

No debe silenciarse el breve y valioso prólogo del libro, firmado por el prof. Christian Starck, Presidente de la Academia de Ciencias de Göttingen. Hay en él ideas sólo apuntadas, pero que deben tenerse en cuenta: el Estado no puede franquear, en aras de la tolerancia, el límite que constituyen los derechos fundamentales, de un lado, y las normas prohibitivas de conductas, de otra. De hacerlo caería en la arbitrariedad o en la debilidad. Y otra idea que no debe perderse de vista: no sólo la mayoría debe tolerar a la minoría, sino que también la minoría debe tolerar a la mayoría. En una idea esta última que cobra especial relevancia en nuestra España de hoy: también la mayoría –y sus valores, aunque sólo se trate de valores sociológicos– merece el respeto de la minoría.

Margarita FUENTESECA  
Catedrática de Derecho Romano  
Universidad de Vigo

**YÁÑEZ VIVERO, Fátima: *Culpa civil y daño extracontractual originado por una persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 22, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, 255 pp.***

La monografía de la profesora Yáñez Vivero aborda una cuestión de gran atractivo jurídico por la confluencia de dos sectores en continua evolución y siempre actuales: el Derecho de daños y el Derecho de las personas con discapacidad. Y lo hace, como indica su propio título, desde la perspectiva del Derecho europeo de daños. Esta perspectiva no hace que el análisis del ordenamiento jurídico español deje de ser exhaustivo, que lo es; si a ello se añade un profundo conocimiento del Derecho comparado sobre la materia a tratar (que incluye las principales legislaciones europeas –especialmente, aunque no sólo, la italiana–, de Estados Unidos, América del Sur, etc.), y sobre ese amplio conocimiento, se vierte una honda y sosegada reflexión, es fácil imaginar que nos hallamos ante una obra profunda y completa.

La autora parte de una premisa, que de un modo u otro late en toda la obra, y que hace que la misma tenga personalidad propia: la insistencia en que la responsabilidad (extracontractual en este caso) de las personas con discapacidad no es una carga más a sumar a su propia limitación, sino que por el contrario, es un factor que puede contribuir a la afirmación de su dignidad, y por supuesto, a su plena integración en la sociedad. De alguna forma, es la traslación del *no hay libertad sin responsabilidad*. Pues bien, la autora nos va llevando por un camino en el que no hay más remedio que concluir que *no hay dignidad sin responsabilidad*.

Y ciertamente esta óptica de igualdad e integración es la que debe presidir cualquier consideración sobre la discapacidad. Dicha óptica, comúnmente aceptada en nuestro entorno desde hace décadas, pasa a ser *obligada* para España, tras la ratificación de la decisiva Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Dicha Convención forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y sobre ella ya ha habido pronunciamientos del Tribunal

Supremo (cfr. STS de 29 de abril de 2009). Si su artículo 12 proclama el *Igual reconocimiento como persona ante la ley* y en concreto que «2. *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*», no sería lógico aplicar tratamiento radicalmente distinto al punto de la responsabilidad patrimonial por hecho propio.

La obra de la profesora Yáñez llega a esta conclusión, pero desde un enfoque neutro, que parte de un análisis sin prejuicios ni *proteccionismos*, llegando a este corolario de modo natural. Y digo de modo natural, porque encaja con otros principios concurrentes como la protección de la víctima, o el principio culpabilístico, que no ha dejado de ser uno de los criterios de imputación propios de nuestro sistema de Derecho de daños.

Se estructura la monografía en torno a cinco capítulos, el primero de ellos con cuestiones preliminares y el último con reflexiones conclusivas. El centro de gravedad es la responsabilidad extracontractual, y por ello, el esquema de la obra se centra en los elementos de ésta, eligiendo los que quedan modalizados por el hecho de que el autor del daño esté afectado de una discapacidad psíquica o intelectual.

Los Preliminares de la obra se centran, como no podía ser de otro modo, en la presentación del objeto de estudio y en plantear la necesidad de reformular la responsabilidad civil de las personas incapaces en nuestro sistema. Es sabido, que desaparecido el artículo 32 CC, nuestro sistema proclama la responsabilidad de padres y tutores por daños causados por menores y tutelados, pero sin aclarar exactamente cuál es la responsabilidad propia de éstos. La doctora Yáñez sitúa la cuestión en su contexto actual adelantando el núcleo de su propuesta: que la culpa, como fundamento o criterio de atribución de la responsabilidad, no deje fuera a personas que tengan unas particulares características subjetivas, sean éstas inferiores o superiores a las del hombre medio (p. 28). Aclaradas cuestiones terminológicas, se hace referencia a los *Principles of European Tort Law (PETL)* elaborados por el *European Group on Tort Law*, que no pretenden desplazar las normas existentes en cada uno de los Derechos privados nacionales, y carecen de carácter vinculante para los ciudadanos de la Unión Europea, pero que pueden servir de guía orientadora para particulares, jueces y legisladores. No en vano estos principios ya han sido objeto de atención por nuestro Tribunal Supremo, de forma que podrían convertirse en fuente complementaria de integración de los ordenamientos nacionales (p. 33).

El capítulo II, como ya adelantaba, analiza los elementos de la responsabilidad civil extracontractual que afectan al supuesto de estudio. El elenco clásico de elementos necesarios para que surja la responsabilidad civil consta de una acción u omisión, que ha de ser antijurídica (contraria a Derecho), productora de un daño en un tercero, existiendo un nexo de causalidad entre ambos (acción u omisión y daño), y existiendo un criterio que permita imputar dicha responsabilidad en el demandado, criterio que normalmente es la culpa, aunque la Ley admite otros. Cada uno de estos elementos plantea infinidad de cuestiones de interés. La autora atribuye el mayor peso específico al que interesa a las características especiales del causante del daño, y que es el de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. Prueba del protagonismo que le atribuye es precisamente el título de la obra: *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*.

En estas coordenadas, el capítulo II se estructura en tres apartados: el primero de ellos, dedicado a la imputabilidad civil, un elemento presunta-

mente ínsito en la idea de culpa (que la autora se encarga de reinterpretar), el segundo, dedicado a la culpa civil del incapaz, y el tercero a la relación de causalidad. Respecto a la discutida y discutible imputabilidad civil, identificada por algunos con la capacidad discernir la trascendencia de sus actos y prever sus posibles consecuencias, hallándose además en condiciones de actuar de acuerdo con dicho entendimiento para evitar el daño previsto, Yáñez Vivero afirma que se trata de una «noción en crisis que deber ser superada y sustituida por aquella que la conciba como atribución o asociación de un daño a una determinada persona en función de diversos criterios independientes, todos ellos, de la capacidad del sujeto» (p. 44).

A continuación, en lo que a mi modo de ver constituye una de las partes fundamentales de la obra, se aborda, en el apartado II de este capítulo II, la culpa civil (y en su caso, el dolo) concurrente a la acción dañosa del incapaz. Es conocida la dificultad de definición del concepto culpa, y la autora va exponiendo los diferentes intentos hechos en torno a la desviación de un modelo de conducta (p. 46), la previsibilidad del daño (p. 49) o la configuración subjetiva u objetiva de la misma (p. 51), todo ello con un enriquecedor enfoque de Derecho comparado. El criterio objetivo, propio de la legislación francesa (culpa como constatación de la violación de un deber u obligación antijurídica o *faute objective*, error objetivo de conducta) presenta carencias, al no tener en cuenta las características psicofísicas del agente del daño, pero el subjetivo, que sí lo hace, puede llegar a exonerar de responsabilidad a persona incapaz por considerar que no se le puede exigir el canon de diligencia propio del ciudadano normal (p. 53), lo que tampoco resulta satisfactorio en todo caso. Si ha de inclinarse la balanza en alguna dirección, la doctora Yáñez considera más justo el patrón o canon subjetivo de culpa, pero siempre que permita aplicar diferentes modelos de conducta. Esta «resubjetivización» que propone –inspirada en el Anteproyecto suizo de responsabilidad civil y en la doctrina italiana– se materializa en la apreciación de variaciones subjetivas del estándar que no dejen fuera de la responsabilidad civil ni a las personas superiores ni inferiores a la media (pp. 57 a 59). Una de las virtudes de esta obra es que ninguna cuestión importante queda simplemente apuntada sino que se entra a fondo y en concreto, se describen con el detalle suficiente los parámetros para elaborar el modelo de conducta exigible a las personas incapaces (pp. 59 a 61). O sea, que se nos propone el mantenimiento del fundamento de la responsabilidad civil basado en la culpa, medida ésta con unos parámetros adaptados a las circunstancias concretas no de la persona en cuestión, sino del grupo de personas al que aquélla pertenece, y para ello se nos dan unas pautas razonablemente concretas. En esta línea, los *PETL* reflejan también una culpa subjetiva objetivada, es decir, adaptada a determinados estándares de conducta en función de circunstancias de edad, discapacidad física o psíquica, pero fijadas de modo genérico (p. 64).

Otra de las virtudes de la monografía –muy de agradecer para el lector– son las recapitulaciones, con sus reflexiones conclusivas, que la autora va intercalando en los lugares oportunos. En ese sentido, resulta muy útil la de cierre acerca del concepto de culpa en sí mismo (al margen del estándar de comparación). Se defiende que «la exigencia de la capacidad o de previsión o de representación del resultado dañoso debería ser sustituida por la capacidad de comprensión o reconocimiento del resultado dañoso» (p. 66), capacidad para reconocer el resultado que habrá de medirse de acuerdo a ciertos parámetros objetivados o tipológicos (p. 68).

El apartado III del capítulo II se ocupa, con mucha más brevedad que el anterior, de la apreciación de la discapacidad en la culpa de la víctima, de cara a su interferencia en la relación de causalidad. En coherencia con el planteamiento global de la obra, ha de mantenerse que la conducta concurrente de la víctima, aunque sus facultades mentales estén limitadas, pero en la que se pueda apreciar una cierta culpa, de acuerdo con ciertos estándares de conducta, ha de ser considerada causa de reducción de responsabilidad y por tanto de la correspondiente indemnización (p. 74). No acaba aquí, no obstante, el análisis de los requisitos de la responsabilidad extracontractual, porque en otro lugar de la obra se estudian algunos aspectos específicos del daño causado por el incapaz (el daño moral ocasionado por el incapaz como objeto de resarcimiento por parte de su tutor o guardador, o los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de una casa, pp. 182 a 184).

Hecho el análisis de los elementos de culpa y relación de causalidad, el capítulo III examina de modo global (es el capítulo más extenso de la monografía) todo lo referente a los sujetos responsables. La autora critica el sentido del planteamiento del Derecho positivo: partir de la responsabilidad de padres y tutores y no del propio incapaz, es decir, una responsabilidad preconcebida, por definición como por hecho ajeno. Cuando, como va demostrando a lo largo del capítulo, debería configurarse como principal y directa, sin perjuicio de la responsabilidad de otros sujetos. Por ello, este capítulo se divide en tres apartados: el primero, dedicado a la principal de sus propuestas, a saber, la responsabilidad civil del sujeto incapaz por sus propios actos, el segundo la responsabilidad de otros sujetos por el acto ilícito del incapaz, y el tercero, completando los dos anteriores, el tratamiento de ambas responsabilidades en el Código penal.

El apartado I de este capítulo III comienza, a modo de introducción, con una referencia a la legitimación del incapaz para actuar en otros ámbitos jurídicos (pp. 75 y ss.); el hecho de que el régimen general de los contratos celebrados con incapaces sea el de la anulabilidad, susceptible por tanto de confirmación; el reconocimiento de la «contractualidad de la vida cotidiana» (p. 80), así como la responsabilidad contractual del deudor, incapaz en el momento de cumplimiento de la prestación (p. 82), son indicadores del reconocimiento de cierta autonomía contractual del incapaz que sirve de argumento de apoyo para la afirmación de su responsabilidad fundamentada en la culpa.

Centrándose en la responsabilidad civil extracontractual, el apartado II de este capítulo muestra una panorámica del tratamiento de la responsabilidad por hecho propio del incapaz, tanto en nuestros antecedentes legislativos y Derecho actual (p. 86 a 90), como en el Derecho comparado, agrupado en torno a los ordenamientos que se basan en la ausencia de responsabilidad del incapaz y que como posible criterio de atribución de la obligación de indemnizar acuden a la equidad, o incluso a una responsabilidad objetiva (Italia, pp. 94 y ss.; Alemania, p. 101, etc.) frente a otros sistemas que se basan en la plena responsabilidad del incapaz sobre la base de una culpa más o menos objetivada (Francia, pp. 88 y ss., sistema del *Common Law*, pp. 105 y ss.). La referencia a estos sistemas no se limita a una mera descripción de Derecho comparado, sino que se exponen las actuales propuestas doctrinales en los países respectivos (en especial, la propuesta *Bozza Cendon*, en Italia, pp. 98 y ss.). Los países mencionados aquí no son más que una muestra de los expuestos en la monografía: Suiza, Portugal, Perú, México, etc.).

Tras unas reflexiones sobre un tema conexo –la incapacidad voluntariamente buscada por el sujeto que la padece (p. 108)– con las que se concluye este apartado II, el apartado III del capítulo III realiza (ése es su título) una «Propuesta de formulación de un estatuto jurídico de responsabilidad civil extracontractual de la persona incapaz». Así enunciado, queda claro que recoge la esencia de la obra. A lo largo de seis puntos, en los que se van abordando los posibles diversos fundamentos de una eventual responsabilidad del incapaz (responsabilidad objetiva, p. 110; conducta descuidada del agente como posible origen de la responsabilidad, p. 111; equidad, p. 113; culpa, p. 118; o incluso las «expectativas razonables de la víctima», p. 116), la autora va construyendo un razonamiento, que le lleva a sostener la plena responsabilidad civil principal –y no subsidiaria– de las personas con discapacidad y ello por el repetidamente citado fundamento de la culpa, entendido como «desviación de un cierto estándar de conducta adaptado a las personas que se encuentran en esa situación (cfr. art. 4:102 de los *PETL*)» (p. 120). Y para sostener esta responsabilidad no hace falta recurrir a principios constitucionales, cuya eficacia para este caso sería discutible (p. 121) sino al propio sistema de responsabilidad civil, basado en un patrón de culpa subjetivo, atemperado por ciertos parámetros tipológicos, desligados por completo de las expectativas razonables de la víctima, es decir, de su cognoscibilidad o no de la deficiencia o discapacidad de la persona que le cause el daño, de su capacidad de entender y de querer, y sin perjuicio, naturalmente, de los supuestos legales de responsabilidad objetiva (pp. 121 y 122).

El apartado II de este capítulo III estudia lo que para el Código civil es, justamente, la base del sistema: la responsabilidad de los guardadores por hecho ajeno: el daño causado por el incapaz. En el análisis de los aspectos generales, que abre este apartado, destaca el de la culpa propia de los guardadores como fundamento de esta responsabilidad por hecho ajeno; culpa *in vigilando*, que se mantiene en los *PETL*, con una inversión de la carga de la prueba, que le impone demostrar que «ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión» (art. 6:101 *PETL*). Con buen criterio, la profesora Yáñez advierte de los peligros de una aplicación automática de esta inversión, pues «... cada vez resulta más forzado establecer una relación causa-efecto entre la falta de vigilancia del guardador y el acto dañoso causado por el incapaz... y que debería hacernos pensar si hoy, abandonado el planteamiento de custodia y sobreprotección que antes tenía la tutela, sigue teniendo sentido mantener esa inversión de la carga de la prueba» (pp. 130 y 131). Por eso propone la acreditación y prueba por parte del demandante de la existencia de la culpa del sujeto cuya responsabilidad se solicita (y no la presunción) con valoración de circunstancias como el conocimiento de la gravedad o trascendencia de la anomalía del sujeto a guarda. Además, su responsabilidad no es la de un sustituto del verdadero agente del daño sino de «un sujeto que se sitúa al lado de éste para reforzar su posición frente a la víctima y garantizar mejor, así, el resarcimiento del daño a esta última» (p. 133). Poner en tela de juicio la inversión de la carga de la prueba es la otra cara de la moneda de la afirmación de la responsabilidad propia del incapaz, tesis mantenida por la autora.

Tras estos aspectos generales se afrontan, en el punto 2 del apartado II, una serie de cuestiones referidas a los requisitos de la responsabilidad de los tutores, en concreto la interpretación de la necesidad de cohabitación con el tutelado (p. 135) sobre todo en los casos de personas jurídicas tutoras (p. 140). A la vista del creciente número de tutelas atribuidas a fundaciones públicas o

privadas, este tema apuntado en la monografía será a buen seguro, objeto de futuros estudios y de una atención más detallada por parte del legislador.

En la guarda, y en general, en el ámbito de relaciones diarias con el incapaz concurren otra serie de sujetos, cuya responsabilidad ha de ser analizada, al margen de que no entren en sentido estricto en el supuesto de hecho del artículo 1903 CC. En concreto ha de conocerse la posible responsabilidad de los guardadores de hecho (pp. 147 y ss.), generalmente familiares; del psiquiatra y de los centros sanitarios que tratan al enfermo (pp. 157 y ss.); del empresario, de las Administraciones públicas, de los aseguradores, etc. de todo ello se trata en el punto 3 del apartado II del capítulo III.

La descripción de cada uno de estos posibles sujetos responsables va seguida de otro punto (el 4) en el que se analizan algunos problemas comunes a todos ellos: la prueba liberatoria de su responsabilidad por hecho ajeno (p. 173), así como los posibles ingresos derivados de la indemnización de sus propios daños sufridos en el ejercicio de su función tutelar, en aplicación del artículo 220 CC, o de una eventual acción de reembolso con base en el artículo 1904 CC, que hoy por hoy no es contemplada expresamente (pp. 177 y ss.).

Cualquier estudio de responsabilidad civil ha de tener presente que la responsabilidad civil derivada de delito es *civil*. Por eso, es insoslayable la referencia a las normas del Código penal sobre este punto. Y ello con particular relevancia en este caso por cuanto «Será altamente frecuente que el ilícito dañoso originado por la persona incapaz constituya un delito o falta tipificado en el Código penal» (p. 185). En la monografía comentada, se dedica a este punto el apartado III y último del capítulo III. En este apartado la autora efectúa un desdoblamiento coherente con los dos apartados anteriores del capítulo III. Es decir, primero, en el punto 1 aborda la responsabilidad civil del propio incapaz derivada de un ilícito penal (pp. 185 y ss.) y en el punto 2, la de los tutores y guardadores por el ilícito penal cometido por el incapaz (pp. 191 y ss.). De la primera destaca su carácter de responsabilidad por culpa susceptible de ser moderada *ex* artículo 118.1.1.º Cp, y de la segunda (art. 120 Cp) afirma que contiene un tratamiento más razonable de la responsabilidad civil que su «homólogo» artículo 1903 CC, en cuanto que aquél dice que los sujetos que ostentan la guarda legal o de hecho del incapaz responden civilmente sólo si se acredita previamente su culpa o negligencia (pp. 192 y 193). En este sentido, resultan muy interesantes las concordancias y discordancias expuestas entre el régimen del Código civil y el del Código penal (pp. 196 y 197), inclinando la balanza hacia las bondades de este último (pp. 197 y ss.) condensadas en cuatro puntos, a cuya lectura remito. Y en cualquier caso, propugnando la necesidad de unificación ante una dualidad normativa que no por conocida y tratada deja de ser problemática (punto 5, pp. 199 y ss., y también capítulo IV).

De forma más sucinta, el capítulo IV, sobre la base de lo ya expuesto, aporta la visión diríamos «dinámica» del sistema, a saber: la relación entre las diversas responsabilidades concurrentes y la reparación del daño.

En el apartado I de este capítulo se trata de la pluralidad de personas responsables civiles del daño originado por un incapaz y, en coherencia con su planteamiento de fondo, afirma la autora «... entiendo, de acuerdo con lo expuesto a lo largo de este estudio, que la responsabilidad por “otros”, en este ámbito, tiene su razón de ser cuando el sujeto “dependiente” sometido al control o vigilancia del “vicario” no es, en absoluto, responsable, porque entonces el “ansia de resarcimiento” que inspira el Derecho de Daños debe

buscar necesariamente un sujeto a quien atribuir los daños de “otros”. Sin embargo, cuando ese sujeto –dependiente de otro– es responsable porque, aun incapaz, es susceptible de incurrir en culpa, carece de sentido concebir la responsabilidad por “otros” como una responsabilidad principal y solidaria» (p. 205). Por eso critica la responsabilidad solidaria, frente a la víctima del daño, entre los llamados «causantes» del daño (el autor incapaz y sus guardadores) propugnada por los *PETL* (arts. 9:101 y ss.), tanto porque a su juicio, no hay justificación suficiente para la solidaridad, aunque sea externa, cuanto por la dudosa calificación de «causante» del daño en el caso del guardador (pp. 207 y ss.). La solidaridad sólo sería justificable cuando se acredite la culpa de ambos «causantes» del daño (el guardador lo sería, en su caso, de forma indirecta) y no se puedan deslindar justificadamente sus respectivas responsabilidades. El guardador respondería de forma subsidiaria si el incapaz resulta ser declarado único responsable del daño (bien por culpa o por otro de los fundamentos aplicables, como los casos de responsabilidad objetiva) pero fuese insolvente. Si el incapaz no resulta responsable (porque no hay culpa, en los términos expuestos a lo largo de toda la obra), el guardador respondería por culpa propia (y por cierto, con presunción de la carga de la prueba) porque la propia discapacidad elevada que le exonera de culpa, hace que se eleve el nivel de vigilancia que tendría que haber llevado a cabo el guardador, cuya ausencia o no suficiencia, ha determinado el resultado dañoso. Daño que evidentemente no tiene porqué ser soportado por la víctima.

El apartado I de este capítulo IV termina con una referencia a la vertiente procesal del problema (punto 3). Por su parte, el apartado II del capítulo IV concreta diversos aspectos relativos a la indemnización a pagar y su posible fundamentación o *rectius*, su cuantificación, con arreglo a criterios de equidad. Es ésta una cuestión no resuelta directamente ni en nuestro ordenamiento ni en los *PETL*, al menos no de forma específica para los daños causados por incapaces. En cualquier caso, «el *quantum respondatur* podría quedar sometido a las reglas de moderación equitativa. En *an respondatur*, sin embargo, no» (p. 222), para lo que previamente se han aportado algunos criterios a tener en cuenta (pp. 218 y 219).

El capítulo IV consta además de dos breves apartados referidos al seguro de responsabilidad civil por daños causados por incapaces (apartado III) y a las funciones del Derecho de daños en este ámbito (apartado IV), entre las que destaca la función indemnizatoria o compensatoria, sin descartar –en concordancia con todo el planteamiento de la obra– la función preventiva del daño, pues si el incapaz puede ser culpable, también a él puede ir dirigida esa misión disuasoria de la posible responsabilidad civil.

El capítulo V recoge, con encomiable claridad, las conclusiones finales de una obra cuya fructífera lectura es altamente recomendable a todos los interesados en el Derecho de daños y en la protección de las personas con discapacidad.

Sofía DE SALAS MURILLO  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Zaragoza