisprudencia anterior a la sentencia *Bertrand* de 1997 (que instaura un sistema objetivo de responsabilidad civil de los padres), dudaba entre la indulgencia y la severidad, a partir de ahora la incertidumbre va a provenir de la incertidumbre que rodea al concepto de fuerza mayor, clave del nuevo sistema al ser el único mecanismo exonerador de la responsabilidad civil de los padres. Pues, la jurisprudencia francesa pone el acento de la fuerza mayor (su esencia profunda), unas veces, en la imprevisibilidad –ref. Cass. 1re civ. 9 mai 1994, *Bull.civ.* I, n°. 164, et. C. París, 21 mai 1992, *JCP*, 1992. IV, 257- otras en la inevitabilidad –ref. Cass. Com 1re octobre 1997, *Dr. et patrimoine* 1998, n°.57, obs. CHABAS; Cass 1re 21 octobre 1997, *RTDC*, 1998.122, obs. JOURDAIN -

¹¹⁵⁶ LEÓN GONZÁLEZ, JM., “La responsabilidad civil...”, op.cit, p. 275; MOSSET ITURRASPE, J, ob.cit, pp. 112 y 118, y por eso este autor afirma que “(...) preferimos el sinceramiento, esto es, la reforma legislativa que rechace la base subjetiva”; STARCK, B., *Droit civile. Les obligations*, 1º éd., n°. 717; MOROZZO DE LA ROCA, P, ob. cit, p. 42. En la actualidad, el criterio fundado en el elemento psicológico de la culpa o del dolo sólo es legítimamente aplicable a la imputación en la responsabilidad penal, pues en la civil se ha excluido el monopolio de la culpa como criterio de imputación.

sus hijos y a reforzar su vigilancia es, sobre todo, su preocupación en protegerlos de los riesgos que ellos mismos pueden sufrir, y no cualquier otra consideración jurídica incierta, o, incluso, evitar, en caso de que se cometa el daño, la reprobación social, profesional, pérdida de crédito, etc., que acompaña al acto dañoso del menor¹¹⁵⁷.

III) Por último, tanto las propias contradicciones internas, como las dificultades que conlleva que la culpa *in vigilando* y/o *in educando* sea el cauce legal de imputación para responsabilizar civilmente a los padres han reforzado el criterio objetivo de imputación en la responsabilidad civil de los padres¹¹⁵⁸:

En concreto, y respecto a las *contradicciones internas* de la propia teoría subjetiva, parte de la doctrina objetiva razona que adolece de falta de coherencia legal el afirmar que el criterio de imputación de la responsabilidad civil de los padres es el subjetivo cuando el mecanismo legal consagrado en el precepto legal no es eficaz para su aplicación¹¹⁵⁹. Así, aseverar que la verdadera naturaleza del criterio que rige la responsabilidad de los padres es el subjetivo, pues a ella inducen aparentemente los términos literales de los artículos 1903 CC, 2048 CC italiano, y 1384 del CC francés, se pone en tela de juicio cuando se constata que el mecanismo legal para aplicar tal criterio, que es la presunción de culpa, no funciona de modo efectivo, sobre todo, en términos de pura técnica legislativa. Y este reproche lo apoyan, en esencia, en dos argumentos:

¹¹⁵⁷ RADÉ, C., “Le renouveau de la responsabilité du fait d’autrui (apologie de l’arrêt *Bertrand*, deuxième Chambre civile, 19 février 1997”, *D.* 1997, p. 280 y 282, pues como dice Tunc: “*Si la perspective de perdre la vie ou d’être gravement blessé ne suffit pas à rendre une personne soigneuse et attentive, il est peu vraisemblable que l’on modifie sa conduite para des spéculations sur les résultats d’un procès*”. Además, no se puede decir que los padres conozcan los presupuestos por los que los Tribunales suelen habitualmente comprometer su responsabilidad civil, antes bien, de las encuestas se deduce que entienden que responden de todo daño que cause su hijo, incluso del hecho criminal.

¹¹⁵⁸ MOROZZO DE LA ROCA, P., ob. cit, p. 42. La antinomia de la doctrina subjetivista consiste en que ésta justifica la inversión de la carga probatoria a favor de la víctima del daño en el hecho de que el comportamiento ilícito del menor puede ser, normalmente, estimado una consecuencia de una falta de educación o vigilancia de los padres, y, sin embargo, le refutan a la configuración objetiva de la responsabilidad parental que los padres no merecen ser sujetos de responsabilidad sin que les sea reprochable una culpa.

¹¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 29-30, que nos explica que primero tenemos que preguntarnos por la exacta naturaleza de la regla de responsabilidad civil de los padres para, después, constatar si el mecanismo legal funciona efectivamente, o, si, por el contrario, los caminos recorridos por la jurisprudencia revelan la necesidad de que la norma sea efectiva y aplicable, y, por tanto, consignan la urgencia de una modificación clarificadora del mismo texto de la ley. Este autor defiende, por otra parte, que no hay que poner en entredicho la norma sino que ha sido la jurisprudencia la que la ha aplicado indebidamente. En contra, CORSARO, L., “Funzioni e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore”, in *Raccolta di scritti in onore di A. Lenoer*, Napoli, 1990, p. 387.

1º) En primer lugar, como los preceptos legales que consagran la responsabilidad civil de los padres (art. 1903 CC, 1384.4 CC francés, 1248 CC italiano) permiten su exoneración, para que tal derecho no sea ilusorio la teoría subjetiva ha tenido que individualizar o definir la culpa de los padres, objeto de presunción legal, en la violación de la culpa *in vigilando* o *in educando*, y, así, permitir la exoneración a través de una prueba positiva y directa, esto es, requerir a los padres haber cumplido según los estándares adecuados de los propios deberes hacia el hijo. Pero pedir a los padres haber cumplido, con los estándares adecuados, los propios deberes hacia el hijo no equivale, en realidad, a probar no haber podido impedir el hecho, sino no ser padres peores que la media¹¹⁶⁰. E, igualmente, se puede predicar respecto al Derecho español, que cumplir tales deberes no implica demostrar la diligencia debida en prevenir y evitar el daño. Además, si una condición para que se pueda afirmar que la responsabilidad de los padres está basada en la culpa es la relativa a que su prueba sea establecida de una manera cierta, y para ello, en caso de que aquélla se base en la prueba de las presunciones, se requiere una correlación absoluta o una gran probabilidad de certeza, hoy en día, por el contrario, no se puede afirmar que haya una correlación probable de gran certeza entre el daño que causan los menores y la culpa en los padres, pues el rol que juegan estos en la educación y en la vigilancia de los menores está más mucho más limitado que antes¹¹⁶¹.

2º) Y, en segundo lugar, porque si se quiere ser coherente con la premisa de que el criterio de imputación legal es la culpa se debería de constatar, en términos de causalidad jurídica, que tal vulneración ha creado el antecedente causal de acto ilícito del hijo menor, al ser un principio general pacífico que quién incurre en la inobservancia de una norma jurídica no deviene, por eso, automáticamente, responsable de un evento lesivo si este último no es reconducible, a través de un nexo etiológico, a la infracción cometida. Y, sin embargo, se

¹¹⁶⁰ MOROZZO DELLA ROCA, P., *Responsabilità civile e minore età*, ob, cit, p. 31.

¹¹⁶¹ BACH, L., "Fondement de la responsabilité civile en droit français", *RTDC*, 1977, janv-déc, pp. 49-50. Además lo ratifica con la referencia a la cita de Esmein, P (*Traité pratique de droit civil de Planiol et Ripert*, t. VI, "Obligations", 2ª ed, n.º. 478) que recoge el dato de que los redactores del Código civil francés no instituyeron una presunción de culpa basada en la experiencia, sino que instituyeron una regla de responsabilidad inspirada en una doble preocupación: procurar una indemnización efectiva e incitar a la vigilancia a aquéllos que tienen bajo su dependencia a otras personas; y MOROZZO DELLA ROCA, P., *Responsabilità civile e minore età*, ob, cit, p. 42, que nos explica que si la doctrina subjetiva tiende a justificar la inversión de la carga probatoria a favor de la víctima del daño afirmando que el comportamiento ilícito del menor puede ser *normalmente* estimado una consencuencia de una insuficiente educación o vigilancia de los padres, ¿cómo es que reprochan a la teoría objetiva el que los padres no merecen ser sujetos de responsabilidad sin que les sea reprochable una culpa?.

observa que el presunto nexo causal, muchas veces, no existe, y, otras, es difícilmente demostrable, como en el caso de que el menor posea ya la capacidad de querer y entender, o cuando se pretende imputar a los padres una culpa *in educando*. En otras palabras, no haber cumplido parte de los deberes familiares citados no significa, en términos de causalidad jurídica, haber creado el antecedente causal del acto ilícito del hijo menor¹¹⁶². En cualquier caso, la inconsistencia de la teoría de la culpabilidad se revela al no resolver el problema del nexo causal, que lo refrenda el mismo tenor literal del artículo 1903 CC que se limita a declarar la responsabilidad de determinadas personas por los hechos de otras, frente al del 1902 CC que alude inequívocamente al nexo causal entre el comportamiento del agente responsable y el hecho dañoso.

En definitiva, y en virtud de lo expuesto, la teoría objetiva pone de manifiesto que el criterio de imputación subjetivo es una ficción, y que la jurisprudencia ha creado dos fuertes presunciones legales: la escasa diligencia de los padres en la vigilancia y educación de la prole; y la retención del nexo causal entre la mala educación o escasa vigilancia y el acto ilícito, cuando presumir la existencia de ese vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el comportamiento del responsable significa introducir una *fictio iuris*, las más de las veces, contraria a la realidad, y no prevista por la ley¹¹⁶³. Si bien, hay que matizar que dentro de la teoría objetiva nos encontramos con una posición intermedia que concilia el criterio de la presunción de culpa con el de la garantía, y que nos explica que, en realidad, la culpa de los padres que se presume por la ley no es más que una “causa lejana e indirecta del daño”, pues es la culpa del menor, imputable o inimputable, la que sirve de catalizador de dicha culpa lejana y hace “presumir una causalidad”, de modo que la participación de los padres en la culpa no proviene de una contribución a la realización del daño, sino de una solidaridad establecida por la ley en razón de la relación de autoridad entre los padres y el hijo¹¹⁶⁴.

¹¹⁶² *Ibidem*, p. 31. Y, en sentido parecido, LEDUC, F., ob. cit., p. 8, que nos indica que es artificial presumir que el la causa del hecho del menor se encuentra en el comportamiento de los padres, pues ¿no es hacer abstracción de la irreductible parte de libertad, de la iniciativa espontánea que el hecho del menor, como todo acto humano, puede comportar?.

¹¹⁶³ Ref. MARCHETTI, : “Sulla responsabilità per fatto altrui”, en *Riv. Dir. Com.*, 1961, p. 137, y TABET., “Questioni in tema di fatti illeciti dei minori”, en *Foro, it.*, 1953, I, c. 1435, en León González, JM., “La responsabilidad civil...”, ob. cit., np 29-32, pp. 278-279; y MOROZZO DELLA ROCA, P., *Responsabilità civile e minore età*, ob. cit., p. 35.

¹¹⁶⁴ RIPERT, G./ BOULANGER, J., *Tratado de Derecho civil d’après le traité de Planiol*, tome II. Obligations, ed., LGDJ, París, 1957, pp. 419-420.

Al argumento anterior de las contradicciones internas de la teoría de la culpabilidad, otros añaden el de las *dificultades* que conlleva que el criterio de la *culpa in vigilando* y/o *in educando* sea cauce legal de imputación en la responsabilidad civil de los padres¹¹⁶⁵. Y esto en el sentido de que entienden que es inadmisibles, por un lado, una responsabilidad de los padres basada en su defectuosa labor de vigilancia en razón de lo exiguo de su contenido y la falta de criterios claros al respecto; lo que ha llevado a los Tribunales, por citar algunos ejemplos, a reprobar a los padres haber dejado solos a sus hijos en una actividad lúdica, o en el breve recorrido desde la casa a la escuela, entrando en clara contradicción con las costumbres sociales¹¹⁶⁶. Y, por otro, y de igual modo entienen rechazable una responsabilidad civil de los padres basada en la defectuosa labor educativa, dadas las mil dificultades de dicho debate, y su excesiva amplitud e indeterminación. En consecuencia, la teoría objetiva entiende más pertinente atender, por el contrario, a la elocuencia de los hechos, a la regla *res ipsa loquator*, pues la maraña de argumentaciones no puede dejar de lado aquello que las circunstancias del caso muestran palmariamente, y, así, evitar la discusión de análisis laboriosos que conducen a los padres a un modelo de educación único, el del buen padre de familia, en un sector de las actividades humanas donde el pluralismo de referencias debería, por el contrario, prevalecer¹¹⁶⁷. En otras palabras, es más justo dejar de lado la búsqueda de culpas y de eximentes para concluir que los padres, como regla general, responden siempre

¹¹⁶⁵ ROGEL VIDE, C., “La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela”, en *ADC*, 1976, pp. 1241-46. Este autor afirma que es constatable cómo la idea de culpa, ya sea *in vigilando* o *in educando* según defiende la doctrina tradicional, es insuficiente para justificar la responsabilidad del artículo 1903 CC, pues si analizamos los supuestos planteados en la realidad dicha tesis presenta numerosas fisuras. Esto es, si el fundamento de dicho deber fuera el haber incurrido los guardadores en culpa *in vigilando*, entonces, aduce el autor con palabras de *Carbonnier*, “... los padres o tutores de los niños bien educados no responderían nunca y también en buena lógica los padres habrían de seguir respondiendo de los hechos ilícitos aún después de haber alcanzado estos la mayoría de edad, puesto que la causa remota de estos hechos, la mala educación, subsiste a pesar de los veintiún años ... y tal no sucede”. Y, por último si el argumento anterior es inconsistente lo es más el de la *culpa in vigilando* pues “... dada la promoción y mayor esfera de libertad de los menores como fenómeno típico de nuestra época, ¿hasta qué punto se puede vigilar a un menor de veintiún años y mayor de dieciocho?”.

¹¹⁶⁶ MOROZZO DELLA ROCA, P., *Responsabilità civile e minore età*, ob, cit, p. 26.

¹¹⁶⁷ MOSSET ITURRASPE, J., ob, cit, p. 101; y RADÉ, C., ob, cit, p. 183, de modo que estableciendo a los padres, por principio, responsables de los daños causados por sus hijos menores, la Corte de casación les deja, de ahora en adelante, la elección de los medios educativos para prevenir el daño, sin ningún juicio de valor, con la sola condición de que sean mínimamente eficaces, es decir que impidan a los menores causar un daño a otros. Así que hay que felicitarse de esta marca de humildad: no pertenece en efecto al juez erigirse en director de conciencia e imponer un sistema de valores que le sean propios, o a la mayoría de la sociedad. Y respecto a la doctrina francesa, vid. ref. MALAURIE, P./ AYNÉS, L., “Il est difficile de savoir ce qu’est une bonne éducation”, en *Les obligations* 1995-1996, Cujas, pp. 80-81, en Radé, C., ob, cit, np. 32, p. 283; POHE, D., Voz: “Droit à réparation. Responsabilité du fait d’autrui. Domaine: Responsabilité des père et mère”, *Jur. Class. Resp. civ. ass.*, t. I, París, 1999, fasc. 141, p. 4, que nos advierte que el deber de educación, hoy en día, se transfiere en gran parte

que sus hijos menores hayan causado un daño injusto, pues entre el patrimonio de la víctima inocente o el de los padres, nunca totalmente inocentes, es más justo que recaiga sobre el patrimonio de estos últimos¹¹⁶⁸. Incluso, si se aboga por el criterio de complementariedad (“a menor educación, los padres tienen el deber de un extremado control de vigilancia sobre los hijos”), se interrogan algunos, ¿es que los menores desamparados no están necesitados del principio de libre desarrollo de su personalidad?¹¹⁶⁹.

b) Argumentos de técnica normativa: especial referencia a la interpretación objetiva del artículo 61.3 LORPM.

Ahora bien, en orden a dilucidar cuáles son los argumentos, en concreto, de estricta técnica normativa en los que la teoría objetiva basa la defensa del criterio objetivo de imputación en la responsabilidad civil de padres, nos detenemos, en primer lugar, en los cuatro siguientes:

1º) Que el artículo 1903 CC no es una extensión del artículo 1902 CC y por tanto es legítimo que se base en un criterio de imputación diferente al de la culpa; cuando, además, dicho artículo no contiene ninguna referencia a la idea de culpabilidad en la educación o en la vigilancia¹¹⁷⁰. Pues si los sujetos del artículo 1903 CC responden por hecho y culpa propia,

al colegio y otros organismos especializados-. Y, respecto a la doctrina italiana, vid. MOROZZO DELLA ROCA, P., *Responsabilità civile e minore età*, ob. cit, p. 25.

¹¹⁶⁸ MAZEUD, H.L./ CHABAS, F., *Leçons de droit civil. Obligations*, t. II, vol 1º, éd., Montchrestien, París, 1998, p.119. Incluso se llega a afirmar que no parece ético que los padres, frente al daño causado por sus hijos, pretendan liberarse invocando ausencias, imposibilidades o afanes educativos.

En contra, cfr. PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS de 22.IX.1984”, *CCJC*, 1984, núm. 6, 164, p. 1900: ¿Por qué merecen mejor trato las víctimas de los menores insolventes que las de los mayores insolventes?. No hay razón de justicia por la que los padres inocentes tengan hoy que responder por los hechos dañosos de sus hijos menores, al menos a partir de una cierta edad. Y, en sentido parecido, GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ..., ob. cit, p. 60.

¹¹⁶⁹ MOROZZO DE LA ROCA, P., ob.cit, pp. 24 y 105; RESCIGNO, P., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1993, pp. 13 y ss; BIANCA, C.M., *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I sogetti*, Milano, 1987, p. 214.

¹¹⁷⁰ MICHEL NAVARRO, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ed., Bosch, Barcelona, 1998, pp. 29-30. Y aunque a lo dicho se le pueda oponer, por un lado que el artículo 1903 CC se remite al artículo 1902 CC al decir que “la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”, con ello, sin embargo, no introduce la culpa en el artículo 1903 CC pues la obligación a la que se refiere es la de reparar el daño causado, sin aludir a ningún tipo de dolo o culpa. Y, por otro, que el Capítulo II del Título XVI, en el que está ubicado el artículo 1903 CC, lleve por título, “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, hay otros preceptos en este bloque que también imponen una responsabilidad objetiva, como el artículo 1905 CC, o el 1910 CC; y respecto al Derecho francés, vid. RADÉ, C., “Le renouveau de la responsabilité du fait d’autrui”, ob. cit, p. 280.

queda sin virtualidad la existencia del propio artículo, ya que bastaría con la regla general del artículo 1902 CC¹¹⁷¹.

2º) Que la expresión legal de que la exención de la responsabilidad de los padres se producirá cuando éstos prueben que les fue imposible evitar el hecho dañoso está emparentada con la de “*casus*”¹¹⁷²; esto es, según RADÉ, la noción de “*empêchement*” a la que se refiere el artículo 1384 CC francés recuerda a la noción fuerza mayor o de caso fortuito, esto es, un acontecimiento que presenta los caracteres de exterior, imprevisible e inevitable, como lo especificó, durante la codificación francesa, BERTRAND DE GREUILLE al afirmar que: “si el padre y la madre llegan a probar que han estado en la imposibilidad de impedir el hecho dañoso, la garantía desaparece porque la imposibilidad bien constante equivale a la fuerza mayor”¹¹⁷³. Si bien, hay que matizar que esta segunda razón no es válida para el Derecho español, pues el último párrafo del artículo 1903 CC alude a la prueba de la diligencia debida en prevenir el daño, pero sí lo es para el Derecho italiano y el francés.

3º.- Que, desde el punto de vista histórico, existen razones para afirmar que la institución de la responsabilidad de los padres nació para responder, más a la exigencia solidaria de individualización de un patrimonio del que resarcirse, que a sancionar a los padres culpables. Pues la investigación histórica jurídica, que individualiza los más significativos antecedentes de la responsabilidad de los padres en la *actio noxalis* y, sobre todo, en la *actio deiectionis et effusionis*, pone de manifiesto que la responsabilidad de los padres no era más que una prolongación de la responsabilidad objetiva del jefe de familia por los actos ilícitos cometidos por los que estaban en la casa, fundado en el dominio absoluto que el

¹¹⁷¹ MICHEL NAVARRO, M., ob, cit, p.23; y LLEVARIA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 210, que nos explica que, de hecho, existe una considerable distancia entre ambos artículos que se manifiesta en el distinto juego de presunciones –literales y no prácticas- de culpabilidad que contienen los artículos 1902 y 1903 CC.

¹¹⁷² “Caso fortuito”. MOSSET ITURRASPE, J, ob, cit, p. 120. También en tal sentido, y en relación a la sentencia francesa de 19 de febrero de 1997 que ha consagrado, de modo definitivo, la responsabilidad objetiva o de *plein droit*, vid. “Conclusions Avocat général KESSOUS”, *JCP*, 1997. II.22848. El abogado remarca que, el que la expresión “*qu’ils n’ont pu empêcher*” evoque la idea de irresistibilidad, esto es, de “fuerza mayor”, refuerza la idea de que ciertos redactores de los trabajos preparatorios del Código civil francés tuvieron la intención de atribuir a la responsabilidad parental un régimen más estricto.

¹¹⁷³ Ref. *Rapport au Tribunal*, séance du 16 pluviôse an XII, Locré, t. XII, nº.10, en RADÉ, C., ob, cit, np.15, p.281. Además nos explica el autor que el carácter objetivo de la responsabilidad civil de los padres se desprende, de igual modo, a *sensu contrario*, del artículo 482.2 CC conforme a la Ley de 14 de diciembre de

Ordenamiento jurídico de la época pretendía del padre en el ámbito, al menos, interior de los muros domésticos. En definitiva, poco importa como se califique la responsabilidad, pues una y otra están ambiguamente en el límite de las dos lógicas de imputación del daño¹¹⁷⁴.

4º.- Y, por último, el presupuesto de la responsabilidad civil de los padres de que el acto del menor sea la causa directa del daño, sin necesidad de que sea un acto culpable, es más acorde con el criterio de imputación objetivo que con el de presunción de culpa, pues como dice LEDUC, ¿qué culpa puede haber en unos padres que dejan que el menor realice un acto normal?¹¹⁷⁵.

5º.- Finalmente, se puede reforzar la validez de que el cauce para imputar la responsabilidad civil a los padres en el artículo 1903 CC es el objetivo, argumentando que dicho criterio es el que, de igual modo, está presente en el nuevo artículo 61.3 LORPM¹¹⁷⁶ pues:

1962 que afirma que los padres no son responsables de *plein droit*, por su sola cualidad de padre o madre, del daño que pueda causar a ator un menor tras su emancipación.

¹¹⁷⁴ Ref. GUARINO, A., *Diritto privato romano*. Napoli, 1981, p.307 y ss; SIMONETTI, F., *Sulle cause colpose mediate. Studio sulle teoria della responsabilità indiretta nel diritto positivo italiano*, Roma, 1921, en Morozzo de la Roca, P, ob. cit, pp.38. La *actio dejectis et effusis*, que se delineó por el derecho civil de Domat, y en códigos sucesivos al napoleónico como el español, según el cual el inquilino o propietario responden del daño, aunque la cosa hubiera sido arrojada por otra persona, ha suscitado, desde antiguo, interés en la doctrina. Y el mismo se debe, por una parte, a que la acción emergió como un caso raro de persistencia, tras la codificación, de un criterio de imputación diferente al de la culpa; y por otra, porque la misma regla concurre con la de responsabilidad de los padres al definir ambas los ámbitos de responsabilidad del jefe de familia, sólo que de la *actio dejectis et effusis* se afirmaba el carácter no culposo, mientras que de la responsabilidad de los padres se predicaba, al contrario, el carácter, ciertamente remoto, de la culpabilidad. En definitiva, se concluye que la autoridad ejercitada por el padre no se juzgaba en términos menos absolutos en relación con el hijo fuera de casa. Y en sentido parecido, vid. BORRELL MACIÁ, A., “Hacia la responsabilidad civil sin culpa”, *RDP*, 1951, p. 121. Este autor fundamenta la objetividad de la responsabilidad de los padres en una razón genética, cual es que a la legislación española han pasado, a través del Código francés, los principios romanos de la responsabilidad por razón de culpa, y con ellos, y como excepción, los casos concretos en los que en la antigua Roma se respondía del daño causado a pesar de no darse responsabilidad moral, entre los que se encuentra la responsabilidad civil por los actos de las personas de quienes se hace responder.

¹¹⁷⁵ LEDUC, F., ob.cit, p. 8; y en sentido parecido, BÉNAC-SCHMIDT, F./ LARROUMET, C., Voz: “Responsabilité du fait d’autrui”, en *Rép.civ.Dalloz*, t. VII, París, 1999, p. 32; y POHE, D., Voz: “Droit à réparation. Responsabilité du fait d’autrui. Domaine: Responsabilité des père et mère”, *Jur.Class.Resp.civ. ass*, t. I, París, 1999, fasc. 141, p. 3 yp.13, que nos explica que la responsabilidad civil objetiva de los padres se podía presagiar cuando, anteriormente a la sentencia Bertrand, por un lado, la jurisprudencia llegó a admitir en 1984 que el menor inimputable civil podía ser declarado responsable por el daño causado por un cosa de la que era su guardián al tener la dirección, el uso y el control de la cosa. Y, por otro, reconoce que la responsabilidad civil de los padres se compromete desde que se reconoce la responsabilidad civil del menor, con independencia de cual sea la causa. En este momento la responsabilidad civil de los padres se funda en la responsabilidad civil objetiva del menor.

¹¹⁷⁶ DOLZ LAGO, NJ., *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000, pp. 239-240; MORENO MARTÍNEZ, JA., “Responsabilidad en los centros

a) Del trámite parlamentario que culminó con la génesis de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, se desprende que el artículo 61.3 del Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997, desecha el criterio subjetivo que había adoptado, anteriormente, el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil del Menor, de 27 de abril de 1995, e introduce la responsabilidad solidaria y objetiva de los padres, criterio que se mantendrá en el vigente artículo¹¹⁷⁷. b) De los términos de la expresión que utiliza el legislador: “cuándo estos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos”, se desprende que, salvo la prueba del dolo o culpa grave de los progenitores, hay que presumir que su actuación ha sido diligente y no negligente¹¹⁷⁸. c) Y, por último, que el argumento que utiliza la teoría subjetiva de que la facultad de moderación que consagra el legislador en el artículo 61.3 LORPM tiene concomitancias con el artículo 1103 CC, de modo que no puede tratarse sino de una responsabilidad civil subjetiva, se deslegitima desde que entienden, unos, que dicha solución no llega a desnaturalizar la figura de la responsabilidad objetiva, sino que introduce un elemento de inseguridad jurídica que, en la práctica, va a suponer una institucionalización de la indemnización por equidad, en el sentido de que da la impresión de que el legislador ha pretendido paliar las consecuencias que en la práctica tendría la responsabilidad de los padres, tutores, acogedores y guardadores¹¹⁷⁹. Y, otros, que el precepto no consagra, en realidad, una facultad moderadora, puesto que lo que hará el Tribunal será determinar el grado de intervención que cabe atribuir en la causación del daño al menor y a sus progenitores¹¹⁸⁰.

de enseñanza no superior por daños de sus alumnos”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000, p. 421; DURANY PICH, S., “Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo Derecho Penal de Menores”, en *InDret* 2, 2000, p.9; ABRIL CAMPOY, JM., ob, cit, p.43 y ss; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, np. 415 a 417, p. 409, que resalta que tanto el Informe redactado por el Consejo General del Poder Judicial, como los trámites parlamentarios de Ley del menor (ref. Congreso de los Diputados, Pleno, nº.217, de 25 de febrero 1999, p. 11609, en el que la Sra. Ministra deja bien claro que el Proyecto instaura un principio de responsabilidad de carácter objetivo)-, sobre todo atendiendo a la defensa del texto que realizó el Grupo Parlamentario Popular, vienen a corroborar que se admite que el título de imputación de responsabilidad de las personas relacionadas en el artículo 61.3 LORPM, es de carácter objetivo .

¹¹⁷⁷ ABRIL CAMPOY, JM., ob, cit, p.43.

¹¹⁷⁸ MARTÍ SÁNCHEZ, JN., “Protección de la víctima y responsabilidad civil”, en AC, 2001, p.74; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, p. 427, y ABRIL CAMPOY, JM., ob, cit, p. 49.

¹¹⁷⁹ DURANY PICH, S., “Las reglas de responsabilidad civil...”, ob, cit, p. 427, y LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, p. 430, y se tendrán en cuenta factores tales como la personalidad y edad del menor, al medio o ambiente familiar, o de quién tenía la menor bajo su guarda material.

¹¹⁸⁰ ABRIL CAMPOY, JM., ob, cit, p. 49, es interesante la opinión que mantiene al respecto, al poner en conexión sistemática la posible facultad de repetición de los padres (sobre la base del artículo 1145 CC o 1210 CC, ya que la no aceptación de la teoría del concurso de normas haría más difícil la aplicación del artículo 1904 CC) con la llamada facultad moderadora del Juez, y afirma que: a) salvo prueba del dolo o culpa grave de los

Recapitulando: de la constatación empírica del rigor en la exigencia de la prueba de la diligencia de manera que la culpa se torna ficticia o irreal¹¹⁸¹; de la inconsistencia de la teoría de la culpabilidad reflejada en los puntos anteriores; y del conjunto de datos normativos que configuran la estructura del artículo 1903 CC, hay autores que concluyen que el legislador ha establecido en dicho precepto una derogación a las reglas comunes de responsabilidad. Si bien, hay quiénes, desde una postura intermedia, llegan a reconocer que la subjetividad presente en el último párrafo del artículo 1903 CC, bajo el aspecto negativo de su ausencia, se limita al de condición que excluye la responsabilidad y no el cauce legal de su imputación¹¹⁸².

B.- Los criterios de imputación en concreto.

En cualquier caso, llegado este punto, si pasamos a indagar cuál es, en concreto, el criterio objetivo que la teoría objetiva entiende que es el cauce legal para imputar la responsabilidad civil a los padres, nos encontramos con una falta de unanimidad al respecto. Si bien, y de modo previo a exponer los criterios de más predicamento entre los sustentadores de la teoría objetiva, queremos poner de manifiesto: por un lado, que existe conformidad, incluso con la teoría subjetiva y en lo que respecta al Derecho español, en declarar inadmisibles el criterio de la equidad *strictu sensu*, en el sentido de que sea más justo que ellos respondan de los hechos dañosos de sus hijos a que sea la propia víctima la que soporte por sí los daños sufridos¹¹⁸³, pues así se desprende de los términos del artículo 3.2 CC, y, en definitiva, en desechar todo criterio arbitrario, como es el fundado en juicios exclusivamente

progenitores hay que presumir que su actuación ha sido diligente, de modo que si el progenitor responde objetivamente, el derecho de repetición en la vertiente interna será por el todo, puesto que su posición de garantes, en aras de la satisfacción de la reparación de la víctima, y en virtud de la garantía que supone la solidaridad pasiva, les ha llevado a sufragar la indemnización de un daño, sin que les corresponda, en esa relación interna, parte alguna de la deuda. Y, b) la facultad de moderación ha de dejarse para aquellos supuestos en que concurran a la génesis del daño diversas conductas que en cuanto concausas, pueden ser valoradas como negligentes, de modo que, si no se concede la moderación, ya que es discrecional, y al tratarse de deudores solidarios, la facultad de regreso habrá de limitarse a la mitad de la indemnización satisfecha, mientras que si se emplea la facultad moderadora, ello permitirá a los padres reclamar contra el menor la indemnización satisfecha, menos la porción que el Juez de menores considera que deben soportar.

¹¹⁸¹ JOSSELAND., *Cours de droit civil français*, II, 2ªed., París, 1933, p. 277. “*La fiction est transformée en réalité*”.

¹¹⁸² LEÓN GONZÁLEZ, JM., “La responsabilidad civil...”, ob. cit, pp. 278 y 280.

¹¹⁸³ PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS de 22.9.1984”, *CCJC*, 1984, núm. 6, 164, p. 1900: “¿Por qué merecen mejor trato las víctimas de los menores insolventes que las de los mayores insolventes?. No hay razón de justicia por la que los padres inocentes tengan hoy que responder por los hechos dañosos de sus hijos menores, al menos a partir de una cierta edad”. Y, en sentido parecido, GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres ...*, ob. cit, p. 60.

económicos –*la richesse oblige*¹¹⁸⁴-. Y, por otro, que el criterio de la solidaridad familiar¹¹⁸⁵ no tiene mucha aceptación, sobre todo entre la doctrina objetiva española¹¹⁸⁶. En cualquier caso, el que el criterio objetivo sea uno u otro va a ser relevante en orden a los medios de exoneración, esto es, los límites de la responsabilidad civil de los padres.

a) *El criterio del riesgo, de la garantía, y de los poderes y deberes derivados de la patria potestad.*

I) Uno de los criterios objetivos más socorridos es del *riesgo*, pues hay quiénes consideran que la teoría del riesgo puede considerarse como teoría estándar al poseer una gran riqueza y maleabilidad, y, por tanto, que puede y debe ser manipulada por los Jueces con inteligencia y sensibilidad ante los requerimientos comunitarios. Ahora bien, sobre esa base común hay una división de opiniones:

Unos justifican dicha responsabilidad en el criterio del riesgo, pero en su versión de “*creación de un riesgo*”, dado que entienden, por un lado, que los menores son individuos indudablemente generadores de riesgos superiores a la media, y, por otro, que la atribución

¹¹⁸⁴ Ref. CASTRONOVO., *La nuova responsabilità civile, regola et metafora*, Milano, 1991, p. 365, en Morozzo de la Roca, P, ob.cit, np. 67, p. 43.

¹¹⁸⁵ BACH, L., “Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en Droit française”, RTDC, 1977, p. 237, núm. 151; y STARCK, B., *Droit Civil. Obligations*, t. 1, 2ª ed., Litec, París, 1985, págs. 365-366, que argumentan que cuando el padre (o la madre) es condenado civilmente, toda la familia sufre, por repercusión, las consecuencias de esta condena que puede disminuir considerablemente los recursos del matrimonio, de tal modo que en el caso inverso no tiene por qué ser diferente.

¹¹⁸⁶ LEÓN GONZÁLEZ, JM., “La responsabilidad civil ...”, op. cit, np 6, p. 271. No subsiste hoy un principio según el cual la familia deba considerarse como un complejo unitario a los fines patrimoniales en general, y de la responsabilidad civil en particular. La familia, además no es persona jurídica; y en el mismo sentido, ROVELLI., “Responsabilità per fatto illecito altrui”, en *Arch. Resp. civ.*, marzo-juigno, 1960, nº. 2-3, p. 89. Solamente existía en épocas primitivas, como consecuencia del carácter absorbente del agregado social sobre la individualidad de sus miembros. De aquí que, producida la ofensa, la responsabilidad se transmita a todos y cada uno de ellos, quedando solidariamente expuestos a la venganza del grupo de la víctima. Fue, el abandono del ofensor, como único medio de sustraerse a esta venganza, el momento histórico en que, roto el vínculo de solidaridad, la responsabilidad cambia de naturaleza transformándose de colectiva en individual; y GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ..., ob. cit, pp. 63-66. La solidaridad familiar, en su implicación económica, no es apoyo válido para la responsabilidad objetiva de los padres, ya sea por la supresión en 1981 del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos, como figura que podía apoyar dicha solidaridad, y su sustitución por el “deber de cooperar del hijo a las cargas del matrimonio” que, sin embargo, está condicionado, por un lado, a que el menor esté en condiciones de colaborar –art. 155.2º CC-, y a que su contribución sea equitativa, esto es que dependa de factores esencialmente económicos, cuando entonces se contravendría frontalmente el principio de responsabilidad por culpa sito en el artículo 1902 CC, ya que el menor vendría a responder aún siendo inimputable, e incluso los hermanos (hay que precisar que esta autora defiende la responsabilidad directa y por culpa del menor de edad). Y, en el mismo sentido que esta autora, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad de los padres*..., ob. cit 1988, pp. 198-201.

del riesgo creado no se agota en la hipótesis del riesgo provecho, el cual encuentra como fundamento el deber de reparar las ventajas económicas que logra quien incorpora el riesgo, pues puede haber creación de riesgos al margen de todo beneficio económico como, por ejemplo, en el supuesto de la responsabilidad de los padres en que el beneficio no es en sentido económico, sino inmaterial o moral¹¹⁸⁷. Y, otros lo justifican en el criterio del riesgo, pero en su versión de “*creación de una situación de peligro para los demás*”, pues argumentan que no se puede decir que tener un hijo sea una cosa que genere riesgo *per se*¹¹⁸⁸.

II) Asimismo, junto con el criterio del riesgo, otros entienden que el criterio objetivo que fundamenta la responsabilidad civil de los padres es el de la “*garantía*” o de “*utilitas social*”, pues con la responsabilidad objetiva se persigue que la condena no sea una burla como ocurre cuando estamos ante un deudor insolvente, público y manifiesto como es el menor¹¹⁸⁹. En términos de RAMS ALBESA, en realidad, la garantía al perjudicado y la relación

¹¹⁸⁷ Respecto a la doctrina francesa, vid. BÉNAVENT., *Les obligations*, 3ème éd., Montchrestein, p. 228, nº. 340, Y, respecto a la doctrina argentina, vid. ref. BUERES Y MAYO, en Mosset Iturraspe, J, ob, cit, p. 120. Cfr.- GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ..., ob. cit, pp. 57-58, que nos explica que ese beneficio moral se ve limitado por el carácter de función social que se predica, hoy en día, de la patria potestad pues, si ésta se conforma por un conjunto de deberes y de obligaciones que la ley impone a los progenitores, es evidente el sentido de carga, más que de beneficio, de la patria potestad.

¹¹⁸⁸ VIALARD, A., “Responsabilité du fait d’autrui. Domaine: responsabilité des père et mère”, *Iuris Classeur Civil*, art. 1382 à 1386, 11, 1984, fasc. 141, p. 4. En su contra, GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ..., ob. cit, p. 59, que se interroga: “¿No conlleva prácticamente toda actividad humana un elemento de creación de peligro para los demás?. Aunque el menor de edad ocasiona muy frecuentemente daños imprevisibles e inevitables, respecto de los cuales no es posible la adopción de medida alguna, no pueden imputarse estas consecuencias lesivas a los padres por el mero dato de la creación de ese hipotético peligro, sino que, desde esta perspectiva, se trataría más bien de un riesgo a cargo de la comunidad.

¹¹⁸⁹ ROGEL VIDE, C., “La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela”, ob, cit, pp. 1241-46, que fundamenta la responsabilidad directa de los padres o tutores en función del carácter de garantes de los hechos dañosos cometidos por sus hijos o pupilos. Esta idea la ratifica con un argumento práctico del análisis de la doctrina legal del Tribunal Supremo de las últimas décadas en que el autor escribe el artículo, es decir los años sesenta y setenta, en el sentido de que no encuentra una sola sentencia en que, reconociendo el Tribunal sentenciador que el guardador haya actuado con la diligencia debida, sea éste exonerado de responsabilidad. De tal modo se refleja, por ejemplo, en la STS de 15.2.1975 en la que, a pesar de la prohibición impuesta por el tutor al pupilo de ir de caza, y el haberse hecho esto en su ignorancia, se resuelve que el tutor debe responder, y su responsabilidad es directa; en la de 30.4.1969 en la que se establece la omisión culpable en la madre ausente y no en el abuelo que cuidaba del niño como si fuese su hijo; en la de 29.12.1962 en la que se reconoce que los padres de hoy no pueden vigilar a sus hijos, y sin embargo, responden, o, por último, en la de 14.2.1959 que trata de un supuesto de culpa de la propia víctima menor de edad, en la que se desprende que solo cuando los daños no han sido causados por el menor, no responde el padre o tutor.

Y, en el mismo sentido, respecto a la doctrina italiana, BESSONE, M., “Fatto illecito del minore e regime della responsabilità per mancata sorveglianza”, in *Dir. Fam. Per.* 1982, pp. 1011-2.

Por el contrario, los defensores de la subjetividad ponen en tela de juicio dicha *utilitas social* cuando la víctima va a percibir la indemnización a costa del patrimonio de una persona a la que no cabe reprochar culpa alguna y, por ende, sin consideración a su situación económica, que puede ser incluso peor que la del dañado - GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, pp. 61- 62.

de dependencia entre el sujeto responsable y el causante material del daño son los dos elementos comunes que aparecen en todos los supuestos que regula el artículo 1903 CC. Pues, por un lado, el que en la responsabilidad extracontractual, frente a la contractual, se ponga tanto énfasis en garantizar el pago de la deuda se justifica en que la persona sufre un daño sin haber intervenido en su causación, frente a lo que ocurre en el terreno contractual en el que las partes, al contratar, conocen los riesgos que comporta realizar un determinado contrato, y aunque no lo deseen, son conscientes de su posible incumplimiento. Y el segundo elemento, el de la dependencia (familiar, docente o laboral, según que estemos ante la responsabilidad civil de los padres/ tutores, centros docentes, o empresarios, respectivamente), es el que va a justificar que cada tipo de responsabilidad civil por hecho ajeno requiera un estudio particular¹¹⁹⁰. En definitiva, el criterio de imputación de la garantía en la responsabilidad civil de los padres se fundamenta, a su vez, en la autoridad.

Incluso, existe una postura doctrinal intermedia conciliadora entre el criterio de la garantía y de la culpa presunta que afirma que ambos criterios no son opuestos, en el sentido de que el hecho de que los padres respondan legalmente por los hechos de los hijos, asegurando en todo caso los actos hacia los terceros al no tener los menores en general una fortuna personal, *se comprende mejor* cuando los padres hayan, por una mala vigilancia o educación, creado o agravado los riesgos conocidos por los terceros¹¹⁹¹.

III) Por último, es de todo punto interesante, y muy sencilla en su formulación, la teoría objetiva que considera como criterio de imputación de los padres los especiales poderes y deberes inherentes a la patria potestad, y dispone que la prueba liberatoria consiste, en realidad, en la demostración de que el hecho del menor es un acontecimiento atípico en relación al “ámbito de control de los padres”. En otras palabras, son los padres, y no otros sujetos, los que deben responder porque entre ellos y el menor hay una relación de dependencia basada en la patria potestad, con la finalidad de garantizar los derechos de la

¹¹⁹⁰ RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, de Lacruz/Sancho/Luna/Delgado/Rivero/Rams, t. II, vol. 2, 3ª ed., Barcelona, 1995, p. 522.

¹¹⁹¹ RIPERT, G./ BOULANGER, J., *Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol*, tome II. Obligations, ed., LGDJ, París, 1957, pp. 419-420; y CARBONNIER, J., *Droit civil. 4. Les obligations*, ed., PUF, 1990, pp. 423 y 430. La legitimación de la responsabilidad de los padres se encuentra, tanto en que de tal modo se incita a los padres a ejercer una vigilancia que impida los accidentes; como, en que la víctima podrá reclamar el perjuicio a un deudor solvente; en definitiva el fundamento se encuentra en la tradicional de la culpa al que hay que añadir el del interés o garantía del tercero.

víctima¹¹⁹². En otras palabras, “es la protección de la víctima la que exige que sea ésta (los poderes y deberes inherentes a la patria potestad) la razón por la que se justifica una regla de responsabilidad por el hecho ilícito del menor o de la persona sujeta a custodia, sin que derive la mínima presunción de que quién responda está obligado a ello por no haberlo custodiado bien, o, peor aún, por haber mostrado excesiva condescendencia frente a las aspiraciones de autonomía del sujeto. Desde el punto de vista del resarcimiento del daño es un precio a pagar estadísticamente conexo al crecimiento del menor o a la personalidad del sujeto custodiado, precio asumido por los padres o guardadores de incapaces no porque lo merezcan, sino porque adosarlo a la víctima sería más injusto”¹¹⁹³.

Este postulado se ha sostenido, además, por parte de la doctrina francesa que asevera, siguiendo la expresión de LAMBERT-FAIVRE, que basar la responsabilidad civil de los padres en los deberes y poderes inherentes a la patria potestad es acorde con la propia ética de la responsabilidad civil que se basa en la “unión de toda carga a un poder”, ya que es normal y moral que los padres asuman objetiva, directa y personalmente la responsabilidad de los daños causados por sus hijos menores, y sobre todo de los *infans*, inconscientes del peligro para otros, como para ellos mismos. Es decir, la responsabilidad aparece como la contrapartida necesaria de los poderes que ejerce una persona sobre otra (autoridad parental), pudiéndola calificar, también, de riesgo de la autoridad¹¹⁹⁴. Y esta teoría, asimismo, ha sido

¹¹⁹² En España el pionero en la defensa de la teoría fue LEÓN GONZÁLEZ, JM., “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad”, ob, cit, pp. 275-289. Y siguen dicha tesis, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos*, ob, cit, pp. 90 y 11; YZQUIERDO TOLSADA, M., op cit, pág. 175-176; y MICHEL NAVARRO, M., *La responsabilidad civil de los padres...*, op, cit, p. 37, que, de igual modo, fundamenta la responsabilidad de los padres en los deberes derivados de la patria potestad.

¹¹⁹³ MOROZZO DELLA ROCA, P., ob, cit, p. 44.

¹¹⁹⁴ LAMBERT-FAIVRE, Y., “La éthique de la responsabilité”, *RTDC*, janv-mars, 1998, pp. 11-12. Es interesante la idea de esta autora que arguye que, el que la responsabilidad por el hecho de las personas por quienes se debe responder sea consustancial a la de autoridad que la funda, es un mandato de la propia ética de la responsabilidad, pues ésta se basa en unir, en todo momento, una carga a un poder. Más en concreto, en relación a la responsabilidad de los padres, nos explica que la autoridad parental es una necesidad que se concreta en la vida cotidiana en el derecho de guarda del menor, y que dicha autoridad moral y jurídica es continua y no debe confundirse con una simple vigilancia puramente fáctica, pues los antiguos fundamentos de dicha responsabilidad basados en la culpa en la vigilancia o en la educación no son de recibo hoy en día. Y dicho fundamento, por un lado, lo constata en la jurisprudencia francesa de los últimos años, desde la sentencia Fullenwarth de 1984 hasta las más recientes como la sentencia Bertrand de 19 de febrero de 1997 que de manera explícita y de modo novedoso afirma que la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos que vivan con ellos es de *plein droit* y, por tanto, la corte de apelación no tiene que investigar la existencia de una falta en la vigilancia de los padres. Aunque matiza, por último, que el complemento necesario de esta responsabilidad directa y objetiva de los padres es la suscripción de un *assurance chef de famille* que debía tornarse obligatorio. Y, también, respecto a la doctrina más antigua, vid. OLLIER, P.D., *La responsabilité des*

mantenida por parte de la doctrina italiana que afirma que la responsabilidad civil de los padres se basa en “*una relazione qualificata*”, es decir, destacan que el criterio de imputación está basado en la posición del sujeto antes que en el comportamiento del mismo¹¹⁹⁵. E, igualmente, ha tomado fuerza en el Derecho argentino desde la celebración JORNADAS AUSTRALES DE DERECHO en 1980¹¹⁹⁶. En definitiva, este sector precisa que es la misma relación jurídica de la patria potestad la razón suficiente y necesaria para que los padres sean llamados a responder, insistiendo en que con ello no se sanciona el mal ejercicio de la patria potestad, sino que es una de las consecuencias ineludibles de la condición de padre. Y, al mismo tiempo, la rigidez en la prueba de la exoneración, de modo indirecto, induce a una mayor diligencia en el cumplimiento de los deberes de educación y vigilancia.

b) Su seguimiento jurisprudencial.

a') En el Derecho español: el criterio cuasiobjetivo del riesgo.

Si nos cuestionamos si algún criterio de los expuestos en el epígrafe anterior tiene un seguimiento jurisprudencial se pueden afirmar las siguientes ideas:

père et mère, thèse., L.G.L.J., 1961, p. 226, n.º 235; y TUNC, A., “L’enfant et la balle”, *JCP*, 1966, I. 1983, que sostenía que el hecho de que los padres no podían exonerarse más que probando la fuerza mayor estaba en conformidad con los términos literales de la cláusula exoneratoria del artículo 1384-7 CC francés, pues así lo habían puesto de manifiesto, por un lado, autores de mediados de siglo como Savatier –*note sous Req 8 novembre 1943, JCP, 1944, II. 2585-*, y, por otro, la misma interpretación auténtica acometida en los trabajos preparatorios del Código civil. Y también, también, BÉNAC-SCHMIDT, F./ LARROUMENT, C., Voz: “Responsabilité du fait d’autrui”, en *Rép.civ. Dalloz*, t. VII, París, 1999, p. 28.

¹¹⁹⁵ Ref. SCOGNAMIGLIO, R., “Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva”, en *Studi in memoria di A. Torrente*, II, Milano, 1968, p. 1111, en León González, JM., “La responsabilidad civil...”, ob, cit, p. 289. El daño se ha producido por una causa extraña y no previsible en los límites normales dentro de los que opera esa garantía de resarcimiento vinculada a la patria potestad. En el mismo sentido BUSNELLI, F.D., “Nuove frontiere della responsabilità civile”, in *Jus*, núm (enero-junio) 1976, p. 74 y ref. A.DI.MAJO., *La tutela civile dei diritti*. Milano, 1993, p. 159, en Morozzo de la Roca, P, ob. cit. np. 68, p. 43.

¹¹⁹⁶ En las JORNADAS AUSTRALES DE DERECHO celebradas en Rivadavia en 1980 se recomendó por la Comisión que estudió el tema, y por unanimidad, que la responsabilidad de los padres era “directa” y el factor de atribución “objetivo”, y derivado de la patria potestad, concluyendo que, como consecuencia de ello, el padre sólo se liberaba probando la ruptura del nexo causal, por la culpa de la víctima, de un tercero, por caso fortuito o fuerza mayor. En realidad, este evento convocó la primera línea de la doctrina argentina al respecto. Y, con un matiz diferente, al basar la responsabilidad civil de los padres, no en la patria potestad, sino en su ejercicio, vid. MOSSET ITURRASPE, J, ob, cit, p.86. Arguyen que si la patria potestad es el fundamento, la única excusa se encuentra en el cese de tal situación jurídica, por mayoría de edad, emancipación, no admitiendo la inhabilitación prevista en los incisos 1º y 2º del art.309 Cc argentino, ni la demencia declarada que sólo juegan como causa de suspensión de la patria potestad pero implican la responsabilidad del progenitor. Sin embargo, tal doctrina reconoce que los propios rasgos subjetivistas de la legislación civil, y la falta de distinción clara entre el régimen de responsabilidad de los padres respecto del menor inimputable y del imputable explican el último párrafo del

De modo tradicional, la culpa o negligencia civil de los padres ha sido el criterio sempiterno que la jurisprudencia española ha utilizado como fundamento de atribuibilidad de la responsabilidad civil a los padres¹¹⁹⁷, reforzado con argumentos tales como: “la autoría moral del hecho corresponde a los padres”; o “el comportamiento culpable de los hijos es repercutible o proyectable en los padres a tenor del artículo 1903 CC”.

Sin embargo, fue a partir de los años ochenta cuando se produjo un punto de inflexión en su argumentación, llegando a admitir, de modo expreso, que la responsabilidad civil de los padres es por riesgo, siendo fórmula de estilo la que reza que: “(...) la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso según lo establecido en el último párrafo del artículo 1903 CC ha sido entendido por la doctrina jurisprudencial en concepto de marcada severidad, exigiendo una rigurosa prueba de la diligencia empleada, atemperándose a las circunstancias de lugar y de tiempo en el caso concreto, lo que significa la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a responder a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad”¹¹⁹⁸. No obstante, también existen resoluciones que con cierta impronta subjetiva afirman que: “el matiz *cuasiobjetivo* de la responsabilidad civil de los padres se basa en el riesgo que el hijo no

art.114 Cc argentino que reza que: “En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor”.

¹¹⁹⁷ Hasta mediados de los años ochenta nuestros Tribunales condenaban a los padres a indemnizar utilizando el argumento tradicional de la presunta culpa *in vigilando*, e incluso negaban el de la garantía, como se constata en la STS de 24.3.1979 que, acerca de las lesiones que el hijo del demandado había provocado al tirar un pedrusco desde un puente que dio de lleno en la cabeza del hijo del demandante (RJA 1979, 919) razona que “la responsabilidad de los que tienen la autoridad sobre el causante del daño deriva de no haber puesto el cuidado y la vigilancia de un buen padre de familia, *al no ser la causa de la designación impuesta* ni la representación, ni el interés, *ni la necesidad de que haya quien responda del daño causado por el que no tiene personalidad ni garantía de solvencia para responder por sí*, sino el incumplimiento implícito o presunto de los deberes de precaución y presencia que imponen los vínculos civiles que unen al obligado con las personas por quienes deben reparar el mal, que es la razón de que la obligación se coloque entre las que provienen de la culpa”. Y, también, SSTS de, 29.12.1969 (JC, t. 114, dic, 1962, Madrid, 1962, núm. 974, pp. 732-736); 15.2.1975 (JC, t. ener.-feb. 1975, Madrid, 1976, núms. 65, pp. 626-33; RJA 1975, 566); STS de 8.2.1983 (RJA 1983, 867); 10.3.1983 (RJA 1983, 1469); y STS de 10.5.1985 (RJA 1985, 2265, 4ª considerando).

¹¹⁹⁸ Fue la STS de 17.6.1980 (RJA 1980, 2409, que trata de la lesión que un menor de nueve años causó a otro con una navaja) la que utilizó por primera vez la fórmula de estilo en que se reconoce que la responsabilidad civil de los padres tiene un matiz objetivo; y a ésta le siguieron, entre otras, las que afirman que “(...) la responsabilidad declarada en el artículo 1903 CC, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o *cuasiobjetiva*” –vid. SSTS. 22.9.1984 (RJA 1984, 4332), o 22.9.1992 (RJA 1992, 7014); 7.1.1992 (RJA 1992, 149, fto jurídico 2º), 28.7.1997 (Ar.C, 1997, II, sent.901-1750); y SAP de Córdoba de 27.1.1993 (AC 1993, 37).

sometido a la debida diligencia origina para otras personas”¹¹⁹⁹. E, incluso, recientemente nos encontramos con una resolución, la STS 8.3.2002 (*RJA* 2002, 1912), que, de modo sorprendente y separándose de la fórmula de estilo típica de las resoluciones a partir de la década de lo ochenta, señala que la responsabilidad civil de los padres no es una responsabilidad civil por riesgo sino, al contrario, una responsabilidad basada en un criterio de imputación subjetivo, ya que aquélla exige un riesgo relevante y obviamente una acentuación del matiz objetivo. Sin embargo, al final, el TS resolvió con la misma rigidez y argumentos que en las sentencias que lo basan en el criterio cuasiobjetivo del riesgo, al afirmar que los padres del menor de diecisiete años, el cual dañó a una menor con un balón de cuero cuando estaba jugando con sus amigos, “fueron negligentes en el desarrollo de una actividad susceptible de crear el riesgo de daño para terceros”; declarando, asimismo, responsable civil al menor de edad agente del daño e imputable civil¹²⁰⁰.

En definitiva, la jurisprudencia ha convertido la responsabilidad civil de los padres en la más objetiva de las responsabilidades, ya que en ninguna resolución los padres han logrado probar, con éxito, medio de exoneración alguno: ni la prueba de la diligencia debida en prevenir el daño, según el último párrafo del artículo 1903 CC (Iº), ni la ruptura del nexo causal por la imprevisibilidad o inevitabilidad del acto, pues la mayoría de la doctrina entiende aplicable el artículo 1105 CC a la responsabilidad extracontractual (IIº).

Iº.- En primer lugar, respecto a la prueba de la diligencia debida, a los padres se les aplica el patrón de diligencia extremo, tanto en el caso de que el hijo sea de escasa edad e inimputable civil, como en el de ser un adolescente, imputable civil. Pues los Jueces, al juzgar si hubo o no falta de diligencia, entienden que para determinar la que es exigible han de

¹¹⁹⁹ Fue la STS de 4.5.1983 (*RJA* 1983, 2622, que resolvió el supuesto en que un menor de edad produjo un accidente mortal al conducir un vehículo, cuya propiedad era de su padre), una de las que, por primera vez, afirma (considerando tercero) que el matiz cuasiobjetivo de la responsabilidad de los padres se basa “en el riesgo que el hijo no sometido a la debida diligencia origina para otras personas”. A ésta le siguieron otras, como la STS de 4.5.1984 (*RJA* 1984, 2396) que trata de las lesiones que un menor de trece años causó a otro menor por el lanzamiento de un petardo cuando dicha víctima se hallaba cerca, Y que arguye, de modo más explícito que “(...) dada la complejidad de la vida moderna y sus consiguiente aumento de riesgos, es patente la tendencia a hacer responder de los daños derivados de esos riesgos a quienes los crean; y en este caso el padre con su falta de cuidado creó el riesgo de una conducta nociva del menor traducido en daño efectivo y real”.

¹²⁰⁰ Esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por los padres del menor, declarados responsables civiles por la Audiencia, en relación al daño que sufrió una menor de dieciséis años por el fuerte golpe en el lado derecho de la cara al ser golpeada por un balón de cuero impulsado por Mariano, de diecisiete

atenerse, *ex art.* 1104 CC, no solamente a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, sino al sector del tráfico o de la vida social en que la misma se proyecta. De modo que, en la mayoría de las ocasiones los Jueces, tras declarar que el menor acometió una clara conducta negligente, o reconocer que, dada la edad del menor, era obvio que debió de conocer el peligro que conllevaba su acción, resuelven, como si de un silogismo se tratara, que los padres no aplicaron la diligencia debida y están obligados a indemnizar del daño¹²⁰¹. Así ocurrió, por ejemplo, en la STS de 14.4.1977¹²⁰² en que una adolescente de catorce años provocó un incendio con un cigarrillo; en la STS 8.3.2002 (RJA 2000, 1912) en que un adolescente de diecisiete años dañó con un balón de cuero, con el que estaba jugando con otros amigos, a otra menor que estaba sentada en un banco; en la SAP de Huesca de 20.11.1997 en la que el menor tenía diecisiete años y cometió el daño cuando estaba en una pista de patinaje sobre hielo¹²⁰³; o la SAP de Valladolid de 17.3.1995 que reconociendo que, por la edad del menor, dieciséis años, éste debió conocer, al margen de advertencias y prohibiciones reglamentarias, que jugar en el interior de la piscina, lanzando con cierta fuerza una pelota de alguna consistencia, entrañaba un riesgo para los demás, es obvio que tal supuesto debe encuadrarse dentro de la responsabilidad de los padres¹²⁰⁴.

No obstante, en el caso en que el hijo cometa el daño al utilizar un objeto peligroso, como por ejemplo un arma ya sea blanca o de fuego, los Jueces afirman que no hace falta acudir a la teoría del riesgo, ni a la diligencia extrema, pues la presunción de culpa es prácticamente indestructible, ya que tal objeto, no sólo era peligroso para terceros, sino para el mismo menor, de modo que se está ante daños perfectamente previsibles y evitables. Se refleja lo dicho, sobre todo cuando de armas se trata, y tanto cuando las dejan al alcance del

años, el cual se encontraba jugando con dicha pelota en las inmediaciones en unión con sus amigos (lugar inidóneo).

¹²⁰¹ Vid. SSTs de 10.3.1983 (RJA 1983, 1469); 8.2.1994 (RJA 1994, 834).

¹²⁰² JC, t. marzo-abril, 1977, Madrid, 1978, nº. 152.

¹²⁰³ Ar. C 1997, III, nº. 2216, pp 802-804. A pesar de que el menor que produjo la lesión al empujar al actor en una pista de hielo tenía 17 años, la sentencia declaró la responsabilidad parental sobre la base de que el artículo 1903 CC consagra una responsabilidad cuasiobjetiva o por riesgo.

¹²⁰⁴ AC 1995, 431. En la sentencia, a pesar de que se afirma que la responsabilidad civil de los padres es objetiva, se razona el medio exonerador en términos subjetivos al argüir que no era relevante, como medio exonerador, el que los padres autorizaran al hijo para que acudiera a la piscina municipal ya que esto no les relevaba de toda vigilancia y cuidado, ni “per se” podía determinar una transmisión o delegación de guarda.

menor, como cuando las ocultan; así en las SSTs de 12.5.1956¹²⁰⁵; 29.12.1962¹²⁰⁶; 17.6.1980¹²⁰⁷; 22.4.1983¹²⁰⁸; 10.6.1985¹²⁰⁹; 7.1.1992¹²¹⁰; 27.1.1993¹²¹¹; 30.6.1995¹²¹²; STS 9.7.1998¹²¹³; y SSAP de Córdoba de 27.1.1993¹²¹⁴; Almería de 6.4.1995; de Madrid de 18.5.1995¹²¹⁵; de Cáceres de 20.12.1995¹²¹⁶; de Valencia de 23.12.1997¹²¹⁷; o de Cuenca de

¹²⁰⁵ DÍEZ PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, Madrid, 1973, pp. 304-305. Un menor de catorce años causa la muerte de otro al disparar con la pistola de su padre, en la barbería donde éste trabajaba en aquél momento.

¹²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 306-307. Los hijos del demandado al disparar una escopeta de aire comprimido dieron en u ojo al demandante perdiendo éste la visión, cuando los padres, sin embargo, estaban fuera de casa por atender al sustento de la familia.

¹²⁰⁷ RJA 1980, 2409, acerca del daño que causa un menor de nueve años con una navaja el TS afirma que se desprende la culpa *in vigilando* de quien ostentando la patria potestad se despreocupa de que un hijo de tan corta edad porte un instrumento tan peligroso.

¹²⁰⁸ RJA 1983, 2118, acerca del daño que causa un menor con una carabina de aire comprimido afirma el TS que “constituye una grave imprudencia dejar al alcance de unos menores irresponsables una escopeta de aire comprimido”.

¹²⁰⁹ Citada por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C, ob, cit, p.208.

¹²¹⁰ RJA 1992, 149, acerca del daño que ocasionó un menor de trece años a otro menor con una escopeta de aire comprimido el TS afirma que la ignorancia del padre de que el menor tuviera en su poder excluye el deber de control y vigilancia.

¹²¹¹ Citada en GARCÍA GIL, FJ, ob, cit, pp. 598-599; y RJA 1993, 509. En el caso enjuiciado, la propia admisión de recurrente de que llevó a los menores a la finca “La Zahurdilla”, finca de caza menor, dejándolos allí solos, entregándoles unas llaves, entre las que se encontraba la que hacía factible llegar hasta la escopeta y la munición es suficiente para dejar sentado que no cumplió con la diligencia ni prevención que requerían las circunstancias.

¹²¹² RJA 1995, 5272, acerca del daño causado por un menor con una pistola que había cogido de una caja que estaba en la cocina el TS afirma que incurrieron en negligencia porque no prestaron atención a lo que hacían los hijos.

¹²¹³ RJA 1998, 5547, acerca del accidente de caza causado por un menor de edad al disparársele la escopeta, y el TS alega que la negligencia se desprende porque no se había alegado que el menor no tuviera a su libre disposición el arma.

¹²¹⁴ AC 1993, 37, acerca del daño cometido por un menor con una escopeta a otro menor, se argumenta que la negligencia típica, pues el hecho de que el padre dejara solos a los menores y les entregara unas llaves, entre las que hacían factible llegar hasta la escopeta es suficiente para dejar sentado que no cumplió con la diligencia ni las prevenciones que requerían las circunstancias concurrentes.

¹²¹⁵ Citadas en GARCÍA GIL, FJ, ob, cit pp. 609-612. En la SAP de Almería de 6.4.1995 el TS se razona en términos de culpabilidad en orden a responsabilizar a los padres ante el caso en que un menor hizo uso de un arma que pertenecía al hermano dada su habilidad para la captura de piezas de caza, lo que era conocido por los padres y por el hermano. Pues se razonó que los padres tienen el deber de educar al menor o pupilo, deber que se extiende a la vigilancia preventiva del daño específico; y en este caso no ha quedado acreditado por parte de los padres del menor su diligencia debida a fin de que el menor no practicara la caza, por lo que se refiere al hermano una negligencia o descuido por no tener el arma fuera del alcance del mismo dada su afición al deporte. Y, en la SAP de 18.5.1995, en términos parecidos, se resolvió que “es evidente que sigue existiendo esa omisión del deber *in vigilando* de los hijos sometidos a la patria potestad en quien permite que un menor de edad acuda a una finca en donde se va a desarrollar una actividad relacionada con la caza, aunque sea entre personas conocidas, lo que comporta una situación de riesgo perfectamente previsible y por tanto evitable”.

¹²¹⁶ La Ley 7.3.1996. El supuesto de hecho trata de la lesión causada por un menor a otro con una escopeta de perdigones, y respecto del mismo la sentencia resuelve que, aunque la responsabilidad del artículo 1903 CC es cuasiobjetiva, en este caso no es preciso recurrir a tal determinación, ya que, en modo alguno, se ha alegado por la parte demandada que el menor no tuviera a su libre disposición el arma de aire comprimido que portaba, que causó la pérdida de un ojo al menor perjudicado, sino antes bien el demandado declaró que solía ir a cazar con perdigones con cierta frecuencia, sin ir acompañado de persona mayor que condujera su actuar con la misma, lo que no puede ser calificado en sí mismo sino de negligente.

20.10.1998 (AC 1998, 7922). Y también se aplica la negligencia típica cuando el menor ocasiona el daño con la utilización de un vehículo a motor, propiedad de los padres, pues los Jueces y Tribunales afirman que: “el hecho de que el coche pudiera ser utilizado por el menor, aún sin la voluntad de los padres, revela la insuficiencia de las medidas adoptadas¹²¹⁸”; si bien, los Tribunales utilizan la mayoría de las veces el argumento de la cuasiobjetividad al afirmar que la “presunción de culpa no se desvirtúa ante el matiz cuasiobjetivista que se atribuye modernamente a la responsabilidad civil del padres del menor ante el riesgo que el hijo no sometido a la debida vigilancia origina para otras personas, como afirman las SSTS 4.5.1983 (RJA 1983, 2622), y 28.7.1997¹²¹⁹.

IIº.- Y respecto a la imprevisibilidad e inevitabilidad del acto los Jueces son igualmente rígidos, pues afirman que el acto del menor no puede parangonarse a un caso fortuito. Incluso, cuando el menor no utiliza un objeto peligroso pero la actividad, en sí, si es peligrosa, los Jueces afirman que los padres crearon el riesgo de la conducta nociva del menor traducida en daño efectivo y real, así, en la STS de 30.4.1969 en que un niño tiró una piedra y dañó a otro menor de su mismo equipo que se interfirió de modo imprevisto en el trayecto de la piedra¹²²⁰; o la de 24.3.1979 (RJA 1979, 919) en que también de modo fortuito cayó una piedra que lanzó un menor a un estanque a la cabeza de otro niño que paseaba por una barca que no se divisó por el menor; y en las SSTS de 8.2.1983, 1.3.1984, 4.5.1984¹²²¹; 28.5.1993 (RJA 1993, 4082), acerca del daño causado por un menor de diez años que arroja una cerilla en un bidón de cola; o la SAP de Valladolid de 28.10.1999 (AC 1999, 2041)¹²²². De igual modo, cuando se trata de juegos inofensivos se aplica, tanto la teoría del riesgo, como la

¹²¹⁷ Ar. C III, 1997, nº. 2412, pp. 1189-1191. Resuelve el supuesto de una lesión sufrida por un menor al resultar impactado por un fragmento de un ladrillo en cuyo interior se había colocado un petardo por el hijo de los demandados, y juzga que la responsabilidad de los padres se funda en una responsabilidad *in educando*, o en la teoría de la creación del riesgo, si los medios materiales, armas, ciclomotores, etc, son facilitados por los padres al menor y constituyen el medio a través del que se ocasiona el daño; siendo la única posibilidad de rechazar la responsabilidad en la acreditación de que el suceso, y por tanto, el daño, se ha producido por una causa extraña y no previsible normalmente.

¹²¹⁸ STS 22.9.1992 (RJA 1992, 7014).

¹²¹⁹ Ar. C, 1997, II, pp. 1886-1887).

¹²²⁰ Citada por ROGEL VIDE, C., ob, cit, pp. 1243-1244.

¹²²¹ Citadas por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C, ob, cit, pp. 202 y ss. El punto en común de las sentencias es que el daño, producido o bien con dardos, con petardos o tirachinas, es que los padres responden por el riesgo que crearon los menores, al tener éstos poca edad, y que se traslada a los padres a pesar de la actitud imprudente de los menores utilizando un instrumento de juego peligroso aunque no implique una conducta antisocial en los menores.

negligencia por haber dejado sólo a los niños cuando son de corta edad, añadiendo que el acto de un menor no es imprevisible por su menor grado de discernimiento¹²²³.

Si bien, cuando el hijo es un adolescente argumentan que la culpabilidad del menor (y suelen resaltar la edad y la imputabilidad civil de éste) impide estar ante un caso fortuito, incluso cuando el menor comete el daño en un ámbito de su autonomía, como motar en bicicleta, ir a la discoteca, o en sus diversiones, jugar al balón con sus amigos, etc. Así se refleja, entre otras, en las SSTS 10.5.1985 (RJA 1985, 2265); 8.3.2002 (RJA 2002, 1912); y SSAP de Valladolid de 17.3.1995 (AC 1995, 43); de Guadalajara de 1.12.1996 (AC 1996, 2156) que el Juez se preocupó de argumentar la culpa del menor al arrojar unas canicas para responsabilizar a los padres; de Huesca de 20.11.1997 (AC 1997, 2216) el menor causa el daño mientras patinaba; de Toledo de 3.3.1999 (AC 1999, 4247) acerca del daño causado por menor de dieciséis años con su bicicleta; y, en idénticos términos la SAP de León de 31.5.2000 (AC 2000, 4336). Y a la vez que argumentan que no se está ante un caso fortuito, los Jueces añaden que los padres responden por el riesgo que han creado al permitir a su hijo, por ejemplo, motar en bicicleta.

b') En el Derecho francés: el criterio objetivo de la garantía a partir de la sentencia *Bertrand*.

Frente al Derecho español, el Derecho francés ha pasado por diferentes etapas en lo que respecta a la flexibilidad y rigidez de su tratamiento jurisprudencial. En concreto, y brevemente, hasta 1937 se puede decir que la jurisprudencia se mostró muy severa en la apreciación de la cláusula exoneratoria, lo que llevó a que en la práctica se asimilara la presunción simple de culpa de los padres a una presunción absoluta sin posibilidad real de exoneración, como se constata en los supuestos en los que los padres ni siquiera se libraban de tal responsabilidad cuando habían prohibido la participación de su hijo en dichas actividades peligrosas¹²²⁴. Y la segunda etapa, que se inició con la sentencia de 12 de enero de 1937¹²²⁵,

¹²²² El Tribunal de apelación afirmó que la acción de disparar un tirachinas frente a una persona no es un caso fortuito, porque es una modificación del mundo exterior, causado por una acción humana, y que responde, por tanto, a la conducta del autor.

¹²²³ Vid. SAP 8.10.1997 (Ar. C, 1997, III, nº.2208), pp. 783-785, acerca de la lesión de un niño a otro mientras estaban jugando en una fiesta de cumpleaños; y SAP de Valladolid de 18.11.1997 (Ar. C, 1997, III, pp. 785-787), acerca del daño causado por unos menores de escasa edad en un parque.

¹²²⁴ LEBRETON, M-C., *L'enfant et la responsabilité civile*, ob. cit., pp. 172-174. Esta aseveración lo confirman las sentencias, de 30 de diciembre de 1913 – *Rouen*, 30 décembre 1913, S. 1914. 2. 223- en el que la

llega hasta los años cincuenta, período durante el cual se admite la exoneración de los padres en caso de que probaran que habían actuado conforme a lo que debería haber hecho un “buen padre de familia”, lo cual significó la aplicación por la jurisprudencia, tanto civil como criminal, de la presunción simple de la culpa en los padres¹²²⁶.

Pero desde los años cincuenta hasta 1997, parte de la doctrina francesa criticaba que la jurisprudencia adolecía de la falta de una línea directriz respecto a los medios de exoneración de los padres, ya sea respecto a la prueba de que la imposibilidad de evitar el acto según el último párrafo del artículo 1384 CC francés (I°), como respecto a la prueba de la diligencia en la educación y vigilancia de los menores (II°):

I°.- En primer lugar, en relación al medio de defensa basado en la imposibilidad de impedir el acto dañoso del menor por su inevitabilidad, se estimaban generalmente inoperantes: en primer lugar, la ausencia de los padres en el momento de comisión del acto, aunque aquélla fuera legítima, al valorar los jueces, no tanto las precauciones tomadas por los padres en su ausencia, sino la falta de educación del menor cuya causa es anterior a dicho acto¹²²⁷. Aunque respecto a la imprevisibilidad del acto del menor, la jurisprudencia solía distinguir, por un lado, el supuesto en que aquél fuera un *infans* del que predicaba que la espontaneidad del movimiento o del acto del hijo no impide su previsibilidad, pues cuanto

Corte declaró responsable al padre de un menor de 19 años, que conduciendo una bicicleta atropelló a la víctima que murió, precisando que la autorización dada por el padre para el uso de la bicicleta entrañó su aceptación de los riesgos; o la de 22 de octubre de 1943 –*T. Seine, 22 octobre 1943, G.P., 1943, p. 226*- en la que, de igual modo, se aludió a la puesta en riesgo como idea que tradicionalmente ha caracterizado la responsabilidad de los padres; la sentencia de 20 de marzo de 1923 –*T. Valence, 20 mars 1923, G.P. 1923, 2.7*- en la que el Tribunal afirmó que la imprudencia que cometió el padre autorizando a su hijo menor a participar en un juego peligroso, curiosamente era el fútbol, demuestra que debe sufrir las consecuencias de la negligencia a las que él ha contribuido en el ejercicio de su autoridad parental.

¹²²⁵ *Ibidem*, p. 175. Ref. a la sentencia de 12 de enero de 1937 en el que se exonera al padre de un adolescente de 20 años del riesgo en el que éste había tomado parte – *Civ. 12 janvier 1937, G.P. 1937.1.527; S. 1937.1.99*-.

¹²²⁶ La doctrina pone de manifiesto que los padres y tutores se han podido exonerar con dichos argumentos, vid. BUFFELAN-LAFORE, Y., *Droit civil*, ed., Masson, Droit Sciences Économiques, 1995, p.376. También lo constata la jurisprudencia francesa, ref. sentencias de, 8 de noviembre de 1943 –*Req. 8 novembre 1943, JCP. 1944. II.2585 obs R. SAVATIER* -; de 27 de abril 1953 en la que el Tribunal exonera a los padres de dos menores de 10 y 11 años por el daño cometido en el momento en que estaban jugando y, declara que el juego era de los que practican los menores de dicha edad - *Chambéry, 27 avril 1953, JCP. 1953. II. 7696 note R. RODIÈRE*-, citadas por LEBRETON, M-C., *L'enfant et la responsabilité civile*, ob, cit, np. 30 y 31, pp. 141, y 176. Y, refl Civ. 2e, 12 oct 1955, *D. 1956, p. 301*, note RODIÈRE; Cic. 2e, 20 juill, 1957, *D. 1958, 11*, note BLANC; en VINEY, G./ JOURDAIN, P, ob, cit, np. 30, p.980.

¹²²⁷ Sentencia de 10 de enero de 1973 –*Civ. 2ème, 10 janvier 1973, D. 1973 I.R., p. 55*- citada por LEBRETON, M-C., *L'enfant et la responsabilité civile*, ob, cit, np. 185, p. 180.

más pequeño sea el menor, más riesgo existe de que cause un daño¹²²⁸. Y, por otro, el caso en que menor fuera casi un adolescente, en el que la imprevisibilidad del acto había que ponerla en conexión con el criterio clave del “comportamiento habitual del menor de edad y de los padres”. De manera, que si el comportamiento habitual del adolescente era normal, esto es, no requería vigilancia y su educación quedaba constatada, la imprevisibilidad de dicho acto se valoraba como medio exonerador¹²²⁹, pero, por el contrario, si el comportamiento habitual del adolescente era difícil, a pesar de haber sido el acto puntual imprevisible, los padres no se exoneraban; siendo, al respecto, interesante el pronunciamiento del Tribunal que exoneró a los padres del daño cometido por su hijo adolescente de 17 años y deficiente mental pues, teniendo en cuenta la condición y los medios de los padres, se probó que estos habían puesto todo lo que humanamente era posible para impedir que su hijo dañara¹²³⁰.

IIº. Y, en segundo lugar, en relación a la excusa exoneratoria basada en la buena vigilancia y educación del menor, se constatan sucesivas contradicciones, si bien, parecía existir, al respecto, una regla general y dos excepciones:

La regla general era que la presunción de culpa en la vigilancia se juzga más duramente en el caso de que el menor sea de corta edad que en el supuesto de ser un adolescente: tratándose de *infans*, las soluciones no son idénticas, pues, por ejemplo, se ha admitido la exoneración de los padres que no fueron culpables de haber dejado a su hijo de cinco años circular normalmente por la vía pública; mientras que se declararon responsables civiles a los padres que no prohibieron a su hija circular en bicicleta por la acera. Y, sin embargo, respecto a los adolescentes parece existir una línea constante en exonerar a los padres que habían autorizado a un adolescente a utilizar una bicicleta, motocicleta, etc., mientras que eran declarados responsables cuando la utilización del vehículo fue consecuencia de una falta de vigilancia o de iniciación¹²³¹. Y del mismo modo, el criterio de la edad junto con el de las costumbres sociales ha influido en que los Jueces exoneraran a los

¹²²⁸ Sentencia de 19 de noviembre de 1959- *Civ. 2ème, 19 novembre 1959, Bull. Civ., II, n° 762 p. 498-*, citada por LEBRETON, M-C., *L'enfant et la responsabilité civile*, ob, cit, np. 191, p. 181.

¹²²⁹ Sentencia de 18 de octubre de 1955 –*París, 18 octobre 1955, G.P. 1956. 102-*, citada por Lebreton, M-C., *L'enfant et la responsabilité civile*, ob, cit, np. 192, pág. 182.

¹²³⁰ *París, 21 juin 1962, J.C.P 1962 II. 12890 note P. Esmein-*, citada por LEBRETON, M-C., *L'enfant et la responsabilité civile*, ob, cit, np. 196, p. 183.

¹²³¹ POHE, D., Voz: “Droit à réparation. Responsabilité du fait d'autrui. Domaine. Responsabilité des père et mère”, en *Juris. Class. Resp. civ. ass.*, 1999, vol.I, fas. 141, pp.15-16.

padres que, habiendo dado una buena educación a su hijo, no podían prohibirle realizar juegos acordes con su edad, como ir al cine, divertirse en una fiesta, etc.,¹²³². Por último, la jurisprudencia francesa considera que las prohibiciones son insuficientes para exonerar a los padres, en tanto no prueben que tomaron todas las medidas para hacerlas respetar, incluso los Jueces y Tribunales deducen de la desobediencia del hijo la falta de autoridad y de educación de los padres, y, por ende, la culpa de ellos¹²³³.

Y, sin embargo: a) una primera excepción a la regla general anterior consiste en que la virtualidad jurídica del criterio de la edad queda subordinada al carácter reprochable o no del hecho cometido por el menor, y así, en los actos de violencia causados por los menores con carácter difícil los Tribunales imputan, de modo autónomo, tales defectos de carácter de los menores a la carencias de educación y afectivas de los padres. En definitiva, en los casos de “actos graves del menor” la jurisprudencia aplica la doctrina “*res ipsa loquator*” o “las cosas hablan por sí mismas”, al utilizar como fórmula de estilo que: “el comportamiento reprehensible del menor establecía por sí mismo una falta de vigilancia o de educación en el menor”; y así se refleja, entre otras, en las sentencias de 3 de marzo de 1988 en la que un adolescente de 16 años, jugando con sus amigos, prendió fuego a una granja¹²³⁴; en la de 25 de enero de 1989 en la que un menor de 7 años lanzó, bruscamente, una piedra en dirección de un amigo, en la de 20 de mayo de 1992 que deduce la culpa de los padres de la agresividad particular del menor; o en la de Nîmes de 12 de octubre de 1993 en la que el Tribunal dedujo la culpa del padre en la educación de su hijo que apuntó con un arma en dirección a un amigo¹²³⁵. Esta línea jurisprudencial es notable, sobre todo, a partir de la sentencia *Fullenwarth* de 9 de mayo de 1984 que supuso un reforzamiento de la presunción de culpa de los padres en los casos de actos cometidos por menores violentos o agresivos, o con deficiencias psíquicas o

¹²³² Ref. CA. Angers, 5 févr 1970, *RTDC*, 1970, p.576, obs. DURRY, en *Ibidem*, p. 16.

¹²³³ LEBRETON, M-C., “*L’enfant et la responsabilité civile*”, *ob. cit.*, np. 199, pág. 183. Por último, respecto de fuga del menor, tampoco se corre mejor suerte; y además, paradójicamente, la jurisprudencia francesa valora, a la hora de enjuiciar la culpa en los padres, que estos hayan interpuesto una denuncia de desaparición de su hijo ante el Juez de menores, pero no que hayan dado parte de la fuga a la policía, lo que no deja de ser de todo punto injusto.

¹²³⁴ Civ, 2ème, 3 mars 1988, *Bull. civ. II*, n°. 58, obs. JOURDAIN, *RTDC*, 1988, p. 772, n°.6. La Corte de Casación reprocha a un Tribunal de apelación que hubiera descargado de responsabilidad, por no haber indagado en sí el comportamiento reprehensible del menor no establecía por él mismo la falta en la obligación de vigilancia y de educación de los padres. Por lo que esta posición es de gran severidad para los padres y se acerca a una presunción cuasi-irrefutable, y no simple, de responsabilidad.

¹²³⁵ Citadas por LEBRETON, M-C., *L’enfant et la responsabilité civile*, *ob. cit.*, np. 125-127-128, p. 166.

perturbaciones mentales¹²³⁶. b) Y la segunda excepción consiste en que si el menor comete el acto con una cosa cuya utilización comporta normalmente un peligro intrínseco, los Jueces o Tribunales son más severos al resolver que los padres no deberían haber permitido realizar al menor una actividad que comportara riesgos, con independencia de la edad que tuviera, como se refleja en la sentencia de 9 de abril de 1996¹²³⁷

Por otra parte, es interesante poner de manifiesto que de la jurisprudencia italiana se desprende la misma regla general y excepciones que respecto al Derecho francés, pues aquélla también afirma que, independientemente de la edad que en principio debería ser un parámetro proporcional para la obligación de vigilar, el hecho doloso del menor puede ser de tal gravedad que deje patente la inmadurez y la irresponsabilidad del denominado “menor grande”, fruto de una educación inadecuada, y por tanto, de la responsabilidad civil de sus padres¹²³⁸.

Ahora bien, es interesante la nueva corriente jurisprudencial italiana que intenta conciliar, por un lado, la tendencia de los Tribunales a declarar la responsabilidad cuasiobjetiva cuando el hecho cometido por el menor es socialmente reproable, y, por otro, el tener en cuenta la edad en el cumplimiento de los deberes de vigilancia y educación. De tal modo que, según FERRI, las dos reglas expuestas parecen poder reconducirse a una única *ratio decidendi* si se aplicase la primera (la más dura para los padres) cuando la actividad del menor sea de naturaleza intrínsecamente peligrosa o anormal o reproable, y se aplicase la segunda (la más favorable para los padres) cuando la actividad misma sea normal o usual¹²³⁹. Y esta idea parece ratificarla la sentencia de 18 de febrero de 2000 que exoneró de responsabilidad a

¹²³⁶ Ref. civ, 2e, 3 mars 1988, *Bull, civ*, II, n 58; y Civ, 2e, 25 janv, 1989, *Bull, civ*, II, n° 21, en VINEY, G / JOURDAIN, P, ob, cit, np.158, p.1003; y Ref. CA Lyon 28 mai 1974, *JCP*, G, 1974, IV, 337; Cass, civ 2 civ. 18 oct 1967, *Bull, civ*, II, n°. 288; en POHE, D., ob, cit, p. 16.

¹²³⁷ París, 9 abril 1996, *D.* 1996., I.R., p. 128.

¹²³⁸ Ref. Cass. 11 de agosto 1997 (n°. 7459, en *Guida al Dir*, 1997, fasc. 35, 32, en que la Corte de casación ha reconocido la responsabilidad de los padres, cuyo hijo menor a pesar de frecuentar la escuela y estar formándose para un trabajo, había cometido un acto de lujuria en perjuicio de otro menor, en FERRI, F., ob, cit, p. 1410. Y, ref. Cas, 9 giugno 1983, in *Mass.Giur.it*, 1983, en que el lanzamiento de una piedra con una fionda revela, por sí mismo, una educación impropia; Cass, 16 maggio 1984, n. 2995, in *Mass. Giur.it*, 1984, y Cass, 26 giugno 1984, n. 3726, in *Arch.civ*, 1985, 51, en que el lanzamiento de un puñado de cal viva en el ojo de una persona revela el estado de inmadurez y temperamento, y en general la mala educación recibida por el menor; y Trib. Genova, 29 aprile 1994, in *Giur.it*, 1995. I, 2, 555, note, DI PINORI, que afirma ue: “la violencia con la que el menor golpea a un compañero de juego con un hierro demuestra que sus padres no han sabido infundirle el sentido de respeto de la incolumidad física a los otros y corregir la inclinación a inmiscuirse en juegos peligrosos”, en VISINTINI, G., ob, cit, p.642.

los padres, dado que por la educación impartida (deducida del buen rendimiento escolar), por la edad del hijo (cerca de la mayoría de edad) y por el ambiente en que se produjo el daño (en una discoteca) en el que es libre de moverse, resultan correctamente asentadas las relaciones del menor con el ambiente extra-familiar, a pesar de que el menor dio un puñetazo a una persona que se encontraba pasando la velada en la discoteca. Y en igual sentido resolvió la Corte Suprema Cass. 6 mayo 1986 según la cual el padre de un muchacho de veinte años, en un caso anterior a la disminución de la mayoría de edad, fue considerado exento de responsabilidad por los daños causados a una menor en una pista de equitación, puesto que el padre había iniciado correctamente al menor en la actividad deportiva y lo había vigilado adecuadamente en el momento de producirse el hecho ilícito, pues el esquí no es intrínsecamente peligroso¹²⁴⁰.

Por último, añadir que, según LEBRETON, a pesar de que en cada etapa la jurisprudencia francesa ha interpretado el último párrafo del artículo 1384 CC francés como presunción absoluta o simple de la culpa en los padres, e incluso como presunción de *plein droit* de su responsabilidad, en realidad, la culpa ha seguido siendo en todo momento como una sombra que sigue a la responsabilidad de los padres en la argumentación de los Jueces y Tribunales a la hora de declarar aquélla.

En consecuencia, se puede decir que el verdadero punto de inflexión en el Derecho francés se ha producido con la sentencia *Bertrand* de 19 de febrero de 1997 que consagró, expresamente, que la responsabilidad de los padres es objetiva, de *plein droit*¹²⁴¹, y anunció como inminente la fórmula del seguro obligatorio; evolución que ha estado influenciada por el

¹²³⁹ FERRI, F., ob, cit, p. 1410.

¹²⁴⁰ FERRI, F., ob, cit, p. 1410, en sentido parecido resolvió la Corte Suprema (Cass. 6 mayo 1986, nº 301 en *Giur. It.*, 1986, I, 1, 1525), en que el padre de un muchacho de veinte años, en un caso anterior a la disminución de la mayoría de edad, fue considerado exento de responsabilidad por los daños causados a una menor en una pista de equitación, puesto que el padre había iniciado correctamente al menor en la actividad deportiva y lo había vigilado adecuadamente en el momento de producirse el hecho ilícito.

¹²⁴¹ Vid, LEDUC, F., “La responsabilité des père et mère: changement de nature”, *Resp.civ. et assur.*, 1997, abril, ch, nº. 9, pp.7-10; RADÉ, C., “Le renouveau de la responsabilité du fait d’autrui (apologie de l’arrêt *Bertrand*, deuxième Chambre civile, 19 février 1997”, *D.* 1997, p. 279 y ss. Y, respecto a una sentencia en que un menor había causado un daño en un patio de recreo, Civ, 2e, 4 juin 1997, *Gaz. Pal.* 1998, pan. 12; *Pet. Aff.* 29 oct 1997, p. 23 et note GALLIOU-SCANVION, AM. /MAZEUD, H.J./ CHABAS, F., *Leçons de droit civil. Obligations*, t. II, premier volume, ob, cit, p. 540.

Y, otras sentencias posteriores en el mismo sentido, vid. ref. Civ. 2ème, 2 décembre 1998, *Bull.civ.*, II, n. 292; Civ. 2ème, 9 mars 2000, *Bull.civ.*, II, nº. 44, *JCP* 2000. II. 10374, note, A. GOUTTENOIR-CORNUT, en

hecho de que se haya admitido un principio general de responsabilidad por el hecho de otro sobre la base del artículo 1384.1 CC francés y fundado en la guarda¹²⁴². En concreto, el asunto que dio lugar a la sentencia nace de un accidente de circulación entre un automobilista y un ciclista de doce años, el que fue indemnizado de sus daños por Ley de 5 de julio de 1985, mientras que el motociclista ejerció una acción de reparación frente a los padres del menor, que la Corte de apelación de Bordeaux en 1994 juzgó existente¹²⁴³, y fue confirmada por la Corte de Casación que, de modo expreso, rechazó la posibilidad de exoneración de los padres por la prueba de la ausencia de culpa en la vigilancia¹²⁴⁴, y concluyó que los padres sólo pueden exonerarse aportando la prueba, o bien, de la causa extraña que reúna el doble carácter de irresistibilidad e inevitabilidad y que eximiría totalmente, o bien, de la culpa de la víctima, que eximiría totalmente si reuniera los caracteres de la causa extraña, o parcialmente, en caso contrario¹²⁴⁵.

Esta sentencia ha supuesto, entonces, un cambio definitivo que la mayoría de la doctrina ha interpretado en el sentido de que, de ahora en adelante, lo que justifica la responsabilidad civil de los padres no es la preocupación de sancionar una mala educación o una vigilancia insuficiente, sino únicamente la voluntad de asegurar a la víctima el daño causado por un menor, esto es, “una garantía de indemnización en beneficio de la víctima” cuyo autor directo no estaba en condiciones de reparar, y, en razón de la autoridad de la que disfrutaban los padres legalmente respecto a sus hijos¹²⁴⁶. Y en esta dirección, como nos

FLOUR, M./ AUBERT, J-L./ SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, ed., Armand Colin, París, 2001, np. 1, p. 191.

¹²⁴² Pues, ¿es legítimo continuar afirmando que los padres pueden exonerarse probando que no han incurrido en culpa, cuando, por el contrario, la jurisprudencia ha establecido que los centros de reeducación de menores, o que tienen la guarda de deficientes o enfermos psíquicos no pueden? –ALTES, F-., “La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur”, *JCP*, 1998, I, 154-.

¹²⁴³ Sobre la base de que sólo la fuerza mayor o la culpa de la víctima podían exonerar de responsabilidad de pleno derecho, sobre la base del artículo 1384.1 Code, lo que no se constataba en la sentencia que juzgaban.

¹²⁴⁴ La Corte de casación afirmó que “*ayant exactement énoncé que seule la force majeure ou la faute de la victime pouvait exonérer le père de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui, la Cour d’appel n’avait pas à rechercher l’existence d’un défaut de surveillance du père*”.

¹²⁴⁵ MAZEUD, H,L,J. /CHABAS, F., ob, cit, p. 541. Estos autores defienden que las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad se refieren a los padres, a pesar de que la sentencia no lo explicita, pues por una parte se está juzgando la responsabilidad de los padres, y por otro, porque si se refiriera a los menores desaparecería la condición básica de la relación de causalidad entre el acto del menor y el daño. Sin embargo, añaden que, a su entender, los padres deberían poder, también, eximirse probando que el hecho del menor les ha sido imprevisible e inevitable.

¹²⁴⁶ *JCP*, 1997. II, 22848, concl. R. KESSOUS, note VINEY; *D.* 1997, p. 265, note JOURDAIN; *Gaz. Pal* 1997. 572, et note CHABAS. También, vid. VINEY, G/ JOURDAIN, P, úl, op, cit, p. 847. Relacionando el principio

recuerda CARON, ya se había manifestado cierta doctrina inmediatamente posterior a la promulgación del Código civil al afirmar que la responsabilidad civil de los padres “*évoquait déjà la garantie, que le père doit à la société*”¹²⁴⁷. Si bien, no deja de haber autores que han interpretado la sentencia citada en otras direcciones: o bien, como una responsabilidad civil por riesgo, en la medida en que, deformando el concepto de riesgo, el riesgo que se toma en cuenta es el ligado a la actividad más o menos consciente y prudente de los menores, sobre todo de los más jóvenes; de modo que, al final, se puede decir que el riesgo se encuentra en tener hijos¹²⁴⁸. O bien, en el sentido de que la responsabilidad civil de los padres, en vez de sustentarse en la presunción de culpa *in vigilando* o *in educando*, se basa en una presunción de culpa en la guarda, de modo semejante a la responsabilidad objetiva por la guarda en las cosas o animales¹²⁴⁹.

C.- La objetividad de la responsabilidad civil de los padres como opción de *lega data* o de *lege ferenda*.

Las teorías objetivas se dividen, a su vez, en dos grandes bloques dependiendo de que afirmen que la objetividad se basa, o bien en la propia previsión del legislador, o bien en una necesaria creación jurisprudencial:

general de responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1384.1, cuya existencia se consolidó a raíz de la sentencia Bliet de 1991, con el régimen de responsabilidad al respecto, comentan las autoras que la duda de si les rige el régimen de culpa presunta o el de responsabilidad objetiva, se ha resuelto con la sentencia de 19 de febrero de 1997 en el sentido de que el régimen aplicable a todo supuesto que resuelva una responsabilidad por la guarda de otro se rige, a partir de dicha sentencia, por la responsabilidad objetiva. Y, así lo ha explicitado, por otra parte, la *Chambre criminelle* en la sentencia de 26 de marzo de 1997 – Crim., 26 mars 1997, Bull. crim, n° 1243e arrêt- al afirmar que las personas obligadas a responder por el hecho de otro en el sentido del artículo 1384.1 no pueden exonerarse de la responsabilidad de *plein droit* demostrando que ellas no han cometido culpa alguna, sino que sólo podrán exonerarse de la misma por la prueba de la *cause étrangère* que presente los caracteres de la fuerza mayor. Por otra parte el responsable tendrá alguna vez la posibilidad de ejercer un recurso contra el autor directo del daño.

¹²⁴⁷ Ref. TOULLIER, C.B., *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, París, 1823, tome XI, p. 387, m° 261, en Caron, C., ob, cit, np. 29, p. 1130.

¹²⁴⁸ LECUYER, H., “Une responsabilité déresponsabilisante”, *Droit de famille*, 1997, n° 3.

¹²⁴⁹ MAZEUD, H.L.J / CHABAS, F., *Leçons de droit civil. Obligations*, t. II, vol 1°, éd., Montchrestien, París, 1998, p. 541. Los hermanos Mazeud, que alegan que la sentencia de 19 de febrero de 1997 impone a los padres la misma obligación que al guardián de una cosa inanimada o de un animal, defienden que, entonces, el fundamento de la responsabilidad de los padres es la culpa en la guarda. Pues los padres se ven, a partir de la misma, con una obligación de resultado de no causar daños con sus hijos. La violación de tal obligación es *une faute*.

1ª) En primer lugar, aquéllos que basan la objetividad en la propia previsión del legislador de 1889 CC defienden, en consecuencia, que no es necesaria una modificación del artículo 1903 CC pues en él hay base suficiente para fundamentar la responsabilidad objetiva de los padres. Y esto sobre la base de las razones siguientes:

a) Que los artículos 1902 y 1903 CC sientan dos criterios de imputación independientes, aquél establece una responsabilidad por hecho propio y éste por hecho ajeno, de tal manera que el hecho de que el artículo 1902 CC esté basado en la culpa no implica que el artículo 1903 CC deba estarlo también, pues este último no es una excepción del artículo 1902 CC sino que son dos regímenes distintos para dos supuestos diferentes¹²⁵⁰. b) También, porque la causa de exoneración que recoge el último párrafo del artículo 1903 CC, en realidad, funciona como una excepción material y no como un criterio de imputación, ya que si el demandado no logra desvirtuar eficazmente su negligencia, quedará de todos modos obligado a responder, sin que el fallo tenga en cuenta la diligencia o negligencia de su conducta, esto es, dicha circunstancia se limita a ser una condición que excluye la responsabilidad, pero no un criterio de imputación de la misma¹²⁵¹. c) Y, en tercer lugar, porque aunque respecto a los niños muy pequeños la culpa *in vigilando* sí podría ser un criterio válido de imputación, respecto a los menores mayores, ni éste, ni el de la culpa *in educando* lo son¹²⁵². d) Y, por último, son significativas las palabras de SOTO NIETO, como

¹²⁵⁰ BORRELL MACIÁ, A., “Hacia la responsabilidad civil sin culpa”, ob. cit, p. 121.

¹²⁵¹ BONET Y RAMÓN, F., “Responsabilidad legal (Estricta)”, ob. cit, p. 440. “Afirmar que donde es admitida una prueba liberatoria de contenido negativo, queda establecida una presunción simple de culpa, pero cuando dicha prueba no sea admitida se hace referencia a una presunción absoluta (de culpa), significa seguir un método artificioso y preconceptual, por la arbitraria sustitución de las circunstancias reales por datos ficticios. Y que teniendo en cuenta los equívocos y los errores constructivos a que puede dar lugar, debe ser abandonada”. De las palabras de este autor se deduce que, en realidad, el precepto legal civil consagra una responsabilidad objetiva aunque se revista formalmente del criterio de imputación subjetivo.

¹²⁵² Ref. BORRELL MACIÁ, A., “Hacia una responsabilidad sin culpa”, ob. cit, p. 157; LATOUR BROTONS, J., “Responsabilidad civil de los incapaces”, en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, t. II, Madrid, 1976, p. 158; ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE., “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. 2, Madrid, 1984, p. 1976; GARCÍA VICENTE, F., “La responsabilidad civil de los padres ...”, ob. cit, p. 1047, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil de menores e incapacitados...”, ob. cit, p. 175; y Díez PICAZO, L/ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2º, 7ª ed., Madrid, 1995, p. 624, en Michel Navarro, M., *La responsabilidad civil de los padres...*, op. cit, pp. 37 y 40. Pues atribuir responsabilidad a los padres por culpa significa que éstos responden porque, pudiendo evitar un daño, no lo han hecho; lo que, en palabras de Díez Picazo, “presupone un padre que controla todo lo que ocurre dentro de su familia y que tiene en su mano los resortes necesarios para que las cosas ocurran o no ocurran”. Y, sin embargo si atendemos al significado actual de la patria potestad como poder en modo alguno ilimitado y absoluto, veremos que estamos ante una afirmación de todo punto incoherente. De modo que debilitada, como está en la actualidad, la patria potestad decae el control y la posibilidad real de los padres de impedir que sus hijos cometan actos daños, sobre todo cuando estamos en presencia de los grandes adolescentes.

reveladoras de su respaldo a que la responsabilidad civil de los padres es objetiva de *lege data*, al afirmar que: “el hecho de que la jurisprudencia resista constante y manifiestamente al reconocimiento de la diligencia como exculpadora propia del *paterfamilias* es claramente reveladora de la raíz de legalidad subyacente en los supuestos de responsabilidad que el mentado artículo enumera, con independencia de cualquier censurable comportamiento por parte del responsable por hecho ajeno”¹²⁵³.

IIª) Junto al sector doctrinal anterior, hay otro que basa la objetividad de la responsabilidad civil de los padres en la propia evolución jurisprudencial que, al valorar los intereses en juego y primar los de la víctima, ha desprovisto a los padres, en la práctica, de la oportunidad de liberarse mediante la aportación de la prueba de su diligencia¹²⁵⁴.

Este sector urge, entonces, al legislador para que configure la responsabilidad parental de modo objetivo¹²⁵⁵. Y apoyan su postura en el hecho constatable de que, aunque los Tribunales no encuentran en la realidad social un criterio decisivo para tomar postura, dado que la misma sociedad es ambivalente al ofrecer posibilidades, tanto de exoneración de los

¹²⁵³ SOTO NIETO, F., *La responsabilidad civil derivada de ilícito culposo...*, ob. cit, pp. 175, 180-181.

¹²⁵⁴ ROCA I TRIAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed., Tirant lo Blanch, 2000, p.94, que advierte que la interpretación en clave cuasi objetiva de la responsabilidad civil de los padres ha sido propiciada por el hecho de que la jurisprudencia haya convertido en muy difícil o imposible la prueba de la diligencia del responsable.

¹²⁵⁵ MICHEL NAVARRO, M., *La responsabilidad civil de los padres...*, op. cit, pp. 29-31. El TS se sigue escudando en la culpa como mera invocación formal, a la hora de basar la responsabilidad de los padres para después ignorarla completamente en el momento de juzgar el caso en concreto, lo cual es de todo punto insostenible e incongruente, y demanda dos opciones, o que el TS permita que la presunción del último párrafo sea auténticamente *iuris tantum*, o bien eliminar dicho párrafo y admitir que la responsabilidad por hecho ajeno es objetiva. Y, de modo implícito, demandan dicho cambio, LEÓN GONZÁLEZ, JM., “La responsabilidad civil...”, ob. cit. p. 283 y ss. El que la jurisprudencia sólo admita como liberatoria la prueba de fuerza mayor o que, de hecho, haya excluido la posibilidad misma de la prueba exoneratoria es la manera en la que los Tribunales corroboran la necesidad y conveniencia de configurarla objetivamente; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t.IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, ed., Reus, 15ª ed, Madrid, 1993, p. 973; ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pp. 150 y ss; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivización de la llamada responsabilidad extracontractual”, AC, núm. 1, diciembre-enero, 1986-7, pp. 10-14. Fija en tres fases la evolución de la culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad paterna: una primera en la que se exigía una prueba plena de la culpa paterna, una segunda en la que se produjo la presunción de la misma, y una tercera en la que se afirma taxativamente que “cuando las garantías adoptadas para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y no se hallaba completa la diligencia”, fase esta última con tres pilares, uno de ellos el fundamento en la responsabilidad por riesgo, el segundo la valoración del interés social, y el tercero si el autor causó daño es que hay culpabilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Y, también, de modo implícito, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil*, ob. cit, pp.255-257, que entiende que el Tribuna Supremo ha *convertido* la responsabilidad de los padres en la más objetiva de las responsabilidades, anudándola directamente a la patria potestad, lo cual, entienden el autor, es criticable cuando el hijo tiene ya un cierto ámbito de libertad.

padres, como de rigidez de su responsabilidad¹²⁵⁶, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha optado por objetivizar la responsabilidad civil de los padres utilizando el criterio del riesgo, o el de la patria potestad, en razón de la complejidad de la vida moderna y el consiguiente aumento de riesgos, de los que ha de responder quien los crea¹²⁵⁷.

Por otra parte, en un sentido parecido a este último sector doctrinal se pronuncia parte de la doctrina italiana, si bien parten de una realidad jurisprudencial distinta en la medida en que los Jueces de su país se mueven entre la rigurosidad y la flexibilidad respecto a la responsabilidad civil de los padres. Pero entienden que la diversidad de los criterios jurisprudenciales no son el signo de la invasión jurisprudencial sobre el dato normativo de la ley, cuanto la mera repercusión sobre el derecho vivo de un vicio de origen del principio normativo. De modo que, siendo necesario preguntarse por la exacta naturaleza de dicha responsabilidad, si ésta es objetiva habría que consignar una modificación clarificadora del mismo texto legal¹²⁵⁸.

¹²⁵⁶ Ya que si la analizamos ofrece posibilidades, tanto, que favorecen la exoneración de los padres: la autoridad paterna ha sufrido un gran relajamiento, la cohesión familiar va desapareciendo, y el niño madura más rápidamente que antes, como que la dificultan: sobre todo, por el vigente y consolidado principio general del Derecho de Daños de favorecer a la víctima.

¹²⁵⁷ MICHEL NAVARRO, M., *La responsabilidad civil de los padres...*, op. cit, pp. 29-31. El TS se sigue escudando en la culpa como mera invocación formal, a la hora de basar la responsabilidad de los padres para después ignorarla completamente en el momento de juzgar el caso en concreto, lo cual es de todo punto insostenible e incongruente, y demanda dos opciones, o que el TS permita que la presunción del último párrafo sea auténticamente *iuris tantum*, o bien eliminar dicho párrafo y admitir que la responsabilidad por hecho ajeno es objetiva. Y, de modo implícito, demandan dicho cambio, LEÓN GONZÁLEZ, JM., “La responsabilidad civil...”, ob. cit. p. 283 y ss. El que la jurisprudencia sólo admita como liberatoria la prueba de fuerza mayor o que, de hecho, haya excluido la posibilidad misma de la prueba exoneratoria es la manera en la que los Tribunales corroboran la necesidad y conveniencia de configurarla objetivamente; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t.IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, ed., Reus, 15ª ed, Madrid, 1993, p. 973; ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pp. 150 y ss; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivización de la llamada responsabilidad extracontractual”, AC, núm. 1, diciembre-enero, 1986-7, pp. 10-14, que entiende que de las tres fases por las que ha pasado la interpretación de la culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad paterna, la tercera que se basa en que “cuando las garantías adoptadas para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y no se hallaba completa la diligencia”, fase esta última con tres pilares, uno de ellos el fundamento en la responsabilidad por riesgo, el segundo la valoración del interés social, y el tercero si el autor causó daño es que hay culpabilidad sin posibilidad de prueba en contrario.

Y, respecto a la doctrina italiana, vid. GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*, ed., Cedem. Padova, 1990, vol. II,-2, nº. 189; BONCIVINI, E., *La responsabilità civile per fatto altrui*, ed., Giuffré, Milano, 1976, p. 640; y VISINTINI, G., *I fatti illeciti*, ed., Cedam, Padova, 1987, pp. 509 y ss.

¹²⁵⁸ MOROZZO DELLA ROCA, P., *Responsabilità civile e minore età*, ob. cit, pp. 28-33.

CAPÍTULO CUARTO.-

POSICIÓN CRÍTICA ACERCA DEL CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ SOMETIDO A PATRIA POTESTAD.

Una vez expuestas en los dos capítulos anteriores las opiniones que, acerca del criterio de imputación en la responsabilidad civil del menor y del incapaz sometidos a patria potestad y cuestiones colidantes a ella, ofrece nuestra doctrina y algunas realidades jurídicas extranjeras, entendemos que es el momento de dar nuestra opinión acerca de esta cuestión, siempre con el objetivo último, y en la medida que nos sea posible, de realizar un análisis comparativo entre ambas responsabilidades.

Pero de modo previo, y como condicionante de nuestra respuesta, creemos de interés cerrar algunos interrogantes acerca de cuestiones metodológicas que han ido surgiendo a lo largo de los capítulos anteriores, poniéndolos en conexión con nuestra teoría general del criterio de imputación que expusimos en el capítulo primero, sobre todo en lo que concierne a abordar, lo más claramente posible, el concepto de culpa civil. Y a esta finalidad corresponde el epígrafe siguiente.

I.- PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS.

1.- LA INIDONEIDAD DE PRINCIPIOS Y CONCEPTOS ABSOLUTOS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Tras todo lo expuesto en los epígrafes anteriores se puede recapitular que, en esencia y parafraseando a RODOTÁ, en un primer momento la opinión tradicional de los padres de la culpa inmovilizó desde primeros del siglo XX la materia de la responsabilidad civil, al impedir, tanto penetrar en el orden y en las razones de las nuevas causas del daño, como

superar, en definitiva, la angustia del criterio de excepción¹²⁵⁹. Si bien, de dicho extremo se pasó, en la época de auge de los mecanismos colectivos de indemnización de daños, al opuesto, esto es, a discutir la función básica que desarrollaba el criterio de imputación de la culpa, y a predecir el declive de la responsabilidad civil individual¹²⁶⁰.

En virtud del pensamiento jurídico anterior, lo cierto es que en España se intentó justificar la responsabilidad objetiva, tanto en la fuerza de la ley debido al ingente número de leyes *ad hoc* que la consagran, como en las fórmulas cuasiobjetivas de la presunción de culpa o la agravación de la diligencia que se basan en “el deber absoluto de cuidado”, merced, como se ha analizado, a la doble herencia del dogmatismo de la culpa de Francia y de los métodos eclécticos alemanes que parten de la culpa para llegar a resultados prácticos semejantes a la responsabilidad objetiva.

De tal modo que el estado de la cuestión en España nos lleva a criticar, con HEREDERO, que la racionalidad que se ofrece a la responsabilidad civil objetiva busca una mera unificación formal que lleve a la derogación incondicional de los principios de la prueba y cedan ante el daño, desnaturalizando la responsabilidad civil objetiva que, en realidad, nace de la contemplación de la realidad misma de las cosas, no pudiéndola insertar en una idea de maniobra formalista. Y, por consiguiente, a proponer con este autor la existencia de criterios de imputación diversos de responsabilidad civil según las necesidades de la persona en sociedad, con lo que significa de defender la existencia de principios generales objetivos, al igual que el subjetivo, pero, a la vez, de abatir su concepción de principios con valor absoluto e inderogable¹²⁶¹.

¹²⁵⁹ RODOTÁ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

¹²⁶⁰ Es sintomático que los Códigos civiles del siglo XX, de mayor precisión que los del XIX, no aludan a la culpa; verbigracia el Código civil suizo de obligaciones, modelo de la regulación actual portuguesa de 1966, cuyo Título I se intitula “*De la formation des obligations*”, dentro del capítulo 2º que trata: “*Des obligations résultant d’actes illicites*”; o el BGB alemán que se rubrica por “Actos ilícitos” (*Unerlaubte Handlungen*).

¹²⁶¹ HEREDERO, JJ., *La responsabilidad civil sin culpa...*, ob. cit. p. 158, defiende una postura bastante interesante entre el pensamiento jurídico español que, sin embargo, parece no haber tenido mucho predicamento entre la doctrina y jurisprudencia española, como puesta en relación del Derecho dentro de la totalidad del pensamiento humano contemporáneo – Ref. Miñana, en *Rev. de Cª Jurídica*, 1919, p. 209-. Y sobre este postulado metodológico, el autor desarrolla su argumentación, tomando como punto de partida el primer enfrentamiento de la doctrina científica a la dogmática tradicional.

El postulado anterior se basa, en esencia, en el principio de atender a la “naturaleza de las cosas” que permite superar lo encorsetado del principio analítico, que ha primado y guiado el análisis jurídico de la responsabilidad civil de modo clásico, y proponer el más adecuado método de la síntesis, que se basa en asumir la experiencia vivida de las cosas que nos dice que, a veces, nadie ha incurrido en culpa, y, sin embargo, el pensamiento se resiste a abandonar a la víctima a su pérdida¹²⁶². En definitiva, rechazamos los principios cerrados y apriorísticos, como el de la culpa u otro objetivo, y admitimos la variedad de los mismos según la experiencia real de las cosas; lo que puede encontrar una justificación acorde con la peculiaridad de la previsión legal del codificador civil pues, como pone de manifiesto PUIG BRUTAU, parádojicamente en el tema de responsabilidad civil el encauzamiento normativo en la materia es infinitamente menor en los Derechos del sistema continental que en el sistema del *Common Law*¹²⁶³. Y en consecuencia, esta configuración jurídica de la responsabilidad civil propicia la autonomía de los Jueces y Tribunales, es decir, que éstos utilicen el acervo de criterios valorativos que han contribuido a formar su mentalidad, y que se hallan presentes,

¹²⁶² *Ibidem*, pp. 10-27, 29, que nos explica que es propio de las Ciencias especulativas la metodología analítica, es decir, descomponer los conceptos en partes, analizando luego cada uno de los elementos resultantes. Y la aplicación de dicho método a la responsabilidad civil tuvo como resultado la apreciación de dos categorías: por una parte, el elemento externo o relación del agente con el daño como una forma de causalidad física, y, por otra, el elemento interno o la culpa que se proyecta sobre el hombre, atiende a su ánimo, a su voluntad, a su obrar, y está comprendido en él la idea del hombre en su individualidad excluyente, que no admite ser compartido con algo que le sea externo.

Pero, el primer síntoma de crisis fue que ambos conceptos sufrieron modificaciones. En primer lugar, a nivel de la causalidad externa se manifestó la primera brecha, pues de estar dicho elemento siempre físicamente próximo al resultado dañoso – Hart y Honoré., *Causation in the law*, Oxford, University Press, 1959- se pasó a la incertidumbre de los daños atómicos en los que dicho criterio se demostró inútil –Rodière., “Responsabilité civile et risque atomique”, *RCDC*, 1959, p. 506-, y a asumir la causalidad como mera probabilidad. Esta ruptura fue coherente, por otra parte, con la revolución que experimentó la Física moderna que puso de manifiesto la desaparición del determinismo físico mecánico al constatar que la materia no es un todo ordenadamente regular - Heisenberg., *Physik und philosophie*, Frankfurt, 1961-. En resumen, critica el autor que, a pesar de que es constatable que la revisión de la Ciencia científica influyera en la Ciencia jurídica, el jurista se resiste a participar en las corrientes del pensamiento humano para hacer suyo el sentido de la evolución, y sólo asume el resultado formal de ésta. Y, en segundo lugar, la crisis se manifiesta en lo relativo a la causalidad interna. Pues, en un primer momento la conciencia era el hecho determinante de la causalidad interna, a causa de que el movimiento codificador incorporó el Derecho natural que nos dice que el propio derecho es el que procede del entendimiento humano, al que pertenece la abstinencia de lo ajeno y la reparación del daño causado culposamente–Grocio., *De iure belli ac pacis*. Prolegómenos, Epígrafe, 8-. Pero, por influencia de la corriente de la Fenomenología que nos dice que tanto la conciencia como el pensar están influidos por lo externo, se pasó a que el entendimiento de la persona perdiera su autonomía.

¹²⁶³ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, II-2, 1ªed., np.1, p. 659, mientras el Código civil español sólo dedica los artículos 1902-1910 CC, y el francés cinco artículos, dieciséis el holandés, treinta y uno el alemán, etc, aparecen unos trescientos en el *Derecho civil inglés* de Jenks y ciento diecisiete en el *Derecho de obligaciones sudafricano* de Lee y Honeré.

por lo demás, en los principios generales del derecho, como el de la naturaleza de las cosas que atiende a la especificidad del caso concreto¹²⁶⁴.

Esta teoría, en cualquier caso, bebe de las fuentes del *Tort of Laws*, pues la moderna jurisprudencia británica se caracteriza porque huye de toda generalización, y por ello, según DE LOS MOZOS, es más sensible, al igual que el jurista inglés, para captar la relación entre el Derecho y la ética social¹²⁶⁵. Y, por extensión, también recibe influencia de la doctrina jurídica de Estados Unidos, como lo reflejan las doctrinas del “*last clear chance*”, “*humanitarian doctrine*”, y “*res ipsa loquator*”¹²⁶⁶, reglas que desembocaron en la

¹²⁶⁴ Para un análisis de las diferencias entre el método jurídico “racionalista” en el sistema continental y el sistema “empírico” del *Common Law*, vid. MOZOS, J.L.DE LOS., “El sistema del *Common Law* desde la perspectiva jurídica española”, en *Libro homenaje al Prof. Beltrán de Heredia y Castaño*, ed., Universidad de Salamanca, 1984, pp. 553-556, y especialmente, p. 549.

¹²⁶⁵ BROMLEY, P.M., *The concept of torts*, in *English Law*. CIDC, 1960, así se refleja en el tratamiento jurisprudencial de la regla de la responsabilidad objetiva construida sobre la base del deber absoluto de custodia de un animal, que afirma que: “cuando la persona para sus propios fines lleva a su propiedad, recoge, o mantiene allí cualquier cosa susceptible de causar daños, si escapase debe mantener la cosa acumulada en el propio terreno y si no lo hace será responsable *prima facie* de cualquier daño que sea consecuencia natural de la huida, pero podrá liberarse probando la culpa de la víctima o el *act of God* o fuerza mayor”. Pues la jurisprudencia inglesa, sobre la base de un examen cuidadoso de las circunstancias particularmente concurrentes en cada caso, ha limitado dicha responsabilidad objetiva a la acumulación no natural de una materia peligrosa o no, pero admite la huida en diferentes formas siguiendo la variedad de situaciones que aconsejan aplicar o rechazar la regla; de tal modo que, por ejemplo, se estimó que no es huida la que procede de las cosas acumuladas con el consentimiento de la víctima – Prosser&Son/Levy 1995, *Current Law Year Book* (CLYB) 55/2702-; o se elimina la responsabilidad cuando la huida o desplazamiento es para beneficio del que sufre el daño – Landdeys c/Flechter, 1958, CLYB 59/3222-.

Y para una explicación del fundamento y funcionamiento de la técnica del precedente en los sistemas del *Common Law* que permite hacer compatibles la certeza y la flexibilidad del derecho, vid. TURÉGANO MANSILLA, I., “Las fuentes del Derecho inglés”, en *Rev. Jurídica de Castilla-la Mancha*, nº. 21, agosto, 1994, p. 239 y ss, especialmente, pp. 258, “pues la seguridad queda garantizada...cuando el tribunal procede a razonar por analogía a base de las reglas y doctrinas peculiares del sistema jurídico tradicional hasta obtener un principio aplicable a la causa sometida a decisión mediante la aplicación de la técnica conocida; y el desarrollo o crecimiento queda asegurado porque los límites a que puede alcanzar el principio no quedan autoritariamente señalados de una vez para siempre, sino que se descubren gradualmente mediante un proceso de inclusión y exclusión, a medida que surgen casos que ponen a prueba su eficacia práctica...” -

¹²⁶⁶ HEREDERO, JL., *La responsabilidad civil sin culpa*,..., ob, cit, pp. 39-48. La doctrina del *last clear chance* exige mayor diligencia a aquella persona cuya conducta, en el orden de las cosas, se produce en el último lugar, esto es, el último culpable es el mayor culpable pues es culpa mayor despreciar una última oportunidad de evitar el daño. El *humanitarian doctrine* consiste en un mayor acercamiento al deber absoluto, pues supone dicha regla que la víctima, en situación de peligro por su propia negligencia, puede escapar mediante su propio esfuerzo. Y, el *res ipsa loquator* se aplica en todas las situaciones en que el daño se produce a consecuencia de la conducta de la persona que tiene control de todos los factores que intervienen en el resultado dañoso, no exigiendo el control físico sino solo el derecho de control sobre la cosa –agente, y presupone la ausencia de toda negligencia en la víctima. Esta doctrina su utilizó para condenar al Estado de New York a reparar como propietario de un establecimiento de educación de enfermos y deficientes mentales en el que un acogido había sufrido graves quemaduras a consecuencia de la excesiva temperatura del agua de los servicios sanitarios, a pesar de que la sentencia afirmó la regularidad del funcionamiento de las instalaciones - Minotti c/ State, 7. Misc. 2d. 252. 166 NY. S2d, 396, 1957, *New York Law Review*, 1958, p. 1240 que consideró que quien ejerce el control

incorporación de la responsabilidad civil objetiva en el “*Restatement of the Law of Torts*”, interpretado por la moderna jurisprudencia americana de modo contrario a cualquier construcción formal e inmutable adaptándose, todo lo que pueden, al caso concreto¹²⁶⁷. Y no ignoramos que, también, a nivel europeo se constató, aunque con menos fuerza, la influencia del principio de la naturaleza de las cosas en el legislador italiano que consagró de modo explícito, sin acudir a la ficción jurídica, la responsabilidad civil objetiva por los daños causados por las cosas que están sustraídas al impulso humano, residenciado en el artículo 2051 del CC italiano¹²⁶⁸.

Incluso, y por otra parte, la propuesta que mantenemos tiene cierta hermandad con el reciente “modelo alternativo de responsabilidad civil”. Este modelo tiende a superar la división, meramente dogmática, entre la responsabilidad civil subjetiva y la responsabilidad civil objetiva pues dicha partición, según los defensores de este modelo, está basada en un prejuicio histórico que no se corresponde con la realidad jurídica del Derecho de daños, ya que los Tribunales, en el fondo y en todo caso, no sólo se preguntan si el causante del daño ha actuado de forma adecuada, sino, además, quién debe asumir un determinado riesgo, al corresponder, en realidad, al Derecho de la responsabilidad civil decidir quién debe asumir un determinado riesgo en orden a una protección justa de los intereses en conflicto. La idea básica, entonces, de este modelo se basa en que el criterio para discernir que el causante del daño o la víctima deba subvenir el daño está en función de la ponderación de una multitud de principios de responsabilidad civil pertinentes y relevantes que constituyen un “sistema

sobre los factores que intervienen en el hecho dañoso ha desatendido su deber ordinario de cuidado, y se le obliga a reparar sino explica el hecho satisfactoriamente, pues de lo contrario “las cosas hablan por sí mismas”. Además, dicha regla no exige la peligrosidad de la cosa, al revés, la falta de potencialidad dañosa intrínseca es esencial a la misma, esto es, son cosas incapaces por sí de ser dañosas, a no ser que medie negligencia en su construcción, inspección, uso, etc. En definitiva, esta crea una presunción abstracta de culpa muy próxima a la que establecen los derechos europeos con la inversión de la carga de la prueba, pero requieren que la prueba de la causa del daño sea más accesible al agente que a la víctima.-

¹²⁶⁷ Vol III, Sección 519: “Aquél que lleva a cabo una actividad utra azarosa es responsable ante otro cuya persona o propiedad son susceptibles de producir daño a consecuencia de aquella potencialidad peligrosa aunque observe el mayor cuidado en evitar que el daño se produzca”. En definitiva con esta ley se aceptó la idea del deber absoluto de cuidado en el Derecho civil de USA.

¹²⁶⁸ “Cada uno es responsable del daño ocasionado por la cosa que tiene en custodia salvo que pruebe el caso fortuito”, frente al fundamento subjetivo del artículo 2050 CC que trata del daño ocasionado por una cosa sujeta al control humano. Y a partir de dicha diferencia la doctrina italiana configura la doctrina de la responsabilidad objetiva de la cosa-agente –VALSECCHI-, *Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito*, ADC, 1947, p. 151- cuando la cosa por su intrínseca eficiencia, por su modo de ser en el mundo físico provoca un daño por virtud propia. En definitiva, el Derecho italiano incorporó a sus normas el desenvolvimiento de la vida, sin el disfraz de la ficción.

móvil” del Derecho de responsabilidad civil, aplicándose el sistema culpabilístico para algunos casos, y el de la responsabilidad por riesgo para otros. En concreto, en este modelo existiría, por un lado, un catálogo de estándares de responsabilidad graduados; y, por otro, los estándares de cuidado cuya infracción daría lugar a responsabilidad, no como requisitos de comportamiento, sino como “cargas de responsabilidad”, esto es, sin significar cuál es el cuidado realmente debido en el tráfico, sino qué negligencia da lugar a responsabilidad¹²⁶⁹.

Retomando el Derecho español, la teoría expuesta ratifica la idea que defendimos en el primer capítulo de que las diversas funciones a las que puede y ha de servir el instituto jurídico de la responsabilidad civil, y para lo cual se sirve de los distintos criterios de justicia para imputar un daño, conlleva que los criterios de imputación no puedan ser excluyentes ni absolutos¹²⁷⁰. Asimismo, esta teoría encuentra reflejo en las previsiones jurídicas actuales que muestran que al desarrollo de los mecanismos de reparación colectiva y de la responsabilidad civil objetiva le acompaña lo que se ha denominado “una contraofensiva de la culpabilidad”; de modo que se puede defender, en expresión de JOURDAIN, una *belle résistance de la faute* en determinados sectores, por ejemplo, en el ámbito de los ataques a los bienes de la personalidad o el derecho de la propiedad; en el ámbito económico reflejado en la regulación de la competencia desleal entre comerciantes; y en el ámbito de los profesionales¹²⁷¹.

¹²⁶⁹ JANSEN, H., ob, cit, pp. 22-23, En consecuencia, este modelo no entiende necesaria una modificación material del Derecho de daños, sino solamente una reformulación para evitar decisiones contradictorias de los Tribunales: por ejemplo, entienden que la frase de que uno debe de responder por los daños que causa negligentemente es, en este sentido, una forma de distribución el riesgo creado.

¹²⁷⁰ Vid. Infra. IV, del capítulo primero.

¹²⁷¹ O’CALLAGHAN X./ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al derecho civil...*, .op.cit. p. 844, que para corroborar la vigencia del principio de la culpa expone la visión de Viney, quién, frente a la posición que mantuvo cuando escribió, en 1965, *Le declin de la responsabilité individuelle*, argumenta en los años noventa que se constata una penetración de objetivos preventivos y represivos en el dominio de la responsabilidad civil, estando completamente vivo el componente civil de aquélla, la culpa.

Y respecto a la doctrina francesa, vid. JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, ob, cit, p. 19; BUFFELAN- LAVORE, Y., *Droit civil*, 2ème anné, 5 ème éd., Maisson. Droit Sciences Économiques, 1995, p. 263; y FLOUR, Y., “La responsabilité civile: déclin ou responsabilité?”, *Droits. Revue française de théorie juridique*, 5, Ed., Puf, 1987, p. 30, que nos explica que a pesar del retroceso de la culpa en Francia a través, sobre todo, de la esterilización de su noción moral y pasar a significar solamente una culpa social, esto es, un simple hecho defectuoso desprovisto de todo juicio crítico, de todo sentimiento de reproche, se puede constatar, paradójicamente en Francia, que la función preventiva y el sentido psicológico de culpa continuaba indeleble a través, por ejemplo, de la interpretación que la jurisprudencia acometía de artículo 1384 Code que regula la responsabilidad por las cosas de las que se tiene la guarda. Pues, a pesar de basarse en un primer momento en la teoría del riesgo, más tarde se puso el acento en la noción de guarda que, al significar uso, dirección y control,

Ahora bien, si aplicamos los postulados expuestos a la responsabilidad civil de los menores de edad y de los incapaces concluimos la conveniencia de discernir qué sectores precisan de una responsabilidad civil objetiva y cuáles de una subjetiva, según las peculiaridades de los distintos casos en juego; pues, como nos dice BUSANNI, en ciertos casos la responsabilidad civil subjetiva puede servir a los intereses de los incapaces, aunque parezca lo contrario¹²⁷². Y, de igual modo, respecto a la responsabilidad civil de los padres del menor y del incapaz se ha de valorar en qué supuestos ha de prevalecer la función indemnizatoria, como función principal, y en cuáles la tradicional preventiva a la que no ha de renunciar el legislador, pues las leyes deben querer por los ciudadanos lo que nosotros quisiéramos siendo justos, y no ignoramos que, a veces, la justicia del caso viene de la mano de la culpa como transgresión de una norma de conducta necesaria para mantener la paz social. Si bien, en este campo de la responsabilidad civil por hecho ajeno la negación que proponemos del valor absoluto de los criterios de imputación puede tener influencia, de no escaso calado, en la cuestión, tan interesante y rica en matices, de los *numerus apertus- numerus clausus* del artículo 1903 CC, pero de la que sólo haremos un apunte al final de este capítulo al no ser objeto de estudio de esta investigación¹²⁷³.

Finalmente, a pesar de no defender criterios de imputación como reglas generales absolutas en la configuración jurídica actual de la responsabilidad civil extracontractual, entendemos que, siendo conscientes de que el criterio de imputación de la culpa es el aparece como criterio general de la responsabilidad civil por hecho propio, es necesario delimitar este concepto en la medida en que nos condiciona el estudio de la culpa civil de los menores de edad y de los incapaces.

está impregnada de un claro subjetivismo, y, también, en la exigencia de la anormalidad de la misma que esconde, en realidad, la culpa del guardián de la cosa.

¹²⁷² BUSANNI, M., “Canales de contenido propio: Perfiles comparativos sobre la responsabilidad civil: la culpa al servicio de los débiles”, en *Primera Convención latinoamericana del Derecho Ica-Perú*, noviembre, 1995.

¹²⁷³ Vid. *Infra*, III.2 B del presente capítulo.

2.- NUESTRO CONCEPTO DE CULPA CIVIL.

Si la conclusión a la que habíamos llegado en el capítulo primero, esto es, que nuestra concepción de la conexión *daño-responsabilidad civil-obligación* nos llevaba a defender solamente la unidad del fenómeno resarcitorio pero, en modo alguno, la teoría de la unidad de culpa civil, siendo conscientes de la defensa de esta última teoría por voces muy autorizadas entre la doctrina y jurisprudencia española, es momento de completar las consecuencias de esta afirmación.

Para ello es necesario traer tres ideas esenciales acerca del concepto de culpa contractual del artículo 1104 CC apuntadas a lo largo de los capítulos segundo y tercero: 1ª) primera, que la culpa contractual conlleva necesariamente dos elementos, la transgresión de la diligencia debida y la imputabilidad; 2ª) segunda, que, por la influencia que ejerce la exigencia legal de la capacidad de obrar de los sujetos para poder contratar válidamente, y durante todo su desarrollo posterior, el elemento de la imputabilidad se configura como inexcusable en la responsabilidad contractual; 3ª) y tercera, que, debido al principio general en el Derecho de obligaciones contractual de la “defensa de la tutela del crédito”, el contenido del patrón de diligencia en el deudor a la hora de juzgar su culpabilidad adquiere, y es susceptible de adquirir, un contenido más objetivo. Pues bien, entendemos que la influencia de dicho concepto en la categoría jurídica de culpa civil ha traído tres consecuencias que, en la medida en que han sido asumidas acríticamente por un sector significativo de la doctrina y jurisprudencia españolas, no compartimos: en primer lugar, que la imputabilidad es un requisito imprescindible de la culpa civil, negando la posibilidad de que la responsabilidad civil objetiva exija un mínimo de imputabilidad; en segundo lugar, la tendencia a entender preferente un patrón de diligencia objetivo al valorar la culpa de la responsabilidad civil en general, y de los menores e incapaces en particular; si bien, hay que reconocer que en esta tendencia también ha influido el concepto de culpa civil objetiva del Derecho francés; y en tercer lugar, la dificultad y polémica acerca de admitir principios generales de imputación distintos de la culpa en el campo de la responsabilidad civil extracontractual.

Por consiguiente, desde una primera aproximación y libres de los prejuicios anteriores,

entendemos:

1º) En primer lugar, que la imputabilidad no tiene necesariamente que ser un elemento imprescindible de la culpa civil, lo que conlleva, por una parte, que la culpa objetiva no sea un concepto forzado en la interpretación jurídica del término culpa del artículo 1902 CC; aunque otra cuestión será si es la teoría más adecuada para los menores de edad o los incapaces, en cuyo estudio vamos a profundizar a lo largo de este capítulo; y, por otro, que la responsabilidad civil objetiva no sea incompatible con la exigencia de un mínimo de capacidad en el sujeto, como ya reconoce la jurisprudencia inglesa. 2º) La posible utilidad del patrón de diligencia subjetivo, dentro de ciertos límites, en una configuración e interpretación más justa de la responsabilidad civil de los menores pero, sobre todo, de los incapaces, como vamos a justificar a lo largo de este capítulo. 3º) Y, aunque ya lo hemos zanjado en el apartado anterior, que la categoría de la culpa como criterio de imputación absoluto y preferente de la responsabilidad civil no tiene sentido en la actualidad, permitiendo la *ratio* del artículo 1902 CC otros criterios de imputación de contenido objetivo.

Por último, y para completar el concepto de culpa civil extracontractual entendemos que es necesario abordar la problemática, meramente apuntada en el capítulo anterior, acerca de la delimitación entre la relación de causalidad y el criterio de imputación, como presupuestos necesarios que son, junto con la acción/omisión antijurídica y el daño, para que nazca la responsabilidad civil extracontractual. Si bien, ésta va tener consecuencias, creemos, de importancia, sobre todo, respecto a la responsabilidad civil de los sujetos que tienen la guarda de los incapaces. Y aunque esta responsabilidad será objeto de estudio en el último capítulo, hemos creído oportuno estudiar dicha cuestión, ahora, por razones de orden metodológico. Y por su interés le dedicamos el apartado siguiente.

3.- LA IMPORTANCIA DE LA DELIMITACIÓN ENTRE LA PROBLEMÁTICA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA DEL CRITERIO DE IMPUTACIÓN.

La importancia de delimitar la problemática de la relación de causalidad de la propia del criterio de imputación, tantas veces aparentemente confusa para la jurisprudencia y la doctrina, sobre todo en lo que respecta a la responsabilidad civil subjetiva¹²⁷⁴, reside, en nuestro tema de estudio, en comprender mejor y, por tanto, tener una mejor base para dilucidar el criterio de imputación y, por tanto, los medios de exoneración en la responsabilidad civil de los progenitores del menor de edad y del incapaz, al ser ésta una responsabilidad civil, en teoría, subjetiva, y que abordaremos al final de este capítulo. De modo que conviene traer, ahora, claridad a este tema.

Desde una primera aproximación, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria española entienden que, en la mayoría de los casos de responsabilidad civil subjetiva en que el antecedente y la consecuencia no aparecen claros al estar involucradas varias personas entre los agentes productores del daño, si bien, no hay que llegar a confundir el juicio de causalidad e imputación objetiva y el juicio de la culpabilidad, hay que realizarlos a la vez, pues los múltiples matices que la relación causal ofrece no reclaman un tratamiento objetivo y aséptico, sólo basado en el curso regular y ordinario de los acontecimientos, sino un análisis simultáneo de las condiciones y circunstancias subjetivas de los intervinientes de la secuencia¹²⁷⁵.

Sin embargo, y habida cuenta de que, según PANTALEÓN PRIETO, el método anterior no es el único ni el más técnico desde el punto de vista estricto de la teoría de la causalidad¹²⁷⁶, compartimos la opinión de DIEZ PICAZO que, al hilo de la explicación de las diferentes teorías acerca de la relación de causalidad, critica aquéllas que plantean el problema en términos psicológicos, olvidando “la objetiva idoneidad del acto para causar el daño”. Pues, como

¹²⁷⁴ Vid. Supra II.4.A del capítulo tercero.

¹²⁷⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, ob, cit, p. 188.

¹²⁷⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código civil*, t. II, Asociación de Profesores de Derecho civil, Madrid, 1990, p. 1563, y en *Comentarios del Código civil*, artículo 1902, t. II, Madrid, 1991, pp. 1981 y ss.

señalan acertadamente las SSTs 5.4.1983, y 20.5.1981, que aunque son de la sala segunda son predicables con más razón a la responsabilidad civil en que la relación de causalidad adquiere mayor relevancia que en la penal, “*la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva(...)*”¹²⁷⁷.

Y los efectos beneficiosos de dicha distinción se han puesto de manifiesto, a nuestro juicio, en algunas sentencias, aunque aisladas, en las que el Tribunal hace el esfuerzo de delimitar ambos juicios, de las que citamos las dos siguientes:

En primer lugar, en la STS 13.2.1999 (RJA 1999, 1236), cuyo supuesto de hecho versaba acerca de que, como consecuencia de la rotura de la caja de cambios de un camión y el vertido del aceite a la calzada, el vehículo que le seguía tuvo que maniobrar para evitar la mancha, atropellando a un peatón; y respecto al cual el Tribunal, con buen criterio, entendió que la doble imputación causal (tanto la causa inmediata del atropello, la maniobra del conductor del turismo, como la causa mediata, el vertido del aceite, constituyeron antecedentes causales del accidente) exigía, en un segundo momento, acudir a la imputación subjetiva para dilucidar, finalmente, quién era el responsable civil del daño. De modo que el Tribunal resolvió que lo era el propietario del camión por el deficiente estado de conservación del mismo. Y un segundo supuesto en el que, según RAGEL SÁNCHEZ, fue conveniente el examen previo de la relación de causalidad, como juicio objetivo, para poder determinar el sujeto sobre el que habría de indagar, en un segundo momento, el criterio de imputación, fue el que juzgó la STS de 4.11.1992 (RJA, 1992, 9199), cuyo supuesto de hecho trataba del caso de un menor que falleció al ser intervenido quirúrgicamente en una rodilla en un hospital del Insalud. En este caso el TS separó con claridad el nexo causal de la imputación. Pues el Tribunal determinó, en un primer momento, que la causa de la muerte podía ser: la existencia

¹²⁷⁷ DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob, cit, pp. 336, 339, de tal modo que critica “la teoría de la previsibilidad del curso causal como factor sustancial” de A. Cossío en la teoría de la equivalencia de las condiciones, y valora positivamente la propuesta de Traëger en la teoría de la causalidad adecuada, como teoría de imputación objetiva de relevancia jurídica, de que el juicio objetivo de probabilidad se fundase, para separar lo más claramente posible la adecuación de los criterios de la culpa y de la previsibilidad objetiva, sobre hechos conocidos y cognoscibles *ex ante*, pero no sólo los datos conocidos por el sujeto responsable, sino también todas las circunstancias que resultaran cognoscibles por un ideal observador experimentado. Y, en el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, ob, cit, p. 1561; y, aunque no lo problematiza, también, MANRESA Y NAVARRO, JM. DE., *Comentarios al Código civil español*, t. XII, ob, cit, pp. 854-855.

de un defecto cardíaco previo no detectado en los exámenes preoperatorios; una disminución del aparato del oxígeno no apreciado por falta del sistema de alarma o de algún otro mecanismo de instalación; o, que en el curso de la artroscopia se produjera una embolia gaseosa. Pero no pudiéndose probar cuál de estas tres causas fue la que produjo efectivamente el daño, el Tribunal declaró, finalmente, responsable civil al Insalud y al Principado de Asturias al demostrar que la deficiente asistencia del Insalud fue, en realidad, la causa del daño a la víctima, y que éste fue negligente pues: *“circunstancias revelan que en la asistencia dispensada por el menor por parte del Insalud y del Hospital del Naranco no fue completa la diligencia”*. En definitiva, una vez constatada la relación de causalidad entre el Insalud-daño, se declaró su negligencia; pues, si objetivamente el daño se hubiera debido a alguna de las otras tres causas, se hubiera declarado responsable, o bien, al encargado del preoperatorio, al anestesista, o al cirujano, si se hubiera determinado su negligencia, respectivamente¹²⁷⁸.

En cualquier caso no ignoramos que la distinción anterior no es extrapolable en términos generales a la jurisprudencia española. Ya que, si bien en algunas, además de las citadas en los párrafos anteriores, encontramos una clara distinción entre la imputación objetiva y la subjetiva afirmando que la base del criterio de imputación subjetivo es la prueba de la relación de causalidad o imputación objetiva¹²⁷⁹, no es infrecuente apreciar confusión en otras resoluciones, incluso en relación a la responsabilidad civil objetiva o por riesgo. Esta confusión se debe, quizá, a cierta línea jurisprudencial que viene a desplazar la prueba de la culpa a la del nexo causal en el entendimiento de que “se subsume en la causa del daño la existencia de la culpa”, verbigracia en las SSTS 9.10.2000 (RJA 2000, 9184), y 19.6.2001 (RJA 2001, 10059)¹²⁸⁰.

¹²⁷⁸ RAGEL SÁNCHEZ, F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil*, ob, cit, p. 419, que recoge el comentario de Llamas Pombo acerca de la sentencia.

¹²⁷⁹ Vid, STS 24.10.1987, que afirmó que: *“(…) como no se probó que el fuego procediera de las brasas de los maderos encendidos del demandado o de un cortocircuito en la instalación eléctrica, falta, pues la relación de causalidad a la que incorporar, por la regla de la inversión de la carga de la prueba, el elemento culpabilístico atribuible al agente que es lo que, y no la causalidad, se presume”*; y en sentido parecido, SSAP de Huesca de 30.9.1993, y de Valencia de 10.6.1994, que califica a la relación de causalidad como base de la culpa del agente.

¹²⁸⁰ ÁLVAREZ LATA, N, ob, cit, p. 312, que señala, nombrando por todas, la STS 30.6.2000 (RJA 2000, 5918).

A tenor de todo lo anterior, y para dar luz a la problemática expuesta, entendemos que hay que poner de manifiesto que la teoría jurídica de la “causalidad adecuada”, que vino a constituir la dimensión jurídica (imputación causal u objetiva) de la relación causal, trajo dos consecuencias: en primer lugar, la superación, o más bien *juridificación*, de la teoría de la “equivalencia de las condiciones”¹²⁸¹ al sostener que el daño debe ser reconducido a aquellos antecedentes apropiados para producirlo según el curso natural de las cosas, adecuada causa que, normalmente, lleva consigo siempre un daño de la especie considerada, por oposición a las causas que no comportan el daño sino por consecuencia de circunstancias extraordinarias, y que, en definitiva, vienen a resolver la pregunta, no tanto si un elemento de hecho es la causa de un resultado, sino si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona¹²⁸². Y, en segundo lugar, contribuyó al reconocimiento de los criterios típicos de exclusión de la imputación objetiva, esto es, criterios que sirven, no tanto para la determinación de la imputación causal, sino para definir hipótesis de adecuación negativa, tales como la prohibición del regreso, el criterio de provocación, el riesgo general de la vida, o el incremento del riesgo¹²⁸³.

¹²⁸¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, ob, cit, p. 194, que nos explica que, en realidad, se puede decir, que el juicio de causalidad tiene, a su vez, dos fases: 1ª) un primera, en la que hay que decidir sobre la existencia o no de la relación causal como auténtica cuestión de hecho totalmente libre de valoración normativas, esto es, si hay o no causalidad es algo constatable por medio de las leyes propias de las ciencias experimentales, o, en cualquier caso, a través de la teoría de la “equivalencia de las condiciones” que nos dice que causa es todo antecedente que suprimido mentalmente daría lugar a que el daño no se hubiera producido. 2ª) Y en una segunda, y una vez decidido que existe relación causal, aparece el jurista para introducir en términos jurídicos un ingrediente de razonabilidad en el problema de la causación material, de modo que nos situamos en la imputación objetiva para cuya averiguación sirven las teorías de la “causalidad adecuada” y “causalidad eficiente” (STS 5.10.1989 -RJA 1989, 7611-). Sin embargo, reconoce el autor, que la común manera de proceder de los Tribunales civiles de la órbita latina es partir de un concepto global de “causalidad jurídica” que engloba a la vez lo puramente físico o fáctico y lo jurídico.

¹²⁸² Y también, en dicho sentido, REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad....”, ob, cit, pp. 91-97; y Díez PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob, cit, pp.340-349, que nos explican que la causa adecuada no significa la más próxima al evento dañoso, pues puede ser también la que “prepara, condiciona o complementa la acción de la causa más próxima”, como refleja la STS 13.2.1999 (RJA 1999, 1236) que estimó responsable de un accidente era el conductor de un camión pues el defectuoso estado de su vehículo originó que se desparramara el aceite de la caja de cambios, lo que provocó que los vehículos que iban detrás realizaran obras evasivas que produjeron el atropello de un peatón; y en igual sentido, las SSTs 27.1.1993 (RJA 1993, 509); 14.5.1984 (sala 2ª) (RJA 1984, 2605).

¹²⁸³ Vid, sobre todo, REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad....”, ob, cit, p.94, que nos explica que tales criterios provienen normalmente de la dogmática y de

Pues bien, lo que nos interesa ahora resaltar es que los mencionados criterios típicos de exclusión de la imputación objetiva son los que, a nuestro juicio, contribuyen a delimitar los problemas de causalidad o imputación objetiva de los problemas de los criterios de imputación subjetiva¹²⁸⁴. Pues desde el momento en que alguna de las excepciones citadas se constaten en la realidad se desprende la inexistencia de la relación de causalidad, como requisito imprescindible en la responsabilidad civil, y, por ende, la inoperancia de indagar en el criterio de imputación. Y entre las excepciones admitidas jurisprudencialmente a la teoría de la causalidad adecuada, el riesgo general de la vida; la prohibición del regreso¹²⁸⁵; el incremento del riesgo (*but for rule*); y el fin de protección de una norma jurídica, son las dos últimas las que, desde una primera aproximación, nos despiertan mayor interés para el estudio de la responsabilidad civil de los padres por los hechos de los hijos, en especial, de la responsabilidad civil de los padres por los hechos de su hijo mayor de edad no incapacitado, y esto por las razones que expondremos al final de este capítulo¹²⁸⁶.

la jurisprudencia penal, pero todavía, salvo pronunciamientos aislados, son desconocidos para la jurisprudencia civil.

¹²⁸⁴ Por otra parte, el tener en cuenta todos estos factores, como excepciones a la teoría de la causalidad adecuada ha traído que la jurisprudencia, en honor a la verdad, siga la teoría realista en orden a resolver la problemática de la relación de causalidad, como claramente reflejan la STS 22.10.1984 que atribuye el daño a aquel acontecimiento que “*el buen sentido señala en cada caso concreto como índice de responsabilidad dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal*”. Y también, entre otras, en la STS 13.4.1998 (RJA 1998, 2388).

¹²⁸⁵ Acerca de estas dos primeras excepciones, vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, ob, cit, p. 194, y REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad....”, ob, cit, p. 94; y DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob, cit, p. 344, que nos explican que: a) el “riesgo general de la vida” (*allgemeinen Leben risiko*), implica que a quién provocó que el viajero no pudiera volar a la hora prevista no se puede imputar el que el perjudicado muriera después por estrellarse el siguiente avión, pues eso ya es más bien un riesgo ligado a la propia existencia del hombre en sociedad, y, b) “la prohibición del regreso” impide retroceder en la cadena causal desde que se verificó una intervención dolosa o gravemente negligente de un tercero, pues estaríamos ante un nuevo curso causal iniciado por la conducta del eventual responsable. Un caso paradigmático es el supuesto del Hotel corona de aragón resuelto por la STS 11.3.1988: el pequeño incendio originado en la churrería del hotel se propagó de forma incontrolada debido a que unos desconocidos (terceros) habían colocado allí abundante material explosivo. El TS absolvió al propietario del establecimiento declarando que: “dentro ya de la teoría de la causalidad adecuada o eficiente (...) cabe estudiar el problema de la interrupción del nexo causal por la intervención de un tercero, respecto del cual es unánimemente aceptado que, en los supuestos en que la intervención es dolosa o intencionada y no viene determinada por la del agente inicial, es decir, se opera de manera libre, se producirá una auténtica interrupción del nexo, determinativo de una irresponsabilidad de este último”.

¹²⁸⁶ Vid. III.2.B.c de este capítulo

II.- EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ.

Como cuestión previa al estudio de la cuestión material o de fondo, el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los incapaces y de los menores de edad, consideramos necesario abordar una cuestión formal, una delimitación terminológica.

1.- DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA.

Habida cuenta que respecto al menor de edad no hay confusión terminológica, sí creemos que existe, o ha existido respecto al incapaz. Pues, en realidad, hasta hace poco el sector jurídico no distinguía, ni terminológica, ni sustantivamente los sujetos que sufrían diferentes tipos de limitaciones, confundiendo la deficiencia psíquica con la enfermedad psíquica¹²⁸⁷, e, incluso, a veces, con la deficiencia física¹²⁸⁸. No obstante, en la actualidad, se

¹²⁸⁷ El Derecho romano no se ocupó de clasificar las enfermedades mentales y valorar su incidencia en la capacidad del individuo, y por eso en las “Instituciones” se confunde al sordo, al insensato, al mudo, y a los que padecen una enfermedad perpetua que les impide desempeñar sus negocios –vid. GARCÍA VÁZQUEZ., “La polémica en torno al concepto de *furiosus*”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, p. 185 y ss, que defiende que el Derecho romano empleó los tres términos, *furiosos*, *dementes* y *mentecapti* casi siempre como sinónimos -. En igual sentido, Las Partidas reflejan una imprecisión conceptual, agrupando genéricamente al loco, furioso, desmemoriado, imbécil bajo la expresión “salidos de memoria”, lo que conllevó una unificación de su tratamiento jurídico, propiciando el error que supone en materia testamentaria presumir intervalos lúcidos en el imbécil. Sin embargo, en el proyecto de 1851 se estableció, por primera vez, una diferencia conceptual –vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1852, llevada a cabo por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, 1974, pp. 160-161-.

Cfr., para una referencia de la doctrina legal clásica que ya estudiaba la diferencia entre los *furiosus* y el *demens*, el interesante artículo de D’ORS, X., “Sobre XII Tab. V, 7ª: “*Si furiosus escit...*”.II. Consideraciones semánticas. 1. “*furiosus*””, en *Homenaje al Prof. Alfonso Otero*, Santiago de Compostela, 1981, np. 4, p. 223, si bien, este autor interpreta el comentario por Cicerón del precepto decinveral en el que aparece el término *furiosus*, y para ello se ayuda de otros textos del autor, tanto jurídicos como filosófico-retóricos, de tal modo que concluye que *furiosus* tiene el significado, o bien, de locura homicida e impía, o bien, de *insanus* o sujeto que no es dueño de su mente, respectivamente. Pero en cualquiera de sus dos acepciones tiene siempre una connotación de temporalidad, de estado pasajero, que es precisamente lo que permite a Cicerón afirmar que el sabio puede ser *furiosus*, puede sufrir un “arrebato de locura”, a la vista de lo cual resulta imposible aceptar que las XII Tablas previeran la *potestas* del agnado sobre la persona y el patrimonio de quien tiene un momentáneo arrebato de locura, y no sobre la persona que estable y permanentemente tiene perdidas o disminuidas sus facultades mentales. En igual sentido, vid. ref. BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, traducida por Luis Bacci y Andrés Larrosa y revisada por F. Campuzano Horma, ed., Reus, 1929, np. 1, p. 230, en Gutiérrez Calles, JL, ob, cit, p. 60, que entiende que Justiniano esboza una distinción entre los furiosos y los dementes con alguna incidencia en la esfera jurídica.

¹²⁸⁸ Respecto a la normativa anterior, sobre todo de carácter público: es reflejo de esta confusión terminológica, el que el artículo 2 del Decreto de 6 de marzo de 1953 del Patronato Nacional de Educación Especial de la Infancia Anormal, incluyera dentro del concepto genérico de “infancia anormal” a todos los niños

puede decir que el sector jurídico tiene clara la diferencia entre la enfermedad, como situación que tiene su origen en cualquier proceso patológico que afecte al ser humano, y la deficiencia, como cualquier impedimento físico o psíquico derivado de la merma o carencia de alguna de sus funciones orgánicas¹²⁸⁹; si bien, no deja de sorprendernos que, por ejemplo, la SAP de Barcelona de 18 de enero de 1999 califique de deficiente psíquico a un sujeto que sufre un trastorno esquizofrénico paranoico¹²⁹⁰, o que en la Exposición de Motivos de la Ley 1/1999, de *Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía*, se incluya la enfermedad psíquica dentro del concepto de discapacitado psíquico, cuando estamos ante una ley dirigida a los deficientes psíquicos.

Ahora bien, si, en términos generales, la diferencia entre deficiencia y enfermedad está clara, es posible que, por ejemplo, cierto tipo de enfermedad física, o psíquica, no sea útil encuadrarla dentro del ámbito subjetivo que abarque el término “incapaz” en orden al estudio de su responsabilidad civil, aunque sí lo fuera, por ejemplo, para el estudio de su posible incapacitación, y, viceversa. De modo que, en los dos apartados siguientes vamos a intentar justificar qué categorías de sujetos englobamos en el término genérico de “incapaz”, y, a su vez, la razón de utilizar dicho término en orden al estudio de su responsabilidad civil, frente al de incapacitado o de incapaz natural.

que sufrían anomalías de cualquier tipo, incluso físicas. Y así lo constata el que perteneciera al Comité técnico dependiente del Patronato un técnico en materia de educación en cada uno de las especialidades de ciegos y sordomudos. También, el Decreto de 9 de diciembre de 1955 del Patronato Nacional de Educación Especial incluyó a los “inadaptados” en su ámbito de aplicación; o la Orden de 8 de mayo de 1970, que aprueba el texto refundido de los Derechos de 20.9.1968 por los que se establece y regula la asistencia en la Seguridad Social a los subnormales, que considera como tales a ciegos, sordomudos, afectos de pérdida total de las dos extremidades, paraplégicos, parálisis cerebrales y oligofrénicos.

Y, respecto a la situación actual, aún hay confusión, vid. CARRIL VÁZQUEZ, XM., “Sobre el trabajo y la protección social de la persona con retraso mental”, en *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, ed., Paideia, Madrid, 1999, np.23-24-25, p. 344.

¹²⁸⁹ Vid. STS 31.12.1999, citada por PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo”, en *Ar.C.*, 2000, vol. I, p. 1941, que afirma que “en términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestar como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes (...)”.

A.- Terminología en el ámbito de las Ciencias de la salud y en el ámbito jurídico-civil.

Es constatable que no existe, en rigor, ningún concepto jurídico de sujeto deficiente psíquico; enfermo psíquico; senil, etc., u otros adjetivos que atribuyan a la persona una limitación psíquica; pero la incorporación al Derecho, en términos generales, tiene lugar a través del concepto de capacidad y, de su antagónico, la incapacidad¹²⁹¹, como se desprende de los artículos 199 y siguientes CC.

Pero antes de definir la incapacidad desde la perspectiva jurídica hemos creído interesante, teniendo en cuenta que el término de la incapacidad/discapacidad está presente en el ámbito de las Ciencias de la salud y en el socio-político, abordar su definición según la primera Clasificación Internacional de Deficiencias, Incapacidades y Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud en 1982 que diferencia cuatro conceptos íntimamente relacionados:

1) “Deterioro” como una pérdida y/o anormalidad de la estructura o función fisiológica, psicológica o anatómica transitoria o permanente; 2) “limitación funcional” como el deterioro que puede causar limitaciones funcionales que condicionan la inhabilidad total o parcial para realizar las actividades necesarias para la motricidad o las funciones mentales dentro del rango que normalmente es capaz el ser humano; 3) la “incapacidad” como la dificultad en la realización de una o más actividades, que de acuerdo con la edad, el sexo y el rol social normativo del sujeto se estiman como esenciales componentes básicos de la vida diaria; y, por último, 4) “handicap” o “minusvalía” como la desventaja social de una determinada persona resultante de su incapacidad, lo que le impide el desempeño de un rol que le sería normal. Aunque esta clasificación ha sido revisada recientemente en 1999 y en el 2001 por la OMS, decantándose por el término genérico de “discapacidad” frente al de incapacidad, e incidiendo en la idea de que la discapacidad deja de ser algo en sí, para ser la nominación del cruce de numerosas variables, es decir, la discapacidad es una condición relacional, un producto en el cual una limitación funcional, en cualquier área del

¹²⁹⁰ Act.C 1999, 221, fto dº. 2º y 3º.

funcionamiento humano, queda sancionada por la sociedad, como una desviación de escaso valor social, y para esto la limitación ha de ser minoritaria y presentarse en un área valorada dentro de la cultura donde el individuo viva¹²⁹².

En definitiva, del estudio del término de la incapacidad, ahora “discapacidad”, en el ámbito de la Salud extraemos dos conclusiones:

Por un lado, que el término de discapacidad es distinto del “deterioro e impedimento” y de “la minusvalía o handicap”, como conceptos estos últimos que expresan la presencia de limitaciones funcionales en el ámbito físico y en el macrosocial, respectivamente. Y, por otro, que el término de discapacidad presenta concomitancias con el término jurídico de incapacidad, como comprobaremos a continuación, en razón de que se incide en su naturaleza relacional, es decir, en que lo determinante no es la calificación de la enfermedad o limitación física o psíquica, ni las limitaciones físicas o psíquicas que pueda producir al sujeto, sino en la influencia de éstas en las actividades que conforman los componentes básicos de la vida diaria de una persona; lo que se acerca, y nos puede ayudar a su vez a interpretar el contenido de la expresión consagrada en el artículo 200 CC de que para que exista causa de incapacitación la enfermedad o deficiencias persistentes física o psíquicas han de impedir el “autogobierno” de la persona. En consencuencia, el concepto de “discapacidad” va a tener repercusión en el

¹²⁹¹ Así se acomete desde los primeros comentarios al Código civil –vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1889-1890, p. 116, que distingue, de modo clásico, la capacidad jurídica de la capacidad de obrar de un sujeto.

¹²⁹² Punto 6 del Programa de acción mundial para las personas con discapacidad aprobada por la AG de las NNUU por Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982 –en ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Clasificación Internacional de Deficiencias, Incapacidades y Minusvalías”, en *Manual de Clasificación de las consecuencias de la enfermedad*, Madrid, Inerser, 1983-; y WIERMA, D., “Psychological impairments and social disabilities: on the applicability of the ICIDH to Psychiatry”, en *Int. Rehab. Medicine*, 1986, 8, pp.3-7. ICIDH - *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicap*-. Y para una revisión de este esquema en 1999, Vid. ref. OMS., “International Classification of Functioning and Disability ICIDH-2. Beta-2 draft full version”, en GONZÁLEZ CASTAÑÓN, D., “Déficit, diferencia y discapacidad”, en *Topía en la Clínica*, nº.5 –marzo 2001. Este autor destaca la llamada “incapacidad del deseo” que caracteriza a los incapaces psiquiátricos y cognitivos en la medida en que en estos casos la persona deja de desear por sí misma y otros pasan a desear por él, a decidir por él, a organizar su vida por ella o él; el discapacitado se aliena y se deja hacer. Los tratamientos de estas personas enfermos y deficientes psíquicos no pueden olvidar su subjetividad, sus deseos, pues en la gran mayoría de los casos, lo que importa es la dinámica deseante, si el deseo está vivo, más allá de cualquier limitación, va a encontrar su camino y modelar su futuro. Y para la referencia de su reforma en 2001, vid. *Ley valenciana 11/2003, de 10 de abril sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad* (BOE, 22 de mayo de 2003), en la Exposición de Motivos, III, que alude que la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, aprobada en mayo de 2001, por la OMS tomó la decisión de reemplazar los

ámbito jurídico civil, y la “minusvalía” en el ámbito jurídico social pues según la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido (LISMI) las personas con retraso mental originario o congénito serán beneficiarios, en principio, del sistema de prestaciones sociales y económicas. Por último, a pesar de que en el ámbito de las Ciencias de la Salud el término que se ha consagrado es el de discapacidad, entendemos preferible el de “incapacidad” como término acuñado entre la doctrina y jurisprudencia en el ámbito jurídico, y por tanto, es el que vamos a utilizar a lo largo de este capítulo.

Llegado este punto es preciso advertir que en estricta terminología jurídica y, en una primera aproximación, se debería utilizar en lo que respecta a nuestro tema de investigación los siguientes términos:

1º) En primer lugar, el término genérico de sujeto “incapacitado” (o incapaz legalmente) cuando la persona, reuniendo los requisitos del artículo 200 CC, haya sido declarada incapaz judicialmente; siendo el criterio axial de la incapacitación el que la perturbación física o psíquica “impida el autogobierno de la persona” en el ámbito personal, patrimonial y de relación. Y, respecto al concepto jurídico indeterminado que comporta la ausencia de autogobierno, RAMOS CHAPARRO nos explica que la graduabilidad de la sentencia de incapacitación no puede impedir o dificultar *a fortiori* la simple desestimación de la demanda de incapacitación, aunque el sujeto demandado sea deficiente o enfermo psíquico. Pues, a pesar de que la frontera entre capacidad e incapacidad no se configura legalmente de forma tajante y lineal, sino más bien como franja intermedia (*semicapacidad*), con todo, es también cierto que el Ordenamiento jurídico considera relevante y decisivo el punto de inflexión que se da entre el grado máximo posible de dicha semicapacidad, y el grado pleno de capacidad de obrar, y por encima de ese punto no es posible la incapacitación; y sólo en dicho nivel tendrá lugar la graduabilidad. En definitiva, la falta de autogobierno se hace patente siempre que conste la persistencia de graves o significativos síntomas psicopatológicos, es decir, que afecten a la vida psíquica ordinaria en sus diversas manifestaciones superiores o propiamente humanas: inteligencia, raciocinio o juicio, autoconciencia, memoria, voluntad, tono anímico; así como en facultades o aptitudes

conceptos: “deficiencia”, “discapacidad” y “minusvalía” como un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación.

instrumentales y derivadas (percepción, relación, comunicación, etc), si bien estas últimas no son concluyentes¹²⁹³. Finalmente, no hemos de olvidar la importancia añadida que conlleva la incapacitación en la creación de un nuevo estado civil, a pesar de la polémica que rodea a esta cuestión¹²⁹⁴.

¹²⁹³ Para un concepto de incapacitación, vid. referencias bibliográficas en *Infra.II.2.A.b'.b''.b'''* del presente capítulo, y además, vid. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, I, vol.1º, ob, cit, p. 271, que nos recuerda que “la incapacitación no puede nunca consistir en despojar a la persona de toda su capacidad de obrar”, y por tanto el carácter irretroactivo de la sentencia de incapacitación guarda relación con el propio concepto de causa de incapacitación: la enfermedad o deficiencia limitadora del autogobierno ha de permanecer hacia el futuro sin que sea determinante su operatividad hacia el pasado, como se desprende de la STS 19.2.1993 (RJA 1993, 1413); DIEZ PICAZO, L., “Comentario al artículo 210 CC”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (dir. AMORÓS GUARDIOLA, M./ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R), ed., Tecnos, Madrid, 1986, p.196; GARCIA GARCIA, JM., *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*, ed., Revista General del Derecho, Valencia, 2000; y ÁLVAREZ LATA, N./ SEOANE MARTÍNEZ, JA., “Capacidad e incapacitación en el Derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental: La incapacitación”, en *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, ed., Fundación Paideia, Madrid, 1999, pp. 131-135, que afirma que la graduación de la incapacitación es más respetuosa con la persona deficiente psíquica, pero critica que en la actualidad hemos pasado de un modelo de incapacitación única y universal a un sistema de incapacitación dual, en el que se clasifica y define la incapacidad con arreglo a dos tipos de incapacitación: la total o plena sometida a tutela, y la parcial o limitada sometida a curatela, y dejando que sea la ley la que diga los actos que el incapacitado pueda hacer. Cuando, por el contrario, el Juez podría y debería precisar aún más su resolución y dictar una sentencia en la que se defina pormenorizadamente el estatuto del incapacitado, en la que consten con mayor o menor precisión los actos concretos (al margen de los que la ley señala) para los que incapacita a la persona, dejando otros fuera de ese ámbito, aquéllos en los que el incapacitado tendrá capacidad plena. Sin embargo, es cierto que muchas veces la causa se encuentra en la concisión de las propias demandas de incapacitación, que apenas ofrecen pistas para valorar las eventuales capacidades del presunto incapaz (sólo acompañados de la fotocopia del informe médico o del certificado de minusvalía emitido por el IMSERSO o por el organismo autonómico competente). Sin embargo, no hay que olvidar que en este tipo de procesos el Juez no está vinculado a las peticiones de las partes, y, por tanto, la congruencia no juega ningún papel en estos tipos de procesos en donde el objeto no lo conforman –al menos de forma exclusiva- las partes. También, la referencia bibliográfica de SALAS MURILLO, S. DE., ob, cit, np. 5, p.26.

Respecto a la jurisprudencia, entre otras, las SST 7.5.1993 (RJA 1993 3685); y la importante y diáfana en su doctrina STS 31.10.1994 (RJA 1994, 8004), que entendió que no procedía la incapacitación, cuando si bien la persona padece las deficiencias físicas y psíquicas descritas (una dificultad ambulatoria y afasia), éstas no le impiden el conocimiento de la realidad, mantiene su capacidad volitiva, aunque presente dificultad en su expresión –comentada por RAMOS CHAPARRO, E., *CCJC*, nº. 37, enero-marzo 1995, pp. 377-385 que afirma que la sentencia ofrece ciertas pistas interesantes para la acotación práctica del concepto legal clave, pero indeterminado, del “autogobierno personal”. Y actualmente, vid. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “La incapacitación en las Sentencias del Tribunal Supremo”, ob, cit, pp. 34-40, que cita a las STS de 28.7. 1998 (RJA 1998, 6134) que desestima la pretensión de incapacitación al considerarse que, pese a que la presunta incapaz padecía una enfermedad psíquica reconocida, no concurría en el presente caso, como requisito indispensable para la declaración de incapacidad, el de ser de entidad suficiente para que el sujeto no pueda gobernarse por sí mismo en el mundo jurídico, pues la enfermedad padecida por la presunta incapaz era controlable terapéuticamente; y en igual sentido la SAP de Orense de 23.7.1998 (AC 1998, 2175).

¹²⁹⁴ Aunque es un tema que traspasa el nuestro, hay que matizar que no existe polémica en cuanto a la definición de capacidad jurídica y capacidad de obrar, pero en lo que se disiente es en el hecho concreto del que depende (directamente) la capacidad de obrar, pues: 1º) Unos lo hacen depender del estado civil - CASTRO, F. DE, *Derecho civil de España*, parte primera, ob, cit, pp. 48-49; DIEZ PICAZO, L., *Derecho y persona*, ed., Tecnos, Madrid, 1973, p. 3; ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. I, ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 229; etc. Y, 2º) otros defienden que, tras el nuevo artículo 200 CC, en nuestro Derecho no hay más recortes en esta materia que los intrínsecamente justificados por la “real incapacidad de autogobierno”, informando el principio del libre desarrollo de la personalidad el régimen de la capacidad de obrar. De tal modo que este sector defiende que lo

2º) En consecuencia, y segundo lugar, el término de “incapaz natural” o “presunto incapaz” se atribuye al sujeto deficiente, o enfermo físico o psíquico que reuniendo los requisitos para estar incapacitado no lo está¹²⁹⁵. Pues, asimismo, si es doctrina pacífica el principio de la “presunción general de la capacidad de obrar de toda persona mayor de dieciocho años”, que sólo puede desvirtuarse mediante prueba de la concurrencia de causa de incapacitación, y que “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial” ex artículos 199 y 200 CC, es claro que en la esfera jurídica ninguna persona puede ni debe ser considerada o llamada incapaz, con las consecuencias que de ello derivan de privación, total o parcial de su capacidad de obrar, si no hay sentencia firme que así lo declare¹²⁹⁶.

3º) Y, en tercer lugar, “sujeto deficiente o enfermo psíquico”, u otras locuciones, como sujeto con alteraciones en la percepción o psíquicas, etc., para referirnos a las personas que sufren dichas limitaciones psíquicas, y que pueden tener un efecto limitativo en el entendimiento y voluntad en orden a realizar determinados actos jurídicos, pero con independencia de que reúna o no los requisitos para estar incapacitado.

Ahora bien, a pesar del recorrido terminológico, y en relación a la responsabilidad civil, considaremos que debemos acudir al término genérico de “incapaces” para referirnos, como categoría general, a los sujetos deficientes psíquicos, enfermos psíquicos, o que sufran

relevante del estado civil no es su influencia en la capacidad de obrar, sino en su valor definitorio de la situación jurídica básica de la persona en la sociedad, al margen y más allá del sólo aspecto de la capacidad de obrar. En definitiva, la capacidad-incapacidad natural es el dato en el que se apoya la ley para atribuir, entre otros, el estado civil de incapacidad, o sea la causa de atribución de los mismos; y el estado civil, a su vez, es lo que directamente determina la capacidad –incapacidad de obrar de los sujetos, esto es, su medio de fijación –vid. GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, Incapacidades y estabilidad de los contratos*, ed., Tecnos, Madrid, 1986, p. 47 y ss; PARRA LUCÁN, M.A., *Orientaciones actuales del estado civil*, ed., Bosch, Barcelona, 1993, p. 29, y EVANGELIO LLORCA, R., *Los contratos celebrados por incapaces naturales*, ed., Mac Graw-Hill, Madrid, 1997, pp. 22-23.

Tras la nueva LEC, hay autores que se decantan por el carácter meramente declarativo de la incapacidad y constitutivo de la tutela –vid. RAMOS CHAPARRO, E., “Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (Glosa general)”, *Act.C*, nº.10, marzo de 2001, p. 358.

¹²⁹⁵ Aunque también es un incapaz natural quien, por diversas causas, carece de forma transitoria y no permanente de sus plenas facultades mentales, como el embriagado. Y para un delimitación completa del contenido de la incapacidad natural, vid. EVANGELIO LLORCA, R., ob, cit, pp. 2-9.

¹²⁹⁶ Así, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob, cit, pp.1922-1923, y se refiere a las SSTs 10.2.1986 (RJA 1986, 520), 19.5.1998 (RJA 1998, 3378) que recogen dicha doctrina; y, LETE DEL RÍO, JM., “La esterilización del deficiente psíquico”, en AC, nº.4, 21 al 27 de enero de 2002, p. 119, y por eso concluye que el presunto incapaz no se incluía dentro del ámbito de aplicación del antiguo artículo 428 que regulaba la esterilización de persona incapaz, sin especificar si debía o no estar incapacitada, como sí lo exige en la actualidad en artículo 156 CP 1995.

cualquier otro tipo de alteración psíquica, pero nunca física, con independencia de que estén o no incapacitados, e, incluso de que reúnan o no los requisitos para estar incapacitados, y que nosotros a partir de ahora establecemos como un *tertium genus*. Y la racionalidad de dicha distinción es tener presente los datos que exponemos a continuación.

B.- Justificación de la terminología empleada: el incapaz como *tertium genus* junto al incapacitado y al presunto incapaz.

Las razones de adoptar el término de incapaz o incapaces para el estudio de su responsabilidad civil han sido, en esencia, cuatro:

1ª) En primer lugar, porque, como ya se ha apuntado anteriormente, la virtualidad jurídica principal de la incapacitación de una persona es, en términos generales, la inversión del principio general de “presunción de capacidad de obrar de toda persona mayor de dieciocho años”, y, por tanto, su incapacidad para contratar.

Y es doctrina pacífica que de esta incapacidad deriva, *ex* artículos 1263 y 1301 CC, la anulabilidad de los contratos celebrados por incapacitados en contra de lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, en la medida en que el efecto general de incapacidad ha de conjugarse en cada caso en concreto con lo establecido en la sentencia de incapacitación de cada persona según los términos del antiguo 210 CC y el actual 760 de la nueva LEC 1/2000. Y este efecto tiene lugar aunque el incapacitado haya llevado a cabo el contrato durante un intervalo lúcido, ya que estamos ante un nuevo estado civil¹²⁹⁷. De tal modo que, los actos jurídicos que realice el incapaz natural, que reuniendo los requisitos para estar incapacitado no lo esté, se rigen, en principio, por el principio general de “presunción de capacidad de obrar”. Si bien, en el caso de que se impugne el contrato realizado por un incapaz natural, otorgando prueba fehaciente de que aquél carecía de la capacidad necesaria en el momento de

¹²⁹⁷ EVANGELIO LLORCA, R., *ob. cit.*, p. 32, que nos explica que en igual sentido se resuelve en la ordenamiento jurídico italiano –ref. BARASSI, L., “Incapacità natural e incapacità legale”, *en La Legge*, 1908, pp. 1183-1184, que recoge, de modo muy expresivo, una comparación entre el estado civil que resulta de la incapacitación con un escudo que cubre al incapaz, escondiendo a los demás sus efectivas condiciones de capacidad. Y, aunque el motivo que ha llevado a esta protección ha sido la incapacidad natural del sujeto, una vez creado el escudo se prescinde de ella: ni puede ser probado que no existía incapacidad en el preciso

la formalización del contrato¹²⁹⁸, existe una controversia entre, por un lado, la mayoritaria postura doctrinal formalista que califica el dicho contrato de nulo¹²⁹⁹, y, por otra, la doctrina realista, que aunque minoritaria está adquiriendo cada día más fuerza, que califica el contrato de anulable. Esta última se apoya en argumentos sistemáticos¹³⁰⁰; teleológicos¹³⁰¹; de coherencia interna¹³⁰²; o en el interesante argumento de BADOSA COLL que distingue la

momento de realizar el acto, ni puede probarse una incapacidad mayor o menor de la que ha decidido la sentencia.

¹²⁹⁸ Pues, según la STS 24.10.1997, es “*el único espacio temporal al que hay que acudir en esta materia*”, citada por PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob, cit, np.10, p.1925.

¹²⁹⁹ Para una visión de ambas posturas, tanto doctrinal- vid. EVANGELIO LLORCA, R., ob, cit, pp. 53 y ss; como jurisprudencialmente –*Ibidem*, pp. 80 y ss. La postura formalista defiende que el artículo 1263.2 CC, antes de la Reforma de 1996, sólo se refiere a los incapacitados, sobre la base de que tras la Reforma de 1983 no se adecuó tal precepto a los nuevos términos del artículo 200 CC. De tal modo que habría que interpretar que los incapaces para contratar a los que se refería el precepto eran aquellos incapacitados a quién la sentencia hubiera considerado como tales; pues, por otra parte, de tal modo adquiere coherencia interna el artículo 1263 CC con el 1301 CC que habla de menores e incapacitados cuyo régimen jurídico de ineficacia de sus actos es la anulabilidad. Por consiguiente, el régimen del incapaz natural es la nulidad porque falta el consentimiento; o bien, porque mientras no cambie su estado civil el incapaz conserva su capacidad de obrar y sus actos sólo podrán ser impugnados por carencia de plena razón en el momento de realización pidiendo su nulidad –vid. MOZOS, J.L.DE LOS, “La inexistencia del negocio jurídico”, *RGLJ*, 1960.I, pp. 463 y ss; CASTRO, F.DE, *Derecho civil de España*, t. III, 13ªed., revisada por G. Gamero; ed., Reus, 1983, pp. 508-509-.

¹³⁰⁰ La postura realista aduce que el artículo 1263.2 CC, antes de la Reforma de 1996, se refiere tanto a los incapacitados como incapaces y se apoya en diferentes argumentos, entre ellos el argumento sistemático y de analogía, para defender que el régimen jurídico aplicable a los actos realizados por sujetos incapaces naturales, cuya situación se caracteriza por ser igual desde el punto de vista sustancial respecto a la que caracteriza al incapacitado, ha de ser coincidente en determinados aspectos. Y si la regla del artículo mencionado ha sido pensada en beneficio de dichas personas en razón de su enfermedad, parece que en uno y en otro supuesto deben poder impugnarse los contratos por ellos concluidos; y si ninguna norma jurídica impone la nulidad de pleno derecho de los actos del enfermo mental no incapacitado, el régimen jurídico adecuado es la anulabilidad –vid. DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Comentario a la STS 4.4.1984”, *CCJC*, núm. 5, abril-agosto, 1984, pp. 1577-1578-. Aunque a esta postura se le refuta que, entonces, se negaría virtualidad a los intervalos lúcidos de los incapaces, ya que probada la demencia habitual desde fechas anteriores se podría impugnar el contrato, lo que está justificado para los incapacitados, pero no para los incapaces.

También, como apoyo a la postura realista o flexible, pero desde otro punto de vista, vid. HERNANDEZ GIL, A., “La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar”., en *Estudios de Derecho público y privado*, 1966, ofrecidos por el Prof. Der. D. Ignacio Serrano y Serrano, t. I, Estudios de Derecho civil, ed., Server-Cuesta, Valladolid, 1965-, que desde una interpretación lógica, sistemática, histórica y teleológica justifica que la declaración judicial de incapacidad del sustituido no es requisito previo y constitutivo de la sustitución, pues lo esencial es la efectiva existencia de la incapacidad, y la declaración sólo actúa como medida de seguridad jurídica.

¹³⁰¹ Desde el argumento teleológico se razona que los diferentes regímenes de eficacia en el Derecho civil español no responden a criterios estructurales (existencia de un eventual nivel de capacidad natural en la anulabilidad, y ausencia total en la misma hipótesis de nulidad absoluta) sino funcionales o de interés protegido, de forma que el dato de la cuantificación de la capacidad pierde relevancia frente al significado unilateralmente protector que inspira la anulabilidad. De tal modo, habría que reconducir la incapacidad natural al ámbito de la anulabilidad que es el principio general del régimen de ineficacia, ya que la nulidad sólo aparece en él como cuña de imperatividad motivada por la ilicitud que la provoca. En definitiva, lo adecuado a la situación básica de incapacidad es una ineficacia de protección, sólo en interés del incapaz y sanable y que, al final, otorga una mayor seguridad jurídica que es lo que, en el fondo, busca el Derecho contractual –vid. GORDILLO CAÑAS, A., ob, cit, pp. 269-270-.

¹³⁰² Argumento de coherencia interna respecto al supuesto del menor no emancipado, pues en ambos casos la norma se entiende, hoy en día, como técnica de protección en supuestos en los que hay una “base

incapacidad de consentir de la incapacidad de contratar¹³⁰³; y, sin olvidar, por último, la postura intermedia entre la postura formalista y la realista mantenida por TORRALBA SORIANO¹³⁰⁴. Aunque tras la reforma del artículo 1263.2 CC por la LO1/1996, de Protección Jurídica del Menor compartimos la opinión de EVANGELIO LLORCA en el sentido de que, a pesar de que aquélla parece haber restado fuerza a la tesis realista, el régimen jurídico aplicable a los incapaces naturales que tienen capacidad legal pero no natural es la anulabilidad ex artículos 1263 y 1301.5 CC, aplicables analógicamente al incapaz natural al haber una igualdad entre su situación real básica y la incapacitación. Y, además, porque el régimen de nulidad no protege adecuadamente al incapaz natural, y sí el de la anulabilidad, pues, por una parte, aunque éste carezca de representante legal como legitimado para interponer la acción, el artículo 299 bis atribuye al Ministerio Fiscal la representación de cualquier persona que deba de ser sometida a tutela; y, por otra, se evita forzar la

natural” para limitar la capacidad de obrar, aunque con traducción en categorías jurídicas –vid. GÓMEZ LAPLAZA, M.C., “Comentario a los artículos 1263-1264 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1-3, ed., Edersa, Madrid, 1993, pp. 177-179/198-199-.

¹³⁰³ Dentro de la postura realista BADOSA COLL, F., “Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (un estudio sobre el artículo 1263 CC)”, en *Centenario del Código civil*; ed., Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, Asociación de Profesores de Derecho civil, pp. 191-241-, que defiende que el artículo 1263.1-2 CC, en coherencia con el artículo 1262 CC, recoge una incapacidad para consentir, como inhabilidad de una categoría de personas respecto al acto jurídico unilateral de oferta y de aceptación atribuible a cada contratante, con independencia de cual sea su contenido y efectos jurídicos del acto, porque se funda en una situación natural de personas que sufran unas deficiencias psíquicas o físicas con falta de autogobierno, con independencia de que estén incapacitados o no. En definitiva, no existirá consentimiento cuando éstas prestaron el consentimiento sin hallarse en un intervalo lúcido, por lo que el acto será nulo, y sí existirá cuando lo prestó en un intervalo lúcido, que en caso de estar ante un incapacitado le será, en un momento posterior, aplicable su régimen jurídico, el de la anulabilidad. Por el contrario, el artículo 1301.5 CC que se refiere a los menores no emancipados e incapacitados, regula la capacidad para “asumir obligaciones”, es decir, intervenir en el contrato precisamente en cualidad de deudor, porque la incapacidad para contratar es la manifestación en materia de contratos de la función protectora general de la minoría de edad o de la incapacitación, de tal modo que la incapacidad de contratar dependerá del contenido protector que en cada momento tengan la minoría y la incapacitación. Esta idea se ratifica en la ausencia de coherencia entre el artículo 1263 y 1301.5 CC –aunque este argumento decae con la reforma del artículo 1263.2 CC por LO 1/96-. En definitiva, este autor defiende que el loco o demente será incapaz de consentir pero no de contratar hasta que no se haya producido la incapacitación, y viceversa, basándolo en una interesante interpretación histórica del precepto, mientras que el menor no emancipado es incapaz para consentir y para contratar; y también, GARCÍA RIPOLL-MONTIJANO, M., ob, cit, pp. 190-194, que lo basa en razones de orden práctico (porque en la vida real no se presenta el caso de incapacidad absoluta), causal y teleológicas (la anulabilidad protege los intereses del incapaz frente a la nulidad).

¹³⁰⁴ TORRALBA SORIANO, V., “La incapacidad contractual”, en *Libro Homenaje al Prof. D. Beltrán José de Heredia y Castaño*, ed., Universidad de Salamanca, 1984, pp. 703-714, especialmente, p. 709, que defiende que dentro de los incapaces naturales hay que distinguir, que el régimen más adecuado para los incapaces permanentes es la nulidad siempre que se alegue la locura en el momento de la celebración, pues no tienen unos representantes legales encargados de la guarda de su persona o bienes, por lo que puede suceder que la acción caduque con el consiguiente perjuicio para el incapaz, y que se fuerce la incapacitación con la sola finalidad de poder impugnar los familiares el contrato. Mientras que para los incapaces transitorios sería adecuado la anulabilidad, ya que desaparecida la perturbación pasajera el sujeto estará en condiciones de valorar debidamente

incapacitación del enfermo o deficiente psíquico, y, por tanto, problemas de convivencia familiar¹³⁰⁵.

Pues bien, si el dato que acabamos de exponer lo ponemos en contacto con la premisa, puesta de manifiesto en el capítulo anterior, de que la capacidad para incurrir en un ilícito civil es distinta a la capacidad para contratar y ser, por tanto, responsable contractual¹³⁰⁶, se deduce, entonces, que en nuestro tema de investigación es irrelevante calificar a una persona de incapacitado o no, e, igualmente, de incapaz natural, e, incluso, de sujeto que reúna los requisitos para estar incapacitado pero no lo esté. En conexión con lo dicho, pero desde otra perspectiva y en términos de SALAS MURILLO, si la finalidad de la responsabilidad civil es eminentemente compensatoria y se resuelve finalmente en un pago, no es de extrañar que el estándar de capacidad para ser imputable civil sea menor que en el supuesto de la incapacitación; pues basta con tener una mínima conciencia de los hechos para resultar obligado: es un estándar de mínimos, que no se concilia bien con la búsqueda de la verdad material (y no formal) que se persigue con la incapacitación, donde hay que afinar en la medida de la capacidad, para, con arreglo a ello, graduar exactamente la limitación de la misma y el régimen de protección que le acompañe¹³⁰⁷.

2ª) La segunda razón se encuentra en que la incapacidad no es tanto la expresión de una patología de la persona, sino que ésta impida su autogobierno, para cuyo juicio se ha de valorar su entorno interactivo y social, lo que se olvida fácilmente por nuestra doctrina y jurisprudencia pero lo avala el concepto visto de incapacidad en el ámbito de las Ciencias de la Salud; esto es, hay que tener en cuenta las demandas y restricciones del entorno y la presencia o ausencia de apoyos. Pues, como muy bien expresa SEOANE RODRÍGUEZ, y corrobora la FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, cada incapaz es un caso a estudiarse en el plano individual y en el social en orden a su incapacitación, en razón de que el concepto de autogobierno es funcional o de la vida de relación porque nos indica la conveniencia de la incapacitación cuando existe la posibilidad de que la persona dejada a merced de sus propios

los inconvenientes del contrato celebrado y decidir sobre la conveniencia o no de impugnarlo; al igual que el régimen aplicable a los incapacitados.

¹³⁰⁵ EVANGELIO LLORCA, R., ob, cit, pp. 92 y ss.

¹³⁰⁶ Vid. Supra. II.3.B del capítulo segundo.

impulsos puede llevar a cabo una actividad socialmente valorada como perjudicial para ella misma¹³⁰⁸. Por consiguiente, si dicho entorno social y variables de apoyo, imprescindibles para valorar la necesidad de incapacitar a una persona, por el contrario, son irrelevantes para juzgar su imputabilidad civil o capacidad para entender lo que es socialmente dañar a otro, se deduce, de igual modo, la irrelevancia de la incapacitación del deficiente o enfermo psíquico en orden al régimen jurídico de su responsabilidad civil, e, incluso de que dicha persona sea o no susceptible de incapacitación.

3ª) En tercer lugar, porque hay un supuesto límite en el que una persona deficiente física puede llegar a ser un sujeto en el que concurre causa de incapacitación al cumplirse el requisito de la “falta de autogobierno”, pero que, de ningún modo, es relevante en orden a considerarla inimputable civil y, por tanto, irresponsable civil. Y para definir dicho supuesto límite hay que precisar *que para que una enfermedad física produzca la falta de autogobierno deberá ser preciso que:*

a) O bien, *lleven aparejada una enfermedad o deficiencia psíquicas*, razón por la cual RAMOS CHAPARRO criticó la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 18 de enero de 1994 y nos explica que, si bien no se puede negar apriorísticamente la incapacidad de los enfermos físicos, tal y como se desprende de los términos literales del artículo 200 CC, sin embargo, como el criterio principal que determina aquélla es la falta de autogobierno y

¹³⁰⁷ SALAS MURILLO, S. DE., ob, cit, p. 96, que concluye que la incapacitación no significa necesariamente inimputabilidad.

¹³⁰⁸ ÁLVAREZ, N./ CARRIL, J.MA./ FARALDO, P., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.A SEOANE), ob, cit, p. 43. Lo importante en el diagnóstico de un deficiente no son sus limitaciones sino su capacidad residual, sus posibilidades, pues aunque estemos ante personas con un mismo grado y tipo de invalidez su entorno puede ser diferente y también su orientación; Y, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, J., “Incapaces psíquicos”, en *Tratamiento jurídico de las personas con disminución psíquica*, F.G.E. Secretaría General Técnica, Plan de Formación, Mayo 1995, inéditas. Y DUEÑAS ABRIL, C., “La declaración de incapacidad por enfermedad mental. Las dificultades de una valoración. Las confusiones de un lenguaje. Algunas hipótesis sobre las repercusiones”, en *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental, (2ª Jornada)*, ob, cit, 1996, p. 59. La Escala de Evaluación de Incapacidades de la Universidad Estatal de Groningen tiene en cuenta siete áreas: sexualidad, contactos sociales, interés general, ocio y tiempo libre, cuidados del hogar y autocuidado y, presenta las siguientes hipótesis a verificar: que la evolución de la incapacidad es relativamente independiente de la evolución psicopatológica; que la incapacidad social no está específicamente relacionada con el diagnóstico; y que las circunstancias del entorno del paciente, en cuanto a la progresión o regresión de la incapacidad social, tienen mayor importancia que sus características personales. Por eso se ha llegado a afirmar, quizás exageradamente, que “es perfectamente posible la incapacitación de personas superdotadas, mientras que es dudoso que sean susceptibles de incapacitación los llamados *border-line* o personas con inteligencia limitada” -, ref. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, en SALAS MURILLO, S DE., ob, cit, np.15, p.32-.

ésta ha de interpretarse en un sentido principalmente psíquico, para que dicha incapacidad física conlleve la incapacitación ha de ir acompañada de una anormalidad mental¹³⁰⁹, la que, claramente, no se producía en el caso de la sentencia pues el sujeto padecía una parálisis cerebral infantil con tetraparesia espástica pero conservaba todas las funciones de orientación, memoria y capacidad de juicio y afectividad. En definitiva, este autor critica que la sentencia confunda un sujeto con falta de autogobierno, cuya respuesta jurídica adecuada sería la incapacitación, con un sujeto que ha perdido una cualidad esencial para vivir en sociedad en el sentido de que no puede ejecutar sus decisiones respecto a su esfera jurídica, ni atender a su cuidado personal por sí misma, que requiere, tanto una atención social, como jurídica, cuya respuesta adecuada sería la representación jurídica voluntaria, o la gestión de negocios ajenos por persona oficiosa ratificados por el minusválido físico¹³¹⁰. b) O bien, *sin comportarlas (una enfermedad o deficiencia psíquicas), manifiesten una situación de completo aislamiento de la persona*, como se acreditó en la STS 19.2.1996 en que la demandada estaba afectada por una hemiplejía con afasia de Broca que la incapacitaba totalmente para la comunicación¹³¹¹. Si bien, como nos advierte GETE-ALONSO, la más mínima posibilidad de manifestación, existiendo capacidad natural, impediría la incapacitación “stricto sensu”¹³¹², como se puso de manifiesto por la STS de 31.10.1994 en que la enfermedad física que afectaba a la demandada, si bien, le dificultaba para el lenguaje espontáneo o narrativo, no le privaba totalmente de él¹³¹³. En definitiva, no hay que confundir el “autogobierno” con la idea del “autoservicio o valerse por sí mismo”, esto es, con la falta de una autonomía física de la que adolecen, ya sea, los grandes inválidos pero que no van acompañados del menor atisbo de anormalidad mental, ya sea, aquellos sujetos con capacidad interna que pueden comunicarse con la ayuda de algún medio técnico, y que, por tanto, son supuestos que excluyen, de todo

¹³⁰⁹ Entendemos, según lo apuntado con anterioridad, que el autor tendría que haber añadido que dicha condición no es necesaria en el caso límite en que el deficiente físico se encuentre en una situación de incomunicación total.

¹³¹⁰ RAMOS CHAPARRO, E., “Enfermedad física, autogobierno e incapacitación (Comentario a la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid de 18 de enero de 1994)”, en *PJ*, n.º. 35, pp. 397 y ss, especialmente, p. 405.

¹³¹¹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo”, ob. cit, p. 1942.

¹³¹² GETE -ALONSO Y CALERA, MC., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, ed., Civitas, Madrid, 1985, p. 183.

¹³¹³ *RJA* 1994, 8004. En este caso la enfermedad que afectaba a la demanda llevaba aparejada una dificultad ambulatoria y afasia, que no obstante, le permitirían caminar y ser coherente en sus contestaciones, conservando la comprensión auditiva del lenguaje y aun con gran dificultad para el lenguaje espontáneo o narrativo, la demandada no se encontraba totalmente privada de él.

punto, la incapacitación; como parece, por otra parte, desprenderse de los apartados 1 y 2 del principio 4º de la Resolución de la Asamblea general de las Naciones Unidas de 17 de diciembre de 1991 acerca de los *Principios para la protección de las personas aquejadas de enfermedad mental y para la mejora de los cuidados de la salud mental*, que han de servir de pauta para toda labor interpretativa¹³¹⁴.

En conclusión, y poniendo en conexión sistemática las dos últimos argumentos, consideramos, por un lado que, a pesar de que no defendemos una interpretación del “autogobierno de la persona” de índole conductista y sociológico, sí estamos de acuerdo, como expusimos en el punto anterior, que para valorar la influencia de la anormalidad mental o incapacidad para tomar decisiones en su ámbito personal o patrimonial (esto es, para determinar el autogobierno o no de la persona) hay que tener en cuenta no sólo su ámbito individual sino también el social. Y, por otro que, aunque en el supuesto límite analizado del sujeto deficiente físico con capacidad natural pero incapaz de comunicarse es susceptible de incapacitación y, por tanto, de privarle o limitarle de su capacidad de obrar, no sería, sin embargo, un inimputable civil al estar ante un sujeto con capacidad natural de querer y entender.

4ª) Y, por último, el cuarto argumento entendemos que lo ofrece, la desconexión que existe entre el deber de incapacitación y la declaración de exención de responsabilidad penal de un sujeto por inimputabilidad a causa de sufrir alguna alteración o trastorno psíquico, según los términos de la Disposición adicional última del CP 1995. De modo que, en opinión de FÁBREGA RUIZ, por ejemplo, la psicosis esquizofrénica se considera apta, en términos generales, para una declaración de inimputabilidad penal y exención de responsabilidad penal, y en cambio, en la jurisdicción civil sólo en muy contadas ocasiones podrán servir de base para declarar la incapacitación¹³¹⁵. Y aunque este argumento lo asumimos con los matices

¹³¹⁴ Art. 4.1 “No puede decidirse si una persona está aquejada de enfermedad mental sino es conforme a las normas médicas aceptadas en el plano internacional”, 2: “La decisión acerca de la enfermedad mental no debe basarse nunca en consideraciones políticas, económicas o de *situación social*, ..., ni en ninguna otra consideración que no tenga relación directa con el estado de salud mental”.

¹³¹⁵ En los mismos términos, FÁBREGA RUIZ, C., “La responsabilidad civil de los titulares de las instituciones de guarda por hechos realizados por incapaces”, en ponencia presentada en el *Seminario de incapaces*, celebrado por la FGE y el CEJAJ en Madrid, los días 24 al 26 de junio de 2002, inédito, np. 73, p. 30, y afirma que la remisión que el precepto hace a la regulación civil debe entenderse en el sentido de que sólo en los casos y por los procedimientos establecidos en el Código civil puede acordarse la incapacitación de un

debidos pues, como abordaremos más adelante, no compartimos una identificación total entre la imputabilidad penal y la imputabilidad civil, lo entendemos útil en la medida en que nos advierte de que la valoración de la imputabilidad es un puro dato fáctico, independiente de que exista o no sentencia de incapacitación.

Finalmente, y a tenor de las razones expuestas hasta ahora, hemos considerado conveniente utilizar el término genérico de incapaz/ces, como *tertium genus*, para referirnos al sujeto deficiente o enfermo psíquico sin distinguir si está o no incapacitado y, ni siquiera, si es susceptible o no de incapacitación, en orden a estudiar su responsabilidad extracontractual. Por tanto, en esta categoría genérica englobamos al incapacitado, al presunto incapaz, como a los enfermos o deficientes psíquicos, y a aquellos sujetos que sufran algún tipo de alteración psíquica aunque no reúnan los requisitos para estar incapacitados¹³¹⁶. Y con esta advertencia terminológica pasamos a estudiar la responsabilidad civil de los incapaces.

2.- CLAVES EN EL ESTUDIO DE SU CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO.

A.- Código civil. Propuesta de solución.

a.- Postulado de partida.

Las teorías doctrinales sobre el criterio de imputación de la responsabilidad civil del menor de edad presentadas en los capítulos anteriores nos han mostrado que existe un consenso doctrinal favorable a la interpretación sistemática de la normativa civil y penal. Y esto, unido a la publicación de la LORPM 2000 que declara la responsabilidad civil y

inimputable penal. Por consiguiente, en ningún caso puede el Tribunal o Juzgado por sí mismo, instar la incapacitación, sino que debe poner, de acuerdo con el art. 757.3 LEC, los hechos en conocimiento del Fiscal para que éste inste *lo que estime conveniente*. Será el Fiscal el que valore o no la pertinencia de instar la incapacitación.

¹³¹⁶ En sentido parecido, pero con otra finalidad, vid. MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Medidas civiles de protección de los discapacitados no declarados”, en *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (Seminario coordinado por Martínez Díe), ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 93, que establece con *tertium genus* el término de discapacitado entre el incapaz jurídico y el presunto incapacitado, que incluiría a aquéllos afectados por un déficit físico –psíquico, que, aunque no limite el autogobierno, les hace merecedores de una especial protección.

sancionadora-no penal de todo mayor de catorce años, ha traído como consecuencia la consolidación legal de la línea jurisprudencial que en los últimos años estaba resolviendo y declarando responsables civiles a los menores de edad imputables civiles que cometieran un ilícito civil sobre la base del artículo 1902 CC. Si bien, esta línea jurisprudencial, tímidamente consolidada, tiene como excepción el supuesto en que el agente del daño sea un menor de edad deficiente psíquico, ya que en estos casos la víctima no demanda a dichos sujetos, lo cual no es de recibo, como refleja la STS 15.10.2001 (RJA 2001, 8800), que casa la sentencia de apelación que declaró responsable al Colegio especial de niños deficientes por la agresión que sufrió una profesora de una alumna de trece años, al no haberse acreditado la relación de causalidad entre la omisión del Colegio y el daño de invalidez laboral absoluta de aquélla, pero no pudo pronunciarse sobre la posible responsabilidad civil por hecho propio de la menor deficiente psíquica, pues ni siquiera se la había demandado, siendo significativas las palabras del Tribunal de que: “el nexo causal puede relacionarse con una conducta positiva de la alumna, pero no a una conducta negativa del centro educacional (...)”¹³¹⁷.

Y al compartir la tesis doctrinal y jurisprudencial de la preferencia del criterio de la culpa en sentido subjetivo para el menor de edad que cometa un ilícito civil, sólo hemos creído necesario, además de ratificar dicha postura con los argumentos jurídicos que expondremos más adelante, profundizar en algunos puntos que, a nuestro juicio, no están aún claros: tanto la delimitación conceptual entre el concepto de imputabilidad civil y penal, que veremos en el apartado II.2.B.b; como la posibilidad de que tras la derogación del artículo 20 CP 1973 aún exista, de *lege data*, la responsabilidad civil objetiva, o por culpa objetiva, según la teoría que se sostenga al respecto, de los menores de edad inimputables civiles, que analizaremos en el apartado II.2.C.a.

Por otra parte, y frente al supuesto del menor de edad, creemos que el criterio de imputación de la responsabilidad civil de los incapaces adolece de falta de consenso, como se

¹³¹⁷ Fto jurídico tercero. En concreto, la profesora había formulado demanda en base a un hecho concreto que sucedió el 24 de noviembre de 1992 en el Colegio de educación especial “Los Pueyos SAL”; estaba ayudando como profesora a los alumnos y alumnas en el aseo, que constituye hábito cotidiano dentro de las enseñanzas impartidas y una de las alumnas de trece años, deficiente psíquica, oligofrénica, golpeó a los demás alumnos e incluso a la propia profesora cuando intentó pacificarla, por lo que se refugió en uno de los cuartos de baño. Al día siguiente, a la profesora se le apreciaron hematomas, y en abril de 1993 se la ingresó en

ha puesto de manifiesto en el recorrido doctrinal de los capítulos anteriores, ya sea porque no es un tema de interés doctrinal, ya sea porque nuestros Jueces y Tribunales no se preocupan en justificar el pronunciamiento acerca de su responsabilidad civil, e incluso a veces ni se pronuncian; lo que complica aún más la cuestión; si bien, en muchas ocasiones la cuestión reside en que no se demanda al incapaz, cuando sería viable jurídicamente. En consecuencia, vamos a centrar el estudio del presente epígrafe en el criterio de imputación de la responsabilidad civil de los incapaces, para lo cual partimos de la intuición de que la preferencia del criterio de imputación de la culpa en sentido subjetivo, esto es que requiere la imputabilidad civil de sujeto, es también válido para la responsabilidad civil de los incapaces; a pesar de que no parece tener mucho respaldo doctrinal o, en su caso, solo tímidamente¹³¹⁸. De modo que el desarrollo de los apartados siguientes tienen como finalidad constatar, con la ayuda de los argumentos de interpretación de las normas jurídicas, la validez jurídica y vigencia de dicho postulado.

Y, como válido punto de partida, juzgamos que en el momento histórico actual, una revisión de la responsabilidad civil de los incapaces sólo puede hacerse con referencia al cuadro de valores establecidos por la Constitución, pues en todo caso dichos valores son principios informadores de la normativa jurídica de responsabilidad civil. En definitiva, la Constitución es la única fuente normativa capaz de dar fundamento y justificación al equilibrio de intereses que se han de tener en cuenta a la hora de afrontar una reconstrucción del sistema¹³¹⁹, en nuestro caso, de la protección de la víctima y la promoción y protección de los incapaces.

b.- Justificación constitucional.

A partir del postulado anterior, y como expusimos en la introducción de esta investigación, el artículo 10 de la Constitución española consagra como principios de orden político y paz social la “dignidad de la persona” y “libre desarrollo de la personalidad”, pues

un centro hospitalario por padecer un cuadro depresivo grave, declarándole en situación laboral de invalidez permanente absoluta.

¹³¹⁸ Vid. Supra, II.4.A. b) del capítulo segundo.

¹³¹⁹ Ref. BIN., *Diritto e argomento. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, 1992, p. 56, en Corsaro, L., ob, cit, np. 164, p. 167.

son el presupuesto y el fin del Ordenamiento jurídico con independencia de que aquélla sea incapaz o no¹³²⁰. Y éstos implican, a su vez, el “principio de la libertad” que supone la autodeterminación libre o facultad de decisión sobre nuestras acciones y medios, con su correlativo imprescindible de la “responsabilidad” o autodeterminación responsable, pues “ningún ser humano puede desatender el compromiso adquirido a través de sus actos, y la responsabilidad representa el vínculo o la relación del sujeto con sus acciones y decisiones”¹³²¹. Pues bien, estos principios entendemos que tienen preferencia frente al principio *pro damnato* que informa el Derecho de daños, pues éste no se encuentra entre los que el legislador constituyente consagrara como principios de la paz social, aunque, como hemos apuntado y analizaremos más adelante, no hay que preterirlo en la resolución de nuestro tema.

Si bien, entendemos que, respecto a los incapaces, los principios citados de “dignidad - libertad/responsabilidad” han de complementarse con el artículo 49 CE que consagra el “principio de protección”, conminando a los poderes públicos a que presten un amparo especial a los incapaces en orden al disfrute de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentran los más arriba apuntados¹³²². En otras palabras, la igualdad que predicamos no nos puede hacer olvidar las propias diferencias del incapaz, ya que éste parte de una desigualdad

¹³²⁰ Ref. KANT, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Edición bilingüe y traducción española de J. Mardomingo., *Fundamentación de la Metafísica de costumbres*, Barcelona, Ariel, 1996, pp.199 (AK. 344), en Álvarez, N/Carril, J.Ma/Faraldo, P., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.a Seoane), ob, cit, np. 79, p. 66.

¹³²¹ Ref. HEIDEGGER, M., “La pregunta por la técnica”, en *Conferencias y artículos*, trad., . Barjau, Barcelona, Serbal, 1994, pp. 12-15, en Álvarez, N/Carril, J.Ma/Faraldo, P., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.A SEOANE), ob, cit, np. 87, p. 69.

¹³²² Recoge el deber de los poderes públicos de realizar una “política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y ampararán especialmente en el disfrute de sus derechos”. Y para una visión internacional y constitucional del principio de protección vid. LÓPEZ VILAS, R., “Algunas consideraciones sobre la protección jurídica de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales”, en *Libro Homenaje al Profesor José Ramón Beltrán de Heredia y Castán*, ed., Universidad de Salamanca, 1984, pp. 441-453, que afirma que “lo más descollante y loable del espíritu de este precepto es la superación de los criterios puramente asistenciales de estas personas, por una política más compleja, profunda y comprometida en la que convergen las medidas preventivas, con los tratamientos adecuados orientados a la rehabilitación y posible integración de esos ciudadanos (...)”.

Este principio tiene naturaleza “subsidiaria” en razón de que sólo interviene en aquellas áreas donde resulte imposible el ejercicio libre y responsable de la facultad de autodeterminación de la persona con deficiencia o enfermedad psíquica; y además dicha intervención ha de ser mesurada y no excesiva. Y este carácter subsidiario es la única perspectiva acorde con la revisibilidad y revocabilidad de la declaración de incapacidad o con la función o deber de los guardadores de estas personas de favorecer la recuperación de la capacidad.

práctica¹³²³, para cuyo reconocimiento el artículo 49 CE nos sitúa ante un nuevo punto de partida pues, siguiendo a FÁBREGA RUIZ, la promulgación de la Constitución Española de 1978 constituyó un hito detonante, al dejar de ser la situación de los deficientes y enfermos psíquicos una cuestión meramente individual y familiar, transformándose en un asunto de importante calado social¹³²⁴.

Ahora bien, la afirmación anterior nos lleva a reconocer que el principio de protección tiene unas aplicaciones prácticas evidentes, como, por ejemplo: la protección de los derechos de la personalidad; las garantías de los derechos de libertad y seguridad en los internamientos por razones psiquiátricas; la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, como refleja el reciente proyecto de ley de “Regulación del Patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”, propuesto por la Confederación Española de Fundaciones y Consejo General de Notarías¹³²⁵; y de que, incluso, dicho principio está adquiriendo una nueva dimensión o proyección para las situaciones de pérdida progresiva de

¹³²³ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los derechos humanos del incapacitado”, en *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, ed., Bosch, Barcelona, 1997, pp. 26 y ss.

¹³²⁴ FÁBREGA RUIZ, C.F., “Aproximación a la regulación jurídica de los actos jurídicos del incapaz en el Derecho español”, *Rev. G. Infor. D.*, 2002, pp. 3- 4, que afirma que la protección del incapaz debe partir de la base de que se le protege para que pueda gozar sin discriminación negativa de sus derechos como persona y como ciudadano.

¹³²⁵ Vid. Versión de 18 de febrero de 2002 de REGULACIÓN DEL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, con el fin de articular una serie de medidas legales que permitan a los padres o guardadores formar patrimonio suficiente para el hijo discapacitado y que, a su vez, sirva de soporte para sufragar las atenciones futuras de aquél en ausencia de los padres. Y para ello aprovecha el concepto tradicional de “patrimonio separado” (art. 1, t.I, capítulo I).

Y para otras propuestas, de *lege ferenda*, en relación a la protección del incapaz –vid LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S.M la Reina Sofía de España y por el Consejo General del Notariado en la UIMP, ed., Civitas, Madrid, 2000, pp.155-217 que recoge: a) la supresión de barreras legitimarias para las adquisiciones patrimoniales del incapacitado, proponiendo añadir un nuevo párrafo al art. 808 CC; b) la flexibilización de las trabas judiciales en la gestión del patrimonio del mismo, proponiendo un sistema mixto entre la tutela familiar y de autoridad; y c) la concesión de una amplia gama de fórmulas particulares de atribución patrimonial a favor de éste, que en el momento actual, no están admitidas en el Derecho común, como por ejemplo, las figuras sucesorias y la fundación familiar-.

Y para una visión de las medidas que *de lege data* ofrece el Derecho civil para la protección del incapaz, vid. MUÑOZ DE DIOS, G., “El patrimonio del discapacitado”, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ob, cit, pp. 69-75, desde la renta vitalicia con cláusula de estabilización, respecto de la que la DGRN ha venido admitiendo últimamente la posibilidad de que se pacte la condición resolutoria en contra de lo dispuesto en el artículo 1805 CC; pensión en testamento; el seguro, pues si bien el artículo 83 LCS prohíbe que se contrate un seguro para caso de muerte sobre la cabeza de menores de catorce años o incapacitados, en éste caso el incapacitado será solamente el beneficiario y el seguro es sobre la cabeza del padre o ascendiente a cuyo cargo esté; Mutualidades de Previsión social con el inconveniente, quizás, de que los derechos han de ser iguales para todos los beneficiarios; y FERNÁNDEZ –

capacidad, a través de la figuras jurídicas de la “autotutela” o de los “apoderamientos preventivos”¹³²⁶.

Sin embargo, y en conexión con nuestro tema de estudio, proponemos la posibilidad de añadir otra nueva aplicación al principio de protección ex artículo 49 CE, aunque no tan evidente como las aplicaciones mencionadas en el párrafo anterior, y en los siguientes términos:

Habida cuenta de que, por un lado, el artículo 49 CE conmina a los poderes públicos a que presten un amparo especial a los incapaces en orden al disfrute de sus derechos fundamentales, y por otro, que entre los poderes públicos se integra el Poder judicial en su función de aplicación e interpretación de las normas jurídicas, en consecuencia, consideramos que los Jueces y Tribunales han de aplicar, en nuestro caso, la normas jurídicas reguladoras de la responsabilidad civil de modo que respeten la libertad y responsabilidad de los enfermos o deficientes psíquicos¹³²⁷. Lo cual, desde una primera aproximación, trae consigo que, siempre que sea posible, el criterio de imputación que se les aplique sea el que rige, como principio general, al resto de las personas, el criterio de justicia de la culpa en sentido subjetivo que presupone la imputabilidad civil.

TRESGUERRES GARCÍA, A., “Disposiciones de protección *mortis causa* del discapaz”, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ob, cit, pp.219-252.

¹³²⁶ La autotutela se define como legitimación de un mayor de edad capaz para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación. Respecto a la autotutela existe una controversia doctrinal: 1) Están a favor de la autotutela, RODRIGUEZ- ARIAS BUSTAMANTE, L., “¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?”, en *RCDI*, 1953, pp. 349-354; y FÁBREGA RUIZ, C./ HEREDIA PUENTE, M., “Algunas ideas sobre el modelo institucional de protección de incapaces en el Derecho civil español”, en *PJ*, 997, nº. 48, tercera época, p. 512 que menciona que está vigente en el Derecho italiano, alemán, y catalán. 2) Y en contra, entre otros, ROMERO, P.A., “Posibilidad de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad”, en *ASN*, t. VIII, pp.456- 473.

Por otra parte, es muy interesante, una propuesta *de lege ferenda*, también, para los supuestos de pérdida progresiva de la capacidad, los llamados “apoderamientos preventivos” como *tertium genus* entre la representación voluntaria y la legal, que lo permite el que sea doctrina pacífica la independencia del poder respecto a la relación jurídica subyacente, aunque no sea totalmente abstracto de ésta- vid. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., “Apoderamientos preventivos y autotutela”, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ob,cit, pp. 136-148, que propugna la regulación específica de unos poderes otorgados precisamente en contemplación de esa situación de incapacidad natural (relación subyacente) y que facultan al apoderado para actuar válidamente en nombre del poderdante, con independencia de la capacidad concreta de éste, hasta que se constituya el organismo de tutela o guarda”.

¹³²⁷ A su vez, el artículo 5 LOPJ nos recuerda que los Jueces y Tribunales aplicarán e interpretarán las leyes según los preceptos y principios constitucionales.

En otras palabras, a nuestro entender, se respetan de modo mediano los derechos fundamentales de libertad-responsabilidad de los incapaces si se interpreta y aplica la normativa jurídica de su responsabilidad civil otorgando preferencia al criterio de imputación de la culpa en sentido psicológico, esto es, requiriendo su imputabilidad civil¹³²⁸. Nos sustraemos, de tal modo, a inadecuadas interpretaciones cómodas y paternalistas en las que, en su mayor parte, se ha sustentado el postulado clásico de la irresponsabilidad de los incapaces, pues juzgamos que la legitimación del Estado, y en consecuencia de todos los poderes públicos, para establecer una normativa en cuyo ámbito deba plantearse todo aquello que afecta a la salud mental debe partir de la premisa ineludible de no olvidar que dicha actuación debe venir presidida por un escrupuloso respeto a la dignidad de la persona humana¹³²⁹.

Asimismo, la primacía de los principios de la libertad-responsabilidad para estos colectivos se pone de manifiesto a través de la evolución social y sanitaria que ha experimentado el tratamiento de los incapaces, y que tiene su parangón en el ámbito jurídico. Pues, además, toda norma jurídica, en nuestro caso la responsabilidad civil del incapaz, ha de interpretarse conforme a los criterios hermenéuticos establecidos en el artículo 3 CC, entre los que se encuentra la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada. De modo que esta evolución es objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

¹³²⁸ Asimismo, es importante resaltar, a parte de la justificación mencionada, que los principios jurídicos mencionados se defienden también desde unas claves antropológicas, en ÁLVAREZ, N./ CARRIL, J.M.A./ FARALDO, P., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.A SEOANE), ob, cit, pp.50-64, que aunque es un tema que nos deborda creemos interesante apuntarlo: 1) el ser humano como proyecto (ser inacabado), pues no es un ser de carencias sino de finalidades; 2) la respuesta humana como acto libre, al estar presidido su actuar por la posibilidad, y no por la determinación; 3) la apertura dialógica del ser humano a través de la que se construye su personalidad, esto es, el ser humano se comprende y perfecciona en comunidad, por lo que la socialidad se presenta como una necesidad y como un bien o valor.

¹³²⁹ FLORES PÉREZ, A., “La protección de los derechos constitucionales de las personas con disminución psíquica”, en *Tratamiento jurídico de las personas con disminución psíquica*, Fiscalía General del Estado. Plan de Formación, Madrid, 8-10 de mayo de 1995, inéditas.

c.- Otros argumentos de apoyo: evolución en el ámbito social, sanitario-psiquiátrico, y jurídico en el tratamiento de los incapaces.

a') Evolución en el ámbito social y sanitario-psiquiátrico.

a'') Estado de la cuestión social.

La preeminencia de los principios expuestos se verifica en la transformación de nuestra sociedad que, de un atavismo hacia el mundo de la deficiencia y la enfermedad psíquica, ha dado paso en el siglo XX a la llamada “integración” o equiparación de oportunidades¹³³⁰; y, a su vez, desde los países escandinavos, a la llamada “normalización”,

¹³³⁰ Para una visión completa de la evolución de la situación de las personas con deficiencia y enfermedad psíquica que van desde una fase de exclusión, a una fase de reclusión a, por último, una fase dialógica, vid. ref. GRACIA, D., “El retraso mental en la historia”, en Gafo J (ed), *La Ética ante el trabajo del deficiente mental*, Madrid, Córdoba, UPCO, Promi, 1996, pp. 25-50, en Seoane, J.A (coor), ob, cit, np.1, p. 23; y PUEBLA POVEDANO, A., “Requisitos de la incapacitación”, en *Deficiencia, Enfermedad mental y Senilidad: Mecanismos Legales de Protección (1ª Jornada)*, ob, cit, pp. 31-32. En la época de los espartanos y romanos se practicaba el tratamiento de choque que otorgaban aquéllos en el monte Taijeto o éstos por la roca Tarpeia a los individuos diferentes o no deseados. En la Baja y la Alta Edad Media, ya en nuestra cultura occidental, y tomando como eje los planteamientos aristotélicos y galénicos sobre la concepción humana, se formula el principio de la culpabilidad parental, según la cual toda malformación de un niño al nacer denunciaba habitualmente un pecado de los padres. En este contexto, por razones morales, sociales o económicas la costumbre de la exposición, esto es, la denominación jurídica que hoy se corresponde al fenómeno histórico consistente en el abandono de un niño o un incapaz que no puede protegerse a sí mismo, a fin de eludir la obligación de prestarle los cuidados necesarios se mantiene durante siglos. Pero tal hipócrita manera de dejar en manos de Dios el destino del no deseado empieza a resultar inaceptable en el siglo XVI, con el desarrollo de una actitud social que toma conciencia del principio de la inocencia infantil. Pero, la Edad Moderna trajo consigo un método eugenésico alternativo al de la exposición, esto es, el de la opresión y la sofocación. Sin embargo, supuso un avance el que a mediados del siglo XVII surgieran los primeros hospicios para niños expósitos, como la Casa de Niños expósitos de París que llegaba a recibir más de 2000 niños anuales, condenados a una mortandaz tremenda. No obstante, para una visión del enfermo mental en el siglo XV en España, como momento de transición entre la Edad Media y la Edad Moderna, vid. el interesante artículo de VENTOSA ESQUINALDO, F., “El enfermo mental en el siglo XV en España. Conceptuación como enfermo distinto y curable. Su cuidado”, en <http://www.departamento.enfe.ua.es>, que nos explica que el hombre ha tenido siempre la enfermedad y ha recurrido y admirado al cuidador, pero el hombre afectado por la demencia no tenía conciencia de estar enfermo. Su apariencia física sana no inspiraba compasión y además se le suponía portador de poderes sobrenaturales. Todo esto llevó a la errónea y transcendental hipótesis de que la medicina no tenía objeto ni poder, ni derechos, sobre los enfermos psíquicos. Estas condiciones animosas de culturas primitivas estuvieron profundamente arraigadas a través de los siglos y han sido los principales obstáculos que han impedido llegar al concepto de locura como enfermedad, y a la consideración del loco como un enfermo. Pero hay un aspecto en el momento inicial del siglo XV que es necesario resaltar: el sentido filantrópico de los españoles y la forzosa convicción pública de que había que mejorar la suerte de los infelices locos, añadiendo el precepto del amor al prójimo, de modo que lo sorprendente no será la atención hospitalaria de los locos, desfallecidos de seso, orates, dementes, inocentes, furiosos, sino su cuidado diferenciado, su conceptualización como enfermos distintos, y curables. Es significativo que en este período todas las instituciones dedicadas a enfermos mentales se llamaban de inocentes, ya que habían perdido la luz de la razón.

tan en boga en nuestros días, que conmina a facilitar la adaptación de estas personas, poniendo a su disposición un ambiente y condiciones de vida lo más similares posibles a las circunstancias normales en el contexto social y cultural en el que desarrollan sus vidas¹³³¹.

Y, en concreto, esta etapa de normalización y aceptación social que ayuda al ejercicio efectivo de los derechos de dichos sujetos¹³³² se corrobora, en la actualidad, con el creciente fenómeno del voluntariado que ha surgido en torno a este campo, y que se inserta en otro más amplio refrendado por la Ley 6/1996, de 15 de enero del Voluntariado, que, por poner un ejemplo, está asumiendo actualmente la figura tan necesaria de los “delegados tutelares” en las tutelas por personas jurídicas faltas de regulación¹³³³. Asimismo, y guiada por la misma

Y, ya en la edad contemporánea, en las postrimerías del siglo XVIII se inicia el cambio, a pesar de su lentitud, destacando las ideas de Pinel que libera de sus cadenas a idiotas y dementes de las instituciones de Bicetre y la Salpêtrière, aunque dudara de que fueran susceptibles de educación; las de Rousseau sobre educación de retrasados que influirán en las de Pestalozzi y Proebel. Y, fue, por último, a lo largo del siglo XIX cuando se inician las primeras iniciativas médico psicopedagógicas lideradas por personalidades como el suizo Guggenbuhl, Esquirol, Itard, Seguin, Montessori, etc que concluyen con la creación de importantes escuelas para la educación de personas con deficiencia sensorial y deficiencia mental –vid. MUNTANER, J., *La sociedad ante el deficiente mental. Normalización, integración educativa, inserción social y laboral*, ed., Narcea, Madrid, 1995, pp. especialmente, pp. 9-51, que refleja que en el siglo XIX, Itard, Guggenbuhl, Séguin, Howe lograron demostrar que con un trato humano y educación adecuada se podía capacitar a los mentalmente retrasados mucho más allá del nivel que la mayoría de la gente creía posible; y todo ello repercutió en un movimiento social a favor de un mejor trato para los discapacitados. En definitiva, desde principios del siglo XIX no hay un psiquiatra ni un historiador que no se deje llevar por el mismo sentimiento de indignación: “sin vergüenza alguna han puesto a los alienados en las prisiones (...) encadenados al lado de los criminales”.

¹³³¹ La II GM trajo como consecuencia paradójica la incorporación de personas con discapacidad psíquica como mano de obra necesaria para atender la maquinaria bélica y, a su vez, el posterior desarrollo de políticas y legislación de protección y atención a las discapacidades que, indirectamente mejoraron la situación de los deficientes –vid. CARRETERO, A., *La problemática jurídica de los subnormales en España*, ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977 p. 17. El movimiento de apoyo-integración para el minusválido físico se trasladó al deficiente psíquico. La masificación del problema lo convirtió en una “cuestión social”. Y para un concepto de la “normalización”, vid. WOLFENBERGER, W./ NIRSE, B., *The principle of Normalization in Human Services*, Toronto, National Institute on Mental Retardation, 1972; y LIPPMAN, L., *Attitudes toward the handicapped. A comparison between Europe and the United States*, ed., Morris Val Jones, Ph, 1972.

¹³³² PUEBLA POVEDANO, A., “Requisitos de la incapacitación”, en *Deficiencia, Enfermedad mental y Senilidad: Mecanismos Legales de Protección (1ª Jornada)*, ob, cit, 1996, p. 29, que nos explica que está clínicamente demostrado que pacientes con el mismo diagnóstico mejoran o empeoran según la acogida o rechazo que tengan en su entorno.

¹³³³ Para una visión de los aspectos negativos y positivos del Voluntariado, vid. VVAA., “El papel del voluntariado. Modelos de cooperación entre ONS y Administraciones públicas. Desarrollo de tendencias de autoayuda entre enfermos mentales”, en *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, curso 1996-1997, ed., Promi, 1997, 5ª Jornada, pp. 131-143; VVAA., en Mesa Redonda, “Sociedad civil e intervencionismo. La familia y las ONG como instituciones defensoras del discapacitado, incapaces y personas en situaciones especiales”; y “Discapacitados sociales y personas en situaciones especiales”, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ob, cit, pp. 293-335.

Y respecto a la función de los delegados tutelares –vid. PERALES RAMÍREZ, L., “Mesa informativa: Las Fundaciones Tutelares: ¿qué son y para qué sirven?. La labor de la Fundación Aequitas”, en *La situación jurídica de las personas con discapacidad. Hacia la mejora de las Leyes*, III Jornadas de Fundaciones Tutelares,

filosofía de la normalización, se encuentra el Proyecto de Ley que aprobado en España por el Consejo de Ministros el día 23 de mayo de 2003 titulado “*de la Igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad*”, impulsada, quizás, por ser el año 2003 el Año Europeo de las Personas con Discapacidad; y del que conviene destacar que las modificaciones introducidas en el texto por el Departamento Gubernamental de Trabajo y Asuntos Sociales giran en torno a la consecución de un *status* de igualdad hacia las personas cuya discapacidad les impide alcanzar, en ocasiones, el mismo cupo de derechos que aquéllos a los que no les afecta ningún tipo de discapacidad. Así, en la Exposición de Motivos se hace referencia a que transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) se hacía necesario aprobar un texto que, complementándola, renovara las políticas de equiparación de las personas con discapacidad en nuestra sociedad, pues no se trata de una Ley de derogación sino de una legislación de complemento y de subsanación de las lagunas que en el resto de apartados de nuestro Ordenamiento jurídico pudieran existir¹³³⁴.

No obstante, y en palabras de SANTOS URBANEJA, esta última etapa ha venido precedida de otras cuatro anteriores, como constata la Historia en todo proceso que reivindica los derechos de colectivos marginales: el reconocimiento filosófico-teológico; una aportación científica; etapa de reivindicación; y etapa de reconocimiento jurídico, y especial atribución a instituciones públicas del deber de velar por su protección y defensa¹³³⁵.

y II Jornadas de la Fundación Aequitas, 2 y 3 de diciembre de 2002, Sevilla (inéditas), que como presidente de la Asociación española de Fundaciones Tutelares nos explica que los “delegados tutelares llevan a cabo la dimensión personal de la tutela, pues éstos se comprometen a establecer una relación personal, individualizada y cercana con la persona discapacitada que de mutuo acuerdo con la Fundación se le asigna. Y su importancia se refleja en que en diciembre de 2002 concluyó en Toledo el 4º Encuentro de Delegados Tutelares en España

¹³³⁴ BOCG (Congreso de los Diputados) de 23 de mayo de 2003, y para un comentario de la repercusión de dicha Ley en la Ley de Propiedad Horizontal, vid. MAGRO SERVET, V., “Repercusión en la Ley de Propiedad Horizontal del Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades”, en *La Ley*, nº. 5797, viernes, 6 de junio de 2003, que nos explica que dicho Proyecto introduce una importante reforma de los artículos 10, 11 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal para flexibilizar el régimen de adopción de acuerdos en aquellas obras requeridas en las comunidades de propietarios cuando lo soliciten personas mayores de 70 años o con discapacidad. En concreto, se supera la exigencia del quórum del voto favorable de la mayoría de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación por el de legitimación para instarlo con el límite del coste de instalación para que sea obligatorio y no facultativo para la Comunidad de Propietarios.

¹³³⁵ SANTOS URBANEJA, F., “La Deficiencia y la Enfermedad mental en la Constitución y en las Declaraciones Internacionales de los Derechos. Análisis de la legislación interna. Instituciones con responsabilidad en este campo, en *Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, curso 1996-1997, ed., Promi, 1997, 2ª Jornada, p.43.

En definitiva, desde un punto de vista social, el siglo XX ha sido el auténtico siglo de las luces para el abordaje de la discapacidad y enfermedad psíquica.

Si bien, no podemos ignorar cuatro datos importantes que ponen en entredicho, en cierta medida, la aceptación social y normalización apuntada:

1) En primer lugar, en el momento presente se pone de manifiesto las limitaciones tan severas que sufre la Educación especial, como medio esencial para la normalización de estas personas (deficientes psíquicas), que dificulta enormemente su implantación y desarrollo¹³³⁶. Y aunque resulta meritorio el que el título III de la nueva Ley 1/1999, de 31 de marzo, *de atención a las Personas con Discapacidad* en Andalucía reafirme la obligatoriedad de la educación primaria y secundaria para personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, sigue existiendo, aún, una discriminación respecto a los estudios universitarios¹³³⁷.

2) En segundo lugar, que aún estamos mediatizados por el paradigma del déficit, debiendo dar paso al más creativo y humano “paradigma de la diferencia” que permita identificar a tales personas no sólo con aquello de lo que carecen sino con lo que pueden, pudieron y podrán, y no intervenir para suplir su falta, sino para brindar desde el entorno, la ayuda que necesiten para vivir, como sucede con el resto de las personas.

3) En tercer lugar, que es significativo que en otros países, la “autogestión” sea una actividad laboral como otras, en la que un grupo de incapaces, o sus padres, contratan a discapacitados autogestores para capacitarse, organizarse, diseñar estrategias de reclamo y supervisar la gestión pública; mientras en nuestro país se caracterizan por su sectarismo y se escudan, si bien con razón muchas veces, en la falta de recursos, en vez de lanzarse a opinar,

¹³³⁶ Estas carencias ya se pusieron de manifiesto en el Informe- propuesta de la Comisión Interministerial para la Integración Social de los Minusválidos aprobada en la reunión del Consejo de Ministros de 27 de septiembre de 1974 – vid. CARRETERO, A., *La problemática jurídica de los subnormales...*, ob, cit, p. 9. Y para una visión de las carencias de la situación actual, vid. LÓPEZ SERRENO, M., “La llamada Educación especial. Análisis de la nueva Ley de Educación”, en *La Deficiencia y la Enfermedad mental en clave de Solidaridad*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, curso 1996-1997, ed., Promi, 1997, pp. 183-208, a pesar del avance que ha supuesto en las Comunidades autónomas que no tienen transferidas las competencias educativas el Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, sobre ordenación de la educación de los alumnos con necesidades de educación especial.

¹³³⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Comentario a la nueva Ley de Atención...”, ob, cit, p. 9.

comunicar y peticionar en su conjunto¹³³⁸. No obstante, frente a esta última crítica, hay que decir que en España están apareciendo, aunque de modo aislado, iniciativas muy interesantes, entre las que destaca, por un lado, la Asociación *Paz y Bien* que impulsó la creación de la Fundación Tutelar TAU, cuyo ámbito de actuación empezó siendo la deficiencia psíquica, pero de ahí se ha extendido a la senilidad, menores delincuentes, y enfermos psíquicos en Centros hospitalarios¹³³⁹. Y, por otro, la Asociación de Enfermos Mentales del Alto Guadalquivir (AEMAG) que es la única en España gestionada por los propios enfermos psíquicos; sin olvidar, tampoco, las incipientes tendencias de autoayuda que tan buenos resultados están dando¹³⁴⁰.

4) Y, en cuarto y último lugar que, es constatable, comenzando el siglo XXI, la falta de coherencia entre, por un lado, la opinión social favorable a la defensa de los derechos de los incapaces que se desprende de las estadísticas, aún con la precaución que sabemos deben manejarse los datos estadísticos, y por otro, el hecho de que, al final, la sociedad actual siga demandando obsesivamente unas altas cotas de seguridad y contemple, aún, al enfermo psíquico, frente al deficiente psíquico que está mejor aceptado por la sociedad, como un riesgo que no está dispuesto a asumir, o algo vergonzoso, como lo demuestra la experiencia

¹³³⁸ Es muy interesante al respecto el artículo de GONZÁLEZ CASTAÑON, D., “Déficit, diferencia y discapacidad”, en *Topía en la Clínica*, nº.5 –marzo 2001. En sentido parecido, vid. VVAA., *La Deficiencia y la Enfermedad mental en clave de Solidaridad*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ob, cit, 1997, introducción, p.19.

¹³³⁹ Para ello, vid. Revista trimestral *Fundación tutelar TAU desde 1996*, aunque la Asociación Paz y Bien nació en 1979.

¹³⁴⁰ PÉREZ HERNÁNDEZ, R., “Es posible el asociacionismo de los propios enfermos mentales” en *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, ob, cit, 1997, 4ª Jornada, pp. 123-127, como promotor de la Asociación de Enfermos Mentales del Alto Guadalquivir (AEMAG), que surge a finales de 1991, y del que hay actualmente unos 35 asociados. En realidad, la experiencia llevó a que éstos asumieran determinadas responsabilidades y dejaran otras a una Asociación paralela que nació para su ayuda, Semillas de Futuro, formada por personas allegadas y familiares de los enfermos psíquicos. El ponente explica la utilidad personal y social de estas Asociaciones a través de una metáfora bastante significativa entre la situación del adolescente, que lucha por conseguir una identidad a través de su integración en un grupo, pero del que luego se desprende para conseguir su autonomía, con la situación del enfermo psíquico al que tanto le puede favorecer su asociacionismo, pero del que, de igual modo, se desprenderá abriéndose un camino lo más normalizado posible. Y, CAMPAÑA CANO, C., “Desarrollo de tendencias de autoayuda entre enfermos mentales”, en *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, ob, cit, 1997, 5ª Jornada, pp. 145-148, que cuenta la experiencia como integrante del Equipo de Salud Mental de Montoro en este campo: desde asignar un compañero a algún paciente con un problema concreto (cuenta los avances de un chico esquizofrénico con problemas de ludopatía), hasta la realizada en los pisos donde conviven cinco o seis compañeros enfermos (personas que llevaban más de 20 años en el psiquiátrico que no respetaban normas de convivencia y no sabían manejar dinero, y, sin embargo, después de seis meses de convivencia con otros enfermos psíquicos casi no se encuentra diferencia entre ellos, habiendo progresado en autonomía e integración); y un proyecto de colaboración con personas de la tercera edad donde prestan un trabajo.

diaria de los Fiscales en España¹³⁴¹. Incluso, es paradigmático, al respecto, el debate social tan intenso que se planteó en Gran Bretaña a raíz de la propuesta del Ministro del Interior británico al Parlamento por la que las personas con enfermedades mentales y que se piense son un riesgo para el público podrían ser encerradas indefinidamente, aunque no hayan cometido un crimen¹³⁴².

Una vez expuesta, con las reservas apuntadas, como la mentalidad de la sociedad actual ha ido aceptando y asumiendo la realidad de la discapacidad, creemos que esta evolución ha podido influir en la que podríamos llamar “interna” al campo psiquiátrico –como especialidad médica de reciente configuración¹³⁴³–, y que coincide con un paralelo proceso de transformación del contexto sanitario en el que, al menos, formalmente se inscribe aquél¹³⁴⁴; si bien, las influencias las entendemos mutuas¹³⁴⁵.

¹³⁴¹ FLORES PÉREZ, A., “La protección de los derechos constitucionales de las personas con disminución psíquica”, en *Tratamiento jurídico de las personas con disminución psíquica*, Fiscalía General del Estado, ob, cit, que señala que es curioso que respecto a la población andaluza, el 83% rechaza internamientos sin garantías; el 60% las medidas de aislamiento; el 85% estima que la comprensión, el apoyo y la cercanía de la familia, y el permanecer el enfermo en el medio natural son preferibles a su internamiento. Si bien, el 80% se siente intranquila en presencia de personas con enfermedad psíquica. Y, también, IASAM., *Actitudes de la población andaluza ante los enfermos mentales*. Informes técnicos, ed., IASAM, Sevilla, 1989, especialmente, pp. 193-197.

¹³⁴² Vid. MÉJICA, J./ FERNÁNDEZ MIGUÉLEZ, A., *Régimen jurídico de la asistencia psiquiátrica. Estudio sobre la protección jurídica y asistencial de los enfermos mentales*. Jurisprudencia práctica, ed., Colex, 1999, np. 1, p. 19, que recoge que la propuesta permitiría a la policía o a trabajadores sociales pedir la detención de una persona si creen que supone un riesgo para la comunidad. No obstante, la British Medical Association (BMA) afirma que sería necesario un amplio debate que incluya a la profesión médica, al legislador y a la sociedad en general para formar un verdadero consenso sobre la definición de trastorno de la personalidad.

¹³⁴³ ESPINOSA IBORRA, J., “El sistema de atención al enfermo mental”; y “Inimputabilidad, peligrosidad y psiquiatría”, en *CDJ*, 1994, vol.31, p. 93, y p. 365, respectivamente, que explica que la psiquiatría se constituye como especialidad a finales del siglo XVIII en Francia y en Inglaterra, pero en España no se estructura como especialidad médica hasta el último cuarto del siglo pasado, al igual, y como signo del escaso desarrollo de la psiquiatría teórica en España, en relación con el resto del mundo occidental hay que señalar que la primera Cátedra de la especialidad se cubre en 1950, 100 años después de la primera en Europa, en Heidelberg, en 1850. Y, ref. MEDIAVILLA RUIZ., *Normativismo en la psiquiatría actual*, trabajo inédito, Oviedo, 1999, en Méjica, J./Fernández Miguélez, A., ob, cit, np. 6, p. 21, que describe críticamente la situación de la Psiquiatría actual, pues ésta se ha rendido demasiadas veces a la política, y a la bioquímica, y reta a los jóvenes psiquiatras a mostrar una activa resistencia a todo intento de mutilación del cuerpo doctrinal de la especialidad, porque no existe Psiquiatría sin Psicopatología y Psicoterapia. Y además, comentan el debate que existe en España acerca del Decreto del Gobierno que crea el título de Psicología clínica.

¹³⁴⁴ QUESADA PORTERO, A.M., “Pasado, presente y futuro de la reforma psiquiátrica”, en *I Jornadas de sensibilización social para profesionales relacionados con la salud mental*, organizadas por APAEM (Asociación Provincial de Allegados de Enfermos mentales), Jaén, 1999, inéditas. La salud mental en España ha estado influida por factores diversos como los valores sociales, ideológicos, filosóficos, e incluso el estado de la Ciencia. Y, el estado de la ciencia ha influido, sobre todo, en el tratamiento de los delirios de los enfermos psicóticos, pues antes de los años cincuenta las medicinas eran inespecíficas y constatan las memorias de los historiales de los enfermos que sólo se practicaba el tratamiento de choque, esto es, tratamiento de sueños, comas insulínicos, elektroshock, etc. Y, sobre todo, en IASAM., *La reforma psiquiátrica en Andalucía 1984-1990*. Serie monográfica de Salud Mental, 1989, IASAM, Sevilla, p.17. Y para una visión de la ayuda del avance

b'') Fases en la evolución de la asistencia sanitaria-psiquiátrica en España.

La evolución de la asistencia a la salud mental en España se puede esbozar en dos etapas:

Iª) Una *primera* fase llamada “revolucionaria”, que tuvo lugar en la primera década de los años ochenta, que criticó fuertemente el Manicomio, como institución definitoria de la asistencia psiquiátrica tradicional y rebautizado posteriormente como Hospital Psiquiátrico, por ejercer, en términos generales, una función de mero control social o custodial que se sobreponía a cualquier objetivo específicamente sanitario¹³⁴⁶; si bien, hay algunas experiencias positivas en este campo, como la del Hospital psiquiátrico de Jaén conocido en los años sesenta y setenta por dispensar la mejor asistencia psiquiátrica de Andalucía e, incluso, de España¹³⁴⁷. En definitiva, España en esta primera etapa, junto con otros países del

actual de la Ciencia en el tratamiento de los enfermos psíquicos, vid. *Salud. El País. es*, 27 de marzo de 2001, que nos informan sobre el hallazgo de los primeros genes que están implicados en la esquizofrenia, y que ponen de manifiesto, entre otros datos, que lo que se hereda es la “susceptibilidad a heredar la enfermedad”, estando implicados, a su vez, factores bioquímicos, personales, sociales y familiares. Asimismo, también es una aportación de interés que aunque la esquizofrenia se ha considerado tradicionalmente un trastorno psiquiátrico, la mayoría de los enfermos presentan síntomas neurológicos que indican daños cerebrales.

¹³⁴⁵ Para una visión de la influencia del contexto socio-político en la evolución sanitaria en España, vid. ALONSO PÉREZ, M., “La relación médico-enfermo, presupuesto de la responsabilidad civil (En torno a la “lex artis””, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coor. J.A MORENO MARTÍNEZ), ed., Dykinson, Madrid, 2000, pp. 11-53 en especial, p. 24, que nos explica que la sociedad burguesa vio al hombre sano como un instrumento de producción y al enfermo como un ser que gasta y consume. De ahí, la miseria de las instituciones sanitarias y los escasos medios con que contaban todos los centros destinados a enfermos, disminuidos mentales, presos, etc., Hospitales, manicomios, cárceles eran en el siglo XIX los lugares más aptos para morir desesperados que para encontrar la salud o la reinserción.

¹³⁴⁶ Para una visión extensa y muy interesante del concepto de la asistencia psiquiátrica en el siglo XVIII como asistencial o benéfica, que es cuando aparecen los denominados “Hospitales Especiales”, vid. MÉJICA, J./ FERNÁNDEZ MIGUELEZ, A., *Régimen jurídico de la asistencia psiquiátrica. Estudio sobre la protección jurídica y asistencial de los enfermos mentales. Jurisprudencia práctica*, Ed., Colex, Madrid, 1999, pp. 37, que nos explica que fue a raíz de la Constitución de Cádiz cuando se asignan competencias en materia de Sanidad a los municipios (antes se producía un absentismo), en concreto el cuidado de los hospitales, hospicios, hospitales, casas de expósitos, y demás establecimientos de beneficencia. En concreto, la Ley de Beneficencia de 1822 será la primera ley del siglo XIX que recoge tales previsiones, en concreto respecto a la hospitalización de los enfermos mentales. Y también, QUESADA PORTERO, A.M., “Pasado, presente y futuro de la reforma psiquiátrica”, ob. cit. En realidad, la creación de los manicomios significó un avance respecto al aislamiento social y a la represión conductual a la que estaban sometidos los enfermos mentales en épocas anteriores a la creación de los mismos; IASAM., *La reforma psiquiátrica en Andalucía 1984-1990*. Serie monográfica de Salud Mental, 1989, p.19.

¹³⁴⁷ QUESADA PORTERO, AM., ob. cit. Así se constata en la experiencia psiquiátrica de Jaén pues, antes de 1926 aquéllos estaban encerrados y “amarrados” en el llamado Pabellón de S. Diego en el que sólo existían unos ventanucos por donde se daba la comida; hasta que en 1926 se creó el Pabellón de S. Juan de Dios que supuso un avance, tanto en las condiciones físicas del lugar como en la contratación de personal para que le atendiera, a pesar de que seguía rigiendo un régimen disciplinario en su tratamiento. Fue, entonces, en 1931

sur de Europa como Portugal, Grecia y determinadas regiones de Italia¹³⁴⁸, defiende la posibilidad de sustituir dicha institución por una red de servicios comunitarios¹³⁴⁹, frente a los países del norte de Europa, EEUU y Canadá que, curiosamente, no abogaban por la erradicación de los Manicomios sino por mejorarlos o transformarlos mediante la introducción de factores de corrección, en una postura que podríamos denominar “resignada”¹³⁵⁰.

En concreto, y como la Reforma sólo era posible en un régimen de libertades que se inicia en España a partir de la Constitución de 1978, ya que aquélla también afecta sustancialmente a los propios derechos civiles y humanos de las personas aquejadas de alguna enfermedad o discapacidad de origen psíquico, será con el inicio de la democracia cuando se inició el cierre o el desmantelamiento de los Hospitales psiquiátricos, al empezar a tomar cuerpo una crítica radical de los mismos en un intento de demostrar, empírica y teóricamente,

cuando se creó una plaza de alienista y J.P Gutiérrez Higuera empezó a trabajar por la idea de crear “un manicomio”, en realidad fue el impulsor del cambio en Jaén e hizo muchísimo por la atención de este colectivo, pudiéndose decir que situó a Jaén en una atención bastante avanzada respecto al resto del país, pues, por ejemplo, puso en funcionamiento los “dispensarios ambulantes” sin tener que ingresar a los enfermos, y la “laborterapia” previendo su importancia en la recuperación o vida de los enfermos, pues se evitaba el sentimiento de aislamiento. La Guerra Civil paralizó toda actuación pero fue en 1952, estando como alcalde el promotor de lo expuesto, cuando se inauguró el Sanatorio Psiquiátrico en Jaén, llegando en los años sesenta a tener unos cuatrocientos pacientes, aunque muy heterogéneos, tanto por la edad como por los diagnósticos, pues de los historiales se constatan tanto deficientes, neuróticos, epilépticos, niños de pocos años, violentos, etc, hasta se recoge el caso de un cleptómano que estuvo cincuenta años en el Psiquiátrico.

Más allá, otro avance fue el que en los años sesenta el Estado creara servicios y secciones diferentes según los diagnósticos (neurológico, psiquiatría cervical que trataba a los antisociales o peligrosos, dispensario - colonias y asilos-, e infantil), lo que ha continuado hasta la reforma de los años ochenta, además desde su creación el número de empleados se había llegado a duplicar. En realidad se le llama a la década de los sesenta la década de oro en la asistencia psiquiátrica en Jaén con D. González Duro como director del Servicio de Psiquiatría de la Provincia.

¹³⁴⁸ Para un estudio profundo de la Reforma del tratamiento sanitario en Italia a raíz de la Legge 180, vid. VVAA., “I trattamenti sanitari”, en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione...*, ob, cit, pp. 171-293.

¹³⁴⁹ Para una visión de las líneas generales de este proceso en España, vid. IASAM., *La reforma psiquiátrica en Andalucía 1984-1990*. Serie monográfica de Salud Mental, 1989, pp. 130 y ss; y ESPINOSA IBORRA, J., “El sistema sanitario de atención al enfermo mental”, en *CDJ*, 1994, vol. 31, pp. 93-105, en especial, pp. 96-105, .

¹³⁵⁰ IASAM., *La reforma psiquiátrica en Andalucía 1984-1990*. Serie monográfica de Salud Mental, 1989, pp. 19-20, a partir de una extrapolación del análisis de los resultados de algunas de las más importantes experiencias de Reforma Psiquiátrica (básicamente la llamada desinstitucionalización americana de los años 60 y 70 y de la Reforma italiana de los años 80 considerada globalmente). Pero el análisis riguroso de las experiencias internacionales permite situar correctamente las raíces de los fracasos en: objetivos economicistas; descoordinación y ausencia de servicios sanitarios en EEUU; escaso interés político por el proceso; etc. Y en el mismo sentido, MÉJICA, J./ FERNÁNDEZ MIGUÉLEZ, A., ob, cit, p. 65.

por un parte, que es una opción alienista que provoca una neurosis institucional¹³⁵¹, sobre todo las hospitalizaciones prolongadas perjudicales en sí mismas y que codenan a la pasividad; y, por otra, que no es necesaria para el tratamiento del proceso patológico¹³⁵². Y a la vez que se produjo el desmantelamiento de los Manicomios, se abren redes ambulatorias y se empieza a hablar de la “Psiquiatría comunitaria” que trabaja con equipos multidisciplinares¹³⁵³.

Asimismo, hay que hacer constar que este cambio se enmarca, a su vez, en otro más amplio producido, de igual modo, por la Constitución española de 1978 que, como novedad, otorga un trato diferenciado a la Seguridad social (art. 41) y a la protección a la salud (art. 43)¹³⁵⁴, quedando la asistencia sanitaria dentro del ámbito de esta última e imponiendo a los poderes públicos la existencia de un Sistema Nacional de Salud en el que tendría cabida, tanto las medidas preventivas, como la asistencia sanitaria o recuperadora¹³⁵⁵.

¹³⁵¹ En la década de los sesenta se empieza a hablar de la “yatrogenia” como la neurosis institucional que provoca el manicomio, esto es, no estimula la autonomía de la persona y elimina toda preocupación por un proyecto personal de futuro, vid. ref. BARTON, R., *La neurosis Institucional*, ed., Paz Montalvo, 1974; y BRAUN, PB./ KOCHANSKY, G y otros., “Overview: desinstitutionalization of psychiatric patients, a critical review of outcome studies”, *American Journal Psychiatry*, 1989, 138, pp. 736-749, en IASAM., *La reforma psiquiátrica en Andalucía 1984-1990*. Serie monográfica de Salud Mental, 1989.

¹³⁵² Ya antes de la Reforma psiquiátrica se denunciaba que la valoración de la asistencia psiquiátrica en un país no se calibra por el número de camas destinados a pacientes en calidad de internados, sino por la abundancia de Centros de Asistencia Extrahospitalaria; en coherencia con el criterio de la OMS de evitar las hospitalizaciones superfluas e innecesarias para eludir el estigma que cataloga definitivamente a determinada persona como enfermo mental y que contribuye a su deterioro. El informe *Standford* señala que a las preguntas de los pacientes los médicos no se dirigían a los éstos, de modo que buena parte de la psiquiatría norteamericana se ha hecho eco del deterioro psíquico que implica la objetivización del paciente hospitalario como tal paciente “loco”, al que de modo ostensible se trata en cualquier caso con una descalificación de su identidad.

¹³⁵³ No obstante, la experiencia que vivieron los Manicomios durante la situación de tránsito de una etapa a otra fue la negativa de los enfermos a salir fuera y, para evitar su salida, las fugas masivas de los enfermos y, como consecuencia, muchas muertes - vid., *Crisis de un manicomio*, Jaén, 1981.

¹³⁵⁴ Para una visión de la evolución en el reconocimiento del derecho a la salud, vid. el interesante artículo de ALONSO PÉREZ, M., “La relación médico-enfermo, presupuesto de la responsabilidad civil...”, ob, cit, pp.11-53, que pone de manifiesto que el derecho a la salud, como derecho a la vida del que aquél es emanación, es un derecho individual que, pese a su ineficacia durante todo el liberalismo burgués, contribuyó a romper el carácter paternalista del médico, su situación privilegiada, autoritaria e impune para considerar al enfermo y como persona, titular del derecho a la salud, y ser atendido en sus necesidades sanitarias. Pero los derechos individuales del enfermo, hasta la superación del Estado liberal en la primera mitad del siglo XX, no lograron implantar la autonomía del enfermo, ni acabar con el patriarcalismo médico.

¹³⁵⁵ Antes de la Constitución, la asistencia sanitaria se encuadraba en la Seguridad social y sólo se prestaba a determinadas clases de ciudadanos (pobres, trabajadores, tuberculosos, etc) y la Sanidad Pública se limitaba a los aspectos preventivos. Sin embargo, la configuración constitucional no es inicialmente definitiva, sino que se diseña como un modelo a alcanzar, por cuanto la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de Sanidad mantiene la existencia del INSALUD, como entidad que asume, dentro del Sistema de Seguridad Social, la prestación de la asistencia sanitaria -vid. Ref. PERAL DELAGADO., “El derecho a la protección de la salud en el marco constitucional”, en *Jornadas Técnicas de las Asesorías Jurídicas Provinciales*, Instituto Nacional de Salud, Madrid, 1991, pp.33-39, en Méjica, J. /Fernández Miguélez, A., ob, cit, np.2, p. 37 y 44; y ESPINOSA IBORRA, J., ob, cit, pp. 96-97.

En consecuencia, a nivel estatal, la primera etapa de la Reforma se promovió con la Ley 14/ 1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, en desarrollo del artículo 43 de la Constitución, y por el RD 63/1995, de 20 de enero, *sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud*, cuyos principios generales apoyan la reforma psiquiátrica al insertar la enfermedad psíquica en la medicina general de atención primaria, sin perjuicio de su atención especializada; esto es, de ser la enfermedad psíquica objeto de un servicio social pasa a ser estimada como cualquier otra enfermedad con su tratamiento en los Hospitales Generales¹³⁵⁶. Y esta Ley General de Sanidad se complementa con la Ley 7/1985, de Régimen Local, que suprime las tradicionales competencias sanitarias de las Diputaciones.

Sin embargo, la normativa referente a la ordenación técnica de los servicios sanitarios y asistenciales se ve afectada por el reparto constitucional de competencias entre la potestad legislativa del Estado y las Comunidades Autónomas según el artículo 148.20-21 CE¹³⁵⁷, lo que ha sido un factor influyente, según ESPINOSA IBORRA, en la desigual evolución de la reforma en las distintas Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, se citan como contraste, por un lado, a Andalucía, que ha priorizado la reforma psiquiátrica de acuerdo con los principios de la Comisión de Reforma, y, por otro, Cataluña donde el peso de las instituciones

¹³⁵⁶ BOE, 29 de abril de 1986, cuyo artículo 20 establece que: “1.- La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización. 2.- La hospitalización de los procesos que así lo requiera se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales” –CARRASCO GÓMEZ, JJ., *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, ob, cit, p. 124, que nos explica que la cobertura asistencial que presta a través de las Unidades o Servicios de Psiquiatría dentro de los Hospitales generales cubre áreas de urgencias psiquiátricas, ingresos de corta duración, psiquiatría de enlace e interconsulta. Y, nos advierte, en orden a su posible responsabilidad civil, que alguna de estas unidades o servicios funcionan dentro del hospital con una estructuración adecuada y pensada como clínica psiquiátrica, pero otras unidades mantienen una estructura similar a la del resto de la planta donde están ubicadas y, en estos casos, sí que sería exigible el haber tomado alguna medida especial dirigida, sobre todo, a la vigilancia y seguridad de los enfermos, para evitar fugas, accidentes o suicidios.

También, ver. Anexo I, Real Decreto 63/1995, de 20 de enero (BOE nº. 35, de 10 de febrero), de ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, que recoge las prestaciones sanitarias con cargo a la Seguridad social que comprende la atención especializada a la salud mental. Y, en *Legislación básica y otras disposiciones complementaria*, ed., Colex, Madrid, 1999, punto. 24 y 27. Y, MÉJICA, J./ FERNÁNDEZ MIGUÉLEZ, A., ob, cit, pp-67. 65, que nos explica que las directrices que marcan la Reforma se recogen en el Informe elaborado en 1985 por la Comisión Interministerial para la Reforma psiquiátrica, y recoge sus principios.

¹³⁵⁷ En este campo, no obstante, se entiende posible un desarrollo reglamentario, dentro de “las bases y coordinación general de la sanidad”, que sigue siendo exclusiva competencia estatal (art. 149.16 CE) –RAMOS CHAPARRO, E., “El internamiento de incapaces presuntos”, en *RGLJ*, 1988, p. 489-. MÉJICA, J. / FERNÁNDEZ MIGUÉLEZ, A., ob, cit, p. 47, matizan que la generalidad del art. 148.1.21ª (sanidad e higiene), se reduce drásticamente por el dictado del artículo 149.1.16ª, y sobre todo, por las limitaciones relativas a las prestaciones

hospitalarias privadas hace más compleja la solución, y se ha optado por un modelo que las mantiene integradas en la red de servicios¹³⁵⁸.

En concreto, y a nivel andaluz, la reforma se promovió por Ley 9/1984, de 3 de julio, *de creación del Instituto Andaluz de Salud Mental (IASAM)* hasta su desaparición en 1991 por la creación del Servicio Andaluz de Salud (SAS)¹³⁵⁹, y el Decreto 338/1988, de *Ordenación de los Servicios de Salud Mental*, que crean, al igual que lo ha previsto la LGS de 1986, tres niveles de atención: uno de atención primaria de salud al que se le asigna el papel central en la atención a los problemas de salud mental de la población, y dos niveles especializados que apoyan al anterior, uno de ellos formado por los Equipos de Salud Mental de Distrito, y en conexión con éstos un tercer nivel con unidades especiales, entre ellas, las Unidades de Salud mental de los Hospitales Generales, Unidades de Rehabilitación, Comunidades terapéuticas y Hospitales de día¹³⁶⁰.

sanitarias que, gestionadas por el INSALUD, se enmarcan en el ámbito propio de la Seguridad Social, ámbito sobre el que no existe ninguna previsión competencial en el artículo 148.

¹³⁵⁸ LÓPEZ IBORRA, J., ob, cit, pp.100-101.

¹³⁵⁹ Este organismo nació con unos objetivos muy concretos y por tanto, una vez cumplida su función, desapareció en 1991 –vid. VVAA., “Pasado, presente y previsiones de futuro del enfermo mental”, en *II Jorandas FANAES (Federación Andaluza de Allegados de Esquizofrénicos)*, Jérez, noviembre, 1995, p.21. También, IASAM., *La reforma psiquiátrica en Andalucía 1984-1990*. Serie monográfica de Salud Mental, 1989, p. 74, que nos explica que se constituye como un organismo transitorio cuya existencia independiente cesará en el momento en que el Sistema Sanitario General pueda asumir sus competencias, funciones y recursos. De modo que la posterior Ley 8/1986, de 6 de mayo, del *Servicio Andaluz de Salud* (y el Decreto 80/87, de Ordenación y Organización del Servicio Andaluz de Salud) concreta ese período en tres años, a partir de la constitución de este último como organismo de gestión del conjunto de servicios públicos de atención sanitaria en Andalucía.

¹³⁶⁰ Vid, arts. 10-15 Decreto 2338/1988, de 20 de diciembre, *de ordenación de los servicios de atención a la salud mental* (BOJA de 10 de enero de 1989), que crea una red compleja de atención: 1º) Un primer nivel se encuentra en la consulta al equipo básico de atención primaria, como equipo no especializado, que si lo estima necesario pide orientación diagnóstica específica. 2º) Un segundo nivel especializado que lo forma los Equipos de Salud Mental de los Distritos de atención primaria, que cubren la asistencia a varios Centros de Salud, y en conexión con él: 3º) Un tercer nivel compuesto por diversos tipos de unidades según su especificidad, y que presta asistencia directa a pacientes y apoyo a equipos de salud mental, según sea preciso. Integran este nivel los siguientes dispositivos: Unidad de Salud Mental del Hospital General; Unidad de Rehabilitación de Área; Unidad de Salud Mental Infantil y Juvenil; Comunidad Terapéutica y Hospital o Unidad de Día. Cada dispositivo cuenta con un Coordinador como responsable, y todo el nivel especializado depende de un Coordinador de Área. También, tener en cuenta, la Resolución de 18 de abril de 1990, del Servicio Andaluz de Salud y del Instituto Andaluz de Salud Mental *sobre Atención de Urgencias, Traslados e Ingresos de Pacientes Psiquiátricos* (BOJA, nº. 33, de 24 de abril de 1990). Y para el análisis de la legislación autonómica sobre salud mental en el resto de las Comunidades Autónomas, vid. MÉJICA, J./ FERNÁNDEZ MIGUÉLEZ, A., ob, cit, pp. 73-84, que se recoge en el *Diario Médico* de 16 de marzo de 1999.

Y para una visión de la organizacióna nivel estatal, vid. CARRASCO GÓMEZ, JJ., *Responsabilidad médica y psiquiatría*, ob, cit, pp. 120-125. De igual modo se encuentra dividida en atención primaria y atención especializada, y dentro de ésta: a) asistencia ambulatoria especializada en consultas; b) asistencia ambulatoria especializada en hospitales de día; c) asistencia especializada en régimen de hospitalización; d) Unidades de

Y no ignoramos, por último, en el ámbito andaluz la labor tan loable que está llevando a cabo la “Fundación Andaluza para la Integración del Enfermo Mental (FAISEM)” creada en 1993 e inexistente en otras Comunidades autónomas, aunque se enmarca dentro, tanto de la Ley 13/82, de Integración Social del Minusválido que regula el empleo protegido y los Centros Especiales de empleo¹³⁶¹, como de la nueva Ley 1/1999, de 31 de marzo, de *atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía*¹³⁶². Pues, desde la propia experiencia de los enfermos psíquicos como desde instancias psiquiátricas se pone de manifiesto que, lo mismo que cualquier persona, cuando el enfermo o deficiente psíquico encuentra satisfacción con su trabajo la medicación ocupa un lugar secundario, y, por el contrario, si se pasa de las Unidades de Agudos a un ambiente social o familiar hostil es muy probable que se reproduzcan las crisis. De modo que sería bueno que las Autoridades se plantearan la conveniencia de dedicar más recursos dirigidos a crear Centros Ocupacionales de día, Talleres Ocupacionales o Centros Especiales de empleo, que a mantener o incrementar costosos dispositivos sanitarios. Pues, finalmente, según las conclusiones que se desprendieron de las *I Jornadas de la Federación Andaluza de Allegados de Esquizofrénicos* acerca de los “aspectos

rehabilitación; y e) otros dispositivos, como centros de Rehabilitación psicosocial y pisos de transición dependientes de las Unidades de rehabilitación

¹³⁶¹ VVAA., “Aspectos jurídicos sobre la inserción social del enfermo mental”, en *III Jornadas FANAES (Federación Andaluza de Allegados de Esquizofrénicos)*, Córdoba, noviembre, 1996, pp.27-36, que destaca como puntos a mejorar: a) los Centros Especiales de Empleo serían más viables si sólo hubiera un máximo del 51% de trabajadores incapaces, en vez del 100 % que se exige; b) ningún contrato a tiempo parcial recibe subvención y respecto al colectivo, en concreto, del enfermo psíquico sería un paso adelante subvencionar dicho tipo de contrato, más adaptado a su enfermedad, c) permitir la adaptación progresiva del trabajador después de una crisis, y d) establecer criterios para la adjudicación de los concursos públicos de obras y servicios, en vez de una mera preferencia hacia las empresas que tengan en plantilla al menos el 2% de trabajadores minusválidos.

Para una visión de la labor de FAISEM (áreas: pisos supervisados, talleres polivalentes, centros ocupacionales, programas de formación laboral, club social, tutelas, etc) que está creando un fuerte movimiento comparándolo con las Comunidades más desasistidas como Castilla la Mancha y Cataluña, vid. DAMIÁN LARA, “Integración social del enfermo mental”, en *Pasado, presente y futuro de la reforma psiquiátrica*, ob, cit, inéditas.

¹³⁶² LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Comentario a la nueva Ley de Atención...”, ob, cit, p. 9, que resalta que en el campo laboral la Ley repite lo que ya hay, es decir, las ayudas a los centros, el tener un 3% de discapacitados, a la inserción laboral, al fomento de los centros especiales de empleo.

Aunque, hay que tener en cuenta el dato puesto de manifiesto por la Consejera de Justicia de la Junta de Andalucía de que la reserva legal, siendo de un 3% frente al 2% estatal, se ocupa, casi siempre por deficientes físicos. De modo que en el 2003 se ha firmado un convenio, con carácter experimental, con la FEAPS para poder fomentar el empleo en la Administración de las personas con discapacidad psíquica. Se ha creado una comisión de seguimiento de este convenio que van a desarrollar las delegaciones provinciales, y, por ahora, ya se han contratado a las seis primeras personas seleccionadas, que han sido destinadas a servicios centrales. Asimismo se demanda que las pruebas exigidas deben adaptarse a la función que se vaya a desarrollar - vid. VVAA., *La situación jurídica de las personas con discapacidad. Hacia la mejora de las Leyes*, III Jornadas de Fundaciones Tutelares, y II Jornadas de la Fundación Aequitas, 2 y 3 de diciembre de 2002, Sevilla, Inauguración (inéditas)-.

jurídicos en relación al enfermo mental”, muchos dispositivos ocupacionales o laborales que se han puesto en marcha en nuestro país y en el extranjero están demostrando su capacidad productiva y sorprendiendo a todas las instancias¹³⁶³.

IIª) Y la segunda etapa que mencionamos, dentro de la evolución en el ámbito sanitario, se produce a partir de los años noventa con la llamada fase de “externalización”.

La filosofía de esta etapa fue promocionar el desarrollo efectivo de los distintos dispositivos integrantes de la nueva red extrahospitalaria prevista, teóricamente, en la etapa anterior, esto es, en la LGS 1986 y en la ley de creación del IASAM; muy favorables, por otro lado, al tratamiento de los trastornos de la personalidad que tan notable incremento están experimentado en los últimos años y que implican, cada vez más, al ciudadano medio, frente a las esquizofrenias o psicopatías cuyo número se mantiene¹³⁶⁴.

En concreto, en esta segunda etapa: a) por una parte, se promueve la construcción de una red de pisos asistidos de uso temporal donde los enfermos psíquicos viven de modo autónomo y se entrenan para la convivencia social, presentándose como estructura

¹³⁶³ *Ibidem*, p. 38, que demuestra que el absentismo es un 50% menor al de cualquier persona; PÉREZ MARTÍN, J., “El trabajo como factor de autoestima y salud”, en *Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, ob, cit, 1997, pp. 213- 228, que explica la experiencia tan positiva de una empresa de gestión social de PROMI (Centro de Investigación en Minusvalías psíquicas), en el que el 73% de los participantes (un alto porcentaje con diagnóstico dual: retraso mental y enfermedad psíquica) han dejado de necesitar tratamiento alguno de psicofármacos, que los accidentes laborales son menores a los de la población normal, y que el absentismo por sus problemas y trastornos de la personalidad no son sólo exclusivos de estos colectivos, pues las depresiones y las neurosis son cada vez más frecuentes entre la población normal. Si bien, destaca que las experiencias de “Empleo protegido” o “reservas laborales” son un paso necesario que nos debería de llevar al trabajo normalizado, y que se tuviera en cuenta en materia de Seguridad social la inviabilidad para un incapaz hoy en día de cotizar durante 15 años para obtener una pensión por jubilación. Y, en sentido parecido, vid. ESTRELLA PLATERO, F., “Los derechos del enfermo mental desde la perspectiva del enfermo”, en *Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, ob, cit, 1997, pp. 57-62, que relata su experiencia como enfermo psíquico que padece una esquizofrenia e ingresado en siete ocasiones, y miembro de la AEMAG. Y la realidad es que lleva tres años sin sufrir una recaída, y durante ese tiempo ha participado en una Escuela de Rehabilitación Psicosocial y Laboral de la Asociación, en concreto, en el Proyecto Horizon- Marienthal; aunque reivindica garantías específicas en los contratos laborales, de manera que no perdiesen el trabajo si en un momento determinado les sobreviene una crisis; Y en igual sentido, AGUILAR MARTÍN, EC., “Testimonio”, en *Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, ob, cit, 1997, pp. 175-177, estudiante universitaria y enferma psíquica que gracias a su integración en el mundo laboral a través de un Programa de FAISEM ha podido, entre otras cosas, retomar sus estudios universitarios, además de ayudarlo a tener una participación activa, y por tanto, consciente de sus ideas acerca de la realidad, hacer proyecciones de futuro y mantener relaciones afectivo-materiales.

¹³⁶⁴ Datos comparativos del IASAM. En Jaén, en 1996 había sólo un 15 % de personas con trastornos de la personalidad y en 1998 había un incremento del doble, un 35 %.

complementaria de las “Unidades de Rehabilitación”; cuyas experiencias, sin embargo, no han dejado de generar polémica en la sociedad, pues los miedos y tabúes se siguen dirigiendo hacia estos colectivos¹³⁶⁵. b) Y, por otro, se inicia la creación de los “Hospitales de Día”, como dispositivos de hospitalización parcial para procesos mentales agudos¹³⁶⁶, y de las “Comunidades Terapéuticas” como dispositivos de hospitalización activa, de media y larga duración en que ingresan los pacientes de modo voluntario, sobre todo, jóvenes crónicos que han tenido deficiencias en su seguimiento, pacientes con ausencia de recursos intermedios o insuficiente soporte social o familiar, u otros con pérdida de la calidad o deterioro pero que puede ser restaurado fuera del ámbito comunitario o de las Unidades de Hospitalización de Salud Mental¹³⁶⁷. En definitiva, la filosofía de esta segunda etapa parte de la importancia del

¹³⁶⁵ IASAM., *La reforma psiquiátrica en Andalucía 1984-1990*. Serie monográfica de Salud Mental, 1989, p. 92, que explica que las “Unidades de Rehabilitación” tienen por misión, sobre todo, participar en el diseño y colaborar en el desarrollo de los programas de rehabilitación y apoyo a la reinserción social de pacientes mentales por parte de los restantes dispositivos. Y para el desarrollo de los programas de rehabilitación, la Unidad se organizará como un Centro de día como marco para la realización de los programas de fomento de la autonomía personal y social; y asimismo podrá contar con estructuras complementarias como: a) un taller para el desarrollo de programas de terapia ocupacional; y b) una estructura residencial (piso o pequeña residencia anexa al Centro de día). Y, CARRASCO GÓMEZ, JJ., *Responsabilidad médica y psiquiatría*, ob, cit, p. 125, que nos explica que dichos dispositivos tienen la consideración de recursos sociales, y en concreto, los pisos tutelados o de transición están creados para facilitar el paso progresivo de los pacientes desde una asistencia tutelada a una reinserción social. Y, en orden a una posible responsabilidad civil por daños que sufran dichas personas o causen hay que tener en cuenta que, tanto las actividades de tipo general como el seguimiento clínico y terapéutico son tutelados, en mayor o menor medida, por la Unidad de Rehabilitación. Incluso, a veces, la propia Unidad de Rehabilitación funciona como hospital de noche, y en estos casos el enfermo continúa a todos los efectos como ingresado y depende del hospital y de sus medios, si bien quienes están acogidos a este sistema, suelen desayunar, cenar y dormir en el hospital y el resto del día lo utilizan para salir a buscar trabajo o si lo tienen ya, para asistir al mismo. En definitiva, esta unidad permite plantear una salida escalonada del hospital hacia una vida integrada socialmente; y al estar ingresados, deben estar controlados por el psiquiatra y esas salidas deben ser conocidas por él, y autorizadas como medio terapéutico, de modo que los riesgos inherentes a la patología psiquiátrica se incrementan con los propios del lugar del trabajo al que asista, así como de los accidentes *in itinere*, al ir o volver del trabajo.

¹³⁶⁶ Y, para su funcionamiento a nivel estatal, vid. CARRASCO GÓMEZ, JJ., *Responsabilidad médica y psiquiatría*, ob, cit, pp. 122-123, que nos explica que los “Hospitales de día” tienen como objetivos de atención, a aquellos pacientes que precisen cuidados especializados continuos, médicos o de enfermería en cuanto no requieran estancia hospitalaria. Estos permanecen en el mismo durante un horario mañana/tarde y regresan posteriormente a su domicilio manteniendo la relación familiar, por lo que las ventajas que ofrece este tipo de asistencia es reducir el tratamiento en internamiento completo, sin originar una desinserción del paciente y facilitar su integración progresiva en la comunidad tras una estancia en internamiento completo. Y, respecto a una posible responsabilidad civil, hay que tener en cuenta que en esta modalidad asistencial el enfermo se encuentra de alta hospitalaria, no figurando como enfermo acogido al mismo, sino que acude y utiliza unos servicios durante unas horas. La relación médico/institución/paciente que surge es la misma que en el ámbito hospitalario, es decir, responsabilidad del médico y la derivada de la propia institución, si bien en este caso, existe un elemento a tener en consideración como es la cobertura del tiempo parcial del paciente, a cuyo cargo estarían los riesgos derivados de ir y regresar al hospital así como otros riesgos que puedan sobrevenir en las horas en las que permanece en su domicilio.

¹³⁶⁷ Art. 13 del Decreto 338/1988, de 20 de diciembre, de ordenación de los servicios de atención a la salud mental (BOJA 10 de enero de 1989), cuyo artículo 10 califica a las Comunidades Terapéuticas de carácter

hecho de que la persona se haga cargo de sí misma por el efecto que ella produce en los demás, en el ambiente que le rodea; y da razón a que dichas unidades extrahospitalarias se organicen en base a la participación activa de todos y en un ambiente lo más parecido a la vida familiar, llegándose a establecer los objetivos marcados en un contrato terapéutico¹³⁶⁸.

Llegado este punto, queremos hacer dos puntualizaciones a la bondad aparente de la Reforma psiquiátrica:

1) En primer lugar, que nuestra sociedad no invierte suficientes recursos públicos en salud, de modo que los necesarios centros intermedios y la atención extrahospitalaria al enfermo psíquico crónico es escasa o insuficiente. Así las cosas, se puede decir que la reforma psiquiátrica en España parece haberse agotado en el esfuerzo deshospitalizador, esto es, en la reducción de camas en los sanatorios psiquiátricos y en la atención y tratamiento hospitalario en los enfermos agudos¹³⁶⁹. A este respecto, es significativo que, por ejemplo, en Andalucía sólo en las Comunidades autónomas de Almería, Córdoba, Jaén y Sevilla existen Comunidades terapéuticas; Hospitales de día en Almería, Granada y Sevilla, y que la implantación de las Unidades de Rehabilitación de Área haya sido irregular careciendo, la mayoría de ellas, de los recursos físicos y profesionales necesarios, a lo que se une el abandono de los Equipos de Salud Mental de Distrito que no derivan a los enfermos a estas unidades especializadas¹³⁷⁰. E, incluso, si éstos existieran y funcionaran, hay que tener en

experimental, junto con la unidad de docencia y Psicoterapia y el Hospital de día; IASAM., *La reforma psiquiátrica en Andalucía 1984-1990*. Serie monográfica de Salud Mental, 1989, p. 94.

¹³⁶⁸ ROMÁN, J., “La Comunidad terapéutica”, en *I Jornadas...*, op. cit., Las Comunidades terapéuticas tiene su origen en el estudio que acometió el Dr. Bion acerca de la importancia de la estructura y tipo de relaciones en las unidades de guerra durante la I Guerra Mundial, ya que constató que en algunas unidades los soldados eran saludables y en otros no. De tal modo que creó un nuevo término “ambiente terapéutico” que indica la importancia del ambiente en la salud mental.

La ventaja de las Comunidades Terapéuticas frente a la consulta particular es que hay disponibilidad de medios y de espacios donde los enfermos experimentan en las sesiones de entrenamiento las habilidades sociales que luego, y aunque debiendo hacer frente a problemas más complejos, lo aplican en fase de generalización a su realidad. Y, también, vid. Revista C.T OYE, para informarse acerca del tratamiento en las Comunidades terapéuticas en Jaén. Y, para un análisis de sus ventajas en Francia, vid. COUTO DE MARMORA, D., *La destinée de malade mental: Prison ou communauté thérapeutique?. Étude comparée sur l'interaction des malades mentaux dans un hôpital psychiatrique traditionnel et dans une communauté thérapeutique*, D.E.A, Cujas, 21.10.1997-.

¹³⁶⁹ LÓPEZ IBORRA, J., ob. cit., pp. 101-102.

¹³⁷⁰ Vid. VVAA., *La esquizofrenia: Información para familiares*, ed., S.A.S, F.A.I.S.E.M, y la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1996, pp. 51-65; y VVAA., “Rehabilitación integral del enfermo mental: Aspectos sanitarios, sociales y jurídicos”, en *III Jornadas FANAES (Federación Andaluza de Allegados de Esquizofrénicos)*, resumen y conclusiones, Córdoba, noviembre, 1996, p. 12.

consideración que hay dos grandes grupos de enfermos psíquicos que quedarían, y quedan en la actualidad desatendidos: por un lado, los pacientes crónicos¹³⁷¹, como son las personas que sufren Psicosis refractaria, y que, en términos generales, no pueden recibir tratamientos adecuados, ni siquiera, con los dispositivos descritos, a excepción de alguna iniciativa aislada como la que llevó a cabo el Servicio Vasco de Salud en el 2001 con la creación de la primera Unidad de Psicosis Refractaria en España¹³⁷²; y, por otro, aquel colectivo, cada vez más extendido, de enfermos psíquicos que tienen el problema añadido del alcoholismo y/o la drogodependencia, y que requieren de un tratamiento multidisciplinar inexistente en España en la actualidad¹³⁷³.

2) Y, en segundo lugar, es criticable, de igual modo, que la no dotación de los medios sustitutivos de la hospitalización aparezca como origen, tanto de graves trastornos en las

¹³⁷¹ LÓPEZ IBORRA, J., ob, cit, p. 101, que nos indica que, aún, en las Comunidades consideradas como más avanzadas en este proceso, falta por resolver adecuadamente el problema del enfermo psicótico crónico.

Es interesante, al respecto, la propuesta para estos enfermos de las “comunidades de trabajo rural (experimentadas en Israel), o los talleres protegidos (en Holanda) –vid. COUTO DE MARMORA, D., *La destinée deu malade mental: Prison ou communauté thérapeutique?. Étude comparée sur l’interaction des maladies mentaux dans un hôpital psychiatrique traditionnel et dans une communauté thérapeutique*, D.E.A, Cujas, 21.10.1997-.

¹³⁷² Estamos ante un dispositivo especial para dar tratamiento intensivo e integral a estos pacientes en el que el Gobierno vasco ha realizado una inversión de 116 millones de pesetas. Se trata de una vieja demanda de las asociaciones de familiares de enfermos psiquiátricos que fue recogida por el Parlamento vasco en 1997 a través de una proposición no de ley de Izquierda Unida, pues se trata de enfermos (psicosis refractaria esquizofrénico y maniaco-depresivos) que no responden a los tratamientos convencionales y sufren constantes recaídas, con lo que el sistema sanitario se desgasta en su ayuda con pocos resultados. Y además, hay una serie de elementos ambientales que no existían hace unos años y que ahora agregan más dificultades para el cuidado de los pacientes psicóticos, como es el abuso de drogas. En definitiva, se trata de pacientes que no pueden recibir tratamientos idóneos para sus patologías con los dispositivos actuales. De modo, que la novedad estriba en que los tratamientos se realizan en una unidad específica, de una manera intensiva y personalizada –con un plazo máximo que no exceda de seis meses-, con gran dotación de personal, y en un espacio muy amplio, que permite a los enfermos no sentirse agobiados (2.000 metros cuadrados, de los que la mitad son jardín)- vid. AZUMENDI, E., “La sanidad vasca crea una unidad para las psicosis refractarias al tratamiento”, <http://www.el pais/salud>, 30 de enero de 2001-

¹³⁷³ Ref. “Tratamiento penal del enfermo mental en el nuevo Código”, *Rev.de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XVII, nº. 64, 1997, pp.607-625, en DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Situación de los enfermos mentales internados en Centros penitenciarios andaluces*, diciembre, 1997, p. 10: “...Y, por eso, ...lo que cada autonomía tendrá que reflexionar es cómo mejorar sus recursos, sanitarios y sociales, especialmente para pacientes crónicos, incluyendo aquellos que seguramente necesitan atención intensiva o duradera en el tiempo y que superan las posibilidades de una unidad de Hospital General...”. Y, también, VVAA., “Aspectos jurídicos en relación al enfermo mental”, en *I Jornadas FANAES (Federación Andaluza de Allegados de Esquizofrénicos)*, resumen y conclusiones, Sevilla, noviembre, 1994, pp. 19; y DIARIO MÉDICO de 23 de noviembre de 1998, como afirma el presidente de la Confederación Española de Agrupaciones de Familias de Enfermos Mentales (FEAFES), colectivo que agrupa a 20.000 familias con el mismo problema: “No sólo son necesarios centros hospitalarios bien dotados. Hacen falta equipos multidisciplinarios que traten al enfermo y ayuden a la familia. Porque tras la Reforma se ha pasado de tener recluido y encerrado el enfermo en

familias que no cuentan con medios, técnicos ni materiales, para dar a los enfermos el cuidado que la Sanidad pública les niega; como de la comisión por los enfermos crónicos de pequeños delitos y de ahí, vayan al Psiquiátrico penitenciario, dándose una nueva “institucionalización” más dura y cruel, que lleva, a su vez, a un empeoramiento de su enfermedad y a una severa marginalidad, como la ha calificado un Comité constituido por la Unión Progresista de Fiscales y Jueces para la Democracia y la Asociación de Neuropsiquiatría de Andalucía¹³⁷⁴. En definitiva, estas críticas se reducen a la falta de voluntad en invertir mucho dinero, el necesario, en la asistencia psiquiátrica para que la tan cacareada reforma sea realmente eso, una reforma y no un simple lavado de cara. Y a pesar de ser, éste, un tema que nos desborda al ser político y social, entendemos que está en conexión con una posible responsabilidad civil de la Administración pública por los daños que cometan ciertos incapaces, pues no es aceptable dejar abandonadas a su suerte, en nombre de la libertad a ultranza, a sujetos cuyos familiares están requiriendo ayuda, como lo pusimos de manifiesto en el último epígrafe del capítulo primero.

los hospitales a que esté en casa bajo el cuidado de la familia. Es necesaria la creación de muchos más servicios alternativos e intermedios entre el hospital y el hogar,...”.

¹³⁷⁴ Ref. Rev. Española de Neuropsiquiatría, vol. II, nº. 21, 1987, en DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ., *Situación de los enfermos mentales internados en Centros penitenciarios andaluces*, diciembre, 1997, p. 10: “... cuando se unen enfermedad mental deteriorante grave de curso prolongado, y dificultades familiares (penuria económica, ausencia o avanzada edad de los padres, etc) hay únicamente la breve estancia en la Unidad de Agudos, la visita periódica al domicilio, la inyección mensual... El resto es encierro en el domicilio, vagabundeo sin rumbo. Empleo u ocupación protegida, apoyo psicosocial mantenido, programas específicos de rehabilitación de pacientes a medio y largo plazo... nada de eso existe. Este problema, a corto plazo, va a ser el origen de una nueva institucionalización... Algunas de las personas ya están en el Psiquiátrico penitenciario y otros, los que tienen dinero, en clínicas y residencias privadas, encerrados...”. Esta situación se constata, de igual modo en Gran Bretaña, como ha puesto de manifiesto *The Schizophrenia Association of Great Britain* en 1994, que recogen que hay, por lo menos unas 15000 personas con problemas psiquiátricos en la cárcel (Reino Unido), 1100 están gravemente enfermos y 700 padecen una enfermedad psicótica.

En concreto, en Andalucía en 1997 el número de enfermos psíquicos crónicos internados en centros penitenciarios andaluces era de 370, esto es el 2% sobre los ingresos totales comprende a personas con trastornos mentales graves o crónicos; y, en concreto el de Jaén es el que presenta la tasa más elevada debido a que cuenta con la colaboración de un Psiquiatra Consultor que asiste cada 15 días a los enfermos mentales que requieren sus servicios, junto con la de Algeciras, Granada y Huelva, faltando en el resto –la Recomendación nº. 1235 (1994) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que considera necesario destinar a cada institución penitenciaria un psiquiatra y personal especialmente formado- (*Ibidem*, pp. 34-37, 43, 51). Y aunque la cifra total es un elemento fluctuante que variará en función de los ingresos o salidas de cada día; sin embargo, sí es una constante, y una realidad de nuestras prisiones, que un elevado grupo de enfermos mentales frecuentan nuestras prisiones, y que son reincidentes los enfermos mentales sin apoyo social que viven en la marginalidad, pues también ha quedado constatado que ningún centro penitenciario realiza directamente, ni en coordinación con los recursos públicos del sistema sanitario o de protección social, funciones de integración del enfermo psíquico en su entorno.

Por último, en misma dirección apuntada por la evolución descrita en los párrafos anteriores en el ámbito de la Ciencias de la salud, y desde el punto de vista interno de la Psiquiatría, se puede decir que en la base del redimensionamiento de la noción de imputabilidad se encuentran los resultados a los que ha ido llegando la Ciencia psiquiátrica a lo largo del siglo XX. Estos nos advierten que en el inmaduro y en el enfermo psíquico existen los mecanismos o capacidad del entender y querer en el sentido de que, aunque haya defecto en sus motivaciones y valoraciones, no carecen de aquélla; o en términos de la *Legge* 180 que introduce la Reforma psiquiátrica en Italia en 1978, la tendencia de la Ciencia médica es a considerar a los enfermos psíquicos como sujetos *di norma capaci di intendere e volere*. Y coherentes con esta línea, algunas voces, entre la doctrina italiana, critican la ecuación que hace la jurisprudencia entre enfermo psíquico e inimputabilidad civil con independencia de una valoración referente al específico hecho dañoso¹³⁷⁵. Incluso, se ha llegado a denunciar que la “teoría psiquiátrica” se sustenta sobre supuestos psicopatológicos muy laxos, como lo revela el famoso informe de la Universidad de *Standford* redactado por el profesor ROSENHAN¹³⁷⁶.

En conclusión, el sentido de la Reforma se podría resumir hoy en que, frente al criterio tradicional de considerar al enfermo mental como “irresponsable e incapaz”, que necesita siempre la tutela de alguien, se trata de comenzar a considerar la posibilidad, en un moderno

¹³⁷⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Responsabilidad civil y guarda legal”, en *Documentación jurídica*, 1984, vol. XI, n.º. 41, enero- marzo, pág. 156. El punto de partida de dicho cambio se cifró, en términos generales, en el reconocimiento de que hay menores que, siendo inmaduros, no están privados de ciertos mecanismos volitivos; y en el mismo sentido, BUSSANI, M., “Canales de contenido propio...”, ob, cit, p.1. Y, SALVI, C., “La responsabilità civile dell’infermo di mente”, ob, cit, p. 823.

¹³⁷⁶ ROSENHAN, D.L., “Science”, 179, 250, 1972; *Le Nouvel Observateur*, 435, 13-18 de marzo de 1973, p. 72 y ss. Ocho personas, la mayoría profesionales, se presentan en distintos Establecimientos psiquiátricos aduciendo oír “como voces” en alguna ocasión. Por lo demás, no adujeron ningún otro síntoma, y se comportaron normalmente en la reclusión que para todos se indicó. Se les trató con neurolépticos, que lógicamente no tomaron, y, salvo uno que fue diagnosticado de depresión, los demás fueron diagnosticados de esquizofrenia, y tras un promedio de 19 días de ingreso, dados de alta por esquizofrenia en remisión. Cuando al fin, fueron advertidos los psiquiatras del juego a que habían sido sometidos, se les anunció que en los próximos meses habría solicitudes de ingreso de falsos pacientes, y lo ocurrido fue que 41 de 193 pacientes reales fueron tomados como falsos enfermos, curiosamente 35 pacientes internados, de 118, manifestaron sus sospechas ante los falsos pacientes de que no eran enfermos, sino periodistas, quizá inspectores clandestinos y, a pesar de las protestas de los falsos pacientes en contrario, algunos psiquiatras se mostraron irreductibles en sus opiniones sobre ellos. Y en sentido parecido, vid. ESPINOSA IBORRA, J., “Inimputabilidad, peligrosidad y psiquiatría”, *CDJ*, 1994, ol. 31, p. 369, que nos explica que la decisión de valorar cuando un comportamiento es patológico, siempre estará mediatizada por criterios subjetivos, en función del patrón social, ideológico etc., de la persona que juzga, dada la imposibilidad de definir lo que se entiende por normalidad. Es significativo que en una investigación llevada a cabo en Italia se constató que el peritaje psiquiátrico se solicitaba en el 80% de los casos si el inculpado tenía un nivel alto de escolaridad, mientras que si lo tenía bajo el peritaje se ordenaba sólo en un 20% .

Estado de Derecho, de aceptar unos ciertos “riesgos controlados” en beneficio de la autonomía, de la vida en libertad, del respeto, en fin, de estas personas. Pero claro está, esto sólo será posible a condición de una mayor disponibilidad y flexibilidad de los servicios de salud mental para realizar una política que prevenga las crisis o hacerse cargo del enfermo cuando esta tenga lugar, la cual requiere, a su vez, que el sistema especializado extrahospitalario previsto por la Ley sea una realidad.

Finalmente, constatamos que la evolución social y sanitario-psiquiátrica descrita en los párrafos anteriores ha tenido su paralelo en el ámbito jurídico, que es lo que pasamos a exponer en las líneas que siguen¹³⁷⁷.

b') Evolución en el ámbito jurídico.

Se puede decir que hasta los años ochenta las normas jurídicas privadas acerca de los incapaces se caracterizaban por su laxitud, de modo que las personas que sufrían cualquier tipo de alteración psíquica eran abocadas a una clara marginación jurídica¹³⁷⁸; sobre todo, los

¹³⁷⁷ En realidad, la marginación jurídica a la que han estado sometidos los enfermos mentales, y sigue en la actualidad aunque de un modo más sutil, trae causa de la propia Psiquiatría, pues hasta hace poco el concepto que ésta tenía de enfermo psíquico era el de carente de razón en todo, y la consecuencia inevitable de ello ha sido su tratamiento como cosa. Esto es, de la consideración despersonalizada del enfermo por parte de la Psiquiatría a la consideración despersonalizada del enfermo por parte de las instituciones jurídicas hay absoluta coherencia – vid. CASTILLA DEL PINO, C., *La ideología de la locura en la práctica psiquiátrica actual*, prólogo a Rodríguez Bercovitz, R., *La marginación de los locos y el Derecho*, ed., Taurus, Madrid, 1976, p. 11-.

¹³⁷⁸ La presencia del demente era vista como algo molesto en el mejor de los casos, o como alguien peligroso al que hay que encerrar y tener bajo vigilancia, aplicando medidas que ni siquiera se utilizaban con los presos, vid. ref. Enciclopedia Jurídica Española, voz: “demente”, t. X, Barcelona, 1910, p. 689, en GUTIÉRREZ CALLES, JL., ob, cit, p. 197: Art. 122 de la Ley de Beneficiencia de 6 de febrero de 1882: “*jamás se usarán en esas casas* (se refiere a los establecimientos destinados a recoger y curar a los locos de toda especie) *el encierro continuo, las asperezas de trato, los golpes, grillos y cadenas*”.

Y, en concreto, para un análisis de la situación de los internamientos en España con anterioridad a los años ochenta es imprescindible la lectura de BERCOVITZ CANO, R., *La marginación de los locos y el Derecho*, ob, cit; y DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, t. II, ob, cit, pp. 284-p.285, que estudian, sobre todo, el Decreto de 3 de julio de 1931 (en la segunda República tuvo gran influencia un grupo de eminentes psiquiatras aglutinados en torno a la Asociación Española de Neuropsiquiatría que consiguieron la promulgación por el Gobierno provisional de la República de dicho Decreto sobre la asistencia a los enfermos mentales, modificado por D. 27 de mayo de 1932 y aclarado por O. 30 de diciembre de 1932) que, si bien, supuso un paso adelante respecto a la situación anterior (el Real Decreto de 19 de mayo de 1885 permitía que a los enfermos se les internara a petición de los parientes del presunto loco, amparada por la certificación de locura hecha por los facultativos) permitió que, durante la mayor parte del siglo XX, se incapacitara al enfermo mental, *de facto*, internándolo en los establecimientos psiquiátricos por mera indicación médica y declaración de conformidad y solicitud de ingreso al director del establecimiento por el pariente más cercano o su representante legal o las personas que convivan con el enfermo, a excepción de los siguientes casos: a) estar ante un supuesto de urgencia en los que se facultaba la admisión inmediata bajo la responsabilidad del médico director del establecimiento

enfermos psíquicos de condiciones económicas más desfavorables, como lo revela el que la indicación de internamiento era ostensiblemente más frecuente a tenor de la acomodada situación económica del paciente, frente a las altas precoces, y la ausencia de seguimiento de los casos que, curiosamente, era benéficos¹³⁷⁹.

Tenemos que esperar, entonces, a la primera década de los años ochenta o finales de los setenta para experimentar en el ámbito jurídico civil un avance significativo. Sin embargo, esta evolución tuvo en el Derecho público sus primeras manifestaciones a mitad del siglo XX, que son las que pasamos a apuntar en el siguiente apartado.

a'') Apunte acerca del cambio pionero en el Derecho público.

La evolución en el Derecho público administrativo en la preocupación y tratamiento del colectivo de los incapaces se puede decir que tuvo lugar en los años cincuenta en el doble frente, de fomento de un conjunto de servicios a los incapaces y a sus familias¹³⁸⁰, y de

(art. 10 RD, debiendo constar en el certificado del médico: la existencia de la enfermedad, la necesidad del internamiento, una exposición breve de la sintomatología y el resultado de la exploración somática y psíquica del paciente), b) estar ante un paciente peligroso, cuyo internamiento se producía por mera autorización gubernativa (Jefe de Policía o Alcalde), c) por propia voluntad. En definitiva, con esta regulación se lograba, a la hora de la verdad, una incapacitación mucho más fuerte que la prevista en el Código civil, la derivada de una privación absoluta de libertad. No obstante, el médico director tenía que comunicar la admisión del ingreso normal forzado, tanto al gobernador, como al Juez de primera instancia del distrito del manicomio (arts. 12 y 17 RD), como en caso de que se permitiera el aislamiento involuntario de un enfermo mental en asistencia privada o familiar, el médico debería de comunicarlo al gobernador civil de la provincia dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes (art. 26 RD). Sin embargo, la sala de lo penal del TS venía rechazando la existencia del delito de detención ilegal basándose en que, en todo caso, aunque fuese con un criterio erróneo, las personas que forzaron el internamiento lo hicieron con ánimo de curar (pp. 85-90); si bien, DE CASTRO, nos explica que dicha doctrina entraba en contradicción tanto con las leyes fundamentales, como con el Código civil y penal, pues el artículo 216 CC exigía que los Tribunales examinasen por sí mismos al denunciado incapaz, y el artículo 480 CP castigaba al que encierra o detiene a otro, privándole de libertad. Y, más actualmente, vid. RAMOS CHAPARRO, E., "El internamiento de incapaces presuntos", ob, cit, pp. 479-492.

¹³⁷⁹ CASTILLA DEL PINO, C., ob, cit, np.11, p. 14. El autor resalta un caso en el que intervino como psiquiatra para informar acerca de un paciente de Montilla que asesinó a su madre a los pocos minutos de llegar a dicha localidad procedente del Psiquiátrico de donde fue dado de alta, y en el mismo pudo comprobar la riqueza de síntomas de esquizofrenia activa, que clínicamente no podían haber surgido en fecha reciente, y que la historia clínica del paciente contenía tan sólo los datos de filiación y ni una sola observación clínica. ¡El paciente era benéfico!. También alude al caso juzgado en Grenoble y en el que se obligó a indemnizar a la Institución tras el homicidio provocado por un paciente liberado seis semanas antes del mismo.

¹³⁸⁰ Para un visión completa de las primeras medidas en el campo de protección del deficiente psíquico por medio de la Administración, vid. SALA FRANCO, J.M., "La protección del deficiente por medio de la Administración", en *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, bajo la dirección de Díez Picazo, UAM, Madrid, 1975, pp. 75-91. Como dato básico es dable destacar, que las Diputaciones Provinciales tenían dentro del ámbito de sus prestaciones mínimas atender la problemática de la deficiencia y enfermedad psíquica. También, CARRETERO, A., *La situación jurídica de los subnormales en España*, ed.,

promoción de agrupaciones y asociaciones interesadas en la solución de conflictos paralelos a la Administración¹³⁸¹; lo cual ha tenido una línea de continuidad hasta el momento presente¹³⁸².

Sin embargo, en la actualidad se le critica al Derecho público dos grandes cuestiones que afectan a nuestro tema de estudio:

Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pp. 1158-233. La intervención administrativa es una consecuencia del Derecho a la salud y al trabajo, como derechos de los administrados. Y entre la materia reglamentada de más interés citamos, por ejemplo, el RD de 30.5.1930 que creó la *Escuela Nacional de Anormales*; el Decreto del Ministerio de Educación Nacional de 6 de marzo de 1953 creó el *Patronato Nacional de Educación de la Infancia Anormal* para centralizar y dirigir la acción de todos los organismos interesados en la educación de la infancia anormal; la Orden del Ministerio de la Gobernación de 15 de febrero de 1954 establece *Patronatos Provinciales de Higiene Mental* para proponer medidas sanitarias que tiendan a conseguir la profilaxis de la locura; y la Ley de 14 de abril de 1955 y su Reglamento de 21.12.1956 constituyen el *Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica* que tienen la cooperación, sobre todo, de las Diputaciones Provinciales y la Orden Religiosa Hospitalaria de San Juan de Dios, lo que significó el cambio de dirección en el tratamiento de los enfermos mentales pues de la mera asistencia se pasó al tratamiento debido en su salud, y conllevó la sustitución del Manicomio por el Hospital psiquiátrico; la Orden interna de la Presidencia del Gobierno crea en el Instituto Nacional de Estadística una comisión para el estudio de la situación de los deficientes psíquicos en España.

En definitiva, los principios generales de actuación administrativa han perseguido: 1º.- el censo del grupo de deficientes psíquicos, 2º.- perfilar el derecho de asistencia como excepción frente al servicio público porque no se garantiza en el sentido de que sólo se tiene el título de legitimidad para ser admitido, aunque se carece de derecho para lograrlo, esto es, el derecho subjetivo no existe por ser un servicio sin contraprestación; 3º.- acometer el problema de la escolaridad de los minusválidos; 4º.- fomentar la ayuda e integración de los deficientes en la sociedad; 5º.- Procurar una organización administrativa unitaria y coherente sobre la materia; 6º.- Formar el personal especializado necesario para atender a los deficientes; 7º.- Establecer un cuadro de prestaciones; y 8º Preparar la planificación del sector.

¹³⁸¹ Vid. CARRETERO, A., *La situación jurídica de los subnormales ...*, op. cit, pp. 139-158; y SOLAS RAFECAS, J.M.DE, “La educación del deficiente mental”, en *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español, bajo la dirección de Díez Picazo*, UAM, Madrid, 1975, pp. 53-60. Antes de la promulgación de la Ley de Fundaciones de 1994, el derecho de fundar establecimientos asistenciales o docentes en el campo de la minusvalía psíquica se regía por la Ley de Beneficiencia de 20 de junio de 1894, y el RD de 14 de marzo de 1899. Dichas personas jurídicas eran jurídico-privadas pero de interés público, esto es, no lucrativas; y las relaciones entre la fundación y los beneficiarios a ella eran de Derecho civil. Aunque el número de centros era muy escaso en relación a las necesidades del censo de deficientes psíquicos en España, destacamos la *Fundación General Mediterránea* que se constituyó en 1971 por la que se establece un sistema de ayudas económicas vitalicias para deficientes cuando desaparecieran los padres o tutores, y que tiene los mismos fundamentos que el Seguro. Por otra parte, la labor privada ha sido más intensa en el derecho de asociación, sobre todo impulsada por los grupos de padres de niños afectados de anomalías mentales, siendo la primera ASPRONA creada en Valencia el 27 de julio de 1959 que, a su vez, creó el Instituto de Educación Funcional, centro costeado por los propios interesados; envió al extranjero a psiquiatras subvencionados por la asociación y el Ayuntamiento de la ciudad, para ampliar estudios de educación especial; y con el fin de insertar a los deficientes en la vida laboral, se creó la Primera Cooperativa de Trabajadores de Capacidad Disminuida. Y lo que fue, aún más importante, se creó FEAPS o la Federación Española de Asociaciones Protectoras de Subnormales cuyo mejor resultado fue la mentalización de las familias y de la sociedad, informando a través de la única publicación mensual de la época dedicada a tales temas, “Siglo de oro”, del problema a todo el pueblo; y el que desde sus inicios en 1964 se pudo constatar el incremento de la legislación sobre deficientes, que antes era muy escasa.

1) En primer lugar, la falta de coordinación entre la Administración sanitaria y la social vulnerando el artículo 20.3-4 LGS 1986; aunque, de modo excepcional haya experiencias de colaboración, como la que existe entre el Área de Servicios sociales y la Administración de Justicia a raíz del Convenio de 6 de febrero de 1992 de colaboración suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial y la Junta de Andalucía para el desarrollo de programas de atención social en Juzgados y Audiencias¹³⁸³.

2) Y en segundo lugar, se reprueba la ineficacia de las instituciones públicas en orden a resolver los problemas de este sector, pues se encuentran en una situación lamentable, no sólo desde el punto de vista de rentabilidad económica, sino de rentabilidad social. Y esta ineficacia se denuncia, por otra parte, por las Asociaciones y Fundaciones de deficientes y enfermos psíquicos o allegados cuya experiencia diaria les hace enfrentarse con pagos imputables por parte de la Administración; y, de igual modo y como ya se puso de manifiesto en el apartado anterior, con la falta de iniciativa en la creación, sobre todo, de Centros especiales de empleo, Centros ocupacionales que tienen una finalidad asistencial y terapéutica tendentes a favorecer la futura integración¹³⁸⁴, o Centros residenciales para deficientes que

¹³⁸² Para una referencia actual a nivel estatal de las Asociaciones de Deficientes psíquicos y Enfermos psíquicos, vid. HEREDIA PUENTE, M./ FÁBREGA RUIZ, C., *Protección legal de los incapaces*, ed., Colex, 36, 1998, pp. 113-114; y *Revista Fundación Tutelar TAU*, n.º. 16, enero 2002, p.30.

¹³⁸³ LÓPEZ ÁLVAREZ, M., “La coordinación intersectorial en la atención a la salud mental. La perspectiva sanitaria”, en *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, ob, cit, 1997, 3ª Jornada, pp.91-92; LÓPEZ SÁNCHEZ VIZCAINO, A., “Organización, funciones, competencias y recursos de la Administración de Justicia”, en *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, ob, cit, 1997, 3ª Jornada, pp. 86-87; y VVAA., “Aspectos jurídicos en relación al enfermo mental”, en *I Jornadas FANAES (Federación Andaluza de Allegados de Esquizofrénicos)*, ob, cit, p. 21.

¹³⁸⁴ Para una visión completa de este tema, vid. CARRIL VÁZQUEZ, XM., “Sobre el trabajo y la protección social de la persona con retraso mental”, en *Derecho y retraso mental*, ob, cit, pp. 341-413, que cita como columna vertebral el art. 49 CE y la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los Minusválidos (BOE, 30 de abril), el Informe5/1995, del Consejo Económico y Social, de 26 de octubre de 1995 “Sobre situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación; modificaciones en el ET 1995, y LGSS de 1994; el RD 1386/1985, de 17 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en centros especiales de empleo, que en definitiva recoge que la finalidad principal de la política de empleo es la integración en el sistema ordinario de trabajo, o, en defecto de ésta, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido. Sin embargo, tras un recorrido a la normativa concluye que, en relación a las reservas de plazas tanto en el sector público (3%) como en el privado (2%), y a pesar de que su incumplimiento es constitutivo de infracción grave, la realidad ha permitido constatar su incumplimiento constante con la dificultad añadida de que, a diferencia de otros países del entorno, no se han arbitrado medidas alternativas, sustitutorias o subsidiarias.

Y, par una visión crítica, vid. POLO MOLINA, P., “El papel de las asociaciones de familiares y allegados a los deficientes mentales”, en *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, ob, cit, 1997, 4ª Jornada, pp. 117-121. Y para un análisis de los Centros ocupacionales como medio importantísimo de prevención de la delincuencia de estos colectivos, vid. *Revista Fundación Tutelar TAU*, n.º.17, junio 2002, p.7, que ponen de manifiesto que, hasta ahora en Andalucía la mayoría de los Centros ocupacionales

hayan cometido algún delito; justificándose la Administración en el amparo que otorga a las iniciativas privadas, olvidándose, creemos, de su deber de “servir” a la sociedad, cuando cada vez se incide más en la idea de considerar que el “trabajo es un instrumento básico del desarrollo del ser humano y medio privilegiado de rehabilitación hasta donde sea posible”¹³⁸⁵. No obstante, ha supuesto una loable excepción y novedad la regulación de los “Centros residenciales” y “Centros de día” para deficientes psíquicos por el título V de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de *atención a las Personas con discapacidad en Andalucía*, que vienen a solventar un problema que se denunciaba desde hace tiempo, nos estamos refiriendo a los internamientos de personas con deficiencias psíquicas en establecimientos pensados para enfermos psíquicos por carecer de otros recursos alternativos, y que adquieren una importancia decisiva a partir de la entrada en vigor del CP 1995 que contempla las medidas de seguridad como sustitutorias de penas privativas de libertad¹³⁸⁶.

Pues bien, a pesar de la crítica positiva que se puede hacer a la previsión y fomento de dichos centros por el legislador, en este caso autonómico, otra cuestión es la viabilidad o su modo de fomento, de modo que algunas voces apuntan que la solución vendría por la gestión de la denominada iniciativa social que, desprendiéndose de algunos lastres, asumiría la responsabilidad de gestionar las instituciones ofreciendo un servicio de calidad. Y, para ello, la Administración pública, oyendo la iniciativa social, planificaría y ordenaría los distintos sectores, estableciendo unos rígidos controles para evitar los defectos de estas entidades, garantizaría unos mínimos de calidad en la atención a sus clientes, presupuestaría fondos para su mantenimiento y auditaría sus economías. En definitiva, se conjugarían de tal modo los aspectos positivo de lo “público” y lo “privado”, como ocurre en las llamadas fundaciones mixtas presentes en los Estados Unidos¹³⁸⁷.

han sido promovidos por las Asociaciones, así, por el ejemplo, por citar uno reciente, el Centro Ocupacional el Múrtiga en Huelva (*Ibidem*, p. 17-19).

¹³⁸⁵ SEOANE, JA., “La regulación jurídica del derecho de trabajo”, en *Segunda jornada Unviersitaria de Derecho del trabajo*, Piura, Universidad Piura- Facultad de Derecho, 1998, p. 13.

¹³⁸⁶ Los deficientes psíquicos han carecido de Centros específicos para dichas medidas de seguridad, excepto honrosas excepciones, como las iniciativas privadas de asociaciones y fundaciones como TAU con su proyecto Alas de integración de deficientes psíquicos condenado a medidas de seguridad a través del trabajo agrícola y ganadero en la Residencia San Buenaventura de Alcalá de Guadaira, que no solicionaban el problema de 400 internos. De modo que con el fomento de estos Centros residenciales se rellena ese vacío existente en lo público.

¹³⁸⁷ VICARIA YAGUEZ, A., “La dialéctica entre lo público y lo privado”, en *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, ob, cit, 1997, 1ª Jornada, p.35; y en sentido parecido,

Sea como fuere, en un momento posterior al Derecho público, dicha evolución ha tenido su reflejo en el Derecho privado civil, en concreto, en algunos ámbitos relacionados con el estatuto jurídico civil de los incapaces.

b'') Evolución en el Derecho civil: el criterio de la “defensa de la capacidad natural del incapaz-reducción del formalismo”

a''') Respecto al internamiento.

En primer lugar, merece destacarse el interés progresivo con que ha sido abordada por el Derecho civil la necesaria reforma legislativa en lo referente a los internamientos de los enfermos psíquicos. No obstante, hay que poner de manifiesto que al cambio legislativo le precedió una etapa de denuncia doctrinal acerca de la situación del enfermo psíquico en España, cuya primera brecha tuvo lugar, de modo aislado, en los años setenta, de la mano de BERCOVITZ CANO que se centró en el tema más urgente de los derechos del enfermo psíquico internado, dejando al margen en un primer momento las cuestiones relativas al estatuto jurídico del enfermo psíquico en general, estuviera o no internado. En concreto, este autor puso de manifiesto que la sensibilidad social y jurídica hacia el colectivo citado se encontraba hasta dicho momento aletargada, como herencia de la que existía en los siglos XVII y XVIII en Europa en que se marginaba toda irracionalidad, de modo que los locos quedaban equiparados y confundidos con todos los grupos sociales que resultaban incómodos¹³⁸⁸.

LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Comentario a la nueva Ley de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía”, en *Aspectos sociales y jurídicos en torno a la persona con discapacidad*, en Jornadas organizadas por la Fundación Tutelar TAU y por la Fundación El Monte, Sevilla 8, 9 y 10 de febrero de 1999, inéditas, p. 7, que defiende el fomento de las fundaciones mixtas presentes, por ejemplo, en los Estados Unidos, que son fundaciones en las que interviene tanto la Administración pública como el particular y con órganos paritarios donde intervienen los dos, a pesar de las críticas que se les pueden hacer como el que la entidad pública busca, a su vez, clientelismo político que condiona las ayudas y subvenciones.

¹³⁸⁸ Ref. ROSEN, G., *Locura y sociedad. Sociología histórica de la enfermedad mental*, ed., Alianza Editorial, Madrid, 1974, pp. 190-191, en Bercovitz Cano, R., *La marginación de los locos y el Derecho*, op. cit., p. 27. Todos los “indeseables” de la sociedad, vagabundos, gentes sin hacienda, sin trabajo u oficio, etc., fueron encerrados en establecimientos comunes de los que constituye modelo el “Hôpital général” de París. Y en cuanto al procedimiento de estos internamientos, el arbitrio absoluto de las autoridades gubernativas queda reflejado en el ejemplo francés, modélico también, de las “lettres de cachet”. También, sobre hospitales, hospicios, casas de misericordia, y casas de expósitos, vid. los títulos 37 y 38 del Libro 7 y las Leyes 7,10,y 12, del Tít. 31 del Libro 12 de la Novísima Recopilación.

También, desde la doctrina penal se formuló una denuncia de anticonstitucionalidad de la normativa del internamiento psiquiátrico, vid. MENA ÁLVAREZ, J.M., “Sobre la inconstitucionalidad del internamiento

Y este abandono jurídico del que hablamos, por otra parte, ha quedado constatado en las conclusiones de la Comisión para el estudio de la situación jurídica de los pacientes hospitalizados en instituciones psiquiátricas en Andalucía en 1984, y de las que se desprenden, entre otros, los siguientes datos reveladores de la situación de los enfermos psíquicos antes de la Reforma psiquiátrica: por un lado, la insuficiente garantía legal de los derechos fundamentales de los internos, y, por otro, la existencia de anomalías jurídicas y asistenciales con pacientes no necesitados de tratamiento psiquiátrico, como deficientes psíquicos, pacientes geriátricos, cleptómanos, u otros pacientes de sintomatología residual, etc.,¹³⁸⁹. En definitiva, el Hospital psiquiátrico se revelaba, cada vez más, no como una institución terapéutica, sino como un mero instrumento de custodia; como una pura y simple cárcel de seguridad; y en las palabras tan expresivas de CASTILLO DEL PINO, “ (...) sobrecoge el uso que puede hacerse de una persona cuando, merced a sus circunstancias, llega a ser considerada como una cosa sobre la cual cualquier componente del estamento sanatorial puede ejercer la autoridad más arbitraria”, pues “(...) el enfermo recluido carece, en muchas ocasiones, incluso de objetos personales, de dinero, se ve obligado a recurrir a actitudes humillantes para la satisfacción de mínimas necesidades, como pueden ser libros, cigarrillos, etc., no toma parte en lo que concierne a su tratamiento”¹³⁹⁰.

psiquiátrico”, en *Estudios Jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez-Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 469-491.

¹³⁸⁹ Para una visión completa de la vulneración de los derechos fundamentales de los pacientes psiquiátricos andaluces antes de la Reforma de 1983 y en un momento inmediato posterior, vid. *Situación jurídica de los pacientes psiquiátricos andaluces*. Informes técnicos, ed., Consejería de Salud y Consumo y IASAM, 1985, especialmente, pp. 38-42 que analizan el derecho a la libertad (37% de casos no justifica el internamiento y el 90% de los casos se debía a causas económicas), seguridad jurídica (prácticamente no se lleva a cabo la revisión semestral exigida en el Código civil); intimidad (en general los centros favorecen la despersonalización); libre información y comunicación (no existen bibliotecas, llega poca prensa); educación y cultura (la mayoría son analfabetos, pero casi el 46% puede mejorar su situación); integridad física, moral y protección a la salud (no se abusa de los mecanismos de sujeción mecánica aunque, a veces, se llevan a cabo sin la indicación terapéutica precisa y no se usa terapia electroconvulsiva); trabajo, remuneración y seguridad social (salvo en Almería no existen trabajos productivos concertados con el exterior y no existe ningún tipo de cobertura de Seguridad Social para los internos que trabajan); recursos económicos y administración (sólo un 32% de los internos administran sus recursos); y también, IASAM., *La reforma psiquiátrica en Andalucía 1984-1990*, ob, cit, pp.124 y ss. También, ORTIZ GÓNZALEZ, AL., “La protección de los incapaces. Actuaciones del defensor del pueblo”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 256-266, que puso de manifiesto la situación de Hospitales psiquiátricos (uno de Andalucía, Baleres, Galicia y Cataluña) en los que existían cuartos de aislamiento donde estaban los enfermos considerados peligrosos, alguno de ellos atado a la cama por la noche, y en todos los casos no se había comunicado a los Jueces competentes las adopciones de las medidas descritas.

Y en este contexto jurídico, el punto de inflexión definitivo llegó con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre reforma del Código civil en materia de tutela, que introdujo en la legislación civil un sistema nuevo contenido en el artículo 211 CC, aunque lacónico en expresión, que conmina a la autorización del internamiento de presuntos incapaces por los órganos del Poder judicial, como lo requería la normativa internacional ya existente al respecto, sobre todo el artículo 5 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales ratificado por España en 1979, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de febrero de 1983, nº.R (83) de 22 de febrero, *sobre la protección jurídica de las personas aquejadas de enfermedad mental internadas como pacientes involuntarios*, y la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos¹³⁹⁰. El artículo 211 CC ha creado, entonces, un sistema de riguroso control judicial en el sentido de que el internamiento se autoriza por el Juez, pero no se

¹³⁹⁰ CASTILLA DEL PINO, C., ob, cit, p. 21.

¹³⁹¹ Para un estudio completo de la normativa internacional y española al respecto, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El internamiento de los enajenados”, en *PJ*, 1986, nº. 4, pp.49-67, que establece que del art 5 CEPDH se desprende, de modo implícito, que ha de ser un órgano judicial el legitimado para acordar el internamiento.

Además, tener en cuenta la Resolución 46/119 de ONU de 1992 que estableció unas normas sobre la práctica psiquiátrica, en concreto, sobre los derechos fundamentales que debe presidir toda la atención al enfermo mental: el derecho a vivir y a trabajar en comunidad; el derecho a ser tratado como el resto de los enfermos; el derecho a consentir su tratamiento previa información; y el derecho a ser protegido durante el internamiento. Y a nivel europeo hay que tener en cuenta: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; y la Recomendación nº.R (83) de 22 de febrero, del Comité de Ministros, *sobre la protección jurídica de las personas aquejadas de enfermedad mental internadas como pacientes involuntarios*, en *Recommendations aux États membres* (1983-1986). Conseil d’Europe, 1983, Strasbourg, 1985, que recoge como principios fundamentales: a) que el internamiento sea una medida excepcional (art. 3) y Caso Winterwep, sentencia TEDH de 24 de octubre de 1979; b) el concepto de palabra enajenado no permite una interpretación definitiva, sino que su sentido evoluciona continuamente con los progresos de la investigación, la terapéutica y la actitud social hacia la enfermedad mental; y los requisitos para que pueda determinarse el internamiento son: que se halle justificada suficientemente la enajenación mediante la peritación médica objetiva, que la perturbación sea de unas características y de una amplitud que justifiquen el mismo, y que no pueda prolongarse el internamiento si no persiste la perturbación (art. 3); c) que toda decisión de internamiento debe adoptarse por un órgano jurisdiccional o por la autoridad que la ley prevea siempre que ésta sea distinta de quién recomendó o solicitó el internamiento, además el mismo reclama un control periódico a ejercer en intervalos razonables (arts 4 y 8), y Caso Luberti, sentencia TEDH de 28.8.1985; d) que el procedimiento de “habeas corpus” no es suficiente, sino que, entre otras garantías, habrá de tener la posibilidad de ser oído personalmente, o en su caso, mediante alguna forma de representación (Caso X contra el Reino Unido, sentencia TEDH de 5.11.191); e) el internamiento no puede nunca efectuar la incapacitación del enfermo, esto es, cualquier privación de sus derechos y obligaciones de naturaleza civil (art. 6); y f) respecto a la decisión del internamiento es necesario revisar los conceptos fundamentales como el calificativo de “peligroso” aplicado a los enfermos mentales, en el sentido de que sólo se puede internar a una persona cuando el paciente, en razón de la enfermedad mental, represente un peligro para sí o para los demás, o cuando la ausencia del mismo determina un deterioro de su estado o impide que se le preste un tratamiento adecuado (art. 3).

produce por su mandato, sino por las razones médico –terapéuticas que lo aconsejen¹³⁹², como lo refleja el que, desaparecida la justificación terapéutica del internamiento, el centro está obligado a conceder el alta sin esperar a la autorización judicial, aunque se la deba comunicar al Juez autorizante para que cese su deber de control¹³⁹³. Esto es, a pesar de que no esté previsto normativamente el caso en que el Juez se oponga al alta médica, en la práctica, hay un tácito acuerdo y los Jueces aceptan *de facto* los criterios de alta de los facultativos. En definitiva, en el campo civil el Juez nunca puede ordenar el internamiento, lo que sólo puede hacer dentro del procedimiento penal como medida de seguridad tras la sentencia¹³⁹⁴.

No ignoramos, sin embargo, la existencia de problemas de orden práctico en la aplicación de la normativa acerca de los internamientos civiles¹³⁹⁵, algunos de los cuales, a excepción del internamiento voluntario, se han subsanado en un primer momento con la

¹³⁹² GUARDIA, J./ BARBUDO, F., “Actuación del personal sanitario, Jueces y familia en los ingresos psiquiátricos: coordinación de los profesionales”, en *I Jornadas de Sensibilización*, ob, cit. Respecto a los criterios de un psiquiatra para dictaminar sobre la necesidad o no de un internamiento involuntario se habla de la teoría de los cinco pasos: 1) la confirmación o realización de un diagnóstico fiable de la enfermedad mental severa por varios facultativos; 2) el planteamiento de lo que ocurriría si no se llevara a cabo el mismo; esto es, el pronóstico o el riesgo a corto plazo; 3) valorar si ese ingreso se va a realizar para mejor tratamiento del paciente, esto es, asegurar el tratamiento óptimo del mismo; 4) valorar la competencia para que el enfermo otorgue el consentimiento al internamiento, lo que es de gran importancia para evitar los ingresos de custodia no terapéuticos; y, por último, 5) cuestionarse qué haría una persona no enferma mental en sus mismas circunstancias. A su vez, hay que tener en cuenta, la Resolución de 5 de febrero de 1986 del IASAM por la que se crean las “Comisiones de Admisión de Enfermos en Centros de Internamiento psiquiátrico”, modificada por la Resolución 32/91, de 1 de abril de modificación de la composición de las Comisiones de admision de enfermos en las Unidades hospitalarias de Salud Mental.

¹³⁹³ MÉJICA, J./ FERNÁNDEZ MIGUELEZ, A., ob, cit, p. 107, que cita al psiquiatra Carrasco Gómez cuando afirma que: “el psiquiatra que no tenga la evidencia de la existencia y buen funcionamiento de esos servicios extrahospitalarios, y para un paciente determinado y en el medio en que tenga que residir, hasta que eso no ocurra, sería preferible el mantener el internamiento por un tiempo más prolongado, completando mejor la remisión de la enfermedad”.

¹³⁹⁴ Hay que diferenciar los internamientos civiles, que se rigen por el Código civil, de los internamientos en centro psiquiátrico como medida de seguridad, que se rigen por los preceptos del Código penal 1995 –arts. 101-104-. En igual sentido, RAMOS CHAPARRO, E., “El Internamiento de los presuntos incapaces”, ob, cit, p. 483. Y respecto a la nueva legislación alemana vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, en AC, nº.21, 24 al 30 de mayo de 1999, pp. 573-574, que diferencia el internamiento civil por razones meramente terapéuticas o de protección al propio enfermo, de los internamientos públicos cuya competencia la tienen los *Länder* que tienen competencia en materia de seguridad pública.

¹³⁹⁵ Para un análisis muy interesante de los problemas de orden práctico e interdisciplinar que plantea la normativa actual acerca de los internamientos psiquiátricos, vid. SANTOS URBANEJO, F., “El internamiento psiquiátrico: problemas que plantea el internamiento involuntario”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pp. 163-193; DUERTO ARGÜEMÍ, T., “Los internamientos en residencias de la tercera edad y en centros de educación especial”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, ob, cit, pp. 195-211; ROIG BUSTOS, L., “Los internamientos de los enfermos mentales”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, ob, cit, p. 213-235; CUTILLAS TORNS, J.M., “Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces”, en *La Ley*, 8 de enero de 1988, pp. 1-6.

nueva redacción del artículo 211 CC dada por la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y otros, posteriormente, con la redacción del artículo 763 de la nueva LEC 1/2000 que ha derogado al precepto civil.

En concreto, la referida LO 1/1996 amplió el ámbito de aplicación del precepto a todo tipo de internamiento, también los de educación o formación especial, siempre que la condición psíquica de la persona le impidiera dar su consentimiento, positivizando la línea recogida por Fiscalía General del Estado que, en Consulta 3/1993, de 15 de octubre en relación a un internamiento de una persona con discapacidad, interpretó el concepto jurídico indeterminado de internamiento de presunto incapaz como: “todos aquellos centros de régimen cerrado o que no permitan el libre movimiento de los internos, en los que se cumplan medidas asistenciales, sanitarias y educativas”¹³⁹⁶; si bien, en opinión reciente, SANCHO GARGALLO, a la vista de la nueva LEC, opina lo contrario¹³⁹⁷. No obstante, de las conclusiones del Estudio del Defensor del Pueblo acerca de la atención residencial a personas con discapacidad psíquica se desprende el incumplimiento del artículo 211 CC al ser los padres o tutores quienes solicitan el ingreso, sin obtener la previa autorización judicial¹³⁹⁸.

¹³⁹⁶ En este sentido, vid. BERCOVITZ-CANO, R., “Comentario al artículo 211”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t.IV, ed., Edersa, 1985, p. 211; y “La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud”, *ADC*, 1984, pp. 955-956, que concluye que lo decisivo, en consencuencia, no ha de ser la modalidad del centro, sino, como parece razonable, la condición psíquica de cada persona”; y en el mismo sentido DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 1996 y debates de las Cortes Generales*, I, Informe, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1997, pp. 54-55. Y respecto a la Consulta de 15 de octubre de 1993, vid. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 5 de febrero de 1994, núm. 1697, suplemento.

Aunque con referencia al internamiento del menor, la norma está pensando en aquél que tenga finalidad terapéutica, y se realicen en un “establecimiento de salud mental” (excluyendo los internamientos de carácter pedagógico o residencial) –vid. ÁLVAREZ, N./ SEOANE RODRÍGUEZ, JA., “Capacidad e incapacidad en el Derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental: La incapacitación”, en *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, ed., Fundación Paideia, Madrid, 1999, p. 143, y así lo recoge la SAP de Alicante de 3 de julio de 1996 (Act. C. 1996, nº. 1228).

¹³⁹⁷ SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 141, que entiende que, a la luz de la nueva LEC, la necesidad de la autorización judicial sólo es necesaria en aquellos casos en los que el tratamiento del trastorno psíquico precisa el ingreso hospitalario en centros psiquiátricos, y concretamente, para los que están en una fase aguda de su enfermedad, o son enfermos crónicos que precisan una atención especializada para su reinserción o rehabilitación social. No es necesaria, pues, en los internamientos de aquellos incapaces naturales, que, aún padeciendo un trastorno psíquico, están motivados primordialmente por la atención y cuidado personal de aquéllas, dentro del cual estará, lógicamente su tratamiento médico.

¹³⁹⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO., *Informes, estudios y documentos. Atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos*, Madrid, 1996, p. 483, conclusión decimonovena, e incluso se pone de manifiesto de los datos obtenidos en los centros visitados, que los padres o tutores pueden prohibir las salidas de los residentes, pudiendo llegar así a recluirlas en los establecimientos, así como también resulta posible que los padres prohíban determinadas visitas a sus hijos mayores de edad sin que se produzca al respecto ninguna

Ahora bien, sobre lo que no se pronunció la Ley 1/1996, de Protección del Menor según lo hemos apuntado antes, fue sobre los internamientos voluntarios, de tal modo que lo único que parecía estar claro es que no entraban dentro del ámbito de aplicación del artículo 211 CC los internamientos en una residencia geriátrica de personas mayores y presuntas capaces siempre que estuvieran en condiciones de dar su consentimiento; lo que no dejaba de ser una cuestión necesitada de garantías, acerca de las que, por un lado, ya se habían pronunciado la Circular de la FGE 2/1984 y la Instrucción 3/1990, de 7 de mayo que abordó el régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad¹³⁹⁹, y, por otro, se siguen haciendo eco algunas normativas autonómicas, como, por ejemplo, la Ley de 7 de julio de 1999, de *Atención y Protección de las personas mayores*¹⁴⁰⁰.

En un segundo momento, otros inconvenientes han encontrado respuesta en el fortalecimiento de las garantías jurídicas exigidas para el internamiento psiquiátrico involuntario a raíz de la derogación del artículo 211 CC y su sustitución por el artículo 763 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Y entre dichas garantías destacamos: el deber de examinar el Juez *por sí mismo* a la persona de cuyo internamiento se trate¹⁴⁰¹, y la revisión

intervención judicial (conclusión vigésimo tercera). Y, por último, en la conclusión vigésimo séptima se afirma que en la mayoría de los centros existen salas de aislamiento, habiéndose comprobado asimismo la utilización, en algunos establecimientos, de medidas de contención mecánica, que no suele estar sometida a una actuación protocolizada por escrito, ni se comunica a la autoridad judicial.

¹³⁹⁹ Vid. PERDIGUERO BAUTISTA, E., “El internamiento por razón de trastorno psíquico tras la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, en *La Ley* 1996.3, D-212; y ROCA GUILLAMÓN, J., *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 660, que resalta que el internamiento en residencia geriátricas que se realiza por la propia y libre voluntad ha de encontrarse amparado durante toda su duración por esa voluntad constante y si, en cualquier momento el enfermo modifica su inicial consentimiento, podrá abandonar el centro, salvo que se inste una autorización judicial para su permanencia, ya involuntaria, del mismo. Y en sentido parecido, ORTIZ GONZÁLEZ, M.A., “La protección de los incapaces. Actuaciones del Defensor del Pueblo”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, e., CGPJ, Madrid, 1999, p. 266-274, que sin embargo, hace una llamada de atención a la desprotección que sufren las personas internadas en régimen voluntario, y advierte de que cualquier restricción a los derechos fundamentales de las personas ancianas ingresadas en centros geriátricos tenga que contar con autorización judicial; de tal modo que califica de preocupante la situación que están planteando determinadas leyes autonómicas – Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 8/1990, de 10 de octubre –art. 3- y la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha 3/1994, de 3 de noviembre –art. 4- que permiten la limitación de dichos derechos no sólo por resolución judicial, sino *también en virtud de resolución administrativa*.

¹⁴⁰⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MB., “La incapacitación de los ancianos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Act.C.*, nº. 47, 17 al 23 de diciembre de 2001, pp.1647-1658, en especial, p. 1655, que cita el artículo 45 de dicha ley que establece: “1.- *Ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro, sin que conste fehacientemente su consentimiento. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá autorización judicial para tal ingreso (...)*”.

¹⁴⁰¹ Antes de dicha LEC, aunque no se especificara *por sí misma*, era doctrina pacífica que, el deber de examinar al presunto incapaz sito ex artículo 211 CC era una norma de *ius cogens* al efecto de comprobar la realidad de las declaraciones anteriores, y constituye una garantía para el presunto incapaz de que el Juez conoce

periódica de los internamientos¹⁴⁰², pues en la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos de informar periódicamente al Tribunal sobre la necesidad de mantener la medida; frente a la mera indicación, en el último párrafo del antiguo artículo 211 CC, de que el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea conveniente, y, en todo caso, cada seis meses, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento¹⁴⁰³. En definitiva, la *ratio legis* de estas dos últimas normativas es el amparo jurisdiccional de los derechos de la

la veracidad y autenticidad de su situación –ref. STS 9.6.1997, y SAP de 19.1.2001 (Ar. C 2001, 508), en LÓPEZ FRÍAS, MJ., “Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación...”, ob. cit, np. 15.

Esta garantía también se predica respecto al proceso de incapacitación, según el artículo 208 CC y el nuevo artículo 759.1 de la nueva LEC 1/2000 –vid. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUEROS, C., “La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo”, ob. cit, p. 1934, que resalta, por un lado, el valor que la jurisprudencia ha atribuido a dicho precepto de “norma imperativa de claro contenido constitucional”, cuya omisión conlleva la nulidad de lo actuado (SST 20.2.1989 –RJA 1989, 1214; y 24.5.1991; y 9.6.1997 (RJA 1997, 4735); y, por otro, la importancia que el legislador ha atribuido al examen del incapaz en la exigencia de que éste se realice *directamente* por el órgano judicial que declare la incapacitación (SSTS 20.2.1989; 12.6.1989; 20.3.1991, 4.10.1991, y 9.6.1997). Además, como novedad, el artículo 759 LEC, añade en su párrafo segundo que extiende dicha garantía, cuando el incapaz tuviere suficiente juicio, a aquellos casos en los que se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz o velar por él; y en su párrafo tercero que, “si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo”. Pues, conforme a la anterior LEC de 1881 dicho requerimiento no era necesario cuando la sentencia de apelación no modificara la de primera instancia, de modo que sólo había de repetir tales diligencias en el caso de cambio de criterio –vid. STS 16.3.2002 (AC, nº. 28, 9 al 15 de julio de 2001)–.

¹⁴⁰² Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO., *Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*. Informes, estudios y documentos, Madrid, 1991, p. 660, conclusión 5ª, que refleja la situación de abandono de personas internadas, con base en resoluciones judiciales que no se revisan periódicamente, bien porque la información de los centros es inexistente o escueta, o bien porque no se produce ninguna reacción judicial ante la misma.

¹⁴⁰³ Aunque se critica, por un lado, que aún es necesario contar con una norma que regule, con la amplitud necesaria, no solo los ingresos en centros de internamiento de naturaleza sanitaria, social y sociosanitaria, sino también otros aspectos relacionados con las condiciones de internamiento, señaladamente: las garantías del respeto de los derechos fundamentales y los requisitos y el procedimiento a seguir en la limitación de estos derechos cuando ello se hace inevitable ante la necesidad de proteger otros bienes, como son la salud y la integridad física de las personas internadas. Y, por otro, que aún exista un vacío legal en lo que respecta a los internamientos voluntarios, lo que no es óbice para que el Juez disponga de facultades para controlar la voluntariedad del internamiento, y al control por parte de los fiscales– AZNAR LÓPEZ, M., *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, ed., Comares, Granada, 2000, que contiene una amplia bibliografía sobre el tema–.

Puede resaltarse la aprobación de algunas leyes autonómicas al respecto: en Extremadura, la Ley 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica, y en Andalucía, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía (art. 34), y la Ley 6/1999 de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores (art. 20), estas últimas, de modo muy positivo, recogen previsiones como la relativa a la aprobación, por la autoridad judicial, de las medidas que supongan aislamiento, restricciones de libertad u otras de carácter extraordinario; así como el derecho a mantener relaciones interpersonales, la promoción de los contactos periódicos de los usuarios de establecimientos sociales con sus familiares y con sus tutores.

Vid. Instrucciones de la FGE en este tema desde la promulgación de la CE en Memoria FGE, Madrid, 1993, pp. 2083-1099; y *Estudio y recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos*, Madrid, Defensor del Pueblo, 1996.

persona.

b'') Respecto a los derechos de la personalidad y al proceso de incapacitación.

Por otra parte, lo que está siendo novedad en el ámbito civil es la incipiente preocupación, con las reservas debidas, por las cuestiones relacionadas con el estatuto jurídico personal del incapaz, esté o no internado. Y entre dichas cuestiones destacamos:

1º) En primer lugar, el ejercicio de sus derechos de la personalidad¹⁴⁰⁴, según la normativa jurídica que se desprende, tanto de la legislación civil *ad hoc* (1); como de los preceptos del Código civil al respecto(2).

1) En relación a la legislación *ad hoc*, y su interpretación doctrinal y jurisprudencial se desprenden las dos ideas siguientes:

La primera de ellas, la preferencia por el Derecho del criterio del consentimiento personal basado, al menos, en la capacidad natural, pues ante el conflicto de intereses “mayor capacidad *versus* libertad para actuar sobre la propia persona”, debe prevalecer esta última¹⁴⁰⁵, como se refleja, de modo paradigmático, en el supuesto del consentimiento informado a tratamientos médicos¹⁴⁰⁶. Y, por tanto, se afirma que los Jueces y Tribunales han de esforzarse

¹⁴⁰⁴ Para una visión completa de esta cuestión, y por todos, vid. LÓPEZ FRÍAS, M.J., “El ejercicio de los derechos personalísimos” de los enfermos psíquicos”, *RDP*, 1999, pp.296-319.

¹⁴⁰⁵ Aunque es un tema que nos desborda, es de interés, para tener una visión completa de esta cuestión, vid. LÓPEZ FRÍAS, M.J., ob, cit, pp.296-319; y FÁBREGA RUIZ, CF., “Aproximación a la regulación jurídica de los actos personalísimos del incapaz en el Derecho español”, *Rev. G. Infor. D*, 2002, pp. 6-7.

¹⁴⁰⁶ Respecto al supuesto en concreto del derecho al consentimiento informado a tratamientos médicos, incluido como requisito esencial para cualquier intervención médica en documentos de carácter internacional – art. 4 de los Principios Europeos de Ética Médica; Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa de 1994; Declaraciones de la Asociación Mundial de Psiquiatría de 1977 en Hawai (punto 5) y de 1996 de Madrid (puntos 3 y 4), artículo 7 del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de 1996 por el Consejo de Europa - vid. SÁNCHEZ CARO, J./ SÁNCHEZ CARO, J., *Consentimiento informado. Una guía práctica*, Mapfre, Madrid, 1996; y PLAZA PENADÉS, J., “La Ley 41/2002, básica sobre Autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica”, en *AJA*, 23 de enero 2003, nº. 562, pp.1-7. Y, más en concreto, ORTIZ GONZÁLEZ, A.L., “Protección de los incapaces. Actuaciones del Defensor del Pueblo”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, ed., CGPJ, Madrid, 1999, pp. 259-261, que establece que las excepciones al principio de consentimiento informado según el artículo 10.6.b de la Ley 14/1986, LGS (cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas), se refieren a la incapacidad material o de hecho para prestar consentimiento y no a la incapacitación jurídica. Ello es importante por cuanto la exclusión del consentimiento y su desplazamiento a la decisión de un tercero no sólo puede ser aplicada a los judicialmente incapacitados, y, por otra parte, no todos los judicialmente

en descubrir dicha capacidad, ya que es muy difícil que una sentencia pueda valorar, *a priori*, la capacidad de la persona para la realización de actos concretos que afecten a los derechos de la personalidad, es más, el Juez no puede prohibir al incapacitado el ejercicio de los derechos de la personalidad, sino que sólo podrá matizar ese ejercicio en casos específicos y si lo exige un interés superior¹⁴⁰⁷.

Y, la segunda de ellas y en conexión con la primera, que cuando el incapaz carezca de capacidad natural sólo estaría legitimada la intervención del representante cuando se desprendiera algún beneficio directo para aquél y la naturaleza del derecho permitiera la sustitución por el representante, los que se califican de actos personales¹⁴⁰⁸; excluyéndose, por el contrario, los llamados actos personalísimos no susceptibles de representación¹⁴⁰⁹. Así, como derechos personales pacíficos susceptibles de representación se encuentran, por ejemplo, el contrato de trabajo, y el consentimiento informado a tratamientos sanitarios a un incapaz, según lo ha previsto expresamente el art.10.6.b) de la Ley 14/1986, General de Sanidad, el artículo 1 del Real Decreto 561/1993, de 16 de abril que regula los ensayos

incapacitados están, *per se*, excluidos de prestar el consentimiento; y en coherencia con tal criterio hace suplir el consentimiento no al representante legal, sino a familiares o allegados. Así, pues, es en cada caso concreto en el que debe valorarse el suficiente juicio o madurez del enfermo mental para captar la información que se le dé en orden al alcance y consencuencias del tratamiento médico que se le va a prestar y para dar consentimiento al mismo.

Incluso, se afirma que, si el sujeto posee capacidad natural a juicio del médico, aun estando legalmente incapacitado, si rehusa el tratamiento frente a la opinión de su representante ha de prevalecer la del incapaz. Ahora bien, si existieren dudas sobre esas condiciones de madurez, parece razonable que decida el Juez a iniciativa directa del incapacitado o del Ministerio público - MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M., “La minoría madura”, en Ponencia presentada en el IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, p.7.-

¹⁴⁰⁷ FERREIRÓS MARCOS, CE (coord.), *Enfermedad y deficiencia mental: Aspectos legales no vinculados al patrimonio*, vol I y II, ed., Caja de Ahorros del mediterráneo, Alicante, 2001, pp. 927 y ss.

¹⁴⁰⁸ LÓPEZ FRÍAS, M.J., ob, cit, pp.296-319.

¹⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp.296-319, que afirma que hay derechos que por su naturaleza no cabe la representación en su ejercicio, estos son los derechos personalísimos, por ejemplo: 1) *La disposición de los derechos a la propia imagen o la intimidad*, por lo que esta autora entiende totalmente criticable el artículo 3 de la LO de 5 de mayo de 1982, que establece la necesidad del consentimiento de menores e incapacitados si sus condiciones de madurez lo permiten, y en otro caso, puede consentir por escrito su representante legal, comunicándoselo al Fiscal; y 2) *la donación de órganos* según el artículo 4 de la Ley de Extracciones y Trasplantes y Órganos de 27 de octubre de 1979; aunque reconoce la autora que esta cuestión tiene repercusiones dramáticas cuando el único donante posible es un incapaz con dicha limitación (vid. np. 31, p. 305 que se refiere a la experiencia americana pues en España aún no se ha producido ningún caso). No obstante en este tema hay que tener en cuenta el artículo 20 del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, aprobado por el Consejo de Ministros Europeo el 19 de noviembre de 1996, que considera que estas donaciones pueden autorizarse de modo excepcional y siempre que estemos ante tejidos regenerables, si se dan una serie de requisitos (si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar el consentimiento; ser el receptor hermano o hermana del donante; la donación es para preservar la vida del receptor y el donante potencial no expresa el rechazo a la misma) -vid. FÁBREGA RUIZ, CF., “Aproximación a la regulación jurídica de los actos personalísimos del incapaz en el Derecho español...”, ob, cit, p. 16-

clínicos desarrollando la Ley del Medicamento de 20.12.1990, y el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la Biomedicina) del *Consejo de Europa*, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997¹⁴¹⁰.

Al respecto, y a nuestro juicio, ha supuesto un retroceso el artículo 9.3.b de la reciente Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, que afirma que

¹⁴¹⁰ Respecto a la legislación española, hay que diferenciar dos supuestos: 1º) En primer lugar, respecto a los supuestos de tratamientos no urgentes, psíquicos o somáticos a enfermos psíquicos que no tengan capacidad para prestar consentimiento se entiende que: 1º) En caso de que no existan familiares, la decisión la debe tomar el médico con responsabilidad intrínseca a su profesión, pero quizás el supuesto debiera estar expresamente previsto en la norma para mayor seguridad jurídica, y no sería descartable que antes de aplicar el tratamiento el médico lo comunicara al Juez. 2º) Y, en caso de que existiendo los familiares, éstos se negaran a prestar su consentimiento, por motivos religiosos u otros, existe un vacío legal. En estos casos, por un lado, 1) hay autores que proponen que el legislador previera específicamente la creación de Comisiones de expertos en las que podría estar representado el Ministerio fiscal, y que las decisiones fueran siempre revisables judicialmente -vid. ORTIZ GONZÁLEZ, A.L., “Protección de los incapaces...”, ob, cit, pp. 263-264-. Y, por otro, 2) hay quienes entienden recomendable la referencia a los modelos anglosajones, si bien siendo conscientes de que la situación dista mucho de estar resuelta -vid. ref. LAW COMMISSION, *Consultation Paper n.º 129. Mentalley Incapacitated Adults and Decision- Making. Medical Treatment and Research*, London, HMSO, 1993, pp. 57 y 59; 124-125, en Álvarez, N. /Carril, J.Ma. /Faraldo, P., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.a Seoane), ob, cit, np. 102, p.79-: en estos países se tiene en cuenta: 1) los deseos y sentimientos comprobables, pasados y futuros, de la persona incapacitada (considerados a la luz de su entendimiento en aquella época); 2) si existe alguna alternativa al tratamiento propuesto, en concreto más prudente o menos intrusiva; 3) los factores que podría esperarse que la persona incapacitada tuviese en cuenta si fuese capaz de hacerlo, incluidas las consecuencias probables del tratamiento de su esperanza de vida, su salud, felicidad, su libertad y su dignidad. También es interesante, aunque desde el punto de vista de los menores, ARMENTEROS CHAPARRO, J.C., “Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad”, ed., Colex, 1997. IIº) Y, en supuestos de tratamientos urgentes, el nuevo artículo 9.2.b de la Ley 41/2000, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE, núm. 274), especifica que consituye una excepción al consentimiento informado b) “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas a él”.

En relación a la legislación francesa, hay que tener en cuenta, la Ley de 17 de junio de 1990 relativa a los derechos y protección de las personas hospitalizadas en razón de alteraciones mentales (art. L. 326-1 del *Code santé publique*), cuyo título IV del libro I es modificado por la nueva Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario -vid. SALAS MURILLO, S.DE, ob, cit, np. 29, p. 41; y SEUBA TORREBLANCA, J.C., “Breve presentación de la Ley francesa 2002- 303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario”, <http://www.indret.com>, Barcelona, abril 2002, que nos explica que la L. 1111-6 de dicha ley, permite a cualquier persona nombrar a otra (familiar, persona próxima o el médico) para que sea consultada cuando el interesado no pueda declarar su voluntad, ni recibir la información necesaria a tal fin. La designación, que debe realizarse por escrito, es revocable en cualquier momento, lo cual es una figura no desconocida en el Ordenamiento jurídico español, pero sólo a nivel autonómico, como refleja, entre otras, el art. 8 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica (“voluntades anticipadas”), y el art. 5 de la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (“voluntades anticipadas”) -.

se “otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente esté incapacitado legalmente”, lo que contrasta, tanto con el hecho de que una persona incapacitada puede tener capacidad natural para emitir su consentimiento, como con la previsión legislativa en el mismo precepto legal que, sin embargo, sí otorga validez al consentimiento informado del menor de edad que tenga capacidad natural para ello, y en todo caso siempre a partir de los dieciséis años. Más allá, ni siquiera se exige la audiencia del incapaz antes de que el representante otorgue el consentimiento, como se exige para el caso del menor de edad incapaz¹⁴¹¹. En definitiva, proponemos la eliminación del apartado b del artículo 9.3, ya que hubiera sido suficiente con el apartado a de dicho precepto que trata del supuesto del “paciente que no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación (...)”.

2) Pues bien, los criterios mencionados hasta ahora respecto al ejercicio de los derechos de la persona que se desprenden de la legislación civil *ad hoc*, se confirman con la interpretación doctrinal de la normativa jurídica sita en el Código civil acerca del ejercicio de determinados derechos de la persona:

Ya que, respecto a los artículos 663, 685 y 665 CC que regulan la capacidad para testar del incapaz, se afirma que su validez la ha hecho depender el legislador de la efectiva aptitud o capacidad natural de la persona para conocer y querer el acto que realiza, con independencia de que esté o no incapacitada¹⁴¹², y para cuya averiguación se han de desplegar

¹⁴¹¹ Art. 9.3: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes casos: a) cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) cuando el paciente esté incapacitado legalmente; c) cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente”.

¹⁴¹² Es muy interesante al respecto, SEOANE SPIEGELBERG, J.L., “La nulidad del testamento otorgado por quien habitual o accidentalmente no se encuentra en su cabal juicio”, en *La ley*, 1 de febrero de 1996, núm. 3965, pp.1-4, que cita bastantes resoluciones jurisprudenciales en las que se destaca que lo importante son las condiciones psíquicas del causante en el momento preciso de otorgar el testamento, como la STS 26.9.1988 (RJA 1998 6860); y 1 de junio de 1994 (RJA 1994, 4567).

No obstante hay dos opiniones doctrinales respecto a la capacidad del incapacitado para realizar testamento si la sentencia lo prohíbe: 1) Hay quienes defienden que la declaración de incapacitación impide la demostración de la efectiva aptitud del sujeto en la hipótesis del contrato, ya que el tutor puede realizarlo por el

por el Juez todos los medios necesarios, sobre todo la ayuda del dictamen de los facultativos. En dicha dirección se pronuncia la STS 20.5.1994 (RJA 1994, 3723) que anuló parcialmente la sentencia de la Audiencia en el extremo en que ésta estimó a la recurrente, afectada por una depresión y trastorno paranoico y sometida a curatela, incapaz para otorgar cualquier forma de testamento, ya que, razonó el Tribunal,: “*siempre tendrá a su alcance la forma prevista para estos casos en el artículo 665 CC en relación a un testamento en intervalo lúcido*”.

En igual sentido se interpreta, tanto el artículo 121 CC respecto al reconocimiento de hijos¹⁴¹³; como, con algunos matices, el más complejo 56.2 CC respecto a la capacidad para contrer matrimonio, en razón de que, dada la comunidad de vida que se forma, exige la capacidad para comprender el entramado de relaciones que el consentimiento matrimonial genera¹⁴¹⁴. Y el atender al caso particular y a la efectiva aptitud actual de la persona para

incapacitado; pero en los actos en los que el tutor no puede representarlo iría en contra del PGD de dignidad de la persona el negar completamente al incapacitado la oportunidad de testar, por lo que hay que atender a la efectiva y real aptitud del sujeto, y no al hecho de que haya sido o no incapacitado. De tal modo que si se le prohíbe su capacidad en la sentencia estaríamos ante una presunción *iuris tantum* y nunca *iure et de iure* – PUIG I FERRIOL, L., “Comentario al artículo 665”, en *Comentarios al Código civil*, t.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1674-. 2) Y en contra, GETE- ALONSO CALERA, M.C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, ed., Civitas, Madrid, 1992, p. 297, quién defiende que en el caso de que la sentencia de incapacitación prive por completo de la capacidad para testar no se podrá otorgar testamento en un intervalo lúcido, aunque reconoce que su oportunidad es dudosa cuando el mismo legislador permite el testamento en un intervalo lúcido; y en los demás supuestos podrá el incapacitado otorgarlo de acuerdo a las formalidades establecidas en el artículo 665 CC.

Y respecto a la legislación italiana, vid. BONILINI, G., “Il testamento dell’infermo di mente”, en *Un altro diritto per il malato di mente ...*, ob, cit, pp. 511-525.

¹⁴¹³ QUICIOS MOLINA, S., *La determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 140, que afirma que: “se han de exigir unas mínimas condiciones de madurez que demuestren que su acto es consciente y libre (...); un discernimiento bastante para comprender que el hijo reconocido es suyo y que quiere que lo sea jurídicamente. En igual sentido, admite el reconocimiento en un intervalo lúcido siempre que exista previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, aunque la garantía judicial sólo afecta a los incapacitados, DELGADO ECHEVARRIA, J., “La enfermedad. La incapacitación”, en Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 2, ed., Bosch, Barcelona, 1990, pp. 124 y ss.

¹⁴¹⁴ Así, MORENO QUESADA, B., en su Ponencia: “Actuaciones jurídicas relevantes con la sexualidad de minusválidos psíquicos”, presentada en la 1ª Conferencia Nacional sobre *La sexualidad en personas con minusvalías psíquicas*, Inerso, Madrid, 1973, pp. 71 y ss. Y en contra SANCHEZ ROMÁN, F., *Derecho civil*, t. V, Granada, 1879, p. 530, que está en contra del matrimonio de los incapaces al ir en contra de los fines de dicha institución; a cuya posición le refuta MORENO QUESADA, B., “La aptitud psíquica en la Reforma del Matrimonio”, en *Libro homenaje al Prof. José Beltrán de Heredia y Castaño*, ed., Universidad de Salamanca, 1984, pp. 524-711, que, en la actualidad, hay una serie de factores que tornan la cuestión más flexible, como la reforma del CC en materia de divorcio –el art. 82.4 CC establece, aunque de modo simplista sin incidir en la gravedad, certeza y duración, el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales como causas de separación–; el derecho constitucional a contraer matrimonio sin excluir a los incapaces; y el poder reconducir la nulidad por error en las cualidades del otro cónyuge–.

Por otra parte, y a su vez, dentro de la doctrina española podemos encontrarnos 1) Una primera opinión que defiende que el legislador ha establecido un rebajamiento con cautelas del grado de discernimiento o capacidad específicamente exigible para reconocerlo – EVANGELIO LLORCA, R., ob, cit, p. 37; y ÁLVAREZ LATA,

contraer matrimonio se refleja, por ejemplo, en el hecho de que, por un lado, la resolución de la DGRN de 18.3.1994 (RJA 1994, 2957) no admitiera el recurso de la madre que, junto con el padre, tenía la patria potestad prorrogada de su hija incapacitada, contra el auto dictado por el Juez encargado del Registro civil que había autorizado la celebración del matrimonio de aquella, al razonar que, aunque su hija estaba incapacitada le era aplicable, de igual modo, el artículo 56.2 CC, y los médicos forenses acreditaron, finalmente, la aptitud actual de la interesada para prestar verdadero consentimiento matrimonial. Y, por otro, en que la resolución de DGRN de 23.10.1996 (RJA 1997, 4483) confirmara la denegación por el Juez encargado del Registro civil para la celebración del matrimonio de la interesada, no incapacitada, al no haberse acreditado, según los términos del artículo 56.2 CC, su aptitud actual de prestar consentimiento matrimonial. Incluso, desde la perspectiva médico-psicológica-ética, y en lo que respecta al matrimonio de estos colectivos, se pone de manifiesto, cada vez con más ahínco, la importancia de las diferencias individuales y la imposibilidad de hablar en términos generales¹⁴¹⁵.

N., “La actuación de la persona con retraso mental (incapacitado o no incapacitada) en la esfera jurídico privada”, en *Derecho y retraso mental*, ob, cit, p. 250. 2) Otro sector doctrinal entiende que el artículo 56.2 CC se refiere tanto a los incapacitados como incapaces y establece que será posible el matrimonio de un incapacitado en un intervalo lúcido, aunque la sentencia de incapacitación haya establecido su incapacidad para prestar el consentimiento matrimonial, pues tal declaración sólo determinará la existencia de una presunción *iuris tantum* de su imposibilidad - RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Psiquiatría y Derecho de familia”, en *Jornadas sobre psiquiatría forense. Cursos*, vol. 3, ed., Centro de Estudios Judiciales, 1994, p. 252; ROCA I TRIAS, E., en Montes, V.L./Roca, E., *Derecho de familia*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.56; y GÓNZALEZ MORÁN, L., “El Derecho civil ante el matrimonio de los deficientes mentales”, en *Matrimonio y Deficiencia mental*, ob, cit, p. 159, que cita la importante Resolución de la DGRN de 1 de diciembre de 1987. Y esta opinión se refrenda desde el Derecho canónico - DÍAZ MORENO, JM., “El Derecho canónico ante el matrimonio de los deficientes mentales”, en Gafo, J. /Amor, J.R., *Matrimonio y Deficiencia mental (Dilemas éticos de la deficiencia mental-2)*, 1997, pp. 171-209, según una interpretación doctrinal y jurisprudencial del can. 1095.1º.

Y respecto a la legislación italiana, vid. FURGIUELE, G., “Il matrimonio dell’infermo di mente”, en *Un atro diritto per il malato di mente...*, ob, cit, pp. 583-601.

¹⁴¹⁵ Desde el punto de vista ético-psicológico-biológico el tema es muy complejo, y a su análisis ha contribuido enormemente la Cátedra de Bioética de la Universidad Pontificia de Comillas y en especial el Director Prof. D. Javier Gafo –vid. PÉREZ MARTÍN, J./ RAMON LACA, M.A./ LOZA AGUIRRE, J, en Gafo, J. /Amor, J.R., *Matrimonio y Deficiencia mental (Dilemas éticos de la deficiencia mental-2)*, 1997, pp. 17-53 que recogen experiencias de matrimonios de personas con deficiencias psíquicas en Córdoba, Madrid y Álava, y los datos o porcentajes que se recogen no tienen rigor científico pero son significativos, a nuestro juicio, para poner de manifiesto o corroborar lo espinoso del tema. Así, se destaca que es innegable que estas personas tienen necesidad, y deben tenerla, de una relación psicoafectiva libremente escogida y desarrollada de acuerdo con sus preferencias (estiman una estabilidad del 85%), y que en la mayoría de los casos se plantea, solamente, en parejas con deficiencias ligeras o moderadas.

Es significativo que exista unanimidad en el reconocimiento de la dimensión sexual y de relaciones afectivas de pareja de estos colectivos, tanto: 1º) desde el campo psicológico –FIERRO, A., “La deficiencia mental desde el punto de vista psicológico”, ob, cit, pp. 73-88; 2º) ético – GRACIA, D., “Ética de la sexualidad”, ob, cit, pp. 93-116-; y 3º) religioso – GAFO, J., “Cristianismo y sexualidad”, ob, cit, pp. 121-140-. Sin embargo, se puede decir que existe un fracaso en relación a la problemática de los hijos, que en su mayoría son normales.

Por último, apuntar solamente, pues es un tema que nos desborda, que la esterilización del incapacitado que adolezca de grave deficiencia psíquica¹⁴¹⁶, y el ejercicio de la demanda de separación por el representante del incapaz son dos de los temas más polémicos y debatidos que, en la actualidad, afectan a los derechos de la personalidad de los incapaces¹⁴¹⁷.

Y esto se debe, según las estadísticas, o bien a la baja responsabilidad, o bien a las nulas posibilidades de educación por parte de dichos progenitores. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la procedencia de las parejas de la muestra, por ejemplo en Córdoba, era de la marginación y su promoción había sido inexistente (es curioso que de los doce casos estudiados en Córdoba, en dos de ellos referentes a enfermas psíquicas la conciencia de maternidad y preocupación por los hijos es alta, pero en todos los supuestos las posibilidades de educación son bajas o nulas). Por eso la experiencia de los quince casos de Álava resultó más positiva, al existir una efectiva cooperación entre la Diputación Foral de Álava y las asociaciones. Así, y por otra parte, de las 37 parejas seguidas por la Fundación Gil Gayarre en Madrid, en bastantes casos la guarda de hecho de sus hijos la tenían los abuelos, otros familiares, o en régimen de guarda y custodia con familias ajenas, etc.

¹⁴¹⁶ Respecto a la esterilización de los incapacitados, calificado de “grave entre los graves” y declarado constitucional por Sentencia del TC 215/1994, de 14 de julio, vid: 1) Para una visión de la situación anterior a la reforma del CP – ARROYO ZAPATERO, L., “Problemas jurídicos de la esterilización de menores e incapaces”, en *La Ley*, 15 de noviembre 1988, pp. 1-2. Y, 2) para el análisis de la situación actual en el Derecho español junto con una visión de derecho comparado, entre otros, SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., *La esterilización de incapaces en el Derecho español*, ed., Fundación Paideia, La Coruña, 1996; DELGADO LÓPEZ, L.M., “La esterilización de los incapaces”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VII, Madrid, 1997, p. 102 y ss; y SÁINZ DE ROBLES, F.C., “Procreación y deficiencia mental: El problema ético y jurídico de la esterilización de incapaces”, en *Matrimonio y Deficiencia mental*, ob, cit, pp. 213-259; y LETE DEL RÍO, JM., “La esterilización del deficiente psíquico”, en *AC*, nº.4, 21 al 27 de enero de 2002, pp. 111-132, que destacan, por un lado, que la normativa actual no indica que el minusválido psíquico no pueda, por principio, prestar libre y conscientemente el consentimiento; sino que se preocupa individualmente y caso por caso, de los que, por su discapacidad, no pueden prestarlo-. Y, por otra, que sería inconstitucional y, también, delictiva la esterilización en contra de la voluntad del incapaz con suficiente aptitud para entender tales extremos, por mucho que se persiga su bienestar. De modo que, aunque sería deseable que la sentencia por la que se declara la incapacidad de un deficiente psíquico contuviera siempre, de ser posible, pronunciamiento acerca de si esta persona es capaz para emitir un consentimiento libre y consciente respecto de su potencial aptitud para procrear, y en consecuencia, sobre su propia esterilización, ello no obsta, a que, una vez más, deba ser demostrado en el proceso en el que se solicita la esterilización el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 156.2 CP 1995, pues las circunstancias pueden haber variado. En contra, LÓPEZ FRÍAS, M.J., ob, cit, pp. 306-308 que entiende que los requisitos legales no suponen ninguna garantía legitimadora, amén de que no existe proporcionalidad entre los medios y el fin que se persigue-.

Respecto a la posición jurisprudencial, vid. referencia jurisprudenciales citadas en la STS 4.2.2000 (RJA 2000, 247), fto jurídico 2º, que admitió el recurso de casación respecto a la denegación por el Tribunal de instancia de la esterilización de una joven de 22 años con una deficiencia psíquica leve pero con trastorno de la conducta, e inclinación hacia el mantenimiento de relaciones afectivas con personas del otro sexo, e incapacidad para el conocimiento básico de la sexualidad.

¹⁴¹⁷ Para un análisis de dicha cuestión: 1) A su favor, vid. FÁBREGA RUIZ, C., “Acerca de los actos personalísimos del incapaz: especial referencia a la separación matrimonial”, en *Revista Fundación Tutelar TAU*, nº.15, julio 2001, pp.14-17; y ESTRADA ALONSO, E., “La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado”, en *AC*, nº. 41, 9 al 15 de noviembre de 1999, pp. 293-301; y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MB., “La incapacitación de los ancianos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, ob, cit, pp. 1657-1658, que entienden que la finalidad del artículo 267 CC no parece ser excluir al tutor del ejercicio de estos derechos, sino más bien la posibilidad de que ejercite las facultades y acciones necesarias para defender la postura del incapacitado; pues, “la calificación de personalísimo en un derecho no puede ser tan absoluto que, puesta a la luz con otros principios más acuciantes e imperativos, como son el beneficio del tutelado y el principio de igualdad, equidad, buena fe y tutela judicial efectiva y de protección de los más débiles en un Estado social y de Derecho, resulte siempre victoriosa”. Y, 2) Matizando la postura positiva, vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, MP., “Separación matrimonial de un incapacitado: ¿acción de carácter personalísimo?”, en *RGD*, julio-agosto 2001, pp 6691-6707, que se refiere a la STS 149/1999, de 27 de febrero (RJA 1999,1418) que ha negado dicha

Y junto a los derechos de la personalidad, la preocupación del legislador y de la doctrina por el estatuto jurídico del incapaz se refleja, además: IIº) en segundo lugar, en la evolución en la regulación jurídica de las instituciones de guarda según el criterio del “interés del menor y del incapaz”¹⁴¹⁸.

IIIº) Y, en tercer lugar, en fijar en sus justos términos la medida tan grave que supone la incapacitación que, tras la reforma de la incapacitación por la Ley 13/1983 de 24 de octubre, exige que el Juez indague, caso por caso, en el hecho de si el presupuesto de la enfermedad o deficiencia física o psíquica influye en el autogobierno de la persona¹⁴¹⁹. Al respecto, compartimos la opinión de MARTINEZ DE AGUIRRE de que la misma flexibilidad de la Ley, criticada por algunos en la medida en que da lugar a una inseguridad jurídica por la falta de uniformidad, va a traer como ventaja el adaptar la incapacitación a las condiciones

legitimación, y del Tribunal Constitucional 311/2000 de 18 de diciembre que lo admite al entender que se habían vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva y a la igualdad. Sin embargo, el punto de vista de la autora es interesante al plantear que, en el caso en concreto que fue objeto del recurso de casación existían medios legales alternativos para proteger la persona del incapaz y su patrimonio (art. 1393 CC) al margen de la ampliación de la legitimación en sede matrimonial; poniendo de manifiesto, a su vez, cómo la fórmula del TC puede desembocar en su utilización para fines distintos de los que motivaron su adopción, como desheredar al cónyuge.

En relación al Derecho italiano, vid. GRAZIOSO, P.G., “Sulla legittimazione attiva e la rappresentanza processuale dell’interdetto infermo demente in relazione all’azione di divorcio”, *Dir. Fam.Per.*, 2001, núm. 4, pp. 1404-1424.

¹⁴¹⁸ Al no poder profundizar en este tema, vid. respecto a las instituciones de guarda en general, referencias bibliográficas en VVAA., *Curso de Derecho civil*, IV. Derecho de familia, y sucesiones (coord. B. MORENO QUESADA), ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 359. Y respecto a la evolución tan favorable de la tutela por persona jurídica, vid. SALAS MURILLO, S.DE, ob. cit, pp. 157-242; y respecto a la patria potestad prorrogada y rehabilitada, ya la guarda de hecho, como las trataremos más adelante, vid. *Infra*, III.2.A y B de este capítulo.

¹⁴¹⁹ Para un análisis extensivo de este concepto con una importante colaboración médica, vid. LETE DEL RÍO, M., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. IV, Edersa, 1985, pp. 171 y ss; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La capacidad de obrar y la incapacitación judicial”, en *Jornadas sobre Psiquiatría Forense*, ed., Centro de Estudios Judiciales. Cursos, Madrid, vol. 3, 1990, pp. 231- 245, especialmente p. 237; ÁLVAREZ, N./ CARRIL, J.MA./ FARALDO, P., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.A SEOANE), ob. cit, p. 43.

Desde un punto de vista procesal, la LEC 1/2000 ha modificado en algunos aspectos el proceso de incapacitación: 1) respecto a la situación anterior a la modificación de la Ley, vid. CABRERA MERCADO, R., “El proceso de incapacitación”, ed., Mc Graw-Hill, 1998. 2) Y, respecto a la situación actual, hay autores que destacan su aspectos positivos –vid. HUERTAS MARTÍN, I., “El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (aspectos procesales y sustantivos), ed., Comares, 2002; y SANTOS URBANEJA, F., “El procedimiento de incapacitación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Fundación Tutelar TAU*, nº. 16, enero 2002, p.11-13. Una de las novedades principales que afectan a este tema, por un lado, la posibilidad de nombrar tutor en la misma sentencia que declara la incapacitación (art. 760) a través de un Juicio verbal (arts. 437 y ss). Y otros, por el contrario, no dejan de apuntar a que la nueva Ley no ha supuesto una mejora total y efectiva del sistema, sobre todo en lo que se refiere a las medidas cautelares o garantías –vid. MARTÍNEZ DÍEZ, R., “La formulación notarial del derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en

efectivas de discernimiento y posibilidades de autogobierno del incapaz¹⁴²⁰. Asimismo, lo dicho hasta ahora es acorde, a su vez y por otra parte, con la nueva definición de deficiente psíquico por la AAMR que subraya la insuficiencia de la mera inferioridad de la capacidad intelectual, y la necesidad de que se manifieste en la conducta o actividades adaptativas para concluir un diagnóstico de deficiente psíquico; esto es, adquiere primacía el punto de vista de limitaciones sustanciales en el desenvolvimiento corriente¹⁴²¹.

Incluso, y según PÉREZ ONTIVEROS, el Tribunal Supremo se va haciendo eco, cada vez más, del criterio de “la debida adecuación entre el régimen de guarda y el grado de capacidad del sujeto” para dilucidar la conveniencia de la tutela o de la curatela para un incapacitado¹⁴²².

situaciones especiales”, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ed., Civitas, Madrid, 2000, pp. 40-44;

¹⁴²⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias (comentario a la STS 10.2.1986), en *ADC*, tomo XL, fascículo II, abril-junio, 1987, p. 716; en sentido parecido, RAMOS CHAPARRO, E., “Enfermedad física, autogobierno e incapacitación”, ob, cit, p. 404; y FÁBREGA RUIZ, CF., “Aproximación a la regulación jurídica de los actos personalísimos del incapaz en el Derecho español...”, ob, cit, p. 5.

¹⁴²¹ Ref. VERDUGO ALONSO, M.A., “El cambio de paradigma en la concepción de retraso mental: la nueva definición de la AAMR”, *Siglo cero*, 153, 1994, pp. 5-24, en Seoane, J.A (coor), ob, cit, np1, p. 23.

¹⁴²² PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo”, ob, cit, pp. 1949-1951; y LÓPEZ FRÍAS, MJ., “Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado”, en *AC*, nº.13, semana del 24 al 30 de marzo de 2003, pp. 328-338, que nos explican que de dicho criterio se va haciendo eco el Tribunal Supremo. Así: 1º) Para los supuestos de incapacitación total de la persona, el sometimiento a la tutela como forma de guarda parece evidente. 2º) Y, en los casos de incapacidad parcial, el Juez podrá establecer diferentes medios de guarda, atendiendo a la situación particularizada: o bien: a) una tutela parcial cuando requiera la representación por carecer de capacidad para realizar ciertos actos (por ejemplo, el sujeto que puede entender y realizar actos relativos a la simple administración de sus bienes, pero no puede entender actos más complejos), o b), o bien, una curatela, cuando el sujeto sólo necesita un asesoramiento o asistencia para ciertos actos, un complemento de capacidad (STS 16.9.1999 -RJA 1999, 6938-), que es la solución que se ha venido propugnando para: 1) determinados tipos de anomalías que, en un enorme porcentaje de casos, pueden ser tratadas desde el nacimiento, y lo han sido, fomentado al máximo, de tal modo, todas las potencias de dichas personas (con síndrome de Down, retraso mental leve, autismo, etc). 2) Para los supuestos de anorexia pues, aunque como regla general el enfermo anoréxico es un enfermo psíquico que no tiene por qué estar impedido del gobierno de sí mismo, existen supuestos excepcionales más graves en los que la enfermedad empeora y se alarga, apareciendo conductas autolesivas, patología psíquicas, que desencadenan en una enfermedad psíquica de mayor gravedad, y en cuyo caso sí sería oportuno iniciar el procedimiento de incapacitación - REPRESA POLO, P., “Internamiento hospitalario de los enfermos de anorexia”, en *RFDUC*, núm. 92, 1999, pp. 241-258, en especial, p.255-. Y, al respecto, hay quiénes entienden que es más conveniente la curatela que la tutela, pues la pieza clave de incapacidad de estos sujetos es, solamente, el mantenimiento del tratamiento médico prescrito, así las SSAP de la Rioja de 14.3.1998, y de Barcelona de 26.10.2000 (*Ar.C* 2001/41). c) Y para otros supuestos, como los resueltos en las siguientes resoluciones: en la STS 16.3.2001 (*RJA* 2001, 6635) que establece una curatela con el fin de integrar la capacidad procesal de la demandada para actuar en cualquier clase de procedimiento, ya que su personalidad le induce de forma compulsiva a provocar litigios judiciales innecesarios (personalidad querulante); STS 16.9.1999 (*RJA* 1999,6938), que somete a curatela a una persona que sufre un trastorno paranoico, cuya idea delirante es que su patrimonio no vaya a parar a las personas que aparecen en sus relatos donde se mezclan nombres y hechos reales con actitudes fantásticas, pero con normalidad en el resto del aparato psíquico, de manera que la curatela se reduce a la asistencia solamente a los actos de disposición); la SAP de Cádiz de 22.3.2000 (*Ar. C*, 2000/4887) que establece una curatela para una

Si bien existe una controversia doctrinal entre los que, por un lado, entienden que la curatela siempre implica un complemento de capacidad¹⁴²³, y los que, por otro, consideran que es posible que la curatela comporte representación legal e incluso administración legal del patrimonio del incapacitado, en los llamados supuestos de “tutela mitigada”, pudiéndose llenar así el “amplio campo intermedio que existe entre el total incapaz y los diferentes estadios de los deficientes¹⁴²⁴”.

En definitiva, el punto en común que presenta el tratamiento jurídico civil de todos los aspectos apuntados en relación con el tratamiento jurídico del incapaz es que, sólo tras un

demencia senil en su inicio; la SAP de Barcelona de 26.10. 2000 (AC 2001, 42) que somete a curatela a una persona que padece una esquizofrenia indiferenciada de años de evolución, pues del examen se desprendió que sólo necesita supervisión para determinados actos, como para tomar la medicación; y la SAP de Cantabria de 11.1.1994 (AC 1994, 19) que consideró, igualmente, como régimen tuitivo suficiente para una persona con esquizofrenia paranoide residual a la curatela, pues se trata de una persona parcialmente capacitada para llevar una vida autónoma hasta que el proceso crónico que padece se reavive.

¹⁴²³ En este sentido, vid. TORRES ESCÁMEZ, S., “El Juicio notarial de capacidad. Su aplicación al incapacitado sometido a curatela”, en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. II, (coord. Luis Martínez Calcerrada y Gómez), ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 1399-1425, es especial, pp.1420 y ss, y, de tal modo el autor entiende que, por ejemplo, un notario no deba autorizar la escritura de venta en el caso en concreto en que una persona incapacitada y sometida a curatela, y que según la sentencia firme podía, con asistencia del curador, enajenar y gravar todo tipo de bienes, incluso inmuebles, si en el momento en concreto de la escritura aquél no apreciara la capacidad para dicho acto (no conocía las consecuencias de tal acto en el sentido de que supone la pérdida o transmisión del bien en cuestión, a cambio de un precio, aunque no pueda determinar la idoneidad de éste o el alcance de las cláusulas, para lo cual está precisamente el curador). En tal caso el notario debería denegar la autorización de la escritura de que se trate, y poner la situación en conocimiento del Ministerio Fiscal, conforme al artículo 230 CC. Y, a *sensu contrario*, en el caso de que el incapacitado, sometido a curatela, con suficiente capacidad natural, pretendiese realizar por sí sólo, sin intervención del curador, un acto o negocio para los que la sentencia (o supletoriamente el art. 290 CC) exige la asistencia de curador, el notario tampoco podría autorizar dicho acto, sobre la base de la inconveniencia de que éste produzca actos anulables, ya que el artículo 293 CC sanciona con dicha invalidez tales actos y la labor del notario, por el contrario, está dirigida a la potenciación de la seguridad jurídica. Si bien, es práctica habitual, que con pleno conocimiento de la contraparte y con su consentimiento se pueda dejar la escritura pendiente de ratificación por el curador, se trata de una técnica notarial que se usa con cierta frecuencia, a veces demasiada, cuando está pendiente algún requisito o complemento y hay urgencia en el otorgamiento, con apoyo o no en la condición suspensiva.

Incluso, hay quienes entienden que la curatela, además de caracterizarse por la ausencia de representación legal, lo hace por tener un carácter estrictamente patrimonial-vid. Prólogo de TORRES GARCÍA, T.F, a Guilarte Martín-Calero, C., “La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable”, ob, cit, p.XX, que pone de manifiesto que dichos caracteres los defiende la autora del libro aún en el supuesto en que el curatelado lo sea por incapacitación (y no sólo por emancipación), pues será el Juez, cuya discrecionalidad –en su apreciación –sólo se verá constreñido, porque tendrá que ser el carácter patrimonial los actos cuya conclusión se necesite la asistencia de curador.

¹⁴²⁴ GETE- ALONSO CALERA, M.C., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMORÓS GUARDIOLA Y BERCOVITZ RODRIGUEZ –CANO, R.), ed., Tecnos, Madrid, 1986, p. 701; y en la misma línea, GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (coord. M. ALBAJADEJO), Madrid, 1982, t. II, pp. 797-798, que propone que se tenga en cuenta la gran variedad de situaciones en que se encuentran los deficientes físicos y psíquicos y que el curador pueda encargarse de administrar la parte más compleja del patrimonio, y el incapacitado se ocupe de la más sencilla.

análisis exhaustivo de la situación concreta de cada persona es posible afirmar o negar su heteronomía en cada uno de los ámbitos mencionados.

En definitiva, y tras todo lo que se ha dicho hasta aquí, es paradójico, entonces, que las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil de los incapaces no haya recibido casi atención; en un olvido, que es lo más grave, de sus principios de dignidad y libertad-responsabilidad; reconduciéndolas, en todo caso, a respuestas genéricas y estereotipadas. En otras palabras, y como pusimos de manifiesto en la introducción de esta investigación, es cuestionable que frente al incipiente interés del legislador, doctrina y jurisprudencia por la responsabilidad civil del menor de edad, la responsabilidad civil de los incapaces no reciba casi atención, cuando, según hemos visto, a partir de los años ochenta se ha desplegado una gran actividad jurídica en relación a sus estatutos de guarda, consentimiento informado, etc.¹⁴²⁵. Pero lo que es más grave es que esta situación la esté permitiendo el Derecho civil que tiene vocación de defensa de los valores personales. De modo que, en el siguiente apartado, y teniendo presentes los principios expuestos hasta ahora, vamos a intentar dar un apunte de solución al tema de la responsabilidad civil del incapaz

d.- Aplicación al criterio de imputación en la responsabilidad civil del incapaz.

a') Dimensión real del problema.

Teniendo presente los datos expuestos hasta ahora, nos enfrentamos a la necesidad de dar solución a los daños causados por los incapaces, ya estén incapacitados o no. Y la dimensión real del problema es, en cierto sentido, acuciante si tenemos en cuenta, de un lado, el aumento constante del número de ciudadanos con trastornos mentales graves que acuden a las redes de asistencia pública, así como la prestación de dichos servicios, en número creciente, por parte de la medicina privada. En palabras de MÉJICA Y FERNANDEZ MIGUELEZ la enfermedad psíquica deja de ser, paulatinamente, una patología marginal ajena a la mayoría de la población, y deviene en el estigma identificativo del “progresismo acelerado” de nuestra

¹⁴²⁵ Vid, además, VVAA., *La protección jurídica del discapacitado* (Primer Congreso Regional), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

sociedad¹⁴²⁶. Y, de otro, el aumento, a causa de la prolongación de la expectativa de vida, de las personas seniles con formas muy variadas de manifestaciones de demencia¹⁴²⁷.

En concreto, y respecto a la deficiencia psíquica, según el INE, el IMSERSO y la Fundación ONCE las personas menores de 65 años con discapacidad psíquica en España alcanzan la cifra de 1.234.132 sobre un total de 40 millones, y en toda la Unión Europea las personas con discapacidad suman 38 millones¹⁴²⁸. Y respecto a la enfermedad psíquica, según datos de la Conferencia de la Asociación Mundial de Psiquiatría de 1998, se cifran en 152 millones los enfermos psíquicos en todo el mundo, estimándose que un 26% de la población sufre trastornos psíquicos de distintos tipos, de los que una elevada proporción se da entre jóvenes, motivado, principalmente, por el consumo de estupefacientes y drogas sintéticas; si bien se cree que no llega al 1% quienes consultan a los servicios de salud mental¹⁴²⁹. Y aunque no hay datos oficiales, como en relación a la discapacidad psíquica, se estima que en España más de 3 millones de ciudadanos sufren trastornos mentales, que son graves en el caso de 800.000, y de ellos el 84% viven en sus casas al cuidado de sus familiares, generalmente mayores¹⁴³⁰. Incluso, se está poniendo de manifiesto la relación dependiente entre marginalidad y enfermedad psíquica, pues según estadísticas el 58% de “los sin techo” padece una enfermedad psíquica¹⁴³¹.

¹⁴²⁶ MÉJICA, J./ FERNANDEZ, MIGUELEZ, A., ob, cit, p. 19.

¹⁴²⁷ FLORES PÉREZ, A., “La protección de los derechos constitucionales de las personas con disminución psíquica”, en *Tratamiento jurídico de las personas con disminución psíquica*, Fiscalía General del Estado. Plan de Formación, Madrid, 8-10 de mayo de 1995, inéditas, que reclama un destino más generoso de los recursos públicos en la promoción de la salud mental; ORTIZ GONZALEZ, M.A., ob, cit, pp. 266-274, que ofrece los resultados obtenidos de un estudio realizado sobre 2142 personas mayores que vivían en 23 residencias geriátricas del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios sociales de Cataluña: 28% no demencia; 8% demencia inicial; 14% demencia leve; 20% demencia moderada; 18% demencia moderada grave; 12% demencia grave; y SALAS MURILLO, S.DE, ob, cit, np. 1, p.19, que se refiere a un reciente estudio elaborado por el Instituto de Estudios de Prospectiva Tecnológica (ITPS), para el conjunto de la Unión Europea, y que indica que en el 2010 la población mayor de 65 años se incrementará en un 20% respecto a 1995, en el año 2025 se estima que la población de personas mayores será de 85 millones, es decir, el 22% de la población total europea. En España hay actualmente 6 millones de personas mayores de 65 años, de las que un tercio tienen algún grado de dependencia, y para dentro de 25 años las previsiones apuntan a que el número será de 9 millones.

¹⁴²⁸ CABRA DE LUNA, M.A., “2003 una oportunidad para promover medidas de integración”, en *Revista Fundación Tutelar TAU*, nº. 17, junio 2002, p. 17.

¹⁴²⁹ Ver. Ref. DIARIO MÉDICO de 14 de octubre de 1998, en MÉJICA, J./ FERNÁNDEZ MIGUELEZ, A., ob, cit, np.2, p. 20.

¹⁴³⁰ Ref. Diario *El Mundo* de 10 de octubre de 1998, en MÉJICA, J./ FERNÁNDEZ MIGUELEZ, A., ob, cit, np.14, p. 27.

En definitiva, y según la Exposición de Motivos del reciente Anteproyecto de Ley de “Igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”, aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de mayo de 2003, en España, según la Encuesta sobre discapacidades, deficiencias y estado de salud (INE 1999), hay en torno a 3.5 millones de personas con alguna discapacidad; si bien, en relación a nuestro tema de estudio, y según el concepto de incapaz establecido al principio del capítulo, el porcentaje se reduce al no incluir a los incapaces físicos, ni siquiera los susceptibles de incapacitación.

Por consiguiente, una vez expuesta la necesidad, y precisado con claridad, según los datos expuestos en los epígrafes anteriores, los fines de libertad-responsabilidad a los que debe de servir nuestro Ordenamiento jurídico¹⁴³², corroborados por la evolución en el tratamiento sanitario y jurídico civil del incapaz, tenemos que concluir que los instrumentos jurídicos precisos para su consecución¹⁴³³, en lo que respecta a la responsabilidad civil de los incapaces, son la interpretación y aplicación de las normas jurídicas de la responsabilidad civil de modo que respeten la libertad –responsabilidad de los incapaces.

b’) Propuesta de solución: preferencia del criterio de imputación de la culpa, permeable al equilibrio entre la protección del incapaz y la protección de la víctima.

a’’) La aplicación preferente del criterio de la culpa subjetiva.

El desarrollo de la idea anterior nos lleva a afirmar que, si un deficiente o enfermo psíquico comete un ilícito civil, con independencia de que esté o no incapacitado, el Juez o Tribunal debe analizar, en un primer momento, si dicha persona es imputable civil, y abandonar la postura cómoda que les preside en este tema y hemos expuesto a lo largo del capítulo segundo. Y esto sobre la base de la revisión de la noción de imputabilidad civil, puesta de manifiesto, en términos contundentes por SALVI, y que se pueden trasladar al

¹⁴³¹ Vid. *La nueva España* de 31 de julio de 1999, según Cáritas estamos ante un problema de la sociedad y de las insituciones que no velan por los derechos de estos ciudadanos.

¹⁴³² Esto es, el principio fundamental de la dignidad y libre desarrollo de la persona, incapaz o no y, en relación de subsidiariedad, pero sin preterirlo, el principio *pro damnato* a la víctima.

¹⁴³³ Así lo mandan las Declaraciones Internacionales, vid, entre otros Programa de acción mundial para las personas con discapacidad, Madrid, Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con minusvalía,

Derecho español, al afirmar que, *“il giudice, pertanto, a fronte di un fatto dannoso compiuto da un infermo di mente, in luogo di affermare un’automatica presunzione di non imputabilità, dovrà valutare caso per caso se questi, al momento in cui ha commesso il fatto, era o meno capaci di intendere e di volere. In caso positivo si applicherà il regimen ordinario (...)”*¹⁴³⁴. De modo que, si el incapaz es imputable civil, el Juez o Tribunal habrá de declararle responsable civil por el daño cometido, pues de lo contrario las autoridades judiciales harían dejación de su responsabilidad.

Por otra parte, el análisis del caso por caso según la aptitud natural del incapaz para reconocer lo que significa socialmente dañar a otro, se corrobora, por un lado, con el hecho de que la regla general de la responsabilidad civil resida en el artículo 1902 CC que consagra una responsabilidad civil por culpa; y, por otro, con la evolución apuntada en el epígrafe anterior en el tratamiento jurídico-civil de algunos aspectos relacionados con el estatuto jurídico de los incapaces de hoy en día. Pues hemos puesto de manifiesto que la evolución descrita se caracteriza por un afianzamiento del protagonismo de la efectiva aptitud natural de la persona incapaz y una reducción del formalismo, ya que tras la Reforma del CC de 1983 se presta una mayor atención a la aptitud psicológica del sujeto y se identifica, más claramente, la capacidad de obrar con la natural. Asimismo ha ocurrido respecto al menor de edad del que el legislador, sobre todo a partir de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, deseoso de ser lo más fiel posible a la realidad, deja huecos en el régimen jurídico de la capacidad de obrar para que a través de ella puede entrar la aptitud del menor; de tal modo que la determinación oficial de la capacidad de obrar de un sujeto no significa marginación absoluta de su efectiva capacidad natural¹⁴³⁵.

1988, p. 17; Recomendación R (92) 6 sobre la elección de una política coherente en materia de personas discapacitadas, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, 9.4.1992.

¹⁴³⁴ SALVI, C., “La responsabilità civile dell’infermo di mente”, ob, cit, p. 823: “El Juez, por tanto, en relación al acto dañoso realizado por un enfermo psíquico, en vez de afirmar una automática presunción de inimputabilidad, deberá valorar caso por caso si el incapaz en el momento de cometer el daño era al menos capaz de entender y de querer. En caso positivo se aplicará el régimen ordinario (...)”.

¹⁴³⁵ EVANGELIO LLORCA, R., ob, cit, pp. 29 y ss; y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Protección civil del enfermo mental no incapacitado*, ob, cit, pp. 279 y ss, que afirma que “el hombre posee una responsabilidad por existir, de la que no se puede sustraer por estar enfermo. En esta materia no deben existir incapacitados o no incapacitados, sino personas que actúan culpablemente y personas que no lo hacen, lo que deberá contemplarse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar, pero sin excluir a priori su obligación de responder (...)”.

Así, se refleja, de igual, modo en la versión de 18 de febrero de 2002 de REGULACIÓN DEL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, pues para la consitución del patrimonio

Incluso, el postulado que defendemos se confirma con el hecho de que, al ser la imputabilidad un puro dato fáctico no le afecta la inversión de la “presunción de la capacidad de obrar” en caso de estar ante un incapaz incapacitado; esto es, aunque a un incapacitado se le presuma incapaz para contratar, no es así respecto al tema de la responsabilidad civil. En definitiva, aceptar que una persona incapaz puede ser responsable civil por culpa es porque se le reconoce, en cierta medida, libre, la necesaria para el instituto jurídico de la responsabilidad civil. Y este reconocimiento fortalece el sentimiento que el propio incapaz tenga de su dignidad, lo cual favorece, a su vez, su curación.

En conclusión, si en los ámbitos mencionados en los apartados anteriores es obligado el estudio del caso concreto, ¿por qué no se ha de razonar del mismo modo en lo que respecta a la responsabilidad civil del incapaz, cuando están en juego los mismos principios, además del principio de protección de la víctima, y no hay ningún precepto en el Código civil, sobre todo del 1902 al 1910 CC, que niegue la responsabilidad civil por culpa del incapaz?; ¿es que, entonces, la protección de la víctima justifica la preterición de los otros dos?. En otras palabras, si tras los datos expuestos hasta ahora la línea que mantiene la doctrina y jurisprudencia, y se apoya en datos sociales y sanitarios, es que las decisiones que afecten a un incapaz tienen que tener como presupuesto inexcusable el dictámen médico o de especialistas que se pronuncien sobre su biografía, circunstancias familiares, sociales y económicas, su historia clínica, etc., nos cuestionamos ¿por qué no se ha de exigir, con los límites que luego indicaremos, la misma investigación en orden a obtener los datos necesarios para juzgar sobre su imputabilidad civil, en la que, también aunque de modo más sutil, están implicados sus derechos de libertad-responsabilidad?.

Y para contestar a esta cuestión traemos unas palabras muy significativas del maestro DE CASTRO, en el sentido de que las normas jurídicas no tienen que ser juzgadas en su consideración aislada sino en conjunto, por su origen, materia y fin, por su resultado total en la realidad, pues “la justicia de una regla jurídica solo puede juzgarse en el cuadro de las restantes, ya que lo que puede parecer en sí injusto, puede, considerado como parte del todo,

separado habilitan a las propias personas discapacitadas siempre que tengan la capacidad natural de querer y entender. (art. 2.3, t. 1, capítulo 1º). Y aunque los términos legales pueden ser ambiguos en la medida en que

ser justo¹⁴³⁶”, y viceversa, añadimos nosotros. Entonces, y aplicando sus palabras a nuestro objeto de estudio, la misma probidad que nuestros Jueces, doctrina y sociedad atribuyen al principio *pro damnato* puede no ser tal cuando entran en juego los principios de libertad – responsabilidad de los incapaces. Incluso, en orden a la investigación que proponemos de su imputabilidad civil creemos, de todo punto de vista, interesante el nuevo artículo 13.1 LEC 1/2000 que regula, de modo novedoso, la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, pues, por medio de este cauce, pueden acceder al procedimiento a través de sus representantes legales, las Asociaciones, Federaciones y Fundaciones, pues nadie mejor que ellas para explicar al ámbito judicial cual es la realidad de estas personas, muchas de ellas acogidas en sus Centros o usuarias de sus instalaciones¹⁴³⁷.

Una vez expuesta nuestra tesis de que se ha de atender al examen de las facultades psíquicas del incapaz en cada momento y, por tanto, que no se excluya de antemano la aplicación del criterio de imputación de la culpa¹⁴³⁸, queremos poner de manifiesto que esta teoría, además, tiene la ventaja, a nuestro juicio, de eliminar el prejuicio injusto de considerar al colectivo en general de los incapaces como sujetos peligrosos. Pues la peligrosidad de los incapaces, por el contrario, no está constatada científicamente, sino que, más bien, ha sido calificada por voces autorizadas de “mito social”, y según los historiadores los mitos cuestan más de erradicar que los hechos¹⁴³⁹; e incluso, desde el campo psiquiátrico,

añade, salvo que esté incapacitada por sentencia judicial, entendemos que se refiere incapacitada en tal punto en la sentencia.

¹⁴³⁶ Ref. BURCKHARDT., *Methode*, p. 242, en De Castro, F., *Derecho civil de España*, t.I. Introducción al Derecho civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, np. 1, p. 60.

¹⁴³⁷ En relación con el proceso de incapacitación, SANTOS URBANEJA, F., “El procedimiento de incapacitación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Fundación Tutelar TAU*, nº. 16, enero 2002, p.11-13, destaca como novedades principales que afectan a este tema, por un lado, la posibilidad de nombrar tutor en la misma sentencia que declara la incapacitación (art. 760) a través de un Juicio verbal (arts. 437 y ss); y, por otro, el que se regule la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados pero que acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito (art. 13.1), de modo que por esta vía se puede permitir la intervención en el procedimiento y con plenitud de facultades procesales a aquellos familiares que no han puesto la demanda y cuya pretensión procesal hasta ahora se limitaba a “ser oídos”, pero no podían proponer prueba, plantear incidentes; etc, y de igual modo, los representantes legales de las Asociaciones y Fundaciones relacionadas con la discapacidad, enfermedad psíquica o la senilidad.

¹⁴³⁸ Incluso, hay un movimiento entre la doctrina penalista que pone en cuestión la inimputabilidad de los enfermos mentales, Cfr. MEDIAVILA RUIZ, JL, *Imputabilidad y delirio*, inédita, Oviedo, 1995, que transcribe que “para muchos psiquiatras la más grave sanción que se le impone al enfermo mental es (...) su declaración como irresponsable”.

¹⁴³⁹ Para un análisis de las causas que propiciaron respecto al enfermo mental la igualdad de incurabilidad –peligrosidad, e, incluso internamiento forzado, vid. el interesante artículo de ESPINOSA IBORRA, J., “Inimputabilidad, peligrosidad y psiquiatría”, en *CDJ*, 1994, vol.31, pp. 365-367, que destaca, entre ellas, el

nos advierten que la mayor parte de los trabajos publicados sobre esta materia demuestra que la posibilidad de que estas personas cometan un delito no difiere de los sujetos considerados normales¹⁴⁴⁰. En definitiva, los datos que sí están constatados en este tema son los siguientes:

1) En primer lugar, que un enfermo psíquico es más peligroso en el inicio de su enfermedad, desapareciendo la peligrosidad con la evolución de ésta hacia la cronicidad, y también cuanto más próximo esté a la normalidad, como lo corrobora el índice superior de peligrosidad en los sujetos *border-line* y en los que sufren esquizofrenia paranoide que son,

que la psiquiatría luchara pronto en todos los ámbitos por abrirse sus espacios y por eso acudió a los tribunales – los grandes juicios sería un buen foro para ganar prestigio- reivindicando el tratamiento, por locura, de personas que hasta entonces habían sido consideradas como criminales, sin que ello planteara problema alguno. La psiquiatría, diría Foucault, descubrió el crimen como locura, y los médicos psiquiatras se empeñarían durante decenios en encontrar el carácter psiquiátrico de los crímenes más escandalosos, para hacerse así aquéllos imprescindibles en los Tribunales, y otorgando carta de naturaleza a la peligrosidad como propiedad potencial inherente a todo enfermo mental. E, incluso, este autor nos advierte que, además, la peligrosidad, en términos generales, es indemostrable (*Ibidem*, pp. 379-381).

Respecto a la situación anterior a toda la Reforma psiquiátrica, vid. CASTILLA DEL PINO, C., “La ideología de la locura en la práctica psiquiátrica actual”, ob, cit, p. 19. Lo que es cierto es que tal prejuicio es hijo de una época, pues la Ley de 4 de Agosto de 1970 de Rehabilitación y Peligrosidad social, derogada por el CP 1995, incluyó en su ámbito de aplicación a los enajenados y deficientes (antes llamados subnormales) en estado de peligrosidad cuando, sin embargo, estaban excluidos de la Ley de Vagos y Maleantes. Y así lo justificaba su Exposición de Motivos: “...parece oportuno incluir en la relación de peligrosidad social a quienes, como los enfermos mentales, cuando estuvieren abandonados y sin adecuado tratamiento constituyen, por desgracia, y sin ninguna voluntariedad por su parte, un riesgo efectivo para la comunidad, por lo que, tanto en interés social como en su propio bien, deben ser objeto de un régimen preventivo que permita lograr su curación y poner remedio a su potencial peligrosidad...”. Por otra parte, esta Ley iguala al enfermo mental y al deficiente psíquico en su consideración de sujetos peligrosos cuando estén abandonados o carentes de tratamiento adecuado.

Y, en la actualidad, vid. GUARDIA, J./ BARBUDO, F: “Actuación del personal sanitario, jueces y familia en los ingresos psiquiátricos: Coordinación de los profesionales”, en *I Jornadas de Sensibilización Social para profesionales relacionados con la salud mental*, Jaén, 1999, inéditas. Se destaca que del 22% de los enfermos mentales que llegan a través de atención primaria a una consulta no es nada frecuente que sean violentos, a pesar del estigma que sufren al respecto. También hacen una llamada de atención para diferenciar los pacientes agitados por causas solamente somáticas o traumas, de los psicóticos; y en sentido parecido, VVAA., *La esquizofrenia: Información para familiares*, ed., S.A.S, F.A.I.S.E.M, y la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1996, p. 12; y ref. DIARIO MÉDICO de 3 de mayo de 1999, en Méjica, J. /Fernández Miguélez, A., ob, cit, np. 1, p. 19, que afirma que, en cualquier caso, confundir actos delictivos con locura es un error, si bien en el grueso de las personas que cometen delitos se observan conductas contra la sociedad, los enfermos mentales crónicos no son con carácter general delictivos.

Incluso, la asimilación de estos enfermos a sujetos peligrosos contradice los derechos de la Declaración sobre Insuficientes mentales adoptada como Resolución de la AG de las Naciones Unidas. La representación española suscribió el proyecto de resolución 2.858 de la XXVI Asamblea, que fue aprobada el 20 de diciembre de 1971, que afirma que los insuficientes mentales deben gozar de los mismos derechos fundamentales que los demás ciudadanos -vid, CARRETERO, A., *La situación jurídica de los subnormales...*, op. cit, p. 132-.

¹⁴⁴⁰ Ref. entre otros, MORRIS, N., *Madness and the criminal law*, the Univ. Of Chicago Press, Chicago, 1982, y DALGAR, MO., “Les problèmes posés par l’évaluation au moyen de l’expertise psychiatrique”, en *Septième Colloque criminologique du Conseil de L’Europe*, Strasbourg, 1986, en Espinosa Iborra, J., “Inimputabilidad, peligrosidad y psiquiatría”, ob, cit, p. 379. Y, en el mismo sentido, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Imputabilidad y peligrosidad. La posición del enfermo mental en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento criminal, en *CDJ*, 1994, vol. 31, pp. 141-279, en especial, pp. 178 y ss.

curiosamente, los sujetos de quienes más se discute pericialmente, por no estar clara, la indicación de su hospitalización. 2) En segundo lugar, y como consecuencia del dato anterior, que hay que distinguir según el tipo de enfermedad psíquica ante el que nos encontremos¹⁴⁴¹. 3) En tercer lugar, que la tasa de incidencias en menor, en cualquier caso, si existe una buena asistencia psiquiátrica, adecuada terapéutica, y un apoyo para no sustraerle, siempre que sea posible, de su medio sociolaboral y familiar¹⁴⁴². 4) En cuarto lugar, que está demostrado que es más frecuente que el enfermo psíquico se muestre aislado y avergonzado que amenazante, o incluso se dañe a sí mismo, sobre todo los sujetos que padecen una psicosis maniaco-depresiva y, curiosamente, en las depresiones leves más que en los grandes estupores depresivos; como lo refleja el que, según CARRASCO GÓMEZ, el suicidio, sea la primera causa de reclamación por responsabilidad profesional en el ejercicio de la psiquiatría¹⁴⁴³, lo que, a *sensu contrario*, excluye como primera causa el supuesto de daños cometidos por el incapaz en tratamiento psiquiátrico ofrecido por las instancias del sistema sanitario actual. Y, 5) en quinto lugar, y en definitiva, que el comportamiento desviado de un presunto enfermo psíquico no depende sólo de la propia enfermedad, sino de otras causas, particularmente la

¹⁴⁴¹ PONS BERTRÁN, R., “Reflexiones sobre la peligrosidad de los enfermos psíquicos”, en *Rev. Depart. Psiquiatría Facult. Méd. Barna*, 7,6, 1980, pp. 469-477, que realizó un estudio sobre el tema con 228 pacientes ingresados por orden judicial en el Sanatorio Psiquiátrico de Nuestra Señora de Llobregat en 1966. Y aunque puso de manifiesto la relatividad de los resultados obtenidos pues las estadísticas son siempre calculadas a partir de unos criterios operativos a sabiendas imperfectos, concluye que los enfermos psíquicos son menos peligrosos de lo que parece a primera vista. Y, en general, de todos los grupos destacó como más peligroso al sujeto que sufre esquizofrenia paranoica o “loco razonador” pues entre profanos suelen pasar por normales (cometieron el 73% de los parricidios, y el 54% de los homicidios). Y en sentido parecido, CABRERA FORNEIRO, J./ FUERTES ROCAÑIN, JC., *La enfermedad mental ante la ley*, ed., Libro del año, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, p. 143, que destaca que, en general, manejando estadísticas de Asociaciones de familiares de enfermos con esquizofrenia y de otras Asociaciones profesionales no podemos considerar en más de un 3% el porcentaje de esquizofrenias que infringen la ley; sin incluir a los trastornos de la personalidad o psicopatías como colectivo más peligroso.

¹⁴⁴² CABRERA FORNEIRO, J./ FUERTES ROCAÑIN, JC., *La enfermedad mental ante la ley*, ob, cit, p. 142, que aclara que la posible criminalidad del esquizofrénico va a depender en un importante nivel de su adecuado tratamiento y del control de su conducta ya sea en el seno familiar, o en el seno de los mecanismos de salud.

¹⁴⁴³ CASTILLA DEL PINO, C., “La ideología de la locura en la práctica psiquiátrica actual”, ob, cit, p. 19; PONS BERTRÁN, R., ob, cit, p. 274, que destaca el dato de que se suicidan los melancólicos al mejorar y ser dados de alta del Centro; y CARRASCO GÓMEZ, JJ., *Responsabilidad médica y psiquiatría*, ob, cit, pp. 180-182, que nos explica que el riesgo de suicidio en pacientes con trastornos psiquiátricos con o sin tratamiento psiquiátrico es una realidad que hay que asumir; si bien, los trastornos bipolares y en los episodios depresivos de los mismos, es sin duda la situación clínica en la que con más frecuencia sugen tentativas de suicidio o suicidios consumados, pues se considera que alrededor de un 15% de ellos mueren por esta causa. También, el suicidio es la primera causa de muerte en esquizofrénicos jóvenes en las formas de comienzo o en el curso evolutivo de la enfermedad cuando salen de los brotes y entran en un estado depresivo, al igual que los esquizofrénicos residuales que también realizan actos suicidas por sentimientos de incapacidad o desadaptación social. Y, a pesar de la cierta habitualidad de la conducta suicida en estas personas, el suicidio es, de hecho, la primera causa de reclamación por responsabilidad profesional en el ejercicio de la psiquiatría.

pobreza y la miseria cultural, porque en la vida real sufrimiento psíquico y problemas materiales están interrelacionados¹⁴⁴⁴.

Por último, y desde el punto de vista jurídico, la peligrosidad del incapaz como regla general es negada, de modo implícito, por la desvinculación que existe entre el internamiento de una persona y su incapacitación, como ha explicitado recientemente el artículo 763.1 de la nueva LEC 1/2000 por cuanto al regular los internamientos urgentes dispone que el Juez “deberá actuar, *en su caso*, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757”¹⁴⁴⁵. Incluso, algunos autores afirman, además de la desvinculación entre la incapacitación y el internamiento, la que existe entre la inimputabilidad penal por anomalía o alteración psíquica y la necesidad del internamiento, según lo establecido en la DA 1ª CP 1995¹⁴⁴⁶.

Recapitulando, entendemos que, como cláusula general, el criterio de imputación de la culpa en sentido subjetivo (requerir su inimputabilidad civil) en la responsabilidad civil del incapaz es el más acorde a los principios constitucionales apuntados y a la evolución en el tratamiento sanitario, psiquiátrico y jurídico del incapaz.

¹⁴⁴⁴ ESPINOSA IBORRA, J., “Inimputabilidad, peligrosidad y psiquiatría”, ob, cit, p. 375.

¹⁴⁴⁵ AZNAR LÓPEZ, M., *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, ob, cit, np. 12, p. 11, cuya desvinculación se daba ya en los regímenes regulados por el Real Decreto de 19 de mayo de 1885, y por el Decreto de 3 de julio de 1931; y en el mismo sentido, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico (comentario a la STS 10.2.1986)”, ob, cit, pp. 110-111, que matiza que el internamiento en un establecimiento psiquiátrico no emana del artículo 200 CC; y desde el punto de vista psiquiátrico, vid. ARAGUES ORTIZ DE ZÁRATE, E., “En torno a la incapacitación de pacientes psiquiátricos”, ob, cit, p. 36, que afirma que la discapacidad para la vida en el exterior de las Insituciones Psiquiátricas clásicas se debe, más a la falta de apoyos sociales y al propio hospitalismo que a la verdadera incapacidad de obrar de dichas personas.

¹⁴⁴⁶ FÁBREGA RUIZ, C., “La responsabilidad civil de los titulares de las instituciones de guarda por hechos realizados por incapaces”, *ponencia presentada en el Seminario sobre incapaces*, celebrado por la FGE y el CEJAJ en Madrid los días 24 a 26 de junio 2002, inédito, np. 73, pp. 30-31, por lo que concluye, en primer lugar, lo desencaminado, en esta ocasión y como contrario a la regla general, de la recomendación del Defensor del Pueblo en su expediente F0000043 sobre la necesaria incapacitación de los internados en los psiquiátricos andaluces; y en segundo lugar, la debida distinción entre: por un lado, el internamiento como medida de seguridad, al que le será aplicable la regulación del Código penal, y una vez terminada la misma, si el internamiento continua siendo necesario deberá regularizarse de acuerdo con la normativa civil. Y, por otro, el internamiento civil regulado por la LEC, de modo que, respecto a este último el Ministerio Fiscal sólo estará obligado a instarlo, en el caso de declaración de un sujeto como exento de responsabilidad penal por alteración psíquica, si existen razones médico –terapéuticas para ello, y si Juez lo decreta como medida urgente *ex arts.* 762-763, el Ministerio Fiscal podrá informar en su contra.

Finalmente, y aunque sea un tema que nos desborda, creemos oportuno apuntar que, quizás, el criterio que defendemos de responsabilidad civil subjetiva del incapaz, y que las instancias judiciales obvian, se acogería desde determinados “mecanismos alternativos de resolución de conflictos”, como la mediación. A éstos los juzgamos más convenientes para que conozcan de la responsabilidad civil de los incapaces que a los órganos judiciales. Y esto en razón, por un lado, del temor o recelo que imprime a la sociedad y, también, a los Jueces y Tribunales, el que el agente del daño sea un sujeto con alguna limitación o patología psíquica; y, por otro, de que la mediación, por el contrario, facilita y alienta las organizaciones grupales haciendo posible la escucha de los más débiles, en la medida en que aquélla se basa en un proceso en virtud del cual los participantes, asistidos por un tercero neutral, aislan los problemas para encontrar opciones y desarrollar alternativas que les permitan llegar cooperativamente a un acuerdo.

Entonces, ¿no sería oportuno acudir a la mediación, sobre todo cuando de la responsabilidad civil por un ilícito civil o menos grave cometido por un incapaz se trata?. La respuesta sería afirmativa si de tal modo pensamos que se conseguiría un mayor acercamiento y conocimiento entre la víctima y el incapaz y, por tanto, llevaría, poco a poco, a que fuera desapareciendo el prejuicio social de que un incapaz es un absoluto inimputable civil, o de que, en caso de ser responsable civil porque así lo diga la ley, lo es por un criterio de imputación independiente de la culpa. En definitiva, según CURES, dichos mecanismos alternativos son apropiados para el Derecho de daños, pues el Derecho, desde una óptica personalista y desmasificadora, debe dar “respuestas imaginativas y nuevas para acomodar y legitimar la diversidad”, y, porque la mediación respeta la dimensión dialógica del hombre y reconoce en el encuentro interpersonal el núcleo de lo humano, permitiendo sostener que “en el marco de la llamada y la respuesta se construye la doctrina de la responsabilidad jurídica”

1447

¹⁴⁴⁷ Ref. TOFFER, A.H., *La Creación de una Nueva Civilización. La política de la Tercera Ola*, trad., Guillermo Solana Alonso, 2ªed., Plaza &James Editores, 1996, p. 122; y NEGRI, H., “La responsabilidad civil como problema antropológico”, en *La Responsabilidad Civil. Homenaje al Prof. Isidoro Goldenberg*, en Cures, S., “Mediación y Derecho de Daños”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, ob, cit, np.33 y 36, p.1032.-

Sea como fuere, y retomando el inicio de este epígrafe, para conseguir un postulado de justicia en la problemática que nos ocupa el principio de promoción y protección de los incapaces, que tiene un valor de línea-guía de todo el sistema jurídico civil, debía de compatibilizarse con el principio *pro damnato*, pero teniendo en cuenta que éste sólo tiene un valor de dirección programática del instituto jurídico de la responsabilidad civil, pero no de todo el Derecho civil¹⁴⁴⁸. Y esta cuestión es la pasamos a analizar.

b'') “Las expectativas razonables de la víctima” como elemento de equilibrio: su influencia en el patrón de diligencia.

Partiendo del supuesto de un sujeto incapaz que es, teniendo el mínimo de capacidad que exige la imputabilidad civil y según nuestra teoría, responsable civil bajo el criterio de la culpa, vamos a ver como influye el principio de protección de la víctima en la regulación jurídica de dicho criterio subjetivo.

Y para el propósito mencionado encontramos como instrumento jurídico útil, traído de una propuesta doctrinal apuntada en el capítulo anterior para el sistema jurídico del *Common Law*, las llamadas “expectativas razonables de la víctima”¹⁴⁴⁹. Pero antes de explicarlo entendemos necesario, aunque sea brevemente, recordar que el elemento objetivo de la culpa es la transgresión de la diligencia debida, y que, según vimos en el capítulo segundo y tercero, el Juez podía, en esencia, o bien acomodar el patrón de diligencia debido a la minoría de edad o a la incapacidad del agente del daños y al resto de las circunstancias concretas del caso, o bien, no acomodarlo, sino exigir, en todo caso, la diligencia de un buen padre de familia con independencia de las circunstancias de origen interno, objetivables o no externamente, del agente del daño¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁸ BUSSANI, M., “Canales de contenido propio: Perfiles comparativos sobre la responsabilidad civil: la culpa al servicio de los débiles”, (I Convención latinoamericana de Derecho), Ica-Perú, noviembre, 1995, en <http://www.com/pe/canales/Derecho>.

¹⁴⁴⁹ Vid. Supra, I.3.A.c.'del capítulo tercero. Y ref STONE, F.F., “On the Teaching of Law Comparatively”, en *Tulane Law Review*, XXII, p. 163, en Mozos, J.L de., “El sistema del Common Law desde la perspectiva jurídica española”, ob, cit, np.3, p. 542, que afirma que: “desde el momento que los hombres se portan de manera semajante en Italia que en Viscosin y que los progresos de la técnica, en general, imprimen rasgos comunes en la vida social de las más distintas partes del mundo, es natural que los problemas pueden resolverse con técnicas jurídicas no imitadas o copiadas, pero sí inspiradas en la experiencia ajena (...)”.

¹⁴⁵⁰ Para recordar esta cuestión, vid. Supra, II.2.A, y II.4.B del capítulo segundo; y I.3.A.a del capítulo tercero.

Pues bien, *entendemos que la virtualidad del principio de protección de la víctima se limitaría a que se aplicara un patrón de diligencia subjetivo o in concreto*, que implica que se tenga en cuenta su deficiencia o enfermedad psíquica al juzgar su culpabilidad, *siempre que la víctima pueda, de modo razonable, conocer dicha minusvalía, deficiencia o enfermedad, pues en tales casos no se verían frustradas sus razonables expectativas*.

A esta propuesta le encontramos, por otra parte, cierta semejanza con una figura jurídica en el ámbito contractual. En concreto, en la posibilidad que, en el Derecho italiano (art. 428) y portugués, tiene el cocontratante de un incapaz de impedir la anulabilidad del contrato sobre la base de la protección del tercero de buena fe o apariencia del estado civil, con independencia de que esté o no incapacitado.

Ahora bien, somos conscientes de que ningún precepto de nuestro Ordenamiento jurídico consagra dicho principio, y de que, incluso, es negado por la mayoría de la doctrina española en razón de que el principio de la apariencia opera al margen de la disciplina negocial, pues en la teoría del negocio jurídico o *inter partes* sólo tiene virtualidad el “principio de protección de la confianza” cifrada en la indemnización del interés negativo cuando dicha confianza se defrauda¹⁴⁵¹. No obstante lo dicho, consideramos que tenemos que hacer dos precisiones:

a) En primer lugar, que para la disciplina de los contratos compartimos una versión especial del principio de la apariencia para el Derecho español. En concreto, la que se defiende por algunos autores que, si bien justifican, por el principio de protección del incapaz, el régimen de la anulabilidad para el incapaz que esté o no incapacitado, reconocen que hay

¹⁴⁵¹ Cfr. Para una visión de la postura mayoritaria en España en contra de la existencia del “principio de la apariencia”, vid, referencias doctrinales en EVANGELIO LLORCA, R., ob, cit, pp. 103-110, que se apoya, entre otras razones, en: 1º) no puede equiparse la eficacia del Registro Civil, cuyos asientos tienen como único valor el probatorio, al Registro de la Propiedad cuyo fin primordial es la protección del tercero- ref. GÓMEZ -ACEBO, F., “La buena y mala fe en la teoría general del Derecho privado”, *RDP* 1952, p. 222-; y 2º) el Registro de la Propiedad no es el órgano adecuado para la publicidad de las situaciones personales de capacidad, y no es posible la aplicación de sus principios –ref. GÓNZALEZ MARTÍNEZ, J., *Principios hipotecarios*, Madrid, 1931, pp. 347-348 y 359, y ROCA SASTRE Y ROCA, RM./ SASTRE MUNCUNILL. L., *Derecho Hipotecario*, t. IV, vol.1, Barcelona, 1979, pp.15-16; 3º) y, respecto a la jurisprudencia, en la mayoría de la sentencias en las que se ha declarado que la incapacidad es relevante por sí misma sin necesidad de una declaración judicial, el Tribunal Supremo no ha mencionado la cognoscibilidad por la otra parte o la notoriedad de la insania mental como

armonizarlo con el principio de protección del tráfico jurídico, teniendo en cuenta que dicho elemento equilibrador no se encontraría, ni en el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, ni en permitir la impugnación del contrato con sólo probar el estado mental del sujeto en el momento de prestar consentimiento, pues puede haber hipótesis en que el contratante capaz ignore realmente, de forma no negligente, la falta de aptitud de la contraparte y, por tanto, la anulación del contrato sería poco equitativa. Y para ello entienden que ante la inexistencia de una norma jurídica que imponga como condición de la anulación del contrato celebrado por un incapaz la cognoscibilidad por la otra parte (principio de protección de la apariencia), habría que atender estrictamente, como vía intermedia, ni siquiera a la buena fe del contratante, sino al perjuicio ocasionado por el negocio al incapaz como índice de la mala fe del que contrató con éste. Y, a *sensu contrario*, si no hay perjuicio el contratante podría evitar la anulación del contrato con el incapaz¹⁴⁵².

b) Y, en segundo lugar, que si el principio de la protección de la apariencia no opera en la disciplina negocial sino en la versión defendida en el párrafo anterior, por el contrario,

requisito para la anulación del contrato. Basta con que se demuestre cumplidamente en el momento de prestar consentimiento.

¹⁴⁵² Hay dos teorías minoritarias: 1) La postura más extrema que defiende el principio de la “protección de la apariencia” – vid. GORDILLO CAÑAS, A., “La representación aparente” (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)”, en *Anales de la Universidad Hispalense*, ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, p. 427, que justifica que la armonización entre el principio de protección del incapaz y del tráfico fluido y seguro se encuentra, además de en el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, en el juego de la realidad-apariencia que da lugar a un caso más de protección jurídica de la confianza en la apariencia. En concreto, el *principio de la capacidad aparente viene a significar que la incapacidad, aún declarada judicialmente, si no es cognoscible tampoco es oponible*, y para ello se exigen tres requisitos: 1º.- La buena fe de la contraparte o desconocimiento no negligente de la incapacidad; 2º.- La objetividad de la apariencia/o que la situación aparente haya sido creada por la libre voluntad del sujeto declarante; 3º.- La actuación a título oneroso por parte del contratante capaz. Y, a *sensu contrario*, que la misma incapacidad, aún no inscrita, ni siquiera declarada, si es efectivamente notoria o conocida es oponible. Y basa su postura en tres argumentos: el artículo 214 CC (hoy el nuevo art. 755 LEC) que permite la inscripción de la sentencia de incapacitación en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad, y, por tanto, no sólo quien es tercero sino también quien es parte, tiene derecho a ser protegido en su actuación cuando ha confiado en lo que el Registro de la Propiedad publica; y en las SSTs 30.3.1935 y 17.12.1960.

Y, 2) La postura más moderada de EVANGELIO LLORCA, R., ob, cit, pp- 116-119, que entiende que no se logra el ansiado equilibrio con la propuesta de Gordillo, en la medida en que le resultaría muy difícil al incapaz la prueba del conocimiento por el contratante de su incapacidad (pues la buena fe se presume y partimos de la base de que el sujeto es aparentemente capaz). Asimismo, es criticable pues la eficacia del Registro de la Propiedad no se puede equiparar a la del Registro civil. Por último, entiende que hay que atender al dato objetivo del perjuicio al incapaz, con independencia de la buena o mala fe del contratante, si bien este dato habría de tenerse en cuenta en la aplicación-no aplicación del trato de favor que otorga el artículo 1304 CC al incapaz. Así cuando el contratante capaz haya actuado de buena fe, se procederá a la restitución recíproca de prestaciones, conforme dispone la regla general del artículo 1303 CC; si, por el contrario, ha actuado de mala fe, el incapaz sólo devolverá en cuanto se haya enriquecido, según dispone el artículo 1304 CC.

no habría inconveniente en que operara en materia de responsabilidad civil extracontractual al tratarse la víctima de un tercero.

En cualquier caso, la utilidad del argumento expuesto es sólo en la medida en que podemos afirmar que el criterio de las “expectativas razonables de la víctima” actuaría con elemento moderador de signo objetivo entre la protección del incapaz y la protección de la víctima, al igual que “la ausencia del perjuicio a un incapaz como índice de la buena fe”, para unos, o la “protección de la apariencia”, para otros, que impiden la anulación del contrato celebrado por un incapaz no incapacitado, actúan como elemento de equilibrio entre la protección del incapaz y la protección del tráfico negocial¹⁴⁵³.

Por consiguiente, y retomando la responsabilidad extracontractual del incapaz, para enjuiciar el criterio de las “expectativas razonables de la víctima” proponemos, como criterio –guía, distinguir:

1) Por un lado, los supuestos en los que cause un daño un deficiente psíquico, sobre todo profundo o severo, pues en la medida en que éstos son fácilmente reconocibles por la víctima, incluso con un breve contacto u observación¹⁴⁵⁴, el Juez habría de acomodar el patrón de diligencia, en orden a juzgar su culpabilidad, a su deficiencia psíquica. Y al igual habría que predicar de los menores de edad pues, como ponen de manifiesto algunos autores italianos, la minoría de edad es claramente reconocible por el tercero, de modo que dicha condición ofrece al tercero un elemento que conlleva la oportuna cautela del contacto

¹⁴⁵³ En sentido parecido, aunque respecto a la responsabilidad civil del empresario por los actos de los empleados en Francia. Pues, el hecho de que la jurisprudencia del país admita que los empresarios responden civilmente aún en caso de abuso de función del empleado se interpreta por parte de la doctrina en el sentido de que todo perjuicio exige una reparación total, pero, también, la víctima ha de merecer protección, de modo que, en consecuencia, según “el principio de la apariencia”, la responsabilidad del empresario no cesa más que si el acto del empleado es, en su apariencia, extraño a las funciones de aquél –vid. Ref. Cass. 2e civ. 29 mai 1996, *Bull. civ.*, II, n°. 118; D, 1996, IR 151, en BÉNAC-SCHMIDT, R./ LARROUMENT, C., Voz: “Responsabilité du fait d’autrui”, en *Rép. Civ. Dalloz*, t. VII, París, 1999, p. 21.

¹⁴⁵⁴ A este criterio le encontramos concomitancia, salvando las distancias que impone la materia extracontractual, con el de MARTINEZ CALCERRADA al afirmar que habrá una presunción en contra del cocontratante de un deficiente psíquico de que marginó la buena fe contractual, la recíproca confianza y el equilibrio prestacional, principios siempre inmanentes en el Derecho contractual – “La responsabilidad jurídica del subnormal”, ob. cit., p. 290. Por otra parte, aquél ha de sopesar los riesgos que puede correr al contratar con un deudor deficiente psíquico; y tomar las garantías convenientes.

social¹⁴⁵⁵; y esto se predica sobre todo cuando se trata de daños cometidos por menores de edad entre sí, por ejemplo, al participar en un mismo juego. En consecuencia, en estos casos proponemos la existencia de una presunción *iuris tantum* de conocimiento por la víctima de la deficiencia o minoría de edad; de modo que sería la víctima la que tendría que probar que en el caso en particular no era evidente ni cognoscible dicha deficiencia o minoría, por ejemplo por el tipo de actividad que realizaban, y si el Juez lo estimase probado le aplicaría, en contra de la regla general, el patrón de diligencia de un “buen padre de familia”. Y, por el contrario, en el caso en que el daño se produzca entre menores la presunción de conocimiento, por justicia, sería *iure et de iure*.

. 2) Y estos supuestos habría que distinguirlos de los casos en que el daño hubiera sido causado por un adolescente y por un enfermo psíquico, pues la enfermedad psíquica de un sujeto es más difícil de reconocer con un sumario examen de éste¹⁴⁵⁶. De modo que en la mayoría de los supuestos de daños cometidos por adolescentes y por sujetos enfermos psíquicos el Juez no va a acomodar el patrón de diligencia a su enfermedad, ni a su menor edad, respectivamente, al actuar la presunción en sentido contrario al expuesto en el párrafo anterior. Esto es, en este caso será el incapaz el que habrá de probar que, en el caso en concreto y por las circunstancias del caso, a la víctima le fue perfectamente posible conocer la enfermedad psíquica o la minoría de edad, de modo que si el Juez lo estimase probado habría de aplicarle, en contra de su regla general, el patrón de diligencia subjetivo o *in concreto*.

Finalmente, poner de manifiesto que el planteamiento y la distinción que acabamos de hacer es, desde una primera aproximación, coherente con el concepto de imputabilidad civil que, frente al penal, no tiene en cuenta los datos subjetivos de la persona no objetivables exteriormente, como por regla general es la enfermedad psíquica; y sí los objetivables, como son la edad o la deficiencia psíquica profunda. Y esta idea es la que vamos abordar, con exhaustividad, en el siguiente epígrafe, que, de tal modo, tiene como finalidad constatar si nuestra propuesta expuesta en líneas anteriores tiene un apoyo normativo, doctrinal y

¹⁴⁵⁵ SALVI, C., “La responsabilità civile dell’infermo di mente”, ob, cit, p. 825: “*perché si tratta di persone delle quali è chiaramente riconoscibile, a differenza che per i malati di mente, la condizione di incapacità naturale, offrendosi così al terzo gli elementi che inducano all’oportuna cautela nel contatto sociale.*”

¹⁴⁵⁶ SEIDELSON, D.E., “Reasonable Expectations and Subjective Standars in Negligence Law...”, ob, cit, p.45.

jurisprudencial español, tanto en el supuesto de que un incapaz cause un ilícito civil, como que cause un ilícito penal. Pero antes de abordar lo dicho es necesario dedicar un último apartado a destacar la ayuda que la equidad, desde el punto de vista de la estricta técnica normativa, otorga a los supuestos en que se declare responsable civil por culpa a un incapaz que cometa un ilícito civil.

c') Argumentos de técnica normativa: la doble función de la equidad en la responsabilidad civil por culpa del menor de edad y del incapaz.

Para una mejor comprensión de la función que hemos atribuido a la equidad en la responsabilidad civil en estudio, creemos conveniente abordar su definición, en el ámbito más genérico del Derecho, a través de tres ideas esenciales:

1ª) Es sabido, que en el Derecho positivo la equidad entra a cumplir una función específica y propia en cuanto integra necesariamente el proceso seguido por el intérprete cuando aplica la ley a un caso particular; o, en palabras de LACRUZ BERDEJO, “es un criterio en la interpretación y aplicación de la norma en busca de la máxima justicia individual, tomando en consideración más que los elementos formales, el sentido humano que ha de tener el Derecho positivo, y más que los esquemas generales de la norma jurídica, la adecuación y adaptación de ésta a las circunstancias del caso”¹⁴⁵⁷. 2ª) Que la equidad tiene un carácter de moderación del rigor de la ley, y nunca de corrección o modificación de ésta, pues la posibilidad de que la equidad sea fuente directa del Derecho carece de sustento jurídico en un Estado de Derecho caracterizado por el principio de división de poderes y, más en concreto, porque así lo impiden los términos literales del artículo 3.2 CC que únicamente excepciona el supuesto en que la propia ley lo permita¹⁴⁵⁸. 3ª) Y, en coherencia y como manifestación de la

¹⁴⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L./ SANCHO REBULLIDA, F.A./ LUNA SERRANO, A., *Elementos de Derecho civil*, I, vol.1º, Ed., Bosch, Barcelona, 1988, p. 208, que se refiere, entre otras, a las SSTs 24.1.1927; 14.12.1940; 12.1.1943; 23.1.1947; 31.5.1949; 11.2.1946 10.10.1986 y 9.5.1983; y, en sentido parecido, vid. RECASENS SICHES., Voz: “Equidad”, en *Enciclopedia Omeba*, t.II, p. 428, en Brebbia, R.H., “La equidad en el Derecho de daños”, en *Responsabilidad civil por daños en el tercer milenio...*, ob, cit, np. 2, p. 45, que nos explica que la equidad sirve de criterio ordenador y se constituye en un procedimiento que el Juez no puede eludir en el proceso de conversión de la norma genérica y abstracta de la ley, en la norma concreta e individualizada, para obtener la justicia del caso.

¹⁴⁵⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L./ SANCHO REBULLIDA, F.A./ LUNA SERRANO, A., *Elementos de Derecho civil*, I, vol.1º, ob, cit, p. 208; y Díez PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, v.I, 9ªed., Tecnos, Madrid, 2000, p.181, que explicita que la equidad no puede en ningún caso significar la destrucción de éstas, ni la

idea anterior, la valoración de la equidad no debe ser hecha de acuerdo con el sentido particular de justicia del juzgador, sino teniendo en cuenta los valores objetivos predominantes en el Ordenamiento jurídico; esto es, la nota de discrecionalidad, dentro de la cual funciona la equidad, debe estar inspirada en la noción de justicia que deriva de los principios generales del Ordenamiento¹⁴⁵⁹.

Respetando los postulados anteriores, entre los supuestos que la doctrina suele subsumir en el ámbito de aplicación de la equidad hay dos que, a nuestro juicio, tienen aplicación a nuestro caso:

Iª) Una primera aplicación de la equidad, aunque la ley no efectúe una remisión expresa a ésta, es la que, implícitamente, se impone, tanto en los casos de normas jurídicas que utilizan conceptos jurídicos de necesaria generalización o abstracción y que tienen estrecha vinculación con los valores fundamentales de seguridad y justicia¹⁴⁶⁰; como en los supuestos de normas jurídicas abiertas o flexibles, sin olvidar los casos de lagunas legales. Pues bien, aplicando lo dicho a la responsabilidad civil de los menores de edad y de los incapaces inferimos dos ideas de importancia que las vamos a exponer, a la vez que recapitulamos nuestra tesis en dos postulados:

1º) En primer lugar, la preferencia del criterio de imputación de la culpa para los menores de edad e incapaces que requiere el análisis de su imputabilidad civil, habida cuenta de que el artículo 1902 CC es una regla abierta o flexible, resulta de la interpretación jurídica

privación de su sentido o valor; puede ser un criterio interpretativo o hermenéutico, un criterio de *moderación del rigor*, pero nunca un criterio de supresión de la norma. Y para una crítica de la existencia del artículo 3.2 CC, vid. CARRASCO PEREA, A., “Comentario a la STS 19.5.1985”, en *CCJC*, nº.8, abril-agosto 1985, nº. 208, p. 208, que, a su vez, afirma que la “accesión invertida” es un ejemplo excepcional de restricción del alcance de aplicación de la ley por la equidad.

¹⁴⁵⁹ DÍEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, v.I, 2000, ob, cit, p.181, de modo que dicha manera de entender la equidad tiene la ventaja de no perturbar la seguridad jurídica; y BREBBIA, R.H., “La equidad en el Derecho de daños”, en *Responsabilidad civil por daños en el tercer milenio...*, ob, cit, p. 48, np. 14, pp-50.5, que nos explica que la equidad no constituye un ingrediente extraño al Ordenamiento jurídico, sino que lo integra inevitablemente, cumpliendo la función señera de presidir el tránsito que va de la norma abstracta y general, al caso singular e histórico. De igual modo para poner de manifiesto la vinculación de la equidad con los principios generales del derecho se remite a la S. T Córdoba, Sala laboral, 21.7.1984, *LLC*, 985-482 que afirmó claramente que: “la equidad no interviene sólo para admitir soluciones que beneficien a los trabajadores, sino también para asegurar la debida vigencia de los principios generales de la justicia aplicada al caso concreto, por lo que también corresponda se la ponga en práctica cuando de ella se siga una limitación del derecho aparente del trabajador”.

de dicho precepto moderada por la equidad, que conlleva que sea permeable a los valores jurídicos expuestos de dignidad, libertad-responsabilidad. Pues, además, dicha interpretación no es contradicha por la resultante de la utilización conjunta del resto de los elementos interpretativos¹⁴⁶¹, pues, por ejemplo, y como analizaremos más adelante, el criterio sistemático que ordena, en nuestro caso, poner en conexión el artículo 1902 CC con el artículo 61 LORPM y el artículo 118 CP también ofrece una solución favorable al criterio de la culpa.

2º) Y, en segundo lugar, habida cuenta de que el juicio de culpabilidad implica analizar, tanto la vulneración de una norma jurídica de conducta conforme a un patrón de diligencia, como su imputabilidad civil, la defensa que hacemos de la aplicación de un patrón de diligencia subjetivo solamente en los casos en que no se frustren las legítimas expectativas de la víctima (entendiendo subsumible en el patrón de diligencia subjetivo el caso del menor de edad y la deficiencia profunda o severa, y en el patrón de diligencia objetivo o el de un *buen pater familias* la enfermedad psíquica o el de un adolescente próximo a la mayoría de edad.), no es consecuencia de haber aplicado analógicamente el artículo 1104 CC que se refiere a la culpa contractual y que, lógicamente, tiene un contenido más objetivo como hemos fundamentado en apartados anteriores¹⁴⁶², sino que es consecuencia de la interpretación del concepto jurídico indeterminado de la culpa que aparece en el artículo 1902 CC moderado por la equidad, y por tanto dependiente, a su vez, del conjunto de valores jurídicos o principios generales de nuestra sociedad respecto a la culpa de los incapaces y respecto a la protección de la víctima.

IIª) Finalmente, una segunda aplicación de la equidad es la que actúa en el marco de las pretensiones privadas, moderando o restringiendo los efectos de un derecho o una acción que, aplicados al caso se revelarían como injustos. Pero este cauce de expresión de la equidad sólo tiene cabida cuando la propia norma permite que el Juez aprecie ciertos hechos con sentido humano, introduciendo en la decisión factores de conveniencia y ética que, si no se diera esa llamada de la ley, acaso quedarían ajenos a aquélla; como, por ejemplo, se desprende del artículo 1103 CC al facultar a los Tribunales a moderar la responsabilidad que

¹⁴⁶⁰ BREBBIA, R.H., “La equidad en el Derecho de daños”, ob, cit, pp. 47- 48.

¹⁴⁶¹ Pues así lo prohíbe la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma del Código civil de 1974.

¹⁴⁶² Además desde el capítulo primero negamos su aplicación analógica por las razones expuestas en él.

proceda de negligencia según los casos¹⁴⁶³.

Y, de nuevo, si aplicamos lo dicho a la responsabilidad civil de los menores de edad y de los incapaces inferimos una última idea: en los supuestos en los que defendemos la aplicación de un patrón de diligencia objetivo (por ejemplo, al juzgar la culpabilidad de un enfermo psíquico o un adolescente próximo a la mayoría de edad no se tiene en cuenta dicha enfermedad o minoría de edad en el juicio de culpabilidad), sí entendemos que el Juez habría de tener en cuenta dichos factores en el momento de la determinación del *quantum indemnizatorio*, pues así lo permite, tanto la norma jurídica del artículo 1103 CC que expresamente permite la aplicación de la equidad en dicho aspecto¹⁴⁶⁴, como el último párrafo del artículo 118.1 CP, si bien algunos autores entienden que permite, también, tener en cuenta, el patrimonio de las partes¹⁴⁶⁵. Además, esta conclusión es coherente con nuestra tesis, mantenida desde el capítulo primero, de la “unidad del fenómeno resarcitorio” que conduce a través del daño a la concepción unitaria de la responsabilidad civil, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual¹⁴⁶⁶, pero sólo de las cuestiones relacionadas con la obligación indemnizatoria en sentido técnico, excluyendo la tesis de la unidad del concepto de culpa civil¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶³ LACRUZ BERDEJO, J.L./ SANCHO REBULLIDA, F.A./ LUNA SERRANO, A., *Elementos de Derecho civil*, I, vol.1º, ob, cit, p. 207; y CARRASCO PEREA, A., “Comentario a la STS 19.5.1985”, ob, cit, p 208, y del hecho de que esta importante manifestación del juicio de equidad no esté contenida en el artículo 3.2 CC deduce, entre otras razones, la superficialidad de este último.

¹⁴⁶⁴ En una línea argumental parecida, aunque *a sensu contrario* a nuestro argumento y llegando conclusiones contrarias a la nuestra, vid. GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, ob, cit, p. 107, que no entiende justificable en los casos en que el menor cometa un ilícito civil el que se le aplique la moderación de la cuantía indemnizatoria, pues a los menores ya se les dispensa una razonable protección, cuando, a los efectos de determinar su responsabilidad ex art. 1902 CC, se evalúa su conducta conforme a un patrón de diligencia menos exigente que el que normalmente se precisa en el tráfico jurídico. Y si culpable a ese canon específico, resulta culpable (imputable), culpable es, sin matizaciones. A partir de ahí no parece que haya razón para tratarles de forma distinta que a cualquier otra persona razonable con base en la misma norma.

¹⁴⁶⁵ PARRA LUCÁN, MA., “Comentario a la STS de 5.3.1997”, en *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, p. 789, si bien, esta autora entiende que el artículo 118 CP regula la responsabilidad civil del incapaz inimputable civil y con un criterio de imputación independiente de la culpa.

¹⁴⁶⁶ Vid. Supra, II.2 del capítulo primero.

¹⁴⁶⁷ Por consiguiente, y repasando las teorías doctrinales expuestas en el capítulo anterior, ni compartimos la teoría que defiende que el artículo 1103 CC se refiere a una cuestión de *an respondeatur*, ni tampoco la que sostiene que la debida conexión entre el artículo 1104 CC con el 1103 CC solo responde a una cuestión de *quantum respondatur* en el sentido de que la equidad sólo influye en que, dependiendo de la mayor o menor gravedad de la culpa, la cuantía indemnizatoria sea mayor o menor, pero la diligencia exigible siempre será la misma, la culpa *levis*. Y la razón es que no estimamos aplicable analógicamente el artículo 1104 CC a la culpa civil y, asimismo, juzgamos apropiado para juzgar la culpabilidad de un incapaz un patrón mixto y no la culpa *levis* o de un *buen pater familias*.

Recapitulando, desde el punto de vista de la pura técnica normativa, entendemos que la función y utilidad de la equidad en el régimen jurídico de la responsabilidad civil de los menores de edad y de los incapaces que cometan un ilícito civil, y habida cuenta de que no compartimos la aplicación analógica y automática del concepto de culpa contractual sito en el artículo 1104 CC al de culpa civil, se limita a una doble función: por un lado, a la interpretación del artículo 1902 CC, y del concepto de culpa civil que aparece en él, según los principios generales del Ordenamiento jurídico de libertad-responsabilidad y protección de la víctima que informan las instituciones jurídicas del Derecho de la persona, la incapacidad, y el Derecho de daños. Y, por otro, y por mandato de la norma jurídica sita en el artículo 1103 CC la moderación en la cuantía indemnizatoria según las circunstancias del caso.

En definitiva, hemos podido comprobar como en la responsabilidad civil de los incapaces parece tener predicamento la afirmación, a nuestro juicio interesante, de BREBBIA de que “esa meta final del Derecho que es la justicia, penetra e impregna toda su estructura, e impone a la equidad como factor moderador de todo el sistema, para obtener su concreción en el caso particular; sin la cual, las normas positivas constituirían sólo meras aspiraciones y no, concreciones del valor de justicia en el plexo del mundo del ser”¹⁴⁶⁸.

B.-Código penal y LORPM.

a.- Postulado de partida.

Si la conclusión a la que hasta ahora se ha llegado es que en la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz que cometan un ilícito civil el criterio de imputación de la culpa en sentido subjetivo *ex art. 1902 CC* tiene preferencia con los matices debidos respecto al patrón de diligencia, se hace preciso, ahora, constatar si dicho criterio tiene reflejo en la normativa penal, dada la dualidad normativa que impera en esta materia.

Y para contestar a dicha cuestión, partimos, según advertimos desde el inicio de esta investigación, o bien de una interpretación conducente a una coherencia de soluciones, en la

¹⁴⁶⁸ BREBBIA, RH., ob, cit, p. 54.

medida en que las concepciones unitarias del ilícito inducen a no diferenciar las soluciones de la ley penal y de la civil en este sector de la responsabilidad y de que ambas normativas regulan una única realidad o fundamentan una única pretensión (teoría del concurso de normas). O bien, y desde una postura más realista que tenga en cuenta que el Tribunal Supremo no aplica el concurso de normas, de la propuesta de que el Juez aplique la teoría de la opción manteniendo el concepto procesalista de acción en orden a que el principio de *iura novit curia* juegue en toda su amplitud, de modo que aquél aplique la norma jurídica que estime más justa al caso concreto¹⁴⁶⁹. No obstante, nos encontramos voces contrarias, como la de PEÑA LÓPEZ, que entienden que al no señalar el artículo 61 LORPM el régimen jurídico de responsabilidad civil del menor mayor de catorce años, ésta encuentra su regulación en el capítulo II del título V del Libro I del CP 1995, en concreto según los términos del artículo 118.1 CP, y por mandato de los artículos 1092 CC y la DF1ºLORPM. Al igual que predica soluciones distintas para el caso de que el incapaz cometa un ilícito civil, o bien uno penal, en la medida en que parece ser ésta la intención legislativa al haberse perpetuado la existencia de la normativa de responsabilidad civil *ex delicto*, y de que las disposiciones del CP no son aplicables supletoriamente en el caso de que exista un vacío normativo en el Código civil, en razón de los términos del artículos 4.3 CC¹⁴⁷⁰.

En definitiva, y aplicando nuestro presupuesto metodológico, consideramos que el criterio de imputación de la culpa en sentido subjetivo también ha de presidir la solución, como regla general, de los casos en que el menor de edad o el incapaz cometa un ilícito penal. Y este postulado es el que pasamos a verificar en los siguientes apartados.

¹⁴⁶⁹ Vid. Supra, III. 1. B. a y b del capítulo primero.

¹⁴⁷⁰ PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ed., Comares, Granada, 2002, pp. 341 y 373, pues arguye que en virtud del artículo 4.3, son las disposiciones del Código civil, y no las de las leyes especiales, las aplicables como supletorias en materias regidas por otras leyes. Y así entiende que la normativa aplicable al supuesto del menor mayor de catorce años es la del CP y no el artículo 1902 CC, lo que implica, a nuestro juicio, de modo desafortunado el poner las cuestiones de fondo al servicio de la forma, y olvidar el criterio teleológico de interpretación de las normas, tan necesaria en toda labor hermenéutica según los términos del artículo 3 CC.

*b.- En la responsabilidad civil ex delicto del menor de edad (artículo 61 LORPM).
Delimitación conceptual entre la imputabilidad civil y la penal.*

La opinión consensuada a la que ha llegado la mayoría de la doctrina, y está siendo aceptada por la jurisprudencia española, y hacemos nuestra, es que un menor imputable civilmente es responsable civil de sus actos por culpa, y que el artículo 61 LORPM que consagra la responsabilidad penal-no sancionadora de un menor mayor de catorce años ratifica dicha afirmación, pues si es imputable penal (en el sentido descrito en dicha norma) también lo será civil.

No obstante, en el caso, entonces, de estar ante un menor de edad menor de catorce años la respuesta, desde el punto de vista legal, no es tan clara, y a esta confusión ha contribuido, a nuestro entender y según se refleja en capítulos anteriores, la propia confusión o falta de claridad en la delimitación conceptual entre la “imputabilidad civil” y la “imputabilidad penal. De tal modo que vamos a intentar delimitar el concepto de imputabilidad civil distinguiéndolo, sentado que parece estarlo de la imputabilidad o capacidad contractual y, por ende, capacidad para incurrir en responsabilidad contractual¹⁴⁷¹, de la imputabilidad penal, pues la doctrina parece no resaltar distinguos entre ambos.

Y esta tarea la emprendemos con una advertencia previa: que hemos adolecido históricamente de la falta de un concepto de imputabilidad civil, quedando sustituida por principios doctrinales, jurisprudenciales o científicos que¹⁴⁷², por otra parte, lo han calificado, tanto, de tema muy complejo, a causa del ámbito tan abstracto en el que se mueve, esto es, el de las facultades intelectivas del ser humano, el de la voluntad tan imprecisa y el de la libertad y la causalidad¹⁴⁷³; como, a su vez, de problema por excelencia que plantea el sujeto pasivo de

¹⁴⁷¹ Vid. Supra, II.3. B, del capítulo segundo.

¹⁴⁷² GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código penal de 1995 (un análisis médico-legal del artículo 20.1 y 20.2)*, ed., Comares, Granada, 1997, p. 7.

¹⁴⁷³ La imputabilidad es un concepto que la doctrina civilista ha importado, mediatamente, de la Psicología y de la Filosofía, e, inmediatamente, del Derecho penal; vid. SILVA MELERO, V., *Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho penal*, en Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1950, cap. VII, p. 93. Y para una amplia referencia bibliográfica del concepto de imputabilidad, tanto en la doctrina penal, filosófica y civil, vid. FERNÁNDEZ MARTÍN –GRANIZO, M., “Imputabilidad y responsabilidad objetiva”, *ADC*, 1968, np. 1, pp. 579-580.

la obligación delictual¹⁴⁷⁴. De modo que su delimitación conceptual puede ser, de igual modo, resbaladiza.

En concreto, y entrando en el fondo de la cuestión, parece ser tributo de la tradición la afirmación, como principio general, de que “el imputable penal lo es civil”, y, *a sensu contrario*, que “el inimputable penal lo es civil”, esto es, que la edad penal a partir de la cual un menor es imputable penal y por debajo de la cual es inimputable penal, también, es la que marca la imputabilidad e inimputabilidad civil, respectivamente, ante el silencio del Código civil.

Por el contrario, no encontramos que la afirmación expuesta en el párrafo anterior tuviera una conformidad total, pues, por un lado, y como expusimos en el capítulo segundo, en el momento de elaboración del CP 1848 se puso de manifiesto por ciertos miembros de la comisión codificadora que la edad de la imputabilidad civil de ciertos menores debía de rebajarse respecto a la edad de la inimputabilidad penal, en razón de que, para aquélla se requiere meramente poseer el juicio suficiente para distinguir el bien y el mal en orden a un conocimiento de lo que es dañar a otro por ciertos actos, y para ésta se exige, además, tener el sentido de moralidad suficiente para alcanzar a comprender “las consecuencias de los males”. Y, por otro, el hecho de que la función de la responsabilidad civil sea prioritariamente reparadora, y la de la responsabilidad penal sancionadora justifica que se exija una mayor capacidad para llegar a ser imputable penal que civil, respectivamente. Sin embargo, estas razones no han tenido un reflejo legislativo pues, como bien sabemos, la edad de inimputabilidad penal y civil siempre se ha igualado¹⁴⁷⁵.

El caso es que, aunque la distinción apuntada no encontrara finalmente un reflejo legislativo, a nuestro juicio, se hubiera debido ir más allá y analizar caso por caso, pues así lo ha permitido, paradójicamente, lo poco explícito de los términos legales del Código civil y

¹⁴⁷⁴ SCAEVOLA, Q.M., *Código civil...*, t. XXXI, op. cit. p. 324, que nos dice que, como en las obligaciones delictuales prima la responsabilidad sobre el crédito, son más interesantes los problemas que plantea el sujeto pasivo, el deudor responsable de la obligación que nace.

¹⁴⁷⁵ Vid. Supra, I.2.A. b) del capítulo segundo.

penal español en una línea de continuidad histórica hasta el momento presente¹⁴⁷⁶, la cual, aunque puede no ser un virtuosismo de éstos, nos sirve en este momento en la tarea que abordamos. Sin embargo, nos encontramos con el inconveniente, puesto de manifiesto en los capítulos anteriores, de que los Jueces y Tribunales han interpretado las normas jurídicas, en un afán de aferrarse a la letra de la ley como herencia del espíritu codificado, sin indagar en los motivos ni razones por los que se declaraba responsable civil a un menor de edad, obviando la posibilidad que tenían *de lege data*, de declarar responsable civil por culpa al menor de edad inimputable penal pero imputable civil. Esta postura, a nuestro entender, cohonest a la justicia, ya que detrás de la interpretación/aplicación de una norma jurídica hay una defensa o dejación de ciertos valores jurídicos, en este caso el de la libertad-responsabilidad de un menor de edad consagrado en nuestro Ordenamiento jurídico.

No ignoramos, tampoco, que la falta de distinción apuntada puede ejercer una influencia de arrastre en la interpretación actual de las normas que regulan la responsabilidad civil de los incapaces y de los menores en los artículos 118 y 120 CP 1995 y 61 de la nueva LORPM 2000, respectivamente; sin haber transcurrido tiempo suficiente, en realidad, para enjuiciar la postura jurisprudencial.

No obstante, frente a la tendencia expuesta, entendemos que, partiendo de la validez del concepto expuesto de imputabilidad civil como mínima aptitud para entender lo que significa socialmente dañar a otro¹⁴⁷⁷, el hecho de que el vigente artículo 61.3 LORPM¹⁴⁷⁸ establezca que el menor mayor de catorce años imputable penalmente, con el matiz sabido de ser una norma jurídica sancionadora –no penal educativa, es responsable civil de sus actos, no relega, a nuestro juicio, que un menor de edad por debajo de los catorce años pueda ser imputable civil. Antes bien, al contrario, es un deber del Juez analizar caso por caso con

¹⁴⁷⁶ El Código civil silencia la cuestión de la imputabilidad en la responsabilidad civil, y de modo más concreto, los requisitos y momento a partir del cual un menor puede ser imputable; y el Código penal ha consagrado tanto una responsabilidad civil del menor inimputable penal en el CP 1848, como subsidiaria en los Códigos penales siguientes hasta el CP 1973, pero sin explicitar cuestión alguna acerca del criterio de imputación, y, por tanto, de la importancia de la imputabilidad.

¹⁴⁷⁷ Según PIAGET, *Le jugement chez l'enfant*, 1973, p. 33, la idea de culpa comienza en la persona a una edad temprana.

¹⁴⁷⁸ Art. 61.3: “Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados, sus padres, sus tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos”.

independencia de su inimputabilidad penal. Y este argumento, en realidad, lo refuerza el que, en la actualidad y por primera vez, la responsabilidad civil de los menores de edad menores de catorce años y la de sus padres y guardadores, con independencia de que aquéllos cometan un ilícito civil o penal, va a estar sometido al régimen común de responsabilidad civil sito en el artículo 1902 y siguientes del CC (que se rige, según defendemos, por el criterio de que el menor de edad es responsable civil por culpa si es imputable civil), habida cuenta que, según los artículos 1 y 3 LORPM, el ámbito de aplicación de dicha ley excluye a los menores de catorce años, frente a los términos del antiguo artículo 20 CP 1973 que establecía la responsabilidad civil *ex delicto* subsidiaria y objetiva de todo menor de dieciséis años, *iure et de iure*, inimputable penal¹⁴⁷⁹.

Incluso, y lo que es más importante, consideramos que el postulado anterior (que en la actualidad un menor inimputable penal pueda ser imputable civil) se basa en el dato de que, en esencia, el establecimiento de la imputabilidad penal se residencia, de modo principal, en un criterio de protección jurídica del menor que sirve al de seguridad jurídica¹⁴⁸⁰. Y esto en razón de que la ley penal no permite la prueba de que en el caso en concreto el menor tenía un mayor o menor discernimiento; es decir, el criterio que preside a la imputabilidad penal en la nueva LORPM es el criterio biológico puro con una presunción *iure et de iure* de que por debajo de dicha edad el menor es inimputable penal, y no el del discernimiento ni el mixto que ha regido en otras etapas históricas. En otras palabras, la decisión acerca de si la edad penal inferior debe comenzar a una edad determinada, por debajo de la cual se presume *iure et de iure* que dicho menor es inimputable penal, se justifica básicamente “en la opción de hasta qué edad una sociedad está dispuesta a prescindir de una intervención penal en sentido estricto”¹⁴⁸¹, o, en los términos más expresivos de GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, “el decantarse por los trece o catorce años no surge como resultado de debatir si han adquirido madurez o no a una edad o a otra, sino que se trata de una opción de política criminal, de modo que, decidamos a partir de qué edad queremos que la respuesta sea sólo educativa y

¹⁴⁷⁹ Para ellos se prevé la aplicación de lo dispuesto “en las normas sobre protección de menores y previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes”(art. 3).

¹⁴⁸⁰ A pesar de que de, modo mediato, lo basen en la capacidad de discernimiento del menor para comprender el alcance de los actos y su moralidad

¹⁴⁸¹ AGUIRRE ZAMORANO, P., “Los jóvenes del siglo XIX: Proyecto de Ley de Justicia Juvenil”, en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado*, dir. Giménez-Salinas i Colomer,

fijemos entonces el límite de edad”¹⁴⁸², en coherencia con la *ratio* de la prevención y sanción de comportamientos del Derecho penal.

Sin embargo, y por el contrario, la decisión acerca de la edad en la que comienza la imputabilidad civil, debido a que la *ratio* de la responsabilidad civil es esencialmente reparadora, y no principalmente preventiva-educadora, no justifica que se base en la presunción *iuris et de iure* de que un menor por debajo de una determinada edad no puede ser imputable civil, pues las consecuencias reparadoras que se derivan de la responsabilidad civil no justifican un principio de protección del menor y de seguridad jurídica tan rígido.

En conclusión, aunque la distinción entre el concepto de imputabilidad penal y civil no aporta, en realidad, utilidad en el orden práctico en relación al supuesto del menor mayor de catorce años imputable penal del que la LORPM afirma su responsabilidad civil, merced a que la imputabilidad penal es más amplia que la civil, de modo que aquélla implica a ésta; sí la tiene en lo referente a la responsabilidad civil del menor de catorce años inimputable penal, pues la distinción de ambos términos conlleva la exigencia del análisis de cada supuesto en particular y poder afirmar, en su caso, en términos no forzados que un menor inimputable penal puede ser imputable civil; que es lo que, por otra parte, parece desprenderse, de modo novedoso, de la regulación jurídica de la responsabilidad civil del incapaz en el CP 1995 que pasamos a analizar.

c.- En la responsabilidad civil ex delicto del incapaz.

a’) El criterio de imputación de la culpa en sentido subjetivo. Delimitación conceptual entre la imputabilidad civil y la penal.

El CP 1995, al consagrar en el artículo 20.1º CP como exento de responsabilidad penal el que “al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”,

Madrid, 1999, p. 342. Y para una evolución de los criterios que han presidido la regulación penal española en la responsabilidad penal de los menores, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., ob, cit, pp. 386-400.

utiliza para definir la imputabilidad penal del incapaz, frente al criterio biológico puro del menor, una fórmula mixta biológica-psicológica en la que tiene en cuenta, tanto el presupuesto psiquiátrico biológico de una “anomalía o alteración psíquica”, como la influencia del mismo en el presupuesto psicológico de “la imputabilidad penal”¹⁴⁸³. Si bien hay que decir que, en realidad, la fórmula mixta empleada por el codificador penal de 1995, alineándonos de tal modo con la orientación dominante en el resto de los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo al ser recibida por prestigiosos penalistas españoles y elogiada por el Informe del CGPJ, ya se aplicaba por la jurisprudencia española cuando estaba vigente el CP 1973, cuyo artículo 8 consagraba, sin embargo, una fórmula biológica pura¹⁴⁸⁴.

En definitiva, el concepto legal actual de imputabilidad penal en el CP 1995, además de tener una suerte de parentesco con la fórmula contenida en el artículo 200 CC y con la definición de retraso mental que ofrece la AAMR¹⁴⁸⁵, conlleva que el presupuesto psiquiátrico no determine *iure et de iure* la inimputabilidad penal, sino que va a depender del análisis judicial de cada supuesto en concreto, como posición más proporcionada y ajustada a la

¹⁴⁸² Ref. D.S Congreso de los Diputados, Comisiones, nº. 644, de 17 de marzo de 1999, pp. 1878-2; y en el mismo sentido, RÍOS MARTÍN, C., *ibidem*, pp. 18776, en López Sánchez, C, ob, cit, np. 380-381, p. 394.

¹⁴⁸³ Vid. ARROYO DE LAS HERAS, en Muñoz Cuestas, J (coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, ed., Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 30; VILLANUEVA, F., “La responsabilidad civil y penal del epiléptico”, en *Rev. Neurol*, 1997; 25 (139), pp. 429-434.

¹⁴⁸⁴ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Imputabilidad y peligrosidad. La posición del enfermo mental en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *CDJ*, 1994, vol. 31, p. 156-161. pp. 167- 173, que nos explica, por un lado, que el sistema mixto tiene como paradigma a la República federal alemana, y además siguen dicho sistema: el Código penal portugués, austríaco, suizo, italiano, francés tras la reforma operada por Ley nº. 92-683, de 22 de julio de 1992; y el Derecho penal anglosajón, tanto el Derecho inglés, como el norteamericano (en éste se sigue el criterio MPC test seguido por el art. IV del *Model Code Penal* elaborado en 1962 por el *American Law Institute*, y está fundado, entre otros criterios, en el que afirma que: una persona no es responsable por su conducta criminal, si al tiempo de ésta, como resultado de una enfermedad o defecto menales, carecía de la capacidad esencial para apreciar la criminalidad de su comportamiento o para ajustarlo a las exigencias de la ley). Y por otro, que antes del CP 1995, la aplicación jurisprudencial del texto positivo produjo el efecto, casi taumaturgico, de transformar el sistema tan claramente seguido por aquél. Muy pronto se consolidó, en la práctica forense, una doctrina que no se contentaba con que el sujeto pudiera ser etiquetado como “enajenado”, sino que requería adicionalmente, como efecto psicológico del disturbio mental, una consiguiente anulación de las facultades intelectivas y volitivas, y así se desprende de las SSTS 1.6.1962, y 2.11.1983. En definitiva, la fórmula legal mudó en mixta, por la jurisprudencia, y así se ha mantenido hasta el presente; si bien, hay quienes entienden que la misma fórmula psiquiátrica se podía apoyar en el CP 1973, pues la palabra “enajenado” no era un concepto psiquiátrico que se refiriera a una realidad biológica o psicopatológica, sino más bien, normativo (desde Las Partidas significa anulación de las facultades intelectivas y volitivas).

¹⁴⁸⁵ ÁLVAREZ, N./ CARRIL, J.MA./ FARALDO, P., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.A SEOANE), ob, cit, p. 273 y 276, que nos explica que en el Derecho civil el aspecto más relevante es el de la capacidad para el autogobierno, mientras que en el Derecho penal es la capacidad para autodeterminarse a la comisión del delito.

realidad¹⁴⁸⁶; y sólo en dicho sentido presenta concomitancias con el concepto que defendemos de imputabilidad civil.

Ahora bien, para abordar el concepto de imputabilidad penal del incapaz en orden a distinguirlo de la imputabilidad civil tenemos que tener presentes, previamente, dos datos:

1) En primer lugar, que el presupuesto psicológico de la imputabilidad penal, que ha de extraerse *a sensu contrario* de las causas de exención de responsabilidad criminal previstas en el artículo 20 CP, ha pasado de residenciarse del binomino conocer-querer al de capacidad de comprender lo injusto o la ilicitud del hecho y capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento en los términos requeridos por el Ordenamiento jurídico¹⁴⁸⁷. Si bien, hay que tener en cuenta que el concepto de imputabilidad penal, a parte de la complejidad que envuelve al tema y en el que no podemos profundizar en toda su extensión, ha evolucionado en tres fases:

a) En primer lugar, y nombrando como exponente de esta fase a PACHECO, la imputabilidad se entendía como el conjunto de condiciones psicosomáticas precisas para que un acto típico y antijurídico pueda ser atribuido a una persona como a su causa libremente voluntaria; en definitiva, la intención y la libertad, el conocimiento y el poder son las dos primeras bases de la imputabilidad de los delitos¹⁴⁸⁸. b) En segundo lugar, la concepción

¹⁴⁸⁶ GARCÍA BLAZQUEZ, M., *Análisis médico legal de la imputabilidad en el Código penal de 1995*, ed., Comares, Granada, p. 11, que defiende que en determinadas situaciones el Tribunal debe implicar al médico en el pronunciamiento último.

¹⁴⁸⁷ Para un concepto de imputabilidad penal, vid, entre otros, COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTON, T.S., *Derecho penal. Parte general*, ed., Tiran lo Blanch, Valencia, 1999, p. 576; QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general*, ed., Cedecs, Barcelona, 1996, p. 428; GARCÍA BLAZQUEZ, M., ob, cit, pp. 135-136; y ARROYO DE LAS HERAS., ob, cit, p. 30, que matiza que para ser considerado imputable penal no es necesario saber que el acto es contrario a una ley en concreto, sino que basta con comprender que el acto realizado contraviene el Ordenamiento jurídico, para lo cual, previamente, ha de tenerse conocimiento de su existencia y obligatoriedad, al menos en términos generales. En definitiva, la incapacidad para comprender la ilicitud alude a que el sujeto no tiene conciencia de ella, no puede comprender que el acto que realiza está en contradicción con el Ordenamiento jurídico.

Vid, por todas, ref. STS 16.11.1999 (RJA 1999, 8940) en STS 14.5.2001-sala 2ª- (RJA 2001, 10313) fto. 6º, que afirma que dicha noción de la imputabilidad penal, frente a la capacidad general de entender y querer, pone prudentemente el acento en la mera aptitud del sujeto para ser motivado por la norma, al mismo nivel que lo es para la generalidad de los individuos de la sociedad en que vive, y, a partir, de esa motivación, para conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarla.

¹⁴⁸⁸ Ref. PACHECO, J.F., “Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840”, Madrid, Manuel Tello, 1877, p. 72, en Fernández Entralgo, J., ob, cit, np.2, p. 142.

normativista de la culpabilidad como reprochabilidad por exigibilidad de otra conducta, determinó el cambio correspondiente de la idea de imputabilidad, que pasa a ser identificada con la capacidad de conocer lo *ilícito* de la propia conducta, y de actuar con arreglo a ese conocimiento; esto es, la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente¹⁴⁸⁹. c) Y, en tercer lugar, y dado que se empezó a constatar que la “capacidad del querer” es indemostrable, el concepto de imputabilidad penal se empieza a centrar más en la capacidad de entender del sujeto¹⁴⁹⁰. Si bien, la mayoría de los penalistas, aún cuando eluden la invocación de la libertad o del libre albedrío, admiten que existe una experiencia generalizada que siente que una persona, que responde a un cierto arquetipo de normalidad, está en condiciones de resistir la tentación de delinquir. Y sobre esta base, en esta última etapa, se empieza a extender entre los penalistas españoles la identificación entre imputabilidad y motivabilidad, entendiendo a ésta como “capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber”, que requiere, por un lado, la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal, y, por otro, la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión, lo cual es coherente con la finalidad sancionadora y preventiva del Derecho penal, como recoge la STS 15.10.1990¹⁴⁹¹.

Así, y según el concepto actual de imputabilidad penal, como nos indica MIR PUIG, un enfermo psíquico puede saber que está matando a otra persona y querer hacerlo, pero ni se percata de que lo que está haciendo está prohibido por el Derecho y además puede ser incapaz de autocontrolarse¹⁴⁹²; lo que es predicable, sobre todo, de la persona esquizofrénica que, según estudios psiquiátricos, puede no tener afectada la conciencia, la voluntad e inteligencia, pero sí la *yoidad*, como componente, muchas veces desconocido por los juristas, de la imputabilidad, o “la capacidad que tiene el sujeto de reconocerse a sí mismo y desde ese

¹⁴⁸⁹ Ref. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, V. Losada, Buenos Aires, 1976, p. 86, en en Fernández Entralgo, J., ob, cit, np. 5, p. 143.

¹⁴⁹⁰ Ref. DALGARD, M.O., “Les problèmes posés pour l’évaluation au moyen de l’expertise psychiatrique”, en *Septième Colloque criminologique du Conseil de L’Europe*, Strasbourg, 1986, en Espinosa Iborra, J., “Inimputabilidad, peligrosidad y psiquiatría”, ob, cit, p. 370.

¹⁴⁹¹ Ref. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Akal/Iure, Madrid, 1990, p. 183; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Universidad de Cádiz, Departamento de Derecho penal, Facultad de Derecho, Jerez de la Frontera, 1982, p. 167, en Fernández Entralgo, J., ob, cit, np. 17, p. 148.

¹⁴⁹² Ref., MIR PUIG, S., *Psiquiatría forense*, Madrid, ed., Centro de Estudios Judiciales, 1994, p.39, en Villanueva, F., ob, cit, np. 9, p. 434.

reconocimiento dirigir y gobernar sus actos”¹⁴⁹³. No obstante, hay quiénes critican que de la fórmula actual puede resultar una peligrosa equivocidad, ya que, por un lado, la comprensión de la ilicitud de la conducta es mucho más que la del alcance del propio comportamiento, al implicar una valoración que pertenece al plano de la culpabilidad; y, por otro, el umbral de inhibición genérico (el que opera en el ámbito de la imputabilidad) es diferente de aquél otro que entra en juego según el juicio de la licitud (mayor o menor) o ilicitud del actuar propio. Por eso concluyen que, sería más conveniente interpretar la fórmula en el sentido de que la deficiencia o anomalía psíquicas deben producir un efecto en la capacidad genérica de comprensión del alcance de los propios actos que impida al sujeto una adecuada valoración ético-social (y no se diría que jurídica) de éstos¹⁴⁹⁴.

2) Y en segundo lugar, hay que tener presente que en el análisis de la imputabilidad penal se tienen en cuenta, por ejemplo, factores tales como la falta de instrucción o cultura, ambiente, carácter, etc., pues, por ejemplo, una persona que, en puridad de términos, no tenga afectada la inteligencia puede no conocer las consecuencias de sus actos a causa de tales factores, esto es, lo que se conoce como “transtornos cualitativos de la inteligencia o inmadurez”¹⁴⁹⁵.

Pues bien, si ponemos en conexión sistemática la definición de imputabilidad penal que se desprende de lo dicho en los párrafos anteriores con la afirmación del artículo 118 CP “sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los

¹⁴⁹³ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad...*, ob, cit, pp. 6, 82, 88 y 97 nos explica que, desde el punto de vista psiquiátrico, la imputabilidad se da plenamente cuando no están afectados ninguno de los factores que la determinan: la yoidad, conciencia, inteligencia y voluntad. En realidad, la “yoidad” es el verdadero factor desconocido de la imputabilidad, no solamente ignorado por la mayor parte de los juristas, sino por un número considerable de peritos médicos y no incluido en los principales diccionarios enciclopédicos; si bien hay que entenderlo como “el atributo de la esfera psíquica que rige y gobierna el sujeto, lo orienta y permite autoconocerse y autoanalizarse”; y, en cualquier caso, este componente, salvo raras excepciones, implica o arrastra a los demás. Así, los transtornos de yoidad tienen su máxima expresión en la esquizofrenia donde el sujeto se despersonaliza, se desconoce, se resulta extraño y aberrante, y aunque su conciencia cuantitativa o su inteligencia pueda ser normal, en realidad, hace un mal uso de ella como consecuencia de ajustarla y aplicarla al mundo irreal en el que vive. En definitiva, es característica del psicótico una desorientación auto y alopsíquica que lo aísla y/o hace perderse tanto en el mundo exterior como en el interior, a consecuencia de lo cual trata de rellenar esas lagunas que se originan mediante vivencias falseadas que confieren un nuevo elemento capaz de generar absurdidad a sus actos, especialmente para el observador.

¹⁴⁹⁴ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., ob, cit, p. 174.

¹⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 62, como los síndromes de inmadurez de personalidad, intelectual, psíquica, de inmadurez social y/ o afectiva, los que, sin embargo, tampoco se suelen tener en cuenta por los Jueces, a pesar de desde el punto de vista psiquiátrico conlleva una disminución de la imputabilidad.

imputables”¹⁴⁹⁶, se puede interpretar que la voluntad del legislador es establecer una distinción entre ambos conceptos, la imputabilidad penal y la imputabilidad civil. Si es así, lo cierto es que la cuestión residiría en preguntarnos por la razón o núcleo de la urdimbre reguladora de la regulación de la responsabilidad civil del incapaz en dicho precepto en orden a corroborar dicha distinción. Y esto, a su vez, nos lleva a indagar en el criterio de justicia de dicho precepto para imputar el daño al incapaz. Y para ello, hemos de partir de la idea pacífica de que el 118 CP ha supuesto un punto de inflexión en la materia respecto a la normativa anterior, pues de una responsabilidad objetiva/culpa objetiva y subsidiaria se ha pasado a una responsabilidad directa y solidaria del incapaz inimputable penal, esté o no incapacitado, con la de su guardador legal o de hecho, pero permaneciendo incierto el criterio de imputación de su responsabilidad, y por tanto, el problema de la exigencia o no de su imputabilidad civil.

Así las cosas, y teniendo presente las razones doctrinales que ofrecen respuesta a esta cuestión expuestas en los capítulos anteriores¹⁴⁹⁷, creemos, finalmente, que el legislador con dicha expresión se refiere a que el inimputable penal responderá civilmente cuando sea imputable civil¹⁴⁹⁸, sobre la base de las dos razones siguientes:

¹⁴⁹⁶ Art. 118.1 CP: “La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º, y 6º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas que siguen: 1ª En los casos de los números 1º (anomalía o alteración psíquica –a cuya virtud no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión) y 3º (alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia –que hacen al autor- que tanga alterada gravemente la conciencia de la realidad), son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y *sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables. Los Jueces y Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de los sujetos*”.

¹⁴⁹⁷ Vid. Supra, II. 4. A, del capítulo segundo (que aludía a la doctrina minoritaria que entendía que el artículo 118 CP se podía referir a la responsabilidad civil del incapaz inimputable penal pero imputable civil; y el I.3.B del capítulo tercero, que recoge la opinión doctrinal mayoritaria de los que entienden que el art. 118 CP se refiere al inimputable penal y civil, pero que incurre en culpa objetiva. Y la jurisprudencia no resuelve la duda al no justificar sus pronunciamientos.

¹⁴⁹⁸ Además en el mismo sentido (según lo recogimos en el capítulo segundo, vid. Supra II.4.A.a), DÍAZ ALABART, S., “La Responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores”, ob, cit, p. 209, pero que añadía que el artículo 118.1, además de recoger la responsabilidad del inimputable penal imputable civil, consagraba la responsabilidad civil de los que, aún no siendo imputables civiles, fuera equitativo que corrieran con parte de los perjuicios causados; SALAS MURILLO, S.DE, ob, cit, p. 99; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JA., *Curso de derecho de obligaciones*, vol.1, Teoría general de la obligación, ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 257; SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, MB., *El ilícito civil en el Código penal*, ob, cit, p. 130; y GUTIÉRREZ CALLES, JJ., ob, cit, p. 385, que nos explica que sería una ayuda o punto de partida para determinar su imputabilidad civil, el que, advertida una cierta capacidad de discernimiento, que ha permitido reconocer al incapacitado en la sentencia de incapacitación una parcela soberana de actuación jurídica, respecto de la cual la incapacitación no opera. Pues, entiende que es la interpretación que mejor encaja en el artículo 210 CC, hoy 760 LEC, en la medida en que a través de este precepto no sólo se determina la extensión de la

a) En primer lugar, porque, teniendo en cuenta los diferentes conceptos atribuidos a la imputabilidad civil, recogidos en el capítulo segundo¹⁴⁹⁹, entendemos que el más adecuado es el que no está influido por la doctrina penalista y se adecúa más a la finalidad primordialmente reparadora de la responsabilidad civil, esto es, el que la define como: “la posesión de la madurez de juicio suficiente para captar el significado social de dañar a otro”, en la dirección que mantiene la actual jurisprudencia alemana. De tal modo que, si la imputabilidad penal, en coherencia con su función eminentemente preventiva y sancionadora del Derecho penal, se conforma, tanto de un elemento valorativo (que requiere, por un lado, el conocimiento de la ilegalidad, o al menos que el acto no fue ético o moral; lo que Pacheco entendía como no sólo la capacidad de diferenciar el bien del mal sino de conocer las consecuencia de los males), como de un elemento volitivo, o la capacidad para determinarse conforme a esta comprensión; y, sin embargo, la imputabilidad civil sólo requiere la mera capacidad para conocer lo que significa socialmente dañar a otro, sin tener en cuenta, de modo principal, la capacidad de motivarse normalmente por la norma, en consecuencia, se desprende que la imputabilidad civil es más amplia que la penal¹⁵⁰⁰. Y esta afirmación nos lleva, a su vez, a aseverar que determinados incapaces inimputables penales pueden ser imputables civiles. Esta conclusión se puede apoyar, asimismo, en la idea de que la ausencia total de algún factor de la imputabilidad sería incompatible con el acto humano¹⁵⁰¹, de tal modo que dichas situaciones mínimas pueden justificar, si no la imputabilidad penal, sí la civil.

incapacitación, sino, fundamentalmente, y al mismo tiempo, aquellos actos para los que se le reconoce cierta capacidad y respecto de los cuales no hay razón para no responsabilizarlo. Asimismo, el legislador reconoce *ab initio* y sin discriminación alguna al “propio incapacitado” legitimación para instar judicialmente una nueva declaración que deje sin efecto o modifique el alcance de la incapacitación ya establecida, con lo que simultáneamente le está *reconociendo a todos los incapacitados*, con independencia del contenido de la sentencia, una cierta capacidad, y a partir de ahí, será la sentencia de incapacitación el único referente para evaluar la capacidad/responsabilidad del tutelado.

Cfr.- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*, ob, cit, p. 243, que nos explica que rechaza dicha interpretación porque la considera, “a la luz de la escasa calidad técnica del nuevo Código penal (...), demasiado sutil como para pensar que haya sido la deseada por el legislador”.

¹⁴⁹⁹ Vid. Supra, II.3.B del capítulo segundo.

¹⁵⁰⁰ Además es significativo que el término “imputables” contenido en el artículo 118.1 CP aparecía ya en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 26 de septiembre de 1994 remitido al Congreso de los Diputados y permaneció inalterado durante su discusión en la Cámara Baja, así como en las modificaciones introducidas durante su paso por el Senado.

¹⁵⁰¹ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad...*, ob, cit, pp. 16-17

b) Y, en segundo lugar, porque la tesis de que la imputabilidad civil es más amplia que la penal es coherente con nuestra tesis de que, igualmente, la culpa civil es más amplia que la penal en el sentido de que, según hemos mantenido hasta ahora, los factores internos de la personalidad no objetivables, tales como la falta de instrucción, personalidad, cultura, etc., no se han de tener en cuenta, como regla general, a la hora de juzgar la culpabilidad civil, pero sin embargo, hemos visto que sí se tienen en cuenta en la imputabilidad penal.

Finalmente, y tras todo lo expuesto hasta ahora, concluimos dos ideas:

1º) En primer lugar, que lo afirmado hasta ahora no se lo atribuimos, como se ha dicho anteriormente, al virtuosismo del Código penal¹⁵⁰², sino a la amplitud de la fórmula penal y al silencio del Código civil, cuyo artículo 1903.3 CC regula la responsabilidad civil directa de los guardadores legales del incapaz sin recoger la responsabilidad directa de éste.

2º) Y, en segundo lugar, que son criticables la mayoría de los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales, sobre todo los que emanan de los Tribunales civiles, que de modo genérico, y cómodamente, afirman que los incapaces son inimputables civiles, y tienden a resolver el supuesto forzando la responsabilidad civil de otros sujetos por hecho ajeno, como analizaremos en el último epígrafe de este capítulo¹⁵⁰³; al igual que es rechazable que los Tribunales penales en el momento de pronunciarse sobre la responsabilidad civil se limiten a afirmarla o negarla sin más razonamiento, nombrando, por todas, ahora, y sin perjuicio de las

¹⁵⁰² Incluso, creemos que el artículo 118 CC es exponente del abuso de la analogía, en concreto, el aplicar a los incapaces la solución de una problemática de la responsabilidad civil de los menores de edad que nacía de su diferente regulación civil y penal. Pues, es significativo que el artículo 118 CP haya regulado, de modo novedoso, un régimen de solidaridad entre el incapaz no incapacitado y el guardador del incapaz. Y, en efecto, cuando el menor de edad entre los dieciséis y dieciocho años cometía un acto ilícito penal, como era responsable penal lo era civil según el antiguo artículo 19 y el actual 116 CP 1995. Pero como lo normal era que el menor fuera insolvente, la víctima solía demandar, posteriormente, ante la jurisdicción civil a los padres ex artículo 1903.2 CC. Al principio los Tribunales rechazaron dicha pretensión sobre la base de la “excepción de cosa juzgada”, pero la injusticia de dicha situación llevó a que aquéllos, influidos por la doctrina, eliminaran la dificultad procesal alegando que la responsabilidad civil de los padres es una cuestión nueva. Los Jueces y Tribunales empezaron a admitir dichas demandas aplicando el artículo 1903.2 CC, y como éste dispone el carácter directo de la responsabilidad de los padres por el daño causado por sus hijos menores de dieciocho años, se deduce que los padres y los hijos entre los dieciséis y dieciocho años responden solidariamente del daño, ya que ambos responden de modo directo. En consecuencia, vemos que se ha querido aplicar al incapaz la solución del régimen solidario prevista para el menor de edad cuando la problemática de la que nació es diferente.

¹⁵⁰³ Vid. *Infra*, III.2 de este capítulo.

que se verán en el próximo apartado, la STS –sala 2ª- 28.5.1999 (RJA 1999, 3563)¹⁵⁰⁴. De tal modo que es exigible, al igual que exige el Derecho penal en orden a juzgar la imputabilidad penal, el análisis particularizado de la imputabilidad civil en correlación a unos hechos determinados¹⁵⁰⁵; si bien, a contrario que para la imputabilidad penal, no es determinante analizar la imputabilidad respecto al tiempo de realización de la conducta debida¹⁵⁰⁶.

Llegado este punto y para corroborar nuestra tesis de que un inimputable penal puede ser imputable civil consideramos que debemos estudiar de modo más pormenorizado la responsabilidad civil de los incapaces, y para ello hemos dividido su estudio en cuatro grupos de interés al poder subsumirlos, tanto en el presupuesto psiquiátrico penal, como en el presupuesto del artículo 200 CC.

En concreto, va a ser objeto de estudio: las psicosis; las psicopatías; las oligofrenias y trastornos de inteligencia; y la ludopatía como trastorno del control de los impulsos. Si bien, somos conscientes que de tal modo estamos excluyendo de dicho estudio, por un lado, a las neurosis o trastornos por ansiedad como grupo más amplio dentro del que se encuentran los trastornos del control de los impulsos, pues se les juzga, a excepción de este último grupo, como imputables penales y, por tanto, civiles¹⁵⁰⁷, con excepciones tales como la conocida por

¹⁵⁰⁴ Esta sentencia resuelve el caso del delito contra la seguridad del tráfico cometido una persona que conducía un vehículo en el momento en que padecía un trastorno disociativo sobre la base de una personalidad patológica, que le producía una grave limitación de sus facultades cognoscitivas y volitivas. Y el Tribunal, finalmente, corrobora la posición mantenida por la Audiencia de instancia de, por un lado, declararlo autor del delito sobre la base de una eximente incompleta de trastorno mental transitorio, razonando que el acusado conocía que, por su enfermedad, no podía conducir vehículos, haciéndolo a pesar de ello; y, por otro, a la responsabilidad civil solidariamente con la compañía aseguradora del acusado, pero *sin justificar dicha afirmación, ni en precepto alguno, ni en criterio de imputación alguno* (vid. fto jurídico segundo).

¹⁵⁰⁵ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., ob, cit, p. 12, por ejemplo, no sería suficiente determinar que un sujeto tiene 0'70 de CI para declararlo inimputable ya que puede ser que la conducta típica no requiera un CI que de 0'65; de modo que hay que recurrir a elementos estadísticos, a una valoración racional de las circunstancias como su grado de cultura, educación, ambiente, etc. Asimismo, respecto a los trastornos de la voluntad, los impulsos no controlados hay que tener en cuenta que suelen ser mucho más expresivos en el ámbito de los instintos que en la esfera de la inteligencia, de modo que un oligofrénico débil puede ejercer mejor su voluntad para no dejarse arrastrar por otro más inteligente para colaborar en un robo, que para reprimir un instinto sexual en condiciones favorables.

¹⁵⁰⁶ Entendemos que este aspecto encierra mayores dificultades para el análisis de la imputabilidad penal que para la civil, en relación al supuesto de toxicómanos donde de modo genérico puede hablarse de estado, pero no es posible hacerlo puntualmente respecto a un momento preciso donde podría estar bajo el síndrome de abstinencia o necesidad –*Ibidem*, p. 13-.

¹⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 137 y ss. Las neurosis son trastornos mentales que no afectan a las funciones esenciales de la personalidad y cuyo sujeto es “dolorosamente consciente”: las angustias, las obsesiones, las fobias y el histerismo constituyen las principales neurosis. Desde el punto de vista penal se pueden subsumir en la categoría

la STS 13.10.2001¹⁵⁰⁸. Aunque, por justicia y en atención a la escasa capacidad volitiva de estos sujetos el Juez habría de moderar la cuantía indemnizatoria debida ex artículo 3.2 CC. Y, por otro, a los trastornos de la personalidad, como cajón de sastre que afecta a una diversidad de casos con síntomas muy diversos que, por otra parte, es un grupo cada vez más creciente entre nuestra sociedad, como lo demuestra el número significativo de sentencias que existen al respecto. Pero, como la regla general es que nunca se les aplica una eximente completa al no anular el conocimiento y voluntad, entendemos que la regla general va a ser la imputabilidad civil¹⁵⁰⁹; si bien, estudiaremos, dentro de este último grupo y por caracterizarse por su peligrosidad y antisocialidad, al sujeto psicópata.

de “alteraciones psíquicas”, con independencia de que se califiquen de enfermedad clínica o no, pero la mayoría de la doctrina científica exige la distinción de supuestos, que no tienen nada que ver unos con otros, así: la neurosis obsesivo-compulsiva; angustioso-existencial, histérica, fóbica, etc. En conclusión, salvo excepciones las neurosis no influyen en los componentes de la imputabilidad; y así se afirma por los Tribunales que una neurosis obsesivo-compulsiva de base ansiosa importante, por sí sola no justificaría, por ejemplo, una imprudencia temeraria grave; sin embargo, bajo una circunstancia de temor y prisa, el mismo sujeto vería bloqueada su voluntad e induciría a la inimputabilidad; o la neurosis asociado a una personalidad psicopática también conlleva la inimputabilidad penal. Y también, para un estudio de la neurosis, vid. CABRERA FORNEIRO, J., *La enfermedad mental ante la ley*, ed., Libro del año, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, pp. 103-120, que destaca el dato de que el neurótico no delinque fácilmente, y de llegar a hacerlo es más autoagresivo que heteroagresivo.

Y respecto a la jurisprudencia, vid. por todas, de la sala 2ª- STS 21.12.1989 (*RJA* 1989, 921), fto.3º, que afirma que: “en general, la doctrina conceptúa a esta especie de personalidad infectante a la imputabilidad del individuo, que conserva facultades de deliberación y resolución...”; y STS 22.11.1993 (*RJA* 1993, 8654), que aplica la atenuante analógica a un guardia civil (por tanto responsable penal), que estaba dado de baja por neurosis y depresión, por la muerte que ocasionó cuando se creía en el deber de detener a un sujeto (mientras trabajaba para una Empresa dedicada a la instalación de servicios de seguridad); y se pronunció sobre la responsabilidad civil directa de éste y subsidiaria de la Empresa para la que trabajaba (art. 22 CC) basada en el principio de “creación de un riesgo”.

¹⁵⁰⁸ *RJA* 2001, 9467 –sala 2ª-, que acepta el recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia que declara la imputabilidad penal y civil de una persona que sufre un trastorno obsesivo-compulsivo permanente y grave, y no episódico y relativamente aislado (incluso los documentos periciales documentaban intervenciones quirúrgicas cerebrales que no habían tenido éxito para la modificación de su conducta), al valorar que dicho estado le impedía comprender la antijuridicidad del hecho y obrar de acuerdo con dicha comprensión.

¹⁵⁰⁹ Ref. MEDIVILLA VILA., “Imputabilidad y delirio”, inédito, Oviedo, 1998, y GARCÍA GONZÁLEZ, J (coord.), *La Psiquiatría en la España de fin de siglo*, ed., Díez de Santos, Madrid, 1998, en Méjica, J/Fernández Miguélez, A., ob, cit, np. 9, p. 23, que destaca que para el común de los ciudadanos existen formas de conducta que siendo calificadas como propias de locura, pueden no ser lo que en psiquiatría debe entenderse como enfermedad, por ejemplo, trastornos del comportamiento que tendrían más que ver con las psicopatías y trastornos del carácter. Por eso, los médicos de salud mental reciben hoy muchos más pacientes que hace diez años ya que “nos llegan patologías que antes no se expresaban ante los profesionales, como la ansiedad, o los estados asociados a pérdidas, duelos, etc.”. Y, para un análisis extenso de los trastornos de la personalidad y sus implicaciones en la imputabilidad penal, vid. CABRERA FORNEIRO, J., ob, cit, pp. 121-126.

Respecto a la jurisprudencia de la sala 2ª del TS, vid. STS 10.12.1989 (*RJA* 1989, 1532) declara que dentro de las anomalías psíquicas la relevancia que debe darse a los trastornos de la personalidad en el terreno de la imputabilidad penal no puede responder a una regla general. Si bien, ésta se puede situar en la aplicación de la atenuante analógica -STS 6.3.1989 (*RJA* 1989, 2491) y 5.11.1997 (*RJA* 1997, 8115)-; o en los supuestos más graves o en los que dicho trastorno está relacionado con el hecho delictivo se aprecia la eximente incompleta, como en la STS 14.4.2001 (*RJA* 2001, 10313), que trata de un trastorno de la personalidad, en concreto, de la

Una vez definido el ámbito de estudio, y en orden a su exposición, hemos entendido necesario un breve diálogo entre el jurista y el psiquiatra, pero sólo en la medida en que lo hemos considerado necesario para un análisis crítico de la cuestión, y a nivel de información, siendo conscientes de que, a pesar de que éste tiene por misión curar, y aquél ser un instrumento al servicio del libre desarrollo de la personalidad y preservar la dignidad del hombre, ambos tienen por objetivo común la mejor calidad de vida de estas personas¹⁵¹⁰.

b') Su aplicación a algunos supuestos particulares: psicosis –psicopatías –oligofrenias-demencial senal y ludopatías.

1º) La *psicosis*, como paradigma de la enfermedad psíquica comprende, en términos generales, tres variedades: la psicosis esquizofrénica, la psicosis maníaco-depresiva, y las psicosis paranoide.

En primer lugar, entendemos que no habría problemas en afirmar la inimputabilidad penal y, también, civil de la persona que sufre una *psicosis esquizofrénica* que comete el hecho dañoso en fase activa o de estado, pues la conducta de estos sujetos además de absurda e incomprensible, es imprevista y desproporcionada a causa de estar afectada, como se ha dicho anteriormente, en su *yoidad*¹⁵¹¹. Ahora bien, en estos casos los Tribunales, en aplicación

afectividad de tipo hipomaniaco de una mujer viuda de 65 años sin antecedentes penales de lo que se aprovechó otro sujeto para cometer el delito de tráfico de drogas, pues dicha anomalía, aunque no le impedía percibir la prohibición, disminuía notoriamente la motivación normativa, debido a la hipersugestibilidad y carencia de autocritica que la enfermedad determinaba (fto.6º); y, por el contrario, en los menos graves se les declaran imputables penales y civiles –vid. SSTS –sala 2ª-16.1.1987 (RJA 1987, 388); STS 13.11.1992 (RJA 1992, 9650); 2.10.2000 (RJA 2000, 8720); STS 11.6.2002 (RJA 2002, 6924); STS 20.3.2002 (RJA 2002, 4935); STS 7.6. 2002 (RJA 2002, 5353).

¹⁵¹⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, J., “Incapaces psíquicos”, en *Tratamiento jurídico de las personas con disminución psíquica*, FGE, ob, cit.

¹⁵¹¹ Para una profundización de la Psicosis esquizofrénica, vid. VVAA., *La esquizofrenia: Información para familiares*, ed., S.A.S, F.A.I.S.E.M, y la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1996, pp. 10-15, que advierte que 1 de cada 100 personas la sufre a lo largo de su vida y se manifiesta por primera vez en personas jóvenes alrededor de los 20 años, y es normalmente una enfermedad mental de larga duración, es decir, crónica, en la que de vez en cuando ocurren recaídas, llamadas brotes, de los que la inmensa mayoría se recupera, aunque la recaída puede ocurrir unas semanas después o años después. En estos brotes sucesivos pueden aparecer nuevas conductas extrañas, aunque, por lo general, el mismo tipo de alteraciones de un brote repite en los siguientes. Sus síntomas en general, ya que cada persona es afectada por la enfermedad de un modo diferente, son: alteraciones de pensamiento o pensamiento confuso (delirio); las alucinaciones y como resultado de eso oye, y a veces ve o huele cosas que no están en el mundo real; alteración de los sentimientos o la capacidad de sentir la emoción adecuadamente en el momento adecuado; los problemas de sueño y la posibilidad de perder hábitos higiénicos; y la disminución de la capacidad para mantener relaciones sociales o emprender actividades. En definitiva, en la

automática del antiguo artículo 20.2 CP 1973 y el actual 118.1 CP, se limitan a declarar la responsabilidad civil del inimputable e irresponsable penal, sin justificar dicho pronunciamiento¹⁵¹².

Pero, frente al supuesto anterior, entendemos que se podría poner en tela de juicio la afirmación automática de la inimputabilidad civil de un sujeto esquizofrénico que comete el acto dañoso en fase de compensación o lucidez, en las conocidas esquizofrenias residuales o cíclicas¹⁵¹³, que se caracterizan por evolucionar a brotes y con períodos intercríticos y afectar a la mayoría de las personas que sufren psicosis esquizofrénica¹⁵¹⁴. Pues no podemos ignorar que esta enfermedad afecta de grado diverso a la persona y, según datos estadísticos, un 25% evoluciona hacia el deterioro progresivo o grave, otro 25% hacia la remisión de la enfermedad tras un primer brote, y un 50% se distingue por una serie continua de fluctuaciones, de cambios pequeños o grandes, que varían según el nivel de funcionamiento y el grado en el que los síntomas se manifiestan a los demás¹⁵¹⁵. Por consiguiente, aunque se afirme en la mayoría

psicosis esquizofrénica, si bien el sujeto puede conservar intacta su inteligencia, memoria, afectos, sentimientos, gustos, aficiones, etc., comportándose con aparente normalidad en ocasiones, sin embargo, no puede hacer uso de estas facultades, porque hay otras funciones psíquicas que no reconoce como suyas porque las atribuye a fenómenos extraños a su persona, originándose así una disociación en las vivencias internas que constituye la verdadera esencia de esta enfermedad. Si bien, hay diversas manifestaciones: esquizofrenia paranoide, hebefrénica (alteraciones de humor, tendencia a la soledad, irritabilidad), catatónica (rigideces, posturas fijas), o la simple o heboïdofrenia (apatía progresiva, disminución de la espontaneidad y de la actividad, falta de interés, etc).

¹⁵¹² Así, en las SSTS 8.6.1990 (RJA 1990, 5247); 2.6.1992 (RJA 1992, 4756); 22.1.1993 (RJA 1993, 299); 29.10.1993 (RJA 1993, 7987); 9.12.1993 (RJA 1993, 9761) 18.7.2002 (RJA 2002, 7775); y STS 17.4.2002 (RJA 2002, 4268), aunque en este caso aplicó una eximente incompleta a un enfermo con una patología completa, pues aunque tenía un componente psicótico fuerte le acompañaba una neurosis, personalidad borderline y como consecuencia no había superado una alcoholofilia.

¹⁵¹³ Desde un punto de vista psiquiátrico y para un concepto de la esquizofrenia residual, vid. VVAA., *La esquizofrenia: Información para familiares*, ob, cit, p. 15, que nos explica que hay personas que sólo sufren un brote esquizofrénico, luego se recuperan y no vuelven a sufrir otro; no obstante, después de dicho brote el sujeto ha cambiado, es lo que se conoce como “Síntomas Residuales o Negativos” (que es el resultado de una mezcla de factores: los medicamentos, la propia enfermedad, e incluso los esfuerzos de la propia persona por evitar encontrarse mal y enfermo de nuevo, desinteresándose de los problemas para evitar que le afecten y se ponga nervioso). Lo habitual es que con el paso del tiempo predominen los síntomas residuales.

¹⁵¹⁴ DUEÑAS ABRIL, C., “La declaración de incapacidad por enfermedad mental. Las dificultades de una valoración. Las confusiones de un lenguaje. Algunas hipótesis sobre las repercusiones”, ob, cit, p. 58; y GARCÍA-RIPOLL MONTUJANO, M., ob, cit, en el año 2000 fija alrededor de los 200.000 las personas con enfermedades cíclicas –principalmente esquizofrénicas.-.

¹⁵¹⁵ VVAA., “Previsiones de futuro del enfermo mental”, en *II Jornadas FANAES (Federación Andaluza de Allegados de Esquizofrénicos)*, Jerez, Noviembre, 1995, p. 9; y VVAA., *La esquizofrenia: Información para familiares*, ob, cit, p. 38, según Manfred Bleuer contando con 20 años de experiencia con esquizofrénicos: “...a los 10 años o más de contraída la enfermedad, la mitad o los tres cuartos de los esquizofrénicos llegan a un estado de estabilidad razonable que dura muchos años; sin embargo, se dan toda

de los casos la inimputabilidad o semimputabilidad penal del sujeto con esquizofrenia residual, porque los actos que realizan quedan contaminados siempre de una cierta patología a pesar de que tienen una mínima o nula absurdidad y suelen ser comprensibles¹⁵¹⁶, entendemos que podrían ser imputables civiles si tuvieran esa mínima de capacidad que les hace distinguir lo que es socialmente dañar a otro. De modo que el Juez habría que analizar si dicho sujeto posee dicha capacidad, no planteándole ningún problema los casos en que se afirme la inimputabilidad penal de estos sujetos, pues ésta implica la civil, como se desprende del caso resuelto en la STS (sala penal) 21.2.2002 (RJA 2002,3185) que declaró imputable penal y civil a un sujeto con esquizofrenia paranoica residual, pues no se acreditó la anulación completa de la conciencia y libertad en el momento de comisión del delito de transporte de droga.

Dentro, aún, del grupo de las psicosis, y dando paso a los sujetos que padecen *Psicosis maniaco-depresiva* se afirma que no se puede generalizar su inimputabilidad penal de modo genérico, sino que hay que atender a la fase en la que se encuentra, y al tratamiento psicofarmacológico que se usa en esta enfermedad, pues suele responder de forma más favorable que otras psicosis a los tratamientos¹⁵¹⁷. Sin embargo, respecto a la inimputabilidad civil entendemos que habría que tener en cuenta, en coherencia con el concepto de culpa civil *in potentia* o negligencia *in causa*, la negligencia o no del sujeto en la medicación o ausencia de la misma en un momento anterior al acto dañoso y lúcido, para lo que habría que analizar la imprevisibilidad o no del cambio de fase.

clase de pequeños cambios aún en esos estados"; CASINO, G., "Nuevas piezas del puzzle de la esquizofrenia", <http://www.elpais/salud>, 27 de marzo de 2001.

¹⁵¹⁶ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad...*, ob, cit, p. 106-. Y respecto a la jurisprudencia vid. STS 8.2.1990 (RJA 1990, 1301), que afirma que la esquizofrenia suele tener un curso progresivo en forma de brotes con remisiones terapéuticas,...pero éstas no son nunca totales, quedando un residuo patológico llamado defecto esquizofrénico que se va acentuando después de cada brote. Por eso en este caso aunque el demandado cometió el hecho delictivo durante la fase de remisión no se puede descartar una influencia de la enfermedad, apreciable en la imputabilidad penal, y por tanto aplicar la atenuante analógica. En definitiva, el enfermo esquizofrénico nunca recupera totalmente el dominio de su personalidad.

¹⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 110, que nos explica del caso del paciente que se automedica o no sigue las pautas terapéuticas del psiquiatra, produciéndose interacciones medicamentosas o incluso contraindicaciones en función de la fase del proceso (depresivo-maniaco). Hay veces que en fases depresivas profundas y de larga duración se han prescrito tratamientos tendentes a aumentar el tono vital; si en esa situación apareciese una fase maniaca importante sería preceptivo un cambio urgente de medicación. También, PONS BERTRAN, R., ob, cit, p.474; y CABRERA FORNEIRO, J./ FUERTES ROCAÑIN, JC., ob, cit, pp. 155-169, que destaca que en los períodos intercríticos no habría razón en principio para restringir la imputabilidad, aunque algunos autores recomiendan la semiimputabilidad. Y ref. SSTs 24.5.1991, 19.11.1992; así como las Sentencias núm. 2313/93, de 20 de octubre, y núm.36/95, de 22 de enero de 1996, en MÉJICA, J./ FERNÁNDEZ MIGUÉLEZ, A., ob, cit, p. 124.

Y, como último subgrupo dentro de la psicosis, respecto a la imputabilidad penal y civil de los sujetos que sufren *Psicosis paranoica* hay que tener en cuenta que son individuos que pueden llevar una vida de relación socio-familiar normal y, por tanto, ser responsables penales y civiles de la mayor parte de sus actos, y que sólo son inimputables penales y civiles respecto a aquellos actos que implican su núcleo delirante. Pues recordemos que los psiquiatras califican a este grupo como el más peligroso entre los psicóticos y el resto de los sujetos que sufren alteraciones psíquicas; y de tal modo se desprende del hecho de que la mayoría de las sentencias se solicite la medida del internamiento¹⁵¹⁸.

De todos modos, es curioso, al igual que ocurre con los supuestos de esquizofrenia, que las sentencias que resuelven que el sujeto paranoico es inimputable o semimputable penal declaran, de modo inmediato, su responsabilidad civil, *ex* artículo 20 CP 1973 o del actual 118.1 CP, pero sin justificar su pronunciamiento y preocupándose, únicamente, por aludir a la solvencia o no del acusado. Así, y nombrando por todas, la STS (sala 2ª) 20.2.2002 (RJA 2002, 3360), que declaró inimputable penal a un sujeto con acentuada personalidad paranoide y primaria, de fuerte substrato emocional, que en situaciones adversas provoca reacciones de manera violenta, y que anularon su capacidad volitiva y cognitiva en el momento de producirse los hechos; pero, finalmente, se declaró su responsabilidad civil sin justificar el criterio de imputación, tan sólo se declaró la solvencia del acusado, y sin conocer de la posible responsabilidad civil de los guardadores del incapaz. Más allá, esta técnica va a ser una constante en todas las sentencias penales¹⁵¹⁹, pues, de las sentencias estudiadas solamente hemos encontrado una, la STS de 26.9.1994 (RJA 1994, 7193), en la que el Tribunal Supremo

¹⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 113; y PONS BERTRAN, R., ob, cit, p. 475, que describe a estos sujetos, que fácilmente pueden pasar por normales para los profanos, como comprometedores para el psiquiatra, pues cuando es ingresado en un centro psiquiátrico es constante la reivindicación y recurren a la denuncia por secuestro; incluso su ingreso en un Psiquiátrico corriente no supone una seguridad muy grande pues se suelen fugar tarde o temprano tomando represalias contra los que creen que les han perjudicado. Además, están dotados de gran capacidad de proselitismo y pueden envolver en su actividad delirante a otras personas o incluso movilizar la opinión pública a su favor; y CABRERA FORNEIRO, J./ FUERTES ROCAÑIN, JC., ob, cit, pp. 151-152, que destaca que siempre que no se toca su temática delirante el paranoide responde con corrección y discreción, es un buen trabajador, amante padre de sus hijos, etc., pero respecto a su núcleo delirante, el enfermo tiene necesidad de hacer lo que hace, sabe que es un deber social no hacerlo, pero por encima de éste existe otro más alto y más poderoso, que no es otro que el que guía su acción.

Vid, entre otras, STS 6.6.1990 (RJA 1990, 5147); STS 30.11.1996 (RJA 1996, 9772); STS 21.2.2002 (RJA 2002, 3185), que afirma que la esquizofrenia paranoide continua provoca una anulación completa de la conciencia y libertad “en su fase delirante”, pero no afirma que así ocurriera en el caso enjuiciado, que al final se le aplicó una eximente incompleta; STS 3.5.1995 (RJA 1995, 3899). Vemos como punto en común que en la mayoría de los casos se decreta su internamiento como reflejo de su mayor peligrosidad.

casa la sentencia que declaró responsables civiles directos a unos padres por los daños derivados del delito de homicidio cometido por su hijo que sufría psicosis esquizofrénica paranoide; si bien, lo motivó en una cuestión de orden procesal, su indefensión al no haber sido parte en el proceso, ni, por tanto, oídos. Por lo tanto, desde ahora, nos cuestionamos si en el supuesto anterior, conforme a los términos literales del antiguo artículo 20 CP 1973, ¿se podrían haber demandado a los padres como guardadores de hecho de sus hijos sobre la base de una interpretación extensiva del término “guardador legal” que aparecía expresamente en dicho precepto?. Sabemos que, aunque en la actualidad el problema planteado no tendría sentido en aras de que el artículo 118.1 CP incluye a los guardadores de hecho como responsables civiles directos siempre que hubiera culpa o negligencia en su conducta, la cuestión es que, en la actualidad y vigente el nuevo artículo 118 CP 1995, nadie demanda, cuando de un delito se trata, a los guardadores del incapaz, como analizaremos más adelante.

IIº) Una vez expuesto el primer grupo, y en segundo lugar, respecto a los sujetos con *psicopatías*, o desórdenes de la personalidad más allá de los límites razonables, y prevaleciendo una desviación hacia lo negativo, lo nocivo y antisocial, y aunque el nuevo Código penal de 1995 no las descarte entre los trastornos mentales y del comportamiento, parece ser doctrina y jurisprudencia pacífica que éstos son personas normales a los efectos de su imputabilidad penal, pues no tienen limitadas sus facultades intelectivas, volitivas, de conciencia y de gobernabilidad del yo, de tal modo que la cuestión de su imputabilidad penal y civil parece clara¹⁵²⁰. No obstante, entendemos que otro problema sería el de las medidas

¹⁵¹⁹ STS 17.4.2002 (RJA 2002, 4268).

¹⁵²⁰ Que caracterizan al enfermo que, sin padecer una lesión orgánica del cerebro, son inestables e inadaptables, inhibidos o superactivos, o inmaduros en sus reacciones. –vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L./ÁLBACAR LÓPEZ, J.L., *Código penal, comentario y Jurisprudencia*, ed., Comares, 1990, que clasifican a las psicopatías en: depresivos, hipertímicos, lábiles, de ánimo frío o sujetos carentes de vergüenza, honor, compasión, respeto hacia los demás; explosivos; inseguros de sí mismos; fanáticos; flotímicos; abúlicos; asténicos y sexuales. Últimamente, en la STS 17.2.1993 se ha destacado la transcendencia jurídico-penal de las psicopatías, pues la OMS las considera auténticas enfermedades mentales; y en sentido semejante en la SAP de Baleares de 2.6.1997 se pone de manifiesto que las psicopatías se han reconocido como enfermedad mental por la Asociación de Psiquiatría Americana (APA) en su última edición, la DSM-III-R o las clasificaciones aceptadas por la DMS, en la ICD-9. Y también, vid, CABRERA FORNEIRO, J., ob, cit, pp. 126-130 que destaca que, respecto a la imputabilidad el tema ha sido muy debatido ya que, en sentido estrictamente jurídico-psiquiátrico, estas personalidades tienen conocimiento de la Ley y voluntad clara de infringirla, y se les declara imputables penales y civiles; sin embargo, en la actualidad se defiende que su voluntad puede encontrarse viciada por la incapacidad de sentir, y por ello se han creado fórmulas de semimputabilidad o la atenuante analógica.

Y respecto a la jurisprudencia española, vid. STS 6.2.1982 (RJA 1982, 630) STS 16.3.1988 (RJA 1988, 2032); STS 16.7.1990 (RJA 1990, 6716); 24.9.1991 (RJA 1991, 6563), de cuya doctrina legal se desprende que

legales tendentes a hacer frente a este colectivo calificado de alta peligrosidad social¹⁵²¹; en otras palabras, el que se afirme la imputabilidad y responsabilidad civil de estos sujetos no eliminaría la conveniencia y justicia, dentro de la filosofía a la que sirven los mecanismos colectivos de indemnización, de que un Fondo de garantía atendiera a las víctimas en caso de su insolvencia, como justificaremos en el siguiente apartado.

IIIª) Un tercer grupo lo forman los sujetos que padecen *oligofrenia*, como grupo más claramente susceptible de incapacitación, pues tener limitado el intelecto no implica solamente la falta de entendimiento sobre el acto en sí, finalidad e ilicitud, sino un empobrecimiento generalizado de la esfera psíquica que hace percibir el mundo con unas peculiaridades que van mucho más allá del “no entender”, pudiendo calificarse de la “falta de autodefensa del deficiente psíquico” en cuanto a su falta de adaptación a la situación conflictiva en que se encuentra. En otras palabras, la oligofrenia se caracteriza por manifestarse, antes de los dieciocho años, un retraso o fracaso en el aprendizaje, generalmente infantilizado, y por presentar incapacidades estables y medibles que se han de determinar a través de la definición de la Asociación Americana sobre Retraso Mental en 1992, que constituyó un cambio muy importante en el paradigma de los modelos de atención a personas con discapacidad¹⁵²².

las psicopatías sólo llegan a ser causas atenuatorias de la responsabilidad si son graves y guardan relación influyente con la acción delictiva; y más recientemente, la STS 21.6.2001 (RJA 2001, 7146), que otorga a un caso de psicopatía originada por un traumatismo craneal una atenuante analógica, declarándole responsable civil; y la SAP de Baleares de 2.6.1997 (ARP 1997, 793), que define a las personalidades psicopáticas como: pobreza general de reacciones afectivas, incapacidad de aprender por la experiencia, impulsividad incontrolada, desprecio por la verdad, falta de autocrítica, desproporción entre estímulos y respuestas, falta de armonía entre los elementos de su personalidad y dificultad de adaptación social. De ahí la potencial peligrosidad de estas personalidades.

¹⁵²¹ CABRERA FORNEIRO, J., ob, cit, p. 129, que destaca que la peligrosidad social de las personalidades psicopáticas es muy elevada ya que, precisamente, es su conducta antisocial la que caracteriza el cuadro clínico. De modo que dentro de una frecuencia relativa del 28,7% de los trastornos psíquicos como causa de criminalidad en los delitos de sangre, los más frecuentes eran los psicópatas hipertímicos (especialmente cuando ingieren alcohol), psicópatas paranoides, y psicópatas explosivos.

¹⁵²² ÁLVAREZ, N./ CARRIL, J.M.A./ FARALDO, P., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.a Seoane), ob, cit, p. 61; GONZÁLEZ YAGÜE, A., “La Deficiencia mental en la Historia – La nueva definición de retraso mental”, en *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental*. Curso 1995-96. Deficiencia, Enfermedad Mental y Senilidad: Mecanismos Legales de Protección, pp 34-35. El “Retraso Mental hace referencia a limitaciones sustanciales en el funcionamiento actual. Se caracteriza por un funcionamiento intelectual significativamente inferior a la media, que generalmente coexiste junto a limitaciones en dos o más de las siguientes áreas de habilidades de adaptación: comunicación, autocuidado, vida en el hogar, habilidades sociales, utilización de la comunidad, autodirección, salud y seguridad, habilidades académicas funcionales, tiempo libre y trabajo Y, a partir de tal definición se admite hoy en día, de modo pacífico, en primer lugar, que en el diagnóstico de una deficiencia mental siempre va

Y respecto a su imputabilidad o inimputabilidad, además de remitirnos a lo veremos en el siguiente epígrafe acerca del diferente tratamiento jurídico de los deficientes graves, moderados y leves¹⁵²³, hay que poner de manifiesto que los casos más problemáticos y propensos a causar daños son aquéllos que junto a la oligofrenia les acompaña un trastorno grave del comportamiento que tiene como manifestaciones más comunes la agresividad, autoagresividad, conductas disociales, delincuencia, etc.,¹⁵²⁴. Pero en estos casos habría que diferenciar, entonces, por un lado, al grupo de los deficientes graves que suelen relacionarse con otros handicaps sensoriales como la sordera, ceguera, discapacidades motoras graves, autismo, etc., calificados, como regla general, de inimputables penales y civiles. Y, por otro, al grupo de deficientes psíquicos medios o ligeros en que las manifestaciones de los trastornos de conducta, desde un punto de vista psicológico son a veces intencionales, como la destrucción de objetos, heteroagresivas, conductas no colaboradoras, conducta social ofensiva, etc.,¹⁵²⁵ de modo que, aunque no se les llegue a calificar de imputables penales, si podríamos calificarlos de imputables civiles, pues aunque no sean capaces de entender ni de querer todas las consecuencias morales del acto sí saben y quieren, de modo inmediato, lo que hacen. Y, en segundo lugar, también es problemático entre el 20 y 35% de deficientes psíquicos que presentan un diagnóstico dual, sobre todo durante la infancia, como el autismo,

a ser necesario un enfoque multidimensional, restando importancia al criterio de coeficiente intelectual como elemento para determinar el grado de discapacidad, pudiendo reducirse aquél a persona con retraso mental que necesita apoyos limitados en habilidades de comunicación y laborales. En segundo lugar a que también obliga a realizar un análisis sobre la situación actual del individuo y una previsión de su evolución junto con el de su entorno actual y aquéllos donde mejor se desarrollen sus potencialidades. Y, por último revela la importancia de las nociones de autonomía y oportunidad, sentado el innegable valor que tiene la elección personal y el confiar en las posibilidades de crecimiento y desarrollo del individuo. En definitiva, el retraso mental deja de ser una definición estática y se convierte en dinámica, admitiendo la posibilidad de remisión del diagnóstico; e implica, por un lado, que la prestación de servicios se oriente al desarrollo personal con la debida oferta de servicios continuados y variados para atender a las peculiaridades de cada individuo y con proyección hacia la comunidad; y, por otro la necesidad de coordinar los servicios, debiendo facilitar el acceso tanto a los servicios generales como a los especiales, cuando se requiera; por ejemplo, empleo integrado, apoyos de respiro a la familia, viviendas asistidas, etc.

¹⁵²³ Vid. *Infra*, II.2.B.c.c'.a'' de este capítulo.

¹⁵²⁴ RODRIGUEZ SACRISTÁN, J., "Trastornos de conducta en personas con minusvalía psíquica", en *Revista de la fundación TAU*, nº.6, febrero, 1998, pp. 20-23. Entre los factores que intervienen en estos trastornos están los predisponentes: la vulnerabilidad biológica y las características de la personalidad; las primeras experiencias afectivas y vinculantes, y las influencias socioculturales; los precipitantes como los acontecimientos del estrés, y los cronificadores, como el temperamento, la ansiedad, las influencias familiares, etc.

¹⁵²⁵ Ref. ARIAS MARTÍNEZ, B., "Evaluación de las alteraciones del comportamiento infantil", en Verdugo Alonso, MA, *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, ed., Siglo XXI, 1995, en Morente Castañeda, P/Villanueva Martos, C., "Intervención sobre trastornos de conducta en personas con retraso mental. Aspectos prácticos", Centro Asistencial S. Juan de Dios, inédito, p. 12, y la

la psicosis desintegrativa, esquizofrenia infantil, etc¹⁵²⁶, que serían, si de infantes se trata, inimputables penales y civiles.

Por último, hay que distinguir, dentro del grupo de las oligofrencias, el caso de las personas *border-line* cuyo nivel de inteligencia se sitúa entre la normalidad y el retraso mental leve, que no se califica por la doctrina penal de patología mental, de modo que se les declara como línea general imputables penales y, por tanto, civiles¹⁵²⁷.

IVº) Y, junto con la oligofrenia, la *demencia senil* es el cuarto grupo de incapacidad más susceptible de incapacitación, pues se caracteriza por un deterioro de las funciones intelectuales y cambios en la personalidad y conducta de la persona que lo padece, esto es, se trata de trastornos que evolucionan con intensidad y exacerbación progresivas, al igual que las parálisis generales progresivas¹⁵²⁸. En consecuencia, para el análisis de su imputabilidad civil habría que tener en cuenta que en el comienzo de la enfermedad, calificado médicamente de “período médico-legal”, los síntomas son menos intensos y se manifiestan por un simple cambio caracteriológico, y en consecuencia el sujeto, aunque no presenta capacidad de juicio para estimar las consecuencias lejanas de sus actos, sí tiene el nivel suficiente para coordinar una acción inmediata y saber lo que hace. De tal modo que podemos concluir que en el inicio de la enfermedad estas personas suelen ser imputables civiles, que es el momento en que curiosamente son más propensas a causar daños, porque el cambio caracteriológico típico del

finalidad de dichos actos son: conseguir demandas, expresar emociones como ansiedad, temor, preocupación, resolver conflictos interindividuales, y comunicar frustración.

¹⁵²⁶ Y ref. RODRÍGUEZ SACRISTÁN, J., “Problemática del doble diagnóstico”, *II Congreso Nacional sobre Deficiencia Mental, Santiago de Chile*, y “Los rasgos propios del enfermar psíquico en la infancia”, cap 3, pp. 65-78, en *Psicopatología del niño y del adolescente*, ed., Universidad de Sevilla, t. I, 1995, Sevilla, en Callero Andaluz, R., “Trastornos comportamentales en la deficiencia mental”, Universidad de Sevilla, inédito.

¹⁵²⁷ PONS BERTRÁN, R., ob, cit, p. 473, que destaca que entre estos sujetos se reclutan numerosos delincuentes habituales, los cuales se caracterizan por mostrar una inteligencia que *permite conocer y estimar los valores materiales del medio, pero ésta no es suficientemente capaz de conseguir hacer suya la satisfacción, por esta razón tienden a la satisfacción inmediata de los apetitos, falta continuidad en sus propósitos y objetivos e incapacidad de prever las repercusiones que a largo plazo involucrarán sus actos*.

En tal sentido, vid. STS 12.3.1999 (RJA 1999, 2101), que define a las personas “border-line” –al borde de la línea- incidiendo en que es una expresión acuñada en el campo de la medicina psiquiátrica con el que se designa a aquellas personas cuyo coeficiente intelectual se encuentra en la frontera de la normalidad, tratándose en general de individuos que adolecen de cierto y relativo retraso, frecuentemente no más severo que la torpeza mental, pero de los que no puede predicarse como norma un déficit de inteligencia que les impida conocer y valorar sus actos y las repercusiones y consecuencias de éstos; y también, STS 15.2.2002 (RJA 2002\3578), fto dº. 2º; y SAP Tarragona 5.12.1994 (ARP 1994, 571) y SAP de Sevilla de 4.3.2001 (ARP 1996, 1292).

¹⁵²⁸ PONS BERTRÁN, R., ob, cit, p. 473.

inicio de la enfermedad senil se manifiesta por irritabilidad, vehemencia, rencor e intemperancia. Y, sin embargo, cuando la enfermedad avanza es cuando se evidencia su inimputabilidad penal y civil pues se produce una pérdida total de las facultades mentales, y es cuando se puede afirmar que el sujeto es completamente inofensivo¹⁵²⁹. Un caso paradigmático dentro de la demencia senil es el sujeto que sufre *Alzheimer* como enfermedad que en pocos años produce una situación de total dependencia del entorno familiar. Si bien, respecto a su imputabilidad civil creemos que hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista psiquiátrico, estos enfermos pierden la capacidad cognitiva y se desconocen a sí mismos pero, en ningún momento la emocional, de modo que creemos que es una enfermedad que provoca la inimputabilidad civil, ya que recordemos que en la imputabilidad lo determinante es el elemento valorativo o capacidad de discernir. Por otra parte, los psiquiatras advierten que es la misma sociedad la que contribuye al empeoramiento de la enfermedad al no respetar dichos referentes emocionales¹⁵³⁰.

Vº) Y, por último, respecto a los sujetos que sufren *ludopatía* como *trastornos del hábito y del control de los impulsos*¹⁵³¹, de modo tradicional se les consideraba imputables penales durante el síndrome de abstinencia, al no tener una falta de libertad anterior para solicitar o aceptar medidas de rehabilitación y estar, por tanto, en mejores condiciones de solicitar ayuda y poner los medios necesarios para curar la adicción¹⁵³². No obstante, en la

¹⁵²⁹ *Ibidem*, p. 473.

¹⁵³⁰ Vid., *Alzheimer Global*, Universidad de Navarra, Boletín nº.1, jueves, 6 de noviembre de 1997, que recoge información acerca de la Conferencia Nacional de Alzheimer en Pamplona del 6 al 9 de noviembre Y ref. RODRÍGUEZ SACRISTÁN, J., “Problemática del doble diagnóstico”, *II Congreso Nacional sobre Deficiencia Mental, Santiago de Chile*, y “Los rasgos propios del enfermar psíquico en la infancia”, cap 3, pp. 65-78, en *Psicopatología del niño y del adolescente*, ed., Universidad de Sevilla, t. I, 1995, Sevilla, en Callero Andaluz, R., “Trastornos comportamentales en la deficiencia mental”, Universidad de Sevilla, inédito. de 1997, y que define el Alzheimer como una enfermedad de origen cerebral, progresiva e irreparable, que afecta a la memoria, la capacidad de juicio y el lenguaje, e impide identificar objetos, personas o realizar actividades sencillas y cotidianas. Y según el estudio recogido en el Libro blanco del deterioro cognitivo en el envejecimiento y demencia en España la cifra de personas que sufren esta enfermedad es de 400.000, si bien los médicos calculan que existe una cifra oculta de pacientes no atendidos por el sistema sanitario. Se resalta, de igual modo, que los medicamentos que retrasan sus efectos son de aparición relativamente reciente en el Mercado, pero que lo verdaderamente importante es una labor de concienciación de dicha realidad y de propugnar el valor de los sentimientos, y se debe empezar desde los niños, que estos también convivan con el enfermo. Sólo así aumentará el conocimiento y podrá mejorar la salud colectiva. En este sentido, el Reino Unido, EEUU y Canadá tiene una mayor experiencia pues fueron los primeros países que se integraron en el ADI (*Alzheimer's Disease International*), y que atiende al enfermo a través de un equipo multidisciplinar que coordina el médico general.

¹⁵³¹ CABRERA FORNEIRO, J., ob, cit, p. 243, junto con la cleptomanía y la piromanía, el juego patológico es un fracaso crónico y progresivo para resistir los impulsos a jugar.

¹⁵³² GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad...*, ob, cit, p. 156.

actualidad, y sobre la base del nuevo concepto de imputabilidad penal, hay una tendencia a considerarle inimputable penal en razón de que detrás de estos trastornos existe una perturbación severa del control volitivo, condición ésta de la imputabilidad¹⁵³³. Sin embargo, entendemos, que al igual que respecto a las toxicomanías (como veremos más adelante en profundidad, y a ello nos remitimos)¹⁵³⁴, por la teoría de la negligencia *in causa* se podría afirmar la culpabilidad civil de estos sujetos, aunque no fueran imputables civiles en el momento de cometer el acto ilícito, si bien, con la posibilidad de aplicar el artículo 1103 CC para moderar la cuantía indemnizatoria atendiendo a su imputabilidad disminuida.

Finalmente, y desde una visión práctica del tema, es curioso el dato puesto de manifiesto por el Defensor del Pueblo andaluz en 1997 de que, con demasiada frecuencia, conforme al CP 1973 la propia enfermedad psíquica grave pasaba desapercibida en el proceso penal y no se contemplaba como causa de inimputabilidad penal, ni por tanto civil, lo que obedecía a razones tales como, los escasos recursos económicos del enfermo psíquico y la defensa de su caso por un abogado de oficio; y, sobre todo, porque la medida de internamiento era “*sine die*”, de modo que la invocación de la enfermedad sólo era recomendable en el caso de delitos mayores. Y la consecuencia de esta situación es la presencia de un número significativo de enfermos psíquicos en Centros penitenciarios comunes, y sobre todo, en las enfermerías de los centros, que al no estar preparadas para su asistencia experimentan conflictos y alteraciones emocionales y convivenciales entre ellos, provocando daños materiales y personales. No obstante, este último inconveniente parece haberse superado con la redacción del artículo 101 CP 1995 que establece que “el

Respecto a la jurisprudencia, vid. por todas, STS 29.4.1991 (RJA 1991, 2986), fto 2º afirma que según la Asociación Americana de Psiquiatría en su Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM III-R), en 1980 objetiviza el “juego patológico” o compulsivo y lo incluye dentro de los trastornos de control de los impulsos no clasificados en otros apartados. Y respecto a la imputabilidad penal se le aplica, como máximo la atenuante analógica, al igual que a la drogadicción, pues aunque no esté afectado el intelecto, en este caso por la personalidad inmadura del demandado unido a la ludopatía influyó en su capacidad para controlar sus impulsos. Y como en este caso el acusado trabajaba en la Magistratura de Trabajo de Pamplona, se declaró responsable civil subsidiario al Estado respecto a la principal del acusado derivada del delito de malversación de fondos públicos.

¹⁵³³ CABRERA FORNEIRO, J., ob, cit, p. 247.

Vid, entre otras, STS 25.2.2001 (RJA 2001, 2315), que aplica una atenuante simple; y STS 20.10.2001 (RJA 2001, 9759).

¹⁵³⁴ Vid. Infra, II.2.B. c’.b’’ de este capítulo

internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad”¹⁵³⁵.

Recapitulando, de los datos expuestos a lo largo de este epígrafe deducimos dos ideas de interés:

1ª) Por un lado, que los Tribunales penales analizan, en la actualidad y en orden a juzgar la culpabilidad y la imputabilidad penal del acusado, todas las circunstancias del caso en particular, de modo, que nos encontramos con bastantes sentencias en las que a pesar de estar ante un enfermo o deficiente psíquico se resuelve que es imputable o semiimputable penal y, por tanto, civil; sobre todo el colectivo de esquizofrénicos cíclicos, los oligofrénicos moderados, los psicópatas, etc.,. De modo que, ¿cómo es posible que los Tribunales civiles obvien toda posibilidad acerca de la imputabilidad civil de un deficiente o enfermo psíquico en orden a declarar su responsabilidad civil?.

2ª)Y, por otro, que en la totalidad de las sentencias en las que se declara la inimputabilidad penal de un enfermo o deficiente psíquico se afirma su responsabilidad civil sin justificar su pronunciamiento, y sólo declaran su solvencia, lo cual, aunque no cuestiona la validez de nuestra teoría de que un inimputable penal puede ser imputable civil, lo entendemos como índice del prejuicio de la jurisprudencia española de entender que todo inimputable penal lo es civil, y, por tanto, de que ésta interpreta, de modo cómodo, que el criterio de imputación de la responsabilidad civil del inimputable penal que se consagra en el artículo 118 CP es, más bien, un criterio distinto a la culpa. Sin embargo, este prejuicio no lo compartimos en su totalidad, pues, como hemos razonado anteriormente, defendemos que según los términos del artículo 118 CP un inimputable penal puede serlo civil, aunque nos cuestionamos si dicho precepto también recoge la posibilidad de la responsabilidad civil del inimputable penal y civil. Y dicha cuestión es la que abordamos en el siguiente epígrafe, pues de lo contrario no trataríamos en toda su dimensión la problemática acerca del criterio de

¹⁵³⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ., *Situación de los enfermos mentales internados en Centros penitenciarios andaluces*, diciembre, 1997, pp.37-39 y 60, que se refiere, por ejemplo, a la experiencia de la prisión de Almería que habían concentrado a ocho enfermos mentales en una celda de la enfermería, y no era de extrañar los continuos incidentes que provocaban: conatos de incendios, alborotos, roturas de mobiliario y accesorios y destrozos generalizados, etc.

imputación en la responsabilidad civil de los incapaces, no sin antes estudiar los posibles ámbitos de descoordinación que existen entre la normativa penal y civil.

c') Ámbitos de descoordinación entre la normativa civil y penal: interpretación conjunta de ambas normativas (arts. 118.1- 2; 120.1 CP 1995 y 1902; 1903.2 -3 CC).

Desde una primera aproximación, no ignoramos el diferente ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de la responsabilidad civil de los incapaces sita en el Código civil y en el Código penal, respectivamente.

Mientras el silencio del Código civil se puede interpretar, desde una interpretación sistemática de los artículos 1902 y 1903.2.3 CC, en el sentido de que puede ser responsable civil toda persona incapacitada o susceptible de serlo por reunir los requisitos del artículo 200 CC siempre que sea imputable civilmente, en razón de que el artículo 1903.2.3 CC hace responsables a los padres con patria potestad prorrogada o rehabilitada, o a los tutores de los incapacitados de los hechos ilícitos de éstos, respectivamente, pero no excluye la posibilidad de la responsabilidad civil subjetiva por hecho propio de los incapacitados o del incapaz natural ex artículo 1902 CC. Por el contrario, como el artículo 118.1º CP se remite al artículo 20.1 y 3 CP, de tal modo está limitando su ámbito de aplicación, solamente, a los sujetos que sufren cualquier tipo de “anomalía o alteración psíquica” y “alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia”, pero, a diferencia de la normativa civil, sin tener que reunir los requisitos para una incapacitación, pues así se desprende claramente de la Disposición adicional primera del CP 1995 al matizar que en los supuestos de exención de responsabilidad penal el Ministerio Fiscal instará solamente “si fuera procedente” la incapacitación. De modo que, los toxicómanos y alcohólicos o sujetos que sufran cualquier otro tipo de intoxicación por la ingesta de sustancias, cuya responsabilidad penal está regulada en el artículo 20.2 CP, están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 118.1º CP¹⁵³⁶.

¹⁵³⁶ No obstante, según la teoría que hemos defendido desde el inicio del capítulo cuarto, el término incapaz, en orden al estudio de su responsabilidad civil, comprende tanto los incapacitados, presuntos incapaces, como aquellos sujetos que sin estar incapacitados o que incurrir en posible causa de incapacitación, tienen alguna limitación o patología psíquica que ponen en duda su posible imputabilidad civil.

A tenor de lo expuesto, el diferente ámbito subjetivo de aplicación de la normativa civil y penal puede traer consigo una descoordinación entre la regulación jurídica de la responsabilidad civil de dos grandes grupos: por un lado, de los toxicómanos y alcohólicos (b''); y, por otro, del resto de los sujetos que sufran cualquier tipo de alteración psíquica con exclusión de los sujetos del primer grupo (a'').

a'') Sujetos que sufren cualquier tipo de alteración psíquica o en la percepción.

En puridad de términos, el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 200 CC y el de la alteración o anomalía psíquicas del CP parece coincidir en toda su extensión, a excepción del caso de sujetos deficientes físicos que no puedan gobernarse a sí mismos por estar en un estado de incomunicación total con el exterior, pues el presupuesto psiquiátrico consagrado en el artículo 118 CP para la exención de la responsabilidad penal se ha configurado, a nuestro juicio acertadamente, según una cláusula abierta que permite introducir toda la patología psiquiátrica¹⁵³⁷. No obstante, la descoordinación normativa la encontramos en un doble frente:

1º) En primer lugar, respecto a los *posibles sujetos que puedan quedar obligados a responder por hecho ajeno de los actos de las personas que sufran la alteración psíquica*, en razón de que al respecto pueden ocurrir tres hipótesis:

1º) En primer lugar, si el ilícito civil es causado por un sujeto que sufriendo cualquier tipo de alteración psíquica está incapacitado, desde una interpretación sistemática de los artículos 1902 y 1903.2.3 CC es responsable civil de modo directo y por presunción de culpa el tutor que conviva con el incapacitado/curador¹⁵³⁸, o el progenitor que tenga la patria

¹⁵³⁷ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad...*, ob, cit, p. 20, aunque con el CP 1973 la jurisprudencia aceptaba dentro del concepto de “enajenado” a los siguientes perturbaciones: a) los oligofrénicos, por su estado intelectual deficitario; b) los psicóticos (psicosis): tanto las psicosis maniaco-depresivas; las esquizofrenias y paranoias; c) los procesos de base orgánica, degenerativa, etc a nivel cerebral con deterioro del patrimonio psíquico; y d) incluso ciertas personalidades psicóticas han adquirido por sentencias del TS el equivalente de enajenado. Aunque el artículo 20.2 CP 1995 introduce de acuerdo con la realidad social de nuestros días, como nuevas eximentes el estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, u otras que produzcan efectos análogos.

¹⁵³⁸ Acerca de la posible responsabilidad civil del curador del incapacitado, vid. SALAS MURILLO, S.DE, ob, cit, pp.248-249, que nos explica que hay autores que se inclinan por excluir al curador del ámbito de responsabilidad civil del artículo 1903 CC, porque el sometido a curatela puede disponer libremente de su persona, y la misión del curador no es la de la guarda de aquélla, sino solamente la de intervención *ad casum* en aquellos actos que los sometidos a curatela no pueden realizar por sí solos. Pero hay quienes opinan que hay

potestad prorrogada o rehabilitada de su hijo mayor de edad, sin excluir *a priori* la responsabilidad civil del incapacitado siempre que sea imputable civil. Sin embargo, según la normativa penal los guardadores mencionados van a responder de modo diferente según que el incapaz sea o no imputable o semimputable penalmente, pues si es imputable o semimputable penal el tutor responde de modo subsidiario y por culpa probada según el artículo 120.1º CP, pero si el incapaz es inimputable penal el tutor va a responder de modo directo y por culpa probada según el artículo 118.1º CP.

2º) En segundo lugar, si el daño es causado por un sujeto que sufre cualquier tipo de alteración psíquica sin estar incapacitado a pesar de que reúna los requisitos para ello, como el 1903.3 CC no prevé expresamente este supuesto nuestra doctrina y jurisprudencia está haciendo responsable civil, bajo argumentos dudosos como veremos más adelante, al guardador de hecho por no haber incapacitado al incapaz sobre la base del artículo 229 CC. Por el contrario, y según el artículo 118.1º CP sería responsable el guardador de hecho por culpa probada en no haber evitado el daño del incapaz.

3º) Y, en tercer lugar, el supuesto de que el daño lo haya causado un sujeto que sufra cualquier tipo de alteración psíquica pero que no reúna los requisitos para estar incapacitado sí que constituye una laguna legal para nuestro Código civil pues no se podría aplicar ni el artículo 1903.3 CC, ni el 229 CC. Pero, en todo caso, es criticable que la doctrina no se haga eco de este supuesto y que la jurisprudencia reconduzca, de modo automático, todo supuesto en que un enfermo o deficiente psíquico cause un daño a la responsabilidad civil del guardador de hecho por la dejación en la incapacitación del incapaz, sin indagar en si dicho sujeto reúne los requisitos para estar o no incapacitado, pretiriendo la responsabilidad civil propia del incapaz imputable civil. Y, por el contrario, desde la normativa penal según una interpretación sistemática de los artículos 20.1-3, 118.1º CP y la disposición adicional primera del CP se puede afirmar que no es un presupuesto o condición de aplicación de la consecuencia jurídica del artículo 118.1º CP que el enfermo, deficiente psíquico o persona

que distinguir: por un lado, la curatela del menor emancipado y el que obtiene el beneficio de la edad y el del pródigo, en que es claro que el curador no es responsable civil; y, por otro, el caso de un mayor de edad incapacitado a quién la sentencia coloca bajo esta forma de guarda en atención a su discernimiento, pues si la sentencia ha extendido las facultades del curador al campo personal, (el Código civil no lo impide) el curador

que sufra cualquier otro tipo de alteración psíquica tenga que reunir los requisitos para estar incapacitado, de modo que en tales casos el guardador de hecho va a ser responsable de modo directo y siempre que se pruebe su culpa en no haber evitado el daño causado por el incapaz.

En definitiva, si bien la descoordinación normativa de la responsabilidad civil del guardador de hecho de un incapaz, según cometa éste un ilícito civil o penal respectivamente, la trataremos, por razones metodológicas, en el último epígrafe de este capítulo, ofreciendo allí un aporte de solución; la descoordinación que se procude en lo referente a la responsabilidad civil de los guardadores legales del incapaz, en el caso de estar éste incapacitado, podría superarse interpretando la normativa penal en el sentido de que el criterio de imputación de aquélla fuera la presunción simple o *iuris tantum* de culpa, con la posibilidad real de desvirtuarla mediante la prueba en contrario. Ya que creemos que el criterio de la culpa probada que consagra el legislador penal trae causa, más en el temor de los penalistas a la presunción de culpa (sin estar justificado ya que olvidan que es materia civil), que en argumentos jurídicos de otra índole. Si bien, ya matizaremos en el último epígrafe esta respuesta cuando tratemos, más en profundidad, la responsabilidad civil del progenitor que ostenta la patria potestad prorrogada o rehabilitada de su hijo mayor de edad incapacitado (Vid. *Infra*, III.2.A).

IIº) En segundo lugar, encontramos otra descoordinación en lo que se refiere *a la responsabilidad civil por hecho propio de los deficientes psíquicos*: en razón de que, como la jurisprudencia penal española solamente entiende cumplido el primer presupuesto de exención de responsabilidad penal en los supuestos de retraso mental profundo¹⁵³⁹, mientras

sería responsable civil, lo que ocurre es que sería un caso excepcional que cuando se limite mucho la capacidad no se acuda a la tutela sino a la curatela.

¹⁵³⁹ ÁLVAREZ, N./ CARRIL, J.MA./ FARALDO, P., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.A SEOANE), ob, cit, pp. 274-275. La expresión de anomalías o alteraciones psíquicas en el artículo 20 CP abandona el tradicional concepto de enajenación mental que, de acuerdo, con las críticas formuladas por la doctrina mayoritaria, daba lugar a una quiebra con la evolución del saber psiquiátrico al tratarse de una terminología desconocida en este ámbito. Literalmente, el término enajenado abarcaba únicamente al “alienado”, por lo que podía ser adecuado para referirse a las enfermedades mentales en sentido estricto como las psicosis pero no cuadraba en absoluto con las oligofrenias, caracterizadas por suponer simplemente un grado de inteligencia inferior al normal que determina una serie de déficits en las habilidades adaptativas de la persona. En cualquier caso, ahora el término de “anomalía psíquica” permite incluir sin reservas el retraso mental que no constituye ni una enfermedad ni una alteración psíquica.

A su vez, vid, por todas, la STS 8.3.2002 –sala 2ª- (RJA 2002, 3494), que recoge una amplia doctrina jurisprudencial -ref. SSTs 4.12.1989 (RJA 1989, 9416); 30.11.1996 (RJA 1996, 9772); 20.5.1998 (RJA 1998,

que el moderado o grave lo remiten, de modo constante, a las eximentes incompletas¹⁵⁴⁰, se pueden producir las siguientes incoherencias normativas entre la normativa civil y penal en orden a la responsabilidad civil de estos sujetos:

1º) Por una parte, si una persona con retraso mental moderado comete un ilícito civil y reuniendo los requisitos para estar incapacitada no lo está pero es imputable civil, responderá civilmente *ex* artículo 1902 CC¹⁵⁴¹; mientras que si comete un ilícito penal se produce una laguna legal, pues la jurisprudencia penal no estima adecuada, ni la aplicación del 118.1º CP cuyo ámbito de aplicación se restringe a los inimputables penales (pues recordemos que en estos casos la jurisprudencia, como regla general, les declara semimputables penales o imputables penales), ni la aplicación del artículo 120.1 CP cuyo ámbito de aplicación se limita a los sujetos incapacitados¹⁵⁴². De tal modo que en este supuesto se hace más evidente la necesidad de la interpretación integradora de las normativas civil y penal en orden a aplicarle la normativa civil, y aplicar la regla general de la responsabilidad civil sita en el artículo 1902 CC, esto es, la responsabilidad civil del deficiente psíquico moderado o grave siempre que sea imputable civil.

2º) Y, por otra, si una persona con retraso mental moderado comete un ilícito civil y reuniendo los requisitos para estar incapacitada lo está, responde civilmente su tutor/curador, o progenitor que tenga la patria potestad prorrogada o rehabilitada *ex* artículo 1903.2.3 CC, y

3826); 5.10.1999 (*RJA* 1999, 7612); 21.9.2000 (*RJA* 2000, 8065)-, según la cual se aplica: exención de responsabilidad en casos de cocientes intelectuales bajos (menos de 25%); eximente incompleta en casos menos graves (25%-50%); atenuante analógica (50%-70%), de modo que por encima de dicho límite (70%) nos encontramos en casos que se vienen considerando de normalidad intelectual, y, por ende, de responsabilidad penal plena.

¹⁵⁴⁰ Para un análisis de la diferencia entre el tratamiento penal de la enfermedad psíquica como causa de exención de responsabilidad penal, y la oligofrenia moderada a la que se le aplica la atenuante o eximente incompleta, vid. ref. SSTs 8.4.1943; 8.5.1944; 25.1.1957 y 30.4.1956, en CARRETERO, A., *La problemática jurídica de los subnormales en España*, ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 118. Y, VILLANUEVA, F., ob. cit., p. 432, que nos explica que la eximente incompleta necesita que el sujeto actúe con una profunda perturbación en sus facultades intelectivas, pero conservando la capacidad necesaria como para apreciar la moralidad e ilegalidad del hecho que se ejecuta.

Vid, STS 13.4.2002 (*RJA* 2002, 6889), que se le declara responsable penal aplicándole la atenuante analógica a un menor entre dieciséis y dieciocho años que padece una oligofrenia leve, y responsable civil.

¹⁵⁴¹ Otra cuestión será si será responsable el guardador de hecho del incapaz por no haberle incapacitado, lo que remitimos al estudio de último epígrafe de este capítulo.

¹⁵⁴² Art. 120 CP: “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1.- º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia”.

si es imputable civil, también él mismo *ex* artículo 1902 CC; mientras que si comete un ilícito penal, como no entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 118 CP, vamos a ver si es subsumible en el previsto en el 120 CP que consagra una responsabilidad civil directa del incapacitado, y una responsabilidad subsidiaria y por culpa probada de los padres o tutores:

Pero antes de ello, el hecho de que la aplicación del artículo 120 CP se admita por la doctrina y la jurisprudencia para los sujetos incapacitados merced a que sólo en estos supuestos subsiste la patria potestad o la tutela a través de la institución de la patria potestad prorrogada¹⁵⁴³, a excepción de YZQUIERDO TOLSADA que afirma que esta norma está de más por no tener campo de aplicación¹⁵⁴⁴, nos lleva, habida cuenta de que el artículo 118.1º CP

¹⁵⁴³ MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995”, *ob. cit.*, p. 146. Este artículo toma en cuenta la realidad regulada en el artículo 171 CC, esto es, la patria potestad prorrogada y rehabilitada. En el mismo sentido, GARCÍA VICENTE, F., “La responsabilidad civil en el nuevo Código Penal”, *ob. cit.*, p. 656; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad civil derivada del delito”, *ob. cit.*, p. 197; ALASTUEY DOBÓN, C., “La responsabilidad civil”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, *ob. cit.*, p. 435.

¹⁵⁴⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 259-261, nos explica que el artículo 120 CP tenía razón de ser cuando aparecía en el Proyecto de Código penal de 1992 (art. 121.2º), puesto que en ese momento todavía eran diferentes la mayoría de edad civil y penal, pero una vez igualada en la nueva LORPM esta norma actualmente estaría de más por no tener campo de aplicación.

En realidad, y como nos explica LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, pp. 452-453, los antecedentes del artículo 120 CP daban cabida a un nuevo supuesto de responsabilidad civil a cargo de los padres respecto de los daños y perjuicios causados por los delitos que cometieran los hijos sujetos a patria potestad y que vivieran en su compañía (art. 118.2 Proyecto CP 1980); así, mientras que los padres, tutores o guardadores respondían directamente por los daños causados por sus hijos menores de quince años, en este supuesto, en sentido parecido a la regulación actual, los términos se invertían porque en primer lugar respondía el autor material y en segundo lugar sus padres. Y en términos semejantes el artículo 120 del Proyecto de CP de 1992.

Y, para corroborar la idea anterior, encontramos que este precepto ha sido aplicado por la STS 26.3.1999 (sala de lo penal) (RJA 1999, 2054) para responsabilizar subsidiariamente a la Administración por el daño *ex delicto* cometido por un menor de dieciséis años desamparado sometido a la tutela de aquélla; y lo justifica en la medida en que aún no estaba vigente la LORPM y, por tanto, transitoriamente regía la responsabilidad penal del menor mayor de dieciséis años. Sin embargo, creemos que dicha aplicación práctica en una momento de aplicación transitoria de ciertas normas jurídicas del CP anterior, no relega que tenga virtualidad práctica en el momento presente para aplicarlo a los sujetos incapacitados que hayan incurrido en eximentes incompletas o sean responsables penales.

Más allá, LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. ...*, *ob. cit.*, p. 79, admiten la posibilidad de acoger los supuestos muy frecuentes de la utilización de los vehículos a motor paternos por parte de los hijos mayores de 18 años, insolventes, que de modo forzado se subsumía en el artículo 22 CP 1973. Por el contrario, creemos que esta posición tiene el inconveniente de que el legislador condiciona explícitamente la responsabilidad a que continúe vigente la patria potestad o la tutela, lo que en los supuestos referidos por el autor entiendo que se excluyen; y además encontramos resuelto el problema, tanto en el artículo 120.5 CP 1995 que regula la responsabilidad civil subsidiaria de las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizados; como por el artículo 1º de la Ley de Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor, tras la modificación por la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados de 1995, cuyo párrafo quinto estipula que el propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con éste por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1903 CC y 22

también incluye en su ámbito de aplicación a los incapacitados, a preguntarnos por la utilidad de dicho precepto y, sobre todo, por su distinta regulación. Y la coherencia legislativa, a nuestro juicio, puede encontrarse en que el legislador penal previera que el ámbito de aplicación del artículo 120 CP se redujera a los sujetos incapacitados que, o bien fueran responsables penales, o bien hubieran incurrido en una causa de semiimputabilidad o eximente incompleta¹⁵⁴⁵. Y, entonces, en coherencia con la *ratio* del artículo 120.1 CP expuesta en el párrafo anterior, y retomando nuestro supuesto de sujeto incapacitado que sufra un retraso mental moderado se puede decir que, como, tradicionalmente, la jurisprudencia penal le ha aplicado eximentes incompletas de responsabilidad, entra dentro de su ámbito de aplicación siempre que se den los requisitos que exige el precepto¹⁵⁴⁶.

De tal modo que de la aplicación del art. 120.1 CP a personas que sufren alteraciones o anomalías psíquicas, como al retrasado mental moderado o grave, incapacitadas, que es el ejemplo que seguimos, deducimos dos consecuencias de interés: a) De una parte, que si dichos sujetos pueden ser imputables penales, también lo pueden ser civiles¹⁵⁴⁷, cuando, sin embargo, cómodamente lo rechaza la jurisprudencia civil, cuando de un ilícito civil se trata. b) Y de otra, y comparando las normativas expuestas no habría, según la interpretación que defendemos, descoordinación en lo que a la responsabilidad civil del propio incapaz se refiere, pues tanto según el artículo 1902 CC como el 120 CP pueden ser responsables civiles por culpa civil, pero sí, según lo expusimos en el punto anterior, respecto a la responsabilidad civil del guardador legal, pues según el artículo 1903.3 CC el tutor o guardador legal responde

CP(actual art. 120 CP), y cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un *buen pater familias* para prevenir el daño.

¹⁵⁴⁵ En el mismo sentido, YARZA SANZ, JF., “La responsabilidad de los guardadores por los hechos dañosos protagonizados por las personas enfermas o deficientes que se encuentran bajo su guarda”, en *Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, 1997-98, ob, cit, 7ª Jornada; y SALAS MURILLO, S.DE ob, cit, p.103, que afirma que si estamos defendiendo la riquísima gama de escalas de capacidad no puede excluirse la existencia de estos casos, que posiblemente se identificarían con eximentes incompletas del artículo 21.1ª CP. Y si existen casos, aunque sean pocos, es más que suficiente para mantener en el ordenamiento una norma que los solventa.

¹⁵⁴⁶ ALASTUEY DOBÓN, C., “La responsabilidad civil”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, ob, cit, p.435.

¹⁵⁴⁷ Asimismo, y al igual que hemos constatado para el sujeto con retraso mental grave, se constata en la jurisprudencia penal respecto a determinados esquizofrénicos a los que se les aplica una eximente incompleta por imputabilidad disminuida; pues por ejemplo un esquizofrénico a pesar de padecer un proceso mental grave puede ser plenamente imputable ante ciertos actos punibles, aun cuando queden implicados ciertos factores de la imputabilidad, aunque ninguno lo suficientemente afectado como para influir en el “libre albedrío”; aunque en este aspecto hay que reconocer que la jurisprudencia está dividida al 50%.- vid GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad...*, ob, cit, p.17.

de modo directo y por presunción de culpa y según el artículo 120.1 CP responde de modo subsidiario y por culpa probada.

b') Responsabilidad civil del toxicómano y del ebrio:

Respecto a la responsabilidad civil del ebrio y del toxicómano la descoordinación entre la normativa penal y civil va a depender de como interpretemos el artículo 118.2º CP que reza que: “*son igualmente responsables (civiles) el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2º (artículo 20)*”.

1ª Interpretación: Una primera interpretación de dicho precepto sería la que mantiene que, frente a los términos del artículo 118.1º CP, si el ebrio o el intoxicado comete un ilícito penal solamente ellos son responsables civiles del daño, y, además, al no añadir como en el párrafo primero “en su caso”, se desprende que su inimputabilidad penal¹⁵⁴⁸ no excluye, *iure et de iure*, su responsabilidad civil, esto es, no admite prueba en contra¹⁵⁴⁹. Y, en consecuencia, la descoordinación normativa se produciría en los siguientes términos:

Si un toxicómano o ebrio comete un ilícito civil pueden ocurrir dos hipótesis: Por un lado, que reuniendo los requisitos legales exigidos en el artículo 200 CC en orden a su incapacitación, lo esté, en este caso su tutor/curador, o progenitor que tenga la patria potestad prorrogada o rehabilitada sería responsable civilmente de modo directo y por presunción de culpa ex artículo 1903.2.3 CC, lo que no excluye, en teoría, la responsabilidad civil por hecho propio del toxicómano si fuere imputable civil ex artículo 1902 CC. Y, por otro que no esté incapacitado, lo que sólo va a excluir la aplicabilidad del artículo 1903.3 CC pero no del artículo 1902 CC. Por el contrario, si esta misma persona comete un ilícito penal, con independencia de que tenga o no un guardador, siempre va a ser responsable civil a pesar de su inimputabilidad penal. En conclusión, la descoordinación es doble, por un lado, respecto a la responsabilidad del guardador legal de estos sujetos, que responden de modo directo en

¹⁵⁴⁸ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad...*, ob, cit, pp. 177-179, que nos explica que es una novedad del CP 1995 la posible inimputabilidad penal del toxicómano, y defiende el estudio del caso particular, debiendo analizar la inadaptación socio-familiar, el deterioro psicofísico que la droga conlleva y puede alterar su capacidad o libertad para arbitrar los medios para evitar la conducta.

¹⁵⁴⁹ Vid, por todas, STS 19.2.2002 (RJA 2002, 4322).

caso de que cometan ilícito civil, y no responden en caso de ilícito penal; y, por otro respecto, a la responsabilidad por hecho propio de estos colectivos, pues, si cometen un ilícito penal son responsables civiles en todo caso, y sí cometen un ilícito civil, son responsables o no dependiendo de que sean o no, respectivamente, imputables civiles *ex* artículo 1902 CC.

Desde una primera aproximación, la descoordinación entre la normativa civil y penal en lo que respecta a la ausencia de responsabilidad civil del guardador legal de estos sujetos, que, también, entra en contradicción con la regulación del legislador en el párrafo primero del artículo 118 CP, se interpreta por la doctrina en dos sentidos: por un lado, hay quienes estiman que la razón se encuentra en que el legislador ha tenido en cuenta que tanto el toxicómano como el ebrio no tienen tutor¹⁵⁵⁰; y, por otro, hay quienes entienden que éstos no son incapaces, esto es, al igual que en la alteración psíquica o en la percepción está implícita la incapacidad y permite desplazar la responsabilidad civil a quien, estando encargado de su guarda o tutela, resulte negligente, por el contrario la incapacidad no lo está necesariamente en la condición de toxicómano¹⁵⁵¹.

Y respecto a la descoordinación normativa en lo que se refiere a la responsabilidad civil por hecho propio de estos sujetos, una posible explicación a la solución del legislador penal interpretada en los términos expuestos al inicio del epígrafe, pudiera ser que el legislador de 1995 culpabiliza a estos colectivos de haber llegado a dicha situación, influido por la respuesta que la doctrina penal y la jurisprudencia anterior al nuevo Código penal otorgaba a la responsabilidad penal del toxicómano y drogadicto, a causa del silencio del CP 1973 al respecto, y en la que era doctrina pacífica, en términos próximos a la teoría de las *actiones liberae in causa*, que: “el hecho de no arbitrar, cuando puede hacerlo, los medios para evitar la conducta, le confiere una culpabilidad, al menos anterior al hecho sobre el que después se discutirá la imputabilidad”, declarándole en la mayoría de los casos imputable penal¹⁵⁵². Sin embargo, y finalmente, el legislador penal de 1995, para evitar los excesos de la

¹⁵⁵⁰ GARCÍA VICENTE, F., “La responsabilidad civil en el nuevo Código Penal”, *ob. cit.*, p. 655.

¹⁵⁵¹ LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador...*, *ob. cit.*, p. 79.

¹⁵⁵² Respecto a la jurisprudencia vigente con el anterior CP 1973: a) En relación a las toxicomanías, *vid.* por todas, STS 17.2.1983 -sala 2ª- (RJA 1983, 11), cuando afirma que la manera de comportarse el drogadicto, sin incurrir exactamente en la doctrina de las acciones “*liberae in causa*”, se aproxima a ella, pues sabe que se le presentará el síndrome carencial, y en lugar de tomar las medidas adecuadas para la desintoxicación, o

jurisprudencia anterior al resolver de modo casi automático la responsabilidad penal del drogadicto y que pudiera resultar en algunos casos injusta según el nuevo concepto de imputabilidad penal, ha matizado en el nuevo artículo 20.2º CP que es irresponsable criminal el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena o en síndrome de abstinencia que le impida comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión. En definitiva, parece que el legislador ha considerado, finalmente, que la teoría de las *actiones liberae in causa* no siempre es aplicable a la responsabilidad penal del drogadicto y del ebrio¹⁵⁵³, pero que, por el contrario, sí lo es plenamente a la responsabilidad civil de aquéllos, habida cuenta de que la construcción de la *actio liberae in causa* ha sido acogida por la dogmática civil sin “retoques sustanciales en relación con el acto ilícito”¹⁵⁵⁴.

deshabitación, opta por seguir consumiendo droga; situándose en una situación de mayor o menor inimputabilidad por él mismo provocada. De modo que sólo aplican la eximente incompleta cuando con la toxicomanía concurre otra causa de trastorno psíquico - STS 15.9.1993 (RJA 1993, 8132)-. Y, b) respecto a los alcohólicos también la jurisprudencia aplica la eximente incompleta cuando concurre otra causa de trastorno psíquico (STS 12.7.1989), o cuando dicho estado, sin alcanzar la plenitud de efectos, se considera fortuito (STS 12.2.1988). En definitiva, los Jueces y Tribunales aplican a las toxicomanías, aunque no strictu sensu, la teoría de las *actiones liberae in causa*, que según la doctrina penal es una excepción a la regla general que obliga, debido al principio de tipicidad, a que la imputabilidad del autor se debe juzgar en el momento en que se realizase la acción típica, y por tanto soluciona aquellos supuestos en los que el autor de la acción típica se ha situado a sí mismo en estado de inimputabilidad de forma intencionada o imprudente, de forma que, se permite que se analice su imputabilidad en un momento previo a la acción típica –ref. JESCHECK, HH., *Tratado de Derecho penal. Parte general* (trad. de JL Manzanares Samaniego a la 4ª edic en alemán), ed., Comares, Granada, 1993, p. 403, en Peña López, F., ob, cit, np. 67, p. 325-.

Respecto a la doctrina, vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L./ ÁLBACAR LÓPEZ, J.L., *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, ed., Comares, 1990, que nos explican que hay un sector doctrinal y jurisprudencial que defienden que “el adicto sabe necesariamente que la carencia de la sustancia le originará un síndrome de abstinencia que lo llevará a delinquir, y lo sabe no ya por presunción o conocimientos adquiridos, sino por experiencia propia, reiterada a través de los años”. En sentido parecido, CABRERA FORNEIRO, J./ FUERTES ROCAÑIN, JC., ob, cit, pp. 210-215; 224-229, aunque reconocen que el supuesto más claro de posible inimputabilidad penal es cuando se produce la conjunción de una alteración psiquiátrica previa con un síndrome de abstinencia de la droga, pues desde el punto de vista médico pericial, el síndrome de abstinencia por sí sólo muy raramente llega a enturbiar tanto la conciencia y la libertad de acción como para generar un trastorno mental transitorio.

¹⁵⁵³ Para una visión del cambio jurisprudencial, vid. ref. CASTELLÓ, N., *Tratamiento jurídico- penal del drogodependiente*, ed., Comisionado para la Droga de la Junta de Andalucía, 1999, en Méjica, J./ Fernández Miguélez, A., ob, cit, np. 52, pp. 120-121.

¹⁵⁵⁴ Ref. VENCHIARUTTI, A., “La responsabilità dell’incapace”, en *La responsabilità civile, una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, t. I (dir. G. Alpa y Mario Bessone). *Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e Commerciale* (Fond. Da Walter Bigiavi), ed., UTET, Torino, 1987, p. 210, en Peña López, F., ob, cit, np. 69, p. 326.

2ª Interpretación: Si interpretamos, siguiendo a MONTES PENADÉS, que la expresión de “*igualmente*” que utiliza el artículo 118.2 CP sólo adquirirá su pleno sentido gramatical en aquellos supuestos en que se cumplan los requisitos del artículo 200 CC, y en consecuencia, puedan responder directamente también los encargados de la guarda y custodia del ebrio o intoxicado según los términos del 118.1 CP, la descoordinación normativa se reduciría a que en el caso de que aquéllos cometieran un ilícito civil el criterio de imputación es la presunción de culpa *ex* artículo 1903.3 CC, y si cometen un ilícito penal sería la culpa probada. E, incluso, hay quiénes, dentro de este sector, como PEÑA LÓPEZ, entienden que aún no existiendo guardadores legales, la remisión al artículo 118.1 CP se produce en caso de que estos sujetos fueran inimputables penales pero imputables civiles, de modo que la remisión alcanzaría también al carácter equitativo de la indemnización. Si bien, y para entender su postura hay que recordar que este autor defiende que el artículo 118.1 CP recoge, tanto la responsabilidad del inimputable penal pero imputable civil, de modo directo, como una responsabilidad civil del inimputable penal y civil pero subsidiaria respecto a la del guardador legal. En consecuencia, la remisión sólo podrá hacerse, al estar ante un supuesto en que carezca de guardador legal, respecto al caso de ser un inimputable penal pero imputable civil¹⁵⁵⁵.

Tras todo lo expuesto hasta ahora consideramos, finalmente, que, siendo congruentes con la propuesta, *de lege data*, de interpretar las normativas civil y penal en lo que respecta a la responsabilidad civil en una coherencia de soluciones, creemos:

a) Por un lado, y para superar la descoordinación normativa en lo que respecta a la responsabilidad civil de los guardadores del ebrio y del intoxicado, que la interpretación más idónea es la segunda que arguye que en caso de que el ebrio o el intoxicado estén incapacitados sus guardadores legales responderían civilmente conforme al artículo 118.1 CP, al igual que lo harían los guardadores legales de dichas personas según los artículos 1902.2.3 CC. Y esto en razón de que el artículo 200 CC recoge una fórmula abierta y no taxativa de causas de incapacitación, de modo que el hecho de que las incapacitaciones reales de estos sujetos no sean cuantitativamente tan numerosas como las que se producen respecto a los

¹⁵⁵⁵ PEÑA LÓPEZ, F., ob, cit, p. 365.

sujetos que entran en el ámbito de aplicación del artículo 118.1 no justifica que se les niegue dicha medida. Y, así, entendemos que con el artículo 118.1 CP hubiera bastado¹⁵⁵⁶ en lo que respecta a la responsabilidad civil de los guardadores del ebrio e intoxicado, pero habría que matizar lo que apuntamos en el siguiente párrafo en lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho propio del ebrio o del intoxicado.

b) Por otra parte, para superar la descoordinación normativa en lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho propio del ebrio y del intoxicado, no compartimos, ni la teoría de PEÑA LÓPEZ, ni la primera interpretación, ya que a ésta se le puede reprochar que utiliza argumentos o técnicas interpretativas de Derecho penal, cuando, desde el punto de vista de la estricta técnica normativa, nos deberíamos de plantear si es posible declarar responsables civiles, según los criterios generales del sistema español de responsabilidad civil, al ebrio o del intoxicado, y, en concreto, en el caso en que éstos, dolosa o imprudentemente, se colocan en situación de inimputabilidad y en ella infieren daños.

Y, entonces, a nuestro entender, la responsabilidad civil del ebrio e intoxicado inimputable penal, y, más en concreto, los términos del artículo 118.2 CP se pueden interpretar teniendo en cuenta el propio concepto de culpabilidad civil en el sistema de responsabilidad civil español que tiene en cuenta la diligencia de la persona *in potentia*. Pues, se admite jurisprudencial y doctrinalmente que un elemento decisivo para valorar la culpabilidad del sujeto es tener, en un momento previo a la comisión del acto dañoso, la información suficiente o necesaria para saber la sobreveniencia de un disturbio imprevisto e imprevisible de origen psico-físico, tales como una crisis epiléptica, el síndrome de tourette caracterizado por una incordinación motriz¹⁵⁵⁷, una crisis cardíaca, etc.; y así, parece ser

¹⁵⁵⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, ob, cit, po. 248-249.

¹⁵⁵⁷ Aunque no exista en el ámbito jurídico un estudio doctrinal ni jurisprudencial acerca de este trastorno relativamente desconocido, entiendo interesante apuntarlo por la conexión inmediata con nuestro tema de estudio, al ser personas que pueden llegar a tirar de modo involuntario objetos de modo continuado; no obstante, ellos mismos antes de ello suelen gritar advirtiendo del peligro, vid. ref, MUELLER, J., "Neuropsychiatry and Tourette's", en *Neurology an Psychiatry: A meeting of Minds*, Basel, S Karger, 1989; "Tourette's and Creativity", *British Medical Journal*, 305: 1515-16 (19 de diciembre de 1992); TOURETTE, G.G DE LA., "Étude sur una affection nerveuse caractérisée par de l'incordination motrice accompagnée d'écholalie et de copralalie", en *Arch. Neur.*, 9, París, 1885, en SACKS, O., *Un antropólogo en Marte*, ed., Compactos anagrama, Barcelona, 2001, pp. 109-143, que describe el interesante caso real de un cirujano con este síndrome que sólo en los momentos de operar desaparecían sus síntomas, entre ellos el tic de lanzamientos-compulsiones o urgencias

doctrina pacífica por la jurisprudencia italiana respecto a la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor¹⁵⁵⁸, como, por la jurisprudencia francesa respecto a la responsabilidad civil del ebrio¹⁵⁵⁹.

En consecuencia, consideramos que, aunque el toxicómano cometa el delito no siendo, en dicho momento, ni capaz ni libre, puede ser culpable civil en la medida en que poseía la información suficiente para evitar el daño. Y, además, cumple el requisito de la relación de causalidad si tenemos en cuenta que la causa adecuada para producir un resultado dañoso no es siempre la más próxima, sino la que prepara, condiciona y completa la acción dañosa, como ocurre en este caso¹⁵⁶⁰. En definitiva, la interpretación que defendemos encuentra respaldo, por un lado, en los términos literales del artículo 118.2 CP, y da razón de ser a que la responsabilidad civil de estos sujetos esté regulada en un párrafo distinto al que regula la responsabilidad civil de los que sufren cualquier tipo de alteración psíquica o en la percepción; y, por otro, en la tendencia general que existe en el Derecho comparado de rechazar el carácter culposo del acto, incluso aberrante, cometido por un inconsciente, sea menor o adulto, *salvo si se trata de una persona que se ha intoxicado a ella misma por alcohol o drogas*¹⁵⁶¹, y en sentido parecido se expresa el actual § 827 BGB alemán que establece que: “Quién causa un daño a otra persona en estado de inconsciencia o sufriendo una perturbación mental que le impide el libre ejercicio de la voluntad no es responsable por ello. Si se ha colocado en un estado transitorio de este tipo mediante bebidas alcohólicas o por medios similares, es responsable de cualquier daño que en este estado cause

repentinas y aparentemente inmotivadas de arrojar objetos de las que a veces puede darse una breve premonición, suficiente en algún caso, con gritar el aviso, (especialmente p. 115).

¹⁵⁵⁸ Cfr. VENCHIARUTTI, A., *La protezione civilistica dell'incapace*, ob, cit, p. 526, que nos explica que la Corte italiana declara la responsabilidad civil en el caso de “*incidente stradale determinato dal malore improvviso di uno dei conducenti, alorché costui non si era attivato per evitare la formazione del pericolo pur disponendo delle informazione per prevedere l'insorgere della crisi*”.

¹⁵⁵⁹ Vid. TOURNEAU, P.LE, “La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental”, en JCP, 1971.1., doctrine, 2401, np. 32-33, p.3, que nos explica que esta teoría tiene su origen en Pothier que escribió: “*quoique l'ivresse fasse perdre l'usage de la raison, une personne ne laisse pas d'être obligée à la réparation du tort qu'elle fait à quelqu'un dans l'état d'ivresse; car c'est sa faute de s'être mise volontairement dans cet état*”, y que la jurisprudencia ha hecho un gran uso de dicho paliativo, a pesar de ser criticable según algunos, por ser inexistente la relación de causalidad entre la culpa presumida y el daño.

¹⁵⁶⁰ Acerca de esta doctrina, vid., ref. STS 9.6.1969, en Peña López, F., ob, cit, p. 328, y STS 29.12.2000 (RJA 2000, 9445), fto jurídico 4º.

¹⁵⁶¹ LIMPENS, J./ KRUTHOF, R./ HEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *Int.Enc.Com.Law*, vol. XI, Torts, chap, II, nº. 205-207; 219-222.

antijurídicamente, del mismo modo que si la negligencia le fuera imputable a él. La responsabilidad no tiene lugar si ha sido colocado en ese estado sin su culpa”.

En conclusión, a nuestro juicio, la particularidad expuesta que la situación de la drogadicción y el alcoholismo imprime a la culpabilidad civil conlleva que, ya cometan dichos sujetos un ilícito civil o penal, se declare su responsabilidad civil en mayor medida que los sujetos del primer grupo. No obstante, creemos que por justicia, y sobre la base del artículo 3.2 CC, el Juez debería moderar la cuantía indemnizatoria debida por el toxicómano inimputable penal, atendiendo a las circunstancias del caso en concreto, como vimos en el epígrafe anterior¹⁵⁶².

C.- Supuesto excepcional: ¿existe la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz inimputable civil?.

Si la conclusión a la que en epígrafes anteriores se ha llegado es la preferencia del criterio de imputación de la culpa subjetiva para la responsabilidad civil de los menores de edad y de los incapaces con todos los matices expuestos, se hace preciso, en este momento, que nos cuestionemos por la respuesta jurídica que otorga *de lege data* el legislador español a los supuestos en que el menor de edad y el incapaz sean inimputables civiles; o la que, si bien, habría de otorgarse *de lege ferenda*.

Esta cuestión ha de situarse dentro un contexto jurídico en el que, por un lado, el artículo 20 CP 1973, que consagraba la responsabilidad civil subsidiaria del menor y del incapaz inimputable penal, que se juzgaba de igual modo inimputable civil, ha sido derogado; y, por otro, el nuevo artículo 61 LORPM 2000 hace omisión a toda referencia a dicho tipo de responsabilidad; y, además, los términos tan ambiguos del artículo 118.1 CP 1995, que hablan de “la responsabilidad civil, en su caso, del imputable”, no propician consenso alguno entre la doctrina española, como vimos en el capítulo anterior y a ello nos remitimos.

¹⁵⁶² Vid. II.2.A.d.c’ de este capítulo, y, también, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, ob, cit, p. 230, que nos recuerda que el Código civil español no desestima la utilización de la equidad al servicio de la ley: es más, exige que se tenga en cuenta.

En orden a dar una respuesta a este interrogante, es necesario, de modo previo, recordar tres ideas expuestas a lo largo de este trabajo de investigación:

1) En primer lugar, el presupuesto metodológico de que el codificador civil creó la normativa jurídica de la responsabilidad extracontractual, como a cualquier institución jurídica, con un potencial de desarrollo o de flexibilidad para adaptarse a las nuevas y siempre inmanentes necesidades humanas, y haciendo, por tanto, residir la *ratio* del artículo 1902 CC en el daño injusto, tanto el injustamente causado como el recibido. De modo que, desde una primera aproximación, no es ilegítimo entender que el artículo 1902 CC fuera coherente con el ya derogado artículo 20 CP 1973 que hacía responder al incapaz inimputable penal y civil dentro de ciertos límites. 2) En segundo lugar, que el análisis histórico nos descubre que la responsabilidad civil objetiva del menor y del incapaz inimputable civil se admitió, por primera, en la codificación penal, cuya ambigüedad normativa fue lo que permitió, sin embargo, una mayor flexibilidad al juzgador. En consecuencia, el juzgador podía, o bien responsabilizar al menor imputable civil sobre la base de su culpa; o bien al menor inimputable penal y al incapaz, que lo creían en todo caso inimputable civil, de modo objetivo, esto es, “porque concurrían todos los elementos de equidad, pues al haberse causado el daño sin razón o derecho, aunque involuntariamente, entre la alternativa de que sufra el daño el que lo causó inocentemente y el que lo padeció también sin dar motivo alguno para que se lo ocasione, la ley no duda en hacerlo recaer sobre aquél, como menos acreedor que éste a su consideración, y en virtud de que el derecho civil protege al injustamente perjudicado”. Y la única diferencia, el carácter directo de la responsabilidad civil del menor inimputable y subsidiario del incapaz, desapareció en el CP 1870 hasta el de 1973 que reguló ambos de modo subsidiario. 3) Y, en tercer lugar y en la actualidad, la ambigüedad del artículo 20.1.II CP 1973 y la falta de una definición de culpa civil del artículo 1902 CC ha contribuido a que surgieran contrapuestas opiniones doctrinales acerca de la responsabilidad civil de los inimputables, basándola unos autores en la culpa objetiva, y otros en la responsabilidad civil objetiva, si bien en ambos casos bajo los presupuestos de inexistencia, insolvencia, o exoneración de los padres o guardadores.

Por último, advertir que seguimos estudiando este tipo de responsabilidad con independencia de que el menor o incapaz inimputable cometa un ilícito civil o penal,

siguiendo nuestra teoría de una interpretación jurídica conducente a una coherencia de soluciones, al igual que propusimos para el caso de que aquéllos fueran imputables.

a.- Los supuestos del menor de edad y del incapaz inimputable civil como problemáticas jurídicas distintas.

Si aplicamos los postulados anteriores, en primer lugar, al supuesto del menor de edad inimputable concluimos que, actualmente y *de lege data*, ni la responsabilidad civil por culpa objetiva, ni la responsabilidad civil objetiva tienen utilidad práctica. Y esta afirmación la basamos en las siguientes razones:

1ª) En principio, reconocemos que históricamente pudieran existir razones de orden práctico, relacionadas con la interpretación del artículo 1903.2 CC, que propiciaron que la acepción de la culpa objetiva fuera una posibilidad subsumible en el artículo 1902 CC. En concreto, si tradicionalmente la responsabilidad civil de los padres exigía por la jurisprudencia un hecho ilícito y culposo en el agente del daño, si bien actualmente esta exigencia jurisprudencial está trasnochada, sólo una solución parecía posible para soslayar dicho obstáculo: el configurar la culpa *in abstracto*, de forma que el hecho del menor incapaz pudiera ser calificado de objetivamente ilícito y, así, responsabilizar a los padres. El codificador civil con tal postura resolvería un problema formal, aunque determinante de nuestra legislación antigua: la imperiosa necesidad de declarar responsables a los menores *infans* y a los dementes con el fin de poder responsabilizar a los guardadores de éstos¹⁵⁶³. Sin embargo, en la actualidad, la necesidad de la culpa objetiva deja de tener sentido desde que es doctrina pacífica que la imputabilidad o inimputabilidad del menor es, de todo punto,

¹⁵⁶³Como se ha expuesto en el análisis histórico el que las Partidas, al igual que el Derecho romano, equiparara al menor de nueve años con el demente, eximiéndole de responsabilidad civil, llevaba al resultado de que dicho daño injusto quedaba indemne, ya que si los menores o locos no eran responsables tampoco lo podrían ser sus padres ni tutores. De tal modo que una interpretación válida puede ser que el propio Código, en previsión de la problemática expuesta, y por influencia del Code francés, naciera con la intención de que también incluyera en el ámbito de aplicación del artículo 1902 CC a la culpa objetiva, esto es, la que no requiere la imputabilidad, y esto con la finalidad de poder aplicar la responsabilidad directa del artículo 1903 CC a los padres de los menores inimputables. Además así lo exigía, por otra parte, la lógica relación o encadenamiento entre ambas responsabilidades, la que se desprende de la propia expresión del artículo 1903 CC que lo relaciona con su precedente de modo definitivo al establecer que “la obligación que establece el artículo anterior (...)” que basa la responsabilidad civil de modo tradicional en la culpa; y, lo permitía el que el concepto de culpa del artículo 1902 CC haya adolecido de la falta de un concepto legal.

irrelevante a la hora de aplicar el artículo 1903.2 CC; esto es, sólo se exige que el acto del menor sea la causa directa del daño.

2ª) En segundo lugar, porque es significativo, tanto que no se haya hecho aplicación jurisprudencial del antiguo artículo 20.1.II respecto al supuesto de la responsabilidad civil del menor de edad inimputable, como que, finalmente, no se reflejara en la nueva LORPM la normativa prevista, incluso, en el Proyecto de CP de 1992 de conferir a los Tribunales la facultad de establecer hasta dónde respondía subsidiariamente el menor, según lo considerasen equitativo.

3ª) Y, en tercer lugar, porque las teorías expuestas dejan de ser útiles si tenemos en cuenta, amén de la insolvencia del menor de edad, el hecho de que en la mayoría de los casos va a existir un guardador que responda civilmente del daño causado por el menor, pues, además, la jurisprudencia ha configurado a esta última de modo *cuasiobjetivo*.

De igual modo, entendemos que la opción de regular, *de lege ferenda*, una responsabilidad civil objetiva del menor inimputable no estaría justificada desde que no constituye una necesidad social profunda a la que dar respuesta.

Sin embargo, la aplicación de dichos presupuestos al supuesto del incapaz inimputable nos lleva a aceptar, a contrario que respecto al menor de edad, dentro de ciertos límites, que es posible, *de lege data*, afirmar la existencia de la responsabilidad civil del incapaz inimputable civil. Pues, desde una primera aproximación, entendemos que hay unos casos que, aunque no son la regla general dentro de las incapacidades, constituyen una necesidad social a la que dar respuesta; en concreto, los daños causados por enfermos o deficientes psíquicos inimputable penal y civil como son, según vimos en el epígrafe anterior: el acto dañoso que cometa un sujeto con psicosis esquizofrénica durante la fase activa o de estado; el acto dañoso de un sujeto con psicosis paranoica que implique su núcleo delirante; el acto dañoso de un sujeto con oligofrenia profunda acompañada de un trastorno grave del comportamiento que tiene como manifestaciones más comunes la agresividad, conductas disociales; o el acto dañoso que cometa una persona con demencia senil que esté en la última fase de la enfermedad que le implica la pérdida total de las facultades mentales.

Y esta opinión encuentra respaldo en los siguientes datos:

1ª) Que la regla general no es el supuesto del incapaz insolvente, como ocurre con el menor de edad, ni el del incapaz con guardador, encontrándonos, por el contrario, con un número significativo de casos de incapaces que no están sujetos a guarda.

2ª) Que la jurisprudencia anterior, y también a contrario que respecto al menor de edad, hizo aplicación del artículo 20.1 II CP 1973 en relación al supuesto del incapaz inimputable; y, además, la ambigüedad de los términos del actual artículo 118.1 CP 1995 parece justificar el que se indague en las características del caso en concreto, esto es, que dicho precepto pueda acoger en su ámbito de aplicación la responsabilidad civil, tanto del incapaz imputable civil, como del incapaz inimputable civil.

3ª) Que la responsabilidad civil del inimputable penal y civil, siempre que se configure dentro de ciertos límites, puede favorecer su aceptación social y, por tanto, la aplicación y puesta en práctica del proceso de desinstitucionalización del que se ha hablado en el apartado 2.A.c.a'.b''.¹⁵⁶⁴.

4ª) Y, por último, porque los datos expuestos hasta ahora ponen en evidencia que al supuesto del daño causado por un incapaz inimputable civil le es aplicable, por justicia, el principio general del Derecho de Daños de “*proteger al injustamente perjudicado*” (que ha influido en la redacción de los preceptos penales que, desde el CP 1848 hasta la LORPM, han regulado la responsabilidad civil del incapaz inimputable civil con carácter subsidiario). Es decir, la víctima de un incapaz inimputable civil se puede decir que ha recibido un daño injustamente, no que se le ha causado injustamente, respondiendo la *ratio* de la responsabilidad civil ex artículo 1902 CC de ambos casos. Ahora bien, entendemos que la aplicación de dicho principio se tiene que hacer dentro de ciertos límites o sometido a ciertas condiciones, sobre todo su subsidiariedad, pues, de tal modo, por un lado, se justificaría la

¹⁵⁶⁴ Cfr. Según las teorías doctrinales expuestas en el capítulo anterior, hay un sector que defiende la irresponsabilidad del incapaz inimputable que comete un ilícito civil, y, que, dicho acto, constituiría un caso fortuito, así, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II-2º, 1997, ob, cit, p.516; GARCÍA- RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, ob, cit, pp. 276-281; YZQUIERDO TOLSADA, M., *La*

aplicación a un incapaz de una solución contraria a la regla general de la responsabilidad civil por hecho propio, la responsabilidad civil por culpa subjetiva; y, por otro, se lograría un equilibrio con el principio general del Derecho civil de *”protección del incapaz (patrimonio)”*¹⁵⁶⁵.

En consecuencia, en orden a justificar la legitimidad de una responsabilidad civil de un incapaz inimputable civil en el Derecho español entendemos que, desde una interpretación sistemática de los artículos 1903.2.3 CC y 118.1 CP 1995, debemos distinguir tres supuestos: el caso de insolvencia del guardador (I); el de su exoneración (II); y el de ausencia o inexistencia de guardador (III).

I) En primer lugar, consideramos que si alguna responsabilidad civil de un inimputable civil está prevista por nuestro legislador es la de aquéllos que tienen, o bien un guardador legal, o bien, como novedad importante introducida por el legislador penal de 1995, un guardador de hecho. Más en concreto, entendemos que existe, *de lege data*, una responsabilidad civil del incapaz inimputable civil en los casos en que el guardador de éste sea responsable civil por culpa ex artículo 1903.2.3 CC o 118.1 CP (presunta o probada, según el incapaz cometa un ilícito civil o penal, respectivamente) pero se declare insolvente, ya que, entonces, el incapaz podría ejercer, posteriormente, un derecho de repetición frente al guardador sobre la base de una interpretación extensiva del artículo 1904 CC. En definitiva, en este caso el principio de “protección del injustamente perjudicado” no entraría en contradicción con el principio de “protección del patrimonio del incapaz”, y, además, aunque dicha responsabilidad subsidiaria no esté prevista expresamente en el artículo 118.1 CP 1995 (que habla, de modo explícito, de responsabilidad civil directa del incapaz), sin embargo, su

responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la Reforma del Código civil en materia de tutela, ob. cit, p. 156; y ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit, p. 308.

¹⁵⁶⁵ Este principio se deduce, entre otros, de los artículos 1301-1304 CC que regulan la obligación del incapaz de restituir sólo en lo que se enriqueció en caso de anular el contrato que realizó; en el artículo 1291 CC que prevé, en contra de la regla general, la rescindibilidad del contrato celebrado por un tutor cuando el incapaz hubiera sufrido una determinada lesión en su patrimonio; en el artículo 274 CC que subordina la posibilidad de la remuneración del tutor a que el patrimonio del incapaz lo permita; en los artículos 260 y 262 CC respecto a las obligaciones del tutor de constituir fianza y realizar inventario, respectivamente. En definitiva, en el artículo 216 CC que establece claramente que las funciones tutelares se establecen en beneficio del incapaz; y más en concreto, el principio del que hablamos informa la regulación del Estatuto del “patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad” que, actualmente, está en trámite parlamentario.

interpretación se desprende al poner en conexión sistemática el precepto penal con el artículo 1904 CC.

Y una vez admitida dicha responsabilidad, el criterio de imputación, en concreto, por el que respondería el incapaz inimputable civil sería, a nuestro entender, la culpa objetiva; si bien, no en el sentido de hacer responder de daños que tienen un carácter estadísticamente inevitable y humana y socialmente perdonable, pues éste no es el significado que el ciudadano de nuestra sociedad le otorga, comúnmente, a la culpa; sino en el de que no requiere la imputabilidad del sujeto. Pues nuestro postulado de la no aplicación analógica del concepto de culpa contractual al de culpa civil legitimaría, teóricamente, la culpa objetiva en la responsabilidad civil.

Si bien, como todo depende del concepto que se tenga de culpa civil, en caso de que no se admitiera el concepto de culpa objetiva y, por tanto, nos tuviéramos que posicionar a favor de que un determinado criterio objetivo funde la imputación del daño al incapaz inimputable con guardador, entendemos que: en primer lugar, la equidad no parece ser el criterio que está presente en el nuevo artículo 118.1 CP, pues éste se distancia de la regulación por equidad que hemos examinado en otros Ordenamientos jurídicos (en los que la existencia del *an respondeatur* o de la responsabilidad civil en sí misma depende de la equidad o de las circunstancias del caso concreto, tomando en consideración, sobre todo, la posición económica de las partes) al explicitarse en su segundo párrafo que la función de la equidad se reduce a tenerse en cuenta en la moderación de la cuantía indemnizatoria, esto es, en el *quantum* pero no en el *an respondeatur*¹⁵⁶⁶. Y, en segundo lugar, que, entre los criterios objetivos que restan (el riesgo, la garantía y la seguridad), creemos, por un lado, compartiendo el punto de vista de la doctrina italiana, que el riesgo no puede fundamentar la responsabilidad civil de un incapaz inimputable por cuánto aquél no se prevale de ninguna situación ventajosa que pueda acrecentar el peligro de daños a terceros, ni porque, a nuestro juicio, tiene similitud alguna con el caso paradigmático al que sirve dicho criterio, la responsabilidad civil

¹⁵⁶⁶ En sentido parecido, SALAS MURILLO, S.DE, ob, cit, p. 326, que entiende justificable, para favorecer a la víctima, la responsabilidad civil del incapaz inimputable basada, bien, en un principio de responsabilidad objetiva, e incluso en la equidad, si bien reconoce que ésta necesitaría una intervención legislativa expresa. Ahora bien, nada impide, continúa, en concordancia con la nota finalista del patrimonio del discapacitado que la indemnización sea objeto de un importante poder moderador.

empresarial por daños que sean consecuencia de actividades de suyo peligrosas o verdaderamente creadoras de riesgos ineludibles. Y, por otro, que el criterio de la seguridad corporal y material aceptado por parte de la doctrina francesa para fundar la responsabilidad civil por los daños causados por enfermos psíquicos, no parece encontrar predicamento entre la jurisprudencia española, y además no otorgaría cobertura al daño moral producido. En consecuencia, el criterio objetivo de imputación más acorde sería el de la garantía, ya que si la elección de un determinado criterio de imputación se desprende del régimen y presupuestos legales de responsabilidad en cada caso particular, el hecho de que el ámbito de aplicación del artículo 118.1 CP sea el de un incapaz con guardador justifica que, ante la insolvencia del guardador, la víctima pueda dirigirse a otro patrimonio.

En definitiva, admitimos que el incapaz inimputable civil, ya cometa un ilícito civil o penal, va a ser responsable civil subsidiario y por culpa objetiva en caso de que su guardador, legal o de hecho, declarado responsable civil sea insolvente. De modo, que el artículo 118.1 CP habría que interpretarlo en el sentido de que ampara, tanto la responsabilidad civil del incapaz imputable civil que responde solidariamente con el guardador, como la responsabilidad civil subsidiaria y por culpa objetiva del incapaz inimputable civil en el caso descrito.

(II) En segundo lugar, en el caso de que el incapaz cometa un ilícito civil y el guardador legal o de hecho logren exonerarse de responsabilidad civil al probar que no incurrieron en culpa, nos cuestionamos si estaría justificado que, en aras de la protección de la víctima, el incapaz inimputable civil respondiera civilmente, sin poder luego ejercitar el posible derecho de repetición. Y, de igual modo, nos lo planteamos para el caso en que el incapaz cometa un ilícito penal y la víctima no logre probar la culpa del guardador legal o de hecho.

Desde una primera aproximación, habría argumentos para admitir la responsabilidad civil del incapaz inimputable civil en este caso. Esto son, en esencia, tener en cuenta, por un lado, la mayoritaria postura doctrinal que entiende, o bien, que la falta de culpa en los guardadores hace más patente la peligrosidad del incapaz y, por tanto, es conveniente, que la

falta de regulación sea salvada obligando al incapaz a reparar el daño¹⁵⁶⁷; o bien, que la protección de la víctima hace conveniente la existencia de una responsabilidad subsidiaria y objetiva del incapaz, en la que se apreciaría cierta graduación atendiendo a lo excepcional de tal responsabilidad que es sin culpa¹⁵⁶⁸.

Y, por otro, que era la postura jurisprudencial acorde con la normativa anterior pues, a pesar de que los Jueces y Tribunales penales no se les planteaba, en la práctica, la posibilidad de pronunciarse a este respecto, en razón de que la mayoría de las sentencias terminaban por responsabilizar al guardador legal, sobre todo en el caso en que la guarda legal la tuviera un Hospital psiquiátrico¹⁵⁶⁹, sin embargo, en la STS 15.7.1994, y como pronunciamiento *obiter dictum*, se afirmó que “si no se probaba (la culpa de los guardadores) se aplicaba el párrafo segundo del artículo 20.1”, esto es, la responsabilidad civil del incapaz inimputable¹⁵⁷⁰. Si bien, en lo que se refiere a los Tribunales civiles, tenemos que precisar que los casos en los que éstos pueden pronunciarse sobre la responsabilidad civil objetiva del incapaz son muy escasos, en razón de que el supuesto paradigmático que les llega es el del daño derivado de delito causado por un incapaz no incapacitado, en los que existe una previa sentencia penal y el Juez penal, al no haberse reservado normalmente la víctima la acción civil, se ha pronunciado sobre la responsabilidad penal, eximiéndole normalmente de ella, y la civil del incapaz. De modo que la víctima cuando, ante la insolvencia del incapaz, se dirige, posteriormente, ante la Jurisdicción civil para solicitar la responsabilidad del guardador legal

¹⁵⁶⁷ Además de las razones doctrinales vistas en el capítulo anterior, vid. CONDE –PUMPIDO FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, ob. cit., p. 107.

¹⁵⁶⁸ SALAS MURILLO, S.DE, ob. cit., p. 329, que afirma que la misma raíz de equidad que determina la existencia de responsabilidad subsidiaria, ha de sostener la posibilidad de moderación para evitar que el inimputable quede desprotegido.

¹⁵⁶⁹ Era doctrina jurisprudencial que “aceptado el ingreso de un paciente en el establecimiento psiquiátrico, surge el deber legal de custodia del mismo, y todo quebrantamiento en la diligencia vigilante, determinate de culpa o negligencia, conlleva la aplicación del artículo 20 CP 1973. Y el deber de custodia (que iguala el Tribunal a la guarda) existe con independencia de la forma en que se procede el ingreso, por madato judicial o no) –vid. STS 6.10.1989 (RJA 1989, 8450); STS 16.3.1992 (RJA 1992, 2268). Aunque, respecto a otro grupo de sentencias, entre ellas la STS 26.12.1989 (RJA 1989, 9782), que se tratan de delitos que se cometen por incapaces en la enfermería o dentro de un centro penitenciario, se critica que la responsabilidad de la Administración penitenciaria se fundamente en el artículo 20 CP y no en el 22 CP –vid. PARRA LUCÁN, MA., “Comentario a la STS 5.3.1997”, en CCJC, núm. 44, abril-agosto, 1997, pp.782-783-.

¹⁵⁷⁰ RJA, 1994, 6452, fto 4º, que trataba de la fuga de una Hospital psiquiátrico de un enfermo psicótico paranoico, calificado de peligroso por su idea delirante de persecución, que comete un homicidio. Es interesante este supuesto porque se produce un cambio en el tipo de internamiento al que estuvo sujeto el demandado: de un internamiento por mandato judicial en un centro psiquiátrico penitenciario, por un delito de incendio del que también se le declaró exento de responsabilidad penal, a otro internamiento por razones terapéuticas en un Hospital psiquiátrico, y del que se fugó.

o de hecho, no se puede pronunciar sobre la responsabilidad civil del incapaz, al producirse el impedimento procesal de consunción de la causa¹⁵⁷¹. En definitiva, en la actualidad la falta de sentencias al respecto se debe, quizás, a que no se exija responsabilidad civil *ex delicto* a los guardadores del incapaz.

No obstante, y a pesar de las razones expuestas que justificarían la responsabilidad civil del incapaz inimputable civil en el caso de exoneración del guardador, entendemos que, por el contrario, esta responsabilidad civil no existe, *de lege data*, en el Derecho español. Y esto porque, por un lado, en este supuesto no se logra el equilibrio con el principio de protección del patrimonio del incapaz al no poder el incapaz ejercer, posteriormente, un derecho de repetición frente al guardador; y, por otro, porque los términos literales del artículo 118.1 hablan solamente de responsabilidad civil directa del incapaz, cuando, sin embargo, la posible responsabilidad civil del inimputable civil tendría que ser de carácter subsidiario; sin poder interpretar, como en el caso anterior, dichos términos de modo extensivo al no poderlo poner en conexión con el artículo 1904 CC. En definitiva, no hay que olvidar que el principio de protección de la víctima en el Derecho de daños no tiene un valor absoluto, frente al de protección del incapaz que sí tiene un valor de dirección programática de todo el Derecho civil.

Ahora bien, para que el “principio de protección del injustamente perjudicado” tuviera preferencia sobre el de protección del incapaz (como ocurría con el antiguo artículo 20 CP 1973) el legislador español tendría que normar tal supuesto de modo explícito. De modo que lo que sí admitimos es que dicho legislador, guiado por la tendencia de la mayoría de los países de nuestro entorno europeo, regulara de *lege ferenda* la responsabilidad civil del incapaz inimputable civil en caso de exoneración de sus guardadores. Pero el legislador tendría que someterla, al igual que lo hacen los Ordenamientos jurídicos extranjeros, a una serie de condiciones, esto es, la equidad tendría que matizar el rigor del criterio de imputación con el hecho de que dicha responsabilidad tuviera un carácter subsidiario. Y para ello habría dos opciones: o bien, legislarla con carácter subsidiario y por culpa objetiva, si bien por aplicación del artículo 3.2 CC el Juez habría de moderar la cuantía indemnizatoria en atención

¹⁵⁷¹ STS 5.3.1997 (Ar.C, 1997, I, pp. 1650-1653) y SAP de Navarra 3.3.1997 (AC 197, 463), que solamente resuelven acerca de la posible responsabilidad civil del guardador de hecho.

a su falta de imputabilidad; o bien regularla como una responsabilidad civil con carácter subsidiario y por equidad, esto es, que el *an respondeatur* o la misma existencia de responsabilidad civil dependiera de las circunstancias del caso concreto; en esencia, de las condiciones económicas de las partes; de la gravedad de los efectos de la acción, etc.

III) Y, por último, en caso de inexistencia del guardador legal o de hecho, también existen razones a favor de la responsabilidad civil del inimputable civil. En principio, parece que ésta es la solución que se aplica jurisprudencialmente si tenemos en cuenta dos datos: por un lado, que según la previsión normativa del antiguo artículo 20.1.II CP 1973 cuando el incapaz no tenía un guardador legal, los Jueces y Tribunales aplicaban la responsabilidad civil de incapaz pero como “directa y única”, dando solución, muchas veces, a los supuestos en los que el incapaz estaba bajo la guarda de hecho de sus padres o de otros familiares y la interpretación estricta del término de guarda legal del antiguo art. 20.1 CP 1973 impedía responsabilizar a dicho guardador¹⁵⁷²; si bien, conforme al nuevo CP 1995 los guardadores de hecho entran dentro del ámbito de aplicación del nuevo artículo 118¹⁵⁷³. Y, por otro, que a pesar de que el nuevo precepto no prevea dicho supuesto, la jurisprudencia parece seguir interpretando el artículo 118.1 CP en los mismos términos que el antiguo artículo 20 CP, de modo que sigue declarando responsable civil a todo incapaz inimputable penal, aludiendo solamente a la solvencia o no del demandado; como se constata, amén de las sentencias citadas en el epígrafe anterior y a las que nos remitimos, en las SSTS (sala 2ª) 20.2.2002 (RJA 2002,3360); 25.2.2002 (RJA 2002, 3365); 24.4.2002 (RJA 2002, 4962); STS 16.4.2002 (RJA 2002, 5447), que declaran la responsabilidad civil directa del incapaz inimputable penal sin guardador legal o de hecho.

¹⁵⁷² Vid. STS 8.3.1984 (RJA 1984, 1719), fto. 5º, que declara responsabilidad civil subsidiario ex art. 20.1.II CP 1973 a un joven con oligofrenia severa sin incapacitar; STS 11.9.1992 (RJA 1992, 7120) que declaró responsable civil principal al incapaz no incapacitado, pero subsidiario ex art. 22 CP a la Administración al ser el inimputable penal funcionario, al igual que las SSTS 9.12.1993 (RJA 1993, 9761), 16.12.1998 (RJA 1998, 10314); STS 12.6.1998 (RJA 1998, 6997), que responsabiliza a quién sufriendo esquizofrenia paranoide no estaba incapacitado y cometió el delito en un brote activo, y a pesar de que su padre como guardador de hecho le había prestado el coche con el que se desplazó a casa de su cuñado a quién agredió.

¹⁵⁷³ Aunque la inercia de la etapa anterior puede ser que esté contribuyendo a que ante el daño causado por un incapaz no incapacitado no se pida la posible responsabilidad civil del guardador de hecho y, por tanto, el juez no se pueda pronunciar al respecto - vid. STS 16.5.1997 (RJA 1997, 2060), que resuelve según el nuevo CP 1995, y sólo declara responsable civil al incapaz no incapacitado, si bien, en este caso al tratarse de un sujeto con oligofrenia leve o moderada se podría haber basado el pronunciamiento en la imputabilidad civil del mismo. El problema es que el propio Tribunal lo único que hace es declararle responsable civil sin justificar dicho pronunciamiento.

Por el contrario, consideramos que en el caso de inexistencia de guardador legal o de hecho el “principio de protección del incapaz” se hace más evidente, ya que los artículos 1903 y 118.1-120.1 CP prevén solamente el supuesto del incapaz con guardador. Y en esta dirección se manifiesta la doctrina italiana, según lo vimos en el capítulo tercero, al interpretar los artículos 2046 CC y 2047CC en el sentido que la irresponsabilidad del incapaz inimputable civil es el criterio mínimo que aseguraba que un incapaz desprovisto de guardador respondiera civilmente del daño cometido, sobre la base del “principio de protección del incapaz desprovisto de guardador”¹⁵⁷⁴.

Asimismo, la justicia de la inexistencia de responsabilidad civil del incapaz inimputable civil desprovisto de guardador se corrobora con dos datos: por un lado, porque en estos casos la responsabilidad civil del incapaz tendría, “forzosamente”, un carácter directo (al no existir guardador), de manera que exigir a un sujeto un criterio de imputación en la responsabilidad civil por hecho propio totalmente distinto al de la generalidad, ya sea en la culpa objetiva o en el riesgo, crearía el prejuicio de que, en su generalidad, los incapaces conllevan una mayor peligrosidad social, dato que hemos negado a lo largo de este capítulo. Y, por otro, porque en caso de que estimáramos justo una responsabilidad civil objetiva y directa de un inimputable civil, ésta no sería imaginable sin un seguro de responsabilidad civil, y la experiencia nos revela la reticencia de las compañías aseguradoras a cubrir dicha responsabilidad, frente a los daños que puedan causar los enfermos físicos en razón de que su extensión y riesgo es previsible, frente al de aquéllos¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷⁴ Vid. CORSARO, L., “Culpa y responsabilidad civil...”, ob, cit, p. 162, citado en I.3.B.c.b’ del capítulo tercero.

¹⁵⁷⁵ Respecto a la experiencia francesa, vid. DESCHENAUX, H., “La protection juridique du handicapé mental en droit privé”, en *Mémoires publiés pour la Faculté des handicapés mentaux. Colloque du 24 avril 1972*, Georges Libraire de l’Université –Géneve 1973, pp. 94-96, que afirma que: por un lado, suele ser práctica común la exclusión de la cobertura de los seguros colectivos e individuales directos de accidentes de los daños causados como consecuencia del *trouble mental*, y si se cubre, las primas son muy elevadas. Y, por otro, respecto a los seguros de responsabilidad civil hay que distinguir: 1) el seguro de responsabilidad civil de los padres, respecto al que las cláusulas sólo ponen de manifiesto que la falta de vigilancia, que se juzgará más estricta respecto al enfermo psíquico, será considerada como falta grave a los efectos de la reducción de la indemnización; 2) el seguro de responsabilidad civil de los Hospitales psiquiátricos, clínicas, etc los supuestos son muy variados sin poder sacar reglas generales; y 3) respecto a la responsabilidad civil del propio enfermo psíquico, la regla general que se desprende del clausulado de dichos contratos es que, por un lado, si el daño se ha cometido durante un período de crisis de la enfermedad se excluye la obligación indemnizatoria, y, por otro lado, si el daño lo ha cometido un deficiente psíquico en general sin ser consecuencia de su deficiencia sí suelen cubrir dicha responsabilidad. En definitiva, la posición no es clara, de modo que el autor demanda contactos, a nivel nacional, entre las organizaciones privadas y públicas que se ocupan de los enfermos y deficientes psíquicos y las compañías de seguros a fin de mejorar la cobertura de los riesgos ligados a dichos colectivos.

En consecuencia, juzgamos que, incluso, no debería existir de *lege ferenda* la responsabilidad civil directa del incapaz inimputable civil en este último supuesto. Y en tal dirección proponemos la conveniencia de que en el Código civil español existiera una norma jurídica a modo de la contiene el artículo 2046 CC italiano que declara la irresponsabilidad civil del que es incapaz de entender y querer, si bien sustituyendo esta última expresión por la de “incapaz de discernir su responsabilidad” en coherencia con el concepto que hemos defendido en este trabajo de investigación de imputabilidad civil. Pues, poniendo en conexión sistemática dicho precepto con los actuales 1903.2CC y 118.1-120.1 CP se desprendería más claramente el principio de protección del incapaz (patrimonio) desprovisto de guardador”.

Finalmente, y como expresión que resume la filosofía de lo expuesto en párrafos anteriores, hacemos nuestras las palabras tan significativas de LE TOURNAU de que “el objeto del orden jurídico no es pasar de un extremo a otro (en nuestro caso de la irresponsabilidad a la responsabilidad total del incapaz), sino de dar satisfacción a las diversas aspiraciones rivales, justa conciliación parece necesaria para realizar el fin social de la humanidad (...) en vistas de establecer entre ellos el equilibrio eminentemente deseable”¹⁵⁷⁶.

Y respecto a la experiencia en Estados Unidos, vid. SALTON, C.A., “Mental Incapacity and Liability Insurances Exclusionary Clauses: The Effect of Insanity upon Intent”, en *California L.Rev.*, 1990, vol. 78, pp. 1027-1067, que establece que la práctica común es que cuando una persona contrata un seguro de responsabilidad civil *standard* tiene a “*exclusionary provision*” que deniega cobertura por las consecuencias de un acto causado intencionalmente. Pero cuando la capacidad mental se pone en tela de juicio la aplicación de tal cláusula deviene problemática. Y así la práctica usual de los Tribunales ha sido descubrir a través de unos *insanity test* si el asegurado estaba limitado para realizar un acto intencional. Pero la autoridad de los test se ha puesto, últimamente, en tela de juicio apareciendo dos líneas doctrinales: a) una interpretación restrictiva de las cláusulas exoneradoras y amplia del *insanity*: si el acto dañoso es resultado de la enfermedad psíquica que hace que el asegurado actúe bajo un *irrational impulse*, una incapacidad volitiva y cognitiva, la cláusula es inoperativa y la aseguradora es responsable; postura coherente con el principio de compensación de las víctimas; b) una interpretación amplia de las cláusulas exoneradoras y restrictiva del *insanity*: puede que sea intencional el acto que proviene de una persona insana si el agente comprende la naturaleza y las consecuencias del acto, aunque sea incapaz de distinguir lo correcto y lo incorrecto, o su incapacidad para desistir del act (en estos casos se exoneraba de la obligación de indemnizar la aseguradora (*Colonial Life&Accident Insurance Co.v Wagner*-380, S.W.2d.22 (1964); y *Johnson v. Insurance Co. fo North America* (1986). Asimismo, en la actualidad, los Tribunales en la práctica, dada la ambigüedad de los test y presionados por la posición de algunas aseguradoras a no indemnizar por no entender responsable civil al incapaz, están olvidando los principios del *Tort law* respecto al enfermo psíquico (responsable civil según un patrón de diligencia objetivo) declarándole irresponsable (los test reflejan los criterios del Derecho criminal), y, por tanto, liberando de la obligación de indemnizar a las aseguradoras. Tras esta confusión, hay doctrina que defiende la desaparición de los test por su ambigüedad, y otros, como el autor, que exista un texto único para determinar la incapacidad mental en orden a realizar un acto intencional.

¹⁵⁷⁶ Ref. GENY, F., *Méthodes d'interpretation et sources du droit privé positif*, p. 539, en Le Tourneau, P., “La resposnabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental”, ob, cit, np. 144, p. 13.

En definitiva, pensamos que la solución, *de lege ferenda*, para los supuestos de daños causados por incapaces ininimputables civiles que carezcan de guardador legal o éstos logren exonerarse, habida cuenta que los supuestos de inimputabilidad penal y civil absoluta son escasos, pasaría por los mecanismos colectivos de indemnización de daños, como pasamos a explicar a continuación. Y esto sobre la base de nuestro postulado recogido en el capítulo primero de coordinar el instituto de responsabilidad civil con el resto de mecanismos de colectivización de daños, al servicio, en definitiva, de la reparación del daño.

b.- Referencia a la posible utilidad de los mecanismos colectivos de indemnización ante ciertos daños causados por el incapaz.

Si la *ratio* de los mecanismos colectivos de indemnización de daños es indemnizar los daños, sean lícitos o ilícitos, que según la experiencia común tienen por causa “fuentes de riesgos” a los que todo ciudadano puede estar expuesto, por ejemplo, la jubilación por desempleo, actos de terrorismo, etc¹⁵⁷⁷., entendemos que estos mecanismos pueden dar solución, tanto al problema social de los psicópatas como sujetos normalmente imputables penales y civiles, en los casos de su insolvencia; como a los supuestos de los daños que cause un inimputable absoluto penal y civil que carezca de guardadores, tanto legales como de hecho, o éstos logren exonerarse. Pues estamos convencidos que la solidaridad social ha de actuar en estos casos, ya que ¿si todo ciudadano está expuesto a dichos riesgos, no ha de soportar la sociedad en su conjunto dichos daños a través de la creación de Fondos de garantía?.

En concreto, en relación a la obligación de indemnizar en caso de acto ilícito cometido por un incapaz inimputable penal y civil que no tenga guardador legal o de hecho o éste logre exonerarse, se podría alegar la oportunidad de aplicar la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, ampliando el ámbito de aplicación de la misma a los delitos, violentos o no, cometidos por los sujetos referidos en el párrafo anterior¹⁵⁷⁸. Sin embargo, esta opción no la creemos conveniente pues,

¹⁵⁷⁷ Vid. Supra, I.2 del capítulo primero.

¹⁵⁷⁸ En el artículo 61.4 LORPM se prevé su aplicación al caso en que los menores desamparados o cuya tutela o guarda la tengan Entidades públicas al afirmar que, en su caso, se podrá aplicar también lo dispuesto en

según expusimos en el primer capítulo, esta Ley configura a la compensación estatal como medida complementaria de la deuda de reparar y en clara conexión con la responsabilidad civil *ex delicto*, ya que regula la subrogación del Estado en el derecho del perjudicado frente al responsable civil. Y, sin embargo, en este caso, al no existir responsabilidad civil alguna, lo adecuado, a nuestro juicio, sería la regulación de un mecanismo colectivo de indemnización directo que no dependiera de la declaración previa de una responsabilidad civil *ex delicto*. A su vez, y como propuesta de *lege ferenda*, entendemos que dicho Fondo podría surtirse de parte de las indemnizaciones a la que tendrían derecho los enfermos psíquicos por daño moral cometido por la Administración judicial o Ministerio Fiscal en casos de internamientos indebidos, dejación de tutelas, etc., a los que aludimos en el capítulo primero, pero que, habida cuenta de que son daños que nadie se preocupa por reclamar, sería conveniente la creación de un órgano independiente, dentro del Ministerio Fiscal, que atendiera a tales exigencias.

Ahora bien, para los casos del psicópata insolvente sí defendemos la posible ampliación del ámbito de aplicación de la referida Ley 35/1995, pues estos sujetos, como regla general, son imputables penales y civiles y, por tanto, responsables civiles. En definitiva, el que dicha Ley regule un mecanismo colectivo de indemnización de daños indirecto o dependiente de la responsabilidad civil no supone para el caso del psicópata insolvente un inconveniente.

Finalmente, añadir que la solución que hemos propuesto de *lege ferenda* para el Derecho español es, en cierto sentido semejante, a la que ha adoptado, de *lege data* el Derecho francés. Ya que, en concreto, en los casos en que un incapaz inimputable penal y civil cometa una infracción penal responde un Fondo de Garantía especial instituido por la Ley nº.90-59 de 6 de julio de 1990 (art.64). Si bien, el texto matiza que sólo en el caso de los

el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, así como en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad sexual (atendiendo en la redacción final del precepto a la advertencia dada por el CGPJ en el *Informe de 12 de noviembre de 1997*, pp.61-62 que aludía a la necesaria referencia a la normativa administrativa. Pues la redacción primitiva que sólo se refería a la Ley de 1995 era equívoca al inducir a una interpretación del precepto en el sentido de que, tanto que los menores a cargo de estas Entidades no respondían civilmente en caso de que cometiesen una infracción penal, y, por otro, que las víctimas, en estos, casos, sólo tenían derecho a percibir las ayudas estipuladas en la Ley 35/1995, de modo que si las infracciones cometidas constituían delitos no violentos o no referidos a la libertad sexual, no podrían contar con ellas).

daños corporales graves la víctima se beneficiaría de un derecho a la reparación integral del daño y de la supresión de la subsidiariedad del sistema. Esto es, en estos casos estaríamos ante un Fondo a título principal o no dependiente de la declaración previa de responsabilidad (lo que nosotros calificamos en el capítulo primero de mecanismos colectivos de indemnización de daños); y, sin embargo, en el supuesto de estar ante daños corporales poco graves o materiales, el Fondo actuaría a título subsidiario¹⁵⁷⁹.

3.- APUNTE ACERCA DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPAZ COMO VÍCTIMA Y PARTÍCIPE DE SU PROPIO DAÑO.

Habida cuenta de la tendencia jurisprudencial, que va tímidamente consolidándose, de declarar responsable civil al menor de edad imputable civil en razón de su culpabilidad, pero, por el contrario, declarar responsable civil al incapaz sin justificar su pronunciamiento en criterio de imputación alguno; nos cuestionamos ahora, ¿cómo tratan los Jueces y Tribunales el supuesto en que el menor o un incapaz son víctimas del daño pero han contribuido, de algún modo, a su producción?

A.- Evolución desde la teoría de la compensación de culpas a la de concurrencia de causas.

A la conclusión a la que llegamos en el capítulo anterior en relación a esta cuestión, es que no había una línea consolidada al respecto, si bien parecía poder afirmarse que hasta finales de los ochenta se valoraba la concurrencia de la culpa de la víctima en términos de imputación subjetiva, en orden a una compensación o exoneración de la responsabilidad del agente según la mayor o menor entidad de aquélla, respectivamente. Y, por tanto, la

¹⁵⁷⁹ LEBRETON, M.C., *L'enfant et la responsabilité civile*, ob, cit, p. pág. 236. El punto de partida de una nueva generación de Fondos de Garantía en Francia, en la que el legislador ha comprendido que las dos funciones de la responsabilidad civil debían tener una existencia separada, es la Ley de 6 de septiembre de 1986, relativa a la lucha contra el terrorismo y los atentados a la seguridad del Estado, según la cual toda víctima de terrorismo de un daño corporal tiene derecho a una indemnización integral sin tener que interponer, previamente, ninguna acción de responsabilidad civil. Empero para unificar dichas víctimas de terrorismo a las del derecho común, la Ley de 6 de julio de 1990 extendió dichos Fondos a las víctimas de infracciones penales. Y, por otro lado la Ley de 31 de diciembre de 1991 creó un Fondo de Garantía de indemnización a favor de los hemofílicos y de los infectados por transfusiones contaminadas por el virus del Sida que, de igual modo, funciona sin referencia y con total independencia de las reglas de la responsabilidad civil.

compensación como la exoneración se negaban en los casos en los que la víctima fuera un menor de escasa edad o un incapaz a causa de la ausencia de imputabilidad¹⁵⁸⁰, y quizá, por efecto mediato del principio de protección del menor de edad y del incapaz en este ámbito¹⁵⁸¹.

Pero a partir de los años noventa empezó a tomar fuerza la teoría de la compensación de culpas en términos de relación de causalidad, sobre la base de que “aunque la determinación de la conducta del perjudicado debe hacerse en nuestro derecho a tenor del artículo 1104 CC, ha de darse, sin embargo, un sentido muy amplio que abarca incluso la causalidad material”. Y esta afirmación, en una primera aproximación, es predicable de los menores de edad, así, entre otras, en la STS 1.2.1989 (RJA 1989, 650)¹⁵⁸²; *a sensu contrario* en la STS de 2.4.1993 que no apreció la reducción de la cuantía indemnizatoria, a pesar de que el menor de catorce años se bañó haciendo la digestión pues el TS argumentó que del *factum* no se desprende que tal circunstancia influyera en el resultado letal producido¹⁵⁸³; o de la sentencia del TSJ Navarra, muy clara y coherente en su argumento con la teoría de la concurrencia de causas, de 11.3.1994 (RJA 1994, 2114) que afirma que “(...) Los hechos acreditan la presunción de inocuidad del estado de abandono de la finca, que hubiera podido prolongarse de no mediar la acción de los menores, afectante a la relación de causalidad entre

¹⁵⁸⁰ Vid. Supra, II.3.B.b del capítulo tercero.

¹⁵⁸¹ El principio de protección del menor en el ámbito de la responsabilidad civil, en concreto cuando el menor de edad es víctima de un daño moral, se refleja en la práctica cotidiana de los Tribunales al resolver los supuestos en los que se debate la indemnización por daño moral cuando concurre no sólo el cónyuge sino otros parientes, además de descendientes menores. Pues, en estos casos resuelve que es en estos últimos en los que debe concentrarse la indemnización procedente, como perjudicados más directos, compatibilizándola en su caso con el cónyuge del fallecido, pero con exclusión de otros parientes, pues aún cuando indudablemente el daño moral puede alcanzar un amplio colectivo de parientes y allegados, la compensación material debe concentrarse en el perjudicado más directo - Vid. SAP de Segovia de 10.12.1993 (AC 1993, 2413)-.

¹⁵⁸² Esta sentencia resuelve un supuesto en que un menor atropella con un automóvil a otro menor, y se afirma que “no se trata de compensar culpa con culpa lo que conduciría a criterios subjetivos, sino que lo que, en realidad, se pretende es compensar conductas mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos, y valorada su incidencia en el nexo causal deducir, por vía de compensación, la disminución en el *quantum* de la indemnización. De ahí, que al compensar conductas puedan tenerse en cuenta los movimientos reflejos, incontrolados o irreflexivos que inciden en la relación causal. Es cierto que no existe culpa por parte de la víctima dada su minoría de edad, pero hay que tener en cuenta su conducta al interferir en la relación causal mediante su irrupción irreflexiva pero inesperada en la trayectoria del vehículo”. En términos parecidos, la STS de 24.2.1989 (RJA 1989, 7908) cuyo fundamento jurídico 4º afirma que “(...) la moderna doctrina jurisprudencial, tanto penal como civil, viene desplazando la institución de la compensación de culpas al campo de lo causal, valorando los comportamientos confluyentes en la producción del resultado, tanto desde el lado activo de la infracción (autor), como desde el lado pasivo (víctima) y limitando su aplicación a los supuestos en que se produce una interferencia en el nexo causal como consecuencia de la actuación negligente de la propia víctima o de un tercero que no llega a ocasionar la ruptura del nexo causal. También, SAP de Vizcaya de 4.2.1993 (AC 1993, 132).

¹⁵⁸³ Fto jurídico 2º. Act.C, nº. 23, 13-19 sept 1993, pp. 2091-2095.

el estado de abandono de la finca y el derrumbamiento parcial, mediante la acción de aquéllos, con el subsiguiente daño, de modo que sobre la base de los hechos que considera acreditados, viene a deducir que *la única causa del luctuoso suceso fue la conducta, ciertamente irregular, de los niños, (...) pues para la existencia de la relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado dañoso es irrelevante la jerarquía de la causa, puesto que, cual ya tiene declarado esta Sala, la condición puesta por el agente no precisa ser la única, ni la última, ni la más inmediata y próxima al evento, siendo bastante cuando esto se produce como efecto inmediato de la conducta de otra persona, que esta conducta, sea, a su vez, efecto o consecuencia de la acción u omisión de lo que puso el primer eslabón de la cadena causal*". De tal modo que se refleja en dicha argumentación que la contribución de la víctima sólo se analiza desde el punto de vista causal, siendo irrelevante la culpa o no de la misma.

Asimismo, creemos que esta tesis se hace más evidente cuando de menores *infans* se trata, respecto a los que la jurisprudencia reconoce que la conducta que, por la escasa edad del menor, no puede calificarse de negligente y sí de natural, tiene, de igual modo, un efecto compensador o exoneratorio de responsabilidad¹⁵⁸⁴; pues, como afirma de modo expresivo el TSJ de Navarra, en sentencia citada en el párrafo anterior de 11.3.1994 (RJA 1994, 2114), "aunque existe controversia en lo relativo al concurso de la acción de la propia víctima cuando afecta a la conducta de un menor de edad, se viene aceptando por el TS la moderación de la indemnización, no ya por compensación de culpas, sino por concurso o contribución al nexo causal". Incluso, recordemos que este criterio ha recibido una consagración legislativa en el apartado 1º.2 del Anexo LRCSCVM que equipara la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción del mismo, pero calificado, por otra parte, por algún autor de inconstitucional y

¹⁵⁸⁴ Vid. STS 16.12.1988 (RJA 1988, 9469) en que un menor de 11 años escaló a un poste eléctrico, que cumplía todos los requisitos reglamentarios, para coger un nido de pájaros y sufrió una electrocución, y el TS adujo que, como no existe en nuestro derecho la figura de la responsabilidad objetiva y menos en el Código civil, y se constató que "el resultado había sido producido exclusivamente por la actividad de la víctima, *aunque no deba ser calificada de negligente, y sí de natural, dada su edad. (...)*". STS 7.10.1994; fto jurídico 2º. Act.C, nº. 23, 13-19 sept 1993, pp. 2091-2095, que declara la contribución al daño de la conducta de un menor de cinco años. También, la SAP de Málaga de 12.4.1993 (AC 1993, 797) en que se aplica la reducción de la cuantía indemnizatoria debida a un menor de corta edad que tomando sólo el ascensor enganchó su mano y brazo derechos en el hueco existente entre la puerta de acceso y caja del ascensor.

absurdo¹⁵⁸⁵. No obstante, a su vez, los Tribunales que defienden la teoría de la concurrencia de causas suelen añadir en su argumentación, y justificar, que la compensación y exoneración de la responsabilidad por riesgo u objetiva en los que la víctima es un menor de edad, se debe a que “la responsabilidad por riesgo no puede ser erigida en fundamento único de la obligación de indemnizar, pues aquélla no descansa en la mera causación del evento físico dañoso, ya que si la víctima se interfiere en la cadena causal quedará el agente exonerado por tratarse de un suceso imprevisible e inevitable”, como se refleja, entre otras¹⁵⁸⁶, en las SSTs 27.6.1983 (RJA 1983, 3691); 22.11.1983 (RJA 1983, 6490); 16.12.1988 (RJA 1988, 9469)¹⁵⁸⁷; 5.2.1991¹⁵⁸⁸; 21.10.1991 (RJA 1991, 7231); 11.12.1996¹⁵⁸⁹; y 21.4.1998¹⁵⁹⁰. Y este argumento, sin embargo, lo entendemos incoherente con la teoría de la concurrencia de causas en la medida en que se alude a la culpa de la víctima, aunque de modo indirecto.

¹⁵⁸⁵ REGLERO CAMPOS, F., “Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, ob, cit, p. 216.

¹⁵⁸⁶ Vid. STS 18.2.1985 (RJA 1985, 815) que afirma que fue la conducta del menor de dos años, junto con la imprudencia de los padres, la causa del accidente de que el menor muriese al caer desde lo alto del puente sobre el ferrocarril; y en el mismo sentido la STS de 21.11.1985 (RJA 1985, 5624) el menor tenía dos años y medio y también murió por su paso por una vía férrea de RENFE). También, la STS de 17.7.1986 (RJA 1986, 4571), un menor de diez años muere ahogado en una piscina en construcción). En el mismo sentido pero a nivel de Audiencias Provinciales, SAP de Bilbao de 13.6.1988 (*La Ley*, 16.11.1988, pp. 1-2).

¹⁵⁸⁷ “(...) la conducta de la entidad demandada GESA no se consideró negligente, ya que el resultado dañoso se produjo exclusivamente por la actividad de la víctima, aunque la conducta de la misma en este caso no debe ser calificada de negligente y sí de natural, dada su edad (once años), lo que acredita la concurrencia en el supuesto de circunstancias excepcionales en orden a la producción del resultado lesivo, representadas en este caso por esas siempre impensadas y por ello fuera de los límites de la debida y adecuada conducta de buen padre de familia, e incluso del denominado sentido común, inherentes y características de la conducta y reacciones de los menores, concretamente, en este caso, del niño que sufrió el desgraciado accidente. Razones, éstas, que impiden acceder a lo solicitado por el recurrente, ya que ello equivaldría a la aplicación rígida y estricta de la responsabilidad objetiva, en una medida que ni siquiera en la normativa de los accidentes derivados de vehículos de motor e incluso nucleares es admitida”

¹⁵⁸⁸ GARCÍA GIL, FJ., *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*, ob, cit, p. 181. “(...) la omisión de la diligencia de que se hizo mención en el fundamento cuarto y situación de riesgo que originó, evidentemente juegan como circunstancias obstativas en orden a fundamentar el daño producido en la exclusiva conducta de la niña, pues su comportamiento irregular, reflejado por utilizar una vía inusual para penetrar en un inmueble con cerramiento en la planta baja y sin puerta abierta al exterior al estar provista la existente de cierre de seguridad, careció, no obstante, de la suficiente entidad en punto a neutralizar por completo la apreciada culpabilidad del constructor, pero, sin embargo, aquel comportamiento, aunque inoperante respecto a producir una total y absoluta compensación de culpas, sí ha de ser tenido en cuenta para moderar la responsabilidad a exigir al constructor, con base a lo prevenido en el artículo 1103 CC, que resulta aplicable al supuesto de la culpa extracontractual”.

¹⁵⁸⁹ Ref. en RAGEL SÁNCHEL, L.F, ob, cit, pp. 480-481, que exoneró de responsabilidad al fabricante, al vendedor y al ayuntamiento de la localidad, puesto que un niño de trece años, que había adquirido un artificio pirotécnico, resultó dañado gravemente al manipularlo en el patio de su colegio y no retirarse a una distancia prudente.

¹⁵⁹⁰ Act.C, nº. 27, 6 al 12 de junio 1998, pp. 2003-2005.

Es curioso, por otra parte, que nuestra solución jurisprudencial sea contraria, por ejemplo, a la que mantienen los Ordenamientos jurídicos pertenecientes al *Common law* que han creado una figura específica de responsabilidad separada del deber absoluto, que identifican con el término de “*Attractive nuisance*” por la que se concede indemnización a un niño víctima de un daño a pesar de haber causado una infracción concreta, cuando su conducta obedece a la atracción del peligro que determinadas situaciones pueden provocar en su mente¹⁵⁹¹. En sentido parecido nuestra postura también es opuesta al artículo 3.1-2 de la *Ley Bandinter* de 5 de julio de 1985 relativa a la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación, que consagra una excepción a la regla general de la exoneración del agente por culpa exclusiva de la víctima, en los supuestos en los que la edad de la víctima sea inferior a los dieciséis años o superior a los setenta, o cuando tenga declarada una incapacidad permanente o invalidez al menos del ochenta por ciento, a no ser que haya buscado deliberadamente el daño¹⁵⁹². De tal modo que, con exclusión del supuesto en que la víctima sea un menor de edad, la doctrina francesa critica con fuerza el que las víctimas se encuentran condenadas a la perfección mientras que quién está asegurado en una responsabilidad por riesgo disfrute de indemnidad, o que los Jueces deduzcan de la culpa irresistible e imprevisible de la víctima la ausencia de culpa en el agente¹⁵⁹³.

En conclusión, de los datos expuestos hasta ahora parece que, de juzgarse la contribución de la víctima menor de edad en términos de culpabilidad se ha pasado a su valoración en estrictos términos causales. No obstante, a nuestro entender, del análisis detenido de los supuestos en concreto se desprende que la afirmación anterior es sólo aparente, pues de una manera u otra los Jueces y Tribunales siguen teniendo en cuenta la culpa del menor, como pasamos a justificar en el apartado siguiente.

¹⁵⁹¹ Vid. PROSSER, W., “Trespassing Children”, 47, *California L. Rev.*, 427, 1959; *New York University Law Review*, 516, 1960.

¹⁵⁹² Y en el mismo sentido, la Ley belga de 13 de abril de 1995 que protege a las víctimas menores de catorce años en el caso de que hubieran participado culpablemente en el accidente –vid. REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal...”, ob, cit, p. 109.

Y como vimos en el capítulo primero, esta ley es coherente con la teoría de la pena privada en Francia o de sanción que explica la reducción de indemnización a la víctima por su comportamiento culpable y causal al daño – Vid. VINEY, G., *Traité de droit civil*, ob, cit, p. 287.-

¹⁵⁹³ DURRY, G., “L’exonération du gardien par le fait de la victime dans le domaine des accidents de la circulation”, *Etudes Weil*, p. 217. Y, sentencia 6, déc 1984, *Bull. Civ. II*, n°. 190, *RTDC*, 1986, p. 122, obs. HUET; Civ. 2°, 29. Janv 1986, *Gaz. Pal*, 10 juillet, 1986, obs. CHABAS.

B.- Fisuras en la teoría de la concurrencia de causas.

a) Justificación de la “reducción del quantum indemnizatorio” en términos de culpabilidad.

En primer lugar, en los supuestos en los que la víctima de un daño sea un menor de edad *infans* que, de modo manifiesto, es inimputable, los Tribunales se esfuerzan en justificar la compensación de las consecuencias indemnizatorias en una actuación culpable objetivamente del *infans*, al utilizar expresiones como “conducta irreflexiva o incontrolada del menor”, o “irregular” lo que a todos luces es reflejo de una falta de diligencia. Así, es curioso que, entre otras, en la STS de 1.2.1989 (RJA 1989, 650) que declara que: “lo que se pretende es compensar conductas mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos, y valorada su incidencia en el nexo causal (...)”, el Tribunal justifica, al final, la reducción del *quantum* indemnizatorio en la contribución de la conducta culpable del menor objetivamente a la causación del daño, al matizar que aunque la conducta del menor, por ser menor, no es negligente, sí lo es irreflexiva¹⁵⁹⁴. Pero, ¿no es gratuita dicha justificación cuando se sigue la teoría de la compensación en términos de relación de causalidad?.

Incluso, en estos casos los Tribunales, en un intento de cábala jurídica, justifican la compensación en razón de la propia contribución o concurrencia de la omisión culpable de los guardadores del menor inimputable en la producción del daño, negligencia de los padres de los menores de escasa edad, como han entendido las SSTS¹⁵⁹⁵ de 22.2.1991 (RJA 1991,

¹⁵⁹⁴ En igual sentido, encontramos que el Tribunal utiliza el término culpa en sentido objetivo, en las SSTS, 27.6.1983 (RJA 1983, 3691, menor de 12 años que sustrae material pirotécnico de un empresa y resulta dañado); 22.11.1983 (RJA 1983, 6490 menor de 10 años que fallece por descarga eléctrica al escalar a un poste eléctrico de alta tensión de fácil escalada); 5.3.1984 (RJA 1984, 1198) en que se apreció la negligencia del menor por proceder al baño en plena digestión; 25.5.1985 (RJA 1985, 2812) y 3.12.1990 (RJA 1990, 9539); STS 5.2.1991 (RJA 1991, 991) aprecia, en su fundamento jurídico 6º, que la conducta irregular de la menor, reflejada por utilizar una vía inusual para penetrar en el inmueble, justifica la aplicación de la reducción de la cuantía indemnizatoria; y en STS 21.10.1991 (RJA 1991, 7231), que justifica la exoneración de la responsabilidad de Renfe del hecho de que “el menor cruzó la calle sin apercibirse de la presencia del tren, conculcando así un deber objetivo de cuidado y el elemento interno de la falta de previsión haciéndose así acceder al reproche jurídico de la conducta antijurídica”; STS 4.11.1991 (RJA 1991, 7930) alude a la conducta poco previsora del menor.

¹⁵⁹⁵ Además, se alude a la concurrencia de la negligencia de los padres, debido a la *falta del extremado control* que debía ejercerse sobre ellos, junto a la conducta del menor, en las SSTS 18.2.1985 (RJA 1985, 815) menor de 2 años en que se afirma que fue la conducta del menor junto con la imprudencia de los padres la causa del daño; y 21.11.1985 (RJA 1985, 5624) en que la menor tenía un año y medio; 10.12.1985 (RJA 1985, 6433).

1589); SSTs 12.7.1993 (RJA 1993, 6007); 20.10.1993¹⁵⁹⁶; STS 11.12.1996 (RJA 1996, 9015) STS 7.4.1998¹⁵⁹⁷; STS 16.5.2000 (RJA 2000, 3930)¹⁵⁹⁸ y SAP de Guadalajara de 12.2.1996 (AC 1996, 328)¹⁵⁹⁹; lo que, por otra parte, es más evidente cuando de un menor de edad disminuido psíquico se trata, como argumentó la STS 27.9.1993 (RJA 1993, 6746)¹⁶⁰⁰. Si bien, estamos de acuerdo con la opinión de PARRA LUCÁN de que esta práctica tiene pleno sentido cuando los padres son los que solicitan la indemnización por el fallecimiento del menor, como en las SSTs 22.11.1983 (RJA 1983, 6490) y de 17.2.1997 (RJA 1997, 1426), pero es más discutible cuando la indemnización es para el niño que ha sufrido las lesiones, como hace la STS 4.5.1995 (RJA 1995, 3891)¹⁶⁰¹. Sea como fuere, y en definitiva, la cuestión que nos hacemos es la misma que en el párrafo anterior, la virtualidad o utilidad de dicha argumentación desde la teoría de la concurrencia de causas.

¹⁵⁹⁶ Act.C, nº.6/7 de 13.2.1994 que justifica la reducción de la cuantía indemnizatoria a la víctima menor de catorce años, al que el propietario de un caballo en la Feria de Puente Genil se lo cedió teniendo un accidente con el mismo, mor a la negligencia de los padres por la falta de vigilancia.

¹⁵⁹⁷ Act.C, nº. 25, 22-28 de julio 1998, 706, que habla de la “culpa *in vigilando*” sobre los padres de un menor sobre la utilización por éste de una máquina batidora.

¹⁵⁹⁸ Resuelve el supuesto en que el padre del menor de 8 años para acceder al Centro Comercial Hipercor, tomó un carro de la compra y sentó en el mismo a su hijo y lo colocó en el aparato de elevación mecánica, Pero al cruzarse, en un punto de la barandilla, con la estructura de cemento donde se asienta otro elevador, al menor se le quedó atrapado el cuello, de lo que resultó la amputación del auricular izquierdo. En este supuesto el TS adujo que, al daño contribuyó la empresa pero también el *descuido* del padre al consentir el traslado de su hijo en una posición irregular, dada la edad y la estatura del mismo, de modo que era legítima la aplicación de la teoría de la compensación.

¹⁵⁹⁹ En relación a la muerte de una menor como consecuencia de las lesiones sufridas en el interior de un edificio en construcción, la Audiencia declaró responsable civil a la constructora, pero apreciando la influencia que tuvo en el resultado lesivo el actuar de la menor al introducirse en una obra prácticamente sin luz. Justificando, en el fondo, tal reducción de la cuantía en un cincuenta por ciento en “la culpa *in vigilando* de los titulares de la patria potestad que incumpliendo el deber de custodia inherente a aquéllos permiten que la menor, a avanzadas horas, permanezca alejada de su domicilio y ajena a toda atención o cuidado por quienes son legalmente responsables de los actos de la misma”.

¹⁶⁰⁰ Esta sentencia resuelve el caso de un menor de 11 años que padecía una ligerísima disminución de sus facultades mentales, y el Tribunal declara la reducción de la cuantía indemnizatoria debida al menor que penetró en el interior de un edificio en construcción cuyas obras estaban paralizadas y cayó desde una tercera planta en el curso de los juegos, debido a la existencia de una conducta negligente imputable a la madre. En el mismo sentido, a nivel de Audiencia Provincial, la SAP de Guadalajara de 12.2.1996 (AC, 1996, 328), en relación a la muerte de una menor como consecuencia de las lesiones sufridas en el interior de un edificio en construcción, resolvió la responsabilidad de la constructora pero apreciando la influencia que tuvo en el resultado lesivo el actuar de la menor al introducirse en una obra prácticamente sin luz. Justificando, en el fondo, tal reducción de la cuantía en un cincuenta por ciento en “la culpa *in vigilando* de los titulares de la patria potestad que incumpliendo el deber de custodia inherente a aquéllos permiten que la menor, a avanzadas horas, permanezca alejada de su domicilio y ajena a toda atención o cuidado por quienes son legalmente responsables de los actos de la misma”.

¹⁶⁰¹ PARRA LUCÁN, M.A., “Artículo 1902 CC”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, ob, cit, p. 3325.

Y, en segundo lugar, cuando el menor es joven e imputable, o en edades próximas a la adolescencia, hemos constatado en la jurisprudencia una línea, casi uniforme, en justificar la compensación en términos de culpabilidad en sentido psicológico, esto es, sobre la base de la imputabilidad civil de la víctima; cuando, paradójicamente, olvidan dicha justificación en los supuestos en los que el menor es agente del daño. Esto es, los Jueces y Tribunales se preocupan en destacar la edad y capacidad del menor que ha contribuido con su conducta al daño, como se constata, entre otras, en las SSTS de 28.5.1991 (*RJA* 1991, 3940)¹⁶⁰²; 5.10.1995 (*RJA* 1995, 7020)¹⁶⁰³; 5.6.1997¹⁶⁰⁴; 13.4.1998¹⁶⁰⁵; 21.4.1998¹⁶⁰⁶; 25.5.1999 (*RJA* 1999, 4382)¹⁶⁰⁷, y en las SSAP de Córdoba de 10.3.1994 (*AC* 1994, 492)¹⁶⁰⁸; de Cuenca de 31

¹⁶⁰² Resuelve el supuesto en que un menor de 15 años, cuando estando presenciando un partido en el Frontón Municipal, fue a recoger una pelota, y al salir por lugar inadecuado y apoyar el pie en una canaleta, cayó al suelo sufriendo graves lesiones. Siendo lo relevante que el TS razone que el que tal acto lo acometiera un adolescente de 15 años conlleva que lo hiciera aceptando su propio riesgo de caída, por lo que la “la creación del riesgo se inició, en su dinámica, por un acto, a pesar de su edad, imprudente e irreflexivo”.

¹⁶⁰³ En su fto jurídico primero justifica la reducción de la indemnización debida por la recurrente en la culpa concurrente de la víctima menor de edad pues, si bien es cierto que el menor fallecido pidió y se le concedió autorización para cruzar el río Esla, sin que se le advirtiera de los posibles peligros de ahogo, no es menos cierto que dicho joven tenía 15 años de edad, *con suficiente raciocinio para, si no estaba avezado en la actividad de la natación, no realizar un acto que escapaba de sus posibilidades*. Aunque es significativo que en la sentencia también se aluda a “las circunstancias de relación familiar concurrentes” (dando a entender que la minoración se produjo porque el menor estaba en situación de desamparo y su tutela la tenía asumida la Diputación Foral de Guipúzcoa).

Vid. BARCELÓ DOMENECH, J., “Comentario a la STS 5.10.1995”, *CCJC*, n.º.40, enero- marzo 1996, pp. 225-237.

¹⁶⁰⁴ *Ar.C.*, 1997.II, n.º.4606. El TS afirma que la reducción de la cuantía debida al menor, que sufrió un daño al manipular explosivos depositados en un remolcador, que se encontraban en un lugar accesible a la curiosidad de terceros, se basa en la aplicación del artículo 1104 CC puesto “(...) que la actividad desplegada por los menores sea a tal punto alejada de algo normal y usual, y propia creadora del riesgo, *atendiendo aún como dato la edad y discernimiento* que, en el peligro debía de consignarse ya en el menor Roberto, y que a juicio de este Tribunal sea tan amplia, que no cabe duda en este preciso caso que es capaz por sí de absorber en su caso concurrente negligencia de los codemandados”.

¹⁶⁰⁵ *Act.C.*, n.º. 26, 29 junio-5 julio 1998, pp. 1900-1904; *RJA* 1998, 2388. En este supuesto se aprecia la conducta concurrente imprudente de un joven de 15 años en la producción del daño que sufrió, al adentrarse en un paraje agreste y sin luz y acceder a la cantera y precipitarse en el vacío.

¹⁶⁰⁶ *Act.C.*, n.º. 27, 6 al 12 junio 1998, pp. 2003-2005. Se refleja la justificación en términos de imputabilidad al sostener el TS en su fundamentación jurídica que concurrió culpa por parte del menor de 13 años en la guarda y manipulación del artefacto explosivo, *cuya peligrosidad no podía desconocer*.

¹⁶⁰⁷ La culpa exclusiva del menor de 13 años fue causa exoneradora del agente, por la explosión de una bengala de señalización para usos náuticos que, en compañía de otros dos menores, había sustraído de unas dependencias municipales, y la había manipulado golpeándola con una piedra a fin de extraer la pólvora que contenía.

¹⁶⁰⁸ Resuelve un supuesto en que un menor cierra una puerta de un Club deportivo cuando pasaba otro menor de 12 años, y que ocasionó la amputación del brazo de éste. Y ante la demanda de indemnización del padre de la víctima frente a los padres del menor que cerró la puerta y el Club deportivo, aduce que, lo que ocurrió fue un desgraciado accidente inevitable, ya que una puerta es un instrumento de uso corriente y doméstico que no entraña riesgo, y “*el menor de doce años debía ir empezando a ser consciente de los peligros en una etapa en la que ya inicia una ligera autonomía respecto de la esfera protectora de los padres*”.

de marzo de 1997¹⁶⁰⁹; y de Barcelona de 29.10.1999 (AC 1999, 2119)¹⁶¹⁰. E, incluso, a veces, se pone de manifiesto, no la culpa del menor adolescente, sino la de los padres¹⁶¹¹. Pero, igualmente, ¿no es gratuita dicha justificación cuando se sigue la teoría de la compensación en términos de causalidad?

Una vez expuesta la contradicción de la jurisprudencia en lo que a las víctimas menores de edad se trata, en el sentido de que aquélla, teóricamente, sigue la teoría de la compensación en términos de relación de causalidad pero, en la práctica, no renuncia a argumentar sutilmente en términos de culpabilidad, creemos que, la negación de la teoría de la causalidad también tiene otra manifestación:

En concreto, como es doctrina pacífica la inaplicación de la teoría de la compensación cuando las conductas concomitantes no presentan una mínima aproximación al ser una de ellas más grave que la otra, los Jueces y Tribunales llegan a justificar la “menor gravedad de la conducta del menor” en su misma minoría de edad, en vez de valorar dicha gravedad desde el punto de vista objetivo de la contribución de su conducta al daño. En definitiva, en el fondo se tiene en cuenta la escasa culpabilidad del menor cuando se niega el efecto exoneratorio o compensatorio mencionado, como se constata en la STS 31.10.1985 (RJA 1985, 5138) en la que el TS hizo responsable por la totalidad del daño a una empresa por riesgo creado, y que ha

¹⁶⁰⁹ Ar.C., 1997.I, pp. 832-834. En relación al supuesto en que un menor de 16 años, finalizada una traca con ocasión de las fiestas del pueblo, se apoderó de un petardo que se hallaba en el suelo y, sin cerciorarse de si había hecho explosión o no, procedió, junto con otros amigos, a explosionarlo en un lugar apartado, la sentencia de apelación resolvió la reducción de la cuantía indemnizatoria debida por los agentes del daño, sobre la base de la *intervención libre, espontánea, y voluntaria del menor* que contribuyó, en estricta relación causal, al daño que sufrió.

¹⁶¹⁰ En la que afirma la sentencia de apelación que, tanto la conducta del menor víctima del daño como la del agente del mismo, también menor, y ambos adolescentes de 12 y 16 años respectivamente, mostraron *una irreflexión superior al respectivo grado de discernimiento de cada uno de los intervinientes*.

¹⁶¹¹ Vid. STS 12.7.1993 (RJA 1993, 6007); y STS 20.10.1993, en Act.C., nº.6/7 de 13.2.1994, que justifica la reducción de la cuantía indemnizatoria a la víctima menor de catorce años, al que el propietario de un caballo en la Feria de Puente Genil se lo cedió teniendo un accidente con el mismo, por la negligencia de los padres por la falta de vigilancia. Y, también, STS 23.2.1996 (RJA 1996, 1587). Resuelve el supuesto en que una menor de 13 años, que sufría una enfermedad denominada acidosis tubular renal y precisaba medicación regular, asistió a las actividades normales de la colonia, a pesar que antes de ir se quejó de dolores, los que se reiteraron en la Colonia; pero ingresada en el Hospital falleció. De tal modo que se condenó solidariamente a los legales representantes de la Colonia MIJAC, a la compañía aseguradora, y al representante de Consell de la Juventud de Terrasa, al igual que redujo la cuantía indemnizatoria sobre la base de la concurrencia de la conducta *gravemente negligente* de los padres de la menor permitiendo que su hija asistiese a la colonia de verano donde se realizarían ejercicios físicos totalmente inadecuados para su salud, y dejando de suministrar a los responsables de la colonia

permitido el descuido de que niños de corta edad lo utilizaran como lugar de esparcimiento; en la STS 14.6.1984 (*RJA* 1984, 3242) que aplica la teoría del riesgo sin efecto exoneratorio o de compensación de indemnización al caso en que una joven de catorce años fallece en una piscina por sumersión, en razón de la menor gravedad de la conducta del menor frente a la de quién explota una piscina en su beneficio sin disponer de los medios preventivos necesarios; en la STS 9.7.1988 (*RJA* 1988, 5602) que no aprecia negligencia en un menor de siete años que murió al atropellarle un tren cuando jugaba en el lugar por donde éste pasaba; en la STS 28.3.1990 (*RJA* 1990, 1734) que justifica el hecho de que un menor de siete años se sienta atraído y quiera investigar el origen del humo; en la STS 1.4.1990 (*RJA* 1990, 2684) que justifica la actuación de un menor de ocho años de jugar en una estación de ferrocarriles y subirse a las instalaciones allí existentes de energía eléctrica; en la STS 11.7.1990 (*RJA* 1990, 5852); en la STS 4.6.1991 (*RJA* 1991, 4415) en relación a dos menores de nueve y diez años que mueren ahogados; en la STS 30.12.1992¹⁶¹², y en la STS 22.9.1992¹⁶¹³.

Si bien, y en realidad, la respuesta jurisprudencial expuesta en el párrafo anterior puede estar influida por el hecho de que en la mayoría de los casos expuestos la responsabilidad civil del agente del daño fuera objetiva o cuasiobjetiva. Y esto, en coherencia con una opinión doctrinal que defiende una valoración distinta de la conducta de la víctima, tanto de su culpa como su contribución causal, en caso de que estemos ante una responsabilidad civil subjetiva u objetiva, respectivamente, en razón de la justicia que demanda que se tenga en cuenta la situación en la que se encuentra cada uno de los intervinientes en el accidente en casos que son sustancialmente diferentes¹⁶¹⁴. Asimismo, en

la información necesaria acerca del estado físico de su hija, pues no facilitaron historial clínico que impidió que, producida la crisis, se adoptasen desde el primer momento las medidas que hubieran podido evitar el desenlace.

¹⁶¹² *RJA* 1992, 8186. No se tuvo en cuenta la posible negligencia de los padres de un menor de 8 años que falleció en un accidente de montaña, al implicarle en una excursión que tenía un grado de dificultad grande para un muchacho de su edad, con peligrosidad y dificultad agravadas por la edad del menor, cuando se afirma que la responsabilidad de la entidad organizadora de la excursión era por riesgo, esto es, con independencia de que se hubiera tomado o no las precauciones debidas, que en este supuesto no se tomaron; pues la responsabilidad atenuadamente objetiva debe de regir actividades como las asumidas por los demandados.

¹⁶¹³ *RJA* 1992, 7018, que resuelve el caso de un menor de 9 años que sufrió un accidente al introducir el pie en una instalación de lavado automático de vehículos, que carecía de señal alguna que indicara peligro o prohibiera el paso. Y el TS resolvió, en relación a la ponderación del dato de concurrir la víctima a la originación del resultado dañoso, que: “no se ha apreciado conducta culposa atribuible a la víctima, (...) la circunstancia de que el niño Juan penetrara en el establecimiento de Sermovil, SA por mera curiosidad infantil no altera en absoluto los términos de la cuestión”.

¹⁶¹⁴ REGLERO CAMPOS, F., “El nexa causal ...”, ob, cit, p. 113, que nos explica que, por ejemplo, en un supuesto de culpa de la víctima en un accidente de circulación de vehículos a motor - artículo 1.1.IV LRCSCVM

términos parecidos, un sector amplio de la doctrina francesa propone, en sentido contrario a la jurisprudencia de su país, que se exija la culpa de la víctima grave o inexcusable para que tenga un efecto de moderación de la responsabilidad civil objetiva, o que esté, en todo caso, cubierta por un seguro¹⁶¹⁵.

En conclusión, de lo expuesto hasta ahora se puede afirmar que los Tribunales, en orden a reducir la cuantía indemnizatoria debida por el responsable civil en los casos en que el menor de edad, también, ha sido partícipe de su daño, valoran la conducta de la víctima menor de edad desde un punto de vista subjetivo (su culpabilidad), y no desde el punto de vista objetivo (de la contribución de su conducta al daño), lo cual pone en tela de juicio el aparente seguimiento por la jurisprudencia española de la teoría de la concurrencia de causas. Ahora bien, existe cierta especialidad cuando de incapaces que contribuyen a su propio daño se trata, como exponemos en el epígrafe siguiente.

b.- Aplicación de la “la minoración de la reducción” a la víctima infans deficiente psíquica. Referencia al caso de la víctima mayor de edad incapaz.

En aquellos casos en que la propia minoridad, por la mayor gravedad de la conducta del menor en la producción del daño, no justifica la negación de la teoría de la compensación, los Jueces y Tribunales han llegado a aplicar, de modo novedoso, una “reducción de los efectos de la minoración” en los casos en los que el menor de edad es deficiente o enfermo psíquico: por ejemplo, en la STS de 15.12.1994 (RJA 1994, 9421) se afirma que, precisamente, “había que tener en cuenta las especiales condiciones del menor, esto es su deficiencia mental, a la hora de determinar la minoración de la cuantía indemnizatoria”, ya que si por tal causa la conducta concurrente del menor se presentaba con mucha menos

– no se debería de aplicar los mismos criterios para medir la culpa de la víctima y la del agente del daño, por la sencilla razón de que “a quien crea una situación de riesgo o controla un instrumento de riesgo le es exigible un grado de diligencia muy superior que a quien no lo hace. Así lo entendió, de modo excepcional, la STS 18.1.1936 (RJA 1936, 243 bis), y la STS 8.7.1999 (RJA 1999, 4766), criticando, por tanto, que la diferente posición de las partes en la situación de riesgo apenas se tiene en cuenta por las numerosas sentencias que aplican el principio de concurrencias de culpas.

¹⁶¹⁵ Vid, en este sentido, TUNC, A., “Sur un projet de loi en matière d’accidents de la circulation”, *RTDC*, 1967, p. 82; VINEY, G., “Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde”, *D*, 1975, ch, p. 263. LAPOYADE-DESCHAMPS, C., *La responsabilité de la victime*, th, Bordeaux, 1975.

intensidad, la minoración también había de ser menor”¹⁶¹⁶. Por el contrario, niega dicha minoración en la reducción indemnizatoria, por un lado, cuando la víctima es solamente un menor de edad incluso de escasa edad, como se desprende, además de las sentencias vistas en el apartado anterior, de la STS de 10.10.1995 (RJA 1995, 7186) que no tiene en cuenta la escasa edad del menor que sufrió un daño en un Centro docente para el mentado efecto¹⁶¹⁷; y, por otro, cuando estamos ante un sujeto mayor de edad deficiente o enfermo psíquico, lo que se debe a que en estos casos los Tribunales ni siquiera tienen en cuenta su contribución al daño para reducir o exonerar al agente del daño¹⁶¹⁸; a excepción de algún supuesto aislado como la SAP de Asturias de 24.2.1994 (AC, 1994, 228) que redujo la cuantía indemnizatoria, aunque sin justificarlo¹⁶¹⁹.

Y la racionalidad de esta distinción se puede encontrar en las mismas reglas jurisprudenciales acerca de la compensación, en el sentido en que la misma deficiencia puede influir en que los Jueces no juzguen, *iure et de iure*, proporcional la mayor culpa o conducta

¹⁶¹⁶ El supuesto versa sobre la muerte de un menor de diez años deficiente mental, fuera del centro de enseñanza donde estaba interno, pero antes del horario de salida reglamentaria. De tal modo que, por una parte, se declara responsable por culpa al centro, sobre la base de la falta de la vigilancia debida que, en este caso por las carencias o deficiencias mentales del menor, había de ser extrema. Pero, por otra parte, se reduce la cuantía indemnizatoria sobre la base de la contribución de la conducta del menor al daño, ya que hizo caso omiso a su deber de permanencia en el Colegio, y aprovechó el descuido y descontrol para salir a la calle y acudir al inmueble donde tuvo lugar el accidente. Sin embargo, dicha *reducción se minoró por tal deficiencia*.

¹⁶¹⁷ Esta sentencia resuelve el daño sufrido por un menor de nueve años cuando, saliéndose de la fila junto con un compañero y bajando al patio sin vigilar, se cayó de una canasta desde la que se colgó y tocó con los pies en una malla metálica, razón por la cual con el impulso que imprimió salió proyectado hacia atrás, y determinó que su cabeza golpease sobre el suelo y a consecuencia de las heridas muriese. Pues bien, la sentencia hace una llamada de atención a que “es indudable que un Colegio de niños de corta edad exigen máxima diligencia en evitación de daños que éstos puedan sufrir incluso a consecuencia de conductas propias de la infancia, y por lo mismo, quizá, imprudentes; pero tal grado de exigencia es coherente con la teoría jurisprudencial de la culpa extracontractual que afirma que no consiste en la omisión de normas jurídicas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar. Por último, en este supuesto es indudable la responsabilidad del Centro docente por culpa de la directora (art.1903.4 CC), por mantenimiento en el patio de un elemento inútil a su finalidad del que se hacía mal uso por los niños y ausencia de vigilancia en los juegos por el profesorado.

¹⁶¹⁸ Vid. STS 8.2.1994 (RJA 1994, 834). Resuelve el supuesto en que un mayor de edad que sufría una minusvalía de *down* no incapacitado sufrió un accidente en un centro dedicado por la Administración a la enseñanza y curación de particulares regido por personal no dotado de carácter público. A causa de una clara imprevisión de los encargados del centro dejaron que aquél penetrase en la zona de la piscina más profunda. Pero no se apreció que el mayor podía, también, haber previsto el peligro como se constata cuando se trata de menores. Y, STS de 28.2.1995 -sala 3ª- (GARCÍA GIL, FJ., *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*, ob, cit, pp. 980-983), que resuelve el caso en que tampoco se apreció la reducción de la cuantía indemnizatoria debida por el agente del daño derivado del accidente sufrido por un deficiente mental moderado al fugarse de un Centro de Adultos.

¹⁶¹⁹ La AP redujo la cuantía indemnizatoria debida por el INSALUD de 12 millones a 5 millones, aunque no encontramos argumento en ningún fundamento jurídico.

del agente con la de la víctima incapaz, de modo que la de aquélla absorbe a la de ésta. Pero, entonces, ¿por qué los Tribunales resuelven de otro modo cuando de un menor de edad deficiente psíquico se trata?

Sea como fuere, es difícil dar una respuesta a dicho interrogante porque lo cierto es que en los casos en que el daño lo sufre un enfermo psíquico los Tribunales no argumentan su pronunciamiento en este punto en concreto (la no aplicación de la compensación), a excepción de algunas sentencias donde la víctima es un enfermo psíquico en el que el daño deriva de un intento de suicidio. No obstante, en estos casos existe una cierta ambigüedad jurisprudencial, ya que:

a) En unos casos se juzga que la voluntaria conducta de suicidarse es causa de exoneración de responsabilidad del centro que la custodia (unidades de salud mental de los Hospitales Generales, o los Centros psiquiátricos), sobre la base de que las lesiones que una persona voluntariamente se causa son atribuibles a su propia responsabilidad: así, por ejemplo en la STS –sala 1ª- 1.6.1996 (RJA 1996, 4717) se estimó como caso fortuito la muerte del enfermo psíquico al arrojarlo desde una ventana de un Hospital psiquiátrico; en igual sentido, la STS –sala 3ª- de 5.5.1998 (RJA 1998, 4625) eximió de toda responsabilidad a la Administración penitenciaria por el suicidio de un interno, al que se le diagnosticó un cuadro de esquizofrenia paranoica, en un psiquiátrico penitenciario, al razonar que el suicidio es un acto voluntario, por lo que no se puede responsabilizar a la Administración por actos en los que participa quién resulta lesionado¹⁶²⁰; y, más recientemente la STS 17.2.2000 (RJA 2000, 1161), que exoneró de responsabilidad civil al Servicio Vasco de Salud por la fuga de un paciente sujeto a vigilancia visual en régimen de terapia ocupacional, que se arroja a la ría y perece ahogado, pues la “*voluntad del paciente quebró por completo la supuesta relación de causalidad* entre la asistencia a terapia ocupacional, adoptada por el Centro en cumplimiento de una orden médica, y la escapada y el suicidio”¹⁶²¹. Y, respecto de las AAPP, se encuentran

¹⁶²⁰ Y es que en este caso, la demanda la presenta el mismo suicida, que es sustituido procesalmente, después de su muerte, por sus parientes.

¹⁶²¹ En su fto jurídico 2º alega el TS que el Centro actuó adecuadamente, no siendo previsible en estas ocasiones una actitud como la seguida, y aún siendo previsible, no es posible aplicar otro criterio que el seguido de “vigilancia visual” mantenida del enfermo basada en todo momento en la transparencia y confianza, pues el paciente había comenzado a confiar en la terapia respondiendo a la misma de forma positiva, y de ahí que se le permitiera bajar a terapia ocupacional confiando que la idea suicida había consolidado.

en tal línea, la SAP de Barcelona de 8.5.1995 (AC 1995, 1129) que también calificó de caso fortuito el suicidio de un enfermo de Alzheimer al afirmar en su fundamento jurídico segundo que, en principio, las lesiones que una persona se causa voluntariamente son atribuibles a su propia responsabilidad; y la SAP de Barcelona de 25.11.1995 (RJC, 1996.II, núm.II).

b)Y, por el contrario, en otros casos se aduce que dicha conducta, a pesar de haber contribuido a la producción del daño en una clara relación causal, no se tiene en cuenta en orden a la exoneración o compensación de la responsabilidad de la Administración. Y así lo apreció la SAP de Tarragona de 2.6.1995 (AC 1995, 1227), pero sin justificar su pronunciamiento, al resolver el supuesto de la muerte de una enferma psíquica que padecía enolismo y depresión nerviosa a causa del incendio de su habitación provocado por un mechero accionado por la propia víctima. Incluso, hay sentencias que afirman que la razón se encuentra, o bien, en que: *“la conducta del demandante no podría ser considerada libre y voluntaria en su origen”*, como, por ejemplo, afirmó la SAP de Guadalajara de 14.11.1994 (AC 1994, 2037) acerca de autolesiones de una persona con trastorno ciclotímico de la personalidad¹⁶²²; o bien en que la culpa del enfermo psíquico se absorbe por la culpa de los centros, que incurrieron en falta de vigilancia y control, que asumen inexorablemente la función de vigilancia y custodia de tales enfermos, y, así, la SAP de Toledo de 12.12.1994 (AC 1994, 2273), aunque trata del accidente automovilístico de un deficiente psíquico que se fugó de un centro, y no de un intento de suicidio, afirmó que: *“(...) el centro dedicado a tal actividad absorbe la eventual culpa de la víctima enferma mental en el accidente de tráfico en razón de su inimputabilidad”*¹⁶²³.

¹⁶²² Fundamento jurídico 4º. El supuesto versaba sobre la demanda de indemnización que se dedujo frente, entre otros demandados, el hospital psiquiátrico, y la Excma Diputación provincial de la que aquél dependía, donde se produjeron las autolesiones por incendio de una persona que padecía un trastorno ciclotímico o locura transitoria al accionar un mechero con el que prendió fuego a las correas con las que fue atado a la cama (como consecuencia de que previamente había sufrido una crisis de agitación con intento de autolesiones). De tal modo que, con independencia de declarar la responsabilidad del hospital sobre la base del artículo 1902 CC como tal persona jurídica (a la que le aplican la objetivización de la responsabilidad civil) y con independencia de la culpa de los dependientes, se afirma en su fundamento jurídico 4º que “respecto a la compensación de culpas no se puede apreciar porque la conducta del demandante no podría ser considerada libre y voluntaria en su origen(...)”.

¹⁶²³ Vid. SAP de Toledo de 12.12.1994 (AC 1994, 2273), en su fundamento jurídico tercero. El supuesto trataba de la demanda de indemnización por el accidente automovilístico que sufrió un mayor de edad que padecía una oligofrenia severa con brotes psicóticos, al fugarse de una residencia o centro de minusválidos en el que los padres de aquél habían delegado la guarda y custodia del mismo, y cuya entidad gestora de tal centro y de la que dependía el mismo era una Asociación Protectora de Adultos Deficientes. De modo que la Audiencia resuelve que en el luctuoso suceso intervino en un 25% la conducción del vehículo pero en un 75%, y de modo

Sea como fuere, para entender el tratamiento jurisprudencial expuesto tenemos que tener en cuenta las siguientes ideas:

En primer lugar, y en orden a dar una explicación a los pronunciamientos contradictorios en el tratamiento que la jurisprudencia otorga al caso del suicidio del incapaz, hay quién entiende que, detrás de la aparente aleatoriedad en el tratamiento jurisprudencial de este tema, si uno indaga en los casos aprecia que los Tribunales exoneran de responsabilidad a la Administración cuando la víctima, incluso tratándose de un enfermo psíquico, no tiene ningún antecedente a su alcance y actúa dentro de la diligencia que el TS considera normal dentro de cada sector, de modo que, concluye el autor, la Administración suele responder sólo a partir del segundo intento. De tal modo que el suicidio del enfermo psíquico, como hecho causado por la única voluntad de su víctima no se equipara siempre a lo que en otros casos se conoce como culpa exclusiva de la víctima que provoca la exoneración de responsabilidad del tercero al que se pretende imputar el daño, pues en estos casos la voluntariedad de la conducta del suicidio no produce siempre la total irresponsabilidad de la personas o instituciones que podían estar obligadas, debido a la existencia de un vínculo especial con el suicida a, como mínimo, intentar evitarlo¹⁶²⁴.

Y, en segundo lugar, y en orden a dar una explicación a la argumentación que la jurisprudencia hace en términos subjetivos, cuando, sin embargo, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es objetiva, hay que tener en cuenta que la unidad jurisdiccional y de régimen sustantivo que intentó consagrar la LRJ-PAC 1992 no fue completa¹⁶²⁵, pues: por un lado, entre las excepciones a dicha unidad se encontraba la

solidario, el centro que guardaba al enfermo vía 1903.4 CC, y que es el que absorbe la eventual culpa de la víctima en el accidente de tráfico en razón de su inimputabilidad, ya que, debido a su conocida incapacidad para eludir riesgos y a su conducta de fuga era necesaria su protección absoluta y cuidado constante para no sufrir daños, y también la entidad gestora del mismo vía 1902 CC.

Y en otros supuestos, en que se aprecia que la conducta de la víctima no influyó en la relación de causalidad ente la acción/omisión administrativa y el daño, como STS 11.3.1995 –sala 1ª- (RJA 1995, 3133); STS 22.7.1997 –sala 1ª- (RJA 1997, 221); 21.11.1996, sala de lo social (RJA 1996, 3847); STS 22.7.1997 (RJA 1997, 221); STS 9.3.1998 (RJA 1998, 1270); STS 13.5.1998 (RJA 1998, 3686); y 4.10.1999 (*La Ley-actualidad* 12058); y la STSJ de Navarra de 17.5.1993 (RJA 1993, 4064).

¹⁶²⁴ LLOVERAS I FERRER, M.R., “Suicidio y derecho de daños. ¿Responsabilidad de la administración a partir de segundo intento?, en <http://www.indret.com>, 1/2000.

¹⁶²⁵ Recordemos que con la LRJAE de 26 de julio de 1957 (arts. 40-41) existía una “dualidad jurisdiccional”, de modo que cuando la Administración actuaba en relaciones de Derecho privado conocían los Tribunales civiles y se aplicaba el Código civil, y cuando actuaba en relaciones de Derecho público (potestades

responsabilidad civil de la Administración Institucional o de los entes instrumentales ya que, según el art. 2 LRJ-PAC, si el daño derivaba de una actuación pública eran competentes los Tribunales de lo contencioso-administrativo, y si, por el contrario, derivaba de una actividad material o de gestión eran competentes los Tribunales civiles. De modo que, como la atención psiquiátrica se ha encuadrado en la actividad sanitaria pública en general, que es una actividad material, se deduce que, cuando ésta se realiza a través del INSALUD, que es una entidad gestora de la Seguridad social y por tanto parte de la Administración institucional, hasta las reformas operadas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, y por el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio de Jurisdicción contencioso-administrativa¹⁶²⁶, los Tribunales que conocían eran los Tribunales civiles y el régimen aplicable el Código civil. Y, por tal razón, nos encontramos con sentencias, como las referidas en los párrafos anteriores, que aunque versan sobre la responsabilidad civil de la Administración pública sanitaria han resultado competentes para conocer los Tribunales civiles y han aplicado, por tanto, el Código civil, no siendo extraño, por tanto, que razocen en términos de culpa y de previsibilidad.

Y, por otro, aunque la LRJ-PAC 1992 estableció una unidad jurisdiccional, no aclaró el régimen jurídico sustantivo de responsabilidad civil extracontractual en los supuestos en los que la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, y sólo con la modificación de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero se establece una unidad no meramente procedimental, sino sustantiva (art. 144) que implica que, tanto en los supuestos en los que la Administración actúa en relaciones de derecho privado como público se va a aplicar la normativa administrativa (responsabilidad civil objetiva)¹⁶²⁷. Y, en consecuencia, no va a ser extraño, como hemos visto en el párrafo anterior, que existan sentencias de la sala 3ª del

de *imperium*) era competente el Tribunal contencioso-administrativo y se aplicaba la legislación administrativa. Y, la prestación de la asistencia sanitaria como otros tipos de actividad material o de gestión de la Administración se consideraban relaciones de Derecho privado.

¹⁶²⁶ En ambos preceptos se consagra la competencia exclusiva de dicha jurisdicción para conocer de las cuestiones que susciten en relación a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive. De modo que, la mayoría de la doctrina entiende que, a partir de dichas reformas la unidad jurisdiccional también afecta a los entes instrumentales; si bien, hay quienes, por el contrario, entienden que, incluso, tras las reformas indicadas, el orden civil seguirá siendo competente cuando el daño hubiera sido causado por un ente instrumental de la Administración con personalidad jurídico-privada –GAMERO CASADO, E., “El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual”, *AJA*, n.º.426, de 17 de febrero de 2000, p. 4-.

Tribunal Supremo que, respecto a la responsabilidad civil de la Administración pública, aplique el Código civil y razone en términos de culpabilidad, aunque, a veces, mezcle dicho argumento con el que el suicidio del enfermo psíquico no es algo ajeno y externo (como tiene que ser la fuerza mayor a diferencia del caso fortuito) al servicio¹⁶²⁸.

En definitiva, y tras todo lo expuesto hasta ahora, concluimos:

1º) En primer lugar, que la jurisprudencia otorga un trato diferencial al colectivo de los menores y al de los incapaces cuando son víctimas y partícipes de su propio daño: ya que, cuando la víctima es un menor de edad se produce la compensación indemnizatoria; incluso en los casos de intento de suicidio tal y como resolvió la STS-sala 1ª- 14.2.2000¹⁶²⁹. Si bien, la minoridad se tiene en cuenta, unas veces, para que la culpa del agente absorba a la del menor, y otras, para aplicar la teoría de “la minoración de la reducción” en los casos en que el

¹⁶²⁷ CHOCRÓN GIRÁLDEZ., “El principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, *AJA*, nº. 451, de 7 de septiembre de 2000, p.5.

¹⁶²⁸ Incluso, otra excepción a la unidad jurisdiccional de la LPA de 1992 fue cuando se demandaba junto a la Administración sanitaria a algún particular (un médico, un tercero, etc), pues en estos casos se seguían considerando competentes los Tribunales civiles, hasta la reforma de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 que especificó que en estos casos también son competentes los Tribunales contencioso-administrativos. Incluso, para que no haya lugar a dudas la DA12ª de la Ley 4/ 1999 que modificó la de 1992 consagró la atribución específica al orden contencioso-administrativo para conocer de las reclamaciones de responsabilidad derivadas de asistencia médica prestada por el Sistema Nacional de Salud, incluso la prestada por centros privados concertados. Puede decirse que el legislador ha querido cerrar cualquier vía de escape que pudiese permitir llevar la responsabilidad de la Administración ante los órdenes civil o social de la Jurisdicción.

¹⁶²⁹ Ref. STS 14.2.12000 (EDC 29071), en la que se habla de “conjunción de causas”: la falta de medidas del colegio para evitar caídas, y la voluntad de la niña de suicidarse arrojándose al vacío desde una ventana que estaba al lado de donde estaba sentada, que abrió, se subió a su pupitre, pasó al aféizar de la ventana y desde allí se lanzó. Cayó sobre la terraza de un primer piso, sobrevivió, pero sufrió lesiones muy graves que la sentencia no especifica. Su padre presentó una demanda, en nombre propio y en el de la hija, por daños y perjuicios contra la empresa titular de la escuela, su aseguradora, el director y una profesora de la escuela solicitando una indemnización de 20 millones de pts. Y el Tribunal Supremo apreció la reducción de la cuantía indemnizatoria debida por el responsable. (en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, ob, cit, p. 209.

Y para una crítica de esta sentencia, vid. LLOVERAS I FERRER, M-R., “STS, 1ª, 14.02.200. La responsabilidad de un centro escolar por un intento de suicidio”, <http://www.indret.com>, 3/2000, que, desde un punto de vista interesante, critica la postura del TS de alegar como criterio de imputación de este centro escolar privado “el incumplimiento de las medidas de seguridad del centro escolar, en particular, de la altura de la ventana. Pues, según el límite que impone a la teoría de la relación de causalidad, el “fin de protección de una norma jurídica”, en este caso era discutible que las normas de seguridad de las escuelas estén pensadas o incluyan medidas preventivas de los intentos de suicidio de los escolares de 12 años de edad, a diferencia de las normas de seguridad establecidas para los centros penitenciarios en el RD 190/1996, de 9 de febrero) –STS, 3ª, 30.3.1999 (RJA 1999, 3244). De modo que, si las normas de seguridad de las escuelas parecen primariamente dirigidas a evitar los daños producidos por accidentes que pueden ocurrir debido a juegos que generan situaciones de riesgo, en el caso de que la niña hubiese caído por la ventana mientras jugaba imprudentemente con sus compañeros la responsabilidad del centro estaría fuera de cualquier duda.

menor de edad es deficiente psíquico. Pero, cuando, la víctima es un deficiente o enfermo psíquico mayor de edad existe la tendencia a eliminar toda virtualidad a su conducta en orden a una exoneración-compensación de la cuantía indemnizatoria, a excepción de la ambigüedad jurisprudencial en lo que respecta al caso del suicidio.

2º) Y, en segundo lugar, que la aplicación de la teoría de la “minoración de la reducción” en base a la menor culpabilidad del menor deficiente psíquico, como la no aplicación de la reducción de la indemnización en los casos en que el incapaz mayor de edad sea víctima y partícipe de su propio daño, normalmente en base a su falta de culpabilidad, refleja que, en el fondo los Tribunales aplican la teoría de la concurrencia de culpas pero no causal, esto es, sitúan la cuestión de la participación de la víctima, menor de edad e incapaz, en el plano del criterio de imputación y no en plano de la relación de causalidad. Y, en consecuencia, lo dicho refleja el prejuicio que tienen los Tribunales, también en estos casos, de que todo incapaz es inimputable civil.

III. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR HECHOS DE LOS HIJOS.

1.- POR LOS HECHOS DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.

A.- La cuestión previa de la determinación del sujeto responsable: las crisis matrimoniales.

La redacción del artículo 1903.2 CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, estableció como presupuesto de la responsabilidad civil de los padres que el hijo se halle bajo la guarda de los padres responsables¹⁶³⁰. De modo que queremos advertir, siguiendo la opinión de MICHEL NAVARRO, que la guarda jurídica no es un instrumento subjetivizador, ni objetivizador de la responsabilidad civil, sino que es un criterio de delimitación del sujeto

¹⁶³⁰ El vigente párrafo 2º del artículo 1903.CC fue redactado de conformidad con el Segundo Proyecto – BOE, serie A, núm. 71-I, Congreso de los Diputados, de 14 de septiembre de 1979, p.347, en LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob, cit, np. 34, p. 73. Y el texto anteriormente vigente era: “El padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que vivan en su compañía”.

responsable, y nada más: “así, si exigimos la guarda, y estamos ante un sistema objetivo, procederá examinar cuál de los progenitores tiene la guarda jurídica, y se declarará la responsabilidad de éste, prescindiendo de su culpa o grado de participación en el evento dañoso. En un sistema subjetivo, después de precisar quien tiene la guarda jurídica, habrá que analizar y valorar su culpa”¹⁶³¹.

No ignoramos, sin embargo, que la interacción entre el criterio de imputación y el presupuesto de la guarda jurídica está presente, tanto en la jurisprudencia, como en la doctrina, en la medida en que hacen supuesto de la cuestión al condicionar la interpretación del término guarda por el criterio subjetivo de imputación que defienden, razonando en los siguientes términos: que el término guarda se halla íntimamente relacionado con la noción de *cuidado directo* del menor, y comprende aquellas funciones de la patria potestad que precisen de la convivencia del hijo o de la hija, puesto que sólo el progenitor que esté en esa situación de convivencia, podrá realizarlas. Por eso se viene a denominar “guarda” la posición que ocupa, respecto del hijo, el progenitor que convive con él¹⁶³². Y, en sentido parecido, nos

¹⁶³¹ NAVARRO MICHEL, M., ob, cit, pp. 66-67; y en sentido parecido, SALAS MURILLO, S.DE, ob, cit, p. 151, que, ante la objeción que hacen algunos autores (si la responsabilidad que se atribuye a los padres es prácticamente objetiva no es razonable esgrimir la circunstancia de que un progenitor no es guardador para excluir su responsabilidad y terminar imputándosela exclusivamente a quien ejerce su guarda), contesta la autora que la atribución de la responsabilidad civil a quien tenga la guarda ha sido decisión legislativa, y el tener del artículo 1903.2 CC no parece dar lugar a dudas: si se hubiera querido atribuir a ambos padres (por el hecho de serlo) con independencia de la misma, así se hubiera reflejado en el mismo. Otra cosa es que no deba interpretarse estrictamente, en el sentido de atribuir la responsabilidad al cónyuge que ejerce el derecho de visita, si el daño se produce en dicho momento, o de apreciar su responsabilidad concurrente por culpa *in educando*.

¹⁶³² RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Artículos 92 a 94”, *Comentarios al Código civil* (coord. RAMS ALBESA), t. II, ed., Bosch, Barcelona, 2000, p.931; y GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, p.74-. De modo que aplicando este concepto de guarda a la responsabilidad por hecho de otro, se deduce que en caso de separación judicial, nulidad o divorcio, sólo es posible afirmar la responsabilidad del cónyuge a quien la sentencia correspondiente haya puesto “a su cuidado” al hijo (esto es, a quién se haya atribuido la guarda).

Esta doctrina suele interpretar que, aún bajo la vigencia del nuevo texto, el deber-facultad de los padres de tener a los hijos en su compañía es presupuesto de la guarda, pues sin él no es posible el ejercicio de ésta ni su vigilancia, y por ello han entendido que la compañía sigue siendo presupuesto de la responsabilidad *ex art.* 1903.2 CC –vid. ref. GONZÁLEZ AGUADO, G., “Nota a la SAT de Barcelona, sal 1ª, de 10.2.1982”, en *RDC*, 1983, p.112; DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos, ob, cit, p. 823; en Gómez Calle, E., ob, cit, np. 175, p. 304. Y, también encuentro cierta confusión entre la guarda, como presupuesto de responsabilidad civil que determina el sujeto responsable, y lo que es el criterio de imputación o de atribución, en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil*, ob, cit, p. 257, que alude a que prefiere al doble requisito de “patria potestad-guarda” como criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres, para que sea responsabilizado quién, teniendo la patria potestad se halle con el menor en el momento del daño, pues, si bien, no es la solución perfecta, sí es la más coherente. Y, respecto al Derecho francés, vid. FLOUR, M./AUBERT, J-L./SAVAUX,E., *Droit civil*, ob, cit, p. 183, que afirma que, si bien la condición de guarda o el ejercicio de la autoridad parental era conforme a la idea de presunción simple de culpa, en la medida en que sólo se puede suponer la culpa en la educación y en la vigilancia respecto de la persona que dispone de los derechos y

encontramos con sentencias que afirman que el presupuesto de la “guarda” en la responsabilidad civil de los padres, introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, vino a matizar el carácter cuasiobjetivo de dicha responsabilidad civil de los padres, esto es, vino a subjetivizar dicha responsabilidad al admitir su exoneración en aquellos casos en que la actividad lesiva del menor se produce en un ámbito donde su obligación de velar por los hijos *ex* artículo 154.1 CC debe entenderse como delegada, pues razonan que “no podía ser de otra forma, ya que sólo a aquel progenitor que se halle ejerciendo esa concreta facultad/deber integrante de la patria potestad *ex* art. 154.II.1º CC cabrá reprocharle que haya desatendido la guarda y protección debida a su hijo”; esto es, el artículo 1903 CC no anuda la responsabilidad, de forma objetiva, a la verificación de la condición de padre¹⁶³³.

En definitiva, esta posición explica la respuesta jurisprudencial a los casos de crisis matrimoniales, pues:

a) Ante la cuestión de si: ¿declara la jurisprudencia responsable civil al progenitor que no ostenta la guarda y custodia de su hijo, sobre la base de la presunta culpa *in educando* *ex* artículo 1903 CC, cuando el hijo comete el daño encontrándose bajo la custodia del otro progenitor, concedida en sentencia de divorcio o convenio regulador?, la respuesta, sobre todo a nivel de Audiencias provinciales, es negativa, reconduciendo la misma a la regla general de la responsabilidad civil por culpa probada sita en el artículo 1902 CC, razonado que, “aunque se ha producido una progresiva tendencia a la objetivización en la responsabilidad civil de los padres, tal consideración no permite al juzgador vulnerar la letra y el espíritu de la ley que, en el artículo 1903 CC, atribuye la responsabilidad a los padres por los hechos de los hijos que se encuentren bajo su guarda”. Pues, “ni siquiera por la vía de la culpa *in educando* cabría hacer responsable al padre que no ejerce la guarda ni tiene la custodia, porque ésta, y no otra, es la *conditio legis* que ha de verificarse para la aplicación del artículo 1903 CC, y refutar a lo dicho la injusticia que supone hacer soportar la obligación resarcitoria sobre quien ya soporta la guarda del hijo, por cuya titularidad litigan a menudo muchos progenitores, no es de recibo

deberes que confiere la autoridad parental respecto al menor; también lo es, ahora que se ha establecido una presunción mixta o una responsabilidad civil que no se basa exclusivamente en la culpa, pues dicha responsabilidad no puede ser soportada más que por personas que tienen una “autoridad” sobre el menor, una poder de dirección de su modo de vida, lo que permite justamente el ejercicio de la autoridad parental.

desde el momento en que, entonces, la misma injusticia reside en condenar al progenitor que careciendo de la oportunidad de velar por su hijo (...)»¹⁶³³. Por el contrario, hay doctrina que entiende que la responsabilidad del padre o del tutor es una especie de responsabilidad *ex lege* inherente a las instituciones de patria potestad o tutela, pero que, como el criterio subjetivo de la culpa *in vigilando* y/o *in educando* es útil en los supuestos de la responsabilidad de los padres que no conviven, ya sea por nulidad, divorcio o separación judicial, en este primer caso, el cónyuge responsable es aquél que tenga encomendada la guarda del menor, pero si se considera la culpa *in educando* como fundamento de la responsabilidad civil de los padres podría hacerse extensiva la responsabilidad al otro progenitor, en cuanto hubiere participado

¹⁶³³ Fto jurídico 2º SAP de Castellón 26.1.1999 (AC 1999, 187); fto jurídico 5º SAP de Murcia 5.2.1993 (AC 1993, 689); y fto jurídico 5º SAP de Barcelona 29.10.1999 (AC, 1999, 2119).

¹⁶³⁴ Vid. SAP de Murcia 5.2.1993 (AC 1993,689), que confirma la sentencia de instancia que declara responsables civiles solidarios al menor, por el atropello que causó al pilotar una motocicleta sin licencia de conducir, al hermano del menor, propietario del vehículo, a la madre del menor, y al Consorcio de compensación de seguros, pero exonera de responsabilidad civil al padre del menor que, tras un proceso de separación, no ostentaba la guarda y custodia del hijo, atribuida a la madre. Y esto en razón de que no se probó la culpa del padre en la producción del daño ex artículo 1902 CC, pues la responsabilidad civil presunta recae, según el espíritu y la letra del artículo 1903 CC, en el progenitor que ostenta la guarda (fto jurídico 5º). En sentido parecido la STS 26.1.1996 en GARCÍA GIL, J., *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*, ed., Dilex, Madrid, 1997, pp. 600-601, que justifica reconducir al artículo 1902 CC la responsabilidad del progenitor que no ostenta la guarda, en que no se puede sostener que la patria potestad no acompañada de guarda y custodia de los hijos sea un simple rótulo sin contenido.. Y, en sentido parecido, SAP de Castellón 26.1.1999 (AC, 1999, 187), que estima el recurso de casación interpuesto por el padre de un menor que fue declarado por el Juzgado de instancia responsable civil de las lesiones causadas por su hijo a la actora, como consecuencia de un balonazo propinado en el rostro, cuando éste pasaba unas vacaciones con su madre, que era la que según el convenio regulador de la sentencia de divorcio ostentaba la guarda del hijo. Y esto en razón (fto jurídico 2º) de que, “por la misma causa que se exonera de responsabilidad a los padres cuando delegan la guarda a favor del centro escolar, se ha de producir en el caso de que la guarda del menor la ostenta exclusivamente de forma temporal uno de los progenitores, en virtud de lo dispuesto en el convenio regulador aprobado por la sentencia en procedimiento matrimonial, en cuyo caso aquél que estuviese privado de dicha guarda y custodia no le alcanza la responsabilidad derivada del artículo 1903 CC si el daño causado se hubiere producido cuando el menor estuviere bajo la ordinaria guarda y custodia de aquel que la tiene concedida”; y SAP de Barcelona 29.10.1999 (AC 1999, 2119), que confirma la sentencia de instancia en lo que respecta a la declaración de responsabilidad civil de la madre del menor de edad de dieciséis años que, mientras realizaba unos saltos con otros amigos en una plaza pública, causó lesiones a otro menor de edad de doce años que patinaba, y exonera de responsabilidad al padre del agente del daño, pues éste no tenía en el momento de producción de los daños la guarda del menor, ya que la sentencia de divorcio atribuía la guarda a la madre.

Y más recientemente, la sentencia de 1ª Instancia de Pamplona/Iruña 13.11.2000, y los hechos se reconducen a que el actor fue interceptado por dos menores que jugaban con un monopatín, siendo recriminado por aquél, y tras dicha recriminación, el menor, ya próximo a la mayoría de edad, dio un salto y agredió con la mano en la cara al actor, a la vez que con la rodilla izquierda le pegaba en el pecho o estómago, lo que le ocasionó que cayera al suelo y se golpera la cabeza. La víctima demandó a los padres del menor que estaban separados y era la madre quién ostentaba la guarda y custodia del hijo, y el Juzgado de 1º instancia responsabilizó solamente a la madre sobre la base de la culpa *in vigilando*. –vid. ROMERO COLOMA, AM., “En torno a la responsabilidad civil de los padres (a propósito de una sentencia de 13 de noviembre de 2000), en *RCDI*, noviembre-diciembre 2002, núm. 674, pp. 2391-2403-

en la educación del hijo¹⁶³⁵.

b) Y, en segundo lugar, ante la cuestión de si: ¿declara la jurisprudencia responsable civil al cónyuge que no ostenta la guarda pero cuyo hijo comete un daño cuando ejercita su régimen de visitas, sobre la base de la presunta culpa *in vigilando* ex art. 1903 CC?, la respuesta es que sí, al hacer aplicación de la llamada “teoría del traspaso de responsabilidad”, según la cual el derecho de visitas transfiere la guarda, pues los Jueces consideran que el término guarda ha de interpretarse de manera flexible, de tal modo que puede decirse que la responsabilidad se traspasa con el menor, y responde el progenitor que tenga consigo al menor en el momento de la comisión del acto dañoso, prevaleciendo la guarda real sobre la guarda legal¹⁶³⁶, como indica la conocida STS de 11.10.1990¹⁶³⁷. Sin embargo, hay quienes matizan que tal doctrina no es tan segura, en la medida en que en el caso en concreto fue decisivo el hecho de que sólo se demandó al padre¹⁶³⁸; y otros que, en estos casos, según que se adopte el criterio de culpa *in educando* o *in vigilando*, responderán, respectivamente, el cónyuge que tiene bajo su guarda al menor, salvo que el otro consorte hubiera participado antes en la labor educativa, o el cónyuge con el que se halla, de hecho, el menor en ese momento¹⁶³⁹.

¹⁶³⁵ ÁNGEL, R.DE, *Tratado de responsabilidad civil*, op, cit, pp. 337-347, 350; y en “Artículo 1903 CC”, en *Comentario del Código civil*, dirigido por Sierra Gil de la Cuesta, t.IX, ed., Bosch, Barcelona, 2000, p. 14. Y recogiendo la opinión de este autor, vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Derecho de Obligaciones, ob, cit, 1993, p. 977. Una cautela elemental, de cualquier modo, consiste en demandar siempre a ambos, y hasta no faltan quienes se muestran decididos partidarios, en general, de entender la responsabilidad de los padres como solidaria, y de que, si tienen régimen de gananciales, se trate de una responsabilidad ganancial, sobre la base de los artículos 1362.1º; 1366 y 1367 CC.

En contra, MICHEL NAVARRO, M., ob.cit, p.71. “(..) será difícil determinar el momento a partir del cual el menor ha recibido una educación válida y suficiente, para poder responsabilizar a sus padres. Supongamos que cuando los padres deciden separarse judicialmente, su hijo es de corta edad; en este caso, el menor no habrá recibido aún los beneficios de la educación impartida por sus padres, y no será posible invocar este argumento para responsabilizar al progenitor que tiene el derecho de visita”.

¹⁶³⁶ Este criterio ha sido acogido recientemente por el artículo 139.3 del *Codi de Família* de Cataluña de 1998 (art. 139), en DURANY PICH, “Padres y maestros”, en <http://www.indret.com>, pp.2-3.

¹⁶³⁷ STS 11.10.1990 (RJA 1990, 7860). Esta sentencia condenó al padre, que tenía el derecho de visita, al pago de los daños ocasionados por su hijo de 16 años, que circulaba con una motocicleta sin permiso de conducir, pues en el momento de dicha conducción el menor estaba bajo la custodia del padre.

Esta teoría jurisprudencial la comparten, GÓMEZ CALLE, E., ob, cit, p. 309, pues cabe entender que en el momento de la producción del daño el niño está bajo la guarda del mismo, aunque sea una guarda circunscrita temporalmente; y MICHEL NAVARRO, M., ob, cit, p. 72, que alega que, aunque la teoría del traspaso de responsabilidad pueda acarrear algunos problemas prácticos como el criterio al que hay que atender cuando se incumple el régimen de vistas establecido en la sentencia, si a dicha sentencia o a la efectividad del traspaso, defiende que, frente a la teoría de la culpa *in educando*, es la teoría más adecuada..

¹⁶³⁸ PARRA LUCÁN, MA., “Comentario al artículo 1903 CC”, en *Jurisprudencia comentada. Código civil*, t. II (arts. 1088 a1976) (dir. M. PASQUAU LIAÑO), ed., Comares, Granada, 2000, p. 3331.

A tenor de la línea jurisprudencial expuesta, y desde una primera aproximación, parece que los Jueces, y cierta doctrina, interpretan el concepto guarda como sinónimo de custodia, o de facultad de tener los hijos consigo según lo determinado en la sentencia de separación judicial, divorcio o nulidad, y esto en coherencia, tanto, con su concepto de guarda que implica compañía, como, con el tenor literal de los artículos 90.A CC (persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a patria potestad de ambos, y el ejercicio de ésta), 92 CC (medidas sobre el cuidado y educación de los hijos) y 103 CC (cónyuge con el que han de quedar los sujetos a patria potestad de ambos)¹⁶⁴⁰.

Sin embargo, en nuestra opinión, además de que la guarda no implica necesariamente compañía¹⁶⁴¹, si ponemos en conexión sistemática los artículos anteriores con el último párrafo del artículo 156 CC que si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, pero el Juez podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor y o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio, el resultado puede ser un tanto diferente al expuesto en líneas anteriores. Pues, a pesar de que existe una discusión en torno a la aplicabilidad de este precepto a la separación judicial y que la mayoría de la doctrina lo niega¹⁶⁴², creemos que el artículo 156.5 sí es aplicable a la separación judicial en razón de que

¹⁶³⁹ ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *Tratado de responsabilidad civil*, op, cit, pp. 349-350.

¹⁶⁴⁰ LACRUZ BERDEJO, JL., *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Derecho de familia, vol. 2º, ed., Bosch, Barcelona, 1989, p. 247, que entiende que el concepto guarda del artículo 1903.2 CC ha de interpretarse en el sentido de compañía-.

¹⁶⁴¹ En igual sentido, NAVARRO MICHEL, M., ob, cit, pp. 62-66, que la define como un concepto a caballo entre el deber de velar y la compañía, así en la STS 17.5.1986 (RJA 1986, 2731) se concedió la guarda y custodia al padre a pesar de ser diplomático y tener que ausentarse continuamente por este motivo; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., que entiende que la guarda la integran el deber de velar por los hijos y el deber de tenerlos en compañía, por lo que se puede guardar a los hijos aunque no vivan en el hogar paterno, y entiende que lo dicho se refuerza por la actual regulación de la tutela, cuyo artículo 296 CC no incluye entre los deberes del tutor, en la esfera personal, el tener al pupilo en su compañía; e, incluso, por el dato de que nuestros Tribunales, ni siquiera cuando el requisito de la vida en compañía era presupuesto de aplicación del artículo 1903.2 CC consideraron la convivencia efectiva como factor definitivo, así en la la STS de 30.4.1969 (RJA 1969, 2411) que condenó a una madre natural, titular de la patria potestad, al pago de la indemnización del daño causado por su hijo, a pesar de haberse acreditado perfectamente que el menor vivía permanentemente con el abuelo, codemandado, en casa de éste, y bajo su custodia, como si fuera su hijo. Y, más actualmente, DE SALAS MURILLO, S., ob, cit, pp.152-157, que la define como que los padres tengan al hijo “bajo su control”, aunque no exista contacto físico (STS 22.1.1991; esto es, la guarda no se agota en la unidad de domicilio ni siempre la exige, es algo más que intermediación física y la identidad de techo.

¹⁶⁴² Para una referencia de dicha doctrina, vid. MICHEL NAVARRO, M., ob, cit, np. 162, p.74. Si bien algunos opinan que sí es aplicable a la separación de hecho –vid. GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, p.307-, pero otros entienden que dicho precepto sólo se refiere a que las facultades derivadas

se refiere, en general, a la separación sin hacer distinción al tipo de causa, y de que, siguiendo a ROCA TRÍAS, las normas de los artículos 92, 93 y 94 CC son complementarias con las de los artículos 156.5, 159 y 161 CC, al no existir discrepancias entre ellas¹⁶⁴³.

En definitiva, si ponemos en conexión sistemática dichos artículos deducimos que hay que distinguir dos supuestos:

1º) En primer lugar, la regla general va a ser que la guarda, como ejercicio del contenido personal de la patria potestad¹⁶⁴⁴, la va a ostentar el progenitor a quién en la sentencia se atribuya la custodia de los hijos, lo que implica: por un lado, que dicho progenitor tenga la facultad de adoptar las decisiones cotidianas que afectan a la vida ordinaria del hijo, si bien, las decisiones importantes en la vida, salud, o en el patrimonio del hijo van a recaer en ambos progenitores, también en quién no tiene la guarda pero sigue ostentando la titularidad de la patria potestad –SAP de Madrid 7.10.1999 (AC 1999, 1829)-; y, por otro, que sea dicho progenitor quién vaya a ser declarado responsable civil en caso de que el hijo cometa un acto ilícito dañoso.

2º) Pero, y en segundo lugar, en el caso excepcional en que, a petición del progenitor que no tiene la custodia del menor, el ejercicio de la patria potestad estuviera compartida (se entiende la personal) entre ambos progenitores, juzgamos que se podría plantear la posible responsabilidad civil del progenitor a quién, aún no teniendo la custodia del hijo, el Juez le hubiera atribuido parte del ejercicio de la patria potestad, de contenido personal, a excepción de que el Juez, en el reparto, le hubiera atribuido exclusivamente el ejercicio del ámbito patrimonial.

En conclusión, a nuestro entender el presupuesto de la responsabilidad civil de los padres de la “guarda” ha de entenderse que se refiere al ejercicio del contenido personal de la patria potestad, y no solamente a quién tenga consigo al menor (custodia) en el momento de

de la patria potestad, que no los deberes, sólo se ejercerán por el progenitor que conviva con el hijo-vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDICA, C., ob, cit, p. 130-.

¹⁶⁴³ ROCA I TRÍAS, E., “Comentario a los artículos 92 a 94”, en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol.1, Madrid, 1984, p. 577.

causar el daño, como se desprende, por otra parte, del hecho de que el legislador eliminara el requisito de la compañía. De tal modo que, en orden a dilucidar sobre quién recae la guarda en los casos de separación judicial, divorcio y nulidad habría que analizar caso por caso, pues aunque, normalmente, la custodia del hijo implica el ejercicio de la patria potestad según lo establecido en el artículo 156 CC, hemos constatado, por el contrario, que no siempre es así.

Y la conclusión que defendemos se desprende, por otra parte, de modo más claro de la legislación y jurisprudencia francesa, en concreto, es significativo que la nueva ley nº 2002-305, de 4 de marzo de 2002, que ha culminado la obra realizada en otros ámbitos del Derecho de familia, haya suprimido la referencia a la guarda por la de “ejercicio de la patria potestad” en el artículo 1384.4 CC francés¹⁶⁴⁵. Asimismo, en el Derecho francés se acepta la “guarda conjunta”, que debe considerarse como la atribución a ambos padres, viviendo separados, de la responsabilidad genérica en cuanto al cuidado del hijo, pues, según los artículos 287 y 373.4 CC francés, en los supuestos de separación de los padres, el criterio de determinación del ejercicio de la *autorité parental* no es la atribución de la custodia del menor, como en el Derecho español, si no, antes bien, al contrario, el Juez, en primer lugar, dilucida, según el interés del menor, si conviene que la patria potestad sea ejercitada por uno sólo de ellos; en común por los dos; o que exista una distribución del ejercicio, en cuyo caso el Juez determinará, en segundo lugar, en su caso, por ratificación del convenio de los padres o a petición del Ministerio Fiscal, la casa en la que el menor tendrá su residencia habitual, o con qué progenitor ha de vivir habitualmente el menor de edad.

¹⁶⁴⁴ Que va a implicar la representación legal en tal aspecto –vid. URIBE SORRIBER, A., “Representación legal de los hijos sometidos a la patria potestad”, en *AAMN*, t. XXV, 1982, p.255-.

¹⁶⁴⁵ Respecto a la doctrina francesa, hay que tener en cuenta al respecto la nueva ley nº. 2002-305, de 4 de marzo de 2002, acerca de la autoridad parental: Así: 1) para una visión de la situación con anterioridad a dicha ley, vid. FLOUR, M./ AUBERT, J.-L./ SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, ed., Armand Colin, París, 2001, np.2, p. 183, y BÉNAC-SCHMIDT, F./ LARROUMENT, C., Voz: “Responsabilité du fait d’autrui”, ob. cit., p. 28, que nos explican que el concepto de guarda se introdujo como presupuesto de la responsabilidad civil de los padres por la Ley de 4 de junio de 1970, pero su referencia actual en el artículo 1384.4 CC francés se debe a una inadvertencia del legislador, ya que éste la ha hecho desaparecer de los textos de Derecho de familia por la Ley de 22 de julio de 1987 y de 8 de enero de 1993 (la única referencia que permanece es en el artículo 371-2 CC francés que la define como uno de los atributos de la autoridad parental junto con la vigilancia y la educación). De modo que, dicho término ha de ser interpretado como “ejercicio de la autoridad parental”. Y, 2) para un estudio de la situación con posterioridad a la loi nº 2002-305, de 4 de marzo de 2002, vid. CHABAS, F., “Responsabilité des père et mère. Notion de cohabitation”, en *Gaz. Pal.*, 8 mars 2003, p.4, que nos explica que dicha ley ha culminado la obra realizada en otros ámbitos del Derecho de familia,

No obstante, al final, la doctrina francesa critica que el cambio legal no despliega todos sus efectos porque el legislador no ha eliminado, sorprendentemente, del artículo 1384.7 CC francés el requisito de la cohabitación, y en tal sentido, aún en la actualidad, según el Derecho francés será responsable el progenitor con quién conviva el menor. Si bien, como la jurisprudencia francesa, a partir de la famosa sentencia de 19 de febrero de 1997 (*Samda*), ha determinado que el concepto de cohabitación es un concepto abstracto y jurídico que significa “residencia habitual del menor”¹⁶⁴⁶, finalmente, se determinaría como sujeto responsable aquél con quién habitualmente vive el menor, a excepción de que no se hubiera fijado dicha residencia, y entonces, se determinaría como sujeto responsable aquél progenitor con quién estuviese el menor en el momento de cometer el daño¹⁶⁴⁷.

sustituyendo, definitivamente, del artículo 1384.4 CC francés la referencia de la guarda por la de “ejercicio de la autoridad parental”, aunque no ha suprimido el requisito de la cohabitación.

¹⁶⁴⁶ Dado que en el Derecho francés continúa el presupuesto de la compañía en la responsabilidad civil de los padres, en principio, el titular de la autoridad parental no puede ser declarado responsable civil si la condición de la cohabitación no se cumple. Sin embargo, en la sentencia, del mismo día que la *arrêt Bertrand*, Civ. 2ème, 19 février 1997 (*Samda*) se produjo un punto de inflexión respecto a la jurisprudencia anterior, afirmando que el ejercicio de un derecho de visita y de *hébergement* no hace cesar la cohabitación del menor respecto del progenitor que, tras un proceso de separación o divorcio, ejerce la autoridad parental (guarda); y, en la misma línea, se encuentra la sentencia Civ. 2ème, 16 novembre 2000, que afirma que el régimen de internado no hace cesar, tampoco, la cohabitación. En definitiva, en la actualidad no se puede decir que la “cohabitación” sea una comunidad de vida efectiva, sino, más bien, un concepto jurídico y abstracto definido por la jurisprudencia como “*le droit d’héberger habituellement l’enfant*” -DAGORNE-LABBE, Y., “L’évolution de la notion de cohabitation de l’enfant mineur avec ses parents”, *Petites affiches*, 9 novembre 2000, 16-. Y, respecto al tratamiento jurisprudencial, en concreto, del presupuesto de la cohabitación, vid. Cass. Crim. 19 févr 1991, Epx. Hareau C, en *Res. civ. et assur*, juillet 1991, p.4 que afirma que la condición de cohabitación se cumple si los padres fueron culpables en la falta de cohabitación del menor; y Cass.civ, 24 avril 1989, P.SC Caisse departementale des incendies de la Meuse et autres, en *Res. civ. et assur*, juin, 1989, p.6, que declara que la responsabilidad civil de la madre por el incendio causado por su hijo cuando estaba pasando unas vacaciones con su abuela, pues la condición de cohabitación se cumple si el menor vive habitualmente en casa de sus padres-. Y, también, vid. Cass.civ, 20 janvier 2000, *Bull.civ*, II, n°.14; Cass.2 e civ, 9 mars 2000, *Bull.civ*, II, n°.44; Cass. 2e, 16 nov 2000, *Juris-Data*, n°. 2000-000953; Cass civ, 2, 15 mars 2001, *Juris-Data*, n°.2001-008827, ésta última afirma que la circunstancia de que los padres hayan confiado temporalmente su hijo a su tía no hace cesar la cohabitación, en *Juris. Class. Resp. civ. assur*, 2002, fasc. 141. Y, CHABAS, F., “Responsabilité des père et mère. Notion de cohabitación”, en *Gaz. Pal*, 8 mars 2003, pp.37- 42, que comenta que la primera sentencia de la sala de lo criminal que adopta el concepto de cohabitación como “residencia habitual” es la sentencia de la Cour Cass (CH. Crim) 25 septembre 2002 que afirma que la presencia de un alumno en un establecimiento escolar, aún en régimen de internado, no hace cesar la cohabitación del menor con sus padres, en cuya casa tiene la “residencia habitual”, de modo que se declaró responsable a los padres por el daño derivado de la agresión sexual que cometió su hijo.

No obstante, tras la sentencia *Bertrand* se critica por la doctrina que el criterio de la cohabitación no tiene coherencia con el criterio de imputación objetivo –vid. POHE, D.,Voz: “Droit à réparation. Responsabilité du fait d’autrui, ob, cit, p.10-

¹⁶⁴⁷ POHE, D.,Voz: “Droit à réparation. Responsabilité du fait d’autrui, ob, cit, p. 6 y 11, que nos explica que según los artículos 287 y 373-4 CC francés, el Juez puede, en función del interés del menor, decidir: a) que la autoridad parental sea ejercitada sólo por uno de los padres, lo cual excluye la solidaridad de los padres b) en común por ambos, o c) repartir las funciones, decidiendo el Juez (bien por homologación del acuerdo de los padres, o por su decisión a petición de uno de los padres o del Ministerio público) en tal caso, la casa del progenitor en la que el menor tendrá su residencia habitual (CA Grenoble, 21 janv 1997, *Juris-Data* n°. 043033).

En definitiva, el requisito de la cohabitación que, aún, permanece en el artículo 1384.4 CC francés, es el que conlleva, al final, que el régimen de responsabilidad en los casos de separación, divorcio y nulidad en el régimen español y francés no sea tan diferente¹⁶⁴⁸. Sin embargo, en nuestro caso, al haberse eliminado el requisito de la convivencia del artículo 1903.2 CC fortalece la interpretación defendida de que es responsable civil el progenitor que “ejerce el contenido personal de la patria potestad, y no meramente el que tiene la custodia del hijo o vive con el hijo”.

B.- Claves en el estudio de su criterio de imputación.

a) Apunte acerca del estado de la cuestión.

En virtud de lo expuesto en capítulos anteriores, cuando tratamos la opinión doctrinal y realidad jurisprudencial acerca de la responsabilidad civil de los padres, se puede deducir, por una parte, la postura reticente de la jurisprudencia y de la doctrina española a reconocer la

De modo que en este caso es responsable el cónyuge que cuya casa tenga el menor su residencia habitual; sin embargo, en caso de que no estuviera fijada, habría que atender al lugar donde el menor cometió los hechos.

Y, por otra parte, para un análisis de los supuestos de responsabilidades a falta del ejercicio de la patria potestad, vid. especialmente pp. 7-9, que diferencia: 1º) Supuestos de pérdida de autoridad parental por los padres: así, por incapacidad o ausencia; por delegación (el art. 377.1 regula los supuestos de delegación de la autoridad parental voluntaria –Ley 8 janvier de 1993 en que la delegación resultará de la resolución dada por el Juez de familia sobre la base de la petición conjunta del delegado y delegatario- e impuesta) que provocará que los padres no sean responsables civiles; por abandono familiar; y por pérdida de la patria potestad, casos en que como la autoridad reside en el otro progenitor es éste quién va a ser declarado responsable civil; y 2º) Supuesto en que los padres transfieren la guarda material a un tercero, pero no la autoridad parental: de modo que la regla general es que solamente los padres son los que se encuentran dentro del ámbito de aplicación subjetivo del artículo 1384.4 pues claramente se refiere exclusivamente a ellos, descartando al servicio de ayuda social a la infancia, a los establecimientos escolares, a los abuelos o tíos (así en la sentencia de Cass. 2 e civ. 18 sept 1996, D. 1998, jurispru, p.118, niega la aplicación de dicho precepto a la abuela y a la tía con quienes estaba pasando unas vacaciones el menor de diez años cuando causó el daño, y son responsables sobre la base del artículo 1382 CC, esto es, por culpa probada, incluso cuando dichos terceros, sobre la base del artículo 373.4 CC francés, son investidos de ciertos poderes de educación y de vigilancia, pues en este caso los padres continúan ejerciendo la autoridad parental y los terceros llevan a cabo, solamente, todos los actos usuales relativos a la educación y la vigilancia). A excepción de que cumplan los requisitos para que se les aplique el artículo 1384.1 CC francés, esto es, la responsabilidad civil por hecho de otro sobre la base de la guarda, o de tener la dirección y el control de la persona a título permanente (Arrêt Bliet de 1991 que reconoció la responsabilidad de un centro de trabajo por el hecho de uno de sus pensionistas, deficiente psíquico y del que tenía la carga de controlar, a título permanente, su modo de vida; al igual que de establecimientos educativos a los que son confiados los menores por decisión judicial (Cass. Crim. 26 mars 1997, JCP 1997.II, 22868). En conclusión, los guardadores ocasionales y no profesionales como los padres o amigos de familia del menor quedan fuera del ámbito del principio de responsabilidad civil por hecho ajeno ex artículo 1384.1 Cc francés.

¹⁶⁴⁸ TENA PIAZUELO., “La guarda compartida en el Derecho francés”, en *Aequalitas*, nº7, 2001, p.13 (ref. De Salas Murillo, S., ob, cit, np. 252, pp.154-155), el sistema coincide porque responde aquel progenitor que tiene la guarda en sentido “convivencial”, lo cual se acerca a nuestro concepto de guarda.

existencia de un principio general objetivo diferente del riesgo, lo cual, dado que en la responsabilidad de los padres el criterio del riesgo no tiene fácil acomodo, explica que los Tribunales, sobre la base de la presunción de culpa que el mismo Código civil consagra en el artículo 1903 CC, lleguen al resultado práctico de objetivizar dicha responsabilidad, pero partiendo de la propia culpa. Y, por otro, que dicha maniobra trae causa de la influencia de la doctrina germánica que basa la responsabilidad civil de los padres en el deber absoluto, que no relativo, de cuidado, permitiéndoles partir teóricamente de la culpa para llegar, en la práctica, a la responsabilidad objetiva. En definitiva, la jurisprudencia española interpreta el último párrafo del artículo 1903 CC en el sentido de que los padres han obrado con diligencia, pero el daño demuestra que fue insuficiente, esto es, la insuficiencia de la diligencia viene automáticamente impuesta por el solo hecho físico del daño del menor, y de este modo los Tribunales están desenvolviendo la responsabilidad objetiva a la vez que conservan su tradicional fidelidad al sistema subjetivo.

Ahora bien, en los epígrafes siguientes vamos a intentar exponer nuestra opinión al respecto teniendo en cuenta las opciones doctrinales vertidas en los capítulos anteriores¹⁶⁴⁹.

b.- Primera posibilidad de lege data: el criterio único de imputación en el artículo 1903.2 CC.

a') Análisis crítico acerca del criterio de la "presunción de culpa".

Para el desarrollo de este epígrafe partimos de la creencia de que el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres no es la culpa por las siguientes razones:

1º) En primer lugar, por las peculiaridades de los dos presupuestos de la responsabilidad civil de los padres, ya que aunque éstos son distintos del criterio de imputación, pueden otorgar una base para esclarecer el tipo de criterio que fundamenta dicha responsabilidad. De modo que, a nuestro juicio, es índice de objetividad que, por un lado, se eliminara el presupuesto de la compañía y se sustituyera por el de guarda; y, por otro, que los Tribunales

¹⁶⁴⁹ Vid. Supra II.5 del capítulo segundo, y II.6 del capítulo tercero.

exijan, meramente, que el acto del menor sea la causa directa de la producción del daño, de lo que se deduce que no exigen, ni la imputabilidad del menor, y, ni siquiera que su actuación sea objetivamente negligente, quizás, por los términos literales del artículo 1903.2 CC de que los padres responden de los actos de su hijo sometido a guarda, sin más matización¹⁶⁵⁰. Esto es, requieren que exista una relación de causalidad entre el acto del menor y el daño, sólo excluida por culpa de la víctima o por fuerza mayor¹⁶⁵¹, pero, en tales casos, ¿qué se le puede reprochar a la conducta de los padres?. Si bien, hay que reconocer que este argumento no es definitivo en el Derecho español, pues la mayoría de las sentencias, en la realidad, exigen, como presupuesto de responsabilidad civil de los padres, que el acto del menor le sea atribuible a éste conforme a los principios subjetivos de culpabilidad, se entiende que en base a la culpa objetiva¹⁶⁵², no en el sentido subjetivo o de culpa psicológica, pues es doctrina pacífica que la responsabilidad civil de los padres no requiere como presupuesto la

¹⁶⁵⁰ Vid, Ref. SSTs 14.2.1959, 14.4.1977, 14.3.1978, 10.3.1983, y SSAP de Bilbao 21.1.1974, de Alicante 1.12.1986, y de Valencia de 18.2.1988, en Gómez Calle, E., ob, cit, np. 158, p.295. Además, vid. SAP de Guipúzcoa de 9.11.1999 (AC 1999,7622, fto jurídico 11ª), que resuelve el recurso de apelación de los padres de una menor por la caída sufrida por la actora como consecuencia de haber pisado una mondadura de manzana que acababa de tirar al suelo la hija de éstas, y la sentencia afirma que: “la responsabilidad civil de los padres requiere como presupuesto inexcusable que exista meramente una relación de causalidad entre el ejecutor causante del daño y el daño producido”, y no se indaga en la culpabilidad, en sentido objetivo, del acto del menor. Y, en sentido parecido, SAP de Huesca de 20.11.1997 (AC 1997,2216), que declaran a los padres responsable civil por el daño causado por su hijo de diecisiete años al empujar a la actora en una pista de hielo, donde el Tribunal vio cumplida la relación de causalidad directa entre el acto del menor y el daño, pero no se demostró la culpabilidad en sentido objetivo del menor.

¹⁶⁵¹ Esto es un acontecimiento imprevisible e inevitable para el menor, pero utilizando como patrón la diligencia objetiva, no la adaptada al menor, según su capacidad de discernimiento –GÓMEZ CALLE, E., ob, cit, p. 297.

¹⁶⁵² Así se constata en la STS de 10.4.1988 (RJA 1988, 3116), que absolvió de responsabilidad a los padres de un menor de 17 años que trabajaba como socorrista, aunque sin título que le capacitara para ello, en la piscina donde se produjo el trágico accidente en el que encontró la muerte otro menor de 11 años; y sobre la base de que la actuación del socorrista no fue negligente ya que demostró que hizo cuanto pudo por intentar salvar la vida del niño ahogado. En igual sentido, en la SAP de Gerona de 15.5.1998 (AC 1998,973) que afirma que “no puede prosperar la acción de responsabilidad civil del padre de la menor implicada en el accidente, (...) pues no acreditada la acción culpable de la menor, ni la relación causal entre su conducta, que en modo alguno ha quedado concretada, y el efecto derivado del accidente, no opera la inversión de la carga probatoria que al padre incumbiría como responsable civil de los actos ilícitos o negligentes realizados por los hijos constituidos *in potestate*”; y SAP de Toledo de 3.3.1999 (AC 1999, 4247, fto jurídico, 2ª), acerca del atropello de un menor de seis años por otro de dieciséis que conducía una bicicleta. Aunque en este caso no fue obstáculo que no se probara la culpa del menor pues, dado que estamos ante una responsabilidad civil por riesgo se presume la culpa, no se probó, ni lo intentaron que el menor no fuera culpable.

A veces, se confunde el presupuesto de la antijuridicidad con el de la negligencia, así, en la SAP de Cuenca de 11.2.1998 (AC 1998, 3384) que resolvió un supuesto en que se suponía que una chica había sufrido un ataque por parte de otras cuatro chicas, pues afirma que: “en la responsabilidad por hecho ajeno el sistema tradicional de responsabilidad extracontractual reflejado en el artículo 1902 CC en absoluto desaparece sino que se refuerza, por lo que habrá de acreditarse la producción de un daño ocasionado por el comportamiento negligente de su autor material”. Aunque en este caso, creo que la sentencia se refiere a que, en realidad, lo que

imputabilidad del menor de edad¹⁶⁵³. En cualquier caso, no deja de existir ambigüedad jurisprudencial, pues unas sentencias aluden al requisito de que el acto del menor sea la causa directa del daño, y en otras a la culpa del menor, aún con independencia de su imputabilidad

2º) Sin embargo, sí que es un obstáculo claro que, exigiendo la teoría de la culpabilidad que la conducta culpable de los padres esté causalmente vinculada a la producción del daño, la prueba exoneratoria consistente en la falta de nexo causal entre el propio comportamiento de los padres y el resultado de la actuación del hijo sólo haya sido de recibo por la jurisprudencia española de modo indirecto y aislado. Por ejemplo, en la STS de 22.4.1983 (RJA 1983, 2118) que como apoyo a su sentencia condenatoria, y no como *ratio decidendi*, se refirió a que el padre no probó que el hecho se hubiera producido igualmente a pesar de la vigilancia que sobre él hubiera podido ejercer¹⁶⁵⁴; o también, si bien respecto a la culpa del padre del menor víctima del daño, en la SAP de Lleida de 30.3.1998 (AC, 1998,3848)¹⁶⁵⁵. Aunque esta prueba parece tener mayor acogida, además de los supuestos de responsabilidad civil de los titulares de Centros docentes¹⁶⁵⁶, en relación a supuestos de

no se produjo fue una acción u omisión antijurídica, pues se acreditó que “la víctima empezó la pelea y los presuntos agentes del daño lo que hicieron fue defenderse del ataque de la presunta víctima”.

¹⁶⁵³ Así entre otras, vid. SSTS17.6.1980 (RJA 1980, 2409); 7.1.1992 (RJA 1992, 149).

¹⁶⁵⁴ Esta sentencia resuelve un recurso de casación contra la AT de Burgos de 6.4.1981, y el supuesto de hecho trataba del daño que causó un menor de 16 años, hijo del demandado, al disparar con una carabina de aire comprimido a varios niños de corta edad, entre ellos a un menor de 11 años al que alcanzó con un balón en el ojo izquierdo. En realidad, la sentencia del TS se basa, como *ratio decidendi*, para responsabilizar al padre que éste no probó haber cumplido diligentemente, pues constituye una grave imprudencia dejar al alcance de unos menores irresponsables una escopeta de aire comprimido apta para funcionar; de modo que la razón basada en que “no demostró que el daño se hubiera producido igualmente a pesar de la vigilancia del padre” sólo actuó como *obiter dictum*. En términos parecidos, vid STS de 14.2.1959 que, al resolver el recurso de casación de la SAT Valencia de 10.12.1953 afirma que: “aunque existía una remota negligencia en el demandado, no hubo una relación directa entre ella y el daño porque se interpuso otra negligencia más próxima e inmediata, causante del daño, cual fue que el propio lesionado, por ser el niño de mayor edad entre los que se encontraban en el lugar en que ocurrió el accidente, no debió consentir que la escopeta quedara situada al alcance de los niños mientras jugaban”. Sin embargo, creemos que en esta sentencia se confunde un presupuesto de la responsabilidad civil de los padres (el acto del menor sea causa directa del daño que la excluye la culpa de la víctima y la fuerza mayor), con el criterio de imputación de los padres.

¹⁶⁵⁵ Esta sentencia resuelve el supuesto en que una menor, que paseaba en bicicleta, acompañada de otras amigas, en día festivo escolar y en circunstancias en las que era previsible su presencia, fue atropellada por un conductor de un ciclomotor que iba a velocidad muy superior a la aconsejable. Y la Audiencia desestimó el recurso por inaplicación de la compensación, arguyendo que, al ir la menor acompañada, en modo alguno los padres la abandonaron o se desatendieron de ella, limitándose a autorizar, como es usual en pequeñas poblaciones, pasear en bicicleta por el caso urbano, pues “*aún de haber estado presentes en el lugar los padres, el accidente se habría en todo caso producido(..)*”. (la cursiva es nuestra).

¹⁶⁵⁶ Vid. STS 20.5.1993 (RJA 1993, 3718), que exoneró de responsabilidad al director del Colegio y al profesor que facilitó un balón, de material de plástico, a unos menores, mientras esperaban el inicio de la clase de baloncesto, tanto porque se desvirtuó la culpa del profesor (al no probarse que el balón estuviera pinchazo) al no estar ante un juego peligroso, como, por el hecho de que *el medio empleado fue concausa del resultado por*

delegación de guarda del menor de edad y, en los de guarda de hecho de un hijo enfermo psíquico, pudiéndose encontrar la razón en que en tales casos la mayoría de las veces se aplica el artículo 1902 CC, como se refleja en la SAP de Córdoba de 10.3.1994 (AC 1994, 492)¹⁶⁵⁷, y en la SAP de Navarra de 3 de marzo de 1997 (AC, 1997, 463)¹⁶⁵⁸, respectivamente.

Por otra parte, se puede interpretar que la prueba de la ausencia de nexo causal entre la culpa de los padres y la actuación del menor deviene imposible en los supuestos de daños causados por actos reprobables de menores, pues en bastantes ocasiones los Tribunales establecen un nexo autónomo entre la falta de diligencia en los padres de un menor que ha realizado un acto reproable y el acto dañoso¹⁶⁵⁹.

3º) Y, por último, consideramos que el presupuesto metodológico expuesto al inicio de este capítulo, la debida delimitación entre la problemática de la relación de causalidad y el criterio de imputación, y el reconocimiento de excepciones a la teoría de la causalidad adecuada, como el “criterio del fin de protección de una norma jurídica”, pone en entredicho que el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres sea la presunción de culpa en la vigilancia y educación. Y esta afirmación se desprende, asimismo, de las dos premisas siguientes: 1º.-Si el criterio del fin de protección de una norma jurídica se basa en que, si se ha producido una infracción de reglamentos, no pueden ser objetivamente imputados aquellos eventos dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretende fundamentarse la responsabilidad civil del demandado, y 2º.-

su carácter inocuo. Creemos que se utiliza la teoría de la causalidad adecuada o teoría de la imputación objetiva. Y, SAP de Sevilla 21.6.1994 (AC 1994,998), que exoneró de responsabilidad a los titulares de un Jardín de Infancia por las lesiones causadas a un niño por otros al jugar con un banco, pues, *aun estrechando y multiplicando hasta extremos de severa miuciosidad la vigilancia, tal conducta infantil no podía ser prevista ni evitada* (fto jurídico 2º).

¹⁶⁵⁷ Se trata de un supuesto de delegación temporal de la guarda a un Club deportivo, y respecto al cual se afirma por la AP que tal Club no era responsable pues, *“por mucha diligencia que se hubiera desplegado también se hubiera producido el accidente, pues el menor tenía la mano apoyada indebidamente”*.

¹⁶⁵⁸ En relación con la responsabilidad civil del enfermo mental no incapacitado creo ver la aplicación del requerimiento del nexo causal entre el daño y la acción u omisión del responsable en la sentencia comentada por PARRA LUCÁN, M.A., “Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997”, en CCJC, núm. 44, abril/agosto 1997, p. 786. El TS arguye que: “ (...) sin que aún de admitirse el deber de promover la incapacitación, pueda asegurarse que el daño no se hubiera producido de haberse cumplido tal deber, ni tampoco que la omisión de su cumplimiento haya aumentado el riesgo de que se produzca el daño en cuestión”; esto es, *“aunque se hubiese producido la incapacitación, no tenía por qué haber modificado la situación convivencial previa de padres e hijo ni se acierta a descubrir qué medidas se hubieran tomado una vez decretada la incapacitación que no llegaran a adoptarse al no producirse ésta”*.

¹⁶⁵⁹ MOROZZO DELLA ROCA, P., ob, cit, p. 32.

si la finalidad propia de las obligaciones de vigilancia y educación de los padres, como facultades integrantes de la patria potestad consagradas en el artículo 154 CC, no es la protección del tercero, sino la protección del interés del menor en la educación y en la guarda, se concluye que no pueden ser imputados objetivamente a la vulneración de las obligaciones de vigilancia y educación el daño que causen los menores a los terceros.

En definitiva creemos que el debido equilibrio que debe de existir entre la función preventiva y reparadora del daño de la responsabilidad civil, la función preventiva es más propia de la responsabilidad civil por hecho propio, y, sin embargo, menos en la responsabilidad civil por hecho ajeno, en la que prima la función *reparadora*. De modo que otros criterios de imputación, distintos al criterio subjetivo, son más propicios como cauce legal de imputación en la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos.

b') Análisis crítico del criterio objetivo del riesgo.

Según expusimos en el capítulo anterior, a partir de los años ochenta los Jueces y Tribunales españoles empiezan a reconocer que el criterio de la responsabilidad civil de los padres es por riesgo o cuasiobjetivo. No obstante, a nuestro juicio, la objetividad del precepto no se puede basar de la propia respuesta jurisprudencial, tanto por razones de incoherencia en la propia respuesta jurisprudencial (a''), como por las dificultades de técnica normativa que conlleva (b''):

a'') Ambigüedad jurisprudencial: mezcla de argumentos subjetivos y objetivos.

De los pronunciamientos jurisprudenciales, en relación a la responsabilidad civil de los padres, no se deduce una posición inequívoca acerca de la objetividad de su criterio de imputación, sino, más bien, al contrario, una postura no exenta de incoherencias al utilizar en sus argumentaciones una mezcla extraña entre el criterio objetivo y el subjetivo de imputación. Y la ambigüedad a la que nos referimos se debe:

1) En primer lugar, a que, a pesar de que los Jueces y Tribunales argumentan, en la actualidad, que la responsabilidad civil de los padres es cuasiobjetiva, a la vez, añaden que la

misma dimana de culpa propia de los padres por omisión del deber de vigilancia¹⁶⁶⁰, con independencia del nivel de discernimiento del menor¹⁶⁶¹. E, incluso, parecen no querer desprenderse del argumento de la culpa, sobre todo, cuando se trata de determinar el sujeto responsable en el caso de crisis matrimoniales, como hemos tratado anteriormente¹⁶⁶². Asimismo, la subjetividad de la que hablamos se desprende del hecho de que los Jueces, a la hora de argumentar la responsabilidad civil de los padres en los casos en que éstos no han podido demostrar la diligencia debida, en vez de apoyarlo, meramente, en la presunción de culpa para ser coherentes con los términos del artículo 1903.2 CC, arguyen, en sentido positivo, que los padres incurrieron en culpa y lo demuestran¹⁶⁶³. Más allá, otras aseveran que

¹⁶⁶⁰ Se refleja, claramente, en la STS de 7.1.1992 (RJA 1992, 149) que resuelve el supuesto en que un menor de trece años al disparar con una escopeta de aire comprimido causó graves lesiones a otro menor de ocho años, y El TS declaró responsables, tanto a los padres, como al comerciante que le vendió el arma sin comprobar ninguno de los requisitos legales exigidos por la legislación, pues (fto jurídico 2º): “(...) La responsabilidad declarada en el artículo 1903 CC, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla *una responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva*, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos “in potestate”, con presunción de culpa en quién la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión de aquel deber de vigilancia, sin que exonerar de responsabilidad el dato de no hallarse presentes el padre o madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares, ya que de seguirse otro criterio (...) quebrantándose criterios de equidad, sin dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños”. En iguales términos, las STS de 17.6.1980 (RJA 1980,2409); 10.3.1983 (RJA 1983, 1469); 22.9.1984 (RJA 1984,4332); 21.11.1985 (RJA 1985, 5624); 7.3. y 20.6.1994 (RJA 1994, 2197 y 6026); 19.6 y 14.7. 1995 (RJA 1995, 4927 y 6008); 28.7.1997 (Ar. C, 1997. II, pp. 1886-87). También, SAP de Toledo de 14.5.1992 (AC 1992, 742); SAP de Córdoba, de 27.1.1993 (AC 1993, 37); SAP de Vizcaya de 4.2.1993 (AC 1993,132); SAP de Almería de 6.4.1995 (AC 1995,645); SAP de Vizcaya de 8.10.1997 (Ar. C, 1997, III, nº. 2208); SAP de Valladolid, de 18.11.1997 (Ar.C, III, pp. 785.787); y SAP de Huesca de 20.11.1997 (Ar. C, 1997, nº. 2216)

¹⁶⁶¹ Es fórmula de estilo que “es claro que no viene permitido oponer la falta de una verdadera inimputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o tutor por inmisión de aquel deber de vigilancia sin relación con el grado de discernimiento del constituido in potestad. Vid. STS 22.9.1984 (RJA 1984, 4332) y STS 22.1.1991(RJA 1991, 304).

¹⁶⁶² Vid. Supra III.1.A de este capítulo.

¹⁶⁶³ Entre otras, en la STS 13.10.1998 (RJA 1998, 8068) que al resolver un supuesto en que los hijos de los demandados publicaron una fotografía del hijo de los demandantes desnudo, y sin admitir como elemento exonerador que cuando sus respectivos hijos tomaron la fotografía litigiosa estaban bajo la vigilancia y disciplina de un equipo de deporte, y no de los padres, el TS termina argumentando la responsabilidad civil de los padres, no en la presunción de culpa, en términos negativos, sino, en positivo, en que incurrieron en una “evidente culpa in vigilando”, ya que lo importante era el momento de la posterior fijación de la fotografía. En términos parecidos, la SAP de Sevilla de 27.4.1992 (AC 1992,612) al resolver un supuesto en que el hijo de los demandados de 16 años conduciendo un tractor agrícola provoca un accidente, pues rechazando el argumento de que los padres no habían autorizado a su hijo para conducirlo, de igual modo concluyen y razonan, no en términos de presunción de culpabilidad, que lo permite el artículo 1903.2 CC, sino de culpabilidad, pues la Audiencia se esforzó en evidenciar la autorización tácita del padre para que el hijo condujera dicho tractor e, incluso, en beneficio del mismo.

la culpa del menor es repercutible, conforme a lo dispuesto en el artículo 1903.2 CC, en sus padres¹⁶⁶⁴.

2) En segundo lugar, la subjetividad está implícita, desde una primera aproximación, en el hecho de que la jurisprudencia se decante por argumentar en términos de culpa, de modo explícito y no velado, cuando el menor comete el daño por la utilización de un elemento peligroso. Es lo que se califica como “negligencia típica” de los padres, en razón de que: “entre los derechos y deberes integrantes de la patria potestad se halla el deber de educar, deber que se extiende a la vigilancia preventiva del daño específico”, de modo que los padres incurrir en una responsabilidad “*in educando*”, o “por la creación del riesgo”, si los medios materiales, armas, ciclomotores, etc., son facilitados por los padres al menor y constituyen el medio a través del cual se ocasiona el daño”¹⁶⁶⁵. En otras palabras, según los Tribunales estamos ante una presunción *iure et de iure* de culpabilidad, al ser la única posibilidad de exoneración la acreditación de que el suceso, y, por tanto el daño, se ha producido por una causa extraña¹⁶⁶⁶. Incluso, el argumento de la negligencia típica se ha utilizado respecto al daño cometido por el hijo por la utilización de un vehículo a motor, propiedad del padre, como se refleja en la STS de 22.9.1992¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁴ SAP de Guadalajara de 2.12.1996 (AC 1996,2156) que, tras presentar como evidente la culpa del menor demandado al lanzar unas canicas de manera deliberada ocasionando la rotura del parabrisas, concluye el Tribunal que los padres no habían cumplido respecto de él las obligaciones de un buen padre de familia. También, en la SAP de Vizcaya de 4.2.1993 (AC 1993, 132) en relación a un supuesto en que un menor de edad atropelló en bicicleta a una señora al cruzar ésta repentinamente un paso de cebra.

¹⁶⁶⁵ Vid. entre otras, SAP de Valencia de 23.12.1997 (Ar. C, 1997, nº.2412); SAP de Badajoz de 28.10.1999 (AC 1999,2041) que resuelve un supuesto en que el menor causó el daño con un tirachinas.

¹⁶⁶⁶ Vid, SSTS de 15.2.1975 (RJA 1975,566); 17.6.1980 (RJA 1980, 2409) en el que el menor de siete años ocasionó el daño con una navaja; 22.4.1983 (RJA 1983, 2118) en el que el menor de dieciséis años causó el daño con una carabina de aire comprimido; 7.1.1992 (RJA 1992, 149) y 30.6.1995 (RJA 1995, 5272) en que el menor de 13 años ocasionó el daño con una escopeta de aire comprimido; 9.7.1998 (RJA 1998,5547) en que se produjo la lesión con una escopeta de caza. También se recoge a nivel de Audiencias Provinciales, por ejemplo supuestos en que el daño se ocasionó con una escopeta, la SAP de Córdoba de 27.1.1993 (AC 1993, 37); la SAP de Almería de 6.4.1995 (Ar. C, 1995, nº. 645); y SAP de Cáceres de 20.12.1995 (*La Ley*, 7.3.1996), en que un menor de diez años causó el daño con una escopeta de perdigones.

¹⁶⁶⁷ RJA 1992,7014. Resuelve el supuesto en que un menor tomó el coche que custodiaban los padres, y lo utilizó causando un accidente. El Juzgado de 1ª Instancia dictó sentencia declarando responsables tanto al menor como a sus padres, la Audiencia confirmó dicha sentencia que fue recurrida en casación por vulnerar el párrafo 5º art. 1903 CC, al defender los recurrentes que los padres emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Sin embargo, el TS lo niega alegando que en este supuesto es inadmisibile, como se deduce del hecho de que el menor pudiera utilizar el coche sin la voluntad de los padres, lo que implica la insuficiencia de las medidas tomadas por los padres, la simple ocultación de las llaves y tapa del delco (la cursiva es nuestra).

En definitiva, en los supuestos en que el menor utiliza un instrumento peligroso el elemento subjetivo no desaparece de la argumentación del Tribunal ya que, en realidad, se presume que hubo culpa en la creación de un riesgo.

3) En tercer lugar, encontramos cierta subjetividad en la respuesta jurisprudencial a los numerosos casos en que, tanto la víctima, como el agente del daño, son menores de edad, o cuando, en definitiva, ambos menores participan del mismo juego¹⁶⁶⁸, cuestión que hemos abordado, aunque de modo más genérico, en el epígrafe anterior¹⁶⁶⁹. La razón es que, en estos supuestos el Tribunal Supremo hace aplicación de la teoría de la compensación¹⁶⁷⁰, pero sin justificarla en el deber de los padres de la víctima de responder por riesgo frente al propio daño sufrido por su hijo, es decir sobre la base del mismo criterio de imputación que para el caso de que los padres fueran los demandados. Por el contrario, justifica la compensación, unas veces, en la conducta negligente del menor de edad víctima del daño¹⁶⁷¹, o, *a sensu*

¹⁶⁶⁸ Se ha de advertir, desde un primer momento, que existe un factor procesal que impide, en muchas ocasiones, que el Tribunal Supremo entre en el fondo del asunto, de modo que se reduce el número de supuestos a analizar. En concreto, es jurisprudencia pacífica que no es objeto de censura casacional la apreciación de la concurrencia de culpas ni la determinación de la cuantía, pues es al juzgador de instancia a quien le compete apreciarlo discrecionalmente, salvo craso error en la apreciación de la prueba que vaya en contra de los parámetros o supuestos normativos en que aquélla se apoya. Vid. SSTs. 22.2.1991(RJA 1991,1589); 28.5.1991(RJA 1991,3940); 22.9.1992(RJA 1992, 7014); 30.12.1994(RJA 1994, 10476); 23.2.1996(RJA 1996, 1587); y 20.5.1996(RJA 1996, 3793).

¹⁶⁶⁹ Vid. supra. II.3 de este capítulo.

¹⁶⁷⁰ Para una visión crítica de la situación jurisprudencial anterior a los años noventa, vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad de los padres ...*, ob, cit, pp 96-97, que nos explica que tradicionalmente el Tribunal Supremo sólo declaraba responsables a los padres del menor agente del daño haciendo abstracción del lado pasivo del mismo, esto es, sin hacer aplicación de la teoría de la compensación o reducción de la cuantía indemnizatoria, pero ¿no se debería aplicar tal teoría sobre la base de la, también, responsabilidad por riesgo de los padres de la víctima lesionada?

En concreto, vid. STS, de 17.6.1980(RJA 1980, 2409) en que un menor de nueve años sufrió graves lesiones a consecuencia de la herida que le produjo al utilizar una navaja otro menor, aunque, quizás, en este caso se aplicó por el TS la responsabilidad por negligencia típica, esto es, del hecho de portar un instrumento peligroso se desprende la negligencia clara de los padres, y por ello, no es comparable la mayor gravedad de la conducta de los padres del menor agente del daño con la de los padres del lesionado, no pudiendo aplicar la teoría de la compensación. También en la STS de 10.3.1980(RJA 1980,1469) en que un menor sufrió graves quemaduras cuando se encontraba con el hijo del demandado, de nueve años, en el local destinado por su padre a guardar artículos de recreo entre los que se encontraba un avión de aeromodelismo, cuya carga de combustible se inflamó al encender un mechero el mencionado niño; y la de 22.1.1991(RJA 1991,304) y 7.1.1992(RJA 1992, 149).

¹⁶⁷¹ El TS basó la teoría de la compensación en la negligencia de los menores de edad en la STS de 7.2.1991(RJA 1991, 1151) en que un menor de diecisiete años, que conducía un coche que lo había cogido un amigo suyo sin autorización y que también estaba en el mismo, produjo un accidente de graves consecuencias a otro menor que también estaba dentro del coche, de modo que la sentencia civil declaró que “la cuantía debida por el padre del menor agente del daño es menor, pues se constata la culpa en el menor conductor pero, también, en el lesionado que, coincidiendo las circunstancias de quien conduce y la imposibilidad de que hubiera obtenido el carnet habilitante, arrastrará las consecuencias perjudiciales que previsiblemente podían producirse y que se

contrario, la deja de aplicar por la ausencia de tal conducta, por la falta de imputabilidad en el menor de edad *infans*¹⁶⁷²; y, otras veces, en la conducta negligente de los padres, pero con sentencias contradictorias, pues ante el caso en que el menor comete el daño al portar un instrumento peligroso, unas sentencias resuelven que los padres responden en igual medida, como en la STS 30.6.1995 (RJA 1995, 5272)¹⁶⁷³, y otras, por el contrario, que el padre del menor que portaba el instrumento peligroso habría de responder en mayor medida que el del menor lesionado, como en la STS de 17.9.1998 (RJA 1998, 6544)¹⁶⁷⁴. Y, por último, hay otras

convirtieron en realidad”. También en la SAP de Barcelona de 29.10.1999 (AC 1999,2119) que resuelve un supuesto en que un menor de 16 años, saltador, causó con sus rodillas unas lesiones a un patinador, también menor de edad, de 12 años. La Audiencia confirma la sentencia de instancia en la que se aplica la teoría de la compensación de culpa, arguyendo que, aunque no se pueden analizar sus conductas con los parámetros propios del análisis de conductas llevadas a cabo por personas mayores de edad, sin embargo, *las conductas de ambos adolescentes mostraron una “irreflexión superior” al respectivo grado de discernimiento de cada uno de los intervinientes*, pues tanto el causante del daño y sus amigos eran conscientes de que con sus saltos podían causar un daño al resto de los usuarios de la zona, por lo que debieron extremar la medida precautoria de formar un cordón humano de seguridad, ya que al permitir huecos en dicho cordón se neutralizaba en gran parte la eficacia preventiva; y, por otro lado, la víctima de doce años, aunque podía carecer de la capacidad mental suficiente para representarse por sí mismo el alto riesgo que para su seguridad representaban los actos de patinaje, fue debidamente y de modo reiterado informado de ese riesgo por los saltadores.

¹⁶⁷² STS 8.2.1995 (RJA 1995, 8636); y la SAP de Vizcaya de 18.1.2000 (AC 2000,284) que resuelve el supuesto en que unos menores causan lesiones a otro de ocho años, jugando con una puerta de acceso de un portal impidiéndole el paso. La sentencia de apelación afirma que, no puede admitirse que cuando resultó lesionado con la puerta por la actuación de los otros menores, al cerrarla, tal conducta le era reprochable, porque *no tenía aptitud para prever que tal suceso podía ocurrir*.

¹⁶⁷³ Al razonar que “si el padre del menor agente del daño en el día que ocurrieron los hechos no prestaba atención a lo que estaba haciendo su hijo (coger una pistola de aire comprimido de una caja que estaba en la cocina) tampoco el padre de Juan, víctima del daño, se preocupaba de lo que estuviera haciendo el suyo, lo cual debe suponer una repercusión sobre la cuantía de la indemnización porque las dos partes omitieron llamar la atención de la otra sobre el riesgo del daño que amenazaba, o bien no procuraron los medios exigibles a su alcance evitar, o aminorar el daño”. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 28.5.1993 (RJA 1993, 4082), en la que, tanto la víctima, como el agente, eran menores de edad de catorce y diez años, respectivamente, y estaban jugando de forma peligrosa con un bidón, el TS estimó que los padres de la víctima eran responsables en la misma medida que los del agente del daño infligido a su hijo; al contrario del criterio que adoptó la Audiencia Provincial que basó la compensación en la negligencia de los menores al razonar, con un criterio distinto al que luego utilizaría el TS, que al menor víctima de un daño se le debía de atribuir mayores consecuencias dañosas, por ser de catorce años, respecto del menor que provocó el daño que tenía diez años por la más amplia capacidad de discernimiento de aquél que le debía de haber llevado a cesar en el juego.

¹⁶⁷⁴ Esta sentencia resolvió el supuesto en que un menor de 8 años con motivo de utilizar un juguete similar a un tirachinas alcanzó con una piedra el ojo izquierdo de otro menor de 6 años que participaba en el mismo juego con otros menores, que estaban a pocos metros de sus padres situados junto a la barra de un hotel pero sin vigilarlos de forma directa; al afirmar que el padre del menor que portaba el juguete susceptible de crear una situación de riesgo habría que responder en mayor medida que el del menor lesionado. Y, también, en la STS 28.5.1993 (RJA 1993, 4082), el TS aplicó un criterio objetivo frente a la AP que aplicó un criterio subjetivo. El supuesto de hecho trata de la lesión que sufrió un menor de catorce años por la explosión de un bidón de cola debido a que otro menor de diez años, con el que estaba jugando, había arrojado una cerilla en él, bidón que estaba negligentemente situado al lado de una carpintería. El Juzgado de 1ª Instancia absolvió a los demandados, aunque, es interesante la resolución de la Audiencia Provincial que, revocando la de instancia, resolvió que la cantidad indemnizatoria que debía de soportar la víctima, los padres del menor lesionado, era mayor que la de los padres del demandante, debido a que su conducta negligente era más grave que la del menor agente de la víctima pues su edad y su capacidad de discernimiento, catorce años, era superior al de menor de diez años, y

sentencias que, de modo sorprendente, no aplican la compensación por no encontrar negligencia en los padres, argumentando que en el supuesto en que el menor sufra un daño no entra en juego el “deber de custodia” de los hijos¹⁶⁷⁵.

En definitiva, y por último, de la justificación que otorga la jurisprudencia a la teoría de la compensación en la responsabilidad civil por hecho propio *ex art. 1902 CC*, se desprende, *a sensu contrario*, que reconoce un matiz subjetivo en la responsabilidad civil de los padres del artículo 1903.2 CC. Pues el Tribunal Supremo, al legitimar jurídicamente la teoría de la compensación, ya que la misma parece contradictoria con la evolución progresiva en el fondo y la forma que ha acometido del artículo 1902 CC en orden a maximizar la cobertura de las consecuencias dañosas, ha negado que haya producido una objetivización, en la exégesis del artículo 1902 CC, de su criterio subjetivista, sino únicamente su más adecuada aplicación práctica a las circunstancias del actual momento histórico. Es decir, está admitiendo que el criterio legal de imputación es el subjetivo, para desde ahí poder concluir que es dable, entonces, tener en cuenta la conducta-culpa de quién sufrió el daño¹⁶⁷⁶. De modo que, si partimos de estas dos premisas: a) la justificación de la teoría de la compensación en que el artículo 1902 CC siempre tiene un fondo subjetivo, y b) que el Tribunal Supremo la aplica al supuesto consagrado en el artículo 1903.2 CC, ya que se aplica cuando el agente del menor y la víctima son menores de edad, se deduce, finalmente, que para la jurisprudencia la responsabilidad civil de los padres, al igual que el artículo 1902 CC, ha de tener un fondo subjetivo.

que debía haber llevado a cesar el juego. Pero, al final, el TS concluyó sin dar mayores explicaciones al respecto que la cantidad indemnizatoria que debía el padre del menor lesionado y que debía soportar el menor lesionado era la misma (sólo fundamentó la justicia de la mayor cantidad indemnizatoria debida por el propietario de la carpintería pues su negligencia fue más grave que la de los padres de los menores, lo cual no viene al caso).

¹⁶⁷⁵ Vid. SAP de Vizcaya de 8.10.1997 (*Ar. C.*, 1997.III, nº 2208, pp. 783-785), en que, a pesar de que la lesión se produjo durante el transcurso de una fiesta de cumpleaños y los dos menores estaban juntos, sólo se responsabilizó a los padres del menor agente de la víctima; o la SAP de Badajoz de 28.10.1999 (*AC* 1999, 2041) que, ante el daño que sufrió un menor al lanzarle otro una piedra con un tirachinas, adujo que (fto jurídico 4º), como el menor lesionado no causó ningún daño sino que le fue causado, no entra en juego el “deber de custodia” que le incumbe a los padres en aras o a efectos de compensación del daño; además, se arguyó que el menor lesionado no se hallaba en estado de abandono, o en lugar peligroso o fuera de costumbre, sino jugando en la calle de un pequeño pueblo, por lo que de nada han de responder los padres del menor lesionado.

¹⁶⁷⁶ Vid. STS 7.4.1998 (*Act.C.*, nº. 25, pp.1870-1872).

b'') Dificultades de técnica normativa:

a''') En el Derecho español.

Si consideramos que el cauce legal de imputar la responsabilidad civil a los padres *ex* art. 1903.2 CC es el criterio objetivo del riesgo nos encontramos con las siguientes dificultades de orden técnico:

I.- En primer lugar, la teoría del riesgo aplicada a la responsabilidad civil de los padres deja de ser coherente con los contornos, más o menos precisos, con los que aquélla nació, pues: si una de las notas que le asigna la jurisprudencia española es su conexión con la complejidad de la vida moderna, nos podemos cuestionar si es que tal complejidad ha hecho que los niños se conviertan en agentes tan peligrosos como la energía nuclear, los vehículos a motor o los aviones, que son los supuestos tipo que han hecho surgir una ley que les aplicara una responsabilidad civil objetiva; y si se sigue la teoría del riesgo en su variante de riesgo – beneficio, ¿cómo se compatibiliza con la idea de que la patria potestad se ha de ejercer en beneficio del hijo?. Además, si la teoría del riesgo se caracteriza por su sujeción a supuestos típicos y determinados, de nuevo, ¿cómo se coordina con la responsabilidad general de los padres sita en el artículo 1903 CC?¹⁶⁷⁷.

En cualquier caso, el único punto en común que encontramos entre la teoría del riesgo y la responsabilidad civil de los padres reside en una de las notas formales que reconoce la

¹⁶⁷⁷ MICHEL NAVARRO, M., *La responsabilidad civil de los padres...*, op, cit, p. 36. Esta autora aduce que la teoría del riesgo, siendo válida para la responsabilidad de los empresarios no lo es para la de los padres pues “repugna oír hablar de riesgo en relación a éstos, como si el mero hecho de tener hijos fuese una actividad peligrosa para terceros, además, los padres no sacan provecho alguno de su autoridad, ni económico ni moral”; BROMLEY, F.M., *Family Law*, 5ª ed., London, 1976, p.302; RAYNAUD, P., “La puissance paternelle et l’assistance éducative” en *Mélanges offerts à Savatier*, 1965, París, p.807.

Cfr. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., “Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva”. AAMN, 1962m, t. XIII, p. 39. Sin embargo, este autor elimina las dificultades expuestas sobre la base de que defiende una visión más amplia de la teoría del riesgo, sentado que todos motivos de responsabilidad industrial, para cuya resolución nació en realidad la teoría del riesgo - beneficio, tienen un denominador común, aceptable por cualquier doctrina, esto es, que crear el riesgo, utilizar la cosa en su provecho, asumir la autoridad son siempre manifestaciones de actividades a las que una persona humana dedica su existencia; y si esta persona pretende desinteresarse de las consecuencias de sus actos que han perjudicado a otro, alegando que estas consecuencias han sobrepasado los límites de su voluntad o vigilancia, la respuesta natural será en todos los casos que hay más razones para imputárselas a él que para dejar que su carga pese sobre otro, y por tanto hacer que intervenga la noción de equilibrio.

jurisprudencia a la responsabilidad civil por riesgo, pues en ésta, a diferencia de la responsabilidad cuasiobjetiva que parte del principio de la responsabilidad por el resultado y de cuya obligación el agente sólo podrá librarse acreditando la culpa exclusiva de la víctima o la fuerza mayor, no se limitan las excepciones, permitiéndose el análisis de la conducta del perjudicado y su participación en el resultado finalmente producido, no debiéndose, en consecuencia, las culpas no exclusivas del perjudicado, que serán objeto de valoración independiente comportando la correlativa disminución de la cuantía indemnizatoria¹⁶⁷⁸. Y esta nota hemos visto, según el epígrafe anterior, que se constata en la responsabilidad civil de los padres.

II.- En segundo lugar, y dado que la teoría del riesgo se caracteriza porque el responsable no se puede exonerar probando la diligencia debida en su conducta, ni la ruptura del nexo causal por un caso fortuito, acto imprevisible o interior a la actividad que daña, sino solamente probando dicha ruptura por fuerza mayor, acto imprevisible y en todo caso inevitable y exterior, si el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres es el criterio del riesgo habría que interpretar el último párrafo del artículo 1903 CC en clave de relación de causalidad, esto es, como fuerza mayor o causa extraña¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁸ SAP de Guipúzcoa de 9.11.1999 (AC 1999,7622). Ftos jurídicos 7º y 8º. Esta sentencia es clarificadora en cuanto a la distinción entre tres tipos de responsabilidad objetivos, frente al subjetivo o por culpa: en primer lugar, la *responsabilidad objetiva pura*, que se caracteriza porque se alza el resultado como elemento fundamental con exclusión de la conducta del agente, la que resulta irrelevante, y en la que no cabe alegación alguna de exclusión de responsabilidad, de modo que se excluye en su totalidad la valoración de la conducta del agente para la determinación de la responsabilidad. En segundo lugar, la *responsabilidad cuasiobjetiva*, en la que el resultado se alza como elemento dominante, por medio de la inversión de la carga de la prueba y la limitación de las excepciones que puede alegar el agente frente al perjudicado, y que se caracteriza por partir del riesgo de la actividad desarrollada y en base al cual se establecía una presunción *iuris tantum* de responsabilidad, en directa relación con la actividad peligrosa, de cuya doctrina o teoría derivó la responsabilidad por riesgo. Así, por último, en la *responsabilidad por riesgo*, si bien se establece una presunción de culpa del agente como consecuencia de la actividad de riesgo desarrollada, no se limitan las excepciones, permitiéndose el análisis de la conducta del perjudicado.

¹⁶⁷⁹ Así lo recoge claramente la SAP de Valencia de 23.12.1997 (Ar.C, III, 1997, nº. 2412, pp.1189-1191), que afirma, acerca de la lesión sufrida por un menor al resultar impactado por un fragmento de un ladrillo en cuyo interior se había colocado un petardo por el hijo de los demandados, que la interpretación jurisprudencial de la presunción de culpa ha llevado a posiciones absolutas sobre la responsabilidad civil de los padres en la medida en que se basa en la “teoría de la creación de un riesgo”, y la única posibilidad de rechazar la responsabilidad se encuentra en la acreditación de que el suceso, y por tanto el daño, se han producido *por una causa extraña*; y también, SAP de León de 31.5.2000 (AC 2000, 4336), que afirma que la jurisprudencia ha declarado que la presunción de culpa se equipara a la “creación y consecuente asunción de riesgo, concreto en el presente caso en la utilización por el menor de la bicicleta en un camino muy próximo a la localidad, y por tanto, con posibilidad de utilización de viandantes.

Y, en consecuencia, queremos resaltar la incoherencia que supone que cuando los padres recurren alegando la infracción del artículo 1105 CC, en el sentido de que el acto fue imprevisible e inevitable para los padres, los Jueces y Tribunales afirmen, como fórmula de estilo, que: “*su responsabilidad (padres) nace lisa y llanamente de la omisión del deber de vigilancia*, sin que precisen de mayores o diferentes presupuestos para su nacimiento. Por eso *no pueden exonerarse los padres con las simples alegaciones relativas a la imprevisibilidad que para ellos supone el hecho*, o la referente al grado de discernimiento del menor o a su propia contribución causal al resultado (...)”; y que, sin embargo, no dejen de justificar, a nuestro juicio, contradictoriamente con su anterior formulación, que, de todos modos, no se está ante un caso fortuito, esto es, que “no puede parangonarse el acto de un menor a un caso fortuito, pues el comportamiento objetivamente culposos de un menor es plenamente previsible y no puede estimarse casual e irresistible”¹⁶⁸⁰. Pero, ¿no es dicha argumentación gratuita cuando se está ante una responsabilidad civil por riesgo?

E, incluso, algunas resoluciones refieren la imprevisibilidad del acto, no respecto a los padres, sino respecto al menor de edad, de modo que los Jueces justifican que el acto no fue imprevisible porque el menor actuó culpablemente, así, por ejemplo, en la STS 12.5.1999 (RJA 1999, 4576) se argumentó que: “no es caso fortuito el hecho de tirar con una escopeta de

¹⁶⁸⁰ Así, en SAP de Vizcaya 18.1.2000 (AC 2000, 284), fto jurídico 4º, que resuelve un supuesto en el que unos menores causan lesiones a otro menor de ocho años jugando con una puerta de acceso de un portal, al impedirle dicho acceso. El Juez de 1ª Instancia condena solidariamente a los padres de los menores, los que recurren en apelación sobre la base de estar ante un caso fortuito o imprevisible (juego entre cuatro menores), cuyo desenlace es imprevisible, y porque la naturaleza de la actividad desarrollada no precisaba una particular vigilancia de los padres. Sin embargo, el Juez de apelación razona que no se está ante un caso fortuito, pues “no sólo tal conducta del menor (de carácter voluntario) a modo de juego era previsible que causara un daño, y que podía perfectamente ser evitado mediante la simple instrucción u orden de cesar el juego proveniente de los progenitores, sino que, además, su responsabilidad nace lisa y llanamente de la omisión del deber de vigilancia. En sentido parecido, SAP de Guipuzcua 9.11.1999 (AC 1999, 7622), fto jurídico 12ª, que resuelve el recurso de apelación interpuesto por los padres de una menor declarados responsables solidarios, por el Juez de 1ª Instancia, por la caída sufrida por la actora como consecuencia de haber pisado una mondadura de manzana que acababa de tirar al suelo su hija de escasa edad. Y, en igual sentido que en la anterior, el Tribunal de apelación argumenta que *no se puede alegar*, ni que en la conducta del menor no concurren los requisitos de la acción culposa, *ni tampoco que en este caso el hecho generador del daño raya con el caso fortuito (art. 1105 CC)*. Aunque, al igual que en la sentencia anterior, el Juez justifica que, de todos modos, no se está ante un caso fortuito al argüir que “el hecho de arrojar al suelo una peladura de manzana, que, o bien le dieron a la menor sus padres, o ésta había cogido del lugar en que se estaba pelando el fruto, tal acción tanto la de cogerlo como la de arrojarlo al suelo, es evidente que permiten su previsión a cualquier observador imparcial, del mismo modo que es plenamente previsible que el hecho de arrojarlo al suelo puede motivar el deslizamiento de cualquier persona que transite por el lugar, y más aún en un lugar de elevado tránsito de personas; y además son actos que pueden fácilmente ser evitados, impidiendo el acceso a los mismos”.

balines hacia una persona a la que se le causó la muerte por un disparo”¹⁶⁸¹, lo que, a nuestro entender, mezcla un presupuesto de la responsabilidad civil de los padres, que el acto del menor sea causa directa del daño, con el criterio de imputación de dicha responsabilidad. Incluso, aunque la STS 8.3.2002 (RJA 2000, 1912) formalmente afirmó, de modo sorprendente, que la responsabilidad civil de los padres no es por riesgo, sino por culpa, dedujo la culpa de los padres de que el hecho del menor de diecisiete años, lanzar un balón de cuero con fuerza al jugar con sus amigos, fue previsible y evitable, pero, sin embargo, analizó dicha previsibilidad y evitabilidad respecto al menor de edad, al justificar que, en tales circunstancias (lugar inidóneo, menores con cierta fuerza, y que el balón estaba deshinchado) resulta “incuestionable que era previsible la posibilidad de dañar, y fácilmente evitable de haberse ajustado la diligencia a las reglas de atención y cuidado (entendemos que para el menor de edad). Y, por último, en otras sentencias, de modo confuso, se habla del caso fortuito, tanto respecto a los menores de edad, como respecto a los padres¹⁶⁸².

En definitiva, tras lo expuesto hasta ahora consideramos que la teoría del riesgo no es aplicable, de modo coherente, a la responsabilidad civil de los padres, ya que, al final, la jurisprudencia interpreta el concepto de caso fortuito o fuerza mayor respecto a los padres y respecto al menor de edad, con el resultado de vaciar de contenido al último párrafo del artículo 1903 CC, y mezclar los presupuestos de la responsabilidad civil de los padres con su criterio de imputación. Incluso, las mismas incoherencias de técnica normativa se han puesto de manifiesto, a partir de 1997, por la doctrina francesa, pues en el Derecho francés, a diferencia del Derecho español, antes de la sentencia *Bretand* los Tribunales admitían como

¹⁶⁸¹ Esta sentencia resolvió, frente al recurso de los padres de que no pudieron prever que su hijo, al que sólo le dieron permiso de ir a la piscina, se reuniese con los otros menores y disparase, que: “no es caso fortuito el hecho de tirar con una escopeta de balines hacia una persona a la que se le causó la muerte por un disparo”; y también, SSAP de Guadalajara de 2.12.1996 (AC 1996, 2156), que basa la ausencia de imprevisibilidad en la culpa del menor al haber arrojado determinados objetos de manera deliberada; y de la Rioja de 10.1.2000 (AC 716), que acerca de las lesiones que se causaron a un menor por otro menor al dejar caer la tapa de un contenedor de basura cuando salía de él, y ante el recurso de apelación de los padres de que el daño fue debido a un caso fortuito que: “no pudo ser caso fortuito porque se admitió que su hijo abrió la tapa y la dejó caer cuando creyó que había salido, matiz que desmintieron sus amigos”.

¹⁶⁸² STS 4.5.1984 (RJA 2396), acerca del lanzamiento de un petardo por un menor de trece años hallándose cerca la persona lesionada, el TS afirma que: “el hecho de lanzar un petardo, hallándose cerca una persona, permite prever a cualquier observador imparcial que puede causar daños a esa persona, y además se trata de un acto que puede fácilmente evitarse (*refiere el caso fortuito al menor*), (...) sin que pueda parangonarse el acto del menor a un caso fortuito, pues este evento es una circunstancia que surge imprevista, caracterizada por la inevitabilidad, mientras que el comportamiento objetivamente culposos del menor es plenamente previsible y no puede estimarse casual e irresistible (*refiere el caso fortuito a los padres*)”.

medio exoneratorio la prueba de la diligencia debida en la vigilancia y educación del menor, e incluso llegaban a exonerar a los padres. De modo que, lógicamente, será a partir de la sentencia mencionada cuando, al consagrar los Tribunales que la responsabilidad civil de los padres es objetiva y que el único medio exoneratorio está basado en la fuerza mayor, cuando se han puesto de manifiesto las incoherencias mencionadas. Y son las que pasamos a exponer.

b'') En el Derecho francés.

En concreto, la doctrina francesa advirtió que la virtualidad de la sentencia Bertrand de 1997 iba a depender, finalmente, de la manera en que la *cause étrangère* o fuerza mayor fuera apreciada, ya que el párrafo 7 del artículo 1384 CC concede a los padres una facultad de exoneración de la responsabilidad si prueban que no han podido impedir el hecho que ha dado lugar a la responsabilidad: así, si se interpreta que la fuerza mayor es, exclusivamente, respecto a los padres, el hecho imprevisible e irresistible del menor puede constituir en sí mismo una causa de exoneración (es lo que se llama presunción mixta de responsabilidad); pero si la fuerza mayor se aprecia respecto a los padres y al menor, el hecho de este último no puede exonerar a los padres, tal y como se regula respecto a la responsabilidad civil de los empresarios en Francia (es lo que se llama una presunción irrefragable de responsabilidad)¹⁶⁸³.

Y doctrinalmente, en orden a dilucidar una solución hay división de opiniones, pero, al final de ambas se desprende que el párrafo último del artículo 1384 CC queda vacío de contenido:

Iº) Un primer sector doctrinal entiende que la fuerza mayor ha de entenderse respecto a los padres, pues si se refiriera al menor, estaríamos ante la fuerza mayor causa del daño, lo que afectaría a uno de los presupuestos o condiciones de la responsabilidad civil por hecho ajeno, que el acto del menor sea causa directa del daño, pero no al medio de exoneración de los padres; al igual que ocurre respecto de la alegación de la “culpa de la víctima” que, propiamente, tampoco se refiere a un medio de exoneración de los padres, sino al presupuesto

¹⁶⁸³ Ref. Civ. 2, 19 février 1997, RTDC, 1997, obs. P.JOURDAIN, en Flour, M/Aubert, J-L/Savaux, E., *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, ed., Armand Colin, París, 2001, np.2, p. 182, y 191.

de responsabilidad civil de los padres de que el acto del menor sea la causa directa del daño, esto es, el debate de la culpa de la víctima afecta a la relación de causalidad entre el hecho del menor y el daño sufrido por la víctima¹⁶⁸⁴. Y esta conclusión se apoya en la letra clara del precepto que reza que: “*les père et mère (...) doivent prouver qu’ils n’ont pu empêcher...*”, de modo que, si son los padres los que han tenido que encontrarse en la imposibilidad de impedir la realización del daño, la fuerza mayor debe caracterizarse respecto a ellos, y no respecto al hijo¹⁶⁸⁵.

Pero, si la conclusión a la que se llega es que la fuerza mayor se refiere a los padres, se hace preciso, ahora, determinar o definir dicho concepto: Y, para ello, este sector, partiendo de la advertencia de lo criticable de acudir a la apliación analógica de la fuerza mayor, tanto en la responsabilidad civil por el hecho de las cosas de las que se tiene la guarda *ex* artículo 1384.1 CC francés, como en la responsabilidad civil del propietario o el que se sirve de él¹⁶⁸⁶, defiende su especificidad en lo que respecta a la responsabilidad civil de los padres, al ser la fuerza mayor un concepto proteiforme susceptible de recibir diferentes acepciones según los diferentes regímenes de responsabilidad civil. Y en orden a dilucidar la especificidad de la fuerza mayor en la responsabilidad civil de los padres este sector nos ofrece las siguientes directrices:

1º) Los padres habrían de probar un hecho de tal naturaleza y poder que salieran del ámbito del caso fortuito que se debe prever en el curso ordinario de la vida, y que a causa del mismo los padres no han podido impedir el hecho; de modo que dicho acto debe ser imprevisible, inevitable y, sobre todo, exterior¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸⁴ LEDUC, F., ob, cit, p. 8, pues la culpa de la víctima revela, según los casos, sea que el hecho del menor no ha causado el daño, de ningún modo, sea que lo ha causado parcialmente; CARON, C., ob, cit, p. 1132; y MAZEUD, H,L,J./ CHABAS, F., ob, cit, p. 541. Y con anterioridad a la sentencia Bertrand, vid. ref. PUECH, M., *l’illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973, bibl, dr. privé, t. CXXIX, p. 101, nº. 103, en Caron, C., ob, cit, np. 51, p. 1132.

¹⁶⁸⁵ CARON, C., ob, cit, pp. 1131-1132 y 1137.

¹⁶⁸⁶ CARON, C., ob, cit, p. 1132, pues no se puede equiparar la fuerza mayor del guardián de una cosa que no ha podido impedir el hecho, al de los padres que se encuentran en la incapacidad absoluta de evitar el comportamiento dañoso del menor, pues éste posee autonomía propia y de libertad de movimientos.

¹⁶⁸⁷ Ref. EXNER, A., *Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, París, 1892, p. 128, en Caron, C., ob, cit, np. 67, p. 1133.

2º) Y, que el concepto de fuerza mayor es riguroso en un doble sentido, tanto respecto a la imprevisibilidad e inevitabilidad, como respecto a la exterioridad, lo que implica:

a)Respecto a la *exterioridad*, que ésta no será admitida más que si el acto dañoso se produce fuera de la esfera de la que debe responder el padre. Y al respecto hay quiénes proponen, en primer lugar, que la fuga de un menor de su domicilio familiar sólo podría exonerar a los padres más que si el daño lo cometió el menor en un lugar donde no es usual que el padre ejerza su autoridad, esto es, un lugar que no sea de los que frecuenta el menor con el acuerdo de sus padres, (así se cumple el requisito de exterioridad), y se pruebe, además, que del comportamiento de menor nada hacía prever la fuga a los padres, de manera que fue totalmente imprevisible e inevitable (amenazas de abandonar el domicilio familiar; precedentes de fugas, dificultades escolares, problemas de comportamientos o enfermedad psíquica, etc., son indicios retenidos por la jurisprudencia para juzgar los Jueces sobre este punto)¹⁶⁸⁸. Y, en segundo lugar, que los padres no son garantes de los vicios internos del menor, por ejemplo, de un ataque epiléptico del menor, siempre que sea imprevisible e inevitable; o de un ataque súbito de demencia de un menor, hasta el momento totalmente normal, pues se defiende que la exterioridad no tiene que ser, también, respecto a los hijos. De tal modo que este sector considera, frente al reproche que se le puede hacer a este argumento, en el sentido de que es paródico que los padres, que son garantes de los hechos dañosos de sus hijos, puedan prevalerse de la exterioridad de un hecho que resulta, en definitiva, de un comportamiento del menor, que no hay que olvidar la propia especificidad del concepto de fuerza mayor respecto a la responsabilidad civil de los padres, quiénes no son garantes de los vicios internos de sus hijos¹⁶⁸⁹.

b)Y respecto a la *imprevisibilidad e inevitabilidad* que, dado que el carácter imprevisible de las reacciones de un menor de baja edad es una constante y devienen, por tanto, previsibles, los padres deberán indemnizar en estos casos; debiendo reservarse la fuerza mayor para circunstancias realmente excepcionales, como el caso del menor adolescente que, sin ninguna explicación y bruscamente, tuviera un comportamiento agresivo hacia otro, pues

¹⁶⁸⁸ Ref. RADÉ, C., *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, Bibli dr privé, 1997, p.498, nº. 463 y ss.

¹⁶⁸⁹ CARON, C., ob, cit, p. 1133.

sería imprevisible para el padre, aunque no para el menor, si bien no se podría admitir la imprevisibilidad si el menor era generalmente difícil¹⁶⁹⁰. Sin embargo, es en el concepto de inevitabilidad donde este sector augura la dificultad de localizar algún supuesto de fuerza mayor, pues, como ya lo predijo POTHIER, la inevitabilidad respecto a la responsabilidad civil de los padres es casi imposible pues: “si un menor tiene una pelea con un amigo, y le lesiona con un objeto, aún fuera de la presencia de los padres, el padre resulta obligado a responder civilmente en cuanto ha podido impedir el hecho no permitiendo a su hijo portar dicho objeto”¹⁶⁹¹.

IIº) Un segundo sector doctrinal, sin embargo, considera que no puede interpretarse el concepto de fuerza mayor sólo respecto a los padres, pues es más que dudoso que el hecho imprevisible e inevitable del menor los exonere, ya que no cumpliría el requisito de la exterioridad. Pues además, dado que la responsabilidad civil de los padres ha dejado de estar fundada en la culpa personal, no se comprende porqué habría que examinarse la fuerza mayor respecto a los padres cuando tendría como consecuencia introducir, de nuevo, el juicio sobre el comportamiento de los padres, pues ¿la irresistibilidad y la imprevisibilidad no son sinónimos de buena educación y de vigilancia?. En definitiva, si la exterioridad significa que el demandado no puede invocar, para exonerarse de responsabilidad, un hecho del que una norma jurídica le imponga precisamente garantizar sus consecuencias dañosas a los terceros, y dado que los padres están obligados por la ley a responder del hecho de sus hijos menores de edad, hay quiénes advierten que los Tribunales, preocupados por conservar la vitalidad de la responsabilidad de *plein droit*, van a exigir la exterioridad respecto al menor, de modo que, al final, se va a privar a los padres de la posibilidad de exonerarse¹⁶⁹².

IIIº) Y como posición intermedia se encuentran los que definen la fuerza mayor como un hecho exterior respecto al hijo, e imprevisible e inevitable para los padres. Esto es, el acontecimiento que sea la causa de la imposibilidad de los padres de impedir el daño ha de ser un evento exterior respecto al hijo y causa de la imposibilidad en la que se encuentran los

¹⁶⁹⁰ RADÉ, C., ob, cit, p. 281; y CARON, C., ob, cit, p. 1133, que reconoce que conllevaría una tremenda casuística deshonrosa.

¹⁶⁹¹ Ref. POTHIER, *Traité des obligations*, París, 1813, t.I, p. 532, nº. 454, en Caron, C., ob, cit, np. 75, p. 1133.

padres para impedir el hecho del menor, que, normalmente, es imprevisible e irresistible para aquéllos. De tal modo, se rompe la presunción artificiosa de la relación de causalidad entre el comportamiento no culpable de los padres y el hecho dañoso del menor, o a *sensu contrario*, que, sin dicho evento perturbador, los padres habrían estado en situación de impedir el hecho dañoso. Y, en consecuencia, si cuanto más crece el menor, más autonomía le dejan los padres, ellos mismos se colocan en situación de no impedir el evento dañoso, y, en consecuencia, la exoneración de los padres (aunque rara) tendría más éxito respecto a los *infans* que a los adolescentes¹⁶⁹³.

En cualquier caso, y en virtud de la dificultad extrema en descubrir algún supuesto de fuerza mayor en la responsabilidad civil de los padres, a no ser que se desnaturalice, esto es, refiriendo la fuerza mayor respecto al menor y transformando lo que es una condición de responsabilidad en un medio de exoneración¹⁶⁹⁴, parte de la doctrina pone en entredicho que la responsabilidad civil de los padres sea de *plein droit*. Y, asimismo, augura que la cláusula de fuerza mayor se puede convertir, a partir de ahora, en una regla elemental de equidad que permitirá exonerar a los padres cuando sea injusto comprometer su responsabilidad, cuando, sin embargo, la injusticia no equivale a los caracteres de imprevisible, inevitable y exterior que pueden calificar a un hecho, y esto va a tener como consecuencia reintroducir el juicio sobre el comportamiento de los padres, esto es, la culpa que parecía desterrada¹⁶⁹⁵. En definitiva, entienden que el error ha estado en que la jurisprudencia, desde el momento en que ha consagrado que la responsabilidad civil de los padres es objetiva, ha asimilado el concepto de imposibilidad del último párrafo del artículo 1384 CC al de fuerza mayor, y por tanto lo han vaciado de contenido, al negar a los padres, de hecho, la posibilidad de exonerarse de responsabilidad¹⁶⁹⁶. En consecuencia, la dificultad de exoneración por causa de fuerza mayor

¹⁶⁹² POHE, C., ob, cit, p. 17, y VINEY, G./ JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*, ed., LGDJ, 1998, n° 385.

¹⁶⁹³ LEDUC, F., ob, cit, pp.8-9.

¹⁶⁹⁴ Entre otros, ref. SÉRIAUX, A., *Droit des obligations*, ed., PUF, 1998, p. 422, n° 117: “le père devrait démontrer qu’il a pris toutes les mesures idéales, possibles et imaginables, pour éviter que l’enfant cause un dommage, ce qui aboutirait en pratique à ne jamais l’exonérer”, en Caron, C., ob, cit, np. 78, p. 1133.

¹⁶⁹⁵ CARON, C., ob, cit, p. 1134.

¹⁶⁹⁶ Ref. AUBRY, C/ RAU, C., *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, París, 1871, t. IV, n° 448, en Caron, C., ob, cit, np. 96, p. 1135.

va a implicar que el único medio de exoneración se encuentre en que no se cumplan los clásicos presupuestos o condiciones de la responsabilidad civil de los padres¹⁶⁹⁷.

Y el temor puesto de manifiesto en el párrafo anterior se ha hecho realidad pues, aunque la jurisprudencia aún no ha resuelto la cuestión, es significativo que en la sentencia de Cass. Civ, 2 de diciembre de 1998, que resolvía el supuesto del daño causado por una menor que, al resbalar cuando andaba normalmente por el pasillo de una tienda, tiró un estante, el Tribunal de casación reprochaba a los jueces *au fond* haber excluido la responsabilidad de la madre sin haberlo justificado en alguna de las causas de exoneración de la responsabilidad de *plein droit*, cuando, se puede constatar que el hecho de la menor era imprevisible e inevitable para la madre¹⁶⁹⁸. Y en el mismo sentido resolvió la sentencia de Cass civ, de 4 de junio de 1997 que casó la sentencia de apelación que había exonerado a los padres de un menor de siete años que había causado un daño en el patio de recreo bajo la supervisión de su institutrice¹⁶⁹⁹, pues dicha circunstancia no constituía un supuesto de fuerza mayor. Entonces, ¿es que es necesario que el hecho sea fuerza mayor para el menor?. Parece que sí, si tenemos en cuenta, por otra parte, la consolidación jurisprudencial de que sólo es necesario que el menor cometa un hecho que sea causa directa del daño, y no un acto culpable objetivamente, de modo que, ¿no serán la mayoría de las veces los actos normales de los menores hechos imprevisibles e inevitables para los padres?.

c') Ventajas del criterio de imputación de “los especiales deberes inherentes a la patria potestad”.

En orden a superar los inconvenientes, expuestos en los apartados anteriores, de fundamentar la responsabilidad civil de los padres, tanto en el criterio de la presunción de culpa, o en el criterio objetivo o cuasiobjetivo de la garantía o del riesgo, es más conveniente hacerlo en la posición jurídica del sujeto, al ser un criterio más conforme con la especificidad de la responsabilidad civil de los padres, pues como nos explica MOROZZO DELLA ROCA, el

¹⁶⁹⁷ POHE, D., ob, cit, p. 18.

¹⁶⁹⁸ JCP 1999.II. 10165, note M JOSSELIN-GALL; y POHE, D., ob, cit, p. 17. Por el contrario en la sentencia CA Chambéry, 4 janvier 2000, RC Assur. 2000, Comm. 317, note L.GRYNBAUM, pues el carácter habitual de las circunstancias del juego de un balón impedía que presentaran el carácter de imprevisible y de exterior respecto a los padres del menor.

sistema de la responsabilidad civil no puede considerarse como un sistema binario, dotado de límites internos lineales, ya que las mismas expresiones de “responsabilidad por culpa” y “responsabilidad objetiva” carecen de aptitud descriptiva; pues, en definitiva, el jurista se va liberando de la idea de poder identificar y precisar un derecho natural de la responsabilidad civil¹⁷⁰⁰.

Más en concreto, consideramos que las ventajas de afirmar que el cauce legal de imputación en la responsabilidad civil de los padres son los especiales deberes inherentes a la patria potestad son:

a) Ser acorde con las peculiaridades de la previsión legal del artículo 1903.2 CC, en concreto, con los presupuestos de aplicación de la responsabilidad civil de los padres, ya que, a pesar de que éstos son independientes de que el criterio de imputación sea objetivo o subjetivo, son índice, en cierto sentido de su naturaleza. Así, el que el legislador establezca como tal presupuesto la guarda del menor, habiendo suprimido en 1981 el requisito de la compañía, es significativo de que el criterio de imputación no reside, tanto, en un juicio de compartamiento de los padres, como en su posición jurídica.

b) Dar explicación a que la jurisprudencia española trate de modo menos rígido la responsabilidad civil de los titulares de los Centros docentes de enseñanza no superior, privados o concertados¹⁷⁰¹, por los daños causados por sus alumnos menores de edad en

¹⁶⁹⁹ Ref. Cass civ. 2e, 4 juin 1997, *Resp. civ. assur*, 1997, comm. N° 253, en POHE, D., ob, cit, p. 17.

¹⁷⁰⁰ Destacan esta idea, entre la doctrina italiana, ref. BRASILEO, V., “Responsabilità del genitore per il fatto commesso del minore capace o incapace”, in *Foro pad*, 1954, c. 383; ALPA, G; *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, p. 304; MAIORCA, C., Voz: “Colpa civile”, in *Enc. Dir.* VII, Varese- Milano, 1960, p. 552; *I fondamenti della responsabilità civile*, Milano, 1990, p. 182 y ss, en Morozzo della Roca, P., ob, cit, p. 36. Y, en la doctrina francesa, vid. LAMBERT-FAIVRE, Y., “L’évolution de la responsabilité civile d’une dette de responsabilité à une créance d’indemnisation”, *RTDC*, 1987, I, p. 1 y ss.

¹⁷⁰¹ MORENO MARTÍNEZ, J.A., “Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (Al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coordinador, J.A. MORENO MARTÍNEZ, J.A), ed., Dykinson, Madrid, 2000, pp.402-403, 428. La titularidad de un centro docente debe corresponder, en principio, de acuerdo al art. 10 de la LODE con la “persona física o jurídica que conste como tal en el Registro a que se refiere el art.13 de esta Ley”, es decir con la persona que aparece legitimada para el ejercicio de la actividad educativa. Si es además a dicha persona, según facultades otorgadas por la LODE, a quien corresponde, en mayor o menor intensidad, instituir las distintas medidas organizativas, parece razonable que sea ella quien aparezca como potencial responsable ante una deficiencia de las mismas. En lo que concierne a los centros concertados, este autor opina que, a pesar de las similitudes con los centros públicos de la enseñanza, a efectos del régimen de su responsabilidad la asimilación no puede producirse, siendo aplicables las normas civiles, pues aunque existe un

aplicación del artículo 1903.5 CC, que la responsabilidad civil por los daños causados por sus hijos menores de edad en aplicación del 1903.2 CC, cuando ambas responsabilidades tienen como punto en común, tanto la aplicación del párrafo séptimo de dicho precepto, esto es, la posibilidad de exonerarse mediante la prueba de la diligencia debida, como el ejercicio de la guarda sobre el menor, la que se delega al Centro docente durante el horario escolar¹⁷⁰². Pues, el acto súbito e inopinado de los menores de edad, que no es medio de exoneración de responsabilidad civil en los padres, por el contrario, se considera caso fortuito y que rompe el nexo causal de responsabilidad, siendo fórmula de estilo en los Tribunales que: “la imprevisibilidad se deduce de la rapidez en que se desarrolló el acto, la ausencia de antecedentes de peligrosidad en el menor, y lo infrecuente del acto”¹⁷⁰³. O sin necesidad de acudir al caso fortuito, se deduce que el acto del profesorado o del titular del centro no fue negligente porque el medio empleado que propició el daño era inocuo y, por tanto, no fue concausa del resultado¹⁷⁰⁴, siendo cierto, entonces, que los titulares de los centros docentes

control implícito de la Administración sobre dichos centros en una serie de parcelas (admisión de alumnos), ello no viene a significar un cambio de situación jurídica que justifique la aplicación de otras normas, distintas a las de índole privada. Se excluye, por tanto, del ámbito de aplicación del artículo 1903.5 CC a los centros públicos, que se rigen, debido a las últimas reformas administrativas y procesales, por las normas administrativas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración –responsabilidad directa y objetiva-, aún en los supuestos de codemanda de la Administración educativa y particulares.

¹⁷⁰² Para un análisis de su ámbito de aplicación temporal, vid. ATIENZA NAVARRO, ML., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, ed., Comares, Granada, 2000, pp. 392-420; y GÓMEZ CALLE, E., “Comentario a la STS 4.6.1999, CCJC, 51, sept-dic 1999, pp. 1187-1195.

¹⁷⁰³ Vid, en relación a la anterior normativa, STS 21.11.1990 (RJA 1990, 9014) que absolvió a la Directora de la Guardería Infantil demandada por los padres del menor que fue agredido por otro de seis años con un tenedor mientras comían, pues atendió a si tal daño era previsible dentro de un orden cotidiano o normal, o posible de evitar, lo que se negó debido a las circunstancias de rapidez con que el hecho se desarrolló, unido a la ausencia de antecedentes en la conducta del niño y al carácter infrecuente e improbable del caso. Y, a su vez, refuerza el argumento aduciendo que no hubo negligencia en el profesorado, pues la profesora encargada se hallaba cumpliendo sus cometidos en el comedor, lo que, en principio, obvia la omisión de la diligencia debida exigible conforme a la naturaleza de la relación jurídica entre padres y educador (fto jurídico 3º). Y, en términos parecidos, STS 10.3.1997 (RJA 1997, 2483) que exime al centro docente de responsabilidad debido a que las medidas adoptadas eran las adecuadas, ocurriendo los hechos de una forma difícilmente previsible dentro de un orden cotidiano.

¹⁷⁰⁴ Vid. STS de 20.5.1993 (RJA 1993, 3718), con anterioridad a la reforma, que, en igual sentido, absolvió al Director del centro escolar y al profesor que dejó una pelota de baloncesto a un grupo de menores que la requirieron para jugar en el patio del recinto interior del Colegio, y con el que uno de ellos lesionó a otro del grupo, en razón de que: “de los hechos se desprende que no fue una actuación culposa del profesor, pues la práctica del juego al que se dedicaban los alumnos no era peligroso, ni el medio empleado fue concausa del resultado por su carácter inocuo. Y, para una referencia amplia de supuestos en que se exonera el profesor o titular del centro docente porque el daño derivó de un juego no peligroso o actividades no peligrosas, vid. ref, entre otros., SSTS 10.3.1997 (RJA 1997, 2483); y 2.4.1998 (RJA 1998, 1879), en STS 18.10.1999 (RJA 1999, 7615, fto jurídico 3º)-

Cfr., como es previsible el daño que deriva de la práctica de juegos peligrosos, se responde por negligencia –vid. STS 18.10.1999 (RJA 1999, 7615)-que declara responsable, solidariamente a la Generalitat de Cataluña y al profesor que estaban con los menores en colonias cuando manejaban unos palos con el propósito

responden cuasiobjetivamente del riesgo típico que supone la “mala utilización por los niños del material en los juegos infantiles”¹⁷⁰⁵. E, incluso, en ocasiones para la exoneración se utilizan ambos argumentos, que no hubo negligencia en el titular del centro docente y que el acto del menor no fue un caso fortuito¹⁷⁰⁶.

Y la racionalidad de dicho tratamiento jurisprudencial a la responsabilidad civil de los titulares de los centros docentes es que: “la objetivización o responsabilidad por riesgo es cierta, pero se ha producido en su mayor medida en los supuestos de resultados dañosos acaecidos dentro del ámbito de la circulación de vehículos a motor y en la correspondiente a las actividades empresariales o industriales que lleven inherente el factor de peligrosidad”, y que “aunque la responsabilidad extracontractual se ha objetivizado no ha revestido caracteres absolutos y, ni el artículo 1902 ni el relacionado 1903 CC aplicable a este caso, pueden interpretarse con olvido del propio concepto de culpa, como fondo remanente de los mismos, lo que obliga a considerar si un suceso de tales características era previsible dentro de un orden cotidiano o normal y a valorar la posibilidad de evitarlo”¹⁷⁰⁷.

de imitar el juego de marcanos-; y STS 10.12.1996 (AC 1997, nº358) que, aplicando el artículo 1903.4 CC responsabilizó al centro docente, en un caso en que un menor de cuatro años fue lesionado al clavársele en el ojo el alfiler del broche en forma de imperdible llevaba su compañera al golpearle con él, por haber permitido llevar al menor un instrumento potencialmente peligroso, dado que por la edad que presentaba hacía previsible el daño; Y STS 18.10.1999 (AC 2000, nº 78) que responsabiliza al centro por no haberse seguido la diligencia que era exigible en la vigilancia de los citados menores que se entretenían con un juego que por las circunstancias en que se realizaba revestía la condición de peligroso.

¹⁷⁰⁵ Como pronunciamiento *obiter dictum*, en SAP de Sevilla de 21.6.1994 (AC 1994, 998).

¹⁷⁰⁶ SAP de Sevilla de 21.6.1994 (AC 1994, 998) que absolvió al Director del Jardín de Infancia por las lesiones causadas a un niño por otros al jugar con un banco, porque: el acto fue un caso fortuito, por la rapidez, por la ausencia de antecedentes de peligrosidad, y por el carácter infrecuente e improbable del caso; y, porque no hubo negligencia en el profesorado, ya que un banco es un medio inocuo, ni siquiera previsiblemente peligroso.

¹⁷⁰⁷ Antes de la Ley de 1/1991, de 7 de enero, la mayoría de la doctrina defendía que el criterio de imputación en la responsabilidad civil del profesorado o directores de los Centros docentes era el subjetivo, sobre la base del artículo 1903.6, o de los artículos 1903.4 CC y 1902 CC, ya que para responsabilizar al titular del centro docente se permitía acudir, al artículo 1903.4 CC regulador de la responsabilidad de los empresarios por actos de sus empleados (cuando el proceder negligente del profesor había contribuido a la causación del daño sufrido por el alumno), o al 1902 CC (cuando el daño se había producido a causa de deficientes medidas organizativas del centro). Y de igual modo, con posterioridad a la reforma, como se desprende de los debates parlamentarios de la Ley 1/1991, de 7 de enero, con la diferencia de que en la configuración de la culpa del titular del centro docente ex artículo 1903.5 CC, se deberán tener presentes, además de las conocidas causas – relacionadas tradicionalmente con la responsabilidad del empresario de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, una hipotética culpa del titular docente por las deficiencias o insuficientes medidas organizativas adoptadas (cuyo fundamento pudiera extraerse de la propia Exposición de Motivos de la ley, y que guarda similitud con “la culpa en la organización” –*Organisationsverschulden*– de la jurisprudencia alemana), si bien con alguna intervención culposa del profesor, y de incidencia en la producción del daño - MORENO MARTÍNEZ, J.A., “Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos...”, y ob, cit, p.406, y GÓMEZ CALLE, E., “Comentario a la STS 4.6.1999”, ob, cit, p. 1395, que critica la sentencia que exonera de responsabilidad civil al titular del Centro docente por los daños causados a una alumna del colegio a resultas de las acciones combinadas

En definitiva, el control que ejerce el titular del centro docente a través del profesorado, y durante un espacio temporal determinado, propicia que sea la culpa *in vigilando* el criterio de imputación, y, por eso, se exige, incluso, que la deficiencia organizativa haya propiciado el daño causado por el alumno en una relación de causalidad; a diferencia de los padres que responden, aún cuando los menores cometen un daño en un ámbito respecto al que los padres les han concedido una autonomía. Y, en cierto sentido, se puede deducir lo mismo del tratamiento jurisprudencial subjetivo de la responsabilidad civil de los guardadores de un menor de edad, del que tienen solamente su guarda material, por ejemplo, porque los padres han delegado la guarda del hijo, si bien, es cierto, que en la mayoría de las ocasiones los Tribunales basan su responsabilidad en el artículo 1902 CC¹⁷⁰⁸.

c) Por último, este criterio tendría como ventaja la claridad en su medio de exoneración, esto es, los términos del último párrafo del artículo 1903 CC habría que interpretarlos en el sentido de que “el hecho del menor fuera un acontecimiento atípico en relación al ámbito de control de los padres”. Sin embargo, para que este criterio fuera efectivo la doctrina tendría que hacer el esfuerzo de definirlo, aún siendo una tarea verdaderamente difícil¹⁷⁰⁹. En definitiva, consideramos, que, según este criterio de imputación, los padres son responsables civiles siempre que el daño se cometa en un ámbito en el que el menor tiene una autonomía, social o concedida por los padres, sin embargo, en el caso contrario, se exonerarían de responsabilidad. Así parece recogerse, aunque como pronunciamientos *obiter dictum*, de algunas resoluciones, sobre todo de las Audiencias Provinciales, que hablan de que: “el principio de la culpa *in vigilando strictu sensu queda mediatizado al de*

de dos de sus compañeros, cuando todos ellos se encontraban dentro de las instalaciones del colegio –en su recinto exterior- y en los momentos previos al inicio de las clases, pues se podía haber acudido a la negligencia imputable al Centro como defecto organizativo ex art. 1903.5 CC, como se desprende del hecho de que, con independencia de si habían comenzado ya o no la obligación de vigilancia a cargo del centro, hubiese una puerta abierta, que se pudiera abrir y cerrar con el simple empujón de un niño, en un lugar de tránsito de los escolares.

¹⁷⁰⁸ SAP de Córdoba de 10.3.1994 (AC, 1994, 492) que afirma que por el hecho de que el menor se encontrara en un Club deportivo se produce una delegación de las facultades de vigilancia y tutela de los padres del menor a favor del Club deportivo. Y respecto a la responsabilidad del Club, se constata cómo se flexibiliza el criterio de imputación frente al de la responsabilidad de los padres, pues afirma que no se está ante una responsabilidad por riesgo, ya que el daño se produjo con un instrumento de uso corriente y doméstico, esto es, una puerta.

Por otra parte, hay quiénes defienden una interpretación flexible del artículo 1903.5 CC incluyendo dentro de su ámbito objetivo de aplicación, no solamente titulares de centros docentes de actividad reglada sino también los titulares de centros u organizaciones que tuvieran asignadas además de una función educativa o de instrucción un cierto poder de control sobre los menores, verbigracia, aulas de naturaleza, campamentos, escuelas de hípica, etc., -vid., MORENO MARTÍNEZ, J.A, ob, cit, p. 402-.

responsabilidad inherente a los poderes de la patria potestad o tutela, que llevan evidentemente la obligación de vigilar a los menores, y solo cesa por causa extraña a los límites de control normales, cuando un hecho ajeno a lo que es el deber de vigilancia *lato sensu* interfiere en el desarrollo de la acción (...), siendo, (..) la misma concesión paterna de autonomía donde reside en la mayoría de las ocasiones la base de la responsabilidad de quien la otorga”¹⁷¹⁰.

En definitiva, este criterio tendría como ventaja objetivizar, en cierto sentido, la responsabilidad civil de los padres, y ser, de tal modo, coherente con el carácter de garante que siempre ha revestido a esta responsabilidad, pero sin dejar vacío de contenido el último párrafo del artículo 1903 CC.

No obstante, debido a la rigidez del criterio único de imputación, proponemos la posibilidad de que el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres sea doble.

c. Segunda posibilidad de lege data: el doble criterio de imputación en el artículo 1903.2 CC.

a’) Justificación metodológica.

En el capítulo primero de esta investigación se justificó, y se ha puesto de manifiesto a lo largo de los siguientes capítulos, que la debida interpretación de los artículos 1902 –1903 CC admiten que en tales preceptos está presente, no solamente el aparente principio de la culpa, sino, también, principios generales objetivos no absolutos, como medio flexible que es

¹⁷⁰⁹ CARBONNIER, J., *Droit civil. Les obligations*, t. IV, ed, PUF, 1994, p. 271, n°. 162.

¹⁷¹⁰ Así, SPA de Toledo de 14.5.1992 (AC 1992, 742); y también, como pronunciamiento *obiter dictum*, la SAP de Toledo 3.3.1999 (AC 4247) acerca del atropello de un niño de seis años, por otro de dieciséis que conducía un bicicleta en el patio de un Colegio del que no era alumno, y el Tribunal Supremo afirma que: “la presunción de responsabilidad se asienta en los poderes y deberes de la patria potestad, de modo que responde en tono de marcada severidad salvo que demuestren que *que se trata de un hecho que escapa al control de los padres, extraño a los límites normales de control (...)*”. En tal dirección se pronuncia la SAP de Valladolid de 17.3.1995 (AC 1995,431), que resuelve el recurso de apelación de los padres de un menor de dieciséis años que lesionó a otro por el impacto de una pelota de tenis cuando ambos se encontraban en la piscina municipal, y el Tribunal afirma que: “el hecho de que los padres autorizaran al hijo para que acudiera el día a la piscina municipal no les relevaba de toda vigilancia y cuidado, ni *per se* puede determinar una transmisión o delegación de guarda.

el Derecho que, para hacer justicia, no ha de adoptar posturas rígidas. Este postulado, por otra parte, es respetuoso con la técnica normativa, porque ésta demanda que la interpretación jurídica no pase la frontera que lleve al terreno de la creación de una norma jurídica, y que, por tanto, se limite a inspirar la hermenéutica de las normas jurídicas ya existentes, sin poder prescindir del propósito último que ésta persigue, al ser la norma jurídica, en definitiva, un proyecto de justicia que al servicio del bien común comporta una ordenación racional dirigida por una *ratio*. Si bien, al poner ésta en contraste con cambiantes circunstancias sociales va a permitir extrapolar un nuevo planteamiento normativo, ampliando o restringiendo el campo de la acción de la norma; con el límite de que los hechos superen la *ratio* de una norma jurídica y sobrevenga en la conciencia social un cambio de opinión sobre el interés típico protegible por aquélla, la que termina revelándose inadecuada y su interpretación impotente, pudiendo, solamente, ser colmada la laguna legal con la creación de una nueva norma jurídica.

Aplicando lo dicho al artículo 1903.2 CC, que regula una responsabilidad civil por hecho de otro, podemos concluir que sería legítimo que admitiéramos que los criterios de imputación en la responsabilidad de los padres pueden ser diversos y no excluyentes, esto es, que acoge, tanto al criterio subjetivo, como el objetivo distinto del riesgo, pues no es acorde a la justicia lo indiscriminado del trato de los Tribunales que objetivan la responsabilidad de los padres en todo supuesto. Y, si han sido razones de convivencia social las que han justificado la responsabilidad objetiva para el ámbito empresarial que, dado que la transformación de la responsabilidad es la expresión jurídica de la experiencia vivida de las cosas, ha sido un poderoso instrumento de humanización del Derecho, entendemos que tal finalidad es la que debe guiar la objetivización de la responsabilidad civil de los padres.

En definitiva, basamos la posibilidad de que el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres en el artículo 1903.2 CC no sea único en los siguientes argumentos:

Iº) En primer lugar, porque es acorde con la *ratio* del artículo 1903 CC que, en relación con la del artículo 1902 CC, es evitar el daño, tanto injustamente causado, como recibido. Más en concreto, nos han parecido muy clarificadoras las palabras de BACH cuando afirma que: “no es posible encontrar un único fundamento de responsabilidad, así en el supuesto de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos en que a veces es válido el fundamento basado en la presunción de la culpa *in vigilando* o *in educando*, pero en los casos de daños causados por un menor de baja edad el fundamento es otro”¹⁷¹¹.

IIº) En segundo lugar, es razonable pensar que el codificador civil quisiera acoger en su ámbito de aplicación, tanto al menor de edad imputable, como al de escasa edad, pues históricamente se ha puesto de manifiesto dicha realidad, y para ello es posible que, ayudándose de la ambigüedad de la expresión de que los padres pueden exonerarse si prueban la “diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”, permitiera que el criterio de imputación pudiera ser distinto dependiendo de la imputabilidad o no del menor de edad¹⁷¹².

IIIº.- Y, por último, porque la tradicional legitimación jurídica o finalidad de la responsabilidad civil de los padres, como cuestión diferente, aunque relacionada, de cual sea el cauce jurídico que para conseguir dicha finalidad establezca el legislador, ha sido doble, a pesar de que la doctrina de tradición jurídica latina lo haya resuelto, siempre, con criterios excluyentes¹⁷¹³. Ya que, siguiendo a LEÓN GONZÁLEZ, la noción tradicional de responsabilidad civil por hecho ajeno implica la existencia de un determinado vínculo de sujeción o dependencia de unas personas respecto de otras a las que imponen ciertos deberes

¹⁷¹¹ BACH, L., “Fondement de la responsabilité civile en France”, *RTDC*, 1977, janv-déc, p. 53.

¹⁷¹² A favor de dicha distinción, vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R., “Las modificaciones introducidas en el Derecho argentino a la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores”, *RGLJ*, 1986, p. 596.

¹⁷¹³ Así, 1) La doctrina subjetiva justifica que el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres es la culpa porque ésta se legitima, jurídicamente, en la idea de que el menor precisa de un particular cuidado y vigilancia que se pone a cargo de determinadas personas a quienes, por la relación que les une al menor, se considera en condiciones de impedir el daño y, por tanto, responsables del mismo. Y esta razón lo que era coherente con una época basada en el clima de confianza en el poder de la familia. Esta razón traía causa de la mentalidad de una época en la que la obediencia constituía el primer deber de los hijos y la punición el método educativo más obvio, esto es una época basada en el clima de confianza en el poder de la familia – FOUCAULT, M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, ed. It. Torino, 1982, tav. n. 29.- Y, 2) La doctrina objetiva, por el contrario, justifica que el criterio de imputación es objetivo porque éste se legitima jurídicamente en la idea de que cualquier persona adulta llamada a responder contará con más medios económicos que el menor para hacer efectiva la indemnización, pues dada la normal insolvencia del menor lo más coherente sería fundamentar la

de guarda, tutela, educación, etc., con la doble finalidad de, por un lado, evitar que quien se encuentra en esa situación de sometimiento cause daño a terceros, *función preventiva*, y, por otro, proporcionar a las eventuales víctimas, caso de que el daño llegue a producirse, una protección jurídica más amplia y efectiva en orden a su derecho al resarcimiento, *función reparatoria*¹⁷¹⁴.

Y la interpretación del artículo 1903 CC de modo que fuera viable un doble cauce de imputación en la responsabilidad civil de los padres nos lleva a dilucidar dos posibilidades, en principio, razonables:

b') Primera opción: según la existencia o no de imputabilidad civil en el hijo.

Una primera posibilidad estaría en establecer la siguiente distinción defendida por parte de la doctrina:

Por un lado, que los padres van a responder de modo objetivo en el caso en que el daño lo cometa su hijo menor de escasa edad, inimputable civil, pues se basa en la experiencia real o en la naturaleza de las cosas el que los *infans* cometan daños fortuitos, de modo que en este caso la responsabilidad civil de los padres exigiría una diligencia objetiva o, con terminología clásica, responder de un deber absoluto de cuidado. En consecuencia, los padres no podrían exonerarse probando que el hecho del menor fue un caso imprevisible, al no ser viable jurídicamente el límite exonerador del artículo 1105 CC que, además, no se recoge en el precepto, lo cual no deja de ser significativo. En definitiva, en este caso parece más realista responder dentro de los límites normales y objetivos de previsibilidad que se marcan en la

responsabilidad de los padres en la idea de garantía que supone para el perjudicado sujetar el patrimonio de los padres al pago de la indemnización.

¹⁷¹⁴ LEÓN GONZÁLEZ, JM., “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad”, ob, cit, pp. 270 y 285, pues nos explica que si tomamos como base nuestros antecedentes históricos, esto es, el *Code de Napoléon*, encontramos que ambas razones estaban presentes en la mente del legislador francés, pues en los trabajos preparatorios la responsabilidad civil de los padres venía apoyada, tanto en la idea de prevención del daño, pues se trata de obligar a ciertas personas a usar de la autoridad que se les concede sobre otras personas para impedir a estas últimas que causen daños- BLANC, E., *La responsabilité des parents*, París, 1953, pp. 25-27, como en la idea de garantía –ref BERTRAND DE GREUILLE., “Rapport du Tribunat dans la séance du 16 pluviôse an XII (6 février 1803)” in Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. treizième, réimpression de l’édition. 1827, Osnabrück, p. 476, que aludían que, a veces, era la única garantía de la reparación del daño.

sociedad respecto a los daños causados por menores de escasa edad. Y, por otro, en el caso en que el daño lo cometa un menor mayor es conveniente que el término de diligencia tome en cuenta tal circunstancia y, por tanto, permita la exoneración de los padres con la prueba de la diligencia debida desde un punto de vista subjetivo, sobre la base de la vulneración de los clásicos deberes de vigilar y educar, lo que está en consonancia con los principios de libertad y responsabilidad que el legislador español no deja de atribuir a los menores¹⁷¹⁵.

En definitiva, la distinción apuntada se puede basar, a su vez, en dos razones:

1º) Si la diligencia adopta un contenido objetivo, esto es, la conducta materialmente necesaria para evitar el daño, debido a los cambios sociales producidos, lo que antes era una conducta adecuada para evitar daños, tanto del menor de escasa edad como del adolescente, en la actualidad ya no es así, debido al ámbito de autonomía creciente del menor de edad. La cuestión es, entonces, dilucidar si lo más justo es requerir una diligencia intensísima a los padres en todo caso.

2º) Y porque dicha distinción está teniendo un apoyo, tanto legislativo, como doctrinal y jurisprudencial, en países de nuestro entorno. Así, se ha llegado a consagrar en el nuevo Código civil holandés, cuyo artículo 169 párrafo primero prevé una responsabilidad objetiva o estricta para los daños causados por los hijos de menos de catorce años y una responsabilidad fundada en una presunción simple de culpa por los daños causados por adolescentes entre catorce y dieciséis años; y a partir de tal edad los padres responden bajo el régimen común de responsabilidad de la culpa probada¹⁷¹⁶. Además, aunque sin llegar a legislarla, la doctrina argentina apoya dicha tesis pues, en relación al ambiguo artículo 1116 del Código civil argentino, interpreta que, a pesar de que el precepto no distingue criterios distintos para la

¹⁷¹⁵ En este sentido, vid. DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos...”, ob, cit, p. 857, y en “Comentario a la STS de 15 de diciembre de 1994, en CCJC, nº.38, 1995, p. 639; NAVARRO MICHEL, M., ob, cit, p.88, que pone en los catorce años el límite a partir del cual la responsabilidad civil de los padres pasa a ser subjetiva. E, incluso se propone respecto a los incapaces, por SALAS MURILLO, S., *De Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 142, pues explica que, aunque los incapaces no gozan del margen de libertad que requieren los adolescentes o *grandi minori*, también es cierto que ha de valorarse la situación *ad casum*, pues las modernas tendencias médico-sociales propugnan la concesión del necesario y adecuado nivel de autonomía del enfermo mental, precisamente su inserción en la sociedad.

¹⁷¹⁶ Libro 6, artículo 169.1 del Código civil holandés.

responsabilidad civil de los padres respecto a los menores de diez años, y los mayores de dicha edad, de los que el artículo 907 del mentado Código presume *iure et de iure* su inimputabilidad o su imputabilidad respectivamente, no es justo que sea el mismo criterio de imputación el que rijan ambos supuestos, debiendo ser objetivo el que regule la responsabilidad de los menores de diez años y subjetivo el de los mayores de diez años¹⁷¹⁷. Razonan que no se entiende como puede sostenerse que un padre o madre ha cumplido su rol con la mera educación o buenos ejemplos frente a una persona inmadura que no alcanza a distinguir lo bueno de lo malo; es una mera ficción, como dice LLAMBIAR, que respecto de un inimputable tengan virtualidad los extremos de liberación mencionados en el artículo 1116¹⁷¹⁸. En definitiva, un ser privado de razón sana y suficiente, incapaz de dirigir sus acciones con discernimiento es una persona que multiplica o potencia los riesgos de producir daños propios del vivir, de modo que lo que se puede alegar a favor de la conducta de los padres de un hijo con discernimiento receptivo, que tiende y aprende, que distingue y elige, se diluye respecto a los padres de un *infans* cuya responsabilidad ha de ser objetiva¹⁷¹⁹.

Y, por último, en esta dirección se encuentra la nueva línea jurisprudencial italiana que está registrando alguna atenuación en el riguroso régimen jurisprudencial inherente a la prueba liberatoria, forzada, quizá, por la presión doctrinal del país¹⁷²⁰. En concreto, algunos Jueces están prestando una mayor atención a las características y modalidad del acto ilícito y a

¹⁷¹⁷ Vid MOSSET ITURRASPE, J., ob, cit, p. 73.

¹⁷¹⁸ *Ibidem*, pp. 90 y 105. El artículo 1116: “ Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos”. En definitiva, de *lege data*, en la legislación argentina para eximirse de responsabilidad los padres se requiere: que no exista cohabitación, la supuesta vigilancia activa, o que el hijo, según el art. 1115 CC, esté de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona. Aunque, se mantiene la responsabilidad, aún con la transferencia de la guarda, en los siguientes supuestos: a) si el tercero no es idóneo para la vigilancia del menor; b) cuando los padres conocen las malas inclinaciones del menor y los padres lo confían a un tercero sin prevenirle acerca de las tendencias agresivas del joven –Cám. Pen Rosario, sala 2ª, Ferruti, Aldo, en J.A, 1987-IV-407 que juzgó que las víctimas no deben soportar las consecuencias de la desorganización familiar, por el contrario, ellas deben ser asumidas por quienes tienen que conducir el hogar familiar -, lo que se corrobora por la jurisprudencia francesa –vid. RTDC, 1982, p.147 -; c) o cuando el tercero es insolvente. Por último, la jurisprudencia argentina requiere para que se eximan los padres en la delegación de guarda a un tercero que se preocupen por estar informados de la conducta del menor y requieran dicha información del guardián de hecho –Cám. Nac. Civ. Sala, C, “Lara, R c/Rodríguez, C”, L.L 1990-13-99-.

¹⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 75. Además, modernos estudios psicológicos ponen de relieve que durante el período de la infancia no se goza de la capacidad precisa para comprender la importancia de la propia actuación y para sentirse vinculado por ciertas obligaciones hacia los demás, sino que, más bien, se actúa conforme a reglas puramente egocéntricas e individualizadas. Los padres del *infans* no pueden demostrar, a la vez, la imposibilidad de impedir el daño y la vigilancia activa.

la efectiva posibilidad para los padres de impedirlo, llevándoles a absolver de responsabilidad a los padres en los supuestos en que el hecho ilícito haya sido cometido por un hijo, próximo a cumplir la mayoría de edad, o muestre una cierta madurez, en el ámbito de la propia esfera de autonomía del menor que está sustraída al control de los padres: en realidad, tal teoría se aplicó por primera vez a los accidentes de circulación provocados por menores cuando la mayoría de edad se alcanzaba a los veintiuno y se permitía, sin embargo, por la legislación italiana que un menor de dieciocho años tuviera acceso al carnet de conducir¹⁷²¹. Pero en la actualidad no se circunscribe solamente a tal supuesto sino que, aunque sea por una jurisprudencia minoritaria, se afirma que en los casos de daños causados por un menor a fin de exonerar de responsabilidad, los padres deben demostrar haber ejercitado una actividad de vigilancia conmisurada a la edad, al carácter y a la índole del menor¹⁷²²; es decir, la jurisprudencia excluye la posibilidad de ejercitar una vigilancia sobre el hijo cuando éste manifieste una cierta madurez y cometa el acto ilícito en una esfera que está sustraída a la vigilancia de los padres; por ejemplo en el desarrollo de una actividad deportiva¹⁷²³. Si bien, esta tendencia parece truncarse por la sentencia de 9 luglio 1998¹⁷²⁴.

Sin embargo, y por otra parte, creemos que la distinción propuesta chocaría con la interpretación sistemática del precepto civil con el artículo 61 LORPM, del que la mayoría de

¹⁷²⁰ VISINTINI, G, ob. cit, p. 640.

¹⁷²¹ Ref. Trib Udine 28 febbraio 1963, in *Giur. it.*, 1964, I, 2, 126; Trib. Firenze 20 giugno 1963, in *Giur. Tosc.*, 1963, 835; Trib. Arezzo 11 aprile 1968, in *Giur. it.*, 1969, I, 2, 126; Pret. Bari, 8 gennaio 1971 in *Giur. mer.*, 1973, I, 50; , en VISINTINI, G, ob. cit, p. 640. Hubo muchas sentencias que resolvieron que cuando el hecho ilícito ha sido cometido por el menor en la esfera de libertad que normalmente se les puede conceder confiándoles un coche, la responsabilidad de los padres no surge.

¹⁷²² Ref. Cass, 24 ottobre 1988, n. 5751, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1004; y Cass, 30 ottobre 1984, n. 5564, in *Foro it.*, 1985, I, 146, en VISINTINI, G, ob. cit, np. 17, p. 640.

¹⁷²³ Ref. Cass, 13 gennaio 1975, n. 126, in *Mass. Giur. it.*, 1975 el supuesto en que durante una vuelta en barca, usando no diestramente el remo un menor golpeó el ojo de un compañero; y Cass, 6 maggio 1986, n. 3031, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1527, con nota di CHIANOLE, en el supuesto en que durante el descenso en esquí un menor había investido a otro esquiador; y el Cass, 24 ottobre 1988, n. 5751, in *Res. Civ. Prev.* 1989, 299 con nota di CHIANALE, en el supuesto en que dentro de un sporting club, un menor de doce años se cae dando vueltas al lado de un señora pacíficamente sentada, provocándole la lusión de la espalda. Y también, Cass, 30 ottobre 1984, n. 5564, e Cass 21 novembre 1984, n. 5957, que eximió de responsabilidad a los padres por el hecho ilícito cometido por un menor durante el espacio de tiempo comprendido en ir desde la casa al lugar de estudio, sustraído a la vigilancia de los padres. En el caso el menor tenía 10 años y había herido a otro compañero con el lanzamiento de una flecha, en VISINTINI, G, ob. cit, p. 643.

¹⁷²⁴ In *Mass. Giur. it.*, 1998, n. 6686, que parece ser una vuelta a la severidad pues afirma responsabilidad de los padres por el acto cometido por el hijo menor cuando la responsabilidad de este último no se había probado sino que era presunta, en razón de la aplicación del artículo 2054.2 Cc italiano; sentencia presumiblemente influida por la naturaleza objetiva de la responsabilidad del propietario del vehículo que, en este caso, era el padre del menor.

la doctrina interpreta que consagra una responsabilidad civil de los padres como objetiva y solidaria con la de todo menor mayor de catorce años¹⁷²⁵, que, en todo caso, es un imputable civil. Y, en consecuencia, entendemos preferible la siguiente opción.

c') Segunda opción: interpretación sistemática de la normativa civil y penal.

Sobre la base de la dificultad anterior, y en orden a conseguir una interpretación conducente a una coherencia de solución entre la normativa civil y la penal que regula esta materia, entendemos que otra posibilidad se encuentra en defender:

1º.- En primer lugar, que los padres de un hijo imputable civil (en todo caso a partir de los catorce años) ha de responder por un criterio de imputación objetivo, pues dicha responsabilidad se legitima, más en la insolvencia del menor que en la idea de prevenir y evitar daños, siendo el criterio más adecuado el que se basa en los especiales deberes inherentes a la patria potestad. Y la rigidez del criterio es acorde con la posibilidad de que éstos pueden ejercitar un derecho de repetición sobre la base de los artículos 1902 CC y 1904 CC, o si comete el menor un delito, o bien en el artículo 1904 CC, o bien en los artículos 1145 CC y 1210 CC.

En consecuencia, en este supuesto los padres no van a poder exonerarse, ni alegando la diligencia debida, ni el caso fortuito o la fuerza mayor, (lo permite nuestro presupuesto metodológico de la no aplicación analógica del artículo 1105 CC a la responsabilidad civil extracontractual), sino que habría que interpretar el último párrafo del artículo 1903 CC en el sentido de que los padres se pueden exonerar probando que “el hecho del menor de edad imputable civil fue un acontecimiento atípico en relación al ámbito de control de los padres”. De esta manera, por otra parte, se superarían las dificultades de orden técnico que implican que el caso fortuito/fuerza mayor sea un elemento de exoneración, en concreto, la confusión

¹⁷²⁵ Pues, ¿no se puede deducir de la expresión del artículo 61.3 LORPM de que el Juez moderará la responsabilidad de los guardadores cuando “éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave”, *a sensu contrario*, que la responsabilidad civil de los padres puede ser por culpa leve, pero, también, la responsabilidad civil objetiva o sin culpa, y que ambas serían objeto del efecto moderador?. ¿Será que el legislador penal sigue teniendo prejuicios en un tema como la responsabilidad civil *ex delicto*, que es civil, hablar de presunción de culpa o de responsabilidad objetiva?.

entre el presupuesto de responsabilidad civil de los padres (que el menor realice un acto que sea la causa directa del daño) y el criterio de imputación de éstos.

IIº.- Y, en segundo lugar, que los padres de un hijo inimputable civil (y en todo caso menor de catorce años) responden sobre la base de la presunta culpa en el ejercicio de los deberes de la patria potestad, pues es más probable que el hecho ilícito causado por un menor de escasa edad se deba a la infracción de dicho deber de vigilancia. Pues es legítimo que el Derecho quiera fortalecer en estos casos la función preventiva del daño, porque ésta está en íntima conexión con el daño que los menores puedan sufrir; y así se refleja, por otra parte, en la rigurosidad de la jurisprudencia civil cuando se trata del daño sufrido por un menor de escasa edad, al aludir, siempre como base de su argumentación al “extremado control o vigilancia” debida en los casos en estar ante un menor de escasa edad¹⁷²⁶. Y, así parece corroborarlo el que en el caso en que el daño lo cometa un menor de edad entre los catorce y dieciocho años, y en su caso veintiuno, en el que concurra causa de exención o extinción de la responsabilidad civil, ya sea por sufrir cualquier tipo de anomalía, o alteración psíquica o en la percepción que altere gravemente la conciencia de la realidad los guardadores van a responder según un criterio de imputación subjetivo, la culpa probada. Y esto por mandato del artículo 5 LORPM que realizan una remisión a los preceptos del CP 1995, en este caso el artículo 118 CP¹⁷²⁷. Pues, a veces el legislador iguala la situación del menor de escasa edad, que requiere una vigilancia intensa, a la persona que sufra algún tipo de deficiencia psíquica.

Ahora bien, consideramos que los padres responden por una “culpa presunta” pero objetiva y no subjetiva o en términos psicológicos. Y, en consecuencia, los padres podrían exonerarse de responsabilidad, por un lado, probando la diligencia debida en la guarda y vigilancia de menor, pero no en el sentido de esfuerzo o tensión psicológico, sino en el de vulneración de una norma jurídica de conducta, la que desde el punto de vista objetivo o social llevaría a evitar el daño. Y, por otro, los padres podrían exonerarse probando el caso fortuito o fuerza mayor, si bien, en este caso, creemos que el Juez, atendiendo al principio de

¹⁷²⁶ Para los supuestos de reducción en la indemnización debida a los padres en caso de estar ante un daño sufrido por un menor de edad, vid. Supra. II.3.B.a de este capítulo.

¹⁷²⁷ Art. 5: “1.- Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código penal” –*Ibidem*, p. 44-.

la naturaleza de las cosas, habría que tener en cuenta la normal previsibilidad de los daños cometidos por menores de escasa edad. Y, en todo caso, creemos que habría que entender, que la imprevisibilidad o inevitabilidad se refieren a padres y no al menor de edad, y esto en orden a no confundir, como ya lo hemos apuntado antes, un presupuesto de responsabilidad con el criterio de imputación de dicha responsabilidad.

Por último, proponemos que el Juez podría hacer aplicación del artículo 3.2 CC y 1103 CC para moderar la cuantía indemnizatoria de los padres en atención a la menor edad o la inimputabilidad civil de éste. Y esto en coherencia con lo estipulado en el último párrafo del artículo 61 LORPM.

d) Valoración final.

Tras todo lo expuesto hasta ahora se hace preciso concluir que:

1º.- Consideramos que el criterio de imputación más apropiado a las peculiaridades de la previsión legal establecida en el artículo 1903.2 CC, es el criterio cuasiobjetivo de los deberes inherentes a la patria potestad, porque evita las dificultades que conlleva que la fuerza mayor sea la causa de exoneración. Y si la perspectiva defendida no aparece con claridad del texto del artículo 1903 CC, ni de la jurisprudencia, se debe a la hegemonía que el principio general de la culpa ha ejercido en el proceso codificador. Pues, si sostenemos que el criterio de imputación de la responsabilidad civil de los padres es la culpa, se concluye que su obligación es de medios y no de resultado en el sentido de que el responsable imaginado por el legislador está incardinado por el buen padre de familia, medianamente prudente y diligente, esto es, los padres están obligados a hacer lo mejor, lo que creemos que no se desprende de los términos del artículo 1903.2 CC, ni del último párrafo del precepto, porque prevenir un daño no es lo mismo que ser unos buenos padres. Además no hay que confundir los dos tipos de responsabilidad que existen, una responsabilidad por un hecho personal, donde se juzga el comportamiento dañoso del agente del daño, y una responsabilidad civil por hecho de otro, donde sólo hay que analizar el comportamiento de la persona que comete el daño, y no de la persona que responde, y que históricamente ha estado fundada en criterios de

garantía, más que en el criterio subjetivo de la culpabilidad, según vimos en el capítulo segundo.

Si bien, entendemos preferible el doble criterio de imputación para la responsabilidad civil de los padres por los hechos de su hijo menor de edad: el criterio objetivo de los “especiales deberes inherentes a la patria potestad” para el caso de los menores de edad imputables civiles o adolescentes (en todo caso mayores de catorce años); y el subjetivo de la presunción de culpa, entendida ésta en sentido objetivo, para el caso de menores inimputables civiles. Es decir, compartimos la segunda opción apuntada para el doble criterio de imputación, pues además de tener en cuenta el criterio de la imputabilidad del hijo realiza una interpretación sistemática de la normativa civil y penal conducente a una coherencia de solución.

IIº.- Aunque la responsabilidad civil de los padres lo hayan basado unos en la presunción de culpa, y otros en el riesgo o en la garantía, y ambos sectores estaban de acuerdo en que la base de ambos criterios se encontraba en la autoridad que ejercen los padres. Sin embargo, creemos que el razonamiento es a la inversa, esto es, que el criterio de imputación de la responsabilidad civil de los padres reside, no en el riesgo ni en la garantía, que no tienen virtualidad descriptiva, sino en los especiales deberes inherentes a la patria potestad, esto es, en la autoridad de los padres, si bien, reconocemos que dicho criterio se basa o tiene como finalidad última garantizar los derechos de la víctima.

IIIº.- En tercer lugar, hay que incidir en la diferencia entre los presupuestos de responsabilidad civil de los padres y su criterio de imputación. En consecuencia, la objetividad del criterio de imputación que prediquemos en la responsabilidad civil de los padres no conlleva la interpretación del presupuesto de que el acto del menor sea causa directa del daño en el sentido de que no se requiera, ni siquiera, una actuación ilícita del menor; a excepción de que el menor produzca el daño en un ámbito en el que rige el criterio de imputación objetivo, como en la circulación de los vehículos a motor, o accidentes de caza,

pues en estos casos el padre no se pueda exonerar aduciendo que el acto del menor no fue culpable¹⁷²⁸.

En definitiva, los excesos en la interpretación de este presupuesto, en un afán desmedido de protección de la víctima se están reflejando en el derecho jurisprudencial francés a partir de la sentencia *Bertrand* que, como se ha apuntado anteriormente, consagró una responsabilidad civil de los padres basada en la garantía.

Pues, aunque tradicionalmente, existía una controversia sobre si se exigía la ilicitud del acto del menor¹⁷²⁹, o sólo se requería un simple hecho que estuviera en relación directa con el daño, apuntado por primera vez por la jurisprudencia francesa en la sentencia *Fullenwarth* en 1984¹⁷³⁰, dicha duda se ha resuelto con la sentencia dictada por la segunda sala civil de la Corte de casación de 10 de mayo de 2000, arrêt *Levert*, respecto al caso en que

¹⁷²⁸ Así, en las SSTS 9.7.1998 (*RJA* 1998,5547), en que se declara la responsabilidad civil de los padres por las lesiones causadas por su hijo menor de edad al disparársele la escopeta de caza que portaba cargada y en disposición de ser usada. Y aunque no indaga en si hubo culpa en el menor, ésta sería irrelevante para que se cumpliera el requisito del acto ilícito del menor, pues en éste ámbito el menor responde aún sin culpa, esto es, estamos ante una responsabilidad civil del riesgo. De modo que lo único que exoneraría a los padres sería la culpa exclusiva de la víctima o la fuerza mayor ajena al funcionamiento de la escopeta. Y, SAP de Córdoba de 27.1.1993 (*AC* 1993, 37), en la que no se indagó en la culpa del menor, pero también sería irrelevante; y de Cáceres de 20.12.1995 (*La Ley* 7.3.1996).

¹⁷²⁹ FLOUR, M./ AUBERT, J-L./ SAVAUX, E., *Droit civil*, ob, cit, p. 186, que nos explica que tradicionalmente se ha requerido que el hecho del menor sea ilícito en el sentido de hecho generador de responsabilidad, pues aunque dicho requisito no se explicita en el artículo 1384.4 CC francés, se deduce por sí mismo, pues: ¿por qué un acto lícito daría nacimiento a una obligación de reparar a cargo de los padres, sobre la base de que había sido cometido por el menor?. Sin embargo, en realidad, se exigía la llamada culpa objetiva, sin necesidad de que el menor fuera imputable civilmente, esto es, aún cuando el menor fuera de baja edad o sufriera una alienación mental –ref. París, 21 juin 1962, *JCP* 1962.II. 12890, note P.E – los padres eran responsables ex art. 1384.4 CC.

¹⁷³⁰ *Ibidem*, p. 187, pues la sentencia de la Corte de casación de 9 de mayo de 1984 (*Fullenwarth*), por primera vez, afirmó que para que la responsabilidad civil del padre y de la madre fuera presumida “era suficiente que el menor hubiera cometido un acto que fuera la causa directa del daño”, de lo que se deducía que no era necesaria la comisión del hecho ilícito por el menor, sino simplemente una relación de causalidad entre el hecho, incluso normal, del menor, y el daño. Sin embargo, esta solución se juzgó poco conforme a la idea de culpa presunta de los padres y, en realidad, las sentencias posteriores a la citada exigían que el menor hubiera incurrido en culpa objetiva –ref. Civ. 2ème 13 avril 1992, *Bull.civ.* II, nº. 122; 3 mars 1988, *Bull.civ.* II, nº. 58-; BÉNAC-SCHMIDT, F./ LARROUMENT, C., ob, cit, p. 32, que cita como ejemplo, la sentencia de Cass. 2ème civ. 1er avr. 1998, *Bull. civ.*II, nº.119, que resolvió que el comportamiento de un menor de edad estaba en relación con el daño en la medida en que éste había participado desde el principio hasta el fin en el proceso que terminó en siniestro, y sin que sea necesario establecer o probar que dicho menor fue el que “*craqué une allumette dont la flamme a mis feu au pétard qui devait provoquer l’incendie*”; y POHE, D., ob, cit, p. 12. Y, en CHABAS, F., “Père et mère. Responsabilité du plein droit. Fait non fautif du mineur” (note Cass. Ass. Plén (2 arrêts), 13 décembre de 2002, en *Gaz. Pal.*, 8 mars 2003, pp. 54, que cita jurisprudencia que sigue la marcada por la sentencia *Fullenwarth*, así la sentencia de 25 de octubre de 1995 (*Resp.civ. et.ass.*, 1966, nº. 44), en que la corte de

un menor había herido a otro, sin actuar negligentemente, durante un partido de rugby improvisado, al admitir el recurso de casación que se basaba en que “la responsabilidad objetiva, de *plein droit*, de los padres por los hechos dañosos causados por su hijo menor no estaba subordinado a la existencia de una culpa del menor”¹⁷³¹. Y a esta resolución le han seguido otras, como las dos sentencias de la Asamblea Plenaria de la Corte de casación francesa de 13 de diciembre de 2002, tratando la primera de que durante el curso de un partido de balón improvisado entre adolescentes, un menor es dañado, en el momento en que el se colocaba de portero, por la caída de otro compañero provocada, a su vez, por un placage, habiéndolo éste último respetado las reglas. Y la segunda trataba de que durante el desarrollo de una sesión de educación física, el menor Emmanuel fue golpeado en la cabeza por otro menor que cayó sobre él al perder el equilibrio. Y es significativo que en ambas sentencias el Tribunal reprocha a los jueces de fondo haber rechazado la demanda de reparación sobre la base de que el menor no había cometido culpa, pues alegan que la responsabilidad civil de los padres es objetiva, y requiere solamente que el daño invocado por la víctima haya sido directamente causado por el hecho mismo, aún no culpable del menor.

Sin embargo, dichos pronunciamientos han sido criticados por la doctrina francesa, pues, si bien reconoce que ha sido inspirada por la preocupación contemporánea de la indemnización, y, quizá, por la idea de que la carga de la reparación pesará, en definitiva, sobre el asegurador de la responsabilidad de los padres, entiende que lo dicho no impide que de tal modo se hace pesar sobre los padres una responsabilidad injustificada, a precio de una alteración profunda del concepto mismo de responsabilidad. Esto es, dicha solución es injusta y contraria a toda lógica, con independencia de cuál sea el criterio de imputación de la responsabilidad civil de los padres, y conlleva la objetivización absoluta de esta responsabilidad civil por hecho ajeno al hacer responder a éstos por daños puramente accidentales causados por sus hijos menores de edad¹⁷³². Y, más allá, de la conjunción de esta jurisprudencia y de la nueva orientación jurisprudencial iniciada con la sentencia *Bertrand* al consagrar una responsabilidad civil objetiva de los padres, resulta que en la actualidad en el

casación analiza cuidadosamente el comportamiento del menor, para deducir, no que el hecho no fue culpable, sino que no fue causal.

¹⁷³¹ En igual sentido, vid. vid. CHABAS, F., “Père et mère. Responsabilité du plein droit. Fait non fautif du mineur” (note Cass. Ass. Plén (2 arrêts), 13 décembre de 2002, en *Gaz. Pal*, 8 mars 2003, pp. 52-55.

Derecho francés la responsabilidad civil directa de aquéllos es semejante a la que regula la responsabilidad civil por el hecho de las cosas *ex* artículo 1384.1 CC y por los animales *ex* art. 1385 CC, de modo que el menor de edad es “reificado” al ser tratado como una cosa peligrosa o un animal, y, entonces, ¿para qué educar bien a un hijo si los padres han de responder, incluso, cuando aquél no ha cometido ningún acto reprehensible?¹⁷³³; o, ¿no se está proponiendo que los padres sean responsables civiles desde el momento en que el menor esté implicado en el accidente?. En expresión de CHABAS, “*nos enfants n’ont plus l’âge où ils pourraient causer notre ruine en jouant à saute-mouton*”.

IVº.- Y, por último, es importante poner de manifiesto que en la actualidad es patente la falta de rigor técnico de los Tribunales al exonerar de responsabilidad civil a los padres en el supuesto de que éstos dejan a su hijo menor de edad, de modo temporal, con otro familiar y estando con éste causa un daño; y, sin embargo, hacen responsable civil al familiar que, de modo significativo está asegurado de tal daño.

Y así pareció razonar la SAP de León de 9 de enero de 1988 (AC 1988, 2816) que responsabiliza a un familiar del menor al que se le había traspasado su guarda de modo temporal, en cuyo considerando cuarto afirma que “ninguna responsabilidad es exigible a los padres del menor por los daños causados por éste en la propiedad de un tercero cuando se encontraba bajo la custodia y guarda de un pariente cercano, *a quién competía la responsabilidad que la póliza suscrita con el actor amparaba*”¹⁷³⁴. N obstante, a nuestro

¹⁷³² FLOUR, M./ AUBERT, J-L./ SAVAUX, E., *Droit civil*, ob, cit, p. 186, p. 188, pues si el hecho lo hubiera causado un adulto joven la víctima se hubiera quedado sin indemnización.

¹⁷³³ En este sentido, vid. CHABAS, F., “Père et mère. Responsabilité du plein droit. Fait non fautif du mineur” (note Cass. Ass. Plén (2 arrêts), 13 décembre de 2002, en *Gaz. Pal*, 8 mars 2003, p. 54, y MAZEUD, D., “Famille et responsabilité, in *Le droit privé français à la fin du XX ème siècle* (Études offertes à P. Catala), pp. 569 y ss, n° 14 y ss; y GROUTEL, H., “L’enfant mineur ravalé au rang de simple chose?”, *Resp.civ.et.assur*, 2001, chr. 18.

¹⁷³⁴ Esta sentencia resuelve un supuesto en el que los padres dejaron a su hijo, de 13 años de edad, en compañía de un familiar (un tío suyo) en cuyo domicilio se encontraba pasando unos días de vacaciones cuando sucedieron los hechos. Y, en este caso el Tribunal resuelve, ante la demanda interpuesta frente a los padres del menor por la compañía aseguradora que había pagado el daño en virtud del contrato de seguro del ramo combinado del Hogar que había concluido con el tío del menor, que: “*en tal situación el deber de vigilancia y custodia se traspa a ese familiar próximo que pasa a ostentar la guarda de hecho de su sobrino y sobre quién recae el deber de vigilancia sobre el menor mientras permanece bajo su guarda*”. Y es significativo que en el fundamento jurídico tercero se justifique que la póliza cubría, entre sus garantías, la responsabilidad civil del familiar, cuyo artículo 15.1 del Condicionado general definía como: “la que puede corresponderle en su calidad de jefe de familia y usuario de la vivienda, a consecuencia de los daños causados por usted mismo, su cónyuge, hijos o familiares que con usted convivan o de usted dependan”.

juicio, si la obligación de indemnizar de una aseguradora, sobre la base de contrato de seguro de responsabilidad civil con su asegurado, ha de tener como presupuesto ineludible que se declare o reconozca la responsabilidad civil del asegurado, es significativo que en este caso el Tribunal no abordara la cuestión de la responsabilidad civil del familiar (asegurado), ni de su criterio de imputación, pues no alude a la culpa que exige el artículo 1902 CC; de lo que parece deducirse que basó la responsabilidad civil de dicho familiar en el artículo 1903.2 CC, cuando, sin embargo, el familiar no ejercía la patria potestad, sino sólo la guarda material. De modo que nos tenemos que preguntar: ¿es que admite nuestra jurisprudencia la existencia de un principio general de responsabilidad civil por hecho ajeno o la interpretación del artículo 1903 CC como de *numerus apertus*?; o es que, más bien, ¿el hecho de la presencia de un seguro influye en los Tribunales, de modo inconsciente, a la hora de declarar una responsable civil por hecho ajeno?.

En realidad, y al respecto, es significativo que la jurisprudencia francesa haya llegado a admitir la existencia de un principio general de responsabilidad civil por hecho de otro sobre la base del primer párrafo del artículo 1384 CC francés, y cuya razón legitimadora se encuentra en la guarda que se ejerce sobre una persona, pero en el sentido, de tener el derecho de controlar y organizar de modo permanente o temporal el modo de vida de otra persona, a excepción de estar ante personas físicas no profesionales por la dificultad de su asegurabilidad¹⁷³⁵. Pero como la jurisprudencia española no ha resuelto aún la cuestión (cuando, además, tiene la desventaja de no contar con un párrafo primero en el artículo 1903 CC a modo del que existe en el artículo 1384 CC francés) ni se ha pronunciado por la existencia de tal principio, creemos que, según ya dijimos en el capítulo primero, la tendencia jurisprudencial expuesta implica ir en contra del principio básico de que el seguro de responsabilidad civil o seguro indirecto de daños es un mero medio liquidatorio de la responsabilidad civil que no altera la naturaleza de la deuda.

¹⁷³⁵ Se refleja en, MEYZEAUD-GARAUD, M-C., “Application de la responsabilité du fait d’autrui aux associations accueillant des mineurs sous un régime de liberté surveillée”, en *Petites affiches*, 23 mars 2000, n.º.59, P.20; BLANC, G., “A propos de la responsabilité des grands-parents (brève contribution à la réflexion sur la responsabilité du fait d’autrui)”, en *D*, 1997, n.º.38, 30 octobre 1997, pp. 327-329; GALLIOU-SCANVION, A-M., “L’article 1384, alinéa 1er, et la responsabilité du fait d’autrui: un fardeau non transférable sur les épaules du tuteur”, en *D*, 1998, n.º.24 (25 juin 1998), pp. 240-242; y MASSIP, J., “La responsabilité des tuteurs et

2.- POR LOS HECHOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD INCAPACES.

A.- En la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

Es cuestión pacífica que, la modificación del artículo 1903.2 por Ley 11/1981, de 13 de mayo que reformó el Código civil en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen económico del matrimonio, que vino a sustituir la expresión “hijos menores de edad que vivan en su compañía” por la de “hijos que se encuentren bajo su guarda”, y, por tanto, a prescindir del dato de la minoridad ha tenido, entre otros efectos, que los padres deberán responder civilmente en los casos en que, no obstante ser mayor de edad el hijo, éste se encuentra bajo su patria potestad, tratándose de las hipótesis de prórroga y rehabilitación de la patria potestad previstos en el artículo 171 CC para casos en que el hijo está incapacitado¹⁷³⁶. De modo que el artículo 1902.2 CC contiene dentro de su ámbito de aplicación, por un lado, la prórroga de la patria potestad, que lo único que precisa es que la incapacitación esté judicialmente declarada, ya que una vez que el menor ha sido declarado incapaz estamos con la base de la posible prórroga de la patria potestad, que se producirá al llegar el menor a la mayoría de edad, sin solución de continuidad, “por ministerio de la ley”; y, por otro, la rehabilitación de la patria potestad que procederá cuando se incapacite al hijo mayor de edad o emancipado soltero y que viva en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, según los términos del artículo 171¹⁷³⁷.

En cualquier caso, y como cuestión previa a la del criterio de imputación, entendemos que el presupuesto de la “guarda” de la responsabilidad civil de los padres en los casos de patria potestad prorrogada o rehabilitada, no implica necesariamente la compañía, si bien, habría que hacer, al respecto, dos matizaciones: en primer lugar, que en la patria potestad

administrateurs legaux du fait d'un mineur ou d'un majeur protégé”, en *Petites affiches*, 8 janvier 1999, n°6, P.16.

¹⁷³⁶ GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, ob, cit, p.301; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ob, cit, pp. 62 y 72, que nos explica que esta vía impidió la paradoja de que los padres se convirtieran en tutores de sus hijos, fiscalizados por Protutores y Consejo de familia; y MORALES SANCHO., *Manual Práctico de responsabilidad civil*, ed., Comares, Granada, 1995, p. 576.

¹⁷³⁷ LÓPEZ PÉREZ, J., *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, ed., Bosch, Barcelona, 1992, pp.69-70

rehabilitada, según los términos claros del artículo 171 CC, se va a exigir la compañía para que proceda la rehabilitación de la patria potestad, pero, como afirma la doctrina, aquélla no debería interpretarse restrictivamente, pues el hecho de que el hijo no viva con sus padres, no debería impedir la rehabilitación, al ser lo determinante la guarda y custodia de los padres sobre el incapacitado, y no el vivir bajo el mismo techo. Esta interpretación permitiría, por otra parte, que se utilizara esta vía, en lugar de la tutela mucho más judicializada, en los casos de internamiento del incapacitado¹⁷³⁸. Y, si bien, la compañía no se exige por dicho precepto para la prórroga de la patria potestad, en los casos en que se incapacite a un menor de edad cuando está sujeto a la patria potestad de sus padres tampoco va a ser necesario, ya que ésta supone una continuación de la patria potestad sobre los menores ya incapacitados, y, de igual modo habría que entender dicho requisito en un sentido amplio¹⁷³⁹. Y, en segundo lugar, y como nos explica LÓPEZ BELTRÁN, dado que la guarda sobre el hijo incapacitado no tendrá el contenido legal sino con la extensión y límites que señale la propia sentencia de incapacitación, habría que comprobar, en cada caso, hasta qué punto el mayor incapacitado está bajo la guarda a efectos de aplicar a sus padres el artículo 1903.2 CC¹⁷⁴⁰; y, así, por ejemplo, en la SAP de Barcelona de 26.10.2000 (AC 2000, 42) se rehabilitó la patria potestad a los padres de su hija que padecía una esquizofrenia, pero a ésta la someten, dada su capacidad residual, a una incapacitación parcial y a un régimen tuitivo equivalente, en su

¹⁷³⁸ *Ibidem*, pp. 70-71, que afirma que el requisito de la convivencia con los padres o con cualquiera de ellos, que dice el artículo 171 CC y que presupone aptitud para ejercer la guarda o posibilidad de titularidad del ejercicio de la función, hay que entenderlo con un alcance de cierta amplitud y flexibilidad, como relación de cuidado y vigilancia de los padres frente al hijo. Y además el requisito de la convivencia de los padres con el hijo presunto incapaz, a efectos de la rehabilitación de la patria potestad, no precisa de una permanencia en el tiempo, sino que se ha de dar ante el procedimiento de incapacitación, por lo tanto cabe que con anterioridad el hijo haya tenido una vida independiente con capacidad o incluso sin ella, y dependiendo de otras personas que no fueran sus padres; y en igual sentido, SALAS MURILLO, S.DE, ob, cit, p. 156.

Cfr.- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Algunas reflexiones acerca de la incapacitación, la rehabilitación y la privación de la patria potestad (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002 (STC 174/2002))”, *Act.C.*, nº. 24, semana del 9 al 15 de junio de 2003, p.640, que matiza que la relevancia de la convivencia dependerá de lo solicitado en la sentencia y de quién haya instado la incapacitación, de manera que si los padres interesan la rehabilitación de la patria potestad, ésta será la forma de guarda elegida por la autoridad judicial, no siendo relevante que después de la incapacitación cesara la convivencia como consecuencia del ingreso del hijo en un centro especial; pero si los padres no están interesados en aquella rehabilitación, el requisito de la convivencia alegada será determinante para no rehabilitar la patria potestad, y el Juez determinará el órgano de guarda al que deba quedar sometido el incapacitado.

¹⁷³⁹ SALAS MURILLO, S.DE, ob, cit, p. 156.

¹⁷⁴⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob, cit, p. 72, que nos explica que, si pensamos que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma, habremos de considerar que, normalmente, la patria potestad prorrogada o rehabilitada llevará consigo la guarda del mayor, con igual o superior intensidad que la guarda de los menores.

contenido, al de la curatela¹⁷⁴¹; al igual que en la SPA de Cantabria de 11.1.1994 (AC 1994, 19)¹⁷⁴².

En definitiva, según el artículo 171 CC, la patria potestad prorrogada o rehabilitada se rige por la sentencia de incapacitación, y las normas de la patria potestad sólo se aplican subsidiariamente respecto a lo no establecido en ésta¹⁷⁴³. Y este criterio, por otra parte, va a conllevar que, habida cuenta de que las formas de extinción limitadas de la patria potestad prorrogada y rehabilitada establecidas en el artículo 171 CC no prevén una forma de remoción o de excusa por imposibilidad como ocurre en la tutela, en caso, no de mal ejercicio, en que cabría la privación de la patria potestad, sino de simple imposibilidad de su ejercicio, haya que acudir, necesariamente, al expediente de la privación de la patria potestad para establecer una tutela; lo que, según FÁBREGA RUIZ, pudiera ser infamante para un padre cuyo único pecado es el de haber llegado a un extremo en que no puede ejercer sus funciones correctamente¹⁷⁴⁴. Éste ha podido ser, por otra parte, el motivo por el que la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña permita en su artículo 163.1.e “la extinción de la patria potestad prorrogada a solicitud de quiénes la ejerzan cuando la situación personal y social de éstos y el grado de deficiencia del hijo o hija incapaz impiden el adecuado cumplimiento de su función”¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴¹ Fto jurídico 2º que admite el criterio del Tribunal de instancia de someterla a una incapacitación parcial, al poder regir su persona, a excepción de la supervisión para la medicación, quedando privada para administrar y disponer de sus bienes, exepcto para hacer compras banales.

¹⁷⁴² Fto jurídico 2º que justifica que, dado que el presunto incapaz se trata de una persona (que sufre esquizofrenia paranoide residual) parcialmente capacitada para llevar una vida autónoma, el régimen tuitivo adecuado para el mismo no es el de la tutela, que decretó el Juez *a quo*, sino el de la curatela.

¹⁷⁴³ LÓPEZ PÉREZ, J., ob, cit, p. 73; URIBE SORRIBER, A., “La representación de los hijos”, en AAMN, t. 25, pp. 243 y ss; NAVARRO MICHEL, S., ob, cit, p. 84; y GÓMEZ OLIVEROS, J.M., “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre (segunda parte)”, RCDI, II, 1984, p. 1419.

¹⁷⁴⁴ FÁBREGA RUIZ, C., “Orientaciones sobre menores e incapaces en el campo civil dirigidas a la práctica de la abogacía”, 1999, inéditas, p.112, que pone de manifiesto el caso presentado en el ejercicio de su profesión como Fiscal, de una madre con patria potestad rehabilitada sobre su hijo que, por un Alzheimer, se encuentra impedida. El procedimiento utilizado es la incapacitación de la madre, y en base a ella, la privación de la patria potestad por incumplimiento de sus deberes. Mientras tanto nombramos a una hermana del incapaz guardadora de hecho de éste. Posiblemente hubiera sido más fácil, y menos traumático, la admisión de una excusa y el nombramiento de un nuevo tutor.

¹⁷⁴⁵ Para un análisis de la patria potestad rehabilitada y prorroga en el Derecho catalán, vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Algunas reflexiones acerca de la incapacitación, la rehabilitación y la privación de la patria potestad (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002 (STC 174/2002))”, Act.C, nº. 24, semana del 9 al 15 de junio de 2003, pp. 633-645.

Tras lo expuesto hasta ahora, y en lo que respecta al criterio de imputación en la responsabilidad civil en la patria potestad prorrogada y rehabilitada, desde una primera consideración, entendemos que sería el mismo que para el caso en que el hijo fuera menor de edad, y que, por tanto, le sería aplicable todo lo expuesto en el apartado anterior. No obstante, la solución es, en cierto sentido, diferente si tenemos en cuenta, sobre todo, los dos datos siguientes:

1º) Por un lado, que tanto el artículo 118.1 como el 120.1 CP 1995 consagran, respectivamente, una responsabilidad civil subjetiva, por culpa probada, de los guardadores del incapaz, entre los que se encuentran, tanto el padre del mayor de edad incapacitado inimputable penal sometido a patria potestad prorrogada o rehabilitada, como el padre del mayor de edad semimputable penal o imputable penal y civil sometido, igualmente, a patria potestad rehabilitada o prorrogada. Y, 2º) En segundo lugar, que históricamente el criterio de imputación de los guardadores de los incapaces ha sido el subjetivo, frente al de los padres por los hechos de sus hijos menores de edad que ha sido el objetivo: ya que esta última no ha estado fundada históricamente en la guarda del hijo, sino en razones de insolvencia, a causa de la específica evolución de la situación jurídica del menor de edad (se le reconocía a él mismo responsable civil), mientras que la responsabilidad civil de los familiares del incapaz sí parece haberse concebido, desde sus orígenes históricos, fundada en la guarda¹⁷⁴⁶.

De tal modo que, en atención a lo expuesto, se puede concluir la conveniencia de que la responsabilidad civil en la patria potestad prorrogada o rehabilitada tenga una mayor impronta subjetiva que la de los padres por los hechos de su hijo menor de edad, ya cometa el incapacitado un ilícito civil o un ilícito penal. Si bien, esta idea es matizable, ya que entendemos que la respuesta va a ser diferente según el caso ante el que nos encontremos, y esto sobre la base de que, al igual que vimos para los padres de un menor de edad, el legislador civil ha podido prever un doble criterio de imputación para el caso de un hijo mayor de edad incapacitado ex art. 1903.2 CC y 118.1 y 120.1 CP 1995. En concreto, a nuestro juicio, habría que distinguir:

¹⁷⁴⁶ Vid. Vid. Supra, I del capítulo segundo.

Iº.- Por un lado, el supuesto en que el incapacitado esté sometido a un bajo nivel de protección al tener el incapaz un alto grado de autonomía en bastantes ámbitos de su esfera patrimonial y/o personal, según lo establecido en su sentencia de incapacitación y, subsidiariamente por el Código civil (e índice de la imputabilidad civil del incapacitado en el ámbito en el que ha cometido el ilícito). En este caso consideramos que los progenitores que tienen la patria potestad prorrogada o rehabilitada han de responder civilmente bajo un criterio objetivo, el de los “especiales deberes inherentes a la patria potestad”, con la posibilidad de ejercer, posteriormente, un derecho de repetición frente a su hijo. En consecuencia, en este caso los padres no pueden exonerarse probando, ni la diligencia debida, ni el caso fortuito ni la fuerza mayor, sino que los términos de los artículos 190.3.2 y 118.1-120.1 CP habría que interpretarlos en el sentido de que la exoneración se produce cuando el acto cometido por el incapaz está fuera del ámbito del control típico de los padres”. Si bien, el carácter de dicha responsabilidad sería directo en caso de estar ante un inimputable penal pero imputable civil, directo ex artículo 118.1 CP y 1902 CC; pero, sin embargo, en el caso de estar ante un incapaz imputable penal y civil que comete un ilícito penal el carácter de dicha responsabilidad sería subsidiaria ex artículo 120.1 CP; siendo difícil aplicar la misma solución para el caso de estar ante el caso de que un incapaz cometa un ilícito civil.

IIº.- Y, por otro, el caso en que el hijo incapacitado esté sometido a un alto nivel de protección al tener un alto grado de incapacidad según lo indicado en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente en el Código civil (e índice de la inimputabilidad civil en el ámbito en el que ha cometido el ilícito). En este supuesto, por el contrario, entendemos que los progenitores han de responder civilmente por el criterio de imputación de la “culpa civil presunta” con posibilidad real de desvirtuarla.

Ahora bien, si bien defendimos que en los casos de hijos menores de edad inimputables civiles o *infans* los padres respondían civilmente por culpa presunta entendida ésta en el sentido de culpa objetiva, por el contrario, en el caso presente sí consideramos que el sentido de la culpa presunta es el subjetivo o psicológico (no haber empleado aquella tensión de las facultades mentales o el esfuerzo o atención que, según las circunstancias del caso concreto, hubiera permitido prever el daño previsible, o al igual que habiéndose previsto, no se ha impuesto a la voluntad, aquella orientación con la finalidad de evitarlo). Y esto, en

esencia, en base a las tres razones siguientes: a) porque, en primer lugar, de tal modo logramos una solución de compromiso y equilibradora entre los términos del artículo 1903.2 CC, que hablan de culpa presunta, y los términos de los artículos 118.1. y 120.1 CP 1995 que hablan de culpa probada. Asimismo, como ya dijimos en apartados anteriores, el miedo o recelo del legislador penal a la culpa presunta se debe más a olvidar que estamos ante una materia civil que a cualquier otra razón de índole jurídica. b) En segundo lugar, porque hemos visto que, históricamente, la responsabilidad civil de los guardadores del incapaz se ha basado en un criterio subjetivo de imputación, pero, curiosamente, en el recorrido histórico también constatamos que en tales etapas se tenía, injustamente, un concepto de enfermo o deficiente psíquico como de sujeto, en todo supuesto, incapaz absoluto o inimputable total. De modo que es coherente con lo dicho el que nosotros defendamos el criterio subjetivo de imputación de los padres del incapaz solamente para el caso de estar ante un incapacitado sometido a un alto nivel de protección, e inimputable civil. Y, en tercer lugar, porque si las normas jurídicas han de interpretarse, ex artículo 3.1 CC, según la realidad social en que ha de ser aplicadas, hemos de tener en cuenta que, según hemos expuesto en el capítulo primero y al inicio del capítulo cuarto, actualmente los familiares del incapaz, en este caso los padres, están desasistidos por parte de la Administración en el sentido de que el peso deshospitalizador de la Reforma psiquiátrica ha caído sobre sus espaldas. De modo que, desde el punto de vista de la justicia material, el artículo 3.2 CC permite, claramente, que el término de diligencia ex artículo 1903.2 CC y 118.1. y 120.1 CP se modere y se interprete en este caso en el sentido subjetivo de “esfuerzo”.

En consecuencia, y según lo expuesto, en este caso los padres que ostentan la patria potestad prorrogada o rehabilitada podrán exonerarse si prueban, por un lado, la diligencia debida en el sentido expuesto en el párrafo anterior, y, por otro, el caso fortuito o la fuerza mayor. Si bien, y frente al supuesto del menor de edad en el que defendimos que el Juez habría que tener en cuenta “la normal previsibilidad” de los daños cometidos por *infans*, en el caso presente el Juez habría que tener en cuenta, entre otros datos, la evolución de la enfermedad o la fase en la que se encontraba; su posible recuperación; los informes médicos, sobre todo los que estaban en conocimiento de los padres, etc.

Por último, consideramos que en ambos supuestos el Juez, finalmente, y en atención al

artículo 3.2 y 1103 CC podría moderar la cuantía indemnizatoria debida por los padres en atención , o bien a la escasa imputabilidad del hijo, o bien a la ausencia de imputabilidad.

B.- Referencia al supuesto de la responsabilidad civil de los padres por los hechos de los hijos mayores de edad incapaces naturales.

a- Breve apunte conceptual.

Es muy común que personas mayores de edad, pero que revisten alguna enfermedad, de modo que no pueden valerse por sí mismas, sigan conviviendo bajo el cuidado y protección de sus progenitores, sin que se haya instado su incapacitación, con lo cual no están sometidos ni la patria potestad, ni a la tutela¹⁷⁴⁷, sino a la guarda de hecho de sus progenitores¹⁷⁴⁸.

Pues bien, la guarda de hecho es una figura jurídica introducida por la ley 13/1983, de 24 de octubre¹⁷⁴⁹ que, sin embargo, no la reguló de acuerdo con el protagonismo práctico que la guarda de hecho tenía en el momento de promulgación de dicha ley (y sigue teniendo en la actualidad), muy superior a la tutela, en la medida en que hay muchas personas que debieran estar incapacitadas para su protección, pero no lo están. Y esta situación se debe, sobre todo, a

¹⁷⁴⁷ BUSTOS VALDIVIA, I., “El guardador de hecho ante los actos dañosos producidos por su guardado”, en *Libro homenaje al Profesor D. Berdarno Moreno Quesada*, vol.I, ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Granada, Jaén, Almería, 2000, p.275.

¹⁷⁴⁸ SALAS MURILLO, S.DE., ob, cit, p. 252, que resalta, además de que el incapaz natural es el supuesto más claro de guarda de hecho, que si bien ésta es ejercida normalmente por los familiares y amigos de los incapaces, en otros muchos casos, lo es por los organismos de ayuda, los establecimientos donde los enfermos mentales están internados, etc.

¹⁷⁴⁹ Para un estudio de los antecedentes de la guarda de hecho. vid. ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, ed., Tecnos, Madrid, 1986, pp.12-32 y 94. Este manual es de imprescindible lectura para quien quiera tener una visión completa de esta figura jurídica. Como breve apunte decir que la guarda de hecho era ya una realidad contemplada por el Derecho romano, que le otorgó el nombre de “tutela de hecho”. E, incluso, nos explica Fuenseco, se creó, sobre el modelo de la *actio tutelae*, una especial figura de *actio* contra el que actúa como tutor sin serlo (D. 26, 7, 26). Y, posteriormente, al hilo de determinados artículos del CP, introducidos por la reforma del CP 1944, y, en menor medida de la legislación relativa a Tribunales Tutelares de Menores, hay autores –ref. BELLO, *La familia y el Código penal español*, Madrid, 1977- que hablan de: guarda confiada, delegada, autoridad de hecho, familiar o ético-social, de guarda domiciliaria, como figuras, cuanto menos cercanas a la guarda de hecho. Incluso dentro del campo propiamente civil hay autores –ref. MENDIZÁBAL OSES, L., *Derecho de Menores. Teoría General*, Madrid, 1977, p. 253- que afirmaban la posibilidad legal de un “acogimiento de hecho” con virtualidad suficiente para fundamentar, en ciertos supuestos, un cambio de apellidos del menor acogido, pues así se desprende del texto del artículo 207.2º del Reglamento del Registro

razones extrajurídicas, por ejemplo: la desconfianza tradicional de los familiares de enfermos y deficientes a la intervención de los Jueces y Tribunales¹⁷⁵⁰; la falta de medios y adecuada preparación en el Poder judicial y en el Ministerio Fiscal; la deficiente coordinación con los servicios asistenciales de la Administración; el temor a los costes que pueda generar el procedimiento de incapacitación y constitución de la tutela¹⁷⁵¹; o el dato, puesto de manifiesto al principio de este capítulo, de que hay un colectivo de enfermos, sobre todo los psíquicos, de los que se duda la propia conveniencia de incapacitarles, tanto desde el punto de vista de su tratamiento curativo, como el de su integración en la sociedad. En otras palabras, la incapacitación se sigue contemplando, fuera de la ley, como un ataque a la persona y no como una medida de protección, lo que se experimenta, también, en otros países europeos¹⁷⁵².

En definitiva, la situación descrita al inicio de este apartado se subsume en la guarda de hecho de un hijo, incapaz natural, en la medida en que entra en el ámbito subjetivo de aplicación de dicha figura jurídica. Ya que, al respecto, tras la reforma del Código civil de 1983¹⁷⁵³, la doctrina se divide en tres grupos:

1) Los partidarios de una *tesis amplia*, que defienden que estaríamos en presencia de la guarda de hecho por dos causas: En primer lugar, cuando alguien, careciendo de la potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera, respecto de

civil y que confirmó la Resolución de la DGRN, de 15 de julio de 1966, al interpretar, de forma auténtica, el alcance del referido precepto.

¹⁷⁵⁰ LETE DEL RÍO, J.M., “Artículos 199 a 214”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t.IV (dir. M.ALBALADEJO), ed. Edersa, Madrid, 1985, p. 184: “(...) aunque el mecanismo de protección de incapaces se haya modificado y agilizado, cuando exista una situación familiar de armonía seguirá produciendo resistencia a la intervención de personas extrañas, y con mayor motivo cuando se trate de la autoridad judicial”.

¹⁷⁵¹ VVAA., *Estudios para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela* (Bercovitz, Rogel Vidé, Cabanillas y Caffarrena) dir. Díez Picazo, patrocinado por la Dirección General de Servicios Sociales y la Fundación General Mediterránea, Madrid, octubre 1977, p. 28; ROGEL VIDE, C., ob, cit, p. 13; GARCÍA- RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, ed., Bosch, Barcelona, 1992, p.19; HEREDIA PUENTE, M./ FÁBREGA RUIZ, C., *La protección legal de los incapaces*, ed., Colex, 1998, p. 86; ROMERO URRUTIA, MC., “Las instituciones de Guarda (II): la curatela, la guarda de hecho, el defensor judicial y el Ministerio Fiscal”, en *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental*, Córdoba, 1995/1996, p. 118.

¹⁷⁵² SAVATIER, R., “Le risque, pour l’homme, de perdre l’esprit et ses conséquences en droit civil”. S, 1968, chr,1, p. 110. Aunque las enfermedades mentales aumentaban en Francia, las incapacitaciones se reducían por la resistencia de las familias a pedir la incapacitación por considerarlo humillante, y el Ministerio Fiscal no podía actuar de oficio salvo en el caso de los “*furiosi*”.

¹⁷⁵³ Para un estudio exhaustivo de la posiciones doctrinales con anterioridad a la reforma, vid. ROGEL VIDE, C., ob, cit, pp. 37-42.

ellos, alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares¹⁷⁵⁴, ya sea por asunción espontánea, ya sea por delegación arbitraria del tutor. En segundo lugar, cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona: o bien, afectada por una causa de inhabilidad legal, o bien que hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales, o bien que se hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo, después de haber debido cesar en él¹⁷⁵⁵. 2) Los partidarios de la *tesis restrictiva*, que sólo admiten el primer supuesto en lo que se refiere a la asunción espontánea de las funciones tutelares, porque el delegado de las facultades tutelares no puede ser considerado un guardador de hecho, sino un mero auxiliar del tutor que es responsable de su actuación dentro de ciertos límites y con sumisión a las reglas del mandato; y porque en el segundo supuesto estaríamos, según este sector, ante una “tutela irregularmente constituida” a la que le sería aplicable el régimen jurídico de la tutela de modo pleno¹⁷⁵⁶. Y, 3) Por último, la interesante *tesis ecléctica más moderna*, que partiendo de la visión restrictiva, añaden los supuestos en que, existiendo patria potestad o tutela, sus titulares delegan válidamente sus funciones, o parte de ellas, en una tercera persona, que puede ser o no pariente, ante la imposibilidad temporal de cuidar a sus hijos o tutelado y sin que exista causa de privación de la patria

¹⁷⁵⁴ En otras palabras: la guarda de hecho de menores o presuntos incapaces respecto de los cuales procede la constitución de la tutela. Pues a ello conduce el artículo 303 CC que comienza su texto advirtiendo, que no obstante requerir al guardador de hecho para que informe sobre la situación de la persona y de los bienes del menor o incapaz, el juez de oficio y el Ministerio Fiscal deberán promover la constitución de la tutela del menor (artículo 228 CC) y si se tratara de presuntos incapaces, la declaración de incapacidad (artículo 203 CC).

¹⁷⁵⁵ Defienden esta visión amplia, vid. MORENO QUESADA, B., “El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho”, *RDP*, abril, 1985, p. 325; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, ed., Colex, Madrid, 1985, p. 129; ROGEL VIDE, C., ob. cit., p. 53; SANCHO REBULLIDA, F., “La guarda de hecho”, en *Derecho de familia*, vol. 2º, de Lacruz/ Sancho/ Ribero Hernández, ed., Bosch, Barcelona, 1989, p. 341; AFONSO RODRÍGUEZ, E., “La Guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores”, *Act.C.*, nº. 17, 24-30 abril 1995, p. 325; HEREDIA PUENTE, M./ FÁBREGA RUIZ, C., *La protección legal de los incapaces*, ob. cit., p. 93 y NÚÑEZ MÚÑIZ, C., “La guarda de hecho”, *RDP*, 1999, p. 436. Aunque esta última autora excluye de la guarda de hecho el supuesto de extinción de la tutela por haber cesado la causa de la misma que afectaba al tutelado, si el tutor continúa desempeñando el cargo, porque ha desaparecido el presupuesto de la guarda de hecho: persona incapaz o menor que necesite asistencia, a excepción de los padres del mayor de edad que tras haberse extinguido la patria potestad continúa viviendo en compañía de sus padres e incurre en causa de incapacidad.

¹⁷⁵⁶ Son partidarios de la tesis restrictiva, vid. CANO TELLO, C., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, ed., Civitas, 1984, p. 142; BERCOVITZ CANO, R., “De la guarda de hecho”, en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela* (coord. AMORÓS GUARDIOLA Y R. BERCOVITZ), ed., Tecnos, Madrid, 1986, pp. 786 y ss; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *Curso de Derecho de familia*, T.II, ed., Civitas, Madrid, 1988, p. 258. Este autor matiza que, si se ejerce la tutela de hecho de forma permanente, especialmente si hay posesión de estado del cargo de tutor, hay un vocación de aplicación general del régimen de la tutela al tutor de hecho; y RUIZ-RICO RUIZ, JM., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, ed., Comares, Granada, 1989, p. 199.

potestad o de la tutela¹⁷⁵⁷. Es decir, esta teoría ecléctica admite los casos de convivencia de la patria potestad y la tutela con el guardador de hecho, a la cual, sin embargo, se le ha criticado, en esencia, que la validez de los pactos de delegación de facultades paternas o tutelares, frente a la regulación anterior que los calificaba de ilegales, impiden asimilar su naturaleza jurídica a la guarda de hecho, estando en la mayoría de los casos ante un acogimiento privado¹⁷⁵⁸, o ante un delegado de la patria potestad o tutor¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵⁷ Aunque sólo referente a la problemática de la guarda de hecho del menor de edad, vid. PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia. Adopción, Acogimiento, Tutela y otras instituciones de protección de menores*, ed., Lex Nova, Valladolid, 1998, p.99. Habiéndose regulado en el artículo 172.2 CC la posibilidad de que los titulares de la patria potestad puedan delegar la guarda de un menor a una institución pública (guarda administrativa), no existe obstáculo legal para que ello pueda hacerse en un pariente del menor, por otro lado mucho más lógico y beneficioso para éste, ya que no tiene que salir del entorno de la familia de origen. Por ello, ante la ausencia de normas legales que regulen esta relación entre el guardador y el menor, es evidente que deberá aplicarse a dicha situación el artículo 303 y siguientes del Código civil. Y, en sentido parecido, HEREDIA PUENTE, M./ FÁBREGA RUIZ, C., *La protección legal de los incapaces*, ob,cit, p. 91. El delegado del tutor es un guardador de hecho, ya que el cargo del tutor es personalísimo y no delegable como tal cargo; si el tutor abdica o delega en un tercero, aunque sea la mera compañía del tutelado, nos encontraríamos ante un verdadero guardador de hecho.

En contra, NÚÑEZ MÚNIZ, C., “La guarda de hecho”, ob, cit, p. 436. No se está ante un guardador de hecho en el caso en que, existiendo patria potestad, los titulares de la misma hayan delegado temporalmente, y por causa justificada, el cuidado del menor a otra persona, por ejemplo, los abuelos. Y ello porque en este caso concurrirían en el cuidado de un mismo menor o incapaz dos figuras de guarda diferentes, con sus correspondientes regulaciones, a saber la patria potestad y la guarda de hecho. Y la guarda de hecho, incide la autora, está prevista para el caso de inexistencia de otro tipo de protección, no para superponerse a una figura legal que, además, está vigente. Y así parece desprenderse de la STS de 30.4.1969 (pese a que el menor vivía de hecho con su abuelo, éste resulta absuelto y se condena, únicamente, a su madre, como titular de la patria potestad).

¹⁷⁵⁸ Ref. VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico*, ed., Comares, Granada, 1994, p 33, en Núñez Múniz, C., ob, cit, np. 37, p. 535. Considera que los pactos de delegación de facultades paternas han encontrado un nuevo fundamento en el espíritu que subyace en la regulación de guarda y acogimientos convencionales, si bien, éstos sólo serán admisibles si reúnen una serie de requisitos: que la entrega del menor esté fundada en la incapacidad de los padres para atenderlo y sea beneficioso para él; temporalidad en la entrega, y que con ella los padres no se desentiendan de sus deberes de protección cuya titularidad es intransmisible.

Incluso hay autores que intentan dar cobertura legal a tal situación a través de reconducirla, con la intervención de la entidad pública, hacia la figura del acogimiento familiar, previa la declaración de desamparo. Aunque como pone de manifiesto, PÉREZ MARTÍN, A.J., ob, cit, p. 99, entonces, resultaría que a partir de la entrada en vigor de la Ley 21/1987, la guarda de hecho ha sido sustituida por la tutela administrativa, cuando, paradójicamente, la propia Ley otorga relevancia al guardador de hecho por medio del artículo 177.3 CC (deberá ser oído por el Juez el guardador de hecho del menor en el procedimiento de adopción).

¹⁷⁵⁹ RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Acogimiento...*, ob, cit, pp.3 y ss. El delegado de la patria potestad, a diferencia del guardador de hecho, sería la persona que asume facultades paternas procedentes de un convenio, de un negocio jurídico de Derecho de familia, con manifestaciones expresas o tácitas a cargo de progenitores y futuros guardadores. En contra, AFONSO RODRÍGUEZ, E., “La Guarda de hecho...”,ob, cit, p. 325. La admisibilidad de la delegación paterna o acogimiento privado de menores, además de encontrar el obstáculo legal de la indisponibilidad de la titularidad de la patria potestad a través de este tipo de acuerdos, parece forzada y artificiosa, pues sin recurrir a tal figura cuya construcción no es nada pacífica - la doctrina de la delegación ampliamente estudiada por la doctrina francesa ha tenido en España escaso eco, defendida por Ruiz Rico y

En cualquier caso, con independencia de la tesis a la que nos adscribamos, y que desborda nuestro objeto de investigación¹⁷⁶⁰, al igual que lo desborda la naturaleza jurídica de la guarda de hecho y los problemas que plantea su carácter transitorio y su escasa regulación jurídica¹⁷⁶¹, el caso en estudio se admite por las tres teorías como un supuesto de guarda de hecho, al ser el caso típico de que alguien, en este caso el progenitor, careciendo de la potestad legal sobre una persona, en este caso su hijo mayor de edad, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares, y por asunción espontánea.

En consecuencia, la responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de su hijo mayor de edad no incapacitado se subsume en el tema, más amplio, de la responsabilidad civil del guardador de hecho del incapaz, que no está regulado expresamente en el Código civil, y que, sin embargo, está previsto, de modo novedoso, en el artículo 118.1 CP 1995. Y dado que existen diferentes teorías doctrinales que fundamentan la responsabilidad civil del guardador del hecho del incapaz que cometa un ilícito civil, y debido a que no es objeto de nuestro estudio, vamos, sin ánimo de exhaustividad, a mencionar todas ellas, y detenernos en la que tiene un mayor seguimiento doctrinal y jurisprudencial.

Bercovitz Cano- se dispone en el Código Civil de la guarda de hecho que obedece a la necesidad de contemplar esa praxis tan frecuente.

¹⁷⁶⁰ Nos adscribimos, no obstante, a la tesis amplia, por ser la que la Comisión General de Codificación tomó como base del anteproyecto Serem –ref. DÍEZ PICAZO, L., “Las líneas de inspiración de la reforma del Código civil en materia de tutela”, en *Familia y Derecho*, ed., Civitas, Madrid, 1984, p. 253, en Rogel Vide, C., ob, cit, np. 30, p. 19; y AFONSO RODRÍGUEZ, E., “La guarda de hecho...”, ob, cit, p. 323. Aunque, como pone de manifiesto Rogel Vide, ob, cit, pp. 19 y ss, es sorprendente lo exiguo de la regulación jurídica de la guarda de hecho que acometió el posterior Proyecto de Ley (el Anteproyecto de Ley de la Comisión General de Codificación de 1978 que tomó a su vez, como base, el anteproyecto SEREM dirigido por Díez Picazo), remitido a las Cortes por el Gobierno de la UCD el 8 de mayo de 1981 que redujo su contenido a dos artículos, el 303 y 304, de contenido similar o idéntico, en lo esencial, a los actuales.

¹⁷⁶¹ Para una referencia a los problemas que presenta esta figura por su escasa regulación, vid. SALAS MURILLO, S.DE., ob, cit, p. 252, que resalta problemas tales como: la acreditación en el tráfico de dicha condición de guardador de hecho; la dificultad práctica de estas personas (muchas veces profesionales del centro en quela persona se halla internada) encuentran en el desempeño de su labor, provocadas en muchas ocasiones

b.- Soluciones doctrinales y jurisprudencial.

En concreto se han propuesto como posibles soluciones:

1º) Que la responsabilidad civil del guardador de hecho se encuadre en la responsabilidad civil del tutor, sobre la base de la interpretación extensiva del término tutor *ex* artículo 1903.3 CC, en la medida en que tras la Reforma del Código civil debe entenderse incluido en aquél al guardador de hecho, al ser su fundamento jurídico el mismo, a pesar de que el guardador de hecho no sea jurídicamente un tutor, pues si de la situación de hecho que supone la guarda surge también un deber de vigilancia de hecho, dado que la falta de vigilancia crea un riesgo para terceros, aquélla es suficiente para imponerles responsabilidad¹⁷⁶².

En esta dirección, la jurisprudencia italiana, en la actualidad, lleva a cabo un interpretación extensiva del término “*chi è tenuto alla sorveglianza dell’incapace di intendere e di volere*” del primer párrafo del artículo 2047 del Código civil italiano que regula la responsabilidad civil de las personas obligadas a la vigilancia de la persona incapaz de entender y querer, salvo que prueben no haber impedido el daño¹⁷⁶³.

De tal modo que, el hecho de que los Tribunales italianos afirmen el carácter exhaustivo del precepto mencionado¹⁷⁶⁴ no ha sido obstáculo para admitir la responsabilidad

por las continuas interferencias de los familiares, cuya dejación había provocado esa situación de desamparo, pero que luego no aceptan que un extraño pueda manejar sus asuntos, etc.

¹⁷⁶² Vid, entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “En torno al nuevo artículo 220 CC”, en *RGLJ*, octubre 1984, np.15,p.507; SANTOS BRINZ, J., *La responsabilidad civil*, 4ª ed., Madrid, 1986, np.13, p. 571; CONDE –PUMPIDO FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos ...”, ob, cit, p.105. Aunque dentro de este sector, algunos matizan, vid. DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad civil por los actos ilícitos...”, ob, cit, p.835, que, debido a la variedad de supuestos que se pueden integrar en la guarda de hecho, sólo sería subsumible en dicho término en los casos en que la guarda de hecho sea asumible a lo que realizaría un tutor; y en el mismo sentido, BUSTOS VALDIVIA, I., “El guardaor de hecho...”, ob, cit, p. 381-382

¹⁷⁶³ Art. 2047.1: “*In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere e di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell’incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto*”.

¹⁷⁶⁴ Ref. Cass, 15 diciembre 1972, n. 3617, in *Giust.civ*, 1973, I, 418, en VISINTINI, G., *Trattato breve della responsabilità civile*, ob, cit, p. 647. “*La presunzione di culpa in vigilando, posta a base della responsabilità verso terzi di chi è tenuto alla sorveglianza dell’incapace, si riferisce, invero, ai soggetti ai quali detto obbligo, di regola, incombe, in ragione della loro qualità, dell’ufficio, o della specifica attività professionale e, per il suo carattere eccezionale, non è suscettibile di estensione ad altri soggetti che non abbiano tale dovere*”. Por eso, no se responsabilizó al gestor de un parque público de juegos para niños en el que

de guardadores de hecho de un incapaz, sobre la base de interpretar que la cualidad de “vigilante” deriva, no sólo de la ley (como en el caso de los padres, tutores o profesores), de directivas no explícitas (como en el supuesto del personal sanitario de los hospitales psiquiátricos), o de una relación contractual; sino que, también, puede nacer de “una situación de hecho que sea tal que comporte evidentemente la asunción espontánea del cumplimiento de vigilancia sobre una persona incapaz, como una efectiva convivencia estable con el incapaz”¹⁷⁶⁵. Pues, en términos de CENDON, parece que, mientras la enfermedad psíquica es un banco de pruebas significativo, en el actual Derecho de familia, de la exigibilidad de las obligaciones de asistencia familiar en sentido estricto, el deber de impedir los hechos perjudiciales del enfermo psíquico es más correctamente atribuible al ámbito del compromiso de solidaridad hacia los otros, que se basa en el sólo contacto humano, en la simple efectividad de la convivencia, que hace aparecer y convertir en actual el deber de socorro¹⁷⁶⁶. En consecuencia, el Tribunal de casación italiano, sobre tal base, ha declarado responsable, tanto al marido de la madre de un menor de cuatro años¹⁷⁶⁷, como a los padres de un mayor de edad incapaz pues, habiendo asumido al incapaz en la propia esfera personal y familiar, habían adoptado espontáneamente el deber de prevenir e impedir que el comportamiento del hijo pudiera acarrear algún tipo de daño¹⁷⁶⁸.

el conductor del automóvil go-Kart para niños invistió contra un señora y le causó graves daños, pues la Corte de casación, aunque el niño conductor y el padre permanecían desconocidos, no estimó la existencia de un deber de vigilancia en el gestor de dicho parque.

¹⁷⁶⁵ BREGOLI, A., “Figura di sorveglianti dell’incapace dopo l’avvento della legge 180”, en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione* (a cura di Paolo Cendon); ed., Scientifiche Italiane, Napoles, 1988, p. 832, que nos explica que, sobre la base del artículo 2047 CC, se puede prever la imputación de la responsabilidad a los sujetos que no hayan impedido la ejecución de hechos perjudiciales por parte del enfermo mental, a pesar de tener la obligación de impedirlos en razón de una relación jurídica o de hecho, significativa o particular con el enfermo mental, que se establece como causa y fuente de la obligación jurídica de vigilar, entendida como el deber de activarse de un modo u otro según las circunstancias, y asimismo en los modos y con los medios requeridos para impedir la producción de hechos perjudiciales por parte del enfermo mental.

¹⁷⁶⁶ Ref. CENDON, P., *El prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 234, en Bregoli, A., ob, cit, np. 25, p. 835.

¹⁷⁶⁷ Aunque referido al guardador de hecho de un menor de edad. Ref. Cass 12 maggio 1981, n°. 3142, Mass. Giur, it, 1981, en VISINTINI, G, ob, cit, np. 41, p. 647. Trata de un supuesto en que un sujeto casado con la madre de un niño de cuatro años da vida a un núcleo familiar, sin haber efectuado el reconocimiento de paternidad del menor, por lo que el Tribunal de Casación aplicó al marido la cualificación de vigilante según los términos del artículo 2047 Código civil italiano.

¹⁷⁶⁸ Ref. Cass 1° giugno 1994, n. 5306, Fam e dir, 1994, 505, en VISINTINI, G, ob, cit, np. 41, p. 647.

En contraste con la posición jurídica española que no admite que se declaren responsables, sobre la base del pf 2º art. 1903 CC, a los padres a quienes no se haya rehabilitado o prorrogado la patria potestad, pues la

IIº.- En segundo lugar, si no se admite el método de aplicación directa de la ley como es la interpretación extensiva del término tutor, otra solución doctrinal a la responsabilidad civil del guardador de hecho del incapaz ha sido acudir al método de aplicación indirecta de la ley, esto es, la aplicación analógica del artículo 1903.3 CC. Y esto sobre la base de la admisión de la teoría del *numerus apertus* del artículo 1903 CC siempre que entre el responsable y el agente se de una “relación de subordinación o de particular custodia o vigilancia”¹⁷⁶⁹.

Sin embargo, esta propuesta sólo se defiende por una doctrina minoritaria del país¹⁷⁷⁰, y se rechaza, en términos generales, por la jurisprudencia¹⁷⁷¹, que sólo la ha llegado a admitir en la actualidad, tímidamente, para dar cobertura a la responsabilidad civil del propietario de un vehículo a motor cuando el daño se ha causado por persona autorizada para su uso. Así, nos encontramos con sentencias que declaran responsable civil ex artículo 1903 CC al padre

jurisprudencia defiende que el término “guarda” ha de interpretarse restrictivamente - STS 11.10.1990 (RJA 1990, 7860)-

¹⁷⁶⁹ A su favor, vid. SALAS MURILLO, S.DE., ob, cit, pp. 277-278, para que el párrafo tercero del artículo 1903 CC no se convierta en letra muerta, dado el escaso número de incapacitaciones. Si bien, matiza la autora que sólo sería predicable de los supuestos de auténtica “guardador de hecho” sustitutiva y paralela a la legal, pues éste ha de asumir, aunque sea sin título, toda la responsabilidad respecto al guardado, y por ello deben responder de la misma manera que el guardador legal, a quién se le atribuye también esta responsabilidad.

¹⁷⁷⁰ En contra: 1) Por el carácter excepcional de la responsabilidad civil por hecho ajeno, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, ob, cit, p. 975; PUIG PEÑA., *Compendio de Derecho civil*, t. IV, vol.2º, 1996, p. 577. 2) Por la imposibilidad de extender a supuestos distintos de los expresamente mencionados en Derecho español la presunción legal de culpabilidad o el carácter objetivo del que los Tribunales le revisten, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob, cit, p. 53. 3) Por razones de fondo, porque falta la razón legitimadora de la obligación de indemnizar, esto es, la relación de patria potestad o tutela que une a los responsables civiles con el agente del daño, tanto para cuidar de estos, cómo para que no causen daño, funciones que se posibilitan por medio de poderes y facultades que sobre aquéllos les concede la ley -LEÓN GONZÁLEZ, M., ob, cit, p. 289; ÁNGEL YAGUEZ, R.DE., *Lecciones de responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, p.61.

Por el contrario, están a favor de la doctrina del *numerus apertus* del artículo 1903.CC: 1) Porque el artículo 1903 CC viene a completar el ámbito de aplicación del principio general de responsabilidad por culpa consagrado en el precepto anterior, de tal manera que, en sentido estricto, no hubiera sido necesario hacer una lista de determinados sujetos pasivamente legitimados, pues se trata de supuestos especiales que en la segunda mitad del siglo XX se han incrementado espectacularmente -GARCÍA CANTERO, G., “Exégesis comparativa del artículo 1902 CC”, en *Centenario del Código civil*, t.I, ed., Profesores de Derecho civil, 1989, p. 880. 2) Porque los artículos 1902-1903 comportan dos regímenes distintos para supuestos de hecho diferentes, de modo que si el artículo 1903 CC no es una excepción al artículo 1902 CC cabe mantener su aplicación analógica -MICHEL NAVARRO, M., ob, cit, p. 32-

¹⁷⁷¹ Vid. STS 9.11.1993 (Act.C, nº.9, 28 fb-9 marzo 1994, pp. 663-665); STS 20.4.1993 (Act.C, nº. 34, 27sep -3 oct 1993, pp. 2209-2212), que mantuvo la absolución del propietario-arrendador del piso en que el arrendatario provocó unos daños a tercero a causa de una inundación, y, por tanto, niega una interpretación extensiva del artículo 1903 CC; y SAP de Ávila de 20.12.1997, y SAP de Vizcaya de 2.6.1998 (AC 1998,1848), en relación al carácter taxativo del artículo 120 CP negó la responsabilidad civil subsidiaria del Club de Fútbol por las lesiones causadas por un jugador al árbitro.

por los hechos dañosos de su hijo mayor de edad como consecuencia de haberle autorizado la conducción del vehículo a motor¹⁷⁷².

En consecuencia, y en relación al tema que nos ocupa, el Tribunal Supremo ha negado la aplicabilidad del artículo 1903 CC, por ejemplo, a los abuelos que se ocupan de sus nietos de modo transitorio, o tienen su guarda de hecho; como en la STS de 30.4.1969 que absolvió al abuelo de un menor que dañó a otro menor, cuando aquél era quién ejercía su guarda de hecho y con quién, en realidad, el menor convivía. Aunque, en verdad, dicha exoneración no es un dato revelador ya que en la sentencia el Tribunal resuelve la aplicabilidad o no del artículo 1902 CC en lo que concierne a la responsabilidad del abuelo, pues fue su interpretación errónea el motivo del recurso de casación; de tal modo, que no sabemos como habría resuelto el Tribunal si el recurso se hubiera fundamentado en la interpretación errónea del artículo 1903 CC. Lo que está claro, es que de los términos de la sentencia no se puede

¹⁷⁷² Se puede decir que el punto de inflexión la marcó la STS 23.2.1976 (RJA 1976,880), que declaró responsable civil a la propietaria del vehículo con el que su novio ocasionó el accidente, del que derivaron daños indemnizables –cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. II, vol.2º, 1982, p. 94, que matiza que el TS no se siente seguro de la razón de lo que dice, y por eso añade en su último considerando: “que no se debe casar la sentencia del Tribunal de instancia, en la que se condena a la novia, aunque hubiera que estimar que el artículo 1903 CC había sido indebidamente aplicado al caso controvertido”-. Y siguen dicha jurisprudencia, las STS 23.9.1988 (RJA 1988, 6854); y SSAP de Teruel de 17.1.1992 (AC 1992, 153); de Madrid 20.12.1993 (AC 1993, 2509); de Cádiz de 26.4.1995 (AC 1995, 639); de Cantabria de 24.6.1998 (AC 1998, 1185); de Ávila de 24.7.1998 (AC 1998, 7890), que afirman que el proceso de objetivización no podría dejar de afectar al concepto de “relación de dependencia” exigido para vincular a un tercero con el propietario del vehículo, ya que la realidad ha hecho que aquélla se extienda, desde los márgenes de la dependencia laboral típica propia de las relaciones laborales, hasta un cierto dominio de la situación propio de los servicios familiares, e incluso de cortesía de la relaciones de parentesco o de amistad. Además, esta postura jurisprudencial se ha consolidado, por un lado con la reforma de la LRCSCVM en 1995 por la LOSP que recoge la responsabilidad civil del propietario no conductor, sobre la base de la presunción de culpa, por los daños ocasionados por el conductor como consecuencia de un ilícito civil, y siempre que estén vinculados por algunas de las relaciones que regulan los artículos 1903 CC y 22 CP (actual 120 CP); y, por otro lado, por el artículo 120.5 CC que regula la responsabilidad civil del propietario no conductor por el daño derivado de ilícito penal cometido por éste, y bajo un criterio de imputación objetivo.

Por otra parte, de modo excepcional, la STS 22.1.1999 (RJA 1999, 417), admitió, de modo indirecto, que la relación de hecho entre un trabajador y un empresario, a pesar de que no exista dependencia laboral, se puede subsumir en el artículo 1903 CC interpretado ampliamente. Pues la sentencia sólo trata de modo colateral este tema, ya que el motivo del recurso de casación versa sobre la acción de repetición del empresario frente a su compañía aseguradora, en razón de que aquél había sido declarado, en juicio anterior, responsable civil por hecho ajeno, por el daño causado a persona que trabajaba en su empresa por persona no asalariada y no sujeta a su dependencia laboral pero que, por ser conocido suyo, operaba en el taller de su empresa y de cuya actividad se servía. Y aunque el TS la rechaza, sobre la base de estar excluido dicho daño del ámbito de cobertura del seguro según se desprende claramente de lo pactado en el condicionado de la póliza; sin embargo, reconoce que el empresario es responsable por hecho ajeno sobre la base de una interpretación genérica del artículo 1903 CC (fto jurídico 2º).

deducir la negativa a la aplicabilidad del artículo 1903 CC al supuesto controvertido¹⁷⁷³. De igual modo en la SAP de Cuenca de 20.10.1998 se pierde una oportunidad de saber como se hubiera resuelto, en relación a muerte causada por un menor a otro menor por disparo de una escopeta de caza, si se hubieran demandado a los familiares del menor, pues éste estaba a su cuidado temporal, al estar la madre hospitalizada y el padre trabajar fuera de la localidad donde vivían¹⁷⁷⁴.

No obstante, si seguimos profundizando en los escasos supuestos encontrados en que se ha dirigido la demanda contra los guardadores de menores o incapaces no comprendidos, *strictu sensu*, en el ámbito de aplicación del artículo 1903 CC, hemos de decir que se han resuelto en sentido de declarar, de modo sorprendente, su responsabilidad. Por ejemplo, en la SAP de León de 9.1.1998 se responsabilizó civilmente al tío del menor, a quién sus padres habían confiado durante el período de vacaciones en que el menor causa el daño, basándolo en el artículo 1903 CC y calificando al familiar de guardador de hecho¹⁷⁷⁵, aunque en este supuesto concurre el dato revelador de que el familiar tenía concertado un contrato de seguro de responsabilidad civil que cubría dicho riesgo. Incluso, los Jueces y Tribunales han admitido incluir en el ámbito de aplicación del artículo 1903 CC al supuesto, llamémosle intermedio entre los supuestos de guarda unida a una autoridad (ya sea parental o de tutela) y los de guarda de hecho, de guarda legal nacida del mandamiento judicial de ingreso de un enfermo psíquico en un hospital psiquiátrico, pues la STS de 12.3.1992 conminó a una interpretación flexible del artículo 1903 CC¹⁷⁷⁶. Por último, también se ha declarado, aunque

¹⁷⁷³ RJA 1969, 2411. El TS tampoco juzgó aplicable el artículo 1902 CC, “porque el resultado lesivo cuya reparación se pretende no ha sido causado por acto u omisión propia del demandado señor X”. Pero, como matiza DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos...”, ob, cit, p. 826, el argumento del TS no es correcto, puesto que cuando se responde “por hecho de otro” el hecho dañoso efectivamente no lo realiza el que responde, sino el menor o incapacitado, pero la culpa o negligencia es achacable al responsable; por lo que el razonamiento más adecuado hubiera sido que el señor X no respondía porque no estaba incluido en la lista del artículo 1903 CC, y el supuesto no era subsumible en el artículo 1902 CC, al no existir culpa.

¹⁷⁷⁴ SAP de Cuenca de 20.10.1998 (AC 1998, 7922), fto jurídico 2º. Sin embargo, la Audiencia sólo justificó la responsabilidad de los padres demandados en el hecho de que nunca puede ser causa exoneratoria, ni que los padres no se hallen presentes en el momento de cometer el menor el acto ilícito, ni que, por circunstancias sociales o económicas los padres tengan que trabajar y no puedan estar junto a sus hijos.

¹⁷⁷⁵ AC 1998, 2816. Pero los términos de la sentencia parecen fundar la responsabilidad del guardador de hecho en una interpretación amplia del término “guarda” del artículo 1903.2 CC, más que en una aplicación de la teoría del *numerus apertus* del artículo 1903 CC. La sentencia basa la responsabilidad en que, en tal situación “el deber de vigilancia y custodia se traspasa a ese familiar próximo que pasa a ostentar la guarda de hecho de su sobrino”.

¹⁷⁷⁶ RJA 1989, 8450. En su fundamento jurídico tercero se afirma: “(...) por otra parte, el artículo 1903 CC no se puede interpretar en la forma excluyente y restrictiva en que lo hace el recurrente”.

sólo de modo ambiguo, que la relación entre un presunto incapaz y las personas que teniendo la obligación de promover la constitución de la tutela no lo hicieron pueden incluirse entre las reguladas en el artículo 1903 CC, como acometió la SAP de Guadalajara de 1.7.1997 (AC 1997,1463, fto jurídico 3º).

Finalmente, creemos que de la línea expuesta no se puede afirmar que nuestra jurisprudencia admita que el artículo 1903 CC tiene un carácter enunciativo, en orden a subsumir al guardador de hecho del incapaz en dicho precepto, pues, en realidad, las sentencias referidas en el párrafo anterior no constituyen jurisprudencia civil, al ser sólo afirmaciones *obiter dictum*¹⁷⁷⁷, y emanar, bien de la sala de lo penal del TS, bien de una Audiencia Provincial.

IIIº.- Y, en tercer lugar, la doctrina de más predicamento doctrinal y jurisprudencial ha propuesto que la responsabilidad civil del guardador de hecho del incapaz se rige por el artículo 229 CC, en razón de que, desde una interpretación no lineal del mismo, este precepto declara responsables solidarios a los obligados a promover la constitución de la tutela, esto es, a los parientes llamados a ella, como al guardador de hecho del incapaz, por los daños y perjuicios causados mientras no esté constituida dicha tutela¹⁷⁷⁸.

Como pionero de esta teoría se encuentra DE CASTRO, quien, basándose en el antiguo artículo 293 CC, precedente del actual 229 CC, explicó que, en el caso de que el loco o demente no estuviera incapacitado, y no tuviere nombrado tutor, responderán quienes sean culpables de esta omisión¹⁷⁷⁹. Y, tras la reforma, la doctrina se divide, en lo que respecta a su justificación, en tres grupos:

¹⁷⁷⁷ En realidad, la sentencia de 13.2.1992 basó la resolución en la aplicación del artículo 20 CP, pues se estimó que el hospital psiquiátrico tenía la guarda legal del enfermo psíquico por el mandamiento judicial de ingreso en el mismo, y la sentencia de la AP de Guadalajara de 1.7.1997 la basó en el artículo 1902 CC, esto es, en la responsabilidad por hecho propio de los familiares del incapaz.

¹⁷⁷⁸ La redacción del artículo 229 CC, fruto de la reforma por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, es la siguiente: "Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieran, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados".

¹⁷⁷⁹ CASTRO, F.DE, *Derecho civil de España*, t.II, p. 281. Según el antiguo artículo 232 CC: "El Juez municipal que descuidare la reunión del consejo de familia en cualquier caso en que deba proveerse de tutor a los menores o incapacitados, será responsable de los daños y perjuicios que diere lugar su negligencia"; y el 293 CC regula el mismo deber de indemnizar para el caso de que los obligados a poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que diera lugar a la tutela no lo hicieran.

a) Aquéllos que entienden que el deber de promover la tutela implicaba el deber de incapacitar, ya que su dejación genera desprotección en el enfermo sancionable con la obligación de indemnizar los daños causados por éste; pues aunque esto no lo explicitó el legislador en el artículo 229 CC, hay que atender a una interpretación integrada de los preceptos del Código civil¹⁷⁸⁰, esto es, de los artículos 229 CC y 202 CC (este sector parece poner en conexión el art. 229 con el 1902 CC). Hemos de advertir que, aunque el artículo 202 CC haya sido derogado por el artículo 757.1 de la nueva LEC, las variaciones que introduce el nuevo precepto son mínimas y no afectan a la tesis planteada¹⁷⁸¹.

b) Aquéllos que, por otro lado, consideran que no debe liberarse de responsabilidad quien, de mediar incapacitación que, se dice, él debería haber promovido, sería legalmente responsable. Este sector parece poner en conexión el artículo 229 con el artículo 1903 CC, pero matizan que ni siquiera se le aplicaría la presunción de culpa de dicho precepto, pues la responsabilidad se torna objetiva, por no ser una culpa *in vigilando* ni *in educando*, sino basada en el incumplimiento de la obligación legal que el artículo prescribe¹⁷⁸².

c) Y, por último, la tesis de YZQUIERDO TOLSADA que defiende que el legislador en el artículo 229 CC hace nacer la responsabilidad por no instar la declaración de incapacitación

¹⁷⁸⁰ BERCOVITZ CANO, R., *De la guarda de hecho*, Madrid, 1974; y *Derecho de la persona*, ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p.83, que afirma lo indudable, sobre la base del artículo 229 CC, del deber del guardador de hecho de promover la constitución de la tutela, y por la misma razón, también recae sobre él el deber de promover la constitución de la incapacitación, al ser ésta un presupuesto para la constitución de la tutela y porque así cabe deducirlo de una interpretación integrada de los artículos 202, 203, 204 y 213 CC; GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, ed., Bosch, Barcelona, 1992, p. 268; RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, p. 439.

Cfr., ROGEL VIDE, C., ob, cit, np. 45-46, p.148, que duda de esta posición, pero sin justificarlo.

¹⁷⁸¹ Las únicas diferencias que establece el artículo 757.1 LEC respecto al 202 CC es que, en primer lugar, aquél no concede prioridad, en orden a promover la incapacitación, al cónyuge y descendientes frente a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz, como lo hacía el antiguo 202 CC, fijando una relación indiferenciada de legitimados; y en segundo lugar que asimila al cónyuge a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable.

Vamos a seguir mencionando, entonces, el artículo 202 CC, aunque esté derogado, porque es el precepto al que se refiere la doctrina, pero sabiendo que la referencia debida, en la actualidad, sería el artículo 757.1 LEC.

¹⁷⁸² DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos.”, ob, cit, p. 829; ÁNGEL YAGÜEZ, R.DE, *Tratado de responsabilidad civil*, ob, cit, p. 350; ROCA GUILLAMÓN, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, I, p. 638, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ –CANO, R., “De la guarda de hecho”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMORÓS GUARDIOLA Y RODRÍGUEZ BERCOVITZ-CANO), ed., Tecnos, Madrid, 1986, p. 789.

en orden a conseguir una sentencia que determine, y aquí está la clave, no sólo la extensión y los límites de ésta, sino también el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapaz. Y, añade, respecto al criterio de imputación, que el precepto atribuye directamente sobre su patrimonio las consecuencias del daño ocasionado creando terminantemente el nexo de causalidad entre dicha omisión y el daño, pues bastará que se haya producido éste, y que se aprecie la existencia de una causa que da lugar a tutela, para que se entienda que el motivo de mayor peso por el cual el daño se produjo fue el no haber instado la oportuna declaración¹⁷⁸³.

Sea como fuere, la aplicabilidad del artículo 229 CC al supuesto de la guarda de hecho de un incapaz encontró respaldo jurisprudencial, a pesar de la escasez de sentencias al respecto, en la sentencia del Tribunal Supremo –sala civil- de 13.9.1984 que, en relación a un supuesto de responsabilidad civil *ex delicto* al estar basado en un previo proceso penal que declaró inimputable penal a un enfermo psíquico por el delito que cometió, declaró como responsables civiles a los que deberían haber promovido su tutela *ex* artículo 293.II CC. En concreto, la sentencia declaró responsables a los hermanos y la madre de un enajenado mayor de edad no incapacitado que mató a una mujer que trabajaba en la casa en la que aquél vivía con su madre, confirmando íntegramente la de primera instancia y de la Audiencia Territorial que habían acogido la pretensión indemnizatoria porque: “conocido por los codemandados el estado psíquico del autor del hecho delictivo, abiertamente incumplieron lo dispuesto en el artículo 293, párrafo 2º CC, en orden a promover la constitución del organismo tutelar, a lo que venían obligados todos los interpelados, determinando tal omisión la indemnización de los daños y perjuicios, dado que la enfermedad mental de su hijo y hermano era preexistente y conocida de los mismos, con mucha antelación al momento del hecho ilícito penal, responsabilidad civil que, ante la declaración de exención de responsabilidad penal, generaba la aplicabilidad de la normativa establecida en el artículo 20 CP, en relación con el artículo 1092 CC”¹⁷⁸⁴. Y el Tribunal justifica la conexión apuntada en el hecho de que el artículo 20 CP no consagra que deba ser demandado el enajenado, sino las personas que le tuvieren bajo

¹⁷⁸³ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Responsabilidad civil y guarda legal”, en *Documentación*, núm. 41, 1984; y en “La responsabilidad civil de menores e incapaces”, en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, 1984, p. 181. Este autor da por supuesta la aplicabilidad de dicho precepto (art. 229 CC) a la declaración de incapacidad, pues la finalidad de dicha norma, habida cuenta de la existencia del principio general del interés y beneficio del presunto incapaz, es la de procurar que no puedan darse casos o situaciones de personas que, concurriendo en ellas causas diáfanas de incapacitación, no son legalmente incapacitadas por no haberse instado la oportuna declaración.

su potestad y guarda legal, precepto que ha de ponerse en relación con el entonces artículo 293.II CC que al incumplirlo abiertamente los demandados determinó la indemnización de los daños y perjuicios.

En definitiva, la sentencia de 13.9.1984 marcó un punto de inflexión respecto a la línea jurisprudencial que exigía, automáticamente, la responsabilidad civil del inimputable penal cuando éste no tiene guardador legal. Y, a nuestro entender, a este cambio ha contribuido la desaparición de un inconveniente procesal que ha estado en vigor hasta los años ochenta: afirmar el efecto de cosa juzgada material respecto a la sentencia que en la instancia penal declare la responsabilidad civil derivada de delito del incapaz, sin poder interponer, posteriormente, ante la Jurisdicción civil, por la insolvencia del incapaz, una acción de responsabilidad civil de sus guardadores. Por el contrario, a partir de los años ochenta, y por influencia de la jurisdicción acerca de los supuestos cometidos por menores de edad, se estima que la víctima está legitimada activamente para interponer dicha acción en tales casos¹⁷⁸⁵. Ahora bien, es curioso que en los casos en los que se interpone el recurso de casación ante la jurisdicción penal no se hace aplicación de la tesis mencionada. Y no sólo en supuestos en los que el motivo del recurso no se basaba en la posible responsabilidad civil del guardador de hecho, lo que es hasta cierto punto lógico según los principios procesales civiles, por ejemplo, en la STS 8.3.1984¹⁷⁸⁶. Sino, también, en aquellos casos en los que el motivo del recurso se funda en la posible responsabilidad civil del guardador de hecho, como

¹⁷⁸⁴ JC, núm. 491, ponente D. J.M^a Gómez de la Bárcena, y RJA 1984,4296.

¹⁷⁸⁵ La teoría de la consunción de la causa sostiene que existe el efecto de cosa juzgada material respecto de la sentencia que en la instancia penal declare la responsabilidad civil derivada de delito del incapaz. Pero el cambio jurisprudencial vino por la aplicación analógica de la solución que los tribunales dieron a partir de los años ochenta a los supuestos acerca de los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años. En concreto dicha teoría afirma que, a pesar de no ejercitar en el proceso penal la acción de responsabilidad civil contra los padres (en este caso guardador/o hipotético tutor) y declarar responsable civil al menor mayor de dieciséis años (en este caso incapaz), si se acude posteriormente a la jurisdicción civil, a causa de la insolvencia del menor (incapaz), accionando la responsabilidad de los padres (en este caso familiares o guardador de hecho del incapaz) no exista cosa juzgada material.

Así, respecto a la doctrina antigua, vid. SSTs 19.12.1970 (RJA 1970, 5492); de 8.3.1984 (RJA 1983, 1719), aunque como declaración *obiter dictum*; y respecto a la doctrina actual, vid. STS 5.3.1997 (Ar.C, 1997,I, 1650, p.1827); SAP de Navarra de 3.3.1997 (AC, 1997, 437), que aluden que no existe cosa juzgada, porque: “la acción que aquí se ejercita contra los demandados, si bien basada en los mismos hechos que dieron lugar a la causa penal contra (...), nace de fuente diversa (...)”.

¹⁷⁸⁶ STS 8.3.1984 (RJA 1984,1719). El motivo del recurso de casación sólo se basó en la aplicación indebida del artículo 19 CP, pues si el procesado era irresponsable criminal, al padecer una deficiencia psíquica (oligofrenia congénita), lo sería también civil pues dicho precepto afirma que todo responsable criminal lo es civil, de igual modo. Y no lo fundamentó en la posible responsabilidad civil de quién debería haberle incapacitado.

el caso resuelto por la STS de 12.6.1998¹⁷⁸⁷ en la que el Tribunal interpreta los términos del artículo 20 CP de modo estrictamente literal, impidiendo el estudio de la responsabilidad civil del padre, aunque es verdad que el recurso de casación no lo basa en la negligencia por no haber incapacitado a su hijo, sino en la negligencia por haberle dejado el coche conociendo la enfermedad de su hijo, y limitándose el Tribunal a decir que el artículo 20 CP era inaplicable porque el padre no ostentaba la guarda legal de aquél¹⁷⁸⁸.

Pero, en cualquier caso, y retomando la cuestión de fondo, respecto al criterio de imputación de la responsabilidad civil en estudio, la sentencia de 13.9.1984, a nuestro juicio, parece establecer una conexión que no compartimos; esto es, que por el sólo hecho de que el progenitor o guardador de hecho del incapaz haya omitido la incapacitación de éste se da por cumplida la prueba de la negligencia del guardador que exige el artículo 20 CP 1973 para imputar el daño al responsable¹⁷⁸⁹. Cuando, por el contrario, creemos que una cosa son los presupuestos necesarios para la determinación del sujeto responsable (artículo 229 CC) y otro el criterio de imputación (la culpa en el caso del artículo 20 CP).

Ahora bien, la STS de 5 de marzo de 1997 (Ar. C, 1997, nº. 1650) que le sigue en el tiempo a la anterior no resuelve el interrogante planteado acerca del criterio de imputación, pero, sin embargo, nos clarifica, al menos, la cuestión de la determinación del sujeto responsable. Esta sentencia resuelve acerca de la posible responsabilidad civil de los padres de un enfermo paranoide no incapacitado que, al salir de casa de aquéllos con los que convivía, y armado con la pistola reglamentaria de su padre, que éste ocultaba, se dirigió a una calle en la que disparó con ella, ocasionándole la muerte a tres niños menores de edad y

¹⁷⁸⁷ RJA 1998,6997. La sala de lo penal del TS ratificó la sentencia de la AP de Cádiz por la que se declaró al procesado irresponsable penal por alteración psíquica ya que en el momento de cometer el acto delictivo se hallaba en activo la esquizofrenia paranoide que sufría y que le provocó una total abolición de sus facultades intelectivas y volitivas. Según los antecedentes de hecho se constata que el procesado se había desplazado en el coche de su padre a casa de su hermano y su cuñado donde intentó matar a ésta causándole graves heridas, al igual que a su hermano cuando intentó separarle de aquélla.

¹⁷⁸⁸ Fundamento de derecho único. El TS aduce que con arreglo al artículo 20 CP, al no estar incapacitado el culpable en el momento de cometer los hechos no existía persona que le tuviera bajo su potestad o guarda legal, de ahí que será el propio agente comisor el que debe responder con sus bienes de las indemnizaciones que resulten de la acción delictiva.

¹⁷⁸⁹ Si bien, si el supuesto fuera de responsabilidad civil extracontractual el artículo 229 CC habría que ponerlo en conexión con el artículo 1903 CC. Así parece aceptarlo DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos...”, ob, cit, p. 828, pues incluye dentro de la interpretación extensiva del término “tutores” del artículo 1903.3 CC a los que “habiendo debido promover la constitución de la tutela no lo hicieron”.

lesiones al padre de uno de ellos. Y la razón de que el TS desestimara el recurso de casación, motivado en la aplicación indebida del artículo 20 CP en el sentido de que si los demandados hubieran sido tutores legales de su hijo incapacitado hubieran tenido que responder civilmente¹⁷⁹⁰, no fue la incorrección de su argumentación jurídica, sino la contradicción que presentaba con las pruebas aportadas en la segunda instancia, es decir, la ignorancia de los padres del tipo de enfermedad que tenía su hijo, como su mejoría y no presencia en él de rasgos de violencia¹⁷⁹¹. De tal modo que, a nuestro, juicio, esta sentencia nos aclara que existe una presunción “*iuris tantum*” en el deber de incapacitación, al existir la posibilidad de demostrar la ausencia de culpa en la misma, como ocurrió en este caso, ya que los padres demostraron exitosamente la ausencia del deber de incapacitar al incapaz, habida cuenta de que los padres carecían de la información suficiente y necesaria para ello, y desde luego para ingresarlo en un centro psiquiátrico, cosa que nadie, y desde luego el médico, les indicó¹⁷⁹². Y, por tanto, una vez excluido el guardador de hecho del ámbito de determinación de los sujetos responsables, ya no tiene sentido cuestionarse por el criterio de imputación.

c.- Críticas a la teoría de la aplicación del artículo 229 CC: la importancia del criterio del “fin de protección de la norma jurídica” y el de la “causalidad alternativa”.

La última teoría expuesta en el apartado anterior, que ha tenido un seguimiento doctrinal y jurisprudencial importante, ha sido criticada desde diferentes flancos. De manera

¹⁷⁹⁰ Y añade el fundamento de derecho segundo en el que se expone el motivo del recurso de casación que, “(...) luego no pueden eludir su responsabilidad por no haberse declarado la incapacidad, consecuencia de una falta de cumplimiento del deber de instarla, aduciendo a favor de su tesis la sentencia de la Sala de 13 de septiembre de 1984. Se alega además que los demandados sabían que su hijo sufría una enfermedad psíquica persistente, que configura una causa de incapacitación (art. 200 CC). Su culpa, afirma el motivo textualmente, queda demostrado si se aprecia la prueba en su conjunto”.

¹⁷⁹¹ PARRA LUCÁN, MA., “Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997”, ob cit, pág. 780-81. Lo que, sin embargo, es contradictorio con el hecho de que el tribunal en la sentencia de 1984 no tuviera en cuenta que el enfermo también había salido del Hospital Psiquiátrico en el que estuvo ingresado durante tres años por estimar, según certificación médica, que por el estado en que se encontraba, de muy aceptable reintegración social, lo más conveniente era que se reintegrara a su vida familiar y social.

¹⁷⁹² Y respecto de la responsabilidad del médico psiquiatra, que es tema que aunque no nos compete tratarlo ahora *rationae materiae* es dable apuntarlo, el TS aduce en el último párrafo del fundamento de derecho segundo que, de existir alguna responsabilidad sería del facultativo, que no comunicó la clase de enfermedad que José padecía ni aconsejó su ingreso en el Centro. Y frente al aserto de la Audiencia de que el médico no está obligado a informar sobre la base de la Ley de Sanidad de 1986, arguye que si en algún caso hay obligación de informar es en el supuesto de las enfermedades psiquiátricas en razón de la propia idiosincrasia de tales enfermedades, los riesgos que conlleva, y la necesidad de ayuda que de tales enfermos requieren, nada de lo cual puede hacerse, si quien puede no informa.

que el objetivo de este apartado es, además de recoger las razones doctrinales en contra, añadir y proponer otro argumento que consideramos que, de igual modo, pone en entredicho dicha teoría, y que se basa en tener en cuenta el presupuesto metodológico expuesto al inicio de este capítulo: la debida distinción entre el criterio de imputación y la relación de causalidad, y en los términos que expondremos al final de este apartado.

En concreto, las críticas a la teoría de la aplicación del artículo 229 CC a la responsabilidad civil del guardador de hecho por el daño que pueda causar el incapaz natural se basan en las siguientes razones:

1º) En primer lugar, y sobre la base de una razón de tipo formal, hay quienes entienden que los términos de los artículos 202 y 229 CC son inconciliables:

Pues el artículo 229 CC, que regula la constitución de la tutela, utiliza claramente el término imperativo de “deber”, y el antiguo artículo 202 CC, que regula la promoción de la incapacitación, emplea el vocablo más ambiguo de “corresponde”. En definitiva, en opinión de PARRA LUCÁN, la tesis de la aplicación del art. 229 CC a la responsabilidad civil del guardador de hecho del incapaz natural mezcla la constitución de la tutela con lo que consideran un deber de promover la incapacitación¹⁷⁹³. Además, el actual artículo 757.1 LEC 2000, que sustituye al antiguo 202 CC, que reza que “la declaración de incapacidad pueden promoverla (...)” no deja lugar a dudas sobre la ausencia de su imperatividad¹⁷⁹⁴.

Incluso, este primer argumento se puede reforzar con el dato de que las personas obligadas a promover la tutela recogidas en el artículo 234 CC en relación con el artículo 229 CC no coinciden, en toda su amplitud, con las del antiguo artículo 202 CC ni el actual 757

¹⁷⁹³ En igual sentido, vid. PÉREZ ALGAR, F., “La incapacitación”, en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ob. cit, pp. 105-107; PARRA LUCÁN, MA., “Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997”, ob. cit, p. 786 y, SEISDEDOS MUIÑO, A., “Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales. A propósito de los artículos 118.1.ª del nuevo Código Penal y 229 del Código civil”, AC, n.º.10, 8 al 14 de marzo de 1999, p. 267, que utiliza, además, de otros argumentos, que el hecho de que se ubiquen ambos preceptos en diferentes títulos del Libro I no favorece la interpretación conjunta de ambos.

¹⁷⁹⁴ Para una visión del iter legislativo de la reforma en este punto, vid. SALAS MURILLO, S.DE., ob. cit, pp. 265-269, y además, como consecuencia de tal cambio nos indica que hay autores que han modificado su opinión, así- ref. RAMOS CHAPARRO, E., “Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (Glosa general)”, AC, n.º.10, marzo de 2001, p. 348, ob. cit, np. 447, p. 268-.

LEC, que son las legitimadas a promover el juicio de incapacitación. De tal modo que, aunque sí coinciden en los supuestos en que el presunto incapaz mayor de edad estuviera bajo la guarda de hecho de sus padres u otros parientes como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, pues éstos están, tanto legitimados a promover la declaración de incapacitado en virtud del artículo 202 CC, como obligados a promover la constitución de la tutela en virtud del artículo 229 CC en relación con el 234 CC. Sin embargo, en supuestos en que el presunto incapaz estuviera bajo la guarda de hecho de otras personas, que no fueran ni el cónyuge, descendiente/s, ascendiente/s o hermano/s, porque ninguno de los parientes hubiera asumido la guarda de hecho del incapaz y la hubiera asumido, por ejemplo, el director de un centro de mayores, dicho guardador solo estaría obligado a promover la tutela pero, de ningún modo estaría legitimado a promover la constitución de su incapacitación, sino sólo a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de la incapacidad¹⁷⁹⁵.

2º) En segundo lugar, y sobre la base de una razón de fondo, otros autores entienden que ambos preceptos (art. 202 y 229 CC) regulan situaciones distintas, con diferencias sustanciales ya que:

El supuesto de hecho del antiguo artículo 202 CC, que versa sobre la legitimación de promover la declaración de incapacitación, regula una situación de claros tintes subjetivos pues, ni su conveniencia resulta en muchos casos evidente, ni los términos en los que se expresa el artículo 200 CC son concretos sino, al contrario, genéricos y abstractos, lo que conlleva que las personas que recoge el precepto hayan de valorar la conveniencia de incapacitar a una persona y, por tanto, que por el mero hecho de la omisión de la promoción de la constitución de la incapacitación no sea culpable. En otras palabras, este sector entiende que no debe existir como principio general un deber legal para incapacitar¹⁷⁹⁶, ni que se obligue, por tanto, indiscriminadamente a determinados parientes, por el hecho de mantener relaciones personales con el incapaz, a promover su incapacitación, pues no sería, ni sensato, por las especiales circunstancias que rodean cada caso, ni coherente con la restricción que

¹⁷⁹⁵ Aunque se podría proponer la obligación del guardador de hecho de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la causa de incapacitación, y no sólo su facultad como dispone el art. 757.2 LEC.

¹⁷⁹⁶ ROMERO URRUTIA, M.C, ob, cit, p. 121. Esta autora cree que el rigor de este precepto es relativo, porque en numerosas ocasiones es muy difícil determinar si concurre causa clara de incapacitación, siendo necesario estar a las circunstancias del caso concreto.

establece el legislador en la legitimación activa para promover la incapacitación¹⁷⁹⁷; lo cual se refleja, claramente, en la STS 24.5.1991 (*RJA* 1991, 3833)¹⁷⁹⁸.

Y, por el contrario, advierten que, frente al artículo 202 CC, el supuesto de hecho del artículo 229 CC es claramente objetivo, pues establece que deberá promoverse la constitución de la tutela en dos supuestos taxativos, el del menor emancipado que no está sometido ni a patria potestad ni a tutela, y el del mayor incapacitado, pues estamos ante un mecanismo previsto por la ley para la protección y guarda de dichas personas. Si bien, como advierte la doctrina, la aplicación del artículo 229 CC raramente se va a plantear pues, según el artículo 228 CC, en todos los supuestos en que el Juez tiene conocimiento del hecho determinante de la tutela, porque él mismo acaba de firmar la sentencia de incapacitación o la de privación de la patria potestad o suspensión de su ejercicio (supuestos susceptibles de dar lugar a una tutela según arts. 156.4 y 277.1 CC), se supone que “deberá disponer lo procedente”; limitándose, por tanto, la utilidad del artículo 229 CC, según SALAS MURILLO, al caso de los incapacitados sujetos a patria potestad prorrogada cuyo titular o titulares mueren, o al caso de la muerte del tutor, a pesar de que el Juez pueda llegar a tener conocimiento de éstos casos, sobre todo a través de la comunicación del Ministerio Fiscal¹⁷⁹⁹.

¹⁷⁹⁷ SEISDEDOS MUIÑO, A., “Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales...”, ob cit. np. 30, p. 269. Dicha restricción tiene su razón de ser en la idea de garantía que el legislador quería prodigar al presunto incapaz frente a las indeterminación y la generalidad de las causas de incapacitación y la enorme trascendencia que para el demandado tiene dicha medida. Sin llegar al extremo de establecer la obligación de solicitar la incapacitación, una posible solución sería imponer al guardador de hecho el deber de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de una posible causa de incapacitación, tal como establece el artículo 203 CC para las autoridades y funcionarios públicos. En el mismo sentido, PÉREZ ALGAR, F, ob, cit, p. 107, y SALAS MURILLO, S.DE., ob, cit, p. 273, que alude a que es pacífico que la nueva LEC ha desaprovechado, conscientemente, la oportunidad que tenía para haber acogido la posible legitimación del propio interesado, constituyendo una suerte de “autoincapacitación”.

¹⁷⁹⁸ Fto jurídico 2º, en que el TS explica la falta de legitimación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca para instar la incapacitación de un policía municipal, teniendo, sin embargo, el deber, por su cargo, de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona (antiguo art. 203 CC)

¹⁷⁹⁹ SALAS MURILLO, S.DE., ob, cit, p. 257, que nos explica que la doctrina entiende que en el caso en que la causa de la constitución de la tutela es la sentencia de incapacitación, es el propio Juez que ha dictado la sentencia, quién de oficio deberá disponer la constitución del mecanismo tutelar en el propio Juzgado, una vez producida la firmeza de la sentencia. Y es el propio Juez el que deberá incoar este segundo procedimiento de jurisdicción voluntaria (actualmente regulado por la antigua LEC en tanto no se apruebe la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria pues el art. 759 LEC 2000 permite que en la misma sentencia de incapacitación se nombre el órgano de protección); si bien ha habido sentencias como la STS de 22.7.1993 en la que en un mismo proceso y por “perentorias necesidades” se nombró tutor en la misma sentencia de incapacitación, y el Tribunal

3º) En tercer lugar, y sobre la base del criterio teleológico de interpretación de las normas, hay quiénes entienden que el artículo 229 CC no es aplicable al supuesto en estudio porque éste se refiere a los daños que se le cause al presunto incapaz por no haberle incapacitado, como la falta de administración en sus negocios o de la adecuada prestación de alimentos o de asistencia médica y no los que él cause a terceros¹⁸⁰⁰. Aunque, a este respecto, se podría mantener con DÍAZ ALABART una posición intermedia, basada en una postura que ya mantuvo BORRELL MACIÁ respecto al antiguo artículo 203 CC acerca de la posible responsabilidad civil de los Jueces municipales por los daños ocasionados al guardado en las situaciones intermedias desde que se constituye la tutela hasta que el tutor se hace cargo del incapaz, y que estaba redactado en términos semejantes al actual 229 CC¹⁸⁰¹. Esta posición defiende que el resultado va a ser el mismo, con independencia de que se sostenga que los daños se refieren a los que se le causen al incapaz, o los que cause el incapaz. Pues aunque se defienda que se refiere a los daños que le causan al incapaz, el guardador de hecho va a responder, de modo indirecto, sobre la base del artículo 229 CC, al nacer el deber de indemnizar los daños que se le cause al guardado cuando éste, al no responder el guardador por los daños que cause el guardado porque no está constituida la tutela, lo haga con su propio patrimonio, lo que supondrá un perjuicio en el patrimonio del incapaz¹⁸⁰².

Asimismo, este sector doctrinal complementa el argumento anterior con la afirmación de que la incapacitación no garantiza que el incapacitado no cause daños, pues, por ejemplo, el tutor no puede internar al tutelado por su sola voluntad sino que necesita de autorización

lo dio por bueno por razones de economía procesal en contra de lo prevenido expresamente en el art. 154.2 LEC (en contra la SAP de Valladolid 21.7.1999 (Ar. C, nº. 1988).

¹⁸⁰⁰ ROGEL VIDE, C, en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, t. I, Madrid, 1991, p. 711, y *La guarda de hecho*, ob, cit, p. 129. Pues el artículo 229 CC ha de ser interpretado muy restrictivamente, entendiendo la indemnización de los daños y perjuicios causados como los producidos al menor o incapacitado. En contra, DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos...”, ob, cit, p. 835. “(...) estos, además de ser los padecidos por el patrimonio del menor serán también los producidos por el guardado a un tercero”.

¹⁸⁰¹ Ref. BORRELL MACIÁ, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1958, p. 157, en Latour Brotóns, J., “Responsabilidad civil de los incapaces”, ob, cit, np. 94, p. 160. Tras preguntarse si a los Jueces municipales alcanza la responsabilidad por los daños que a terceras personas causan los menores e incapacitados, este autor, frente a la opinión de Latour Brotóns, defiende, superando los obstáculos de que el artículo 1903 CC no incluía a juez ni en la mayoría de los casos los menores e incapacitados viven en su compañía, que la responsabilidad puede, empero, alcanzarles de una manera indirecta por lo establecido en el artículo 203 CC, en los casos en que, por no estar el menor, o incapacitado sujeto a tutela, a cargo del patrimonio de éste se satisfaga la indemnización por el daño causado.

¹⁸⁰² DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos...”, ob, cit, np.109, p. 835. Esta autora defiende que el artículo 229 CC se refiere, también, a los daños que cause el incapaz a un tercero, pero sin embargo nos explica que el resultado sería el mismo aún razonado en contra.

judicial para ello¹⁸⁰³; en otras palabras, la incapacitación no implica por sí sola un *plus* de vigilancia sobre el enfermo que le impida cometer daños¹⁸⁰⁴.

4º) Y, por último, vamos a dar paso, al argumento del que hablamos al inicio del epígrafe: la importancia del criterio de la “causalidad alternativa” y del “fin de protección de la norma” en el criterio de imputación, en conexión con el argumento teleológico de interpretación de las normas jurídicas, apuntado en el párrafo anterior. Y esto en los siguientes términos.

Sobre la base de lo expuesto al inicio de este capítulo acerca del presupuesto metodológico de la debida distinción entre la relación de causalidad y el criterio de imputación, consideramos que, si el criterio del “incremento del riesgo” o, también calificada, “causalidad alternativa”, como criterio de excepción a la teoría de la causalidad adecuada, establece que un acto o una omisión no puede ser considerado objetivamente como causa de un determinado evento si éste hubiera ocurrido igualmente¹⁸⁰⁵, se podría insertar en el problema de la causalidad alternativa la dejación de incapacitación de un incapaz, siempre que se demuestre con absoluta certeza, como exige en estos casos la jurisprudencia, que el daño se hubiera causado igualmente. Por consiguiente, a nuestro entender, inexistente la relación de causalidad es indiferente la problemática del criterio de imputación. Si bien, GÓMEZ CALLE entiende que solamente afirmando que la responsabilidad civil de los padres es por hecho propio, esto es, por culpa propia determinante del daño que cause el menor, habrá (podrá) de admitirse como causa exoneradora la de falta de nexo causal entre el daño y la propia negligencia, o si se quiere, la prueba de que el daño se hubiera producido igualmente aunque los llamados a responder conforme al artículo 1903 CC hubieran observado toda la

¹⁸⁰³ PARRA LUCÁN, MA: “Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997”, ob cit, pág. 785.

¹⁸⁰⁴ SALAS MURILLO, S.DE., ob, cit, p. 274.

¹⁸⁰⁵ Un supuesto específico de incremento del riesgo: son las patologías preexistentes que potencialmente pueden dar como resultado el producido por la conducta del eventual responsable de manera que ésta sirve de catalizador de un proceso dañoso ya iniciado con anterioridad; por ejemplo, la preexistencia en la víctima de una lesión o patología cuya evolución es precipitada o agravada por el nuevo curso causal. El TS resuelve que hay que estudiar las circunstancias del caso concreto, de modo que la relación de causalidad no se rompe, si se demuestra que sólo de forma muy improbable se hubiera ocasionado el daño o agravado el mismo por la patología y la actuación del agente fuera dolosa; y que sí se rompe si se demuestra que la sólo patología, considerada individualmente, hubiera sido suficiente para causar el daño –vid. ref. SSTS 2ª 27.2.2001 (RJA 2001, 1343); 24. 2.2000 (RJA 2000, 1454); y 5.10.1998 (RJA 1998, 8307), en REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración...”, ob, cit, pp. 95-96-.

diligencia exigible¹⁸⁰⁶.

En segundo lugar, y en sentido semejante, si la excepción a la teoría de la causalidad adecuada del “criterio de protección de una norma jurídica” se basa en que si se ha producido una infracción de reglamentos, no pueden ser objetivamente imputados aquellos eventos dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretende fundamentarse la responsabilidad del demandado¹⁸⁰⁷, entendemos que se podría insertar en esta excepción la dejación de la incapacitación de un enfermo o deficiente psíquico si tenemos presente dos datos:

1.- De una parte, que la declaración judicial de incapacidad no tiene por finalidad primordial evitar daños a terceros, sino que es, según lo expuesto al inicio de este capítulo, un “extraordinario instrumento para rehabilitar su persona y permitirle intervenir en su vida jurídica, por lo que equivale a *capacitación*, a una institución jurídica que perfila la capacidad de las personas con deficiencia o enfermedad psíquica, y fomenta su autonomía, su equiparación y su plena integración en la sociedad”¹⁸⁰⁸. Y, de otra, hay que tener presente que

¹⁸⁰⁶ GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, ob, cit, p. 130.

¹⁸⁰⁷ El ejemplo típico, es el resuelto por la STS 22.2.1946 (RJA 1946, 253) en que un empresario tiene a sus obreros trabajando en domingo, contra las reglas laborales, en una fábrica cercana a un polvorín que estalla, matando a varios de ellos. Aquí es claro que ni el trabajo en domingo es causa de la explosión del polvorín, ni la infracción del patrono tiene la menor relación con el accidente, que pudo suceder en cualquier otro día de la semana). En conclusión, se ha de examinar si la norma jurídica que se infringe tenía como finalidad evitar el daño producido, para poder afirmar la relación de causalidad entre dicha infracción de reglamentos y el daño. En sentido parecido, vid. SSTS 30.12.1996 (sala 2ª) (RJA 1996, 9244), y 7.7.1993 (sala 2ª) (RJA 1993, 6057) – vid. REGLERO CAMPOS, F., “El nexo casual: Las causas de exoneración...”, ob,cit, p. 97; y DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, ob, cit, p. 348.-’

Y para una crítica de una sentencia acerca de la responsabilidad civil de un centro escolar por un intento de suicidio de una alumna de doce años, sobre la base del criterio del “fin de protección de una norma jurídica” (en concreto la normativa el centro acerca de las medidas de seguridad, en particular la altura de las ventanas), vid. LLOVERAS FERRER, M-R., “STS, 1ª, 14.2.2000. La responsabilidad de un centro escolar por un intento de suicidio”, <http://www.indret.com>, 3/2000.

¹⁸⁰⁸ Además de la bibliografía citada en II.1.B; y II.2.A.c. b’’.b’’’ de este capítulo, vid. SEOANE, J.A./ÁLVAREZ, N./ CARRIL, XM./ FARALDO, P., *Derecho y retraso mental...*, ob, cit, pp. 104-112 y 141, que nos explica que la incapacitación (que emana del principio subsidiario de protección del enfermo o deficiente psíquico residenciado en el artículo 49 CE respecto al principal de su dignidad y libre desarrollo de la personalidad ex art. 10 CE) interviene únicamente en aquellos supuestos y ámbitos en los que la persona no sea capaz de actuar eficazmente por sí misma. Esto es, el criterio axial para la incapacitación es la falta *autogobierno* como noción que hace referencia a un estado psíquico que englobaría la capacidad general, global no específica, de desenvolverse de modo corriente que implica la actitud reflexiva sobre la propia actuación y la conciencia o conocimiento del significado de la propia actuación y sus efectos –ref. AMERICAN ASSOCIATION ON MENTAL RETARDATION., *Mental retardation: Definition, Classification, and Systems of Supports*, Washington, 1992, 1992 (versión española de M.A Verdugo y C. Jerano., *Retraso mental. Definición. Clasificación y sistemas*

cada vez se pone más de manifiesto por estudios empíricos que la irrupción de lo jurídico y lo sancionador tiene efectos muy negativos en el mundo de los sentimientos, emociones, pensamiento y en lo relacional, sobre todo, de los enfermos psíquicos, lo que influye en las posibilidades de un trabajo terapéutico rehabilitador y resocializador. En consecuencia, el proceso de incapacitación, y subsiguiente de tutela, se ha de llevar a cabo, solamente, hacia las personas que lo precisen y, en tal caso, debiéndose adaptar a las necesidades individuales de cada uno¹⁸⁰⁹.

En atención a lo dicho es posible que el legislador alemán, aprovechando la “Ley para la Reforma del Derecho de la Tutela y Curatela para Mayores de edad (Ley de la Asistencia) de 12 de septiembre de 1990¹⁸¹⁰, haya suprimido la incapacitación, estableciendo para el discapacitado un régimen de protección o asistencia no incapacitadora (*Betreuung*) y sujetando la eficacia de sus actos al criterio de aptitud psíquica para autodeterminarse según el 104 BGB. Es decir, el nombramiento de un asistente no afecta en absoluto a la capacidad de libre actuación del asistido, y la razón de ello ha sido respetar lo más posible el ámbito de

de apoyo, ed., Alianza, Madrid, pp. 13-16). Y en el mismo sentido, LÓPEZ- SÁNCHEZ VIZCAINO, A., “La declaración de incapacidad: requisitos, problemas, ventajas, inconvenientes y otras soluciones”, en *Deficiencia, Enfermedad mental y Senilidad: Mecanismos Legales de Protección (2ª Jornada)*, ed., Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental, 1996, p.43.

Y para una visión médico-legal de la incapacitación, vid. RUIZ DE LA CUESTA, J.M^a., “Aspectos médicos legales del internamiento y de la incapacitación”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, ed., CGPJ, Madrid, 2000, p. 54 y ss, que explicita que el autogobierno tiene tres dimensiones: la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica); la adaptativa e interpersonal (la capacidad para afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural); y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene o cuidado).

¹⁸⁰⁹ En este sentido, vid. Unidad de Ordenación Asistencial de IASAM., *La rehabilitación y prevención de la incapacidad marco conceptual*, Septiembre, 1986; LEÑA FENÁNDEZ, R., “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (Seminario coordinado por MARTÍNEZ DÍE), ed, Civitas, Madrid, 2000, p. 185; FERRER I RIBA, J., “Les institutions tutelars en el Codi de Família (I) en la *Revista Jurídica la Lley de Catalunya*, núm. 239, de 18.1.1999, p.2, que destaca los efectos secundarios estigmatizadores para el incapacitado, como son que puede afectar, negativamente, a la percepción que la comunidad tiene del incapacitado, la que, a su vez, influye en la disminución de su autoestima y del ejercicio de la capacidad natural que conserve; SALAS MURILO, S., ob, cit, p.36; y SÁNCHEZ GARGALLO., *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Valencia, 2000, p. 111, que alude a que el Juez ha de tener en cuenta en orden a la incapacitación de una persona, además de la vida del demandado, el ambiente en que se mueve, los problemas y abusos que haya podido sufrir, *cómo repercutirá la incapacitación en su ánimo vital*. Y, desde una visión psiquiátrica del tema, vid. ARAGUES ORTIZ DE ZÁRATE, E., “En torno a la incapacitación de pacientes psiquiátricos”, en *Psiquis*, 1994, vol. 15, núm. 3, pp.33-37, especialmente, p.36.

¹⁸¹⁰ Para una visión completa de esta Ley y sus posteriores modificaciones en 1998 y 1999, vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “La nueva legislación alemana sobre tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, en *Act.C*, nº.21, 24 al 30 de mayo de 1999, pp.553-581.

capacidad natural de éste. Y a pesar de las críticas que esta Ley, en opinión de GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, está despertando en la jurisprudencia de algún *Länder* alemán¹⁸¹¹, es significativo que no se haya aprovechado la reciente Ley de modernización del Derecho de obligaciones del BGB (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) de 26 de noviembre de 2001¹⁸¹² para modificar la materia.

Sea como fuere, en España y atendiendo a la dirección apuntada, tienen cada vez mayor predicamento otros mecanismos de protección ajenos al procedimiento judicial de incapacidad, en especial para las personas *border line* y para los enfermos psíquicos de carácter cíclico. Si bien, la mayoría de la doctrina española sigue defendiendo, sobre todo para los enfermos psíquicos de carácter cíclico, la necesidad de la incapacitación¹⁸¹³, y la correspondiente sumisión a una institución de guarda, preferentemente la curatela¹⁸¹⁴; no

¹⁸¹¹ *Ibidem*, pp. 566-569, que afirma que en dicho sistema, la persona asistida conserva sus facultades de actuación en el tráfico jurídico en la medida en que lo permita su capacidad natural, superponiéndose estas facultades a las del asistente (*Betreuer*) que tiene poderes de representación legal para actuar en el ámbito que sea necesario (1896.2 y 1902 BGB). Y el Juez puede excepcionalmente ordenar que la persona sujeta a *Betreuung* necesite el asentimiento de su asistente para poder realizar con eficacia los actos jurídicos que entren dentro del ámbito de actuación cuya representación se haya conferido también al asistente (1903 BGB regula la reserva del asentimiento o *Einwilligungsvorbehalt*), a excepción de que la declaración de voluntad conlleve exclusivamente una ventaja jurídica. Sin embargo, entiende que en la elaboración de la nueva Ley se refleja la extraordinaria influencia de psicólogos y asistentes sociales, lo que va a conllevar problemas de orden práctico, sobre todo, el nombramiento de asistente sin previa incapacitación. Y, DE SALAS MURILLO, S., ob, cit, pp.50-55.

¹⁸¹² SALAS MURILLO, S.DE, ob, cit, np. 37, p.50.

¹⁸¹³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico (comentario a la STS 10.2.1986)”, en *PJ*, 1986, vol. 3, septiembre, pp. 107-112, especialmente p. 109, que argumenta que el carácter cíclico de una enfermedad no debe impedir una hipotética incapacitación siempre que la intensidad y perioricidad de las fases críticas, de entidad temporal suficiente, afecten al autogobierno de la persona; como ocurría en la sentencia comentada en que la presunta incapaz padecía una psicosis fásica maniaco-depresiva de evolución crónica que cuando entraba en la fase cíclica crítica le producía la pérdida del sentido de la realidad; frente a la alternativa de restringir la incapacidad a los períodos de crisis, pues de tal modo se mermaría la seguridad jurídica. En sentido parecido, y comentando la misma sentencia, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias (comentario a la STS 10.2.1986)”, en *ADC*, tomo XL, fascículo II, abril-junio, 1987, pp.715-125, que afirma que la enfermedad destaca por su carácter fásico o por su alternancia, que, desde el punto de vista neuropsiquiátrico, no es sino una forma de manifestarse una enfermedad que está presente en todo momento; aunque hay que comprobar que lo persistente ha de ser la enfermedad y no alguno de sus síntomas. En conclusión, estima que, aunque del artículo 200 CC haya desaparecido la precisión de que son susceptibles de incapacitación los locos o dementes aunque tengan intervalos lúcidos, aquella sigue presente en su espíritu. Y, PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo”, en *Ar.C.*nº.4, mayo, 2000, vol. I (tomo IX), p. 1945, que nos explica que la doctrina de la sentencia citada es reproducida en las SSTS 20.5.1994; 26.7.1999 (*RJA* 1999, 683), y por la jurisprudencia menor, como SSAP de Valladolid de 14.2.1994 (*AC* 1994, 215); y de León de 19.11.1998 (*AC* 1998, 2073), y, que entiende que es adecuada pues, como resalta el Tribunal Supremo, es inviable incapacitar al sujeto sólo en cada una de las fases cíclicas.

¹⁸¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias...”, ob, cit, pp.719-, entiende que la curatela es el régimen de protección más adecuado

obstante, dentro de este sector favorable a la incapacitación, hay quiénes reconocen la dificultad de escoger el régimen de guarda al que deba quedar sometido el incapaz (enfermo psíquico de carácter cíclico), pues consideran que nos encontramos ante uno de esos supuestos en los que se pone de manifiesto la rigidez del sistema legal, y que, por tanto, requiere un tratamiento legal específico, en la medida en que cada una de las soluciones posibles en la regulación actual adolece de graves deficiencias para su aplicación práctica¹⁸¹⁵.

Y entre los mecanismos alternativos a la incapacitación se citan, entre otros, las donaciones modales u onerosas que regula el artículo 619 CC; la institución de heredero o legatario “modal” o “con carga” del artículo 797 CC; la sustitución fideicomisaria *ex* artículo 781 y siguientes del CC; la constitución de situaciones de condominio o copropiedad por el que los padres podrán donar o dejar en testamento a sus hijos, aunque le otorgan la propiedad compartida con terceras personas; la constitución de usufructo; o la fórmula bancaria de titular mancomunado de una Cuenta corriente o imposición a plazo fijo¹⁸¹⁶.

para la presunta incapaz cuyos períodos de lucidez son la regla y los de crisis la excepción, de tal modo que la curatela se adapta más a la capacidad natural que tiene doña E.V.R para regir sus asuntos, excepto cuando entra en crisis. De tal modo que la curatela, cuya función es asistir, complementar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente necesita que determinados actos de la persona la adición o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo (la curatela se basa en el principio de capacidad frente a excepciones expresamente determinadas en la sentencia, y la tutela se basa en el principio de incapacidad frente a excepciones señaladas en la sentencia), le va a permitir a doña E.V.R ejercitar hasta el máximo de sus posibilidades su aptitud natural de autogobierno, pues lo único preciso será evitar que pierda su capital por engaño o medidas desacertadas, siendo suficiente vigilar sus actos más graves de administración y prohibirles los de disposición. En sentido parecido, VVAA., “Aspectos jurídicos en relación al enfermo mental”, en *I Jornadas FANAES (Federación Andaluza de Allegados de Esquizofrénicos)*, resumen y conclusiones, Sevilla, noviembre, 1994, pp. 26, pues el enfermo esquizofrénico, en términos generales, salvo los períodos de brote psicótico tiene un grado de autonomía que le permite llevar a cabo una vida normal sin asistencia de persona alguna, no así en lo que respecta a su patrimonio, pudiendo asegurar sus bienes mediante el nombramiento de un curador, y la obligatoriedad de su intervención y de su asistencia.

En contra, BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R., “La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico...”, *ob. cit.*, pp. 107-112, entiende que el régimen más adecuado es la tutela como mecanismo de representación legal, pues durante cada crisis pierde el sentido total de la realidad, y la curatela presupone una previa capacidad natural aunque insuficiente.

¹⁸¹⁵ PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo”, *ob. cit.*, p. 1946 y 1951, y recoge que en la jurisprudencia no hay unanimidad, pues mientras en la STS 10.2.1986 se inclina por el sometimiento del incapaz cíclico al régimen de curatela, en la de 26.7.1999 se propone el sometimiento del incapaz al régimen de tutela, aunque ordenando los efectos de la misma, en el sentido de que, en el ámbito patrimonial, la restricción no alcanza a los actos de administración ordinaria.

¹⁸¹⁶ LÓPEZ- SÁNCHEZ VIZCAINO, A., *ob. cit.*, pp. 50-54; y muy interesante para una visión completa de estas medidas de protección, la obra de LEÑA FENÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, ed., Consejo General del Notariado, Madrid, 1997; y “El testamento en casos de incapacidad”, en *La persona con retraso mental: Incapacitación, tutela, matrimonio, esterilización, testamento, integración*, ed., Fundación Tutelar TAU, Sevilla, 1997, pp. 97-108.

Es destacable al respecto, la bondad jurídica de la figura jurídica de la “salvaguarda de justicia” *ex art.* 491.2 del Código civil francés, fruto de la reforma llevada a cabo en el *Code civil* francés en materia de “*majeurs protégés para la loi*” por la Ley núm. 68-5, de 3 de enero de 1968, como figura de protección que, sin una previa incapacitación de la persona, permite al mayor de edad, *a posteriori*, denunciar (anular, rescindir por simple lesión o reducir en caso de exceso) los actos desafortunados que haya podido realizar. El objetivo era afectar lo menos posible la capacidad de la persona, pues, según el precepto, la persona sometida a la salvaguarda de justicia conserva el ejercicio de sus derechos; y esto en orden a llenar un vacío en el que se encontraban ciertos grupos de personas con la capacidad mental debilitada (se aplica a los llamados “border-line” o en los primeros estadios de las demencias seniles) y necesitados de una leve y temporal protección, como en enfermedades mentales de ciclos cortos y previsibles; tratamientos breves durante los cuales la voluntad del enfermo está adormecida, debilitada; crisis ligadas a tratamientos de desintoxicación, depresión nerviosa, e incluso para continuar asegurando la protección del individuo *non protégé* cuando está de permiso o en *sorties d’essai* de establecimientos psiquiátricos, tal y como prevé la reforma psiquiátrica, etc., pues, incluso, puede favorecer a su curación el hecho de que el enfermo siga desarrollando una vida normal de relación¹⁸¹⁷.

¹⁸¹⁷ Para un análisis de esta figura, vid., Voz: “Incapables majeurs”, en *Resp. Civ. Dalloz*, civil, V, ob,cit, pp. 3-10; Voz: “Majeurs protégés”, en *Jur.Class.civ.*, fas. 11, ob, cit, pp. 6-23; MAZEUD, H.L./ CHABAS, F., *Leçons de droit civil*, t.I, vol. 2, ob, cit, pp. 832-836; MALAURIE, AYNÉS, L., *Droit civil: Les personnes, les incapacités*, ed., Cujas, París, 1994, 1995, pp. 271-275; CRESPO ALLUÉ, F., “Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho francés”, en *RDP*, 1986, marzo, pp. 195-220, que la define como medida provisional y transitoria sin pretensiones de sustituir otros regímenes de protección; y PALOMINO Díez, I., “La flexibilidad de la protección de los *majeurs protégés* en Derecho francés. Comparativa con el derecho español”, en *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ob, cit, pp. 357-360 que, además de la salvaguarda judicial, alude a otros mecanismos de protección, como: 1) la “administración legal” del artículo 497 del Code que en la práctica se utiliza en todos los casos en los que la familia (aunque en un principio sólo podían ser los parientes más próximos a la que el legislador otorga una confianza particular basada en la comunidad de vida, la *Loi du 28 mai de 1996* establece que puede tratarse de cualquier pariente, incluso por afinidad, sin limitación de grado) puede gestionar los intereses de un miembro enfermo, cualquiera que fuese su edad, evitando de este modo la tutela; 2) la aplicación del régimen matrimonial cuando éste puede proveer suficientemente los intereses de la persona protegida; y 3) la “gerencia de la tutela” como forma simplificada de la tutela pero, en todo caso, verdadera tutela para los casos de ausencia de familia del incapaz, normalmente personas de avanzada edad e internos en un establecimiento de salud y con escasos recursos económicos, de modo que una tutela profesionalizada se encarna en la figura del tutor-gerente o *preposés* (art. 499 y 500 Code y Décr. 69-195, de 15 février), que suelen ser licenciados en Psicología, Derecho o Gestión de empresas, o bien en personas elegidas en una lista que obra en poder del *procureur de la République*, o también simples particulares que de modo voluntario y solidario, a través de asociaciones y fundaciones, ofrecen sus servicios a dicho fin (*gérants bénévoles*). Y para un estudio extenso de la protección de los incapaces en Francia con referencias actuales, vid. SALAS MURILLO, S.DE, ob, cit, pp. 37-50, que divide la exposición en 1) medidas aplicables con independencia del régimen especial de protección, y 2) Y enfermos sometidos a régimen específico de protección: en especial la salvaguarda de justicia.

En conclusión, y desde el punto de vista de la técnica normativa, los datos expuestos hasta ahora nos llevan a concluir que, inexistente la relación de causalidad entre la dejación de la incapacitación y el daño cometido por el incapaz¹⁸¹⁸, es indiferente y gratuito indagar en el criterio de imputación. En definitiva, no se puede asegurar que el daño no se hubiera producido de haberse cumplido tal deber¹⁸¹⁹, ni que la omisión de su cumplimiento haya aumentado el riesgo¹⁸²⁰, ni que exista una relación inmediata entre que haya tutor y que sea responsable porque se requiere, además, la culpa del tutor por el artículo 1903 CC¹⁸²¹.

Finalmente, y como corolario de las críticas doctrinales expuestas, surge una propuesta doctrinal, que siempre había estado latente, para superar las dificultades de las teorías hasta ahora vistas, la aplicabilidad a la responsabilidad del guardador de hecho del incapaz del artículo 1902 CC.

¹⁸¹⁸ En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, M.A., “Comentario al artículo 1903 CC”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, t.II, arts. 1088-1976 (dir. Miguel Pasquau Liaño), ed., Comares, Granada, 2000, pp. 3333-3334, que en relación al deber de quién debiendo estar incapacitado no lo está (art. 229CC), entiende la autora que no existe nexo causal entre la ausencia de incapacitación y la protección del daño a terceros.

¹⁸¹⁹ *Ibidem*, p.779. La incapacitación y el internamiento no son términos correlativos, y el internamiento involuntario no se vincula a su peligrosidad sino que se justifica en razones terapéuticas. En el mismo sentido, SEISDEDOS MUIÑO, A., *La responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales...*, *ob.cit.* pág. 270, y Fundamento de derecho cuarto de la SAP de 3 de marzo 1997 (Aranzadi Civil, I, 1997, pág. 831).

¹⁸²⁰ PARRA LUCÁN, MA., “Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997 “, *ob cit*, pp. 786-87. Esta autora explica que, “aunque es cierto que el artículo 269 CC presupone una serie de incumbencias personales del tutor sobre el pupilo, cada sentencia de incapacitación debe graduar la incapacidad y, por tanto, no toda institución tutelar tiene el mismo contenido y, en concreto, la debida asistencia médica especializada que puede procurar el tutor conforme al artículo 269.3 CC no plantea problemas cuando se trata, por ejemplo, de deficientes mentales, pero no sólo no puede imponerse cuando se trata de determinadas enfermedades mentales, sino que, en la práctica, se procura por muchas familias de enfermos no incapacitados. Además, la incapacitación no permite que el tutor interne al pupilo por su sola voluntad, sino que necesita autorización judicial”.

¹⁸²¹ SEISDEDOS MUIÑO, A: “*La responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales...*”, *ob.cit.* pág. 268. Esta autora critica la postura de Yzquierdo Tolsada que llega al extremo de afirmar que el no instar la declaración de incapacitación constituye por sí sola una omisión culposa, y esto es debido a la confusión que establece entre la incapacitación y tutela. De tal modo que aboga, por el contrario, por señalar que la existencia de tal deber de promover la incapacitación no excluye el enjuiciamiento que el Fiscal ha de hacer de los hechos que lleguen a su conocimiento y del grado que presentan las enfermedades o deficiencias en relación con el autogobierno de la persona, para determinar la posibilidad y la necesidad de incoar el procedimiento de incapacitación, y si, en función de ese enjuiciamiento la decisión es negativa, no por ello se producirá la responsabilidad. Y, la misma conclusión ha de prodigarse para los parientes del presunto incapaz, con la diferencia de que el Ministerio Fiscal cuenta con más preparación técnica y experiencia para ello.

d.- En conclusión .

La doctrina que fundamenta la responsabilidad civil del guardador de hecho por los actos de un incapaz en el artículo 1902 CC se apoya, en esencia, en la imposibilidad de encuadrar su responsabilidad en el artículo 1903 CC por su carácter limitativo¹⁸²².

Pero, a nuestro juicio, la aplicación del artículo 1902 CC al supuesto en estudio puede encontrar respaldo, en primer lugar, en el artículo 241 del Anteproyecto privado SEREM, al no incluir entre los obligados a promover la constitución de la tutela al guardador de hecho¹⁸²³; de tal modo que si no se incluía en tal precepto, y tampoco era viable el 1903 CC, se deduce, por exclusión, la aplicabilidad del artículo 1902 CC. Aunque, como sabemos, la redacción final fue la contraria, y es que, como nos advierte ROGEL VIDE, la actual dicción del artículo 229 CC sólo puede explicarse sobre la base de la opinión tan extendida, en épocas anteriores, de entender criticable la actuación del guardador de hecho, desde el primer momento, por no haber instado la tutela formal, lo que se está desmintiendo en la actualidad a través de una revalorización progresiva de la figura del guardador de hecho. Y, en segundo lugar, en los términos del artículo 118 CP que responsabiliza al guardador de hecho sobre la base de su propia negligencia en evitar el daño, y no por haber dejado de promover la incapacitación, recuperando el acierto que tuvo el Anteproyecto del Código penal de 1992, aunque el ACP 1994 lo eliminara¹⁸²⁴.

¹⁸²² LACRUZ, JL., *Elementos de Derecho civil...*, II, vol. 1º, op, cit, p. 563; ROGEL VIDE, C., ob, cit, p. 135. Si bien el guardador de una persona distinta de las mencionadas en el artículo 1903 CC puede incurrir en responsabilidad cuando el daño causado por ella se deba a una falta propia de la diligencia que debió observar en la custodia que le incumbía. La responsabilidad del encargado sería, entonces, por su propia culpa, como causante del daño.

¹⁸²³ Artículo 241 del Anteproyecto SEREM de 1977: “Están obligados a promover la constitución de la tutela de los menores las personas llamadas por la ley para sucederles abintestato, quedando responsables, si no lo hicieren, de la indemnización de los daños y perjuicios que la omisión les cause”.

¹⁸²⁴ Art. 120.1ª APCP 1992: “ En los casos de los n.º 1,3º y 4º, son responsables por los hechos que ejecuten el enajenado, el menor de 16 años, y aquellas personas que sufran alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia”.

Ref. VARGAS CABRERA, B., “Las causas eximentes de responsabilidad criminal. Comentarios al artículo 19 del Proyecto del Código penal. Medidas de seguridad y responsabilidad civil”, *Poder Judicial*, n.º. 28, 1992, p. 61, en Michel Navarro, M, ob, cit, np. 104, p. 56. Aunque lo refiere al guardador de hecho del menor, considera como un notable acierto y en la línea de reforzar las obligaciones tuitivas con los menores, incluir en el artículo 120 ACP 1992 al guardador de hecho.

Por otra parte, parece que esta teoría ha encontrado un apoyo jurisprudencial, en concreto, en la SAP de Navarra de 3 de marzo de 1997 (AC, 1997, 463) que, a pesar de estar basada en un proceso penal previo no se juzgó como de responsabilidad civil *ex delicto*. En concreto, esta sentencia resuelve un supuesto acerca de la responsabilidad extracontractual de los padres de un mayor de edad no incapacitado ni sometido a patria potestad en el momento que realizó la agresión, y al que se le dio de alta por encontrarse en estado asintomático, y acerca del cual se informó por el psicólogo en sentido favorable, dependiendo de la oportunidad que tuviera de participar en actividades socio-laborales y ocupaciones normalizadas y de que continuara con un tratamiento farmacológico¹⁸²⁵. Esta resolución, confirmatoria de la de primera instancia que desestimó la responsabilidad civil de los padres, es aprovechable en todos los sentidos pues da a entender, de modo implícito, la inaplicabilidad del artículo 229 CC, y no sólo por una razón de forma¹⁸²⁶, sino, también, por una razón de fondo, pues se alegó que en el caso concreto, según los datos fácticos aportados a la prueba, no existió negligencia en los padres por no haber incapacitado a su hijo generadora de responsabilidad civil¹⁸²⁷. Este argumento se había llegado a admitir en otras resoluciones de responsabilidad civil *ex delicto* con la consecuencia de establecer una conexión entre el artículo 229 CC y el 1902 CC. Pero en la sentencia citada se añade un argumento final que es el relevante a los efectos de declarar inaplicable el artículo 229 CC, y novedoso de todo punto, pues antes ninguna sentencia se había atrevido a afirmar en términos tan generales como los que siguen, que: “(...) además, nunca provendría la responsabilidad civil de los padres de haber dejado de intentar la incapacitación, pues ello únicamente tiene

¹⁸²⁵ No obstante, éste venía siendo tratado en un Centro de Salud Mental de Tudela desde el 7 de septiembre de 1989 y, debido a las alternancias de su estado de salud, había sido ingresado en diversas ocasiones en un Hospital Psiquiátrico, una de ellas en 1982 por trastorno de conducta.

¹⁸²⁶ En el sentido de que el recurso de apelación sólo se basó en la aplicación indebida del artículo 1903.2 CC, que la AP lo desestimó por entender que era inaplicable, ya que el término técnico de “guarda” sólo se refiere a la patria potestad y a la tutela. El fundamento jurídico tercero nos recuerda que la fórmula vigente del artículo 1903 CC busca congruencia con la reforma introducida en materia de patria potestad por la Ley 13 mayo 1981 que introdujo la patria potestad prorrogada o rehabilitada, pero que la flexibilidad del vocablo legal “guarda” no puede entenderse ampliando la responsabilidad de los padres a situaciones ajenas a la patria potestad que a éstos compete sobre sus hijos, en los casos en que ésta ha desaparecido por no haber sido prorrogada ni rehabilitada tras la mayoría de edad del hijo, atendiendo solamente a la circunstancia de la convivencia.

En términos contrarios a los de la sentencia anterior, vid. STS de la sala 2ª de 16 de marzo de 1992 que declara la responsabilidad de un hospital psiquiátrico en los que se encontraba ingresado el autor material de los hechos, aunque no tuviera en su origen un mandamiento judicial.

¹⁸²⁷ Además, se constata por parte de los padres una continuada relación con psicólogos y psiquiatras a fin de mejorar la situación de aquél, y que no hubo ningún indicio de que éstos desoyeran recomendaciones de los especialistas para incapacitar a su hijo.

relevancia jurídica en cuanto atañe a la esfera de actuación personal y patrimonial del afectado y a la reactivación del artículo 1903.º CC, pero la incapacitación del agente del daño, aunque se hubiese producido, no tenía por qué haber modificado la situación convivencial previa de los padres e hijo ni se acierta a descubrir qué medidas se hubieran tomado una vez decretada la incapacitación que no llegaran a adoptarse al no producirse”. En virtud del razonamiento anterior, la Audiencia Provincial resolvió, al final, según la cláusula general de la Ley 488.2 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, siendo esta ley un equivalente en el Derecho civil navarro de la regla general de responsabilidad por hecho propio y culpable del artículo 1902 CC.

Y en la misma línea que la sentencia anterior, tenemos la SAP de Guadalajara de 1.7.1997 (AC 1997, 1463) que resuelve el único supuesto que hemos encontrado de responsabilidad civil de los guardadores de un incapaz por culpa extracontractual y no *ex delicto*. Pues, a pesar de entender aplicable, en un primer momento, el artículo 1903 CC en relación con el 229 CC a la responsabilidad civil de los sobrinos de una enferma psíquica por los daños causados por ésta al dejarse los grifos abiertos en su vivienda, se termina por decantar por la aplicación del artículo 1902 CC, dando a entender que no sería equitativo responsabilizarles sino es sobre la base de un criterio subjetivo de imputación, que en el caso en cuestión existía, pues los sobrinos habían consentido que su tía viviera sola sin ningún tipo de control ni vigilancia, cuando todos ellos conocían de la existencia de la enfermedad psíquica que padecía y que mermaba sensiblemente sus facultades¹⁸²⁸. De tal modo que, de

¹⁸²⁸ Resuelve un supuesto acerca de los daños sufridos en el material y ropa que se encontraban en el interior de un local comercial por filtraciones de agua, al dejarse la propietaria del piso colindante los grifos abiertos, propietaria que padecía una enfermedad mental, pero que en el momento de producirse los hechos no estaba incapacitada. El dueño del local comercial dedujo ante el Juzgado de 1ª Instancia una demanda de indemnización de daños y perjuicios, tanto frente a los desconocidos herederos del agente del daño, doña Juliana, como contra sus cuatro sobrinos, el cual dictó sentencia estimando íntegramente la demanda condenando a los demandados a que solidariamente abonen al actor tres millones de pesetas. La sentencia de instancia es apelada, pero la Audiencia confirma la sentencia de instancia. Ahora bien, en relación a la responsabilidad de los sobrinos, en su fundamento jurídico 3º, arguye, sobre la base de que en el artículo 1903 CC por su interpretación teleológica y social se puede entender otros supuestos en los que exista o se genere alguna relación distinta de las que el precepto contempla “ad exemplum”, que, a falta de tutor deberán responder “las personas que teniendo la obligación de promover la constitución de la tutela no lo hubieran hecho”, las que, según el artículo 229 CC, son los llamados por ley a la tutela y el guardador de hecho.

Sin embargo, al final del fundamento jurídico tercero se matiza que, la responsabilidad de que se trataba, al igual que la del guardador de hecho, acaso tenía mejor fundamento en el artículo 1902 CC que en el 1903 C, “es decir, parece que se exige el elemento culpabilístico, que ha de ser probado por quien acciona, frente a la presunción de culpa de los responsables que enumere el artículo 1903 CC, con que viene siendo interpretado este precepto. Así pues, planteada de esta forma la cuestión, es procedente discernir si en la actuación de los

los términos de la sentencia se desprende que el criterio de imputación no es la negligencia en haber omitido la incapacitación, sino en no haber evitado el daño en el supuesto en concreto, y la sentencia añade que la misma solución se aplicaría al guardador de hecho.

Por otra parte, la citada SAP de Guadalajara de 1.7.1997, en cierto sentido, modifica o matiza la doctrina emanada de la sentencia de 13.9.1984 en lo que se refiere al ámbito de aplicación del artículo 229 CC. Y la razón es que esta sentencia declara responsables civiles a los sobrinos de una persona incapaz que no se ocupaban de ella (por lo que no podían ser guardadores de hecho del incapaz), pero que según los términos de la sentencia “tras su incapacitación posterior (la de su tía enferma psíquica) se le nombró tutor, cargo que recayó en la persona de su sobrino (...), y que dicho cargo podía haber recaído en cualquiera de los co-demandados (los otros tres sobrinos)”. De esta resolución se deduce, entonces, que el requisito para responsabilizar a un pariente-familiar de los daños que cause un incapaz no es que sean de los llamados por ley a ejercer la tutela, como conminan los términos literales del artículo 229 CC, porque los sobrinos no se pueden subsumir en ninguno de los cuatro supuestos de tutela legal del artículo 234 CC, ni en el guardador de hecho porque no se ocupaban de ella. En consecuencia, parece que el dato relevante para que el Tribunal declare responsable civil es que sea una persona o pariente que, por las circunstancias del caso y según el criterio que establece el párrafo segundo del artículo 234 CC, el supremo interés del incapaz, sea la más idónea para que recaiga la tutela.

Asimismo, la línea jurisprudencial iniciada tímidamente por los Tribunales civiles, ante supuestos de responsabilidad civil *ex delicto* como extracontractual, se fortalece por los términos del artículo 118 CP 1995 que consagra, además de la responsabilidad civil directa del inimputable penal, en su caso, la de quiénes los tengan bajo su potestad o *guarda* legal o *de hecho siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte*. En consecuencia, este artículo trae como ventaja, por un lado, que aclara que, dentro del ámbito de determinación del sujeto responsable se encuentra el guardador de hecho sin más, esto es, sin que tenga que demostrarse la culpa en la incapacitación, y, por otro, que el criterio de imputación, es la

sobrinos co-demandados hubo culpa o negligencia. Y esta parece clara desde el momento en que conociendo todos ellos que su tía padecía una enfermedad mental, que mermaba sensiblemente sus facultades, consintieron en que viviera sola en un piso de su propiedad, dejándola sin ningún tipo de control ni vigilancia”.

culpa del guardador en no haber evitado el daño cometido por el incapaz, y no la culpa en no haber incapacitado a éste.

Ahora bien, queremos poner de manifiesto la virtualidad de aplicar el artículo 1902 CC al supuesto que constituye un laguna legal para el Código penal: la responsabilidad civil del guardador de hecho de un incapaz imputable penal o semimputable (por ejemplo, en las conocidas esquizofrenias residuales) que comete un ilícito penal. Ya que, al estar ante un responsable penal le aplicamos el artículo 120.1 CP que no prevé, paradójicamente, la responsabilidad civil del guardador de hecho, sino solamente la del guardador legal. En definitiva, el artículo 1902 CC hay que ponerlo en conexión sistemática con el artículo 120.1 CP para concluir que el guardador de hecho de un incapaz imputable civil, ya cometa un ilícito penal o civil, es responsable civil por culpa probada.

Incluso, es significativo que la teoría la aplicabilidad del artículo 1382 Código civil francés, paralelo del artículo 1902 CC, que consagra el principio de responsabilidad por hecho propio y por culpa, es la solución tradicional que ha seguido la jurisprudencia francesa en su intento por responsabilizar a un tercero en lugar del incapaz, tanto antes de la ley de 1968 en que regía el principio de la irresponsabilidad del incapaz, como después en que se pasó al extremo opuesto de consagrar su responsabilidad civil. En concreto, la jurisprudencia se esforzaba por encontrar responsable, tanto a una persona física, como jurídica que, sobre la base de los hechos analizados por los Jueces y Tribunales, consideraban obligados a ejercer la guarda del enfermo psíquico, esto es, tanto guardadores legales como de hecho¹⁸²⁹. En relación a guardadores de hecho que sean personas físicas, la jurisprudencia francesa ha resuelto sobre la base del artículo 1382 *Code*, por ejemplo, que la negligencia de los padres de un joven demente, por haber omitido voluntariamente los cuidados que requería su hijo, estaba en el origen del daño causado por el incapaz¹⁸³⁰; en igual sentido que otras dos

¹⁸²⁹ LE TOURNEAU, P., “La responsabilité civile des personnes atteintes d’un trouble mental”, *JCP*, 1971.1, Doctrine, 401, p. 3; GOMAA, N.M.K., “La réparation du préjudice causé par les malades mentaux”, *RTDC*, 1971, t. XIX, p. 35. Ya con anterioridad a la Reforma del Código civil por la Ley de 1968, la jurisprudencia francesa, ante la presión de parte de la doctrina y de las necesidades prácticas y las consideraciones de la equidad, atenuaba su posición aportando algunas restricciones al principio de la irresponsabilidad del incapaz; y una de ellas era la búsqueda y la aceptación de la responsabilidad de un tercero responsable de la persona del autor: un guardador legal o de hecho.

¹⁸³⁰ Civ., 2e sect. civ, 25 janv. 1957, *D.* 1957. 163 (*responsabilité du dommage causé par un jeune homme en état de demence, mise à la charge du père dès lors que les juges du fond ont pu déduire de leurs*

sentencias que declararon responsable civil, respectivamente, a la hija y al yerno, y a la mujer del incapaz¹⁸³¹. Ahora bien, es cierto, que alguna sentencia parece tener concomitancias con la tesis española de la aplicabilidad del artículo 229 CC, pues se ha llegado a declarar responsable a los guardadores de un incapaz, pero por no haber procedido a su internamiento¹⁸³².

Finalmente, la responsabilidad civil del guardador de hecho merece un análisis más detenido que el que nosotros hemos llevado a cabo en este último epígrafe, referido solamente al guardador de hecho progenitor del incapaz mayor de edad; de modo que, por ello, queremos, al menos, poner de manifiesto que, a pesar de compartir la teoría de la aplicación del artículo 1902 CC para el guardador de hecho del incapaz natural, no descartamos que, debido a la multiplicidad de situaciones que comprende la guarda de hecho, fuera posible la aplicación del artículo 1903 CC, sobre la base de interpretación del precepto como de *numerus apertus*, en la línea que ha consolidado, dentro de ciertos límites la jurisprudencia francesa. Sin embargo, esta cuestión necesitaría otro trabajo de investigación al que, si Dios quiere, le quiero dedicar mi ilusión y esfuerzo en un futuro cercano.

constatations, sans violer l'art. 1382, que pour s'être volontairement abstenu de traiter son fils avec les ménagements qui s'imposaient, le comportement fautif du père était à l'origine du préjudice dont réparation lui était demandée sur la base de sa responsabilité personnelle). Se trata de una responsabilidad de los padres, como guardadores de hecho del demente, por hecho propio y sobre la base de su propia culpa.

¹⁸³¹Ref. Trib.gr. inst Nice, 18 mai 1960, *D.* 1962, 591, note C. LAMBOIS; (declararon responsable a la hija y al yerno del incapaz); Aix, 18 janv. 1962, *JCP*, 1962, II, 12892, note, R. SAVATIER (declararon responsable a la mujer del incapaz), en LE TOURNEAU, P., "La responsabilité civile...", ob, cit, np. 38, p.3. También hay resoluciones en que estimaron obligados a la guarda del incapaz y, por tanto, responsables civiles a directores, personal sanitario empleado en un hospital psiquiátrico. Otras resoluciones al respecto en GOMAA, N.M.K, ob, cit, np.48, p. 35.

¹⁸³²Chambéry, 28 oct. 1889, S. 91, 2, 10. (*responsabilité du père qui, pouvait provoquer l'internement, ne l'avait pas fait*).

CONCLUSIONES

I

Afirmar que la *ratio* de la responsabilidad civil es el daño conlleva que ésta nace, tanto cuando el daño ha sido causado ilícitamente, como cuando ha sido recibido ilícitamente. Y este postulado tiene, a nuestro juicio, dos implicaciones: en primer lugar, que la *ratio* del artículo 1902 CC acoja, tanto a la culpa, como a criterios de imputación independientes de la culpa. Y en segundo lugar que, desde el punto de vista terminológico, sea más adecuado calificar, por una parte, a la culpa y al riesgo, entre otros, de *criterios de imputación* de la responsabilidad, pues se revelan múltiples los criterios para proceder a la imputación de los actos dañosos a un sujeto determinado, y por otra, tener por *fundamento* a lo que es la *ratio* de la responsabilidad civil – el referido daño ilícito – porque es el elemento aglutinador o común a los diferentes supuestos de responsabilidad civil.

II

Existen, entonces, criterios de imputación diversos de responsabilidad civil, según las distintas necesidades de la persona en sociedad. No atribuimos a ninguno de ellos el carácter apriorístico de principio general de responsabilidad civil en el Derecho español con carácter absoluto. En consecuencia, no estamos de acuerdo con las teorías subjetiva, objetiva y cuasiobjetiva en la medida en que, de modo extremo, interpretan el criterio de imputación que, respectivamente cada una de ellas escoge como regla general, con carácter cerrado.

Aplicando el postulado expuesto a la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y a la responsabilidad civil de los sujetos que ostentan su patria potestad, concluimos la conveniencia de discernir qué sectores precisan de una responsabilidad civil objetiva y cuáles de una subjetiva, según las particularidades de los distintos casos en juego.

III

El que la *ratio* de la responsabilidad civil sea el *daño ilícito* conlleva otra consecuencia de interés no reconocida por la doctrina con la rotundidad que ésta requiere: establecer el límite entre la responsabilidad civil y lo que calificamos de Mecanismos Colectivos de Indemnización de daños, tanto directos como indirectos. A diferencia de aquélla, para los Mecanismos Colectivos de Indemnización de Daños es irrelevante la licitud o ilicitud del daño producido, pero, al igual que el instituto jurídico de la responsabilidad civil, forman parte del actual Derecho de daños.

Y en virtud de dicha pertenencia existe una conexión entre ambos bloques, de cuyo estudio deducimos que la relación entre los dos se produce en una doble dimensión: 1º) Un primera, *respecto a la víctima*, cuya relación es de compatibilidad, siempre que no signifique una acumulación de indemnizaciones. De modo que en los supuestos necesarios los Jueces aplican el “principio de reducción” en la demanda de responsabilidad civil, según se constata, claramente, en materia de accidentes laborales - entre las prestaciones derivadas de la Seguridad social y la indemnización civil-. 2º) Y una segunda, *respecto al agente del daño*, cuya enlace es, al menos, de respeto teórico. Sin embargo, en la práctica, los mecanismos colectivos de indemnización olvidan la contribución que pueden hacer al instituto jurídico de la responsabilidad civil, en lo que a la función preventiva se refiere, a la hora de ejercitar un derecho de repetición frente al responsable civil o agente del daño, e incluso, como medio de subvencionarse a sí mismos. No obstante, y en definitiva, los Mecanismos Colectivos de Indemnización de daños son actualmente inviables como sistema generalizado de reparación de daños en la realidad española actual.

IV

La función de la institución jurídica de la responsabilidad civil depende de su *ratio*. De modo que, en virtud de lo expuesto hasta ahora, defendemos una teoría “eclectica o intermedia” que implica que la función de la responsabilidad civil es, tanto la *preventiva* (sobre todo, en la responsabilidad civil por hecho propio), como la *reparadora* (principalmente, en la responsabilidad civil por hecho ajeno) al estar dotada de gran flexibilidad en orden a llevar a cabo las múltiples tareas que le son asignadas en el cuadro

complejo de la sociedad actual. Más allá, los criterios de imputación están al servicio de que en cada supuesto particular, y según los intereses en conflicto, la responsabilidad civil cumpla una determinada función práctico-social. En consecuencia, vemos coherente que el criterio de imputación en la responsabilidad civil por hecho propio sea el criterio subjetivo de la culpa (con los matices debidos en algunos casos), y, por el contrario, en algunos supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno los criterios de imputación sean independientes de la culpa.

Por otra parte, entendemos que la función reparadora tiene un mínimo, la función compensatoria, y un máximo, la de desagravio o satisfacción que tiene en cuenta el carácter injusto del daño. Pero las funciones más propias de la responsabilidad civil en la actualidad son, tanto la preventiva, como la de satisfacción, pues hay que tener en cuenta que los mecanismos colectivos de indemnización aventajan a la responsabilidad civil en lo que a la función meramente compensatoria se refiere. Y es que la responsabilidad civil subraya constantemente el valor de la autonomía individual, la dignidad individual, y la responsabilidad individual, recordándonos, en definitiva, que hay valores más importantes que la eficiencia y la fría racionalidad.

Ahora bien, como regla general, la función que no admitimos en la responsabilidad civil es la función sancionadora; si bien, *de lege ferenda*, consideramos que hay un supuesto en que estaría justificada con la garantía de estar oficializada en un texto legal. En concreto, esta función la admitimos en la responsabilidad civil por los daños morales que sufran los enfermos psíquicos por la infracción negligente de deberes jurídicos de relevancia por órganos judiciales o de la Administración pública. Estos son daños cuya indemnización, en la actualidad, nadie reclama. De modo que para dicha oficialización proponemos como modelo la “Carta de los Derechos y Libertades de la persona” de Québec de 1994, entre cuyas medidas destacamos la de arbitrar un órgano independiente o una Comisión creada al efecto para que representara a estas víctimas. Si bien, hasta que se produzca dicha oficialización, *de lege data*, aceptaríamos que los Tribunales españoles, por un lado, aplicaran, como están haciendo los franceses, las llamadas “condenas simbólicas”– en los casos en que el Juez cause un daño sin culpa grave- y, por otro, presumieran el daño moral en dichos casos, en sentido

análogo al criterio jurisprudencial de la presunción del daño moral derivado de los daños corporales.

V

El régimen jurídico aplicable al criterio de imputación por excelencia de la responsabilidad civil, esto es la culpa civil, está determinado por la posición que se mantenga respecto a la conexión estructural entre la obligación y la responsabilidad.

Esta afirmación la basamos en la siguiente premisa: La responsabilidad civil tiene una estructura compleja que se refleja en la conexión estructural que hemos calificado de “*daño ilícito – responsabilidad civil – obligación*”, y que dividimos en dos fases: la *primera fase* consiste en el nacimiento de la obligación que tiene su fundamento en el daño. Ésta, a nuestro juicio, no es una obligación en sentido técnico, ya que la responsabilidad civil es fuente de obligación pero, a su vez, es reflejo del valor primario del deber jurídico de “no dañar a otro”. Y la *segunda fase* es la consecuencia jurídica de la responsabilidad civil, que sí es una obligación en sentido técnico, esto es, el deber del agente del daño de indemnizar, frente al derecho subjetivo de la víctima a que la indemnicen.

Deducimos, entonces, en primer lugar, que existe una diferencia ontológica o de nacimiento entre la responsabilidad contractual y la extracontractual; y esto, a su vez, nos lleva a afirmar que, la culpa civil extracontractual tiene matices diferentes a la culpa regulada en el artículo 1104CC que se predica siempre en relación al cumplimiento de una obligación contractual. De modo que, desde el punto de vista de la estricta técnica normativa, no está justificada la aplicación analógica automática de los conceptos de culpa y diligencia definidos en el artículo 1104 CC, a la culpa civil y diligencia que aparecen en los artículos 1902 y 1903 CC, respectivamente. En definitiva, constatamos lo inconsistente de la justificación tradicional de la aplicación analógica del artículo 1104 CC a la culpa civil, en el hecho de que la responsabilidad civil sea una fuente de obligación. Y en segundo lugar, inferimos que no existen diferencias entre la obligación jurídica en sentido técnico que nace, tanto de la responsabilidad contractual, como de la responsabilidad extracontractual. De modo que mantenemos una postura intermedia, al sostener que para un enfoque científico de la materia

sí debe partirse de la “unidad del fenómeno resarcitorio” que, en realidad, sí es la consecuencia de orden práctico de calificar a la responsabilidad civil de fuente de obligación. Y esto, a su vez, implica, por un lado, que entendamos como posible la aplicación analógica de los artículos 1102, 1103 y 1106 CC a la obligación que nace de la responsabilidad civil extracontractual, al referirse estos artículos a la obligación de indemnizar en sentido técnico, y a sus incidencias; y, por otro, que defendamos la unificación de los plazos de prescripción y del *quantum* indemnizatorio de ambas obligaciones.

VI

A pesar de que la jurisprudencia y la doctrina, al aplicar analógicamente el artículo 1105 CC a la responsabilidad civil extracontractual, subjetivice la noción de caso fortuito o fuerza mayor, entendiendo que es un concepto permeable a la culpa, nosotros creemos, por el contrario, que la fuerza mayor, como límite externo de la culpa, no siempre es correlativo de ésta, pues también actúa de límite en los casos de responsabilidad civil objetiva. Asimismo, nuestro postulado acerca de la conexión estructural de *daño-responsabilidad civil-obligación* nos lleva a admitir, meramente, la aplicación analógica de la normativa de la Teoría General de Obligaciones a la obligación que deriva de la responsabilidad civil, pero, de ningún modo a la culpa extracontractual, ni a las causas que exoneran de responsabilidad, pues ambas se sitúan en la primera fase de nacimiento de la responsabilidad civil.

VII

Teniendo en cuenta las notas que caracterizan a la culpa contractual del artículo 1104 CC, su influencia en el concepto de culpa civil ha traído tres consecuencias que no compartimos: primera, que la imputabilidad es un requisito imprescindible de la culpa; segunda, la tendencia a entender preferente un patrón de diligencia objetivo al valorar la culpa de la responsabilidad civil en general, y de los menores e incapaces en particular; y tercera, la dificultad y polémica en admitir principios generales de imputación distintos de la culpa en el campo de la responsabilidad civil extracontractual.

En sentido contrario, nuestro presupuesto metodológico de aceptar solamente la unidad del fenómeno resarcitorio, pero, de ningún modo, la teoría de la unidad de la culpa civil nos lleva a afirmar: *En primer lugar*, que la imputabilidad no tiene necesariamente que ser un elemento imprescindible de la culpa civil, lo que conlleva, por una parte, que la culpa objetiva no sea un concepto forzado en la interpretación jurídica del término culpa del artículo 1902 CC -aunque otra cuestión será si es la teoría más adecuada para los menores de edad o los incapaces-; y por otra, que la responsabilidad civil objetiva no sea incompatible con la exigencia de un mínimo de capacidad en el sujeto. *En segundo lugar*, la posible utilidad del patrón de diligencia subjetivo, dentro de ciertos límites, en una configuración e interpretación más justa de la responsabilidad civil del menor de edad, pero sobre todo, del incapaz. Y, *en tercer lugar*, que la categoría de la culpa como criterio absoluto y preferente tampoco tiene sentido, entrando dentro de la *ratio* del artículo 1902 CC otros criterios de contenido objetivo.

VIII

Sobre la base de los postulados expuestos, y respecto a la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, entendemos que, de modo previo al estudio de la cuestión de fondo, hay que hacer dos precisiones terminológicas:

En primer lugar, que es necesario utilizar en este tema el término de “incapaz/ces” como *tertium genus* junto al incapacitado y al incapaz natural, en orden a incluir en este término, como categoría general: a los sujetos deficientes psíquicos, enfermos psíquicos, o que sufran cualquier otro tipo de alteración psíquica, pero nunca física, con independencia de que estén o no incapacitados, y también, de que sean susceptibles o no de incapacitación.

Y en segundo lugar, que es preciso proponer un concepto de imputabilidad civil, debido a la ambigüedad que existe en este tema. Y esta propuesta de concepto la hacemos a través de tres notas esenciales: *Primera*, que la imputabilidad civil, en coherencia con nuestro concepto de culpa civil, pone el acento, sobre todo, en la capacidad de discernimiento o elemento valorativo de la imputabilidad. *Segunda*, que, en consecuencia, la imputabilidad civil se diferencia de la imputabilidad penal porque, por un lado, la imputabilidad civil es más amplia que la penal al implicar ésta, tanto el elemento valorativo, como el volitivo o capacidad

de, conforme a dicha comprensión de las cosas, autodeterminar su voluntad. Y, por otro, porque el elemento valorativo de la imputabilidad civil comprende solamente “la posesión de la madurez de juicio suficiente para captar el significado social de dañar a otro”, y el de la imputabilidad penal requiere, además, tener el sentido de moralidad suficiente para alcanzar a comprender las consecuencias de los males. Y, *tercera*, que la imputabilidad civil no es determinante analizarla respecto al tiempo de realización de la conducta debida. Por último, creemos que, como el Código civil adolece de la falta de cualquier referencia a la edad en que se adquiere la “aptitud de culpa civil” o imputabilidad, será una cuestión a apreciar en cada caso por el Tribunal, si el menor o el incapaz causante del daño es o no civilmente imputable.

IX

Respecto a la responsabilidad civil del menor de edad, compartimos la opinión doctrinal y la incipiente tendencia jurisprudencial de declarar responsable civil al menor de edad imputable civil. Pero en lo referente a la responsabilidad civil del incapaz cuestionamos el prejuicio histórico, en una línea de continuidad hasta el momento presente, de su irresponsabilidad civil, y, haciendo frente al abandono doctrinal que existe en este tema, proponemos que el criterio de culpa subjetiva, en el sentido de exigir la imputabilidad civil del sujeto, también rige como regla general para el incapaz. Este postulado tiene una base constitucional en la interpretación del principio de protección de los incapaces del artículo 49 CE, en el sentido de que los Jueces y Tribunales han de aplicar, en nuestro caso, las normas jurídicas reguladoras de la responsabilidad civil, de modo que respeten la libertad y responsabilidad de los enfermos o deficientes psíquicos, derechos fundamentales estos recogidos en el art. 10 CE. Lo cual, desde una primera aproximación, trae consigo que, siempre que sea posible, el criterio de imputación que se les aplique sea el que rige para el resto de las personas en la responsabilidad civil por hecho propio, esto es, el criterio de la culpa civil subjetiva en el sentido de requerir la imputabilidad civil.

Ahora bien, para conseguir un postulado de justicia en la problemática que nos ocupa, el principio de promoción y protección del incapaz, que tiene un valor de línea-guía de todo el sistema jurídico civil (que ha determinado, según el párrafo anterior, que la responsabilidad civil del incapaz se rija por el criterio de la culpa en el sentido de exigir su imputabilidad), ha

de compatibilizarse con el principio *pro damnato*, pero teniendo en cuenta que éste sólo tiene un valor de dirección programática del instituto jurídico de la responsabilidad civil, pero no de todo el Derecho civil. De este modo conseguimos un equilibrio entre la protección del incapaz y la protección de la víctima. En concreto, consideramos que para conseguir tal fin el principio de protección de la víctima debe influir en el patrón de diligencia debido por el incapaz en orden a juzgar su culpabilidad. Y para determinar dicha influencia proponemos tener en cuenta el criterio que calificamos de “expectativas razonables de la víctima”, el cual conlleva la aplicación de un patrón de diligencia subjetivo (que implica que se tenga en cuenta su deficiencia o enfermedad psíquica al juzgar su culpabilidad) siempre que la víctima pueda, de modo razonable, conocer dicha minusvalía, deficiencia o enfermedad, pues en tales casos no se verían frustradas sus razonables expectativas.

X

Aplicando la directriz de las “expectativas razonables de la víctima” a nuestro supuesto en estudio proponemos distinguir: 1) Por un lado, los supuestos en los que cause un daño un deficiente psíquico, sobre todo profundo o severo, pues en la medida en que éstos son fácilmente reconocibles por la víctima, el Juez ha de acomodar el patrón de diligencia, en orden a juzgar su culpabilidad, a su deficiencia psíquica. De igual modo sucede para el supuesto de los menores de edad, a excepción de los adolescentes, pues la minoría de edad es, como regla general, claramente reconocible por el tercero, sobre todo cuando se trata de daños entre menores de edad. En estos casos proponemos la existencia de una presunción *iuris tantum* de conocimiento por la víctima de la deficiencia o de la minoría de edad, de modo que recaería en la víctima la carga de la prueba de que en el caso en particular no era cognoscible dicha deficiencia o minoría y que, por tanto, habría de regir el patrón de diligencia de un “buen padre de familia”. Si bien, para el supuesto en que el daño se produzca entre menores la presunción de conocimiento sería *iuri et de iure*.

2) Y, por otro, los casos en que el daño hubiera sido causado por un adolescente o por un enfermo psíquico, pues la enfermedad psíquica de un sujeto es más difícil de reconocer con un sumario examen de éste. De modo que, como regla general, en los supuestos de daños cometidos por adolescentes y por sujetos enfermos psíquicos el Juez no ha de acomodar el

patrón de diligencia, ni a su enfermedad, ni a su menor edad, respectivamente; recayendo, entonces, sobre el incapaz la carga de la prueba de que, por las circunstancias del caso, la incapacidad era cognoscible para la víctima y que, por tanto, habría de regir un patrón de diligencia subjetivo o *in concreto*.

Por último, para conocer de la responsabilidad civil de los incapaces planteamos la conveniencia de acudir a los llamados “mecanismos alternativos de resolución de conflictos” - experimentados cada vez en más países respecto al Derecho de daños- , como la mediación, pues el Derecho, desde una óptica personalista y desmasificadora, debe dar “respuestas imaginativas y nuevas para acomodar y legitimar la diversidad”.

XI

En el régimen jurídico de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz que cometan un ilícito civil la equidad tiene, a nuestro entender, una doble función, habida cuenta de la inaplicabilidad del artículo 1104 CC a la culpa civil. Por un lado, la interpretación del artículo 1902 CC, y del concepto de culpa civil que aparece en él, según los principios generales del Ordenamiento jurídico de “libertad-responsabilidad” y “protección de la víctima” que informan las instituciones jurídicas del Derecho de la persona, la incapacidad, y el Derecho de daños. Y, por otro, y por mandato de la norma jurídica sita en el artículo 1103 CC, la moderación en la cuantía indemnizatoria según las circunstancias del caso.

XII

Si el menor de edad como el incapaz que comete un ilícito civil es responsable civil si es imputable civil, con los matices expuestos anteriormente, la misma conclusión se desprende para el caso de que tanto uno como otro cometan un ilícito penal. Esta afirmación es coherente con nuestra premisa de orden metodológico, expuesta en el capítulo primero, de acometer una interpretación conjunta de ambas normativas en orden a inducir un régimen que sea parcialmente unitario, en sintonía con la teoría del concurso de normas del Código civil y del Código penal que regulan la responsabilidad derivada de delito, en razón, a su vez, de que

entendemos que existe una igualdad ontológica entre la responsabilidad civil extracontractual y *ex delicto*.

En consecuencia, consideramos por un lado, que el artículo 118.1 CP 1995 hay que interpretarlo en el sentido de que, como regla general, el incapaz inimputable penal será responsable civil si es imputable civil. Y, por otro, que como el supuesto de la responsabilidad civil del deficiente psíquico moderado o grave (según la jurisprudencia penal semimputable o imputable penal) que reuniendo los requisitos para estar incapacitado no lo esté constituye una laguna legal para el Código penal (al no tener encaje jurídico, ni el artículo 118.1, ni en el 120.1 CP), habría que aplicarle el artículo 1902 CC, desde una necesaria interpretación integradora de la normativa civil y penal.

XIII

Afirmar que la imputabilidad civil es distinta de la imputabilidad penal nos lleva a sostener: 1º) *Respecto a la responsabilidad civil del menor de edad*: que aunque dicha distinción no aporta utilidad en el orden práctico en relación al supuesto del menor mayor de catorce años imputable penal del que la LORPM afirma su responsabilidad civil; sí la tiene en lo referente a la responsabilidad civil del menor de catorce años inimputable penal, pues la distinción de ambos términos conlleva la exigencia del análisis de cada supuesto en particular y poder afirmar, en su caso, en términos no forzados que un menor inimputable penal puede ser imputable civil.

2º.- Y respecto a la *responsabilidad civil del incapaz*: que la regla general pueda ser la imputabilidad civil frente a la inimputabilidad, pues del estudio de los diferentes tipos de incapacidad que llevamos a cabo en el capítulo correspondiente, y por las razones allí expuestas, son imputables civiles las personas que sufran: a) una neurosis o trastornos de ansiedad (su inimputabilidad se refiere al elemento de autodeterminación de su voluntad pero no al valorativo o de comprensión que es el determinante para la imputabilidad civil); si bien el Juez ex artículo 3.2 CC moderaría la cuantía indemnizatoria; b) una psicosis esquizofrénica residual o cíclica (que supone un 50% de las personas que sufren esquizofrenia); c) una psicosis maníaco-depresiva en caso de que no tomaran la medicación y el cambio de fase no

fuera imprevisible; d) una psicosis paranoica en caso de que el daño no implique su núcleo delirante; e) una psicopatía (los Tribunales penales suelen declarar su imputabilidad penal, y por tanto, está claro que civil); f) una oligofrenia moderada o leve (incluido el supuesto del sujeto *border-line*); g) demencia senil en las primeras etapas (curiosamente es cuando son más propensos a causar daños al producirse el cambio caracteriológico); h) ciertos trastornos del control de los impulsos, como el caso de los ludópatas inimputables penales y civiles en el momento de cometer el acto ilícito, pues a éstos, al igual que a los ebrios e intoxicados, les aplicamos la teoría de la negligencia *in causa*, o la existencia de culpa en el momento anterior a causar el daño al poseer la información suficiente acerca del posible daño que puedan causar. Si bien, el Juez *ex* artículo 3.2 CC aplicaría la moderación de la cuantía indemnizatoria.

XIV

En virtud de lo expuesto, son criticables la mayoría de las sentencias, sobre todo las que emanan de los Tribunales civiles, que de modo genérico, y cómodamente, afirman que los incapaces son inimputables civiles, y tienden a resolver el supuesto forzando la responsabilidad civil de otros sujetos por hecho ajeno (si bien el problema es que, muchas veces, no se demanda al incapaz). Al igual que juzgamos rechazable que los Tribunales penales en el momento de pronunciarse sobre la responsabilidad civil se limiten a afirmarla o negarla sin más razonamiento, encontrándonos con muchas sentencias en las que se afirma la responsabilidad civil de un inimputable penal sin justificar su pronunciamiento, declarando sólo su solvencia. Y si bien estos pronunciamientos no cuestionan la validez de nuestra teoría de que un inimputable penal puede ser imputable civil, son índice del prejuicio de la jurisprudencia española de entender que todo inimputable penal lo es civil, y, por tanto, de que ésta interpreta, de modo cómodo, que el criterio de imputación de la responsabilidad civil del inimputable penal que se consagra en el artículo 118.1 CP es, más bien, un criterio distinto a la culpa.

En definitiva, es exigible que los Tribunales civiles y penales en orden a juzgar la responsabilidad civil de un incapaz, extracontractual o *ex delicto*, realicen un análisis particularizado de la imputabilidad civil en correlación a unos hechos determinados, al igual

que hacen los Tribunales penales respecto a la imputabilidad penal, si bien, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre la imputabilidad civil y la penal.

XV

No existe una responsabilidad civil del menor de edad inimputable civil, ni de *lege data*, ni de *lege ferenda*, en la medida en que dicho supuesto no constituye una necesidad social profunda a la que dar respuesta. Sin embargo, entendemos que en ciertos casos, existe, de *lege data*, la responsabilidad civil del incapaz inimputable civil, pues no constituyen la regla general pero sí son una necesidad social a la que dar respuesta. Ahora bien, desde una interpretación sistemática de los artículos 1903.2-3 CC y 118.1 –120.1 CP 1995, consideramos:

1º) En primer lugar, que sólo existe la responsabilidad civil del incapaz inimputable civil que tiene un guardador legal o de hecho responsable civil del daño pero insolvente; y por el criterio de imputación de la culpa objetiva. Esto lo encontramos acorde con la justicia en la medida en que el incapaz puede en estos casos ejercer, posteriormente, un derecho de repetición frente al guardador, sobre la base de una interpretación extensiva del artículo 1904 CC; de modo que el principio “de protección del patrimonio del incapaz” encontraría equilibrio con el principio de “proteger al injustamente perjudicado”. 2º) En segundo lugar, que no existe de *lege data* la responsabilidad civil del incapaz inimputable civil en el caso de que su guardador legal o de hecho logre exonerarse de responsabilidad. Si bien, el principio del Derecho de daños de “proteger al injustamente perjudicado” y la tendencia europea en relación a este caso permitiría que el legislador español, de *lege ferenda*, regulara dicha responsabilidad, aunque habría de matizar el rigor de su criterio de imputación (por culpa objetiva, o por equidad, según la opción que tomara el legislador) con el hecho de que su carácter fuera subsidiario (de tal modo se conseguiría el equilibrio con el principio de protección del incapaz); si bien, el Juez, en todo caso, podría moderar la cuantía indemnizatoria en atención a su falta de imputabilidad. 3º) Y, en tercer lugar, que no existe de *lege data*, ni debería existir de *lege ferenda*, una responsabilidad civil necesariamente “directa” del incapaz inimputable civil desprovisto de guardador legal o de hecho, sobre la base del “principio de protección del patrimonio del incapaz desprovisto de guardador”. De

modo que proponemos la conveniencia de que en el Código civil español existiera una norma jurídica, a modo de la que contiene el artículo 2046 CC italiano que declara la irresponsabilidad civil del que es incapaz de entender y querer, si bien sustituyendo esta última expresión por la de “incapaz de discernir su responsabilidad” en coherencia con el concepto que hemos defendido en este trabajo de investigación de imputabilidad civil.

XVI

Tanto para los supuestos en que no admitimos la responsabilidad civil del incapaz inimputable civil, como para los casos del psicópata insolvente proponemos como solución, de *lege ferenda*, que los Mecanismos Colectivos de Indemnización cubrieran dichos daños (en coherencia con nuestro postulado de coordinar el instituto de responsabilidad civil con el resto de mecanismos de colectivización de daños, al servicio, en definitiva, de la reparación del daño). En concreto, en relación al supuesto de los daños causados por un incapaz inimputable civil que carezca de guardador, o éste se exonere, no entendemos adecuado aplicar la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, ampliando el ámbito de aplicación de la misma a los delitos, violentos o no cometidos por dichos sujetos referidos, sino, la regulación de un mecanismo colectivo de indemnización directo, como un Fondo de garantía, que no dependiera de la declaración previa de una responsabilidad civil *ex delicto*. Y el referido Fondo se surtiría de parte de las indemnizaciones a la que tendrían derecho los enfermos psíquicos por el daño moral cometido por la Administración judicial o Ministerio Fiscal en casos de internamientos indebidos, dejación de tutelas, etc.

Ahora bien, para los casos del psicópata insolvente sí defendemos la posible ampliación del ámbito de aplicación de la referida Ley, pues estos sujetos, como regla general, son imputables penales y civiles, y, por tanto, responsables civiles.

XVII

Frente a la responsabilidad civil por hecho propio, que consideramos que se ha de regir por el principio del criterio de imputación subjetiva, la responsabilidad civil por hecho

ajeno, esto es, la de los padres por los hechos de sus hijos menores de edad, se rige, a nuestro entender, por un criterio de imputación independiente de la culpa. En concreto, consideramos que, de *lege data*, el criterio más adecuado es el de “los especiales deberes inherentes a la patria potestad”, al ser el criterio más conforme con la especificidad de la responsabilidad civil de los padres y con la propia ética de la responsabilidad civil que se basa en la “unión de toda carga a un poder”.

Sin embargo, frente a la rigidez del criterio de imputación único, y en orden a conseguir una interpretación de la normativa civil y penal conducente a una coherencia de soluciones, entendemos que el codificador civil previó un doble criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres en los siguientes términos:

1º) Los padres de un hijo imputable civil (en todo caso mayor de catorce años) son responsables civiles por el criterio de imputación objetivo, el referido de los especiales deberes inherentes a la patria potestad. Ya que esta responsabilidad se legitima, más en la insolvencia del menor, que en la idea de prevenir y evitar el daño que estos menores puedan cometer, y su severidad es acorde con la posibilidad de que los padres pueden ejercitar, posteriormente, un derecho de repetición frente al hijo, sobre la base, o bien del artículo 1904 CC, o bien de los artículos 1145 y 1210 CC. En consecuencia, en este caso los padres no pueden exonerarse, ni alegando la diligencia debida, ni el caso fortuito o la fuerza mayor, sino que habría que interpretar el último párrafo del artículo 1903 CC en el sentido de que “el hecho del menor fuera un acontecimiento atípico en relación al ámbito de control de los padres”. De tal modo superamos las dificultades de técnica jurídica que implican que el caso fortuito sea un medio de exoneración en la responsabilidad civil de los padres: confundir uno de los presupuestos de dicha responsabilidad (que el acto del menor sea la causa directa del daño) con su criterio de imputación.

2º.-En segundo lugar, los padres de un hijo de escasa edad inimputable civil o *infans* son responsables civiles sobre la base de la “culpa presunta”, si bien entendiendo aquí a la culpa en sentido objetivo. Pues es más probable que el hecho ilícito causado por un menor de escasa edad se deba a la infracción de dicho deber de vigilancia; además es legítimo que el Derecho quiera fortalecer en estos casos la función preventiva del daño porque está, a su vez,

en íntima conexión con el daño que los menores puedan sufrir. En consecuencia, en este caso los padres se exoneran, por un lado si demuestran la diligencia debida en la guarda del menor, pero no como esfuerzo o atención, sino como conducta que desde un punto de vista social y objetivo lleva a evitar daños. Y, por otro, si demuestran el caso fortuito o la fuerza mayor, si bien el Juez habría de tener en cuenta “la normal previsibilidad del daño cometido por los menores de escasa edad”.

Por último, y en coherencia con lo expuesto, demandamos que la doctrina haga el esfuerzo, por las ventajas que traería y aún siendo una tarea verdaderamente difícil, de definir el “ámbito típico de control de los padres”, como se está demandado en otros países europeos.

XVIII

En la actualidad, es patente la falta de rigor técnico de los Tribunales al exonerar de responsabilidad civil a los padres en el supuesto en que éstos dejan a su hijo menor de edad, de modo temporal, con otro familiar y estando con éste causa un daño; y, sin embargo, hacen responsable civil al familiar, que de modo significativo está asegurado de tal daño. Entendemos que la razón se encuentra, no tanto en que nuestros Tribunales admitan, de modo implícito, la existencia de un principio de responsabilidad civil por hecho ajeno o la interpretación del artículo 1903 CC como de *numerus apertus* (dado que la obligación de indemnizar de la aseguradora requiere como presupuesto la responsabilidad civil del asegurado); sino, más bien, en que la presencia de un seguro de responsabilidad civil influye en que los Tribunales, de modo inconsciente, fuercen el criterio de imputación, en un afán desmedido de protección de la víctima.

En definitiva, si bien el seguro de responsabilidad civil ha acompañado y favorecido a la responsabilidad civil objetiva, se puede decir que, en la actualidad, la *condiciona*, pues es constatable, a pesar de no ser reconocido explícitamente por la jurisprudencia y la doctrina (son lo que los franceses llaman *raisons derrière la tête*), que el abuso o el desarrollo que ha experimentado la determinación del responsable civil por razones ajenas a la culpa ha estado influida por la presencia y el desarrollo de los mecanismos de reparación colectiva. No obstante, estamos en contra de esta tendencia jurisprudencial que podemos llamar

“responsabilidad por asegurabilidad”, aunque pueda justificarse desde el punto de vista de la justicia material o el principio *pro victima*, pues implica ir el contra del principio básico de que el seguro de responsabilidad civil es un mero medio liquidatorio de la responsabilidad civil que no altera la naturaleza de la deuda .

XIX

La responsabilidad civil de los padres que ostentan la patria potestad prorrogada o rehabilitada de su hijo mayor de edad incapacitado tiene un mayor impronta subjetiva que en el supuesto en que el hijo sea menor de edad (en coherencia con la interpretación histórica de la responsabilidad civil de los guardadores del incapaz, como con una interpretación sistemática del artículo 1903.2 CC con los artículos 118.1 y 120.1 CP). Si bien, aplicando la posibilidad del doble criterio de imputación a este supuesto distinguimos dos casos pues:

1º) En el supuesto en que el hijo esté sometido a un alto nivel de protección por su alto nivel de incapacidad según lo establecido en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, en el Código civil (e índice de la inimputabilidad civil en el ámbito en el que comete el ilícito) los padres van a responder según el criterio de imputación subjetivo de la “culpa presunta” con posibilidad real de desvirtuarla, pero ésta entendida en un sentido subjetivo o psicológico por las razones apuntadas en su momento (y frente al caso del *infans*). En consecuencia, en este caso los padres pueden exonerarse demostrando, tanto la diligencia debida, en el sentido de esfuerzo en la vigilancia y guarda del incapaz, como el caso fortuito o fuerza mayor, si bien el Juez habría de tener en cuenta al analizar la previsibilidad del daño, además de la evolución de la enfermedad, la posibilidad de recuperación, los informes médicos conocidos por los padres, etc.

2º) En el supuesto en que el hijo esté sometido a un bajo nivel de protección al poseer autonomía en bastantes esferas de su ámbito personal y/o patrimonial (e índice de su imputabilidad civil en el ámbito en el que ha cometido el ilícito) van a responder sobre la base del criterio de imputación objetivo de los “especiales poderes y deberes inherentes a la patria potestad”, pudiendo ejercitar, posteriormente, un derecho de repetición frente al incapaz, en iguales términos que los expuestos para el menor de edad imputable civil. En consecuencia,

en este caso los padres no se pueden exonerar probando, ni la diligencia debida, ni el caso fortuito o fuerza mayor, sino solamente que fue una acto atípico en relación al ámbito de control de los padres.

Por último, la descoordinación normativa que se produce en relación a la responsabilidad civil del guardador legal del ebrio e intoxicado (que incluye al progenitor que ostenta su patria potestad prorrogada o rehabilitada) se supera interpretando los términos del artículo 118.2 CP en el sentido de que a tal responsabilidad le es aplicable el párrafo primero del mencionado precepto.

XX

Respecto a la responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de su hijo mayor de edad no incapacitado compartimos las críticas doctrinales vertidas sobre la teoría, seguida doctrinal y jurisprudencialmente, de la aplicación e interpretación del artículo 229 CC de declarar responsable civil a quién había hecho dejación del deber de incapacitar y constituir el organismo tutelar del incapaz. Pero, asimismo, proponemos como argumento de apoyo la importancia del criterio de la “causalidad alternativa” y del “fin de protección de la norma” en el criterio de imputación, por las razones apuntadas en su momento. Lo cual nos lleva a concluir que, si bien es clara la responsabilidad civil del guardador de hecho por culpa probada por no haber evitado el daño, no por haber hecho dejación de la incapacitación, *ex* artículo 1902 CC y 118.1-120.1 CP; no descartamos la posible aplicación del artículo 1903 CC sobre la base de su interpretación como de *numerus apertus*.

XXI

En definitiva, haber puesto en contacto la Teoría General de la Responsabilidad civil y del criterio de imputación con el caso particular de la responsabilidad civil de los menores de edad y los incapaces sometidos a patria potestad nos ha ayudado en un triple sentido: en primer lugar, a desprendernos de prejuicios dogmáticos (como la aplicación analógica del artículo 1104 CC a la culpa civil), lo cual, a su vez, nos ha posibilitado tener una *nueva visión* de la responsabilidad civil de los menores de edad, y, sobre todo de los incapaces. En

segundo lugar, a tener una concepción más completa de los instrumentos jurídicos que existen al servicio de la reparación de los daños: la responsabilidad civil y los mecanismos colectivos de indemnización, los cuales hemos visto que son de enorme utilidad en relación a los daños que causen determinados incapaces. Y, en tercer lugar, a aceptar y reforzar la opinión, de que en algunos supuestos de responsabilidad civil de los padres por los hechos de los hijos el criterio de imputación es un criterio objetivo, al igual que la validez de la culpa objetiva que está detrás de las presunciones de culpa.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA, J., *Código civil español*, reformado conforme a lo dispuesto en la Ley de 26 de mayo y RD de 24 de julio de 1889, Madrid, 1890.
- ABRIL CAMPOY, J.M., “La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos”, *RCDI*, enero-febrero 2003, núm. 675, págs. 11-54.
- AFONSO RODRÍGUEZ, E., “La guarda de hecho: su relación con otros instrumentos jurídicos de protección de menores”, *Act. C*, nº. 17, 24-30 de abril 1995, págs. 317-330.
- AGUILAR MARTÍN, E.C., “Testimonio”, *La Deficiencia y la Enfermedad Mental en clave de Solidaridad*, Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ed., Promi, 1997, págs. 57 y ss.
- AGUIRRE ZAMORANO, P., “Medidas aplicables en la legislación de menores”, *Menores Privados de Libertad*, ed. CGPJ, Madrid, 1996, págs. 193-121.
- “Los jóvenes del siglo XIX: Proyecto de Ley de Justicia Juvenil”, *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado* (dir. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER), Madrid, 1999, págs. 329 y ss.
- ALAJMO, M., “In tema di responsabilità civile: osservazioni sul rapporto tra responsabilità per colpa e responsabilità per rischio. Il fatto dannoso dell’incapace”, *Giust.civ*, 1986, II, págs. 185 y ss.
- ALASTUEY DOBÓN, C., “La responsabilidad civil”, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y*

responsabilidad civil derivada de delito (coord. GRACIA MARTÍN), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 395 y ss.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. I, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 1991; t. II, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 1989; t. II, vol. 1º y 2º, ed. Bosch, Barcelona, 1997.

- *Derecho civil*, II (puesta al día con la colaboración de F. REGLERO CAMPOS), 11ª ed., Bosch, Barcelona, 2002.

ALLEN MARTIN, L., *Canadian Tort Law*, 5th édition, Butterworths Canada Ltd, 1993.

ALONSO PÉREZ, M., Prólogo al libro del profesor LLAMAS POMBO., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, ed., Trivium, Madrid, 1988.

- “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, *AC*, semana 5-11 abril 1998, págs. 1 y ss.
-
- - “La relación médico-enfermo: presupuestos de responsabilidad civil (En torno a la “Lex artis””, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ), ed., Dykinson, Madrid, 2000, págs. 11-53.

ALPA, G., *Trattato di Diritto civile*, t. IV, *La responsabilità civile*, ed. Giuffré, Milano, 1999.

ALTERINI, A.A/ AMEAL, O./ LÓPEZ CABANA, R., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, 1995.

ALT-MAES, F., “Les nouveaux droits reconus à la victime d’un mineur”, *JCP*, 1992, I, 3627, núm. 10.

- “La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur”, *JCP*, 1998, I, 154.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *Curso de Derecho de familia. Patria potestad. Tutela y alimentos*, ed., Civitas, 1988.

- *Curso de derecho de obligaciones*, vol. I, ed. Civitas, Madrid, 2000.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, C.J., “La concurrencia de culpas o de causas en el ámbito de la responsabilidad civil”, *CDJ*, 1993, págs. 441 y ss.

ÁLVAREZ LATA, N., “La actuación de la persona con retraso mental (incapacitada o no incapacitada) en la esfera jurídico- privada”, *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.A. SEOANE), ed. Fundación Paideia, A Coruña, 1999, págs. 201 y ss.

- “Responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo”, *Lecciones de Responsabilidad civil* (coord. F. REGLERO CAMPOS), ed. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 307 y ss.

ÁLVAREZ LATA, N./ SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “Capacidad e incapacidad en el Derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental: La incapacitación”, *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.A. SEOANE), ed. Fundación Paideia, Madrid, 1999, págs. 93 y ss.

ÁLVAREZ VIGARAY, R., “La responsabilidad civil por daño moral”, *ADC*, 1966, págs. 81 y ss.

ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE., *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988.

- “Artículo 1903”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia (dir. PAZ-ARES, DÍEZ- PICAZO; BERCOVITZ Y SALVADOR CORDECH) t. II, Madrid, 1993.

- *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Civitas, Madrid, 1993.

- *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, ed. Civitas, Madrid, 1995.
- “La responsabilidad civil de los aseguradores”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. A.J. BUERES./ A. KEMELMAJER DE CARLUCCI), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 259 - 285.
- “Artículo 1903 CC”, *Comentario del Código civil* (dir. SIERRA GIL DE LA CUESTA, t. IX, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2ª ed (anotada y puesta al día por J. HERNÁNDEZ GUIJARRO Y L. BENEYTEZ MERINO), Akal, Madrid, 1986.

ARAGUES ORTIZ DE ZÁRATE, E., “En torno a la incapacitación de pacientes psiquiátricos”, *Psiquis*, 1994, vol. 15, núm. 3, págs. 33-37.

ARANGIO- RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto romano*, ed. Jovene, Napoli, 1968.

ARIAS RAMOS, J./ ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano*, t.II, 18ª ed., Madrid, 1986.

ARMENTEROS CHAPARRO, J.C., *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad*, ed. Colex, Madrid, 1997.

ARROYO DE LAS HERAS, A., *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995* (coord. MUÑOZ CUESTAS, J), ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

ARROYO ZAPATERO, L., “Problemas jurídicos de la esterilización de menores e incapaces”, *La Ley*, 15 de noviembre 1988, págs. 1 -2.

ASCARELLI, T., “Norma giuridica e realtà sociale”, *Problemi giuridici*, I, Milán, 1959, págs. 74 y ss.

ATIENZA NAVARRO, M.L., *La responsabilidad civil del Juez*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, ed. Comares, Granada, 2000.

AZNAR LÓPEZ, M., *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales, y sociosanitarios*, ed. Comares, Granada, 2000.

AZUMENDI, E., “La sanidad vasca crea una unidad para la psicosis refractarias al tratamiento”, [http://www. el pais/salud](http://www.elpais/salud), 30 de enero de 2001.

BACH, L., “Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en Droit française”, *RTDC*, 1977, núm. 151, págs. 237 y ss.

- “Fondement de la responsabilité civile en droit français”, *RTDC*, 1977, janv-déc, núm. 76 y 87, págs. 17 y ss.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

- “Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (un estudio sobre el artículo 1263 CC)”, *Centenario del Código civil, Asociación de Profesores de Derecho civil Asociación de Profesores de Derecho civil* ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 191-241.

BARCELÓ DOMENECH, J., “Comentario a la STS de 5 de octubre de 1995”, *CCJC*, núm. 40, enero- marzo, 1996, págs. 225-237.

BÉNAC-SCHMIDT, F./ LARROUMET, C., Voz: “Responsabilité du fait d’autrui”, *Rép.civ.Dalloz*, t. VII, París, 1999, págs. 1-50.

BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R., *Derecho de la persona*, ed., Montecorvo, Madrid, 1976.

- *La marginación de los locos y el Derecho*, ed. Taurus Ediciones, Madrid, 1976.

- “La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud”, *ADC*, 1984, págs. 955 y ss.

- “Comentario al artículo 211”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO), t.IV, ed. Edersa, Madrid, 1985, págs. 211 y ss.

- “La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico (comentario a la STS 10.2.1986)”, *PJ*, 1986, vol. 3, septiembre, págs. 107 -112.

- “De la guarda de hecho”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMORÓS GUARDIOLA Y RODRÍGUEZ BERCOVITZ-CANO), ed., Tecnos, Madrid, 1986, págs. 786 y ss.

BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo. Parte especial*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1999.

BERTRAND DE GREUILLE., “Rapport du Tribunat dans la séance du 16 pluviöse an XII (6 février 1803)”, en Fenet, P.A *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, réimpression de l’édition, 1827, Osnabrück, págs. 476 y ss.

BESSONE, M., “Fatto illecito del minore e regime della responsabilità per mancata sorveglianza”, *Dir. Fam. Per.* 1982, págs. 1011 y ss.

BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazione*, I, Milano, 1953.

- BIANCA, C.M., “Supervivencia de la teoría de la culpa”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. A.J. BUERES./ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 137-142.
- BIRDS, J., *Modern Insurance Law*, fourth edition, ed. Sweet & Maxwell, London, 1997.
- BISBAL, J., *Introducción a la edición castellana del Costo de los accidentes de Calabresi*, ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- BLANC, E., *La responsabilité des parents* (préf. M.A. BESSON), Libraire du journal des notaires et des avocats, París, 1953.
- BLANC, G., “A propos de la responsabilité des grand-parents (brève contribution à la réflexion sur la responsabilité du fait d’autrui)”, *D*, 1997, nº. 38, 30 octobre 1997, págs. 327 y ss.
- BLANCO GÓMEZ, J.J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, ed. Dykinson, Madrid, 1996.
- BONCIVINI, E., *La responsabilità civile per fatto altrui*, ed. Giuffré, Milano, 1976.
- BONET CORREA, J., “La responsabilidad en la Ley de Navegación Aérea”, *ADC*, 1963, t. XVI, págs. 68 y ss.
- BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho civil*, t. I. Parte General, Madrid, 1959.
- “Perspectivas de la responsabilidad civil. Estudio de Derecho comparado”, *Discurso leído el 27 de octubre de 1973 en la recepción de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1975.

- “Responsabilidad legal (Estricta)”, *RGLJ*, doctrina, tomo 251, julio-diciembre, 1981, págs. 434 -463.

BONILINI, G., “Il testamento dell’infermo di mente”, *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione* (a cura di P. CENDON), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, págs. 511-521.

BOREA., “I doveri dei genitori verso i figlio minore e la responsabilità ex art. 2048 “*Dir. Fam. Per.* 1992, págs. 374 y ss.

BORRELL MACIÁ, A., - “Hacia una responsabilidad sin culpa”, *RDP*, 1951, págs. 109-125.

- *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudios del artículo 1902 CC y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1920*, 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1958.

BRAVO Y ALBACETE., en Autorización del Senado y del Congreso de los Diputados al Gobierno para la publicación de un Código Civil. Proyecto de Ley de Bases. 1885-1888. Senado. Debate al articulado. Sesión de 28 de Abril de 1885 (núm. 111), en *El Código Civil. Debates Parlamentarios (1885-1889)*, preparada por Rosario Herrera y María Ángeles Vallejo, Archiveras-Bibliotecarias de las Cortes Generales, vol. I., ed. CCGG, Senado, Madrid, 1989, págs. 400-439.

BREBBIA, R.H., “La equidad en el Derecho de daños”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. A.J. BUERES./ A.KEMELMAJER DE CARLUCCI), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs 45 -54.

BREGOLI, A., “Figura di sorvegliante dell’incapace dopo l’avvento della legge 180”, *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione* (a cura di P. CENDON), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, págs. 827-846.

BROMLEY, F.M., *Familiy Law*, 5ª ed. London, 1976.

BUEN, DE, *Derecho civil español común*, vol. I, ed. Reus, Madrid, 1931.

BUFFELAN-LAVORE, Y., *Droit civil*, Deuxième année, 5ème éd., Masson. Droit Sciences Économiques, 1995.

BURST, J.J., “La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur le droit de la responsabilité extracontractuelle”, *JCP*, 1970.I, doctrine 2307.

BUSNELLI, F.D., “Nuove frontiere della responsabilità civile”, *Jus*, núm. enero-junio, 1976, págs 74 y ss.

BUSSANI, M., *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, ed. Cedam, Padova, 1991.

- “Canales de contenido propio: Perfiles comparativos sobre la responsabilidad civil: la culpa al servicio de los débiles” (Primera Convención latinoamericana del Derecho Ica-Perú), noviembre, 1995, en <http://www.vlex.com/pe/canales/Derecho>.

- “La responsabilité des sujets atteints de troubles mentaux en Italie et en Common Law”, *Gaz. Pal*, 14, 15 févr. 1997, págs. 11 -16.

BUSTAMANTE ALSINA, J., “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *L.L*, 1994-B, págs. 1243 y ss.

- “El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. A.J. BUERES./ A.KEMELMAJER DE CARLUCCI), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 15-26.

- BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, y “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Lecciones de Responsabilidad civil* (coord. F. REGLERO CAMPOS), ed. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 135-155, y 477-506..
- BUSTOS VALDIVIA, I., “El guardador de hecho ante los hechos dañosos producidos por su guardado”, *Libro homenaje al Prof. D: Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, págs. 275 y ss.
- CABRA DE LUNA, M.A., “2003 una oportunidad para promover medidas de integración”, *Revista Fundación Tutelar TAU*, núm. 17, junio 2002, págs. 17 y ss.
- CABREIRA FORNEIRO, J., *Psiquiatría y Derecho*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1990.
- CABRERA FORNEIRO, J./ FUERTES ROCAÑIN, J.C., *La enfermedad mental ante la ley*, ed. Libro del año, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.
- CABRERA MERCADO, R., “El proceso de incapacitación”, ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1998.
- CALABRESI, G., “Towards a Test for Strict Liability in Torts”, 1972, 81 *Yale Law Journal*, 1055.
- CALLERO ANDALUZ, R., *Trastornos comportamentales en la deficiencia mental*, Universidad de Sevilla, inédito, 1997.
- CAMPAÑA CANO, C., “Desarrollo de tendencias de autoayuda entre enfermos mentales”, *La Deficiencia y la Enfermedad Mental en clave de Solidaridad*, Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ed., Promi, 1997, págs. 145 -148.

CANDIAN, A, Voz: “Caso fortuito e forza maggiore”, *Noviss. Dig. It*, t. II, ed. U.T.E.T, Torino, 1958, n.2, págs. 988 y ss.

CANO TELLO, C., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, ed., Civitas, Madrid, 1984.

CARBONNIER, J., *Droit civil*, t. I. *Les personnes: Personnalité, incapacités, personnes morales*, ed. PUF, París, 1996, núm. 147-151; t. 4. *Les obligations*, ed. PUF, París, 1990, núm. 236-242; 1994, núm. 162.

CARNELUTTI, F., “Responsabilità e giudizio”, *Riv. dir. proc. civ*, 1958, págs. 1 y ss.

CARON, C., “La force majeure: Talon d’Achille de la responsabilité des père et mère”, *Gaz. Pal*, du 10 septembre 1998, págs. 1130 -1137.

CARRASCO ANDRINO, M.M., “La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos), *Jueces para la Democracia*, vol. núm. 34, marzo, 1999, págs. 69 -86.

CARRASCO GÓMEZ, J.J., *Responsabilidad médica y psiquiatría*, ed. Colex, 2ª ed., Madrid, 1998.

CARRASCO PEREA, A., “Comentario a la STS 19.5.1985”, *CCJC*, núm.8, abril- agosto 1985, núm. 208, págs. 2582-2589.

- “Comentario al artículo 1105 CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.M. ALBALADEJO), t. XV, vol. 1º, ed. Edersa, Madrid, 1989, págs. 637 y ss.

CARRETERO, A., *La problemática jurídica de los subnormales en España*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

CARRIL VÁZQUEZ, X. M., “Sobre el trabajo y la protección social de la persona con retraso mental”, *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, ed. Paideia, Madrid, 1999, págs. 341 y ss.

CARVAL, S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, ed. LGDJ, París, 1995, (Bibliothèque de Droit privé, t. 250).

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, I- II, Madrid, 1971, 1978; t. IV, ed. Reus, 15ª ed, Madrid, 1993.

CASINO, G., “Nuevas piezas para el puzzle de la esquizofrenia”, <http://www.elpais/salud>, 27 de marzo de 2001.

CASTILLA DEL PINO, C., *La ideología de la locura en la práctica psiquiátrica actual*, prólogo a RODRÍGUEZ BERCOVITZ- CANO, R., *La marginación de los locos y el Derecho*, ed. Taurus, Madrid, 1976.

CASTRO Y BRAVO, F. DE, “La indemnización por causa de muerte”, *ADC*, 1956, pp. 475.

- “La declaración unilateral de voluntad”, *ADC*, 1977, págs. 194 y ss.

- *Derecho civil de España*, ed., Civitas, Madrid, 1984 (reed. en un solo vol. de dos publicaciones: t. I. *Libro preliminar. Introducción al Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949; t.II. *Derecho de la persona. Parte primera: La persona y su estado civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952); t.III, 13ªed., (revisada por GG. GAMERO), ed., Reus, Madrid, 1983..

CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1972, 1987.

CENTOMANI, P./ DIGUERA, B., “The new Juvenil Penal Procedure Code and the Reparation-reconciliation Process in Italy: A chance for a possible change”, *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim- Offender Mediation-International Research Perspectives*, 1992, págs. 359 y ss.

CEREZO MIR, J., “El tratamiento de los semiimputables”, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, 1982.

- *Curso de Derecho penal español*. Parte general, I, 1996.

CLAVERIA GOSÁLBEZ, L-H., “La responsabilidad civil contractual y extracontractual”, (Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el 18 de enero de 1990), *ASN*, t. IV, Madrid, 1990, págs. 169- 185.

CLAYTON./ JOLOWICZ, J.A., *On torts*, 13th ed. (by W.H ROGERS), ed., Sweet and Maxwell, 1987.

CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1959.

COASE, R.H., *The problem of Social Cost*. The Law and Economics, 3, 1960.

COBO DEL ROSAL, M/ VIVES ANTON, T.S., *Derecho penal. Parte general*, ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 1999.

Code civil du Québec, édition critique, 2002-2003, 10 éd., (BRISSE, J.M./ KAISER, M), édition Yvon Blais.

COMAS, A., en Sesión de 5 de Febrero de 1889 (núm.37), Enmiendas y Adiciones al Código Civil publicado por el Gobierno. 1888-1889. Senado. Debates, en *El Código Civil. Debates Parlamentarios (1885-1889)*, preparada por Rosario Herrera y María Ángeles

Vallejo, Archiveras-Bibliotecarias de las Cortes Generales, vol. I., ed. CCGG, Senado, Madrid, 1989, págs. 1114 y ss.

CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C., “Los problemas de la responsabilidad civil por hechos ilícitos de los incapaces”, *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t.II, Eunsa Pamplona, 1969, págs. 75-109.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Mesures pénales de substitution aux peines prevatives de liberté*, Strasbourg, 1976.

CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G, *Comentarios al Código Penal*, t.I, Ariel, Barcelona, 1972, págs. 968- 969.

CORNU, M., *Des présomptions de faute en matière de responsabilité civile*, th, Montpellier, imprimerie-papeterie Rulière frères, 1929.

CORSARO, L., *L'imputazione del fatto illecito*, ed. Giuffré, Milano, 1969.

-“Funzioni e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore”, *Racolta di scritti in onore di A. Lenoer*, Napoli, 1990, págs. 387 y ss.

- “Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano”, *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ) ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 138 -167.

COSSÍO, A., DE, “Evolución del concepto de personalidad y sus repercusiones en el Derecho privado”, *RDP*, 1942.

- *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955

- “La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español”, *ADC*, 1966, págs. 528 -554.

Commentario breve al Codice civile (a cura di CIAN, G./ TRABUCCHI, A), A., ed. Cedam, Paduz, 1997.

COUTO DE MARMORA, D., *La destinée du malade mental: Prison ou communauté thérapeutique?. Étude comparative sur l'interaction des malades mentaux dans un hôpital psychiatrique traditionnel et dans une communauté thérapeutique*, D.E.A, Cujas, París,1997.

CREMIEUX, D., “Réflexion sur la peine privée moderne”, *Études Kayser*, 1979, t.1, págs. 261 y ss.

CRESPO ALLUÉ, F., “Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho francés”, *RDP*, 1986, vol. marzo, págs. 195 -220.

CUETO PÉREZ, M., “Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la reforma de la Ley 30/92”, *RAP*, 2000, núm. 152, págs. 269 y ss.

CUPIS, A., DE., “Postilla sulla riduzione del risarcimento per concorso del fatto del danneggiato incapace”, *Riv. dir. civ.* 1965.II, págs. 62 y ss.

- *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por Á.MARTÍNEZ SARRIÓN), ed. Bosch, Barcelona, 1969.

CURES, S., “Mediación y Derecho de daño”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. A.J. BUERES./ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997,págs. 1014 y ss.

CURRAN, W.J., “Tort Liability of the Mentally ill and Mentally Deficient”, 21, *Ohio State Law Journal*, 1960, 52.

CUTILLAS TORNOS, J.M., “Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces”, *La Ley*, 8 de enero de 1988, págs. 1 y ss.

CHABAS, F., (note), Cass. civ, 2, 1 avril 1981, *Gaz. Pal*, 1981, panor, 239.

- (note) Civ, 2, 29. janvier 1986, *Gaz. Pal*, 10 juillet, 1986.
- (note) Civ. 1, 26 novembre 1991, *Gaz. Pal*, 1992, 6 et 8 décembre, somm., págs 2 y ss.
- “L’ évolution du concept de faute objective dans la responsabilité civile en Droit français”, *Mélanges Yamagachi*, 1997.
- Voz: “Force majeure”, *Rép. civ. Dalloz*, 1997, nº.1.
- “Père et mère. Responsabilité du plein droit. Fait non fautif du mineur” [note Cass. Ass. Plén (2 arrêts)], 13 décembre de 2002, *Gaz. Pal*, 8 mars 2003, págs. 52 -55.
- “Responsabilité des père et mère. Notion de cohabitation”, (note) Cass. Crim, 25 septembre 2002, *Gaz. Pal*, 8 mars 2003, págs 37-42.

CHIRONI, G.P., *La colpa nel diritto civile moderno. Colpa contrattuale*. 2ª ed. Turino, 1897; 2ª parte: Colpa extracontrattuale, en dos volúmenes. 1902-1903.

CHOCRÁN GIRÁLDEZ., “El principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *AJA*, nº. 451, 7 de septiembre de 2000.

D’ORS, A., *Derecho privado romano*, ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.

- “Génesis del sistema romano de las obligaciones”, *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, págs. 549 y ss. *Derecho privado romano*, ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.

- D’ORS, X., “Sobre XII TAB. V, 7 a: “*Si furiosus escit...*”.II. Consideraciones semánticas.1. *furiosus*”, *Homenaje al Profesor Alfonso Otero*, Santiago de Compostela, 1981, págs 223-249.

- DAGORNE- LABBE, Y., “L’évolution de la notion de cohabitation de l’enfant mineur avec ses parents”, *Pet.aff*, 9 novembre 2000, pags. 16 y ss.

- DAMIÁN LARA, “Integración social del enfermo mental”, *Jornadas de sensibilización social para profesionales relacionados con la salud mental*, organizadas por APAEM (Asociación Provincial de Allegados de Enfermos mentales), Jaén, 1999, inéditas.

- DEJEAN DE LA BÂTIE, N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil français*, th, LGDJ, París, 1965 (préf. H. MAZEAUD).

- (note) Cass. civ. 2, 18 décembre 1964, Trichard, *JCP*, 1965, II, 14304.

- (note) Cass. civ. 2, 29 avril 1976, *JCP*, 1978. I, 18793.

- (note) Cass. civ. 1re, 20 juillet 1976, Cie. d’ assurances La Wintherthur et autre c. Dame Pottier, *JCP*, 1978.I, 18793.

- DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Comentario a la STS 4 de abril de 1984”, *CCJC*, núm. 5, abril-agosto, 1984, pp. 1577 y ss.

- “La enfermedad. La incapacitación”, en LACRUZ BERDEJO, J.L y otros., *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 2, ed. Bosch, Barcelona, 1990.

- “Régimen de la responsabilidad por hecho propio”, en LACRUZ BERDEJO, J.L y otros., *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2º, ed., Dykinson, Madrid, 1999, págs. 473 y ss.

DELGADO BUENO, S./ RUIZ DE LA CUESTA, J.Mª., “Aspectos médico –legales del internamiento y de la incapacitación”, *Los discapacitados y su protección jurídica* (dirs. P.GONZÁLEZ POVEDA y J.M PICÓN MARTÍN), ed. CGPJ, 1999, págs. 25-118.

DELGADO LÓPEZ, L.M., “La esterilización de los incapaces”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VII, Madrid, 1997, págs. 102 y ss.

DELL’AQUILA, E., “Ensayo comparativo de los principios básicos de la responsabilidad extracontractual en el derecho inglés”, *RGLJ*, 1986, vol. 93, págs.7-70.

DESCHENAUX, H., “La protection juridique du handicapé mental en droit privé”, *Mémoires publiés para la Faculté des handicapés mentaux. Colloque du 24 avril 1972*, Georges Libraire de l’Université –Géneve 1973, págs. 94 y ss.

DEVOTO, L., *L’imputabilità e le sue forme nel Diritto civile*, Milano, 1964.

DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela” (estudios monográficos), *ADC*, 1987, págs. 795- 894.

- “La facultad de moderación del artículo 1103 del Código civil”, *ADC*, 1988-II, págs. 1133 y ss.

- “Comentario a la STS de 19 de octubre de 1990”, *CCJC*, 1990 (sept-dic), págs. 1064 y ss.

- “La responsabilidad estatal por los actos de bandas armadas y terroristas”, *ADC*, 1990, abril-junio, págs. 429-473.

- “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 1994”, *CCJC*, núm. 38, 1995, págs. 631-642.

- “La Responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. II, ed. Unviersidad de Salamanca, Salamanca, 2001, págs 185- 221.

- “La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”, *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza*” (DÍAZ ALABART, S./ ASÚA GONZÁLEZ, C), Madrid, 2001, págs. 17 y ss .

DÍAZ MORENO, J.M., “El Derecho canónico ante el matrimonio de los deficientes mentales”, *Matrimonio y Deficiencia mental. Dilemas éticos de la deficiencia mental-2*, (eds. J.GAFO Y J.R AMOR), ed. Universidad Pontificia Comillas, Promi, 1997, págs.167-206.

DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, ed. Tecnos, Madrid, 1970.

- *Derecho y persona*, ed. Tecnos, Madrid, 1973.

- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, Madrid, 1973, 1979.

- ”La responsabilidad civil hoy”, *ADC*, 1979, págs.730 y ss.

-

- *Familia y Derecho*, ed. Civitas, Madrid, 1984.

- “Comentario al artículo 210 CC”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (dir. AMORÓS GUARDIOLA, M./ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R.), ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs.196 y ss.

- *Derecho de daños*, ed. Civitas, Madrid, 2000.

DÍEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1990; vol. I, 9ªed. Tecnos, Madrid, 2000; vol. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, 1996; vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001

DOLZ LAGO, N.J., *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000.

DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, París, 1777.

DUEÑAS ABRIL, C., “La declaración de incapacidad por enfermedad mental. Las dificultades de una valoración. Las confusiones de un lenguaje. Algunas hipótesis sobre las repercusiones”, *Deficiencia, Enfermedad mental y senilidad: Mecanismos legales de protección*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental, ed. Promi, Córdoba, 1996, págs. 55- 61.

DUERTO ARGUEMÍ, T., “Los internamientos en residencias de la tercera edad y en centros de educación especial”, *Estudios del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, págs. 195-211.

DUPICHOY, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, L.G.D.J, 1969.

DURANY PICH, S., “Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo Derecho Penal de Menores”, [http://www. indret com](http://www.indret.com), 2/2000.

- “Padres y maestros”, *InDret*, 1, 2000.

DURRY, G., - (note) Cass.civ. 1, 20 juillet 1976, *RTDC*, 1976, 783.

- “Responsabilité civile”, *RTDC*, 1978, 145455, págs. 35 y ss.

EDWARD WHITE, G., *Tort Law in America: An Intellectual History*, New York: Oxford University Press, 1980.

ELLIS, J.W., "Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons", *Amer.Bar.Found.R.J.*, 1981, vol. 4, págs. 1079 -1109.

ENGELART., "A critical Appraisal of Modern Tort Law", *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, págs. 60 y ss.

EPSTEIN, R.A., "A theory of Strict Liability: Toward a Reformulation of Tort Law", *S. Francisco Calo Institute*, 1980.

ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. IV, Madrid, 1976.

ESMEIN, P., *Tratité pratique de droit civil de Planiol et Ripert*, t. VI, 2ª ed, núm. 478.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 5ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, Edersa., Madrid, 1974; 1983.

ESPINOSA IBORRA, J., "Imputabilidad, peligrosidad y psiquiatría", *CDJ*, 1994, vol. 31, págs. 365-388.

- "El sistema sanitario de atención al enfermo mental", *CDJ*, 1994, vol. 31, págs. 93-106.

ESTRADA ALONSO, E., "La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado", *Act.C*, núm. 41, 9 al 15 de noviembre de 1999, págs. 293-301.

ESTRELLA PLATERO, F., "Los derechos del enfermo mental desde la perspectiva del enfermo", *La Deficiencia y la Enfermedad Mental en clave de Solidaridad*, Foro andaluz de

Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ed., Promi, 1997, págs. 57-62.

EVANGELIO LLORCA, R., *Los contratos celebrados por incapaces naturales*, ed. Mac Graw-Hill, Madrid, 1997.

FÁBREGA RUIZ, C.F, “Acerca de los actos personalísimos del incapaz: especial referencia a la separación matrimonial”, *Revista Fundación Tutelar TAU*, núm.15, julio 2001, págs.14-17.

- “La responsabilidad civil de los titulares de las instituciones de guarda por hechos realizados por incapaces”, *ponencia presentada en el Seminario de incapaces*, celebrado por la FGE y el CEJAJ en Madrid, los días 24 al 26 de junio de 2002, inédito, págs. 30- 31.

- “Aproximación a la regulación jurídica de los actos personalísimos del incapaz en el Derecho español”, *Rev.G.Infor.D*, 2002, págs. 1-27.

FÁBREGA RUIZ, C./ HEREDIA PUENTE, M., “Algunas ideas sobre el modelo institucional de protección de incapaces en el Derecho civil español”, *PJ*, 1997, núm. 48, tercera época, págs. 512 y ss.

- *Protección legal de los incapaces*, ed. Colex, Madrid, 1998

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., “Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva”, (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 14 de enero de 1958), *AAMN*, 1962, t. XIII, págs. 27-45.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Imputabilidad y peligrosidad. La posición del enfermo mental en el Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento criminal”, *CDJ*, 1994, vol. 31, págs. 141-279.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B., “La incapacitación de los ancianos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Act.C*, nº. 47, 17 al 23 de diciembre de 2001, págs. 1647-1658.

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *La responsabilidad médico- sanitaria*, Pamplona, 1983.

FERNÁNDEZ MARTÍN -GRANIZO, M., “¿Responsabilidad objetiva, u obligación legal de indemnizar?”, *ADC*, 1965, págs. 663-690.

- “Imputabilidad y responsabilidad objetiva”, *ADC*, 1968, págs. 579-605.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Disposiciones de protección *mortis causa* del discapaz”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, y dir. R. MARTÍNEZ DÍE), ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 219-252.

FERRER I RIBA, J., “Les institutions tutelars en el Codi de Família” (I) *Revista Jurídica Lley de Catalunya*, núm. 239, de 18.1.199, págs. 2 y ss.

FERRI, F., “La responsabilità civile dei genitori ex art. 2048”, *Giur. it*, 2000, núm. 7, págs. 1409 -1410.

FIERRO, A., “La deficiencia mental desde el punto de vista psicológico”, *Matrimonio y Deficiencia mental. Dilemas éticos de la deficiencia mental-2*, (eds. J.GAFO Y J.R AMOR), ed. Universidad Pontificia Comillas, Promi, 1997, págs. 73- 93.

FLETCHER, G., “Fairness and utility in tort theory”, *Har.L.Rev*, 85, 1972.

FLORES PÉREZ, A., “La protección de los derechos constitucionales de las personas con disminución psíquica”, *Tratamiento jurídico de las personas con disminución*

psíquica, Fiscalía General del Estado. Plan de Formación, Madrid, 8- 10 de mayo de 1995, inéditas.

FLOUR, J./ AUBERT, J-L./ SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations, 2. Le fait juridique*, ed. Armand Colin, París, 2001.

FLOUR, Y., “Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance ?”, *Dr.Rev.franç.théor. jur* (GAZZANIGA, J.L/ EWALD, F/ FLOUR, Y), 1re éd, PUF, 1987, nº.5, págs. 29-43.

FOLBER –TAYLOR., *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, 1ª ed, trad. Beatriz Blanca, Mendoza, México, 1992.

FOUCAULT, M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, ed. It. Torino, 1982.

FRANZONI, M., *Il Diritto Privatto Oggi*, ed. Giuffrè, Milano, 1996.

FUENTE NORIEGA, M, *La patria potestad compartida en el Código civil español*, ed., Montecorvo, Madrid, 1986.

FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.

FURGIUELE, G., “Il matrimonio dell’infermo di mente”, *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione* (a cura di P. CENDON), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, págs. 583- 601.

GAFO, J., “Cristianismo y sexualidad”, *Matrimonio y Deficiencia mental. Dilemas éticos de la deficiencia mental-2*, (eds. J.GAFO Y J.R AMOR), ed. Universidad Pontificia Comillas, Promi, 1997, págs. 121-140.

GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*, ed. Cedem. Padova, 1990, vol. II,-2, núm. 189.

GALLIOU –SCANVION, A-M., “L’ article 1384, alinéa 1er, et la responsabilité des fait d’autrui: un fardeau non transférable sur les épaules du tuteur”, *D*, 1998, nº 24 (25 juin 1998), págs. 240 y ss.

GAMARRA, J., “Responsabilidad contractual objetiva”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. A.J. BUERES./ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs 112-119.

GAMERO CASADO, E., “El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual”, *AJA*, núm. 426, de 17 de febrero de 2000, pág 1 y ss.

GARCÍA AMIGO, M., *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1979.

- “Consideraciones a la buena fe contractual”, *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Jaén, Almería, 2000, págs. 611 y ss.

GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código penal de 1995 (un análisis médico-legal del artículo 20.1 y 20.2)*, ed. Comares, Granada, 1997.

GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (coord. M.ALBALADEJO), t. II, Madrid, 1982, págs. 797 y ss.

- “Exégesis comparativa del artículo 1902 del Código civil”, *Centenario del Código civil. Asociación de Profesores de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1989, págs. 875-884.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1998.

GARCIA GARCIA, J.M., *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación en internamiento*, ed. Revista General del Derecho, Valencia, 2000.

GARCÍA –GAYO, A., “El carácter germánico de la épica y del derecho en la edad media española”, *AHDE*, t. XXV, núm. 79, págs. 670-679.

GARCÍA GIL, F.J., *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*, ed. Dilex, Madrid, 1997.

- *El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento jurisprudencial*” ed. Dilex, Madrid, 2000.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y Comentarios del Código civil español*, t. IV, Madrid, 1852; (reimpresión de la edición de 1852, llevada a cabo por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza), 1974.

- *Febrero reformado*, 4ª ed. t.V, Madrid, 1852.

GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997.

GARCÍA – RIPOLL MONTUJANO, M., “Comentario a la STS de 22 de enero de 1991”, *CCJC*, núm. 25, 1991(enero-marzo), págs. 232-235.

- *Protección civil del enfermo mental no incapacitado*, ed. Bosch, Barcelona, 1992.

- “La nueva legislación alemana sobre tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, *Act.C*, núm.21, 24 al 30 de mayo de 1999, págs.553-581.

GARCÍA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español”, *RDP*, 1962, tomo XLVI, págs. 836 y ss.

GARCÍA VÁZQUEZ., “La polémica en torno al concepto de *furiosus*”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicinio Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, págs. 185 y ss.

GARCÍA VICENTE, F., - “La responsabilidad civil de los padres por los actos del hijo menor: causas de exoneración”, *ADC*, 1984, págs. 1042 y ss.

- “La responsabilidad civil de los padres y tutores por hechos del hijo menor”, *FGE, Curso de Formación: Filiación y patria potestad*, noviembre, 1996.

- “La responsabilidad civil en el nuevo Código Penal”, *AP*, 1996, núm. 34, págs. 645 y ss.

GAZZANIGA, J-L., “Notes sur l’histoire de la faute”, *Dr.Rev.franç.théor.jur* (GAZZANIGA, J.L/ EWALD, F/ FLOUR, Y), 1re éd, PUF, 1987, págs. 17-28.

GETE- ALONSO CALERA, M.C., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMORÓS GUARDIOLA Y B.RODRÍGUEZ CANO), ed., Tecnos, Madrid, 1986, págs. 701 y ss.

-*La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, ed. Civitas, Madrid, 1992.

GÓMEZ ACEBO, F., “La buena y mala fe en la teoría general del Derecho privado”, *RDP*, 1952, págs. 222 y ss.

GIMÉNEZ CANDELA, T., *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981.

GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad civil extracontractual. Reformas de los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. Ley 1/1991, de 7 de enero”, *ADC*, 1991, t. XLIV, fascículo 1, págs. 269-288.

- *La responsabilidad civil de los padres*, ed. Montecorvo, Madrid, 1992.

- “La responsabilidad civil del menor”, *Derecho Privado y Constitución*, año 3, núm. 7, 1995, págs. 87 -132.

- “Comentario a la sentencia de 6 de mayo de 1998”, *CCJC*, núm. 48, (sep-dic) 1998, págs. 1177-1199.

- “Comentario a la STS de 4 de junio de 1999”, *CCJC*, núm. 51, (sept-dic) 1999, págs. 1187-1195.

- “La responsabilidad civil de los padres y centros docentes”; “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno”, *Lecciones de Responsabilidad civil* (coord. F. REGLERO CAMPOS), ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

GÓMEZ DE LA SERNA, P./ MONTALBÁN, J.M., *Elementos de Derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica*, t III, Madrid, 1855.

GÓMEZ LAPLAZA, M.C., “Comentario a los artículos 1263-1264 CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. XVII, vol. 1-3, ed. Edersa, Madrid, 1993, págs. 177 y ss.

GÓMEZ OLIVEROS, J.M., “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre (segunda parte)”, *RCDI*, II, 1984, págs. 1419 y ss.

GÓMEZ POMAR, F., “Garga de la prueba y responsabilidad objetiva”, <http://www.indret.com>, 1/2001.

GOMMA, M.K., “La réparation du préjudice causé par les malades mentaux”, *RTDC*, 1971, t. XIX, págs. 29-60.

GONZÁLEZ CASTAÑON, D., “Déficit, diferencia y discapacidad”, *Topía en la Clínica*, núm.5 – marzo 2001.

GÓNZALEZ MARTÍNEZ, J., *Principios hipotecarios*, Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931.

GÓNZALEZ MORÁN, L., “El Derecho civil ante el matrimonio de los deficientes mentales”, *Matrimonio y Deficiencia mental. Dilemas éticos de la deficiencia mental-2*, (eds. J.GAFO Y J.R AMOR), ed. Universidad Pontificia Comillas, Promi, 1997, págs. 143-.165.

GONZÁLEZ RUS, J.J., “El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada de delito”, *ADPCP*, 1979, págs. 382 y ss.

GONZÁLEZ YAGÜE, A., “La Deficiencia mental en la Historia – La nueva definición de retraso mental”, *Deficiencia, Enfermedad Mental y Senilidad: Mecanismos Legales de Protección*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental, ed. Promi, Córdoba, 1996, págs 31-35.

GORDILLO CAÑAS, A., “La representación aparente” (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)”, *Anales de la Universidad Hispalense*, ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, págs. 427 y ss.

- *Capacidad, Incapacidades y estabilidad de los contratos*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

GOUPIL, J., “La responsabilité des malades mentaux et l’assurance”, *Gaz Pal*, 1972, doct. 269.

GRAZIOSO, P.G., “Sulla legittimazione attiva e la rappresentazione processuale dell’interdetto infermo di mente in relazione all’azione di divorcio”, *Dir. Fam.Per.*, 2001, núm.4, págs. 1401-1429.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870, comentado y concordado*, T.I, Salamanca, 1897.

GROUTEL, H., “L’enfant mineur ravalé au rang de simple chose?”, *Resp.civ.et.assur.*, 2001, chr. 18.

GUARDIA, J./ BARBUDO, F., “Actuación del personal sanitario, jueces y familia en los ingresos psiquiátricos: Coordinación de los profesionales”, *I Jornadas de Sensibilización Social para profesionales relacionados con la salud mental*, Jaén, 1999, inéditas.

GUILARTE MARTÍN – CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997.

- *La moderación de la culpa por los Tribunales*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1999.

- “Algunas reflexiones acerca de la incapacitación, la rehabilitación de la patria potestad (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002 (STS 174/2002)), *Act.C.*, núm. 24, 9 al 15 de junio de 2003, págs. 633-646.

GUTIÉRREZ CALLES, J.L., *La guarda del enfermo mental: Deberes y responsabilidades*, tesis doctoral inédita, Córdoba, 2002.

GUTIÉRREZ JERÉZ, L.J., “Función notarial y responsabilidad civil”, *Act.C.*, 1995, octubre, 1995, págs. 805 y ss.

GUZMÁN BRITO, A., “La responsabilidad objetiva por custodia en el Derecho romano y en el Derecho moderno con una referencia especial a la regla *periculum ets emporis*”,

Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini (dir. A.J. BUERES./ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 966-988.

HEREDERO, J.L., *La responsabilidad sin culpa (responsabilidad objetiva)*, ed. Nauta, S.A, Barcelona, 1964.

HERNÁNDEZ GIL, A., “La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar”., *Estudios de Derecho público y privado, 1966, ofrecidos por el Profesor. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, t. I, Estudios de Derecho civil, ed. Server-Cuesta, Valladolid, 1965.

- “*Derecho de Obligaciones*”, ed. Centro de estudios Ramón Areces, 1ª ed., Madrid, 1983.

HERNÁNDEZ TEJERO, F., “Sobre el concepto de potestad”, *AHDE*, 1946, págs. 606 y ss.

HONORÉ, A., “Outcome responsibility”, *Responsability and Luck. The Law Quaterly Review*, vol. 104, oct. 1988, págs. 530 y ss.

HUBER., “Sanciones intermedias entre la penal de multa y pena privativa de libertad”, *ADPCP*, 1994, III, págs 155 y ss.

HUERTAS MARTÍN, I., *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (aspectos procesales y sustantivos)*, ed. Comares, Granada, 2002.

IASAM., *Situación jurídica de los pacientes psiquiátricos andaluces*. Informes técnicos, ed., Consejería de Salud y Consumo, IASAM, 1985.

- *Actitudes de la población andaluza ante los enfermos mentales*. Informes técnicos, ed. IASAM, Sevilla, 1989;

- *La reforma psiquiátrica en Andalucía 1984-1990*. Serie monográfica de Salud Mental, ed. IASAM, Sevilla, 1989.

- *La rehabilitación y prevención de la incapacidad. Marco conceptual*, IASAM, septiembre, 1996.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 6ª edición, Ariel, Barcelona, 1972.

- *Derecho romano. Historia e Instituciones*, 11ª ed. revisada con la colaboración de Iglesias-Redondo, Barcelona, 1994.

INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO., *Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*. Informes, estudios y documentos, Madrid, 1991.

- *Estudio y recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1996.

- *Informe anual 1996 y debate de las Cortes Generales*, I, Informe, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1997.

INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ., *Situación de los enfermos mentales internados en Centros residenciales andaluces*, diciembre, 1997.

IHERING, R. V., *La lotta per il diritto*, trad, it. Bari, 1960.

JACQUES, P., Cour de cassation (2º civile) 28 de février 1996, *Gaz.Pal*, 14-15 févr 1997, págs. 31-38.

JANSEN, N., “Estructura de un derecho europeo de daños”, *http://www. indret. com*, 2/2003.

JIMÉNEZ LINARES, M.J., “El interés del menor como criterio de imputación de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimoniales”, *Libro Homenaje a D. Bernardo Moreno Quesada*, vol. II, ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, págs. 869-897.

JONAS, C., “La réparation des dommages causés aux tiers par les malades mentaux: évolution et perspectives”, *Rev. Droit. Sanit. et. soc.* 26 (1), janv-mars 1990.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ed., Civitas, Madrid, 1987..

JOSSERAND, L., *Cours de droit civil français*, II, 2ªed. París, 1933.

JOURDAIN, P., - *Recherches sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, th, París, 1982.

- *Les principes de la responsabilité civile*, 2ª éd., Dalloz, París, 1994.

KAISER, G., *Introducción a la Victimología*, 1ª ed. Dykinson, Madrid.

KELSEN, H., *¿Qué es la justicia?*, ed., Ariel, Barcelona, 1992.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R., “Las modificaciones introducidas en el Derecho argentino a la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores”, *RGLJ*, 1986, págs 596 y ss.

LABBÉ, J.E., “De la démence au point de vue de la responsabilité et de la imputabilité en matière civile”, *Rev.crit.lég.jur*, 1870, págs. 128

LACRUZ BERDEJO, J.L./ SANCHO REBULLIDA, F. A./ LUNA SERRANO, A., *Elementos de Derecho civil*, t.I, vol.1º, ed. Bosch, revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVARRÍA, Barcelona, 1988; t. II, vol. 1º, ed., Bosch, Barcelona, 1977; t. IV, vol. 2º, ed., Bosch, Barcelona, 1989.

LACRUZ BERDEJO, J.L. / SANCHO REBULLIDA, F. A./ LUNA SERRANO, A./ DELGADO ECHEVARRÍA, J./ RIVERO HERNÁNDEZ, F./ RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil* II, vol.1º, ed., Bosch, Barcelona, 1994; II, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 1995.

- *Elementos de Derecho civil*. Parte General I, vol. 3º. Derecho subjetivo y negocio jurídico, Ed. Dykinson, Madrid, 1999; t. II, vol. 2º, ed. Dykinson, Madrid, 1999.

LAFON, J., *La responsabilité civile du fait des malades mentaux*, LGDJ, París, 1960.

LAMARCA I MARQUÈS, A./ RAMOS GONZÁLEZ, S., “Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños”, [http://www. indret. com](http://www.indret.com), 3/2002.

LAMBERT-FAIVRE, Y., “L’évolution de la responsabilité civile d’une dette de responsabilité à une créance d’indemnisation”, *RTDC*, 1987, págs. 1 y ss.

- “L’éthique de la responsabilité”, *RTDC*, janv-mars, 1998, págs 1-22.

LAPOYADE- DESCHAMPS, C., - *La responsabilité de la victime*, th, Bordeaux, 1975.

- “Les petits responsables ”, *D*, 1988, chr., págs. 299 y ss.

LASARTE ÁLVAREZ, C., "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (Comentario a la sentencia de 27 de enero de 1977)", *RDP*, 1980, págs. 49-78.

- *Principios de Derecho civil*, t. II, ed. Trivium, 1995.

Las Instituciones de Justiniano. Versión española de HERNÁNDEZ TEJERO JORGO, ed., Comares, Granada, 1998.

Las Siete Partidas, glosadas por el licenciado GREGORIO LÓPEZ del Consejo Real de las Indias de su Majestad, Salamanca, 1555.

LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación*, t. 5. Codificación penal, vol. II, ed. Ministerio de Justicia, C.G.C, Centro de Publicaciones, Madrid, 1970.

LATOUR BROTONS, J., “Responsabilidad civil de los incapaces”, *Libro- Homenaje a R. M^a Sastre*, vol. II, Madrid, 1976, págs 119- 161.

LAYRÉ, D., “*La responsabilité du fait des mineurs*”, th, París, I, 1983.

LE GALL, J-P., “Liability for person under supervision”, *Int. Enc. Comp. Law*, IX, Torts, Tübingen- The Hague-Boston-London, 1983, chapter. 3, n. 87, 26, págs. 1-38.

LE TOURNAEU, P.H., “La responsabilité civile des personnes atteintes d’un trouble mental”, *JCP*, 1971.1., doctrine, 2401.

- “Responsabilité civile”, *D*, 1976, núm. 18 y 31.

LE TOURNAEU, P./ CADIET, L., “Droit de la responsabilité”, *D*, 1996, 716, núm. 3414.

LEBRETON, M.C., *L’enfant et la responsabilité civile*, th, Rouen, 1996..

LECUYER, H., “Une responsabilité déresponsabilisante”, *Dr. fam*, 1997, núm.3.

LEDUC, F., “La responsabilité des père et mère: changement de nature”, *Resp.civ. et assur*, 1997, aVril, ch, núm. 9, págs.7-10.

LEFEVRE, L., “De la responsabilité délictuelle et contractuelle”, *RCLJ*, Bruxelles, 1886

LEÑA FENÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1997.

- “El testamento en casos de incapacidad”, *La persona con retraso mental: Incapacitación, tutela, matrimonio, esterilización, testamento, integración*, ed. Fundación Tutelar TAU, Sevilla, 1997.

“

- Comentario a la nueva Ley de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía”, *Aspectos sociales y jurídicos en torno a la persona con discapacidad*, Jornadas organizadas por la Fundación Tutelar TAU y por la Fundación El Monte, Sevilla 8, 9 y 10 de febrero de 1999, inéditas.

- “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, y dir. R. MARTÍNEZ DÍE), ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 149-217.

LEÓN GONZÁLEZ, J.M., “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad”, *Estudios del Profesor Castán Tobeñas*, t. II, separata, Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, págs. 269 –341.

- “Significado y función de la culpa en el actual Derecho de Daños (especial consideración de la culpa de la víctima)” (conferencia inaugural), *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno*, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho romano (coord. A. MURILLO VILLAR), Universidad de Burgos, 2001, págs. 23-39.

LETE ACHIRICA, J., “Riesgos del desarrollo”, *Act.C*, núm. 28, 13 al 19 de julio de 1998 págs. 685-693.

LETE DEL RÍO, M., “Artículos 199 a 214”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO), t.IV, 2ª, ed., Edersa, Madrid, 1985, págs. 286 y ss.

- *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, ed. Tecnos, Madrid, 1995.

- “La esterilización del deficiente psíquico”, *Act.C.*, nº. 4, 21 al 27 de enero de 2002, págs. 113-132.

LEWIS, R., “Recovery of NHS Accident Costs: Tort as Vehicle for Raising Public Funds”, *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm.6, págs. 903- 911.

LIMPENS, J./ KRUIHOF, R./ HEINERTZHAGEN- LIMPENS, A., *Int.Enc.Com.L.*, vol. XI, Torts, chap, II, núm. 205-207; 219-222.

LINARES NOCI, R., “Un posible entendimiento de algunas cuestiones del artículo 1591 del Código civil”, *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. II, ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Jaén, Almería, 2000, págs. 901-910.

LIPPMAN, L.D., *Attitudes toward the handicapped. A comparison between Europe and the United States*, ed. Morris Val Jones, Ph.D, California, 1972.

LITVINOFF, S., “Damages, Mitigation, and Good Faith”, *Tul. L. Rev.*, 1999, vol. 73, núm. 4, págs. 1161-1195.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M., “La coordinación intersectorial en la atención a la salud mental. La perspectiva sanitaria”, *La Deficiencia y la Enfermedad Mental en clave de Solidaridad*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ed., Promi, 1997, págs.93-102.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El internamiento de los enajenados”, *PJ*, 1986, núm. 4, págs. 49-67.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ed. Tecnos, Madrid, 1988.

LÓPEZ FRAGOSO, T., “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil”, *AJA*, 2001, núm. 487, págs. 1-6.

LÓPEZ FRÍAS, M.J., “El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos”, *RDP*, 1999, págs.296- 320.

- “Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado”, *Act.C*, núm. 13, 24 al 30 de marzo de 2003, págs. 328-338..

LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y debate parlamentario*, ed. Closas Orcoyen, 1996.

LÓPEZ JAOISTE, J.J., “El principio de responsabilidad civil, reflejo en la historia”, *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor. Aurelio Menéndez*, IV, Derecho civil y Derecho público, ed. Civitas, 1996, págs. 4921-4944.

LÓPEZ OLAGIREGUI, J.M., “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, *RDCO*, 1978, Año 11, ed. Depalma, págs 941 –962.

LÓPEZ PÉREZ, J., *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, ed., Bosch, Barcelona, 1992.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, ed. Dykinson, Madrid, 2001.

LÓPEZ - SÁNCHEZ VIZCAINO, A., “La declaración de incapacidad: requisitos, problemas, ventajas, inconvenientes y otras soluciones”, *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental*, ed. Promi, Córdoba, 1996, págs.41-54.

- “Organización, funciones, competencias y recursos de la Administración de Justicia”, *Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, ed. Promi, Córdoba, 1997, págs.69-92.

LÓPEZ SERRANO, M., “La llamada Educación especial. Análisis de la nueva Ley de Educación”, *La Deficiencia y la Enfermedad mental en clave de Solidaridad*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, curso 1996-1997, ed. Promi, Córdoba, 1997, págs. 183-196.

LÓPEZ VILAS, R., “Algunas consideraciones sobre la protección jurídica de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales”, *Libro Homenaje al Profesor José Ramón Beltrán de Heredia y Castaño*, ed. Universidad de Salamanca, 1984, págs. 441-453.

Los Códigos españoles concordados y anotados, t. IV, Imprenta de Publicidad, Madrid, 1848

.

LLEVARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, ed., Bosch, Barcelona, 1990.

LLOVERAS I FERRER, M-R., “ STS, 1ª, 14.02.2000. La responsabilidad de un centro escolar por un intento de suicidio”, <http://www.indret.com>, 3/2000.

- Suicidio y derecho de daños. ¿Responsabilidad de la administración a partir del segundo intento?, <http://www.indret.com>, 1/2000.

MACQUERON, J., *Histoire des obligations. Le droit romain*, Aix –Province, 1971.

MAIORCA, C., “Colpa civile (teoria generale)”, *Enc. Dir.* VII, 1960, págs. 560 y ss.

MAGRO SERVET, V., “Repercusión en la Ley de Propiedad Intelectual de Propiedad Horizontal del Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades”, *La Ley*, nº. 5797, viernes, 6 de junio de 2003.

MAJADA PLANELLES, A., *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, ed. Bosch, Barcelona, 1985.

MALAURIE, PH./ AYNÉS, L., *Droit civil: Les personnes, les incapacités*, ed. Cujas, París, 1994, 1995.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*, t.VIII, 4ª ed, Madrid, 1929; t. XII, 6ª ed (revisada por JUSTO.GÓMEZ), Reus, Madrid, 1973.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L/ ÁLBACAR LÓPEZ, J.L., *Código penal, comentario y Jurisprudencia*, ed. Comares, 1990.

- “Comentarios al Código penal”, *La Ley-Actualidad*, 1996, págs. 53 y ss.

MACQUERON, J., “Le rôle de la jurisprudence dans la création des actions en extension de la loi Aquilia”, *Etudes d’histoire du droit dédiées à M. A. Dumas*, Aix –Provence, 1950, págs. 193-212.

- *Histoire des obligations. Le droit romain*, Aix- Province, 1971.

MARTÍ SÁNCHEZ, J.N., “Protección de la víctima y responsabilidad civil”, *Act.C*, 2001, págs.74 y ss.

MARTÍN GRANIZO-FERNÁNDEZ, M., ”La incapacidad de los locos y dementes: ¿es susceptible de graduación en nuestro Derecho positivo?, *RGLJ*, 1967, t. LIV, núm. 222

MARTIN, L.M, “La responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs (A propos d’un arrêt récent)”, *JCP*, 1963, I. 1755.

MARTÍNEZ - CALCERRADA, L., “ La responsabilidad jurídica del subnormal (especial estudio de su modalidad civil)”, *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español* (dir. L. Díez PICAZO), ed. Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1975, págs. 111- 138; *RDP*, 1976, vol. LX, núm, abril, págs. 277-294.

- “Medidas civiles de protección de los discapacitados no declarados”, *La protección jurídica de los discapacitados incapaces y personas en situaciones especiales* (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, y dir. R. MARTÍNEZ Díe),ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 77-98.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “En torno al nuevo artículo 220 CC”, *RGLJ*, octubre 1984, págs. 501-516.

- “En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias (comentario a la STS 10.2.1986), *ADC*, tomo XL, fascículo II, abril-junio, 1987, págs.715-125.

MARTÍNEZ Díe, R., “La formulación notarial del Derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, y dir. R. MARTÍNEZ Díe),ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 27-44.

MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., “Apoderamientos preventivos y autotutela”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, y dir. R. MARTÍNEZ Díe),ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 115-148.

MARTÍNEZ- PEREDA RODRIGUEZ, J.M., “La minoría madura”, Ponencia presentada en el *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, págs 7 y ss.

MARTÍNEZ SARRIÓN, A., Prólogo a Cupis, A.de., *El daño. Teoría General de la responsabilidad civil*, traducción de la 2ª edición italiana, ed. Bosch, Barcelona, 1969.

MASSIP, J., *La réforme du droit des incapables majeurs*, t. I (4ª éd), Répertoire du Notariat Defrénois, París, 1971.

- “La responsabilité des tuteurs et administrateurs legaux du fait d’un mineur ou d’un majeur protégé”, *Petites affiches*, 8 janvier 1999, núm. 6, págs.16 y ss.

MAZEAUD, D., “Famille et responsabilité “, *Le droit privé français à la fin du XX éme siècle* (Études offertes à P. CATALA), págs. 569 y ss.

MAZEAUD, H., “La faute objective et la responsabilité sans faute”, *D*, 1985, chr, p. 13.

MAZEAUD, H., L./ TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle, et contractuelle*”, t. VI, vol. 1º, ed., Montchrestien, París, 1965.

MAZEAUD, H, L, J./ CHABAS, F., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle, et contractuelle*”, t. III, vol. 2º, ed. Montchrestien, París, 1983.

- *Leçons de Droit civil*, t. I, vol. 2º, ed. Montchrestien, París, 1986.

- *Leçons de Droit civil*, t. II, vol 1º, *Obligations, théorie générale*, 9éd (par.F. CHABAS), Montchrestien, París, 1998.

McCORMICK, N., *La obligación de reparación*, Derecho legal y socialdemocracia, ed. Tecnos, Madrid, 1990.

MEDIAVILA RUIZ, J.L., *Imputabilidad y delirio*, inédita, Oviedo, 1995.

- MÉJICA, J./ FERNÁNDEZ MIGUELEZ, A., *Régimen jurídico de la asistencia psiquiátrica. Estudio sobre la protección jurídica y asistencial de los enfermos mentales. Jurisprudencia práctica*, ed. Colex, Madrid, 1999.
- MENA ÁLVAREZ, J.M., “Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico”, *Estudios Jurídicos en honor del Profesor. Octavio Pérez-Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983, págs. 469-491.
- MENDÍZABAL OSES, L., “Lo social como criterio de interpretación jurídica”, *Revista de Derecho Judicial*, jul-sept, 1960, págs. 94 y ss.
- MENÉNDEZ PIDAL Y DE MONTES, F., “La mala fe en las relaciones tutelares”, *RGLJ*, 1929, t. 154, págs. 182 y ss.
- MESSMER, H./ HANS-UWR, O., “Pitfalls and Potentials of victim-offender Mediation – International Research Perspectives”, *Restorative Justice on Trial*, 1992, págs. 355-363.
- METZ, R., “La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval”, *La responsabilité pénale. Annales de la Faculté de droit de Strasburg*, 1961.
- MEYZEAUD –GARAUD, M.C., Application de la responsabilité du fait d’autrui aux associations accueillant des mineurs sous un régime de liberté surveillée”, *Petites affiches*, 23 mars 2000, núm. 59.
- MICHEL NAVARRO, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., *Responsabilidad sin culpa*. Barcelona, ed. Bosch, 1931.

MIR PUIG, J., “Sobre el problema de la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual”, *Act.C*, 1991-I, núm.7, págs. 105 y ss.

MITCHELL POLINSKY, A. /SHAVELL, S., “Punitive damages: an economic analysis”, en *Har. L. Rev*, vol. 111, february 1998, nº.4, págs. 870-963.

MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995 ”, *PJ*, núm. 38, junio 1995, págs. 127-154.

MOMIGLIANO, W., “Il risarcimento del danno extracontrattuale cagionato da persona priva di discernimento”, *Riv.dir.civ.*, 1937, págs. 250- 251.

MONTES PENADÉS, V.L., “Comentario al artículo 118”, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1996, págs. 633 y ss.

MONTES PENADÉS, V.L./ ROCA, E, *Derecho de familia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

MORALES & SANCHO., *Tratado práctico de la responsabilidad civil*, ed. Comares, Granada, 1993.

MORALES PRATS, F., “Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1990, págs. 697 y ss.

MORENO MARTÍNEZ, J.A., ”Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (Al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas)”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ), ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 402 y ss.

MORENO QUESADA, B., “Actuaciones jurídicas relevantes con la sexualidad de minusválidos psíquicos”, (ponencia presentada en la 1ª Conferencia Nacional sobre *La sexualidad en personas con minusvalías psíquicas*), Inerser, Madrid, 1973, págs. 71 y ss.

-“La aptitud psíquica en la Reforma del Matrimonio”, *Libro homenaje al Prof. José Beltrán de Heredia y Castaño*, ed. Universidad de Salamanca, 1984, págs. 524-711.

- “El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho”, *RDP*, abril, 1985, págs. 325 y ss.

MORENO QUESADA, B./ BUSTOS VALDIVIA, C./ TRUJILLO CALZADO, M.I., *Derecho Civil Patrimonial. Conceptos y Normativa Básica*, ed. Comares, Granada, 1994.

MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Tecnos, Madrid, 1991.

MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Responsabilità civile e minore età*, ed. Jovene editore, Nápoles, 1994.

MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por Daños*, t. I, ed. Ediar, Buenos Aires, 1971.

- *La responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.

MOZOS, J.L., DE. LOS, “La inexistencia del negocio jurídico”, *RGLJ*, 1960.I, págs. 463 y ss;

- “El sistema del *Common Law* desde la perspectiva jurídica española”, *Libro Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, ed. Universidad de Salamanca, 1984, págs. 541-556.

- Introducción, *El Código Civil. Debates Parlamentarios (1885-1889)*, preparada por ROSARIO HERRERA Y M^aÁNGELES VALLEJO, Archiveras Bibliotecarias de las Cortes Generales, vol. I, ed. CCGP, Senado, Madrid, 1989.

MUNTANER, J., *La sociedad ante el deficiente mental. Normalización, integración educativa, inserción social y laboral*, ed. Narcea, Madrid, 1995.

MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

MUÑOZ DE DIOS, G., “El patrimonio del discapacitado”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, y dir. R. MARTÍNEZ DÍE), ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 69-75.

NAUCKE, W., “Philosophie pénale contemporaine et réparation civile”, *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 28, 1983, págs. 1-15.

NAVARRO AMANDI, M., *Reglamento General para la ejecución de las Leyes Civiles Españolas*, I, Madrid, 1881.

NAVARRO ESTEBAN, J., Voz: “Incapacidad”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix-Barral*, t. XII, Barcelona, 1965, págs. 108 y ss.

NAVAS NAVARRO, S., “El resarcimiento de daños en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (con especial referencia al Derecho español)”, *Act. C*, núm. 34, 18 al 24 de septiembre de 2000, págs. 1235-1262.

NÚÑEZ MUÑIZ, C., “La guarda de hecho”, *RDP*, 1999, págs. 428-448.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivización de la llamada responsabilidad extracontractual”, *AC*, núm. 1, diciembre-enero, 1986-7, págs. 1 y ss.

- *Compendio de Derecho civil*, II, vol. 1º, ed. Edersa, 1991.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X./ PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho civil Patrimonial*, v.II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 1993.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO., E., *Sobre el concepto de Derecho penal*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1981.
- OLLERO TARRASA, A., “Europa es diferente”, *El Ideal*, 24 de mayo de 2000, págs. 27.
- OLLIER, P.D, *La responsabilité civile des père et mère. Étude critique de son régime légale*, th, LGLJ, Grenoble,1961 (préf. J. CARBONIER).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Clasificación Internacional de Deficiencias, Incapacidades y Minusvalías”, *Manual de Clasificación de las consecuencias de la enfermedad*, Madrid, Inersso, 1983.
- ORTEGA MONTORO, R., “La acción directa y la oponibilidad de excepciones por el asegurador en los supuestos de alcoholemia”, *La Ley*, 15 de diciembre de 1998 (Premio La Ley de artículos doctrinales categoría “Estudiantes de Derecho”), págs. 12-20.
- ORTÍ VALLEJO, A., “Responsabilidad civil en la práctica de actividades de riesgo”, *Lecciones de Responsabilidad civil* (coord. F. REGLERO CAMPOS), ed. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 331-344.
- ORTIZ GÓNZALEZ, A.L., “La protección de los incapaces. Actuaciones del Defensor del Pueblo”, *Los discapacitados y su protección jurídica*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 256-274.
- OSSORIO MORALES, J., “La pluralidad de tutores (contribución a la reforma del régimen tutelar español)”, *Estudios del Derecho Privado*, ed. Bosch, Barcelona, 1942, págs.81-114.

- *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (parte general)*, Granada, 1996.

OSSORIO SERRANO, J.M., *Curso de Derecho civil*, II, vol. 2º, (coord. B.MORENO QUESADA), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

OTERO, A., “La patria potestad en el Derecho histórico español”, *AHDE*, 1956, págs. 210 y ss.

OVERSTAKE, J-F., “La autonomía jurídica del menor en materia civil en Derecho francés”, *RCDI*, 1999, núm. 63 (julio-agosto), págs. 1519-1531.

PACHECO, J.F., *El Código penal comentado y concordado* (estudio preliminar y anotaciones de A. TÉLLEZ AGUILERA), ed. Edifoser, Madrid, 2000.

PAJOT, M.G., “Législation française en matière d’incapacité sous l’angle du droit interne”, *VII Congrès de l’Union International du Notariat-Latin*, Bruxelles, 1963, págs. 9-12.

PALOMINO DÍEZ, I., “La flexibilidad de la protección de los *majeurs protégés* en Derecho francés. Comparativa con el derecho español”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, y dir. R. MARTÍNEZ DÍE), ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 351-367.

PALLARD, R., *L’exception de nécessité en droit civil*, th, Poitiers, 1948

PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS (Sala 1ª) 28 de enero de 1983”, *CCJC*, 1983, núm.1, 10, págs. 103 y ss.

- “Comentario a la STS (Sala 1ª) 10 de marzo de 1983”, *CCJC*, 1984 (abril-agosto), núm. 2, 40.

- “Comentario a la STS de 7 de julio de 1983”, *CCJC*, núm. 3, 1983, 73.
- “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1984”, *CCJC*, núm.6, 1984, 164.
- “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Asociación de Profesores de Derecho civil, Centenario del Código civil*, Madrid, 1990, II, págs. 1561 y ss.
- “Comentario al artículo 1902 CC”, *Comentario del Código Civil*, (dir. PAZ-ARES./ DÍEZ-PICAZO/ BERCOVITZ Y SALVADOR CORDECH), t.II, ed. Ministerio de justicia, Madrid, 1991, págs. 1971 y ss.
- “Perseverare diabolicum, (¿otra vez la responsabilidad civil en el Código penal?)”, *Jueces para la Democracia*, núm.19, 2/1993, págs. 6 -10.
- “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC*, 1993.
- “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen jurídico de responsabilidad patrimonial y de las Administraciones Públicas”, *DA*, 1994, núm. 237-238, págs. 239 y ss.
- Voz: “Culpa”, *EJB*, t.II, ed. Civitas, Madrid, 1995.
- “Responsabilidad patrimonial de las las Administraciones Públicas: sobre la Jurisdicción competente”, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuadernos de Derecho judicial, ed. CGPJ, 1997, págs. 13 y ss.

PARRA LUCÁN, M., - *Orientaciones actuales del estado civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1993.

- “Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997”, *CCJC*, núm. 44, (abril- agosto) 1997, págs 782 y ss.

- “Comentario al artículo 1903 CC”, *Jurisprudencia comentada. Código civil*, t. II (Arts. 1088 a 1976) (dir. M.PASQUAU LIAÑO, coord. ALBIEZ DOHRMANN, J.K/LÓPEZ FRÍAS, A), ed. Comares, Granada, 2000, pág. 3330-3344.

- “La responsabilidad civil por productos defectuosos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, *Lecciones de Responsabilidad civil* (coord. F. REGLERO CAMPOS), ed. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 359-385.

PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, t. II, vol. 2º, Parte especial, ed. Bosch, 1990.

PATTI, S., *Famiglia e responsabilità civile*, ed., Dott.A. Giuffré, Milano, 1984.

PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, 1984.

PELLEGRINI, F., “Responsabilità”, *Nuovo Digesto Italiano*, vol.V, 1939.

PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ed., Comares, Granada, 2002.

PERDIGUERO BAUTISTA, E., “El internamiento por razón de trastorno psíquico tras la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley* 1996.3, D- 212.

PEREDA., “El complejo normativo de la culpabilidad”, *ADP*, t. II, fasc. I, 1949, págs. 24.

PÉREZ ALGAR, F., “La incapacitación”, *Estudios sobre incapacitación y estudios tutelares (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código civil, títulos IX y X del Libro I)*, ed., ICAI, Madrid, 1984, págs. 105 y ss.

- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “La incapacitación en las Sentencias del Tribunal Supremo”, *Ar. C*, núm.4, mayo 2000, págs.1919-1953.
- PÉREZ GÓNZALEZ, B./ CASTÁN TOBEÑAS, J./ALGUEZ, J., *Tratado de Derecho civil (Derecho de familia)*, traducción de la 20ª edición alemana de ENNECCERUS/KIPP/WOLFF con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española, vol. II, t. VI, Barcelona, 1951.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, R., “Es posible el asociacionismo de los propios enfermos mentales”, *La Deficiencia y la Enfermedad Mental en clave de Solidaridad*, Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ed., Promi, 1997, págs. 123-127.
- PÉREZ MARTÍN, J., “El trabajo como factor de autoestima y salud”, *La Deficiencia y la Enfermedad Mental en clave de Solidaridad*, Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ed., Promi, 1997, págs. 213- 228.
- PÉREZ MARTÍN, J./ RAMON LACA, M.A./ LOZA AGUIRRE, J., “La experiencia del matrimonio en las personas con deficiencia”, *Matrimonio y Deficiencia mental. Dilemas éticos de la deficiencia mental-2*, (eds. J.GAFO Y J.R AMOR), ed. Universidad Pontificia Comillas, págs. 17-53.
- PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia. Adopción. Acogimiento. Tutela y otras instituciones de protección de menores*, ed., Lex Nova, Valladolid, 1998.
- PERR, I.N., “Liability of the Mentally Ill and Their Insurers in Negligence and other civil actions”, *American Journal of Psychiatry*, 142: 12, dec, 1985, 1414.
- PERRET, L., “De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec”, *RGD*, 1981, págs. 131.

PERRY, S.R., “The Impossibility of General Strict Liability”, *Tort Law of Weinrib*, ed. Dartmouth, England, 1991, págs. 148 y ss.

PESET REIG, M., “Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español”, *RCDI*, 1971, págs. 297- 337.

PIAGET, *Le jugement chez l'enfant*, 1973.

PIEDELIEVRE, A., (note) Cass. 1re civ. 22 juillet 1985 (réf. 1592), *Epoux Dinot c. Consorts Tourneix et autres*, *Gaz. Pal*, 20, 21, decembre 1985, págs. 307.

PIZARRO, R.D “Daños punitivos”, *Derecho de Daños*. Segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, págs. 305 y ss.

PLANOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 7^a éd., 1917.

PLANOL, M./ RIPERT, J., *Tratado de Derecho civil francés*, t. I, traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, Cultural, S.A, Habana, 1927.

PLAZA PENADÉS, J., “La Ley 41/2000, básica sobre Autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica”, *AJA*, 23 de enero de 2003, nº. 562, págs. 3-6.

POHE, D., Voz: “Droit à réparation. Responsabilité du fait d'autrui. Domaine: Responsabilité des père et mère”, *Resp.civ et. ass*, t. I, París, 1999, fasc. 141, págs 1-20.

POLINSKY, A.M./ SHAVELL, S., “Punitive damages: an economic analysis”, *Har. L. Rev*, feb, 1998, vol. 111, nú., 4, págs. 870-962.

POLO MOLINA, P., “El papel de las asociaciones de familiares y allegados a los deficientes mentales”, *La Deficiencia y la Enfermedad Mental en clave de Solidaridad*, Foro

Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ed. Promi, Córdoba, 1997, págs. 117 y ss.

PONS BERTRÁN, R., “Reflexiones sobre la peligrosidad de los enfermos psíquicos”, *Rev. Depart. Psiquiatría Facult. Méd. Barna*, 7, 6, 1980, págs. 469- 477.

POTHIER, R.J., *Traité des obligations. Oeuvres*, t. I, París, 1825.

PROSNER, R., *The Economic Analysis of Law*, 2nd, Boston, Little, Brown, 1977.

PROSSER, W., *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed, 1971.

-Trespassing Children”, 47, *California L.Rev*, 427, 1959.

PUEBLA PINILLA, A.DE LA., “El accidente de trabajo y la responsabilidad civil del empresario, entre la jurisdicción civil y la social (A propósito de la sentencia del TS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2001)”, *ADC*, t. LV, fascículo IV, oct-dic, 2002, págs. 1903-1915.

PUEBLA POVEDANO, A., “Requisitos de la incapacitación”, *Deficiencia, Enfermedad mental y Senilidad: Mecanismos Legales de Protección*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ed. Promi, Córdoba, 1996, págs. 29 y ss.

PUECH, M., *L'illicéite dans la responsabilité civile extracontractuelle*, ed., LGDJ, 1973, t. LXXIX.

PUGLIATI, Voz: “Alterum non laedere”, *Enc.Dir*, vol. II, 1958, págs 98 y ss.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, II, vol. 2º, Barcelona, 1956; vol. 3º, Barcelona, 1983.

PUIG I FERRIOL, L., “Comentario al artículo 665”, *Comentarios al Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1674 y ss.

- “Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J.A MORENO MARTÍNEZ) ed. Dykinson, Madrid, 2000.

PUIG FERRIOL, L./ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C./ HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho civil*, II, Madrid, 1996.

PUIG PEÑA, F., *Derecho penal. Parte general*, t. II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1969.

- *Compendio de Derecho civil Español*, t. IV, 2ª ed. Aranzadi, 1972.

PUILL,B., “Vers une réforme de la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants”, *D.* 1988, chr, p. 185.

QUICIOS MOLINA, S., *La determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, ed. Bosch, Barcelona, 1997.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., “La acción tercera o cuasidelictual propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito”, *RDP*, 1946, págs.937-938.

- “Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal”, *ADC*, 1957, págs 1044 y ss.

QUINTERO OLIVARES, G., “La reparación del daño y la renuncia a la pena”, *Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albar*, Santiago de Compostela, 1989, págs. 589-603.

- *Curso de Derecho penal. Parte general*, ed. Cedecs, Barcelona, 1996, págs. 428 y ss.

RADÉ, C., “Le renouveau de la responsabilité du fait d’autrui (apologie de l’arrêt *Bertrand*, deuxième Chambre civile, 19 février 1997)”, *D.* 1997, 33 chr, pp. 279-285.

RAGEL SÁNCHEZ, F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil. Obligaciones y contratos*, ed. Dykinson, Madrid, 2000.

RAMOS CHAPARRO, E., “El internamiento de incapaces presuntos”, *RGLJ*, 1988, págs. 483 y ss.

- “Enfermedad física, autogobierno e incapacitación (Comentario a la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid de 18 de enero de 1994)”, *PJ*, núm. 35, págs. 397 -411.
- “Comentario a la STS de 31 de octubre de 1994”, *CCJC*, núm. 37, enero-marzo 1995, págs. 377-385.
- *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.
- “Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (Glola general)”, *Act.C*, núm.10, marzo de 2001, págs. 358 y ss.

RANJARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, th, droit, París, 1943.

RAYMOND, L., “Un gardien sans discernement. Progrès ou régression dans le droit de la responsabilité civile?”, *S*, 1984, págs. 237-242.

RAYNAUD, P., “La nature de l’obligation des coauteurs d’un dommage; obligation in solidum ou solidarité?”, *Mélanges Jean Vicent*, París, 1964, págs. 317 y ss.

- “La puissance paternelle et l’assistance éducative” *Mélanges offerts à Savatier*, 1965, París, págs. 807 y ss.

Recomendación n.º R (83) de 22 de febrero, del Comité de Ministros, sobre la protección jurídica de las personas aquejadas de enfermedad mental, internadas como pacientes involuntarios, en *Recommendations aux États membres (1983-1986)*, Conseil d'Europe, 1983, Strasbourg, 1985.

REGLERO CAMPOS, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”; - “Los sistemas de responsabilidad”; “El nexos causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”; “Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”; “El seguro de responsabilidad civil”, *Lecciones de Responsabilidad civil* (coord. F. REGLERO CAMPOS), ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

REIG REIG, J.V., “La responsabilidad civil dimanante del delito en el PLOCP de 1992”, *CDJ*, núm. XVIII. CGPJ, 1994, págs. 483 y ss.

REPRESA POLO, P., “Internamiento hospitalario de los enfermos de anorexia”, *RFDUC*, núm. 92, 1999, págs.241-259.

RESCIGNO, P., *Manuale di diritto privato*, ed., Jovene, Napoli, 1993.

REYES MONTREAL, J.M., *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, Madrid, 1995.

RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949.

RIPERT, G./ BOULANGER, J., *Traité de droit civil* (d'après le Traité de Planiol), t. II. Obligations , ed. LGDJ, París, 1957.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La capacidad de obrar y la incapacitación judicial”, *Jornadas sobre Psiquiatría Forense*, ed. Centro de Estudios Judiciales. Cursos, vol. 3, Madrid, 1990, págs. 231- 245.

- “Psiquiatría y Derecho de familia”, *Jornadas sobre psiquiatría forense*, ed. Centro de Estudios Judiciales, ed. Centro de Estudios Judiciales. Cursos, vol. 3, Madrid, 1994, págs. 252 yss.

- “Los derechos humanos del incapacitado”, *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 26 y ss.

- “Artículos 92 a 94”, *Comentarios al Código civil* (coord. RAMS ALBESA), t. II, ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 931 y ss.

ROCA GUILLAMÓN, J., *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

ROCA I TRÍAS, E., “Comentario a los artículos 92 a 94”, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol.1, Madrid, 1984, págs. 577 y ss.

- *Derecho de daños (Textos y materiales)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- “La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ), ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 533-563.

ROCA SASTRE Y ROCA, R.M./ SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. IV, vol.1º, Barcelona, 1979.

RODIÈRE, R., “Responsabilité civile et risque atomique”, *RCDC*, 1959, págs 506 y ss.

RODOTÁ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

- Voz: "Diligencia" (*Dir. civ.*), *Enc. Dir.*, XII. Milán, 1964, págs. 539 y ss.

RODRÍGUEZ- ARIAS BUSTAMANTE, L., *La tutela*, ed. Bosch, Barcelona, 1954.

- "Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?", *RCDI*, 1953, págs. 349-354.

RODRIGUEZ SACRISTÁN, J., "Trastornos de conducta en personas con minusvalía psíquica", *Revista de la fundación TAU*, núm.6, febrero, 1998, págs. 20-23.

RODRÍGUEZ SAN PEDRO, en Enmiendas y Adiciones al Código Civil publicado por el Gobierno. 1888-1889. Congreso de los Diputados. Debates. Sesión de 16 de abril de 1889 (núm.96), en *El Código Civil. Debates Parlamentarios (1885-1889)*, preparada por Rosario Herrera y María Ángeles Vallejo, Archiveras-Bibliotecarias de las Cortes Generales, vol. II., ed. CCGG, Senado, Madrid, 1989, págs. 1783- 1784.

ROGEL VIDE, C., "La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela (En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975)", *ADC*, 1976, págs.. 1234-1249.

- *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977.
- *La guarda de hecho*, ed., Tecnos, Madrid, 1986.

ROIG BUSTOS, L., "Los internamientos de los enfermos mentales", *Estudios del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, págs. 213-235.

ROMÁN, J., "La Comunidad terapéutica", *I Jornadas de Sensibilización Social para profesionales relacionados con la salud mental*, Jaén, 1999, inéditas.

- ROMEO CASABONA, C.M., "Las actuaciones de los profesionales sanitarios y sus repercusiones en la esfera penal", en *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones Sanitarias. Actas del II Congreso Derecho y Salud*, organizadas por la Asociación Juristas de la Salud, Granada, noviembre de 1993, ed. Junta de Andalucía. Consejería de Salud, 1994, págs 11-35.
- ROMEO, F., "In tema di responsabilità dei genitori per l'illecito del figlio minore", *Dir. e Giur.*, 1992, 54.
- ROMERO COLOMA, A.M., "En torno a la responsabilidad civil de los padres (a propósito de una sentencia de 13 de noviembre de 2000), *RCDI*, noviembre-diciembre 2002, núm. 674, págs. 2391-2403-
- ROMERO, P.A., "Posibilidad de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad", *ASN*, t. VIII, págs.456- 473.
- ROMERO URRUTIA, MC., "Las instituciones de guarda (II): la curatela, la guarda de hecho, el defensor judicial y el Ministerio Fiscal", *Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental*, ed., Promi, Córdoba, 1995-1996, págs. 118 y ss.
- ROVELLI, R., "Responsabilità per fatto illecito altrui", *Arch. Resp. civ.*, marzo-giugno, 1960, núm. 2-3, págs. 89.
- ROVIRA SUEIRO, M.A., "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", *Lecciones de Responsabilidad civil* (coord. F. REGLERO CAMPOS), ed. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 420-421.
- ROXÍN, C., *La reparación en el sistema penal de sanciones*", Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania. Cuadernos del CGPJ, núm. 8, 1991.

- RUBIO GARCÍA –MINA, J., *La responsabilidad civil del empresario* (discurso leído el día 11 de enero de 1971), ed., Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1971.
- RUIZ DE LA CUESTA, J. M^a., “Aspectos médicos legales del internamiento y de la incapacitación”, *Los discapacitados y su protección jurídica*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- RUÍZ- RICO RUIZ, J.M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, ed., Comares, Granada, 1989.
- RUIZ VADILLO, E., “Responsabilidad civil, artículo 20”, *Comentarios a la legislación penal. La reforma del CP de 1983*, t. V, vol. 2º, ed. Rev. de Derecho Privado, págs. 366 y ss.
- SACKS, O., *Un antropólogo en Marte*, ed. Compactos Anagrama, Barcelona, 2001.
- SAINTELECTTE, C., *De la Responsabilité et de la Garantie*”, Bruxelles, 1884.
- SAINT-JOSEPH, A., DE, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, deuxième édition, t. II, París, 1856.
- SÁINZ CANTERO-CAPARRÓS, M.B., *La reparación del daño ex delicto: Entre la pena privada y la mera compensación*, ed. Comares, Granada, 1997.
- SÁINZ DE ROBLES, F.C., “Procreación y deficiencia mental: El problema ético y jurídico de la esterilización de incapaces”, *Matrimonio y Deficiencia mental. Dilemas éticos de la deficiencia mental-2*, (eds. J.GAFO Y J.R AMOR), ed. Universidad Pontificia Comillas, págs. 213-259.
- SÁINZ –EZQUERRA FOCES, J.M., “Divertimento pandectístico”, *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de la Laguna*, núm. 13, 1996, págs. 173-184.

- SALA FRANCO, J.M., “La protección del deficiente por medio de la Administración”, *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español* (dir. L.DÍEZ PICAZO), UAM, Madrid, 1975, págs. 75-91.
- SALAS MURILO, S., DE., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- SALTON, C.A., “Mental Incapacity and Liability Insurances Exclusionary Clauses: The Effect of Insanity upon Intent”, *California L.Rev*, 1990, vol. 78, págs. 1027-1067.
- SALVI, C., “La responsabilità civile dell’infermo di mente”, *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione* (a cura di P.CENDON), ed. Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, págs. 816 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro”, *Comentarios al Código de comercio y Legislación Mercantil Especial*, t. XXIV- 2º, Madrid, 1985, págs. 619 ss.
- SÁNCHEZ CARO, J./ SÁNCHEZ CARO, J., *Consentimiento informado. Una guía práctica*, Mapfre, Madrid, 1996.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, J., “Incapaces psíquicos”, *Tratamiento jurídico de las personas con disminución psíquica*, F.G.E. Secretaría General Técnica, Plan de Formación, Mayo 1995, inéditas.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.P., “Separación matrimonial de un incapacitado: ¿acción de carácter personalísimo?”, *RGD*, julio-agosto 2001, págs 6691-6707.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudio de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1889-1890; t. IV, vol. 1º y 2º, Madrid, 1898; t. V, Granada, 1879.

-*Estudios de Derecho civil y el Código civil e Historia general de la legislación española*, t. V, vol. 2º, Madrid, 1912.

SANCHO GARGALLO., *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil)*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SANTOS BRINZ, J., *Derecho de Daños*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

- “La culpa en Derecho civil. Ampliación actual de su concepto”, *RDP*, 1967, t. LI, págs 621 y ss.

- “La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español”, *RDP*, 1984, págs. 661 ss.

- “Comentario al artículo 1903”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), t. XXIV, Madrid, 1984.

- *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, ed. Montecorvo, Madrid, 1970, 1993.

-“La responsabilidad por hecho ajeno. Su proyección en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre y en el nuevo Código penal”, *RDP*, mayo, 1997, págs. 342 y ss.

- “Rasgos de la responsabilidad civil en nuestros días. Su problemática actual”, *Rev. resp.civ. circ y seguro*, 1998, núm 3, págs. 132-142.

- “La responsabilidad civil. Manifestaciones actuales hacia la responsabilidad objetiva”, *PJ*, nº. 54, 1999 (2º cuatrimestre), págs. 503-538.

- “Unidad de concepto de culpa civil”, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil* (dir. L. MARTÍNEZ- CALCERRADA Y GÓMEZ), vol. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 1643 y ss.

SANTOS URBANEJA, F., El internamiento psiquiátrico: problemas que plantea el internamiento involuntario”, *Estudios del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, págs. 163-193.

- “La Deficiencia y la Enfermedad mental en la Constitución y en las Declaraciones Internacionales de los Derechos. Análisis de la legislación interna. Instituciones con responsabilidad en este campo”, *La Deficiencia y la Enfermedad Mental en clave de Solidaridad*, Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ed. Promi, 1997, págs. 43 y ss.

- “El procedimiento de incapacitación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Fundación Tutelar TAU*, núm. 16, enero 2002, págs.11-13.

SAVATIER, R., “Règles générales de la responsabilité civile”, *Rev. crit. lég. jur.* 1934, núm. 29

- *Les méthamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, París, 3ªed. 1964, I, cap. XII.

- “Comment repenser la conception française actuelle de la responsablité civile”, *D*, París, 1966, págs. 3-26.

- “Le risque pour l’homme de perdre l’esprit et ses conséquences en droit civil”, *S*, 1968, chr.1, págs. 110 y ss.

SCAEVOLA, Q.M., *Código Civil*, (revisado y puesto al día por P.MARÍN PÉREZ y J.M ÁLVAREZ DE MIRANDA Y TORRES) t. XIX, ed., Reus, Madrid, 1957; t. XX, 2ª edición, ed. Reus, Madrid, 1958; t. XXXI, ed. Reus, Madrid, 1974.

SCHIPANI, S., *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1968.

SCHWARTZ, W-F., "Objective and Subjective Standars of Negligence: Defining the Reasonable Person to Induce Optimal Care and Optimal Populations of Injurers and Victims", *Georgetown L. J*, 1989, vol. 78, págs 241 - 279.

SEIDELSON, D.E., "Reasonable Expectations and Subjetive Standars in Negligence Law: The Minor, the Mentally Impaired, and the Mentally Incompetent", *George W.L.Rev*, november, 1981, vol. 50, págs.17-46.

SEISDEDOS MUIÑO, A., "Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales. A propósito de los artículos 118.1 del nuevo Código penal y 229 del Código civil", *Act.C*, núm. 10, 8 al 14 de marzo de 1999.

SEOANE SPIEGELBERG, J.L., "La nulidad del testamento otorgado por quien habitual o accidentalmente no se encuentra en su cabal juicio", *La ley*, 1 de febrero de 1996, núm. 3965, págs. 1-4.

SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., *La esterilización de incapaces en el Derecho español*, ed. Fundación Paideia, La Coruña, 1996.

- La regulación jurídica del derecho de trabajo", en *Segunda jornada Unviersitaria de Derecho del trabajo*, Piura, Universidad Piura- Facultad de Derecho, 1998.

- "La persona, el retraso mental y el Derecho", *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coord. J.A SEOANE), ed. Fundación Paideia, Madrid, 1999, págs.35-89

SERRANO MAILLO, A., *La compensación en Derecho Penal*, ed. Dykinson, Madrid, 1990.

SEUBA TORREBLANCA, J.C., “Breve presentación de la Ley francesa 2002 –303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario”, <http://www.indret.com>, 2/2002.

SILVA MELERO, V., *Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho penal*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1950.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*. La Laguna, 1993, págs. 331 y ss.

- “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación”, *PJ*, núm.45, 3ª época, 1997, págs. 184 y ss.

SOLAS RAFECAS, J.M., DE, “La educación del deficiente mental”, *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, (dir. L. DÍEZ PICAZO), UAM, Madrid, 1975, págs. 53 y ss.

SOTO NIETO, F., “El menor ante la responsabilidad civil dimanante del accidente automovilístico”, *Rev. resp.civ. y seguro*, 1972, págs. 226 y ss.

- “El cambio social y el Derecho”, *Academina de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña*, Barcelona, 1979.

- “La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código civil”, *RGLJ*, abril, 1979, págs. 312 y ss.

- *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, ed. Montecorvo, Madrid, 1982.

- “La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes públicos en general (artículo 121 CP)” *La Ley*, 31 de enero de 1996, págs. 1-2.

SPIER, J./ HAAZEN, O., “The European Group on Tort Law (“Tilburg Group”) and the European Principles of Tort Law”, *Zeup. Zeitschrift fur Europaeisches Privatrecht*, 1999, vol. 3, págs. 469-493.

STARCK, B., *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th, París, 1947.

- “La pluralité des causes du dommages et la responsabilité civile”, *JCP*, 1979. I. 2339.

- *Droit Civil*, t. I, *Obligations*, 2 éd, Litec, París, 1985.

STOLL, H., “Consequences of liability: Remedies”, *Int.Enc.Com.L*, vol. XI-2 (torts), chapter. 8, 1971, págs.136-167.

STONE, F.F., “On the Teaching of Law Comparatively”, *Tul.L. Rev*, XXII, págs. 163 y ss.

- “Liability for Damages caused by Minors: a comparative Study”, *Alabama Law Review*, 5, 1, 1952.

-

TALAMANCA, M., Voz: “Colpa civile (storia)”, *Enc. Dir*, t. VII, ed. Giuffré, Milano, 1969, págs. 517 y ss

TAMARIT SUMALLA, J.A., *La reparación de la víctima en Derecho penal*, Barcelona 1994.

TAPIA, M., “Décandence et fin éventuelle du principe d’identité des fautes pénale et civile”, *Gaz. Pal*, 7, 8 de marzo de 2003, págs.1-24.

TENA PIAZUELO, I., “La guarda compartida en el Derecho francés”, *Aequalitas*, núm.7, 2001.

TERUEL CARRALERO, D., “Infracción penal y responsabilidad civil”, *ADPCP*, 1958, págs. 39 y ss.

- THIBIERGE, C., “Libre propos sur l’évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)”, *RTDC*, núm.3, juillet-sep. 1999, págs. 561 y ss.
- TOCINO BISCAROLASAGA, I., “La responsabilidad civil medioambiental”, *Homenaje al Profesor D. Antonio Hernández Gil*, vol. II, ed., Centro de estudios Ramón Areces, 2001, págs. 1657-1661.
- TORRALBA SORIANO, V., “La incapacidad contractual”, *Libro Homenaje al Prof. D. Beltrán José de Heredia y Castaño*, ed. Universidad de Salamanca, 1984, págs. 703-714.
- TORRES ESCÁMEZ, S., “El juicio notarial de capacidad. Su aplicación al incapacitado en régimen de curatela”, *Homenaje al Profesor D. Antonio Hernández Gil*, vol. II (dir. L. MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 1399-1425.
- TORRES GARCÍA, T.F., *Prólogo a* GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, ed., Mac Graw-Hill, Madrid, 1997, págs. XIX-XXI.
- TRIMARCHI, P., “Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale”, *Riv.dir. proc. civ.* 1970, I, págs 512 y ss .
- TUNC, A., “L’enfant et la balle. Réflexions sur la responsabilité civile et l’assurance”, *JCP*, 1966, I, doctrine 1983.
- “Sur un projet de loi en matière d’accidents de la circulation”, *RTDC*, 1967, págs. 82 y ss.
- “Henri de Page et la responsabilité civile”, *Journal des Tribunaux*, núm. 4844, 3 nov. 1973, ed. Maison Ferc. Larcier, Bruxelles, 1973, págs. 745- 749.

- “Les paradoxes du régime actuel de la responsabilité de plein droit”, *S*, 1976, chr. 13.
- “Le spectre de la responsabilité civile”, *Rev. int. dr. comp*, 1978, págs. 1032 y ss.
- *La responsabilité civile*, ed. Economica, 2éme ed., París, 1989.
- “Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé”, *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, (edité par O.GUILLOD). Publications de Centre d’études juridiques européens, Zürich, 1991, págs. 22 y ss.

TURÉGANO MANSILLA, I., “Las fuentes del Derecho inglés”, *RJCM*, núm. 21, agosto 1994, págs. 239 –267.

URIBE SORRIBER, A., “Representación legal de los hijos sometidos a la patria potestad”, *AAMN*, t. XXV, 1982, págs. 243-277.

VAN DER VORST, P., “D’une théorie générale du risque professionnel et du risque juridique”, *Journal del Tribunaux*, n °. 4916, 7 juin, 1975, págs. 374 y ss.

VAN GERVEN, W./ LEVER, J./ LAROCHE, P., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law (Common Law of Europe Casebooks Tort Law)*, ed. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2000.

VAN NESS, D.W./ NOLAN, P., “Legislating for Restorative Justice”, *Regent University Law Review*, 10, 1998, Appendix 1, 2 y 3, págs. 53 -110.

VARGAS CABRERA, B., “Las causas eximentes de responsabilidad criminal. Comentarios al artículo 19 del Proyecto del Código penal. Medidas de seguridad y responsabilidad civil”, *PJ*, núm. 28, 1992, págs. 61 y ss.

- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad civil derivada de delito”, *Act.C*, núm.4, semana 26.1 al 1.2. 1998, págs. 77 y ss.
- VÉLEZ SANSFIELD., *Notas al artículo 512 del Código civil de la República argentina*, Buenos Aires, 1997.
- VENCHIARUTTI, A., *La protezione civilistica dell’ incapace*, ed. Giuffré, 1995.
- VENTOSA ESQUINALDO, F., “El enfermo mental en el siglo XV en España. Conceptuación como enfermo distinto y curable. Su cuidado”, [http://www. departamento.enfe. ua.es](http://www.departamento.enfe.ua.es).
- VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, ed., Colex, Madrid, 1985.
- VERDUGO ALONSO, M.A, *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, ed. Siglo XXI, 1995.
- VIALARD, A., “Responsabilité du fait d’autrui. Domaine: responsabilité des père et mère”, *Iuris Classeur Civil*, art. 1382 à 1386, 11, 1984, fasc. 141, págs. 4 y ss.
- VICARIA YAGUEZ, A., “La dialéctica entre lo público y lo privado”, *La Deficiencia y la Enfermedad Mental en clave de Solidaridad*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ed. Promi, 1997, págs. 35 y ss.
- VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, *Lecciones de Responsabilidad civil* (coord. F. REGLERO CAMPOS), ed. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 71 -89.
- VICENTE DOMINGO, E./ BELLO PAREDES, S.A., “La responsabilidad de las administraciones públicas por los riesgos del desarrollo en el ámbito sanitario, a la luz de la última jurisprudencia del TJCE”, *Act.C*, nº.15, 8 al 14 de abril de 2002, págs. 535-544.

VILAR BADÍA, R., *La protección jurídica del loco o demente y del deficiente mental*, Pretor, núm. 67, 1972.

VILLANUEVA, F., “La responsabilidad civil y penal del epiléptico”, *Rev. Neurol*, 1997; 25 (139), págs. 429-434.

VINEY, G., - *Le déclin de la responsabilité individuelle*, (Bibliothèque de Droit privé, sous la direction de Henry Solus), t. III, LGDJ, París, 1965.

- “Réflexions sur l’article 489-2 du Code civil”, *RTDC*, 1970.

- “Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde”, *D*, 1975, págs. 263 y ss.

- “La réparation des dommages causés sous l’empire d’un état d’inconscience: un transfert nécessaire de la responsabilité vers l’assurance”, *JCP*, 1985, I, 3189.

- “Introduction à la responsabilité”, en *Traité de Droit civil* (dir. J. GHESTIN), ed., LGLJ, 1995, págs. 8-82.

- “La responsabilité civile”, *JCP*, 1996. I. 3985, págs. 485-494

VINEY, G./ JOURDAIN, P., *Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ème, édition, L.G.D.J, 1998.

VISINTINI, G., “Imputabilità e danno cagionato dall’incapace”, *NGCC*, 1986, III, págs. 119 y ss

- *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, seconda edizione, ed. Cedam, 1999.

VOCI, P., "La patria potestad de Augusto a Diocleciano", *St. di Diritto Romano*, Padova, 1983, págs. 438 y ss.

Voz., "Majeurs protégés. Personnes non soumises à un régime particulier de protection", *Jur.Class. Civil*, fasc. 11 (arts. 488 à 514), 1992, 2, págs. 15-34.

Voz., "Incapables majeurs", *Rép. civ. Dalloz*, civil, V, janvier, 1994, pág. 3-67.

VVAA., *Estudios para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela* (dir. L. Díez Pícazo), patrocinado por la Dirección General de Servicios Sociales y la Fundación General Mediterránea, Madrid, octubre, 1977.

- *L'Information Psychiatrique: La réforme du droit des incapables majeurs vingt uns après* (núm. sous la direction de J.P. TACHON), núm.4, vol.64, abril, 1988.

- "Aspectos jurídicos en relación al enfermo mental", *I Jornadas FANAES (Federación Andaluza de Allegados de Esquizofrénicos)*, resumen y conclusiones, Sevilla, noviembre, 1994, págs. 21 y ss.

- "Pasado, presente y previsiones de futuro del enfermo mental", *II Jornadas FANAES (Federación Andaluza de Allegados de Esquizofrénicos)*, Jerez, noviembre, 1995.

- *Psicopatología del niño y del adolescente*, ed. Universidad de Sevilla, t. I, 1995, Sevilla.

- "Aspectos jurídicos sobre la inserción social del enfermo mental"; y "Rehabilitación integral del enfermo mental: Aspectos sanitarios, sociales y jurídicos", *III Jornadas FANAES (Federación Andaluza de Allegados de Esquizofrénicos)*, Córdoba, noviembre, 1996.

- *La esquizofrenia: Información para familiares*, ed. SAS, FAISEM, y la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1996.
- *Alzheimer Global*, Universidad de Navarra, Boletín núm.1, jueves, 6 de noviembre de 1997.
- “La responsabilidad del menor frente a terceros y frente a sí mismo” (trad. Kemelmajer de Carlucci), *X Congreso Internacional de Derecho de familia*, Mendoza, septiembre, 1998, págs. 20 y ss.
- *Jornadas de sensibilización social para profesionales relacionados con la salud mental*, organizadas por APAEM (Asociación Provincial de Allegados de Enfermos mentales), Jaén, 1999, inéditas.
- *Curso de Derecho civil* (coor. B. MORENO QUESADA), t. II-2º, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1998; t. IV.ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- - *Enfermedad y deficiencia mental: Aspectos legales no vinculados al patrimonio* (coord.. FERREIRÓS MARCOS, C.E.), vol I y II, ed. Caja de Ahorros del mediterráneo, Alicante, 2001.
- *La situación jurídica de las personas con discapacidad. Hacia una mejora de las Leyes*, III. Jornadas de Fundaciones Tutelares y II Jornadas de la Fundación Aequitas, 2 y 3 de diciembre de 2002, Sevilla (inéditas).
- *La protección jurídica del discapacitado*. I Congreso Regional (coord. I. Serrano García), ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

WAREMBOURG- AUQUE, F., “Irresponsabilité ou responsabilité civile de l’infans”, *RTDC*, 1982, págs. 329 y ss.

WEIL, A., *Droit civil*, París, 1971.

WEINRIB, E.J., "Toward a Moral Theory of Negligence Law", *Journal of Law and Philosophy*, 1983.

- "Corrective Justice", *Iowa L.Rev*, vol. 77, 1992.

- "The insurance Justification and Private Law", 1985, 14, *J.Legal Studies*, 681.

WEISIGER, G.B., "Tort Liability of Minors and Incompetents", *University of Illinois Law Forum*, 1951, 227.

WIDMAR, P., "Le visage actuel de la responsabilité civile en droit suisse", *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (edité par O.GUILLOD). Publications de Centre d'études juridiques européens, Zürich, 1991, págs. 10 y ss.

WIERMA, D., "Psychological impairments and social disabilities: on the applicability of the ICIDH (-International Classification of Impairments, Disabilities and Handicap) to Psychiatry", *Int. Rehab. Medicine*, 1986, 8, págs.3-7.

WOLFENBERGER, W./ NIRSE, B., *The principle of Normalization in Human Services*, Toronto, National Institute on Mental Retardation, 1972.

YARZA SANZ, J.F., "La responsabilidad de los guardadores por los hechos dañosos protagonizados por las personas enfermas o deficientes que se encuentran bajo su guarda", en *Alteraciones de la Conducta*, Foro andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad mental, ed. Promi, Córdoba, 1998.

YZQUIERDO TOLSADA, M., "La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela", *Estudios sobre*

incapacitación e instituciones tutelares (Comentarios a la ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del CC, títulos IX y X del libro I), ed. ICAI, Madrid, 1984.

- “La responsabilidad civil y la guarda legal”, *Documentación Jurídica*, 1984, vol. XI, núm. 41, enero-marzo, págs 81 y ss.

- *La responsabilidad del profesional liberal. Teoría general*, Madrid, 1989.

- “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación”, *RCDI*, 1991,I, págs. 443-489.

- *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Madrid, 1993.

- “La responsabilidad civil en los últimos proyectos de Código penal. (En especial el del 1994): Más de lo mismo”, *Iniura*, 1995, núm.6, págs 18 y ss.

- “La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea)”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. A.J. BUERES./ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 105 y ss.

- *Aspectos civiles en el nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos del derecho de Familia y otros extremos)*, ed. Dykinson, Madrid, 1997.

- *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, ed. Dykinson, Madrid, 2001.

ZANA, M., “Valutazione con minor rigore delle responsabilità per colpa”, *Riv.dir.proc. civ.* 1974, pp. 19 y ss.

ZAPATERO GONZÁLEZ, R., “Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983”, *Estudios sobre la tutela*, RGLJ, Madrid, 1986, págs. 68 y ss.

ZAVALA DE GÓNZALEZ, M.DE./ GONZÁLEZ ZAVALA, R.M, “Indemnización punitiva”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. A.J. BUERES./ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 188-193.

ZEDNER, L., “Reparation and Retribution: Are they reconciable?”, *Mod. L. Rev*, 1994, 57-2 march, págs. 228 y ss.

ZELAYA ETXEGARAY, P., “La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código civil español”, *RJN*, julio-diciembre, 1993, núm. 16, págs. 100 y ss.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS¹⁸³³

TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA)

STS 22.12.1860

STS 28 de diciembre de 1863

STS 23 de febrero de 1867

STS 30 de noviembre de 1867

STS 13 de diciembre de 1873

STS 2 de octubre de 1878

STS de 4 de junio de 1902

STS de 28 de enero de 1916

STS de 22 de enero de 1919.

STS 2 de febrero de 1926

STS 24.de enero de 1927

STS 10 de julio de 1928.

STS 18 de enero de 1936 (RJA 1936, 243 bis)

STS 10 de julio de 1943 (RJA 1943, 856)

STS 14 de febrero de 1944 (RJA 1944, 355)

STS 22 de febrero de 1946 (RJA 1946, 253)

STS 13 de julio de 1963 (RJA 1963, 3168)

STS 20 de febrero de 1964 (RJA 1964, 1038)

STS de 7 de abril de 1965 (RJA 1965, 2118)

STS de 6 de febrero de 1968 (RJA 1968, 733)

STS 26 de junio de 1968 (RJA 1968, 3571)

STS de 30 de abril de 1969 (RJA 1969, 2411)

STS de, 29 de diciembre de 1969 (JC, t. 114, dic, 1962, Madrid, 1962, núm. 974)

STS de 19 de diciembre de 1970 (RJA 1970, 5492)

¹⁸³³ Para la búsqueda de las sentencias anteriores a 1930 se ha utilizado la Colección Legislativa de España, por lo que no consta la referencia Aranzadi.

STS de 15 de febrero de 1975 (RJA 1975,566)
 STS de 23 de febrero de 1976 (RJA 1976, 880)
 STS 14 de abril de 1977 (JC, t. marzo-abril, 1997, nº. 152)
 STS de 24 de marzo de 1979 (RJA 1979, 919)
 STS de 10 de marzo de 1980 (RJA 1980,1469)
 STS 17 de junio de 1980 (RJA 1980, 2409)
 STS de 30 de diciembre de 1980 (RJA, 4815)
 STS 6 de febrero de 1982 (RJA 1982, 630)
 STS 10 de noviembre de 1982 (RJA 1982, 6535)
 STS de 15 de noviembre de 1982 (RJA 1982, 6544).
 STS de 8 de febrero de 1983 (RJA 1983, 867)
 STS de 9 de marzo de 1983 (RJA 1983, 1463)
 STS de 10 de marzo de.1983 (RJA 1983,1469)
 STS de 18 de marzo de 1983 (RJA 1983, 5322)
 STS 22 de abril de 1983 (RJA 1983, 2118)
 STS de 4 de mayo de 1983 (RJA 1983, 2622)
 STS, 27 de junio de 1983 (RJA 1983, 3691)
 STS 30 de septiembre de 1983 (RJA 1983, 4688).
 STS 22 de noviembre de 1983 (RJA 1983, 6490)
 STS 13 de diciembre de 1983 (RJA 1983, 6934)
 STS 5 de marzo de 1984 (RJA 1984,1198)
 STS 20 de marzo de 1984 (RJA 1984, 1313)
 STS 4 de mayo de 1984 (RJA, 1984, 2396)
 STS 9 de mayo de 1984 (RJA 1984, 2403)
 STS 4 de junio de 1984 (RJA 1984, 3242)
 STS 3 de julio de 1984 (RJA 1984, 3792)
 STS 13 de septiembre de 1984 (RJA 1984, 4296)
 STS 22 de septiembre de 1984 (RJA 1984, 4332)
 STS 18 de febrero de 1985 (RJA 1985, 815)
 STS de 10 de mayo de 1985 (RJA 1985, 2265)

STS 25 de mayo de 1985 (RJA 1985, 2812)

STS 10 de julio de 1985 (RJA 1985, 3968)

STS 1 de octubre de 1985 (RJA,1985, 4566).

STS 31 de octubre de 1985 (RJA 1985, 5138)

STS de 21 de noviembre de 1985 (RJA 1985, 5624)

STS 10 de diciembre de 1985 (RJA 1985, 6433)

STS 17 de mayo de 1986 (RJA 1986, 2731)

STS de 17 de julio de 1986 (RJA 1986, 4571)

STS de 13 de julio de 1987 (RJA 1987, 5488)

STS 16 de marzo de .1988 (RJA 1988, 2032);

STS 10 de abril de 1988 (RJA 1988, 3116)

STS 9 de julio de 1988 (RJA 1988, 5602)

STS 23 de septiembre de 1988 (RJA 1988, 6854)

STS 26 de septiembre de 1988 (RJA 1998 6860)

STS de 18 de octubre de 1988 (RJA 1988, 7586)

STS 16 de diciembre de 1988 (RJA 1988, 9469).

STS 1 de enero de 1989 (RJA 1989, 650)

STS 1 de febrero de 1989 (RJA 1989, 650)

STS de 24 de febrero de 1989 (RJA 1989, 7908)

STS 21 de julio de 1989 (RJA 1989, 5772)

STS 6 de octubre de 1989 (RJA 1989, 8450)

STS 20 de octubre de 1989 (*Ar.C*, 1989, nº. 6949)

STS 24 de noviembre de 1989 (RJA 1989, 7908)

STS 4 de diciembre de 1989 (RJA 1989, 9416)

STS 26 de diciembre de 1989 (RJA 1989, 9782).

STS 2 de enero de 1990 (RJA 1990, 30)

STS 30 de enero de 1990 (RJA 1990, 74)

STS 8 de febrero de 1990 (RJA 1990, 1301)

STS 28 de marzo de 1990(RJA 1990, 1734)

STS de 1 de abril de 1990 (RJA 1990, 2684; *Ar. C*,1990, nº. 2684)

STS 6 de junio de 1990 (RJA 1990, 5147);
 STS 8 junio de 1990 (RJA 1990, 5247)
 STS 11 de julio de 1990 (RJA 1990, 5852)
 STS, 11 de octubre de 1990 (RJA, 1990,. 7860)
 STS 21 de noviembre de 1990 (RJA 1990, 9014)
 STS 3 de diciembre de 1990 (RJA 1990, 9539)
 STS 22 de enero de.1991(RJA 1991, 304).
 STS 5 de febrero de 1991 (RJA 1991, 991)
 STS de 7 de febrero de 1991 (RJA. 1991, 1151)
 STS. 22 de febrero de 1991(RJA 1991,1589)
 STS 29 de abril de 1991 (RJA 1991, 2986)
 STS 30 de abril de 1991 (RJA 1991, 3109)
 STS de 24 de mayo de 1991 (RJA 1991, 3833)
 STS 28 de mayo de 1991 (RJA 1991,3940)
 STS 4 de junio de 1991 (RJA 1991, 4415)
 STS 10 de julio de 1991 (RJA 1991, 4434)
 STS 2 de agosto de 1991 (RJA 1991, 3940)
 STS 24 de septiembre de 1991 (RJA 1991, 6563).
 STS 21de octubre de 1991 (RJA 1991, 7231)
 STS 4.de noviembre de 1991 (RJA 1991, 7930)
 STS 7 de enero de 1992 (RJA 1992, 149)
 STS 8 de febrero de 1992 (RJA 1992, 1198).
 STS 22 de febrero de 1992 (RJA 1992, 7014)
 STS 12 de marzo de 1992 (RJA 1992, 8450)
 STS 16 de marzo de 1992 (RJA 1992, 2268)
 STS 2 de junio de 1992 (RJA 1992, 4756).
 STS 22 de septiembre de 1992 (RJA 1992, 7014)
 STS 22 de octubre de 1992 (RJA 1992, 8399)
 STS 4 de noviembre de 1992 (RJA 1992, 9199)
 STS 19 de diciembre de 1992 (RJA 1992, 10703; AC 1993, nº.19)

STS 30 de diciembre de 1992 (RJA 1992, 8186)
 STS 22 de enero de 1993 (RJA 1993, 299)
 STS 27 de enero de .1993 (RJA 1993, 509)
 STS 29 de enero de 1993 (RJA 1993, 515)
 STS 19 de febrero de 1993 (RJA 1993, 1413)
 STS 15 de marzo de 1993 (RJA 1993, 2276)
 STS, 18 de marzo de 1993 (*Act.C*, 1993, nº. 29)
 STS 2 de abril de 1993 (*Act.C*, 1993, nº 23)
 STS 20 de abril de 1993 (*Act.C*, 1993, nº. 34)
 STS 24 de abril de 1993 (*Act.C*, 1993, nº. 23)
 STS 27 de abril de 1993 (RJA 1993, 6743)
 STS 7 de mayo de.1993 (RJA 1993, 3685);
 STS 20 de mayo de 1993 (RJA 1993, 3718)
 STS 28 de mayo de1993 (RJA 1993, 4082)
 STS 14 de junio de 1993 (RJA 1993, 4998)
 STS 7 de julio de 1993 (*Act.C*, 1993, nº. 45)
 STS 12 de julio de 1993 (RJA 1993, 6007)
 STS 15 de julio de 1993 (*Act.C*, 1993, nº. 46)
 STS 19 de julio de 1993 (*Act.C*, 1994, nº. 48)
 STS 15 de septiembre de 1993 (RJA 1993, 8132)
 STS 27 de septiembre de 1993 (RJA 1993, 6746)
 STS 20 de octubre de 1993 (*Act.C*, 1994, nº. 6/7).
 STS 29 de octubre de 1993 (RJA 1993, 7987);
 STS 9 de noviembre de 1993 (*Act.C*, 1994, nº. 9)
 STS 12 de noviembre de.1993 (RJA, 8760)
 STS 13 de noviembre de 1993 (*Act.C*, 1994, nº.9)
 STS 15 de noviembre de 1993 (*Act.C*, 1994, nº. 10)
 STS 22 de diciembre de.1993 (RJA 1993, 8654)
 STS 1 de enero de 1994 (RJA 1994, 854)
 STS 8 de febrero de 1994 (RJA 1994,834)

STS 14 de febrero de 1994 (RJA 1994, 1468)
 STS 24 de febrero de 1994 (RJA 1994, 228)
 STS 11 de marzo de 1994 (RJA 1994, 2114)
 STS 7 de marzo de 1994 (RJA 1994, 2197)
 STS 8 de marzo de 1994 (RJA 1994, 2202)
 STS de 17 de marzo de 1994 (RJA 1994,. 1987)
 STS 18 de marzo de 1994 (RJA 1994, 2957)
 STS 26 de marzo de 1994 (*Act.C*, 1994, nº. 27)
 STS 12 de abril de 1994 (JC, 1994, nº. 334)
 STS de 20 de mayo de 1994 (RJA 1994, 3723)
 STS 20 de junio de 1994 (RJA 1994, 6026)
 STS 1 de junio de 1994 (RJA 1994, 4567).
 STS 9 de julio de 1994 (RJA, 1994, 6302)
 STS 12 de julio de 1994 (RJA, 1994, 6390)
 STS 15 de julio de 1994 (RJA 1994, 6452)
 STS 7 de octubre de 1994 (*Act.C*, 1994, nº. 23)
 STS 29 de octubre de 1994 (RJA 1994, 8333)
 STS 31 de octubre de 1994 (RJA 1994, 8004)
 STS 15 de diciembre de 1994 (RJA 1994, 9421)
 STS 30 de diciembre de 1994 (RJA 1994, 10476)
 STS 24 de enero de 1995 (RJA 1995, 165)
 STS 8 de febrero de 1995 (RJA 1995, 8636)
 STS 11 de marzo de 1995 (RJA 1995, 3133)
 STS 3 de mayo de 1995 (RJA 1995, 3899).
 STS 19 de junio de 1995 (RJA 1995, 4927)
 STS 30 de junio de 1995 (RJA 1995, 5272)
 STS 14 de julio de 1995 (RJA 1995, 6008)
 STS 5 de octubre de 1995 (RJA 1995, 7020)
 STS 9 de octubre de 1995 (RJA 1995, 7047)
 STS 10 de octubre de 1995 (RJA 1995, 7186)

STS 8 de noviembre de 1995 (RJA 1995, 8636)
 STS 27 de noviembre de 1995 (RJA 1995, 9803).
 STS 23 de febrero de 1996 (RJA 1996, 1587)
 STS 11 de marzo de 1996 (RJA 1996, 2415)
 STS 3 de abril de .1996 (RJA 1996, 2880);
 STS 8 de abril de 1996 (RJA 1996, 2883)
 STS 20 de mayo de 1996 (RJA 1996, 3793).
 STS 1 de junio de 1996 (RJA 1996, 4717)
 STS 3 de junio de 1996 (RJA 1996, 4718)
 STS 24 de junio de .1996 (RJA 1996, 4849)
 STS 1 de junio de 1996 (RJA 1996, 4717)
 STS 30 de noviembre de 1996 (RJA 1996, 9772)
 STS 10 de diciembre de.1996 (RJA 1996, 8975; *Act.C* 1997, nº. 358)
 STS 11 de diciembre de 1996 (RJA 1996, 9015)
 STS 18 de febrero de 1997 (RJA 1997, 1240)
 STS 5 de marzo de 1997 (*Ar. C*, 1997, nº. 1650)
 STS 10 de marzo de 1997 (RJA 1997, 2483; *AC* 1997, nº.616)
 STS 1.de abril de 1997 (RJA, 2724)
 STS 7 de abril de 1997 (RJA 1997, 2742).
 STS 28 de abril 1997 (*Ar. C*, 1997, nº. 3408)
 STS 12 de mayo de 1997 (RJA 1997, 9663)
 STS 16 de mayo de 1997 (RJA 1997, 2060).
 STS 24 de mayo de 1997 (RJA 1997, 4323).
 STS 5 de junio de 1997 (*Ar. C*, 1997.II, nº. 4606).
 STS 9 de junio de 1997 (RJA 1997, 7529)
 STS 22 de julio de 1997 (RJA 1997, 221)
 STS 23 de diciembre de.1997 (RJA, 9343)
 STS 31.de enero de 1998 (RJA 1998, 356);
 STS 19 de febrero de 1998 (RJA 1998, 636)
 STS 9 de marzo de 1998 (RJA 1998, 1270)

STS 7 de abril de 1998 (*Act.C*, 1998, nº. 25)

STS 13 de abril de 1998 (RJA 1998, 2388; *Act.C*, 1998, nº. 26)

STS 21 de abril de 1998 (*Act.C*, 1998, nº. 27)

STS 30 de abril de 1998 (RJA 1998, 2602)

STS 5 de mayo de 1998 (*AC*, 1998, nº. 29)

STS 12 de mayo de 1998 (RJA 1994, 783)

STS 13 de mayo de .1998 (RJA 1998, 3686)

STS 20 de mayo de 1998 (RJA 1998, 3826)

STS 9 de julio de 1998 (RJA 1998,5547)

STS de 17 de septiembre de 1998 (RJA 1998, 6544)

STS 13 de octubre de 1998 (RJA 1998, 8068)

STS de 29 de diciembre de 1998 (RJA 1998, 9980)

STS 22 de enero de 1999 (RJA 1999, 417)

STS 13 de febrero de 1999 (RJA 1999, 1236)

STS 27 de febrero de 1999 (RJA 1999,1418).

STS 12 de marzo de 1999 (RJA 1999, 2101)

STS 14 de abril de 1999 (RJA 1999, 3140)

STS 3 de mayo de.1999 (RJA 1999, 3426)

STS 12 de mayo de 1999 (RJA 1999, 4576)

Sts 25 de mayo de 1999 (RJA 1999, 4382)

STS 4 de junio de 1999 (*Act.C*, 1999, nº.912)

STS 8 de julio de 1999 (RJA 1999, 4766)

STS 12 de julio de 1999 (RJA 1999, 4770).

STS 16 de septiembre de 1999 (RJA 1999, 6938)

STS 4 de octubre de 1999 (*La Ley-actualidad* 12058)

STS 5 de octubre de 1999 (RJA 1999, 7612)

STS 18 de octubre de 1999 (RJA 1999, 7615)

STS 4 de noviembre de .1999 (RJA 1999, 8860)

STS 16 de noviembre de 1999 (RJA 1999, 8940)

STS 17 de febrero de 2000 (RJA 2000, 1161)

STS 14 de febrero de 2000 (RJA 2000, 247)
 STS 21 de marzo de 2000 (RJA 2000, 2426)
 STS 16 de mayo de 2000 (RJA 2000, 3930)
 STS 31 de mayo de 2000 (RJA 2000, 5089)
 STS 20 de junio de 2000 (RJA 2000, 5734)
 STS 30 de junio de 2000 (RJA 2000, 5918)
 STS 21 de .septiembre de 2000 (RJA 2000, 8065).
 STS 9 de octubre de 2000 (RJA 2000, 9184)
 STS de 8.de noviembre de 2000 (RJA 2000, 8499)
 STS 29 de diciembre de 2000 (RJA 2000, 9445)
 STS 22 de febrero de 2001 (RJA 2001, 2243)
 STS 25 de febrero de 2001 (RJA 2001, 2315)
 STS 14 de abril de 2001 (RJA 2001, 10313)
 STS 8 de mayo de 2001 (RJA 2001, 8670)
 STS 19 de junio de 2001 (RJA 2001, 10059)
 STS 21 de junio de 2001 (RJA 2001, 7146)
 STS 27 de junio de 2001 (RJA 2001, 5087)
 STS 8 de octubre de 2001 (RJA 2001, 7551)
 STS 13 de octubre de 2001 (RJA 2001, 9467)
 STS 15 de octubre de 2001 (RJA 2001, 8800)
 STS 20 de octubre de 2001 (RJA 2001, 9759).
 STS 19 de febrero de 2002 (RJA 2002, 4322).
 STS 21 de febrero de 2002 (RJA 2002, 3185).
 STS 25 de febrero de 2002 (RJA 2002, 3365)
 STS 8 de marzo de 2002 (RJA 2002, 1912)
 STS 13 de marzo de .2002 (RJA, 1890)
 STS 13 de abril de 2002 (RJA 2002, 6889).
 STS 16 de abril de 2002 (RJA 2002, 5447)
 STS 17 de abril de 2002 (RJA 2002, 4268)
 STS 24 de abril de 2002 (RJA 2002, 4962)

STS 11 de junio de 2002 (RJA 2002, 6924)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA)

STS 6 de febrero de 1982 (RJA 1982, 630)

STS 17 de febrero de 1983 (RJA 1983, 11)

STS de 8 de marzo de 1984 (RJA 1984, 1719)

STS 14 de mayo de 1984 (RJA 1984, 2605)

STS 16 de enero de 1987 (RJA 1987, 388).

STS 16 de marzo de 1988 (RJA 1988, 2032)

STS 6 de marzo de 1989 (RJA 1989, 2491)

STS 6 de octubre de 1989 (RJA 1989, 8450)

STS 10 de diciembre de 1989 (RJA 1989, 1532)

STS 21 de diciembre de 1989 (RJA 1989, 921)

STS 26 de diciembre de 1989 (RJA 1989, 9782)

STS 8 de febrero de 1990 (RJA 1990, 1301)

STS 6 de junio de 1990 (RJA 1990, 5147)

STS 8 de junio de 1990 (RJA 1990, 5247)

STS 16 de julio de 1990 (RJA 1990, 6716)

STS 24 de abril de 1991 (RJA 1991, 2986)

STS 24 de septiembre de 1991 (RJA 1991, 6563)

STS 16 de marzo de 1992 (RJA 1992, 2268)

STS 2 de junio de 1992 (RJA 1992, 4756)

STS 11 de septiembre de 1992 (RJA 1992, 7120)

STS 13 de noviembre de 1992 (RJA 1992, 9650)

STS 22 de enero de 1992 (RJA 1992, 7987)

STS 15 de septiembre de 1993 (RJA 1993, 8132)

STS 1 de octubre de 1993 (RJA.1993, 7467)

STS 22 de noviembre de 1993 (RJA 1993, 8654)

STS 9 de diciembre de 1993 (RJA 1993, 9761).

STS 14 de diciembre de 1993 (RJA 1993, 9446)
STS 12 de febrero de 1994 (RJA 1994, 773).
STS 17 de julio de 1994, 6452)
STS 26 de septiembre de 1994 (RJA 1994, 7193)
STS 30 de mayo de 1995 (RJA 1995, 3899)
STS 30 de noviembre de 1996 (RJA 1996, 9772)
STS 30 de diciembre de .1996 (RJA 1996, 9244)
STS 16 de mayo de 1997 (RJA 1997, 2060)
STS 5 de noviembre de 1997 (RJA 1997, 8115)
STS 12 de junio de 1998 (RJA 1998, 6997)
STS 16 de diciembre de 1998 (RJA 1998, 10314)
STS 12 de marzo de 1999 (RJA 1999, 2101).
STS 26 de marzo de 1999 (RJA 1999, 2054)
STS 28 de mayo de 1999 (RJA 1999, 3563)
STS 21 de febrero de 2000 (RJA 2000, 3185)
STS 2 de octubre de 2000 (RJA 2000, 8720)
STS 25 de febrero de 2001 (RJA 2001, 2315)
STS 14 de mayo de 2001 (RJA 2001, 10313)
STS 21 de junio de 2001 (RJA 2001, 7146)
STS 18 de julio de 2001 (RJA 2001, 7775)
STS 13 de octubre de 2001 (RJA 2001, 9467)
STS 20 de octubre de 2001 (RJA 2001, 9759)
STS 15 de febrero de 2002 (RJA 2002, 3578)
STS 19 de febrero de 2002 (RJA 2002, 4322)
STS 21 de febrero de 2002 (RJA 2002, 3185)
STS 20 de febrero de 2002 (RJA 2002, 3360)
STS 25 de febrero de 2002 (RJA 2002, 3365)
STS 20 de marzo de 2002 (RJA 2002, 4935)
STS 6 de abril de 2002 (RJA 2002, 5447)
STS 13 de abril de 2002 (RJA 2002, 6889)

STS 17 de abril de 2002 (RJA 2002, 4268)

STS 24 de abril de 2002 (RJA 2002, 4962)

STS 7 de junio de 2002 (RJA 2002, 5353)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA TERCERA)

STS 5 de mayo de 1998 (RJA 1998, 4625)

STS 19 de junio de 1998 (RJA 1998, 5272)

STS 28 de octubre de 1998 (RJA 1998, 8928)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ de Navarra de 17 de mayo de 1993 (RJA 1993, 4064).

STSJ del País Vasco (Sala contencioso-administrativo) de 17.10.1996 (RJCA 1996.,1344)

STSJ de Extremadura (Sala contencioso-administrativo) de 16.3.1999 (RJCA 1999,673)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de León de 9 de enero de 1988 (AC 1988, 2816)

SAP de Bilbao de 13 de junio de 1988 (*La Ley*, 16.11.1988).

SAP de Teruel de 17 de enero de 1992 (AC, 1992, 153)

SAP de Sevilla de 27 de abril de 1992 (AC 1992, 612)

SAP de Toledo de 14 de mayo de 1992 (AC 1992, 742)

SAP de Córdoba de 27 de enero de 1993 (AC 1993, 37)

SAP de Vizcaya de 4 de febrero de 1993 (AC 1993, 132)

SAP de Murcia de 5 de febrero de 1993 (AC 1993, 689)

SAP de Granada de 8 de marzo de 1993 (AC 1993, 752)

SAP de Málaga de 12 de abril de 1993 (AC 1993, 797)

SAP de Álava de 27 de septiembre de 1993 (AC 1993, 1781)

SAP de Segovia de 10 de diciembre de 1993 (AC 1993, 2413)

SAP de Madrid de 20 de diciembre de 1993 (AC 1993, 2509)

SAP de Cantabria 11 de enero de 1994 (AC 1994, 19)

SAP de Asturias de 24 de febrero de 1994 (AC 1994, 228)

SAP de Córdoba 10 de marzo de 1994 (AC 1994, 492)

SAP de Sevilla de 21 de junio de 1994 (AC 1994, 998)

SAP de Guadalajara 27 de julio de 1994 (AC 1994, 1190)

SAP de Valladolid de 21 de septiembre de 1994 (AC 1994, 1397)

SAP de Guadalajara de 14 de noviembre de 1994 (AC 1994, 2037)

SAP Tarragona de 5 de diciembre de 1994 (ARP 1994, 571)

SAP de Toledo de 12 de diciembre de 1994 (AC 1994, 2273)

SAP de Guadalajara de 21 de diciembre de 1994 (AC 1994, 2135)

SAP de Zaragoza de 27 de diciembre de 1994 (AC 1994, 2138)

SAP de Valladolid de 17 de marzo de 1995 (AC 1995, 431)

SAP de Almería de 6 de abril de 1995 (Ar.C 1995, nº. 645)

SAP de Cádiz de 26 de abril de 1995 (AC 1995, 639)

SAP de Zaragoza de 8 de abril de 1995 (AC 1995, 638)

SAP de Barcelona de 8 de mayo de 1995 (AC 1995, 1129)

SAP de Tarragona de 2 de junio de 1995 (AC 1995, 1227)

SAP de Guadalajara 15 de julio de 1995 (AC 1995, 1844)

SAP de Valencia de 20 de noviembre de 1995 (AC 1995, 2056)

SAP de Barcelona de 25 de noviembre de 1995 (*RJC*, 1996.II, núm.II).

SAP de Cáceres de 20 de diciembre de 1995 (*La Ley* 7.3.1996)

SAP de Guadalajara de 12 de febrero de 1996 (AC 1996, 328)

SAP de Vizcaya de 15 de marzo de 1996 (Ar.C 1996, nº 437)

SAP de Barcelona de 29 de marzo de 1996 (*RJC*, III, 1996, pp. 105)

SAP de Guadalajara de 2 de diciembre de 1996 (AC 1996, 2156)

SAP de Navarra de 3 de marzo de 1997 (AC 1997, 463)

SAP de Cuenca de 31 de marzo de 1997 (Ar. C. 1997, I, pp. 832- 834)

SAP de Madrid de 16 de mayo de 1997 (ARP1997, 2060)

SAP de Baleares de 2 de junio de 1997 (ARP 1997, 793)

SAP de Guadalajara de 1 de julio de 1997 (AC 1997, 1463)

SAP de Vizcaya de 8 de octubre de 1997 (Ar. C, 1997, nº. 2208)

SAP de Valladolid de 18 de noviembre de 1997 (Ar.C, III, pp. 785- 787)

SAP de Huesca de 20 de noviembre de 1997 (AC 1997, 2216)

SAP de Huesca de 20 de noviembre de 1997 (Ar. C, 1997, nº 2216)

SAP de Valencia de 23 de diciembre de 1997 (Ar. C, 1997, nº 2412)

SAP de León de STS 9 de enero de 1998 (AC 1998, 2816)

SAP de Cuenca de 11 de febrero de 1998 (AC 1998, 3384)

SAP de Lleida de 30 de marzo de 1998 (AC 1998, 3848)

SAP de Alicante de 13 de mayo de 1998 (AC 198, 5293)

SAP de Gerona de 15 de mayo de 1998 (AC 1998, 973)

SAP de Álava de 27 de mayo de 1998 (AC 1998, 5619)

SAP de Vizcaya de 2 de junio de 1998 (AC 1998, 1848)

SAP de Cantabria 24 de junio de 1998 (AC 1998, 1185)

SAP de 24 de julio de 1998 (AC 1998, 7890)

SAP de Cuenca de 20 de octubre de 1998 (AC 1998, 7922)

SAP de Barcelona de 18 de enero de 1999 (AC 1999, 221)

SAP de Castellón 26 de enero de 1999 (AC 1999, 187)

SAP de Toledo de 3 de marzo de 1999 (AC 1999, 4247)

SAP de Vizcaya de 15 de marzo de 1999 (AC 1999, 881)

SAP de Valencia de 3 de mayo de 1999 (AC 1999, 6141)

SAP de Huelva de 10 de mayo de 1999 (AC 1999, 999)

SAP de Lleida de 20 de julio de 1999 (AC 1999, 1409)

SAP de Barcelona de 29 de julio de 1999 (ARP 1999, 2366)

SAP de Madrid de 7 de octubre de 1999 (AC 1999, 1829)

SAP de Barcelona 20 de octubre de 1999 (AC 1999, 2119)

SAP de Badajoz de 28 de octubre de 1999 (AC 1999, 2041)

SAP de Barcelona de 29 de octubre de 1999 (AC 1999, 2119)

SAP de Guipuzcua 9 de noviembre de 1999 (AC 1999, 7622)

SAP de la Rioja de 10 de enero de 2000 (AC 2000, 716)

SAP de Vizcaya de 18 de enero de 2000 (AC 2000, 284)
 SAP de Asturias de 14 febrero de 2000 (AC 2000, 247)
 SAP de Guadalajara de 10 de marzo de 2000 (AC 2000, 3256)
 SAP de León de 31 de mayo de 2000 (AC 2000, 4336)
 SAP de Barcelona de 26 de octubre de 2000 (AC 2000, 42)
 SAP de Teruel de 29 de noviembre de 2000 (AC 2000, 2417)
 SAP de Gerona de 16 de febrero de 2001 (AC 2001, 204)
 SAP de Sevilla de 4 de marzo de 2001 (ARP 1996, 1292)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN 18 de marzo de 1994 (RJA 1994, 2957)
 RDGRN de 23 de octubre de 1996 (RJA 1997, 4483)

JURISPRUDENCIA FRANCESA

Civ.1, 28 avril 1947, *D.*, 1947, 329, concl. LÉONAN, note LALOU
 CA Chambéry, 27 avril 1953, *JCP.* 1953. II. 7696, obs. R. SAVATIER.
 Civ. 2, 12 octobre 1955, *D.* 1956, p. 301, note RODIÈRE; *JCP* 1955. II, 9003, note ESMEIN
 Civ, 2, 25 janvier 1957, *D.*, 1957, 163
 Civ. 2, 20 juillet, 1957, *D.* 1958, 11, note BLANC
 Civ. 2, 31 janvier 1958, *JCP* 1958, II, 1059, note MIHURA
 Cass. civ. 2, 19 novembre 1959, *Bull. civ*, II, n° 762, p. 498
 Civ, 2, 2 novembre 1961, *D.* 1962, p. 18
 CA París, 21 juin 1962, *JCP*, 1962 II. 12890, note P. ESMEIN
 Crim. 1 novembre. 1962, *Gaz. Pal.* 1963. I, 142
 Cass. crim., 23 décembre 1963, *Bull. crim*, n° 374 p. 790
 Civ. 2, 11. mars. 1965, *D.*, 1965, 575, note. ESMEIN
 Civ. 2, 1 décembre 1965, *JCP.* 1966. II. 14567
 Cass. civ. 2, 30 juin 1966, *Bull. civ*, II, n° 720, p.507
 Cass. civ. 2, 26 octobre 1967, *Bull. civ*, II, n°. 302

- Cass civ. 27 octobre. 1967, n. 2657, *Res. civ. prev.* 1968, p. 412 y ss
- Cass.civ. 2, 12 décembre 1968, *Bull. civ*, n° 309, p. 221
- Cass. civ. 3, 4 janvier 1973, *Bull civ*, III, n° 8 p. 6
- Cass. civ. 2, 10 janvier 1973, *Bull civ*, 1973, II, n°. 15
- Cass. civ. 2, 6 février. 1974, *D*, 1974, note LE TOURNEAU
- Cass. civ. 2, 29 avril. 1976, *RTDC*, 1977, 130, obs.DURRY
- Cass.civ. 20 juillet 1976, *JCP*, 1978, 1. 18793
- Cass.civ. 2, 4 mai1977, *D*, 1978, 393, note LEGAIS.
- Crim, 25 mars 1980, *Gaz. Pal*, 1981.1 somm. 11;
- Cass. civ. 2, 4 juin 1980, *JCP* 1981, II, 19599, note FEDDAL
- Cass.civ.2, 1 avril 1981, *Gaz.Pal*, 1981, panor. 239, obs CHABAS
- Civ. 17 mai 1982, *Gaz. Pal*, 1983, panor, 134
- Cass. Ass. plén. 9 mai 1984, Derguini et Lemaire, *D*, 1984. 525 concl. CABANNES et note F. CHABAS
- Cass. civ, 3, décembre 1984, *Bull.civ.* III, n°. 206
- Cass. civ. 2, 12 décembre 1984, *Bull. civ*, II, n°. 193, p. 136; *Gaz Pal*, 1985, 2, panor, p. 235, obs.F. CHABAS
- Cass. civ. 1, 22 juillet 1985 (réf. 1592), *Gaz.Pal*, 1985, novembre-decembre, p. 307.
- CA. París, 4 janvier 1988, *D*, 1989, somm. 92, obs. D. AMSON
- Cass. Civ. 2, 3 mars 1988, *Bull. civ.* II, n°. 58, p. 31
- Cass. Ass. Plén, 19 mai 1988, *D*, 1988, 513, note. LARROUMENT
- Civ. 1, 6 déc 1988, *D*. 1989, J. 317, note MASSIP
- Cass. civ. 1, 7 mars 1989, *Bull. civ.* I, n°. 116, p.75
- Cass.civ. 2, 29 avril 1989, *Resp.civ.et assur*, juin 1989.
- Civ. 1, 10. juillet 1990, *D*. 1990, J. 517, note HUET- WEILER
- Cass. crim. 19 février 1991, *Res. civ. et assur*, juillet 1991
- Cass. civ. 2, 13 avril 1992, *Bull.civ.* II, n°. 122, p. 60
- Cass. Civ.,. 9 mai 1994, *Bull.civ.* I, n°. 164
- Cass. civ. 2, 16 mars 1994, *JCP*, 1994, IV, 1326
- Cass. civ. 2, 28. février.1996. *Gaz Pal* 14-15 fév 1997, note PH.JAQUES

Cass. Civ.2, 18 septembre 1996, *D.* 1998, p.118
 Cass civ, 21 octobre 1997, *RTDC*, 1998.122, obs. JOURDAIN
 Cass. crim. 26 mars 1997, *JCP* 1997.II, 22868
 Cass. civ, 2, 4 juin 1997, *Gaz. Pal.* 1998, pan. 12
 Cass. civ.2, 1 avril. 1998, *Bull. civ.II*, n°.119
 Cass. civ, 2 décembre 1998, *JCP*, 1999, II, 10165, note JOSSEIN-GALL
 Cass.civ.2,20 janvier 2000, *Bull.civ*, II, n°.14.
 Cass.civ.2, 9 mars 2000, *Bull.civ*, II, n°.44.
 Cass. civ.2, 16 nov 2000, *Juris-Data*, n°. 2000-000953.
 CA Chambéry, 4 janvier 2000, *RC Assur.* 2000, Comm. 317, note L. GRYNBAUM
 Cass civ.2, 15 mars 2001, *Juris. Class. Resp.civ.assur*, 2002, fasc.141.

JURISPRUDENCIA ITALIANA

App Milán 24 de noviembre de 1961, *Tem*, 1961, p. 701;
 Cass. civile, 22 aprile 1977, n. 1501, *Arch.civ*, 1977, p. 772 y ss
 Cass. civile,12 settembre de 1977, n. 5411, *Giur. It.*, 1978, I, 1. C. 1481
 Cass. civile, 30 ottobre 1984, n. 5564, *Foro it*, 1985, I, 146
 Cass. civile, 24 ottobre 1988, n. 5751, *Giur. it*, 1989, I, 1, 1004;
 Cass. civile, 1 giugno 1994, *Resp. civ. prev.*, 1994, 1067, note R. PELLECHIA.