



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

YÁÑEZ VIVERO, Fátima

LA EXPERIENCIA DEL CIVIL LAW Y DEL COMMON LAW EN EL ÁMBITO DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS INCAPACES

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre, 2011, pp.
1293-1317

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42721148009>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

LA EXPERIENCIA DEL CIVIL LAW Y DEL COMMON LAW
EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DE LAS PERSONAS INCAPACES*
*THE EXPERIENCE OF CIVIL LAW AND COMMON LAW
WITH RESPECT TO CIVIL LIABILITY OF DISABLED PERSONS*

Fátima YÁÑEZ VIVERO**

RESUMEN: En concreto, la responsabilidad derivada del daño causado a tercero por una persona con discapacidad constituye el objeto de este estudio. Para ello habrá que examinar algunos elementos de la responsabilidad —especialmente el de la culpa— y determinar su compatibilidad con determinadas circunstancias personales, como las derivadas de una discapacidad psíquica. El análisis de esta cuestión se llevará a cabo desde una perspectiva comparativa que pone de relieve los encuentros y desencuentros entre los ordenamientos pertenecientes al denominado *Civil Law* y los del *Common Law*.

Palabras clave: discapacidad psíquica, estándar de conducta exigible, culpa, responsabilidad civil, indemnización equitativa.

ABSTRACT: Specifically, the liability derived from damage caused to a third party by a person with disability constitutes the object of this study. For this, some elements of the liability —especially that of guilt— must be examined and their compatibility with certain personal circumstances determined, such as those arising from a psychological disability. The analysis of this issue shall be carried out from a comparative perspective, highlighting the agreements and disagreements between so-called Civil Law and Common Law.

Keywords: mental disability, required standard of conduct, fault, liability, damages.

* Artículo recibido el 14 de mayo de 2010 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2011. Este estudio se integra en el Proyecto de Investigación I+D+I Imserso, núm. 15/2008, titulado “Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia: aspectos legales de la gestión, coordinación y acreditación en el SAAD de los servicios residenciales. Relevancia de los centros estatales de referencia y de la responsabilidad corporativa en la política social (Orden TAS/ 789/2008)”, cuyo investigador principal es el profesor Carlos Lasarte Álvarez y la coordinadora, la profesora María Fernanda Moretón Sanz. Asimismo, forma parte de una línea investigadora desarrollada por la autora y reflejada en trabajos más amplios como el monográfico titulado *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, Aranzadi, 2009.

** Profesora contratada, doctora en derecho civil, UNED, Madrid.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLIV, núm. 132,
septiembre-diciembre de 2011, pp. 1293-1317

D.R. © 2011. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 132, pp. 1293-1317.

SUMARIO: I. *La Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 y las obligaciones de las personas con discapacidad.* II. *La “culpa objetiva” del incapaz en el Código Civil francés.* III. *El caso italiano: ausencia de responsabilidad civil del incapaz en el Código Civil italiano y la equa indemnità subsidiaria.* IV. *Otros ordenamientos civiles europeos: Portugal, Alemania y Suiza.* V. *Los ordenamientos civiles de América Latina.* VI. *La “culpa objetiva” del incapaz en el sistema del Common Law.* VII. *Recapitulación y conclusiones: las variaciones subjetivas del estándar de conducta y los Principles of European Tort Law.*

I. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006 Y LAS OBLIGACIONES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD¹

En un marco, como el contemporáneo, en el que permanentemente se habla de los derechos de las personas con discapacidad, resulta poco “popular” referirse a las obligaciones de estos sujetos. Pero es indudable que si, como establece la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, se pretende “promover y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades por todas las personas con discapacidad”, tales pretensiones difícilmente se podrán llevar a cabo sin la correspondiente asunción de obligaciones y responsabilidades en el ejercicio de esos derechos y libertades.

Con todo, la referida Convención de 2006 omite cualquier referencia expresa a obligaciones o responsabilidades de las personas con discapacidad, aunque bien pudieran colegirse de preceptos como el 8, referido al compromiso de los Estados parte, de adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para “b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad”. Eximir a las personas con discapacidad de la correspondiente responsabilidad civil por los daños causados a terceros, como hace el Código Civil italiano vigente, constituiría un estigma que habría que eliminar.

¹ Firmado por España el 30 de marzo de 2007, y publicado en el *BOE* el 21 de abril de 2008; entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

Asimismo, el artículo 12, bajo el título “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, establece, en el apartado segundo, una obviedad innecesaria, en mi opinión: “Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. ¡Solo faltaría que a las personas, por la circunstancia de su discapacidad, se les privase de capacidad jurídica! Otra cosa es el ejercicio de esa capacidad jurídica que, por otra parte, el mismo precepto trata de asegurar, aunque de un modo bastante genérico, salvo en el ámbito económico o patrimonial donde, según el apartado quinto del artículo 12, se pretende “garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios”. Y, por tanto, parece obvio que las personas con discapacidad pueden ser titulares de un patrimonio responsable y, como titulares de derechos y obligaciones, también podrán ser obligadas al pago y a indemnizar los daños causados a terceros siempre, naturalmente, que concurran los presupuestos o elementos de la correspondiente responsabilidad.

En fin, la participación e inclusión plenas y efectivas de las personas con discapacidad en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural hace que estas personas, como las demás e incluso en mayor medida, sean potenciales productores de riesgos y daños de los que deben responder. Porque, de lo contrario, la integración o inclusión social no sería plena en la medida en que el resto de ciudadanos tendrían serias reservas a relacionarse —en cualesquiera de los ámbitos antes mencionados— con personas a quien la ley no obliga a responder.

Geneviève Viney, destacada especialista francesa en el derecho de la responsabilidad civil, señalaba, en 1982, que: “on relève une répugnance très générale des droits modernes à l'égard de l'affirmation du caractère fautif de l'acte, même aberrant, commis par un inconscient... Mais, d'un autre côté, la plupart de ces droits s'efforcent d'assurer une réparation, au moins partielle, à la victime de tels actes en s'appuyant sur des considérations d'équité”.² Con ello, la autora

² Véase *Les obligations. La responsabilité: conditions*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982, p. 695.

ponía de manifiesto la tendencia de los ordenamientos jurídicos a condenar en equidad al incapaz que, sin embargo, no era considerado culpable de sus acciones dañosas. Vamos a examinar cuál es el estado de la cuestión en algunos ordenamientos civiles contemporáneos y a analizar si son conciliables en ellos las nociones de discapacidad psíquica y culpabilidad.

II. LA “CULPA OBJETIVA” DEL INCAPAZ EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

El artículo 1382 del Código Civil francés establece, de modo análogo al artículo 1902 del Código español, que “[t]out fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”. Estamos ante una responsabilidad basada en la culpa que no impide que el legislador francés reconozca —en otro precepto— la responsabilidad de los enfermos psíquicos y mentales por los daños causados a terceros. La plena responsabilidad civil de estos sujetos se instaura legislativamente en el artículo 489-2 del Code Civile, redactado por la Ley de 3 de enero de 1968 (Ley núm. 68-5).³ Dicho precepto dice lo siguiente: “Celui qui cause un dommage à autrui alors qu’il était sous l’empire d’un trouble mental n’en est pas moins obligé à réparation”. Si traducimos literalmente este precepto, diría así: “el que cause un daño a otro

³ El Código napoleónico guardaba silencio sobre este aspecto, lo cual entraba en contraste con la minuciosa regulación de los negocios jurídicos celebrados por personas incapaces. Sin embargo, antes de la citada reforma de 1968, el Proyecto Strauss, de reforma de la legislación psiquiátrica, de 30 de junio de 1938, preveía la responsabilidad civil de los enfermos mentales. El proyectado texto del artículo 54, que no resultó aprobado finalmente, establecía lo siguiente: “Les alienés encourront la responsabilité civile édictée par les articles 1382 et suivants du code civil pour les actes commis par eux en déhors de l’établissement d’internement”. En el ámbito jurisprudencial, antes también de la reforma de 1968, la Corte de Montpellier, el 31 de mayo de 1866, había declarado la responsabilidad de un sujeto que en estado de demencia había acuchillado a su mujer, amparándose en que si la negligencia de un sujeto con estas características podría excusarse desde el punto de vista de la represión penal, genera una obligación de resarcimiento desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Véase estas referencias en Venchiarutti, “La responsabilità civile degli infermi di mente in Francia”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1986, p. 494, notas 5 y 7.

aunque sea bajo la influencia de un trastorno mental no está por ello menos obligado a repararlo".⁴

El Código francés no se pronuncia de modo expreso sobre la responsabilidad civil de esos sujetos; se limita a establecer una obligación de reparación del daño que, en principio, es cosa diferente. No está clara en el texto legislativo francés la compatibilidad entre la ausencia de discernimiento y la culpabilidad, sin embargo, parece que la intención del legislador es la de dispensar un mismo trato —en el plano extracontractual— al sujeto *aliené* respecto al *homme sensé*. Y quizás por ello, la versión aprobada definitivamente por el Parlamento francés omite la regla según la cual se concedía al juez un poder para moderar el *quantum debeatur* al que quedaría obligado el enfermo mental.⁵ De este modo resulta más asegurada la equiparación.

Antes de esa reforma legislativa, existían dos corrientes doctrinales sobre la concepción de la culpa civil. La que entendía la culpa como una desviación de la conducta fue la que, finalmente, triunfó en la Ley de 1968.⁶ Los juristas Henri y León Mazeaud defendían, al amparo de la culpa objetiva, la plena capacidad de todas las personas privadas de discernimiento para incurrir en culpa civil.⁷ Se defiende así, no sin verse precedida de polémica, la compatibilidad entre culpabilidad y ausencia de discernimiento.

⁴ El criterio adoptado por la Ley francesa de 1968 choca con una consolidada opinión dominante en Francia, contraria a la responsabilidad de las personas incapaces. Véase, al respecto, Pothier, *Traité des obligations*, t. I, París, 1805, pp. 81 y ss. Sin embargo, según los autores de la reforma, la regla de la responsabilidad civil del enfermo mental tendría una función preventiva-terapéutica, ya que este sujeto sería sensible a la posibilidad de pérdidas económicas importantes. Véase, en este sentido, Gomaa, "La réparation du préjudice causé par les malades mentaux", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1971, p. 49.

⁵ El texto inicialmente propuesto por el gobierno francés era el siguiente: "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. Mais les juges pourront en ayant égard à la situation respective de la victime et de l'auteur du dommage, modérer l'indemnité mise à sa charge. Ce pouvoir de modération n'est applicable ni à la responsabilité du fait des préposés ou des apprentis, ni aux responsabilités du fait des choses" (las cursivas son mías).

⁶ Según esta concepción, la culpa se equipara a un error de conducta, es decir, a una infracción del deber de cuidado. Véase Mazeaud y Chabas, *Leçons de Droit Civil*, t. II: *Obligations, théorie générale*, 8a. ed., París, Éditions Montchrestien, 1986, p. 460.

⁷ Mazeaud, Henri y Léon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5a. ed., t. I, París, Éditions Montchrestien, 1957, núms. 447-487.

En la jurisprudencia anterior a 1968, la falta de discernimiento era una causa de no imputabilidad, pero se daban unas cuantas excepciones o paliativos. Así, por ejemplo, la sentencia de 18 de diciembre de 1964, de la Sala de lo Civil de la Corte de Casación, establece que el trastorno mental no permite al guardián de una cosa o de un animal, aun padeciendo un trastorno mental, escapar de la responsabilidad derivada de un daño causado por la cosa o el animal que se tiene bajo guarda o custodia (artículos 1384.1 y 1385 del *Code Civile*). Otra excepción al principio de no imputabilidad del incapaz la representaba el caso de las personas inconscientes bajo el efecto de las drogas o del alcohol.⁸ La referida sentencia de la Corte de Casación de 18 de diciembre de 1964, en el denominado caso Trichard, consideró responsable de los daños causados a un epiléptico que en un momento de pérdida de conciencia embistió a un peatón con el coche que conducía, causándole heridas de importancia.⁹ Sin embargo, aunque encontramos estos correctivos jurisprudenciales a la clásica regla de la “irresponsabilidad” del enfermo de mente, los jueces son reticentes a reconocer la existencia de culpa en estos sujetos, y fundamentan tal responsabilidad en criterios puramente objetivos, de propiedad o guarda de la cosa o del animal que causa el daño.

Tras la reforma efectuada por la Ley de 1968, una parte de la doctrina alabó la decisión del legislador,¹⁰ pero algunos autores mostraron su desacuerdo con el criterio legislativo de obligar a reparar el daño a quien padece un trastorno mental, por considerar que quien no tiene capacidad de discernimiento no puede actuar culpablemente.¹¹ En el ámbito jurisprudencial se percibe la tendencia a tratar al sujeto que padece una alteración mental como un sujeto normal, de modo que se considera que el artículo 489-2 del Código Civil francés no crea un mecanismo autónomo para la reparación de los daños causados, sino que somete al sujeto incapaz “au droit commun de la responsabilité civile”.¹² Esta tendencia podría llevar a concluir que el

⁸ Véase Viney, *op. cit.*, p. 699.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Véase Le Tourneau, “La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental”, *JCP (Juris-classeur Periodique)*, t. I, 1971, p. 2401.

¹¹ Este el caso de Starck, citado por Viney, *op. cit.*, p. 701.

¹² Véase *idem*.

sujeto incapaz es un sujeto susceptible de incurrir en culpa, y quedaría, así, derogado el principio de incompatibilidad entre la ausencia de discernimiento y la culpa.¹³

Recientemente la Ley núm. 2007-308, de 5 de marzo de 2007, “portant réforme de la protection juridique des majeurs”, modifica el Código Civil francés en materia de personas mayores, y a partir de la entrada en vigor de tal modificación (1 de enero de 2009) el contenido del artículo 489-2 queda subsumido en el nuevo artículo 414-3, cuyo contenido literal es prácticamente idéntico al de su precedente: “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”.¹⁴

Si ya la reforma de 1968 suscitó críticas, es previsible que también esta última genere opiniones contrarias. Viney criticaba la responsabilidad a cargo de estas personas y proponía dos alternativas para evitar la desprotección de la víctima del daño:¹⁵ por un lado, un sistema de seguro obligatorio para los incapaces sometidos a una protección legal, y por otro, un fondo de garantía para los incapaces naturales, no sometidos a ninguna tutela legal, o bien para aquellos sujetos que sufren una pérdida súbita de conocimiento.¹⁶

En todo caso, habría que estudiar la viabilidad tanto del seguro obligatorio como de la creación de ese fondo de garantía en el marco socioeconómico actual. La técnica del seguro obligatorio contará, muy probablemente, con la oposición inicial de las compañías aseguradoras ante una circunstancia —daños causados por personas incapaces— que no goza de una elevada frecuencia práctica. La creación de un fondo de garantía por parte de las administraciones públicas plantea, por un lado, el problema de su financiación y, por otro, podría prestarse a actuaciones fraudulentas por parte de quien simule un estado de inconsciencia para poder acogerse al citado fondo.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Véase *Journal Officiel*, núm. 56, 7 de marzo de 2007, pp. 4325 y ss.

¹⁵ La referida profesora criticaba el criterio del legislador francés por considerar que implicaba reemplazar una injusticia por otra al descargar sobre la persona privada de capacidad la indemnización de todos los daños. Véase *op. cit.*, p. 707.

¹⁶ Esta autora concluye su apreciación crítica señalando que “il n'y aurait alors qu'avantage... à revenir à la solution qui faisait de l'absence de discernement une cause de non-imputabilité en matière civile”, *op. cit.*, p. 707.

De entre todos los legisladores europeos, el francés es, sin duda, uno de los más atrevidos a la hora de expresar su convencimiento de que los daños causados por personas que sufren trastornos mentales no pueden quedar sin reparar por los propios autores del daño.¹⁷ Con todo, no queda claro, a la luz del texto legislativo francés, si la ausencia de discernimiento es compatible con la culpabilidad, es decir, si la conducta del que padece un trastorno mental puede ser calificada como culpable.¹⁸

Aunque el propósito de los redactores de la norma francesa sea el de instaurar —al menos en relación al incapaz— una noción objetiva de culpa para justificar su responsabilidad, parece que, en realidad, se está confeccionando un modelo *ad hoc* que separa o diferencia al incapaz del resto.¹⁹ Modelo éste en el que parece pretenderse la sustitución de la negligencia por otro criterio objetivo que el legislador no se atreve a plasmar o, simplemente, no lo considera necesario.

La plena conciliación entre la culpa y la conducta dañosa del incapaz es, pues, el gran interrogante que parece quedar sin resolver en un ordenamiento, como el francés, que no duda en imponer una obligación de reparación por los daños causados.

¹⁷ También el nuevo Código Civil de los Países Bajos (2008) permite considerar responsable a la persona que ha causado un daño en estado de trastorno o anomalía psíquica (artículo 165.1, del libro sexto).

¹⁸ Desde la doctrina italiana, se dice que los juristas franceses interpretan el cambio legislativo operado en su propio ordenamiento en 1968 como si se hubiese mantenido sin variación la posición del legislador respecto a los enfermos mentales. Se trataría, así, de un supuesto de responsabilidad sin culpa en el que el enfermo de mente sigue siendo considerado como un sujeto falto de capacidad natural. Véase Patti, “Ancora sul *favor* del diritto civile per gli incapaci (e su una innovazione, di segno opposto dell’ordinamento francese)”, *Rivista di Diritto Civile*, t. II, 1983, pp. 644 y ss.; igualmente, Bregoli, “Figure di sorveglianti dell’incapace dopo l’avvento della legge 180”, en Cendon (coord.), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, ESI, 1988, p. 830.

¹⁹ Así se desprende de la presentación que de la ley de 1968 hace el Ministro de Justicia ante la Asamblea Nacional. Tras definir el cambio legislativo como de “une petite révolution juridique”, el ministro Foyer señala que el propósito de tal reforma es el de suprimir el elemento subjetivo de la culpa manteniendo el objetivo. Véase estas declaraciones del ministro Foyer en Venchiarutti, “La responsabilitá civile degli infermi...”, *cit.*, p. 508, nota 55.

III. EL CASO ITALIANO: AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL INCAPAZ EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO Y LA *EQUA INDEMNITÀ* SUBSIDIARIA

El análisis del ordenamiento civil italiano en la materia que nos ocupa podría orientarse partiendo de los tres principios rectores en la materia:

1) La ausencia de responsabilidad del sujeto que carece de capacidad de entender y querer (incapaz natural): “Non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non ha la capacità d’ intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato di incapacità derivi da sua colpa” (artículo 2046, Codice Civile).

2) La responsabilidad de su guardador: “In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere. il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell’ incapace, salvo che provi non aver potuto impedire il fatto” (artículo 2047, primer inciso).

3) La responsabilidad subsidiaria del incapaz en el caso de que el guardador no responda: “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 una equa indemnità” (artículo 2047, segundo inciso). El incapaz responde, pues, cuando no exista un guardador, cuando éste sea insolvente o cuando proporcione la prueba liberatoria a la que se refiere el precepto transrito. También habría que añadir al elenco de casos de responsabilidad subsidiaria del incapaz el supuesto de que sea el propio guardador el sujeto dañado por el incapaz.²⁰

Sin embargo, tal y como ha destacado algún sector doctrinal, esta última regla —la que establece la responsabilidad subsidiaria del incapaz en el derecho italiano— no tiene apenas aplicación práctica en la jurisprudencia, ya que la ecuación “enfermedad mental-pobreza”—que no siempre tiene que cumplirse— actúa como mecanismo di-

²⁰ Así lo apreció Venchiarutti, “La responsabilità civile dell’incapace”, en Cendon (coord.), *La responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza*, Giuffrè, 1988, p. 517.

susitorio a la hora de exigir una condena resarcitoria a las personas afectadas por estos trastornos.²¹

De igual manera que en Francia, también en Italia se ha propuesto como solución alternativa a la responsabilidad personal del enfermo de mente, la de que éste, o su guardador, contraten un seguro obligatorio, o se cree un fondo de garantía obligatorio para cubrir los daños provocados por esos sujetos. Se discute, sin embargo, su oportunidad, fundamentalmente por dos motivos: por un lado, la escasa importancia de los daños causados por estas personas y, por otro, la dificultad de encontrar la técnica aseguradora adecuada.²²

El Código Civil italiano de 1942 introduce, en el artículo 2046, una regla nueva respecto a su precedente de 1865 que, en el artículo 1306, disponía que “il minore è pareggiato al maggiore di età per le obbligazioni nascenti da delitto o quasi delitto”. Algo similar sucedió en el ordenamiento jurídico español, al suprimirse el contenido del párrafo segundo del artículo 32 del Código Civil. Ahora bien, el derogado artículo 1306 del Codice Civile se refería sólo al menor y no al incapaz que, en el Código de 1865, ni siquiera tenía responsabilidad subsidiaria, en las condiciones hoy establecidas en el artículo 2047.

Aunque no ha quedado al margen de debates doctrinales, parece que la responsabilidad a la que se refiere el artículo 2046, tal y como se deduce de su lectura, es una responsabilidad subjetiva y, por tanto, el incapaz de entender y querer respondería en todos los casos en los que la reparación del daño no estuviese sustentada en la culpa del agente del mismo.²³

²¹ Véase Cendon, “Profilo dell’infermo di mente nel diritto privato”, en varios autores, *Un altro diritto per il malato di mente*, ESI, 1988, p. 69.

²² Así lo refleja Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3a. ed., Cedam, 2005, p. 602.

²³ Frente a la opción de De Cupis (*Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3a. ed., Giuffrè, 1979, p. 179), que consideraba aplicable el artículo 2046 a todos los supuestos en los que el ilícito fuese originado por un incapaz (incluidos los casos de responsabilidad objetiva), la mayor parte de los autores se manifestaron en contra. Véase, a título de ejemplo, Devoto, *L’imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Giuffrè, 1964, p. 83. Igualmente, Monateri dice que carece de sentido preguntarse si el guardián de una cosa era o no imputable, o si el propietario de un vehículo estaba o no borracho en el momento en el que se produjo el accidente causado por el conductor de aquél (*op. cit.*, p. 263). Sólo excepcionalmente podría apreciarse la no imputabili-

La solución que da el legislador italiano de 1942 en los artículos 2046 y 2047 (ausencia de responsabilidad del incapaz natural, responsabilidad del guardador y obligación subsidiaria de reparación del incapaz) se considera *anacrónica* por una parte de la doctrina.²⁴ La principal propuesta de reforma del Código Civil en esta materia fue formulada por Cendon (la denominada *Bozza Cendon*, de 1986) que establecía la responsabilidad directa —y no subsidiaria— del enfermo agente del daño, en eventual concurso con la responsabilidad del guardador. En esta propuesta de reforma se reserva al juez un margen de valoración y apreciación, una capacidad para moderar la cuantía de la indemnización, en función de la edad, gravedad del estado de incapacidad o de las condiciones económicas de las partes. Este poder de moderación del juez, vigente en el Código Civil italiano, estaba ausente en la reforma francesa de 1968, y ello dio lugar a que algunos juristas italianos criticasen esta carencia.²⁵

De este modo, el artículo 41 de la *Bozza di Proposta di Legge*, elaborada por un grupo de juristas italianos dirigidos por el citado profe-

dad del propietario del vehículo (en casos de responsabilidad objetiva) cuando, por ejemplo y como establece el artículo 2054 del Codice Civile, se prueba que la conducción del coche se ha producido contra su voluntad. Monateri nos ilustra con el ejemplo —típicamente italiano— de que el propietario de un Ferrari resulte drogado por otro con el fin de que le deje el coche para una noche en la que causa un accidente (“La responsabilità civile”, en Sacco, Utet (dir.), *Trattato di diritto civile*, vol. III, 1998, p. 263, nota 20). La cuestión, sin embargo, no es pacífica. Una sentencia de la *Corte di Cassazione* de 29 de abril de 1993 entiende que si el incapaz, además de ser el conductor que causa el accidente de circulación, es el propietario del vehículo, no podrá ser considerado responsable de los daños por este último título.

²⁴ Véase Cendon, “La tutela civilistica dell’inferno di mente”, *La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione*, *Quaderni di Família*, 1, Milán, 2002, pp. 39 y ss. Esta concepción, que entendía anacrónica la regulación del Codice Civile, se apoyaba en las orientaciones de la psiquiatría moderna que consideraban antiterapéutica cualquier forma de “desresponsabilización” (social, moral o jurídica) del sujeto que sufre un trastorno psíquico. Para Cendon, “la responsabilità è un prezzo necessario da pagare per l’accettazione sociale”, véase *id.*, “La tutela civilistica...”, *cit.*, p. 40. Igualmente, Visintini, “La crisi della nozione di imputabilità nel diritto civile”, en *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri Editore, 2003, p. 194; y Petrelli, “Questioni aperte in tema di responsabilità civile”, en Ferrando (coord.), *Amministrazione di sostegno*, Giuffrè, 2005, p. 177.

²⁵ Véase Autorino Stanzione, “Sulla responsabilità dell’inferno di mente nell’esperienza francese”, *Rassegna di Diritto Civile*, núm. 1, 1991, p. 366, o Carbone, “Libertà e protezione nella reforma dell’incapacità d’agire”, 7 de diciembre de 2004, p. 22, <http://www.altalex.com/index>.

sor Cendon, sustituía el contenido del artículo 2046 del Codice Civile por el siguiente texto:

Danno cagionato dall'incapace.

Risponde del danno anche la persona che non aveva la capacità di intendere o di volere al momento in cui lo ha cagionato.

Salvo el caso in cui l'incapacità derivi da colpa dell'autore, il giudice può moderare l'ammontare del risarcimento, in considerazione dell'età, della gravità dello stato di incapacità e delle condizioni economiche delle parti.

Por su parte, el artículo 42 de la referida *Bozza* modificaba el artículo 2047 del Codice Civil, estableciendo una responsabilidad solidaria del guardador, salvo que éste probase no haber podido impedir el hecho dañoso.²⁶

En la práctica, según el principal autor de la citada reforma, el resultado no se separa demasiado del sistema vigente: de un régimen impregnado por el principio general de la ausencia de responsabilidad, corregido por la posibilidad de que el juez establezca una indemnización en equidad a favor de la víctima, se pasa a un sistema dominado por el principio general de responsabilidad del incapaz de entender o querer, modelado por la facultad reconocida al juez de moderar, en equidad, la cuantía de la indemnización.²⁷

Con esta propuesta, Cendon se alineaba con la revolucionaria reforma francesa de 1968, a diferencia de otros juristas italianos que manifestaron sus reservas respecto a la opción escogida por el legislador francés²⁸ y que, incluso, consideraban desfavorable para el incapaz el actual sistema del Código Civil italiano.²⁹ No falta, tampoco,

²⁶ El texto íntegro de esta propuesta de reforma del Código Civil, así como un comentario de la misma, se puede encontrar en Cendon, “Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del diritto civile”, *Politica del Diritto*, 1987, pp. 650 y ss.

²⁷ Así lo describe el propio Cendon, en lo que podríamos considerar interpretación auténtica de la norma. Véase *ibidem*, pp. 650 y 651.

²⁸ Así Bianca, “La protezione giuridica del sofferente psichico”, *Riv. Dir. Civ.*, t. I, 1985, p. 36; Autorino Stanzione, *op. cit.*, p. 369, o Busnelli y Patti, *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli Editore, Studi di Diritto Privato, 2003, p. 348.

²⁹ Sumamente interesante, en este sentido, es la discusión doctrinal mantenida a comienzos de los años ochenta entre Patti, para quien la norma del artículo 2047 era norma favorable al incapaz por establecer una simple responsabilidad subsidiaria de

en el panorama jurídico italiano de mediados del siglo pasado, quien justifica la exención de responsabilidad del incapaz, por las consecuencias de su ilícito, en el hecho de que no existe un presupuesto subjetivo mínimo de la responsabilidad que permita distinguir entre el acto del incapaz y el comportamiento inconsciente de un ser no humano o de un evento de la naturaleza.³⁰

En la actualidad, se ha tomado conciencia en Italia de la necesidad de sustituir la norma del artículo 2046 del Código Civil, y dotar de mayor virtualidad a la regla del segundo apartado del artículo 2047.³¹ La *Bozza Cendon* a la que hemos hecho referencia, cuenta hoy con el apoyo de quienes consideran que con ella se garantizaría una adecuación de la normativa del Código Civil italiano a la reforma de la capacidad de obrar en Italia, realizada por la Ley de 9 de enero de 2004, cuyo fundamento es el de *proteggere senza interdire* (proteger sin incapacitar), a través de la figura de la *amministrazione di sostegno*.³²

Y es que reglas, como la del vigente artículo 2046 del Código italiano, no son coherentes con la realidad de una persona que padece una discapacidad psíquica, activa y operante en la sociedad, que

éste susceptible de moderación, además, por el juez, y De Cupis, quien, en contra, consideraba que tal norma no se encontraba comprendida en el elenco de reglas civiles favorables a los incapaces por suponer una regla de responsabilidad objetiva. Véase tal polémica doctrinal, por orden cronológico, en De Cupis, “Il *favor* del diritto civile per gli incapaci”, *Riv. Dir. Civ.*, t. II, 1982, pp. 763 y ss.; Patti, “Ancora sul *favor* del diritto civile...”, *cit.*, pp. 642 y ss.; y, de nuevo, en De Cupis, “Postilla sul *favor* del diritto civile per gli incapaci”, *Riv. Dir. Civ.*, t. II, 1984, pp. 253 y ss.

³⁰ Véase Falzea, voz: “Capacità (teoria generale)”, *Enciclopedia di diritto*, t. VI, Milán, 1960, p. 43.

³¹ Véase Visintini, *Trattato breve della responsabilità...*, *cit.*, p. 600. Según esta autora, la regla del segundo apartado del artículo 2047 reviste escasa aplicación práctica por las condiciones económicas poco floridas en las que se suelen encontrar los incapaces. La citada autora demanda una mayor atención a esta materia, y la puesta en práctica de este precepto, exigida, en su opinión, por las nuevas directivas de la legislación especial sobre asistencia psiquiátrica que apuntan a una mayor *responsabilizzazione degli infermi di mente*. *Ibidem*. Por el contrario, otros autores, como Zeno-Zencovich, se muestran partidarios de mantener el sistema, hoy vigente, y sostienen que cualquier reforma legislativa de los artículos 2046 y 2047 del Codice Civile carecería de trascendencia práctica habida cuenta de la escasa aplicación de ambas normas derivada de la habitual insolvencia de las personas incapaces. Véase, del citado autor, “La colpa oggettiva del malato di mente: le esperienze nord-americana e francese”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1986, p. 13.

³² Véase, al respecto, Carbone, *op. cit.*, p. 22.

—como el resto o incluso con mayor probabilidad— es susceptible de originar ilícitos civiles. Se ha dicho que la regla de la ausencia de responsabilidad del incapaz constituye la regla *disabling* por excelencia, en la medida en que excluye que el comportamiento dañoso pueda ser valorado según el criterio de la culpa.³³

Pero ha habido también opiniones contrarias a las propuestas recogidas en la *Bozza Cendon* de 1986, respecto a la responsabilidad civil de las personas incapaces. Las críticas se sustentaban, fundamentalmente, en que tal obligación de resarcimiento para el incapaz protegería a la víctima, pero debilitaría la posición de un sujeto ya débil y al que la conciencia social pretende proteger. Además, por otra parte, se considera inadmisible que los incapaces contribuyan a reducir la responsabilidad que corresponda a las instituciones sanitarias.³⁴

En fechas recientes (2007), el mismo profesor Cendon promueve la redacción de otra propuesta de reforma del Código Civil, que lleva por título “Rafforzamento dell’amministrazione di sostegno e abrogazione dell’interdizione e dell’inabilitazione”. A través de los artículos 73 y 74 se sustituye el contenido de los vigentes artículos 2046 y 2047 del Código Civil, en los términos en los que lo hacía la anterior *Bozza* de 1986, es decir, estableciendo una responsabilidad directa del incapaz que el juez puede atemperar en atención a las circunstancias concurrentes y, de otro lado, una responsabilidad solidaria del guardador.³⁵

Esta nueva propuesta de reforma se justifica en la tendencia dominante en Europa en la línea de fomentar la autonomía de las personas incapaces, eliminando aquellos vestigios de tratamiento diferenciado, como puede ser la incapacitación (*interdizione* o *inabilitazione*) o la exención de responsabilidad civil por los ilícitos cometidos.

³³ Véase Morozzo Della Rocca, “L’imputabilità”, en Cendon (coord.), *La responsabilità civile. Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, Utet, 1998, p. 676.

³⁴ Véase tales críticas en Comporti, “Commentario al articolo 2046 Codice Civile”, *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, 2002, pp. 92 y ss. Como colofón a estas críticas, los autores que las formulan sugieren la oportunidad de crear un fondo de solidaridad que permita indemnizar los daños personales más graves causados por las personas incapaces.

³⁵ Esta propuesta legislativa se puede consultar en http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_news_it_2690_resource_orig.doc.

IV. OTROS ORDENAMIENTOS CIVILES EUROPEOS: PORTUGAL, ALEMANIA Y SUIZA

La respuesta que a esta materia ofrece el Código Civil de Portugal es muy similar —por no decir idéntica— a la del Código italiano. El artículo 488, intitulado “Imputabilidade”, al igual que el 2046 del Código italiano, dispone lo siguiente: “1. Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório”. Con todo, el legislador portugués establece, en la regla segunda de este precepto, una presunción de falta de imputabilidad respecto a los incapacitados por trastorno psíquico, presunción que, si bien será *iuris tantum*, puede dificultar las cosas a la víctima de un daño ocasionado por una de estas personas que, a pesar de la anomalia, conserve su capacidad de discernimiento.

La responsabilidad, en estos casos, se trasladaría a las personas obligadas a la vigilancia de otras (artículo 491), al igual que establece el primer párrafo del artículo 2047 del Código italiano.

Y de modo prácticamente idéntico a como lo hace el párrafo segundo del artículo 2047, el 489 portugués regula la indemnización subsidiaria, basada en la equidad, a cargo del incapaz. El tenor de dicho precepto es el siguiente:

1. Se o acto causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância. 2. A indemnização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos.

Hemos de apreciar, no obstante, que el legislador portugués, a diferencia del italiano, prescinde de las condiciones económicas de la otra “parte” de la obligación extracontractual, es decir, de la víctima del daño irrogado por el incapaz. Criterio este último que se conside-

ra prescindible habida cuenta de que lo relevante será la consistencia y solvencia del patrimonio de la persona obligada.

En Alemania, la regla general es la de la exclusión de responsabilidad de quien en estado de inconsciencia o de alteración de la actividad intelectual que excluyan la libre determinación de la voluntad, cause un daño a otro (parágrafo 827 del *BGB*).³⁶

La regla general de exoneración de responsabilidad tiene como contrapartida otra, establecida en el parágrafo 829, consistente en establecer un deber del incapaz de indemnizar por motivos de equidad. El citado parágrafo establece que:

Quien en los supuestos descritos en los párrafos 823 a 826 no es responsable de un daño causado por él, de acuerdo con los párrafos 827 y 828, debe reparar de todos modos el daño causado, siempre que la indemnización del daño no se pueda reclamar contra un tercero obligado por un deber de control y si, de acuerdo con las circunstancias, en especial, de las relaciones entre los partícipes, es exigible una compensación conforme a equidad y no se le prive de los medios que necesita para atender a su adecuado sustento, así como para el cumplimiento de sus obligaciones legales de alimento.

La indemnización en equidad prevista por el derecho germánico tiene algunas concomitancias con la prevista en el derecho italiano (artículo 2047, *Codice Civile*): en primer lugar, es subsidiaria respecto a la indemnización exigible al guardador o persona que tenga un deber de control sobre el causante material del daño y, en segundo lugar, depende de determinadas circunstancias, como las relaciones entre los partícipes interesados —que no aparece en el tenor del 2047.2 del Código italiano—, o las condiciones económicas del incapaz, sin mención expresa de la situación económica de la víctima del daño, al igual que sucedía en el derecho portugués.³⁷

³⁶ En el antiguo derecho alemán, las personas que padecían trastornos psíquicos estaban exentas de responsabilidad penal, pero no del resarcimiento civil del daño. Así, el *Landrecht* prusiano de 1794 preveía el resarcimiento del daño causado por los locos, siempre que no fuese posible obtener tal resarcimiento de los sujetos encargados de su custodia (ley 6, parágrafo 41). Véase esta referencia en Comporti, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

³⁷ Fuerza de Europa, Japón toma como modelo el *BGB* para elaborar muchos de los preceptos normativos de su Código Civil. Y, así, en este aspecto concreto, exonerá a

Similares a la regulación italiana, portuguesa o alemana de esta materia, son la suiza (artículo 54 del Código de las Obligaciones); o la belga (artículo 1386 bis del Código Civil).³⁸ No obstante, en ambos ordenamientos la indemnización en equidad a cargo del incapaz no aparece expresamente configurada con carácter subsidiario, es decir, exigible en defecto de la responsabilidad de las personas encargadas de la vigilancia del incapaz.

El artículo 54 del Código de las Obligaciones, de 1911, establece lo siguiente:

B. Responsabilité des personnes incapables de discernement

1 Si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé.

2 Celui qui a été frappé d'une incapacité passagère de discernement est tenu de réparer le dommage qu'il a causé dans cet état, s'il ne prouve qu'il y a été mis sans sa faute.

Desde hace algún tiempo está sobre la mesa un anteproyecto suizo de Ley Federal sobre la Revisión y Unificación del Derecho de la Responsabilidad Civil, elaborado por Widmer y Wessner. Este anteproyecto da nueva redacción al precepto regulador de las personas incapaces. El artículo 48 b) de la nueva propuesta normativa dispone lo siguiente:

quién no tiene capacidad de discernimiento necesaria para comprender el alcance de sus actos (artículo 713, Código Civil japonés). Hemos de observar un matiz diferenciador entre esta frase del Código Civil japonés y la correspondiente del artículo 827 del *BGB*, que se refiere al estado de inconsciencia o de enfermedad que afecta a la libre determinación de la voluntad y no a la capacidad de comprender el resultado del acto. En este sentido, creo que es más adecuada la expresión japonesa, porque lo importante no es tanto la alteración de la voluntad como la de la capacidad de discernimiento. De otro lado, el Código japonés no establece —como lo hace el *BGB*— una norma de indemnización subsidiaria del incapaz, con base en la equidad.

³⁸ El mencionado artículo 1386 bis dispone lo siguiente: “Lorsqu'une personne se trouvant en état de démence, ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale la rendant incapable du contrôle de ses actions, cause un dommage à autrui, le juge peut la condamner à tout ou partie de la réparation à laquelle elle serait astreinte si elle avait le contrôle de ses actes. Le juge statue selon l'équité, tenant compte des circonstances et de la situation des parties”.

En cas d'incapacité de discernement.

Si l'équité l'exige, eu regard notamment à la situation économique des parties, le tribunal peut exceptionnellement condamner une personne incapable de discernement à la réparation partielle ou totale du dommage qu'elle a causé.

Además de eliminar la *actio libera in causa*, contenida en la segunda regla del artículo 54 del Código de las Obligaciones, el anteproyecto fija en materia de responsabilidad civil, de modo expreso, como principal criterio de equidad, la situación económica de las partes, expresión idéntica a la del Código Civil belga y coincidente con la del resto de ordenamientos que regulan esta indemnización en equidad. La doctrina y jurisprudencia suizas sitúan esta norma en el marco de la responsabilidad objetiva, aun reconociendo que se trata de una regla atípica, que la convierte más en una excepción a la responsabilidad por culpa que en una verdadera regla de responsabilidad objetiva.³⁹

La incapacidad y la culpa, como desviación de un estándar medio de conducta, son consideradas, en la mayor parte de los ordenamientos europeos, ideas inconciliables entre sí.

V. LOS ORDENAMIENTOS CIVILES DE AMÉRICA LATINA

Una buena parte de los códigos civiles de América Latina siguen, en esta cuestión, la regla de exonerar de responsabilidad al incapaz, pero conceden al juez la posibilidad de fijar una indemnización equitativa y subsidiaria. Hablamos, por tanto, del supuesto en el cual la víctima no pudiese obtener la reparación del daño del obligado principal, es decir, de quien esté encargado de vigilar o cuidar al incapaz. Se sigue, así, el criterio de ordenamientos europeos como el italiano, el portugués o el alemán.

El Código Civil de Perú, el de Venezuela o el de Brasil son algunos de los que contienen normas en el sentido anteriormente expuesto.

³⁹ Véase Widmer y Wessner, “Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif”, pp. 121 y ss. Véase <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/datei/wirtschaft/gesetzgebung/hafthaftlich.Par.0003.File.tmp/vn-ber-f.pdf>. Asimismo, en este sentido, Werro, *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité*, 2a. ed., Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1986, pp. 126 y ss.

El Código Civil peruano, dentro del libro VI, intitulado “Fuentes de las obligaciones”, destina tres preceptos a regular la responsabilidad de las personas incapaces. El artículo 1975 (“Responsabilidad de incapaces con discernimiento”) establece lo siguiente: “La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”. Por su parte, el artículo 1976 (“Responsabilidad de representantes de incapaces sin discernimiento”) dice: “No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal”. Al igual que sucede en los ordenamientos europeos antes reseñados, el artículo 1977 del Código peruano establece una indemnización en equidad, al disponer: “Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo”.⁴⁰

Como se puede apreciar por el tenor de los preceptos referidos, lo más significativo del texto peruano es que se liga la responsabilidad del incapaz a su capacidad de discernimiento, respondiendo el representante legal en caso de que no exista tal capacidad. Quedaría pendiente de respuesta la cuestión de quién responde si no existe representante legal y sí un mero guardador de hecho.

Considero importante subrayar la idea acertada, en mi opinión, de reconocer la compatibilidad entre la incapacidad y la capacidad de discernimiento, idea ésta que no predomina en los códigos europeos. Prácticamente idéntica a la regulación peruana es la venezolana (artículos 1186, 1187, Código Civil), con la particularidad de que el Código de Venezuela no establece la responsabilidad solidaria del “representante legal” del incapaz —como sí lo hace el texto peruano—, responsabilidad que, por otra parte y como diré, pudiera resultar innecesaria.

⁴⁰ Señala Leysser L. León que acerca del artículo 1977 del Código de Perú circulan “dos lugares comunes, a saber, que se trataría de un supuesto de ‘responsabilidad civil objetiva’, y que el criterio de imputación allí plasmado es la ‘equidad’”. El autor se muestra disconforme con ambas consideraciones. Véase León, “Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa”, <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2007/leon.pdf>, p. 2.

La indemnización equitativa, establecida con carácter subsidiario, parece constituir el denominador común de la mayor parte de las legislaciones civiles de Iberoamérica. Al igual que en Perú o en Venezuela, en Brasil es objeto de regulación en el párrafo segundo del artículo 928 de su Código Civil, pero, a diferencia de lo que sucede en aquéllos, no se distingue entre incapaces con capacidad de discernimiento e incapaces sin esa capacidad.

Parcialmente diferente es el criterio adoptado en el Código Federal de México. En el texto mexicano, la responsabilidad del incapaz (que no indemnización en equidad) es subsidiaria respecto a la responsabilidad de sus representantes legales (artículo 1911 en relación con el 1921 y el 1922). Tampoco se diferencia al incapaz con capacidad de discernimiento del incapaz sin tal capacidad. Su responsabilidad, siempre subsidiaria, es independiente de su capacidad de discernimiento y, además, no parece sustentarse en la equidad, sino en una especie de responsabilidad objetiva.

En el recorrido por los ordenamientos civiles latinoamericanos, nos hemos encontrado con alguno, como el de Ecuador, que se limita a exonerar, completamente, de responsabilidad al “demente” (artículo 2246, Código Civil); o el de Costa Rica que omite cualquier referencia expresa a esta cuestión, desplazándola al ordenamiento penal, a través de un artículo, el 104, cuyo tenor recuerda bastante al del artículo 118.1.1 de nuestro Código Penal:

En los casos de imputabilidad [penal, se entiende], subsiste la responsabilidad del incapaz, siempre que queden asegurados sus alimentos o los gastos que ocasione su internamiento y de ella serán subsidiariamente responsables sus padres, tutores, curadores o depositarios que hubieren podido evitar el daño o descuidado sus deberes de guarda. La misma regla se aplicará en el caso de los semi-imputables.

Finalmente, interesa destacar la pretendida evolución que Argentina trata de experimentar en esta materia. La regla vigente es la de ausencia de responsabilidad del “demente” (artículo 1076 del Código Civil).⁴¹ Como la regla se considera injusta en aquellos casos en los

⁴¹ Regla que se ve reforzada con la establecida en el artículo 921 del mismo texto legal, según la cual “los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren ac-

que la persona incapaz con un elevado poder adquisitivo cause daños a una persona con pocos recursos, de la que dependa toda su familia, se acude a figuras tales como la del enriquecimiento injusto o a la teoría del riesgo causado por las cosas que están al servicio o cuidado de uno.⁴²

Un cambio radical en esta materia deriva del Proyecto de Código Civil de 1998, de unificación del derecho privado en Argentina, que en su artículo 1618 establece que de los actos involuntarios es igualmente responsable “quien actúa sin discernimiento, quedando a salvo la responsabilidad del representante legal que en su caso corresponda”. La nueva norma se asimila bastante a la norma francesa de responsabilidad del incapaz.

VI. LA “CULPA OBJETIVA” DEL INCAPAZ EN EL SISTEMA DEL *COMMON LAW*

La experiencia americana en este aspecto es sumamente relevante. Son dos los principios que orientan el tratamiento de los enfermos mentales ingresados en centros sanitarios específicos: de un lado, la finalidad del tratamiento debe atender a la recuperación del enfermo y a su integración en la comunidad; de otro lado, el tratamiento de la enfermedad mental debe realizarse conforme a métodos que promoviendo la libertad del paciente favorezcan su “responsabilización”. En los Estados Unidos de América la regla general es, pues, la de la responsabilidad de las personas que padecen trastornos psíquicos ante los daños causados a terceros.⁴³ La actualización, en 1948, del Resta-

tos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón”.

⁴² Véase Seuba Torreblanca *et al.*, “Daños causados por personas con trastornos mentales”, *Indret* 2/2004, www.indret.com, pp. 12 y ss.

⁴³ En el ámbito del *Common Law* estadounidense, se considera que el *leading case* en esta materia es el de *Williams vs. Hays* (1899). Puede verse la resolución y comentario de la misma en Horblower, “Insanity and the Law of Negligence”, 5, *Columbia Law Review*, 1905, pp. 278 y ss. El caso, en realidad, no se refiere a una persona que padecía un trastorno psíquico sino al comandante de una nave que, después de conducirla durante más de cuarenta y ocho horas, ingiere un medicamento con quinina,

tement of Torts ha fijado el principio de la responsabilidad del incapaz (parágrafo 283), y el Restatement (Second) of Torts de 1965 confirma tal principio (parágrafo 283 B).⁴⁴ Algunos estados incorporaron esta regla a sus ordenamientos, como es el caso de California (Civil Code, sección 41) o Montana (Code Annotated, sección 27-1-711) en los que se establece la responsabilidad por daños, excluyendo los *exemplary damages*, salvo que se tenga capacidad para comprender el alcance de estos últimos.⁴⁵ Otros, sin embargo, como Louisiana, siguen la regla del *Civil Law* que contempla la enfermedad mental como una causa de exoneración de responsabilidad.⁴⁶

Al igual que en Francia, el estándar de culpa exigible es un estándar objetivo, prescindiendo de las concretas aptitudes psíquicas del sujeto, pero a diferencia de aquel país, en los Estados Unidos prevalecen las razones sociales sobre las jurídicas a la hora de considerar responsable al que sufre un trastorno psíquico. Se dice que la adopción de un régimen de exención de responsabilidad determinaría una reacción de toda la colectividad contra los intentos de integración de estas personas, que evitaría cualquier contacto o relación jurídica con ellas ante la no responsabilidad de las mismas y plantearía en la conciencia social la necesidad de volver a una estructura de reclusión y aislamiento de los enfermos mentales.⁴⁷ Se considera, en definitiva, que todo lo que ponga de relieve la diversidad de esos sujetos contribuye a aumentar su aislamiento social.

cae en un estado de inconsciencia y, poco después, el barco naufraga. Aunque el comandante resulta exento de responsabilidad, los jueces declaran que “the general rule is that an insane person is just as responsible for his torts as a sane person”. Y, a partir de aquí, el principio de las responsabilidad del incapaz se convierte en una *rule of law* en el derecho angloamericano.

⁴⁴ Sin embargo, no siempre ha sido ésta la regla predominante. En el primer Restatement of Torts, publicado en 1934, establecía, en el parágrafo 283, que “a reasonable person standard should be employed unless the actor is an insane person”.

⁴⁵ Véase Splane, “Tort Liability of the Mentally ill in Negligence Actions”, *Yale Law Journal*, 1983, p. 156.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Véase estas ideas en Comporti, *op. cit.*, pp. 84 y 85, y en Zeno-Zencovich, “La colpa oggettiva del malato di mente: esperienze nord-americana e francese”, en Cendon (coord.), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, ESI, 1988, pp. 850 y ss.

También en el derecho americano se ha suscitado el debate sobre el concurso de culpa de los incapaces en los ilícitos en los que él resulta dañado. En estos casos, a diferencia de aquellos otros en los que el incapaz es el autor del daño, se acude a un criterio de culpa subjetiva, de modo que si la incapacidad es absoluta no se aprecia el concurso de culpa ni, en consecuencia, la disminución del *quantum indemnizatorio*; si no lo fuese, se puede considerar un eventual concurso de culpa. El enfermo mental, víctima de un daño en el que ha colaborado, aparece, según esta tesis, como un sujeto menos amenazante y peligroso que el incapaz autor del daño. Esta distinción ha sido objeto de fuertes críticas entre algunos de los autores americanos que se han ocupado de esta materia.⁴⁸

La adopción de un criterio objetivo de culpa para un caso y la de un criterio subjetivo para otro carece, en mi opinión, de fundamento, porque supondría tratar de modo diverso conductas destinadas a producir o aumentar un daño respectivamente, pero procedentes de un mismo sujeto, y que exigirían, por tanto, un parámetro de valoración unívoco. Ahora bien, una cosa es esta distinción injustificada, a mi juicio, y otra distinta es considerar que la culpa objetiva, perfilada según el molde del “hombre razonable”, es el criterio idóneo —como se ha dicho—⁴⁹ para integrar en la sociedad a las personas incapaces. Como he tratado de defender anteriormente, el criterio objetivo es “penalizante” no sólo respecto a las personas incapaces sino respecto a cualquier persona a la que, por cualquier circunstancia, no pueda exigírsele la diligencia propia del difícilmente delimitable “hombre medio” o *reasonable man*.

VII. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES: LAS VARIACIONES SUBJETIVAS DEL ESTÁNDAR DE CONDUCTA Y LOS PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW

Los diferentes sistemas expuestos podrían sintetizarse en dos grandes grupos:

⁴⁸ Véase Splane, *op. cit.*, pp. 157 y 170.

⁴⁹ Splane, *op. cit.*, pp. 160 y ss.

a) Aquellos ordenamientos que parten de una especie de presunción de no responsabilidad del incapaz; pero, para no dejar del todo desprotegida a la víctima, establecen la posibilidad de fijar una indemnización subsidiaria del incapaz, basada exclusivamente en la equidad, porque se entiende que el incapaz no puede ser declarado culpable de sus actos. El fundamento de esta responsabilidad es la equidad o, incluso, la responsabilidad objetiva o por riesgo.

b) Aquellos otros que establecen la plena responsabilidad civil del incapaz, desde una concepción de culpa *ad hoc*, diferente y despojada de cualquier matiz subjetivo (Francia u ordenamientos del *Common Law*).

No es fácil determinar en qué grupo se ubica el ordenamiento español. El silencio del Código Civil al respecto y la particular regulación del Código Penal no permiten saber con claridad si la eventual responsabilidad civil del incapaz se funda en una responsabilidad por culpa objetiva, que la aproximaría mucho a una responsabilidad objetiva; o bien, por el contrario, se encuadra en la misma concepción de culpa aplicable al resto de personas, aunque con variaciones: las variaciones subjetivas del estándar de conducta.

A mi juicio, y como he defendido en otros lugares, el estándar de conducta aplicable a las personas con discapacidad es susceptible de ser adaptado a las características psíquicas del grupo de personas al que pertenece la que comete el daño, de acuerdo con determinados cánones o parámetros.⁵⁰ En esta línea parecen discurrir los Principles of European Tort Law (PETL).⁵¹ La evolución experimentada en este ámbito es significativa: de exonerar de responsabilidad a estas personas por no poder adaptarse a un estándar medio de conducta

⁵⁰ Véase *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, cit., pp. 59 y ss., donde nos hemos atrevido a fijar algunos de estos parámetros que podrían servir, en su caso, al juez para declarar la responsabilidad subjetiva de una persona con discapacidad psíquica.

⁵¹ Los PETL fueron elaborados por el denominado European Group on Tort Law y presentados en Viena, en mayo de 2005. Véase los múltiples trabajos del artífice español de estos principios, Martín-Casals, “Una primera aproximación a los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, *Revista Indret* 2/2005, p. 12; o “Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil”, 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 2002, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf>, p. 16.

(el del *reasonable man*), se pasa a adaptar y flexibilizar ese estándar medio de conducta a las circunstancias de esas personas, de modo que pueden ser susceptibles de responsabilidad ante los daños personales o patrimoniales originados a terceros.⁵²

⁵² Para un estudio más profundo sobre la regulación de la responsabilidad por daños ocasionados por personas con discapacidad en los PETL, véase Yáñez Vivero, “El tratamiento de los daños causados por personas con discapacidad en los Principles of European Tort Law”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 2009.