

bién exponemos las distintas formas de extinción de la fianza y su tratamiento en la jurisprudencia del TS, terminando con una referencia a la fianza en la contratación internacional.

as the exceptions cosureties may submit against a surety who is making payment good. The different ways of terminating a bond are explained. Supreme Court case law on bonds is reviewed. Lastly, there is a reference to bonds in international contracts.

1.6. Responsabilidad Civil

EXAMEN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ILÍCITOS DAÑOSOS CAUSADOS POR PERSONAS CON TRASTORNOS MENTALES

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS GUARDADORES POR ACTOS LESIVOS DE LA PERSONA NO INCAPACITADA JUDICIALMENTE: 1. JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DEL ENFERMO MENTAL. 2. RESPONSABILIDAD DEL PSIQUIATRA Y DE LOS CENTROS SANITARIOS QUE TRATAN AL ENFERMO MENTAL. 3. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO O DEL TITULAR DE UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. 4. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 5. RESPONSABILIDAD DE LOS ASEGURADORES Y MECANISMOS COLECTIVOS DE INDEMNIZACIÓN. 6. DAÑOS CAUSADOS POR LAS COSAS QUE EL ENFERMO MENTAL ARROJASE DESDE UNA CASA.—III. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA HACIA LA RESPONSABILIDAD DEL PROPIO ENFERMO MENTAL.—IV. CONCLUSIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Los daños causados a terceros por personas que padecen trastornos psíquicos tienen un constante reflejo en la actualidad informativa de los medios de comunicación y en los tribunales de justicia (1). Los casos de los ilícitos causados por una doctora de la *Fundación Jiménez Díaz* o por algunas personas implicadas en el atentado terrorista del 11 de marzo, en Madrid, constituyen solo dos manifestaciones del problema que, por la alarma social creada, han sido objeto de una gran difusión. En este último caso, nuestro Tribunal Supremo entiende, en sentencia dictada el 17 de julio de 2008, que el trastorno esquizoide, con episodios psicó-

(1) Este trabajo tiene su origen en una monografía de la misma autora, titulada *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños*, Aranzadi (Colección de monografías asociadas a la Revista de Derecho Patrimonial), 2009.

ticos, que padece uno de los imputados, no le impide valorar las consecuencias de entrega de explosivos a persona que pretende realizar atentados terroristas.

Es altamente frecuente que el ilícito dañoso originado por la persona incapaz constituya un delito o falta tipificados en el Código Penal. De hecho, es la jurisprudencia penal la que nos brinda los principales datos sobre la responsabilidad civil de personas que —en la terminología penal— sufren una anomalía o alteración psíquica. En efecto, la justicia penal nos ofrece un amplio «muestreo» tanto de los diversos tipos de daños originados como de las peculiaridades psíquicas de quienes los causan.

Una buena parte de los autores de esos daños padecen una esquizofrenia paranoide o un trastorno de naturaleza esquizoide. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1997 (Sala de lo Civil), la de 28 de mayo de 2002 (Sala de lo Penal), la de 30 de abril de 2003 (Sala de lo Civil), o la ya citada sentencia del *Caso 11 M*, de 17 de julio de 2008 (Sala de lo Penal). Véase, también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de junio de 2006, que juzga el caso de la médica de la clínica perteneciente a la *Fundación Jiménez Díaz*, que, en el curso de una crisis esquizofrénica paranoide con delirios de persecución y alucinaciones, ataca a varios de sus compañeros de trabajo y a todo aquel que se encuentra por los pasillos de la planta del hospital en el que trabaja, causando tres asesinatos consumados y otros tres en grado de tentativa.

Y la mayor parte de los daños causados son lesiones —a veces desencadenantes de muerte— ocasionadas por una pistola o un cuchillo de cocina. El uso del cuchillo de cocina es muy habitual. Véanse, por ejemplo, los casos de las sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2002 (Sala de lo Penal), de 13 de julio de 2002 (también de lo Penal), o de la Audiencia Provincial de Segovia de 8 de junio de 1999, o la precitada SAP de Madrid, que enjuicia el caso de la *Fundación Jiménez Díaz*.

Más esporádicamente, los daños son —casi en exclusiva— de tipo patrimonial, originados por un incendio o por un escape de gas. Es el caso del incendio de la STS de 28 de mayo de 2002 (Sala de lo Penal), o de la explosión por gas butano, de la SAP de Badajoz, de 10 de septiembre de 2001 (Sección 3.^ª).

Pues bien, ante los daños patrimoniales o personales causados a terceros por una persona mayor incapaz se plantea la necesidad de determinar quién responde de tal daño. Sin perjuicio de la responsabilidad del agente directo, los sujetos encargados de su guarda podrán ser obligados a responder frente a la víctima. Estos sujetos pueden ser tutores en sentido estricto si la persona mayor está judicialmente incapacitada, o bien guardadores en sentido amplio si la persona no ha sido judicialmente incapacitada. Familiares, psiquiatras, centros psiquiátricos, hospitalarios o residenciales son algunos de los sujetos contra los que se puede dirigir una demanda de responsabilidad por un daño que directamente no han causado, al margen de la responsabilidad del propio sujeto con discapacidad psíquica que ha causado el daño.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS GUARDADORES POR ACTOS LESIVOS DE LA PERSONA NO INCAPACITADA JUDICIALMENTE

1. JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DEL ENFERMO MENTAL

En la práctica, lo frecuente será que la persona no esté incapacitada, aunque sufra un trastorno o una grave enfermedad física o psíquica que le impida

autogobernarse. Si la figura de la incapacidad es una figura en crisis, como han señalado algunos especialistas en esta materia, más delicada y compleja será todavía su intervención cuando el incapaz sea una persona de avanzada edad, porque, en ese caso, no será fácil determinar si concurre propiamente una causa de incapacidad (de las establecidas genéricamente en el art. 200 CC) o si, por el contrario, la causa de la incapacidad no es otra que la edad avanzada. Lo cierto es que, en la práctica, pocas son las incapacitaciones judiciales y muchas las situaciones en las que el incapaz está privado, en parte o en su totalidad, de su capacidad de autogobierno y, en consecuencia, está sometido a un «guardador de hecho» o a un guardador que no es tutor *stricto sensu*. En consecuencia, es curioso constatar, siguiendo a MARTÍNEZ DÍE, que tres preceptos (los que nuestro Código Civil dedica a la guarda de hecho) adquieren una importancia muy superior a los ciento cinco artículos que el Código destina a regular las instituciones de protección de las personas incapacitadas judicialmente: la tutela, la curatela y el defensor judicial (2). El curador no respondería civilmente por los daños causados por el sometido a curatela, por no ejercer las funciones representativas propias de un tutor, limitándose a completar la capacidad del sujeto (3). Si respondería, sin embargo, el defensor judicial, ya que esta figura tutelar puede llegar a desempeñar las funciones propias de un tutor (4).

Cuando el sujeto incapaz no está judicialmente incapacitado, no hay un tutor a quien atribuir la responsabilidad por los daños causados por el pupilo a terceras personas. Parece lógico, pues, plantearse la responsabilidad del guardador de hecho en sentido estricto, es decir, de ese sujeto que sustituye al tutor y que ejerce las funciones que este habría desempeñado si el sujeto hubiese estado incapacitado. Pero, a diferencia de otros ordenamientos, en el español, no está regulada expresamente la responsabilidad de ese sujeto que no es tutor aunque desempeñe la función de este. Ante esta laguna, los autores se han preguntado por el fundamento y cobertura legal de una responsabilidad que parece obvia pero no está expresamente regulada (5). Algunos lo han encontrado en una aplicación

(2) Vid., del citado autor, «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en VV.AA., *Los discapacitados y su protección jurídica*, dir. por GONZÁLEZ POVEDA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 174.

(3) La opinión es prácticamente unánime. Vid. DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad*, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 248 y sigs.; DÍAZ ALABART, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *ADC*, julio-septiembre de 1987, pág. 831; o GUTIÉRREZ CALLES, *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Dykinson, 2004, pág. 243.

(4) GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, pág. 244.

(5) LACRUZ BERDEJO señala que la enumeración del artículo 1903 es muy concreta y precisa y que, por tanto, no debe admitirse la extensión por analogía de una norma que impone responsabilidad. Según este autor, cuando el guardador sea una persona distinta de las enumeradas en ese precepto del Código Civil, su responsabilidad solo podrá derivar de daños causados por «una falta propia de la diligencia que debió observar en la custodia que le incumbía». Vid. *Elementos de Derecho Civil*, II-1, 2.^a ed., Bosch, 1985, págs. 563 y sigs. Se trataría, pues, de una responsabilidad por culpa propia y en la que esta no se presume, como sucede en el caso de los guardadores expresamente contemplados en el 1903. Para GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO no es posible hacer una interpretación analógica o extensiva de un precepto sancionador. Vid., de este autor, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch Editor, 1992, pág. 266. También lo entiende de este modo, ROGEL VIDE en *La guarda de hecho*, Tecnos, 1984, pág. 135, y ROCA Y TRIÁS, *Derecho de Daños*, Tirant lo Blanch, 3.^a ed., 2000, pág. 95.

analógica del artículo regulador de la responsabilidad del tutor (art. 1903 CC) (6). Otros, por el contrario, sostienen que el fundamento de tal responsabilidad reside en una norma del Código —la del art. 229— que establece lo 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 hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados*» (7).

Buen exponente de esta última opinión es la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de septiembre de 1984, en la que se condena a los padres al amparo del artículo 229 por no haber instado la correspondiente incapacitación y tutela (8). En la misma línea discurre el razonamiento de otra sentencia del Tribunal Supremo, la de 5 de marzo de 1997. Sin embargo, en esta y a diferencia de la primera, no se condena a los padres, porque estos acreditan que no conocían la gravedad de la enfermedad de su hijo y que, últimamente, este no se comportaba de modo violento. Se trataba de un esquizofrénico paranoide no incapacitado que mata a tres niños en Badajoz. Los padres de los menores demandan al psiquiatra y a los padres del autor de las muertes. El psiquiatra fallece antes del momento procesal oportuno para contestar a la demanda, por lo que no puede resultar condenado. En cuanto a los padres, el Tribunal Supremo considera que quedan exentos de responsabilidad por haberse probado que desconocían la gravedad de la enfermedad de su hijo y que, en consecuencia, no tenían elementos de juicio para incapacitarlo. De haber condenado a alguien, según el Tribunal Supremo, este habría sido el especialista —ya fallecido— que no comunicó la gravedad de la enfermedad.

(6) Así, por ejemplo, DÍAZ ALABART, *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*, cit., pág. 835; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «Los problemas de responsabilidad civil por los hechos ilícitos de incapaces», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Castán Tobeñas*, vol. II, Eunsá, 1969, pág. 105; o SANTOS BRIZ, «Comentario de los artículos 1903-1904 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, T. XXIV, Edersa, 1984, pág. 562.

(7) Vid., en este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, «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*, Ed. ICAI, Madrid, 1984, págs. 180 y sigs.; o GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La protección civil del enfermo mental...*, cit., págs. 267 y sigs.

(8) El supuesto de hecho era el de un mayor de edad no incapacitado que mató a una mujer que trabajaba en la casa donde aquel residía con su madre. Declarado exento en vía penal por la existencia de una enajenación mental, se acude a la vía civil, previa reserva de la correspondiente acción, para exigir una indemnización a la madre y hermanos del declarado enajenado. El Tribunal Supremo, confirmando los pronunciamientos de instancia, declara que es procedente tal pretensión indemnizatoria contra los familiares del autor de los hechos porque, conocido el estado psíquico de este, incumplieron lo dispuesto en el artículo 293 del Código Civil (hoy 229) en orden a solicitar la constitución de la tutela del familiar incapaz. En el sistema penal anterior al actualmente vigente no estaba regulada expresamente la responsabilidad civil del guardador de hecho y esa es, quizá, la razón por la que trata de justificarse su responsabilidad en una norma (antes 293, hoy 229) que, como veremos, no parece constituir fundamento suficiente para ello.

En sentido opuesto, se manifiesta la STS (Sala Segunda) de 8 de marzo de 1984 que, prescindiendo del artículo 293.2 (hoy art. 229), fundamenta la ausencia de responsabilidad de los padres en la falta de incapacitación o patria potestad prorrogada al no constar la incapacitación. En otros términos: en este pronunciamiento se realiza una aplicación literal del artículo 1903 del Código Civil, cuya letra solo hace referencia a los padres y tutores pero no a los guardadores de hecho.

Son varios los autores que manifiestan su conformidad con la tesis basada en la responsabilidad de los padres y de los guardadores de hecho del incapaz, por no haber instado la oportuna tutela del mismo. Puntualiza PARRA LUCÁN que: «al dirigir la demanda de indemnización de daños contra los padres (...) el letrado de los demandantes no hizo sino lo que aconseja la doctrina científica que se ha ocupado de esta materia. En efecto, nuestra doctrina suele dar por supuesto que, además de los tutores, son responsables quienes, teniendo la obligación de promover la constitución de la tutela no lo han hecho, con base en el actual artículo 229» (9).

En mi opinión, el artículo 229 no ofrece cobertura suficiente a la responsabilidad civil del guardador de hecho del incapaz. En primer lugar, no podemos descuidar el dato de que el precepto se refiere a la tutela y no a la incapacitación (10). Por tanto, el precepto literalmente interpretado ofrece un ámbito de aplicación muy reducido, quedando limitado a aquellos supuestos de incapacitados sujetos a patria potestad prorrogada o tutela en los que el padre o la madre o el tutor fallecen y hay que nombrar otro tutor. Literalmente interpretado, pues, el 229 establece la responsabilidad del guardador de hecho del incapaz por no haber instado la tutela, no por haber dejado de instar la incapacitación judicial. En otras palabras: el incapaz estaría ya incapacitado a la espera de la designación de tutor. Hoy, y tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000), la referencia que hace este precepto a la tutela carece de sentido, en la medida en que lo normal será que, habiéndose incapacitado judicialmente a una persona, el propio juez incoe el segundo procedimiento de jurisdicción voluntaria para nombrar tutor.

Pero, aun prescindiendo de la interpretación literal y acudiendo a una interpretación histórica —el art. 229 procede del antiguo 293, redactado en un contexto en el que la principal preocupación era la de regular la tutela sin prestar tanta atención a la incapacitación (11)—, considero dudosa la responsabilidad civil del guardador al amparo de este precepto. La considero dudosa por dos motivos: de un lado porque, previamente, habría que preguntarse si existe un deber legal de promover la incapacitación de una persona, puesto que existiendo ese deber, la sanción del artículo 229 estaría plenamente justificada. De otro lado, y al margen de que exista o no ese deber de promover la incapacitación del sujeto carente de autogobierno, habría que plantearse si existe o no una relación de causalidad entre el hecho de no solicitar la incapacitación y el daño cometido por quien debiendo estar incapacitado no lo está.

En cuanto a la primera cuestión, la respuesta parece que debe ser negativa a la luz del artículo 757 de la LEC vigente: no existe un deber legal de promover la incapacitación. En efecto, el referido precepto, relativo a la legitimación en los procesos de incapacitación, dice que «1. La declaración de incapacidad

(9) Vid. «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1997», en CCJC, núm. 44, 1997, pág. 779.

(10) Como arguye SEISDEDOS MUIÑO, para sostener que el citado precepto no puede ser invocado para fundamentar la responsabilidad del guardador de hecho, las situaciones susceptibles de tutela son objetivas y concretas, mientras que la incapacitación abarca una amplia gama de posibilidades y no siempre es fácil saber *a priori* si procede o no. Vid. «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados *incapaces naturales*. A propósito de los artículos 118.1.1.^a del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», en AC, núm. 9, 1999, pág. 266 y sigs.

(11) Vid. la referencia a esta interpretación en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 268.

pueden promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz (...) 3. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal». Es evidente que el uso de la locución «pueden promoverla» indica una posibilidad y no una obligación. Por otra parte, el guardador de hecho que no sea familiar o pariente del presunto incapaz ni siquiera podrá promover la declaración. Como máximo, y con carácter facultativo, estará legitimado para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal aquellos hechos que, en su caso, puedan originar la correspondiente incapacitación.

En consecuencia, al no existir, tras la nueva LEC, un deber de promover la incapacitación, difícilmente se podrá sancionar el incumplimiento de un deber inexistente. En todo caso, y en relación a la segunda cuestión apuntada, habría que plantearse hasta qué punto la causa de los daños causados a terceros por el incapaz que, debiendo estar incapacitado, no lo está (por presunta omisión de sus guardadores), reside en la no incapacitación propiamente dicha. Si admitimos esta relación de causalidad estamos concibiendo la incapacitación como una camisa de fuerza que ata al incapaz y cuya inexistencia origina todo tipo de males, entre ellos, que este cause daños a terceros. La producción de daños por parte del incapaz tendrá que ver con muchos factores y, fundamentalmente, con el trastorno que lo incapacita, pero no con la ausencia de incapacitación judicial. Si así fuese, la solución sería fácil: incapacitar a todos los enfermos físicos o psíquicos que no puedan autogobernarse para evitar que dañen a terceros.

No queda nada clara, en consecuencia, la responsabilidad civil extracontractual del guardador de hecho a la luz del citado artículo 229. Además, habría que preguntarse si el guardador de hecho responde por los daños ocasionados al no instar una declaración —a la que no está obligado por cierto—, o por los daños ocasionados por el incapaz natural sometido a su protección. En el segundo caso, la responsabilidad sería directa, mientras que en el primero ni siquiera sería subsidiaria, y lo único que podría existir es un derecho de reembolso del incapaz, siempre que se acreditase previamente la delicada relación de causalidad entre la no incapacitación y el acto lesivo. En definitiva, entiendo que el artículo 229 no está pensado para justificar la responsabilidad civil del guardador de hecho por actos ilícitos del incapaz, sino para otros supuestos en los que se produce un daño en el patrimonio del incapaz que, si hubiese estado incapacitado, no se habría producido, al existir un representante legal que, en nombre y en beneficio del incapacitado, le habría protegido.

Como señalan algunos autores, el Código de Familia catalán, en su artículo 183.1, resuelve el problema mucho mejor que el 229 del Código Civil porque, expresamente, limita la responsabilidad de los guardadores a los daños sufridos por el menor o incapaz a consecuencia de no promover la incapacitación y la tutela (12). Quedan, por tanto, excluidos en el texto catalán los daños irrogados por el menor o el incapaz a terceros.

(12) Vid. SEUBA TORREBLANCA, FARNÓS AMORÓS y FERNÁNDEZ CRENDE, «Daños causados por personas con trastornos mentales», en *Indret* 2/2004, www.indret.com, pág. 18.

Excluida, en mi modesta opinión y por los motivos que he señalado, la vía del artículo 229 para fundamentar la responsabilidad del guardador de hecho, parece aceptable la de la interpretación analógica o extensiva del artículo 1903 del Código Civil (13). Entiendo que se trataría *stricto sensu* de una interpretación extensiva, porque no aplicamos la regulación de una institución absolutamente ajena a la guarda de hecho, sino la norma reguladora de la responsabilidad civil extracontractual derivada de una institución afín: la tutela.

Esta interpretación extensiva de la norma que regula la responsabilidad civil de los tutores implicará que, también para los guardadores no tutores del incapaz, habrá de regir, en la práctica, la rígida inversión de la carga de la prueba que vienen exigiendo nuestros tribunales para padres o tutores. No tendría sentido hacer distingos en cuanto a la prueba liberatoria que ha de exigirse a sujetos cuya responsabilidad está fundada en el criterio de la culpa «in vigilando» y cuya única diferencia entre ellos reside en que el sujeto esté o no incapacitado judicialmente. Por tanto, carece de justificación, en mi opinión, defender que la responsabilidad del guardador se basa en una culpa propia que la víctima ha de probar (art. 1902 CC), mientras que la del tutor se basa en una culpa presunta que este ha de desvirtuar.

El criterio que se adopte habrá de ser común, porque la responsabilidad de ambos obedece a una misma razón de ser. Y si el criterio legislativo adoptado por el artículo 1903 del Código Civil es excesivamente riguroso con padres y tutores y exige una suavización futura, la misma suavización habrá de darse para el caso del guardador. Entretanto, no hay razones, a mi juicio, para establecer distinciones en cuanto a la prueba liberatoria, si bien *de lege ferenda* la responsabilidad de tutores y guardadores debería asentarse en el criterio de la culpa por actos propios —no ajenos—, que no habrá de presumirse, sino probarse a través de una ligera carga de la prueba para la víctima.

2. RESPONSABILIDAD DEL PSIQUIATRA Y DE LOS CENTROS SANITARIOS QUE TRATAN AL ENFERMO MENTAL

El cambio, producido hace ya unas cuantas décadas, en la concepción psiquiátrica de las patologías nerviosas y mentales consiste, básicamente, en considerar al sujeto que padece esas patologías no como un ser peligroso del que la sociedad debe defenderse, sino como una persona que necesita cuidados y que, en la medida de lo posible, debe ser integrada en la vida social. Buen exponente de este cambio es la ley italiana de 13 de mayo de 1978 (*legge*, núm. 180) que sustituye a una vieja ley del año 1904 y que suprime los denominados «manicomios» (14).

(13) Vid. la SAP de Badajoz, de 10 de septiembre de 2001, ya citada anteriormente, en la que la figura del guardador de hecho se entiende incluida en el espectro del artículo 1903 del Código Civil. Aunque esta sentencia también fundamenta, en el 1902, la responsabilidad de la mujer —considerada guardadora de hecho— del enfermo mental que causa una grave explosión de gas, «al haber dejado a una persona con sus facultades mentales afectadas viviendo sola en una casa de su propiedad y con una cocina de gas en perfecto estado de funcionamiento» (Fundamento Jurídico cuarto).

(14) El inductor de la Ley 180 fue el psiquiatra Franco BASAGLIA, líder de la denominada antipsiquiatría italiana y máximo defensor del cierre de los «manicomios». Basaglia fue imputado por el asesinato cometido por un paciente suyo, Giordano Savarin, que mató a sus padres con un cuchillo.

Los países en los que reviste mayor importancia la intersección entre la ciencia psiquiátrica y el derecho de la responsabilidad civil son, probablemente, Francia y los Estados Unidos de América. En ambos concurren, según un autor italiano, dos condiciones que favorecen ese encuentro (15): de un lado, una cultura en la que está muy vivo el debate sobre los problemas actuales de la psiquiatría; y, de otro, la alta frecuencia de los juicios en materia de responsabilidad civil en el ámbito de la actividad psiquiátrica.

Se ha señalado que en materia de responsabilidad del psiquiatra o de los hospitales psiquiátricos, se producen unas peculiaridades que no se presentan en otros ámbitos de la profesión médica: en un gran número de casos, el profesional de la psiquiatría es demandado en juicio, como responsable, por no haber impedido que un enfermo demente se cause daño a sí mismo o a terceros (16). Los daños a terceros causados por estas personas aumentarán, probablemente, con la nueva concepción terapéutica de la psiquiatría que, a diferencia de la precedente, tiende a integrar en la sociedad a los individuos que sufren trastornos mentales. Esta nueva concepción de la ciencia psiquiátrica desencadenará, igualmente, un cambio en los criterios con los que debe valorarse la conducta del profesional.

Si el psiquiatra era considerado, antes que médico, una especie de carcelero que debía defender a la sociedad de individuos que se presumen peligrosos, parece claro que se le debía exigir una rigurosa conducta de custodia, aun sacrificando el fin terapéutico que debe presidir toda actuación médica. Los criterios de valoración de la conducta del psiquiatra eran, pues, muy severos. A ello había que añadir, al menos para el Derecho italiano, la existencia del artículo 2047 del Código Civil, según el cual, como ya se sabe, en caso de daño causado por persona incapaz de entender y querer, quedará obligado a resarcir quien esté encargado de la guarda y cuidado de incapaz, salvo que pruebe no haber podido impedir el hecho lesivo. En consecuencia, si el psiquiatra o el hospital psiquiátrico eran demandados por la víctima del daño ocasionado por uno de estos sujetos que estuviese prácticamente abandonado, tenían la carga de probar la propia imposibilidad de impedir el daño.

Si, por el contrario, el psiquiatra pasa a ser un profesional con funciones estrictamente terapéuticas y, además, los tratamientos son, en general, voluntarios y fuera de centros hospitalarios, ya no puede predicarse que, por regla común, el psiquiatra sea un sujeto encargado de la vigilancia del paciente, en el sentido del artículo 2047 del Código italiano (17). En consecuencia, ya no puede decirse que el psiquiatra sea un sujeto asimilado al tutor, a quien deba exigírsele una obligación de custodia similar a la de este último. Si el enfermo no está ingresado, parece claro que la posible responsabilidad del psiquiatra habrá que reconducirla al paradigma general de la responsabilidad civil, en el que la carga de la prueba la tiene la víctima del daño (art. 1902 CC español o 2043 CC italiano, por ejemplo).

Si el enfermo estuviese excepcionalmente sujeto a un internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico, tal vez podría aplicarse al psiquiatra el régimen

(15) Vid. CATTANEO, «La responsabilità civile dello psichiatra e dei servizi psichiatrici», en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, coord. por CENDON, ESI, 1988, pág. 218.

(16) CATTANEO, *op. cit.*, pág. 219.

(17) La citada ley italiana de reforma psiquiátrica de 1978 derogó todas aquellas normas que sancionaban al médico por falta de custodia del enfermo mental o por no denunciar una situación de necesario internamiento de un sujeto con estas características, o por no denunciar una fuga del sujeto internado en un hospital psiquiátrico.

de responsabilidad civil por actos del enfermo privado de capacidad de entender y querer, establecido en el citado artículo 2047. Sin embargo, la inversión de la carga de la prueba que correspondería, en su caso, al psiquiatra, debe ser acorde con el sistema normativo. Se ha apuntado que para probar el hecho de no haber podido evitar el daño, el médico no tiene que demostrar haber usado métodos al margen de la ciencia y de la ley (18). Bastará con que pruebe haber mantenido una conducta razonable y científicamente correcta de acuerdo con las circunstancias.

En la experiencia norteamericana, el psiquiatra solo responde, por falta de pericia profesional en el diagnóstico o en el tratamiento terapéutico, cuando se aprecia una culpa grave. En estos casos, el acto dañoso causado por el enfermo será la prueba de que el juicio profesional sobre la enfermedad y su curación era equivocado; pero ese error profesional se trata como un *honest error* o *mistake* que no constituye base suficiente para declarar la responsabilidad civil del profesional (19). Asistiríamos, así, a una tendencia de signo opuesto respecto a la trayectoria de la jurisprudencia contemporánea en materia de responsabilidad médica en general, que tiende a elevar cada vez más el nivel de competencia y pericia profesional exigidas a los profesionales de la salud.

El parámetro de la culpa profesional grave en el ámbito de la psiquiatría se extiende, también, a Europa. Así, el Tribunal italiano de Bolzano, el 9 de febrero de 1984, aprecia la existencia de culpa grave en la actuación de la psiquiatra del caso Tschager en el que el sujeto, de apellido Tschager, intenta suicidarse arrojándose al lago de Fiè. Fue salvado *in extremis* e ingresado en un hospital de esa ciudad bajo el diagnóstico de una grave crisis depresiva. La psiquiatra que lo visita en el curso de esta estancia hospitalaria considera conveniente, en atención a la avanzada edad del paciente, enviarlo a su domicilio con el correspondiente tratamiento. A los pocos días de regresar a casa, el señor Tschager se suicida (20).

Contra la sentencia del Tribunal de Bolzano se desencadena una virulenta reacción por parte de un grupo de médicos psiquiátricos del hospital de Bolzano donde trabajaba la profesional condenada, que cristaliza en una carta enviada a la prensa en la que, de modo resumido, se dice que un diagnóstico psiquiátrico no puede equipararse a la interpretación de una radiografía. En el ámbito psiquiátrico, continúa señalando la carta, la sintomatología es siempre confusa y no siempre la respuesta más conveniente es correcta, especialmente cuando se trata de curar a personas ancianas, como era el caso. Ante un paciente de edad avanzada, con un importante decaimiento psíquico, con síntomas poco claros y con la garantía de una asistencia familiar de confianza (circunstancias todas ellas verificadas por la colega de los autores de la carta), sería un grave obstáculo para

(18) Vid. CATTANEO, *op. cit.*, pág. 222.

(19) Vid. BREGOLI, «Figure di sorveglianti dell'incapace dopo l'avvento della legge 180», en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, coord. por CENDON, ESI, 1988, pág. 841.

(20) A pesar de las insistencias del propio paciente y de sus familiares de continuar curándose en el hospital a la vista de las circunstancias precedentes, la psiquiatra diagnostica un simple estado de ansiedad y no una crisis depresiva como se había diagnosticado anteriormente. El Tribunal de Bolzano entiende que queda probada la grave imprudencia de la conducta de una profesional inexperta, por considerar que no podía haber ignorado que las enfermedades en el campo de la psiquiatría se pueden manifestar de modo poco claro, con síntomas equívocos que pueden determinar errores de apreciación y, por tanto, de diagnóstico.

su recuperación un ingreso hospitalario en un ambiente frío, donde no se puede garantizar el aislamiento respecto a otros pacientes con patologías más severas y donde el enfermo suele caer en un estado confusional y de desorientación, perdiendo notablemente la lucidez (21).

En el caso reflejado parece haberse producido un error en el diagnóstico médico o, quizá más propiamente, en las medidas adoptadas por el médico, pero, ¿es lo suficientemente grave como para determinar la responsabilidad de la psiquiatra? La respuesta no es sencilla. El antecedente de suicidio del paciente es muy cercano en el tiempo al momento en que la psiquiatra adopta la decisión de no ingresarlo (un mes aproximadamente). Además, tanto el paciente como su hijo insisten en la conveniencia del ingreso para la curación del paciente. Sin embargo, la edad del paciente, fundamentalmente, hace que la profesional no considere oportuno el ingreso para la recuperación del paciente, asumiendo, así, un indudable margen de riesgo en la evolución de la patología mental: el suicidio. Pero parece que este riesgo profesional no permite calificar la conducta del psiquiatra como culposa en estado grave. El nivel de culpa alcanzado en esta actuación queda atenuado por el riesgo que siempre deben asumir los profesionales de la psiquiatría, al adoptar medidas que tienden a equilibrar el difícil conflicto entre la libertad y recuperación social del paciente y la tutela de su propia integridad física y del resto de la sociedad al convivir y relacionarse con él.

También en la jurisprudencia americana podemos citar dos casos relevantes en esta materia, ambos procedentes del estado de California, de los que se deduce que el juicio de previsibilidad es la clave de resolución de ese conflicto que acabamos de enunciar, aunque la previsibilidad de que se materialice o no el daño con el que amenaza el enfermo no es nada fácil de apreciar. Se trata de los casos «Tarasoff versus Regents of the University of California», resuelto en 1976 por la *Supreme Court of California*, y el caso «Chris Bragg versus Juden Valdez», resuelto en 2003 por la *Court of Appel of California*. En ambos, los respectivos tribunales de justicia consideran que los facultativos han incurrido en grave negligencia porque la inminencia del peligro era tan evidente que habría exigido adoptar una serie de medidas que no fueron adoptadas por los psiquiatras. La inminencia del peligro se podía deducir, en el primer caso, de que el enfermo (Poddar) reveló al Doctor Moore, del Hospital de la Universidad de California, su intención de matar a Tatiana Tarasoff. El psiquiatra advierte de esta circunstancia a la policía del campus y, después de ser detenido, fue puesto en libertad por su apariencia de normalidad. Poco después, mató a la Tarasoff. El Tribunal Supremo de California condena al psiquiatra porque considera que avisar a la policía no era suficiente y que tenía que haber adoptado otras medidas terapéuticas (22).

En relación a la responsabilidad personal del psiquiatra, la jurisprudencia española ha tenido, también, ocasión de pronunciarse, aunque *obiter dicta* y no

(21) Vid. la referida misiva del colectivo médico en *Giurisprudenza di Merito* (nota al Trib. de Bolzano), 1985, II, pág. 681.

(22) Situación similar fue la enjuiciada por el Tribunal de Apelación, también de California, en el otro caso anunciado, el de «Chris Bragg versus Juden Valdez». En este, la madre del paciente había advertido a los médicos que su hijo tenía ideas suicidas, que el padre del enfermo padecía esquizofrenia y que había amenazado a diferentes personas que le cuidaban. Los facultativos, basándose en que el paciente no tenía un seguro médico privado que costeara el centro adecuado para su tratamiento, le dieron el alta sin advertir ni a él ni a su familia de las graves consecuencias que podría tener el dejar de tomar la medicación que se le estaba suministrando. Pocos días después, el enfermo mata a una anciana y a poco se suicida.

ratio decidendi, porque los familiares de las víctimas desisten de su acción contra el psiquiatra al fallecer este en los momentos iniciales del pleito. Se trata de la STS, de 5 de marzo de 1997, a la que hemos hecho referencia anteriormente, en la que una persona que sufre una esquizofrenia paranoide, sometida a tratamiento psiquiátrico, dispara a varios sujetos con la pistola reglamentaria de su padre. Los familiares de las víctimas piden la responsabilidad solidaria de los padres del autor del delito y del psiquiatra. Este último fallece antes de la comparecencia previa al juicio y, por ello, los demandantes desisten de sus pretensiones frente a él. El Tribunal Supremo absuelve a los padres por considerarlos desconocedores de la trascendencia de la enfermedad que sufre su hijo y entiende que «de existir alguna responsabilidad sería del facultativo, que no comunicó la clase de enfermedad que padecía (...)» (Fundamento de Derecho segundo).

La responsabilidad civil del psiquiatra por daños causados a terceros por su paciente parece exigir, principalmente, la apreciación de tres factores: de un lado, el juicio de previsibilidad, de otro, la culpa grave en el error de diagnóstico o tratamiento; y, finalmente, la ponderación y resolución del delicado conflicto suscitado entre el derecho a la intimidad del paciente y el secreto del psiquiatra, por una parte, y, por otra, el deber de información de este y su correspondiente intervención cuando sea razonablemente necesario.

El tratamiento de la enfermedad mental conlleva una gran imprevisión e incertidumbre en cuanto a su eficacia y, por ello, parece lógico ese aumento en el estándar de culpa exigible al psiquiatra respecto a otro profesional de la salud para determinar su responsabilidad. La adopción de un parámetro distinto de culpa para valorar la actividad de los profesionales de la psiquiatría pudiera hacer irrelevante, *prima facie*, el brocardo *in legge Aquilia et levissima culpa venit*, pero podría constituir una variación del estándar de conducta exigible, en atención a las circunstancias del caso y a otros de los elementos que prevé el artículo 4:102 de los PETL. «El estándar de conducta exigible —establece el apartado primero de la referida norma— es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos».

Este menor rigor en los criterios de determinación de la responsabilidad del psiquiatra, derivado de la liberalización de los tratamientos psiquiátricos, va aparejado a una mayor asunción de responsabilidad por parte de las administraciones públicas de las que depende la asistencia psiquiátrica (23). Se trata de otra modalidad de responsabilidad vicaria, cada vez más frecuente, a la que se acude con independencia de la existencia de culpa o no en la actuación dañosa. Este modelo de responsabilidad sin culpa iniciada en algunos países, como Francia, es criticada en la doctrina de otras naciones por considerar que se escapa del

(23) Tal es el supuesto que resuelve el Consejo de Estado francés en el año 1967, en el denominado caso *Département de la Moselle* (13 de julio de 1967). Se trataba de un enfermo psíquico que internado forzosamente en un hospital psiquiátrico le había sido concedida un salida temporal consistente en vivir y trabajar en casa de un agricultor. Durante esta estancia, el enfermo prendió fuego a un edificio perteneciente al agricultor. El departamento administrativo, al que pertenece el hospital psiquiátrico, fue declarado responsable de este hecho dañoso por el riesgo derivado de adoptar una medida terapéutica que, como la salida del hospital, implica un especial riesgo para terceros.

ámbito estricto de la responsabilidad civil y que se fundamenta en una idea de la solidaridad humana, con fundamento en la cual toda la colectividad representada por el Estado (o por otro ente público) debe soportar las consecuencias económicas dañosas de los tratamientos dirigidos a curar la salud psíquica de sus miembros (24).

En el panorama jurídico español se han dictado varios pronunciamientos judiciales favorables a la responsabilidad de los centros hospitalarios o psiquiátricos donde el enfermo recibe tratamiento o está ingresado, especialmente cuando esos centros sanitarios se integran en la estructura de una administración pública. Así, la STS, de 6 de octubre de 1989, establece la responsabilidad del hospital psiquiátrico dependiente de una Diputación Provincial donde está ingresado un esquizofrénico (25). En sentido similar se manifiesta la sentencia, también del Supremo, de 16 de marzo de 1992. Por tanto, la responsabilidad individual del profesional de la psiquiatría se desplaza hacia el hospital en el que presta sus servicios, sin perjuicio de una posible acción de repetición contra aquel si hubiese sido negligente.

Lo sorprendente de las dos sentencias citadas es que se aprecia una responsabilidad civil que no está contemplada expresamente en la ley, porque el artículo 20 del Código Penal (que se invoca como apoyo jurídico en ambas sentencias) solo se refería (en el texto vigente en la época en la que se resuelven esos litigios) a la responsabilidad civil de los guardadores legales de los incapaces. No había en ese texto referencia expresa alguna a los guardadores de hecho o a los convencionales. La responsabilidad de los hospitales psiquiátricos, antes del Código Penal de 1995, parece estar fundamentada en una genérica obligación de custodia que asumen estos centros.

Tras el Código Penal de 1995, la responsabilidad civil del centro hospitalario parece poder fundamentarse en dos pilares: de un lado, en la posición de guardador —sea legal, de hecho, o, incluso, convencional, complementario del legal— que puede asumir respecto al paciente; de otro, en la responsabilidad que adquiere por las acciones u omisiones culpables o negligentes del personal sanitario que trabaja al servicio de su rama de actividad o funciones (arts. 1903 CC, o 118.1.1.º CP y 120.3.º y 4.º, también del CP).

El centro hospitalario puede ser guardador legal cuando haya asumido la guarda a consecuencia de un mandato judicial, o convencional cuando haya un convenio por el cual asume la guarda; o bien puede ser guardador de hecho cuando no existe tal resolución judicial y el hospital atiende, por ejemplo, de urgencia, al sujeto que padece un trastorno psíquico. Como guardador del paciente ingresado en su estructura, el centro hospitalario adquiere unas obligaciones de vigilancia y control sobre el mismo pero, además, y este es el otro pilar de su

(24) Vid., en este sentido, la opinión de CATTANEO, *op. cit.*, pág. 223.

(25) Se trataba de un esquizofrénico que, sin permiso de salida, y como consecuencia de la falta de medidas de vigilancia del centro, provoca un incendio. Tras ser condenados el hospital y la Administración a indemnizar por los daños causados, la Administración recurre ante el Tribunal Supremo por considerar que, al no haber sido el ingreso consecuencia de un mandato judicial, no hay responsabilidad. El Tribunal Supremo desestima el recurso basándose en que, al margen del origen judicial o no del ingreso, la administración aceptó, en uno de sus establecimientos psiquiátricos, el ingreso del paciente y, consecuentemente, «surge un deber legal de custodia... y todo quebrantamiento en la diligencia vigilante determinante de culpa o negligencia, cual aquí sucede, conlleva la aplicación y efecto de la regla del artículo 20 del Código Penal».

responsabilidad, ha de asumir la falta de diligencia por parte del personal sanitario al servicio de su rama de actividad o función. Y todo ello, naturalmente, al margen de la posible responsabilidad individual del propio enfermo, causante directo de los daños.

Todos estos elementos han concurrido en la SAP de Guipúzcoa, de 3 de febrero de 2003, supuesto en el cual, a consecuencia de un alta de carácter experimental concedida por un hospital psiquiátrico de San Sebastián a un enfermo diagnosticado de esquizofrenia paranoide crónica, de vuelta a su domicilio, este arremete por la espalda y a la altura de la nuca al demandante, causándole traumatismo cervical. La Audiencia, previa reserva de la acción civil por el demandante y después de la renuncia de la acusación a la acción penal, declara la existencia de responsabilidad del hospital con fundamento en el artículo 1903 del Código Civil por falta de control sobre el paciente ingresado o, en su caso, por infracción de alguno de los facultativos del hospital de la diligencia debida conforme a la *lex artis*, sin perjuicio de la responsabilidad del propio causante de los daños. La Audiencia consideró que la autorización de la salida domiciliaria era prematura ante las concretas circunstancias del paciente y constituía una infracción de la *lex artis*.

Aparte de la responsabilidad del centro hospitalario por el daño causado por un enfermo en él ingresado, el hospital es también responsable civil subsidiario por el daño causado a terceros por parte del dependiente a su servicio (art. 120.4.º CP). Tal fue el caso reciente, del que se hicieron eco todos los medios de comunicación, en el que una médica de un hospital de la *Fundación Jiménez Díaz* mata, en el transcurso de su jornada laboral, a tres personas, el 3 de abril de 2003. El dictamen pericial del caso dejaba bastante claro que se trató de una imprudencia por parte de la dirección del centro mantener a la doctora en su puesto de trabajo, habida cuenta de que era altamente previsible que el trastorno que padecía abocase en la comisión delictiva (SAP de Madrid, de 5 de junio de 2006). Me parece interesante reseñar que la responsabilidad civil subsidiaria del centro hospitalario, derivada del ilícito penal causado por el dependiente a su cargo, exige que este haya sido declarado criminalmente imputable (art. 120.4.º CP). En el caso de la *Fundación Jiménez Díaz*, en la conducta delictiva de la doctora se apreció una eximente de enajenación mental, pero incompleta. Si fuese completa, la resolución del caso cambiaría sensiblemente y la responsabilidad civil del centro sanitario habría de perseguirse, en su caso, por la vía del artículo 1903 del Código Civil.

Parece que también responderá la administración sanitaria en caso de que el incapaz ingresado en un centro psiquiátrico, al suicidarse o tratar de hacerlo, origine daños a terceros (26).

3. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO O DEL TITULAR DE UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

La responsabilidad del empresario en el concreto ámbito de este estudio se puede plantear en dos situaciones diferentes: a) responsabilidad del empresario por el daño ocasionado a terceros por el dependiente o empleado que sufre

(26) Tal fue el caso enjuiciado por la STS de 12 de marzo de 1975, que concede una indemnización a los padres y a la novia de la víctima, fallecida mientras paseaba con aquella por una calle de Granada, cuando se le vino encima un enfermo mental que intentaba suicidarse arrojándose por la ventana del hospital en el que estaba ingresado.

trastornos psíquicos; b) responsabilidad del empresario por el daño ocasionado por un enfermo sometido a la vigilancia o control de alguno de sus empleados. El causante directo del daño es, como puede apreciarse, diferente: en el primer caso el daño procede del propio empleado; en el segundo caso, el daño es causado por un sujeto ajeno a la estructura empresarial, pero por estar sometido a la guarda o vigilancia de un dependiente o empleado del propio empresario, genera la responsabilidad civil de este. Ambos casos entrarían en el ámbito de aplicación del párrafo cuarto del artículo 1903 del Código Civil [son responsables: «(...) los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones»].

La responsabilidad del empresario se asimila a la del centro hospitalario que hemos tratado en el epígrafe precedente, habida cuenta de que en algunas ocasiones los hospitales se constituyen como organizaciones empresariales, de naturaleza privada. En la aplicación judicial de las reglas de responsabilidad empresarial en este ámbito nos hemos encontrado con tres tipos de supuestos:

1. Aquellos en los que el ingresado en uno de estos establecimientos causa daños a terceros (SAP de Guipúzcoa, de 6 de marzo de 2001). Si el daño es constitutivo de delito y su autor es inimputable penalmente, el precepto aplicable será el 118.1 del CP (SAP de Asturias, de 6 de marzo de 2001). Si, por el contrario, el daño es constitutivo de delito y su autor es considerado penalmente imputable, el precepto aplicable será el 120.3 del Código Penal, que establece una responsabilidad subsidiaria de la empresa por actos de sus empleados. Ahora bien, puede convenir, en este caso, reservar la acción civil para un proceso posterior de la misma naturaleza (*ex art. 119 CC*), donde se podrá invocar el 1903 del Código Civil que, como se sabe, establece una responsabilidad principal y directa del «empresario» o similar, con independencia de que el agente sea penalmente imputable o no.
2. En otros supuestos, es el padre de uno de los pacientes el que causa daños al propio médico de su hijo. Es el caso enjuiciado en la STS, de 13 de julio de 2002, en el que se aplica el artículo 120.3 del Código Penal por considerar que las personas titulares del establecimiento (Centro de Salud Mental y Servicio de Sanidad del Principado de Asturias) han infringido reglamentos de policía y disposiciones de autoridad, al carecer el establecimiento de servicios de seguridad y control de las personas que acuden al mismo (Fundamento de Derecho Único).
3. Finalmente, existen casos en los que es el propio empleado el que causa daños a terceros (caso de la *Fundación Jiménez Díaz*, que da lugar a la SAP de Madrid, de 5 de junio de 2006).

4. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (27)

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas pudiera plantearse en aquellos casos en los que entre el causante material del daño y una administración existiese una relación especial de sujeción, como, por ejem-

(27) Vid., con carácter general, MORETÓN SANZ, «Residencias de mayores y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: nuevas perspectivas a la luz de la

plo, la que puede darse en el supuesto de una persona internada en un centro psiquiátrico público que causa daños a un tercero, o la del policía en activo que sufre un trastorno mental y mata a otro con su arma.

En nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad vicaria de las Administraciones Públicas configura uno de los paradigmas de la responsabilidad civil objetiva. El artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, establece lo siguiente:

«Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (28).

A la vista de este precepto y del nuevo artículo 239 del Código Civil, tras la redacción dada por la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, pocas dudas ofrece la responsabilidad del correspondiente ente público por los daños ocasionados a un tercero por quien, encontrándose en situación de desamparo, padece trastornos psíquicos, pero no está incapacitado y, por tanto, no sometido a la tutela *stricto sensu* del ente público. Sin embargo, en estos casos y en todos aquellos en los que la Administración Pública que corresponda asuma formalmente la tutela del judicialmente incapacitado, la responsabilidad civil de la administración no es, en puridad, una responsabilidad objetiva, sino una responsabilidad fundamentada en la hipotética culpa de quien está obligado a vigilar o a controlar a otro.

Aun en el caso de que el sujeto tutelado no viva en instalaciones pertenecientes a la Administración Pública tutora, la jurisprudencia no suele aplicar la ya mencionada doctrina del «traspaso de responsabilidad» a la persona con la que «cohabite» el incapacitado para descargar, así, a la administración de las obligaciones derivadas de la tutela. Significativa al respecto es la STS de 5 de octubre de 1995. En ella se declara la responsabilidad de una Administración Pública, tutora de un menor, por el fallecimiento de este en unas colonias de verano regentadas por una asociación que había firmado un convenio con esa Administración. El sujeto que se encargaba de los cuidados del menor cuando este falleció era la asociación, pero el Tribunal declara responsable a la tutora por entender que «no puede trasladar los riesgos del cometido de tutela, guarda, custodia y formación del menor». En definitiva, raramente las Administraciones Públicas españolas, tutoras o guardadoras, podrán exonerarse de las obligaciones propias de la tutela o de la guarda, aunque su imputación podrá ser, en muchos casos, a título de culpa —al menos presunta— y no de responsabilidad objetiva.

ley española 39/2006, de autonomía personal y atención a la dependencia», en *Estudios de Derecho de Daños*, dirigidos por COLLANTES, Estudio Mario Castillo Freyre, Perú, 2011.

(28) La administración responsable podrá, no obstante, repetir contra el funcionario (art. 145.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) o contra el empleado en régimen laboral (art. 1903.4 CC) cuando estos hayan incurrido en culpa.

Diferente fue el criterio adoptado en Italia, por el Tribunal de Reggio Emilia, el 18 de noviembre de 1989, que absolvió a la USL (*Unità Sanitaria Locale*), número 10 de Guastalla, por el secuestro y homicidio de una niña de tres años por parte de un sujeto mayor de edad que presentaba precarias condiciones de salud mental y que, tras haber cumplido la mayoría de edad, deja de estar sometido a la tutela del órgano público, aunque este continúa ocupándose provisionalmente del joven, a la espera de encontrar la institución más adecuada para atender el caso. El Tribunal fundamenta la absolución de la Administración Pública en el hecho de que ha dejado de ser guardadora legal del autor de los hechos y que ni siquiera ha asumido espontáneamente la función de prevenir o evitar actos dañinos contra terceros. Siendo el artículo 2047 una norma excepcional —apunta el citado Tribunal— no puede extenderse a sujetos que no hayan adquirido un previo deber de guarda (29).

La sentencia del Tribunal de Reggio Emilia no obtuvo una pacífica acogida en el ámbito doctrinal italiano. Se sostiene que la protección de los sujetos carentes de capacidad de entender y querer, afectados de graves trastornos psíquicos, forma parte de las funciones institucionales de las administraciones públicas y que, en consecuencia, están obligadas a garantizar una mínima calidad en su actuación (30).

En nuestro ordenamiento, tras la nueva redacción del artículo 239 del Código Civil, el correspondiente ente público no habría podido resultar exonerado de responsabilidad en una situación similar.

Un año después de la sentencia del Tribunal de Reggio Emilia, el Tribunal de Trieste se pronuncia sobre un asunto similar de modo completamente diverso (31). En la sentencia triestina, un hombre de cincuenta años mata, a cuchilladas, a su hija de treinta años. El homicida padece esquizofrenia y, después de haber pasado diez años en un manicomio, vuelve a Trieste, donde es ingresado en un centro de salud mental especializado. Durante varios años, el personal sanitario controlará al sujeto sin adoptar ningún tratamiento de internamiento obligatorio. En este último periodo temporal se produce el trágico acontecimiento y el marido de la fallecida actúa contra la USL (*Unità Sanitaria Locale*) exigiendo, como representante legal del hijo de la víctima, el resarcimiento de los daños ocasionados a este por la muerte de la mujer, basándose en que cuando llegó a Trieste, el autor de los hechos presentaba «*segní evidenti di squilibrio mentale e pericolosità sociale*» y que esos signos debían haber llevado a la administración sanitaria a actuar de modo diverso.

La defensa de la USL contestó a la demanda arguyendo que, durante todo el periodo en que el sujeto había estado ingresado en su centro de salud mental, había manifestado una conducta prácticamente normal, con algunas excepciones esporádicas, limitadas y nada alarmantes. Continúa señalando la defensa de la USL que no resulta posible invocar una norma como la del artículo 2047 del *Codice Civile*, porque entiende que tras la reforma psiquiátrica, los centros de salud mental no tienen funciones de custodia y no asumen los poderes coercitivos propios del deber de vigilancia regulado en el precitado artículo del *Codice*.

(29) Vid., la citada sentencia en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1990, I, pág. 549 y sigs.

(30) Vid., CENDON, en *NGCC*, 1990, I, pág. 550 y sigs.

(31) Vid., sentencia del citado Tribunal, de 23 de noviembre de 1990, en *NGCC*, 1993, I, pág. 986.

El Tribunal triestino sostiene que el artículo 2047 no impone un control continuado y absoluto por parte de los sujetos obligados a la guarda, pero atribuye a estos la valoración de la intensidad y de los medios para llevar a cabo tal guarda y vigilancia, de manera que se pueda conseguir el justo equilibrio entre la libertad de movimiento y desarrollo de la personalidad de los sujetos sometidos a control y la necesaria protección de los terceros.

Ese justo equilibrio entre la recuperación de los enfermos mentales y la salvaguarda de la colectividad respecto a los daños ocasionados por estos actúa como telón de fondo en este proceso desarrollado ante el Tribunal de Trieste, ciudad esta pionera en Italia en la aplicación de la reforma psiquiátrica de 1978, caracterizada por una larga tradición en el proceso de superación de los manicomios y en una organización muy desarrollada en la estructura de prevención, cura y rehabilitación de la enfermedad mental (32).

Supuesto fáctico diferente a los reflejados anteriormente, es el de la posible responsabilidad de una administración en uno de cuyos centros se encuentra ingresada una persona que golpea duramente a una enfermera que la atiende por los trastornos psíquicos que padece (sentencia de la *Corte di Cassazione* de 13 de abril de 1973). La responsabilidad de la Administración Pública se establece con fundamento en una norma cuya función es la de regular la obligación por parte del empleador de adoptar todas aquellas medidas que, de acuerdo con la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para tutelar la integridad física y moral del empleado (art. 2087 *Codice Civile*). La citada norma laboral se aplica a una administración pública, por considerar que en la organización de los servicios psiquiátricos que le corresponden, no ha previsto un número suficiente de asistentes sanitarios por cada paciente y de ello deriva el daño causado a uno de sus «dependientes».

Hemos indicado anteriormente que esta responsabilidad representa uno de los paradigmas de la responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico: se responde con independencia o al margen de que el funcionamiento del servicio público sea normal o anormal. Sin embargo, la jurisprudencia trata de buscar una actuación culposa por parte de la administración, a fin de declararla responsable y buena muestra de ello son algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo, como las de 30 de abril de 2003 o 21 de junio de 2001 (Sala 1.^a), o la de 15 de abril de 2000 (Sala 3.^a). En ellas, el Supremo coincide en afirmar que la responsabilidad de la administración se basa en la culpa, por no haber adoptado determinadas medidas de cara al control del funcionario agente del daño o del sujeto sometido a su asistencia o vigilancia (33).

(32) Vid. VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, Giuffrè, 1995, pág. 565.

(33) Los hechos de la STS, de 30 de abril de 2003, fueron los siguientes: un guardia civil al que se le había diagnosticado un desorden esquizofrénico disparó varias veces con su arma reglamentaria, causando la muerte de una persona e hiriendo a otra. Tras ello, se suicidó. El Supremo condena solidariamente a los herederos del guardia civil (por tanto, se considera que este es plenamente responsable del ilícito), y a la Administración a pagar una cierta indemnización a los familiares de las víctimas. La responsabilidad de la Administración se basó en la culpa por haber autorizado el uso del arma, a pesar de que era conocedora de los trastornos que afectaban al funcionario.

En la STS de 21 de junio de 2001 se condenó a la Diputación Provincial de Toledo, a la que pertenece el hospital psiquiátrico donde ingresa una paciente con una agitación psicomotriz, a la que se le administra una dosis de tranquilizante y, tras proceder a su contención mecánica, se la deja sola en la habitación. Poco después, prende fuego a su cama

5. RESPONSABILIDAD DE LOS ASEGURADORES Y MECANISMOS COLECTIVOS DE INDEMNIZACIÓN

Es muy frecuente que, tanto centros hospitalarios, Administraciones Públicas como empresarios recurran a la suscripción de seguros para hacer frente a los riesgos que han de asumir, derivados de sus relaciones con personas que sufren trastornos psíquicos. El perjudicado podrá, de este modo, reclamar directamente contra el asegurador de quien hubiese incurrido en culpa o negligencia en la vigilancia de los causantes de los daños que estuviesen a su cargo (art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro). Se contempla, no obstante, la posibilidad de que la compañía aseguradora ejercite una acción de repetición contra el asegurado, pero solo en caso de que este haya actuado dolosamente (34).

El artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro, por otro lado, prohíbe la «asegurabilidad» del dolo del asegurado, lo cual no es óbice para entender que sí puede quedar asegurado el dolo de las personas por las que el asegurado debe responder civilmente, de acuerdo con el artículo 1903 del Código Civil (35).

En el ámbito de la responsabilidad criminal, el artículo 117 del CP establece la responsabilidad directa de los aseguradores hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de la acción de repetición contra quien corresponda. Ello hace que se pueda calificar tal responsabilidad como principal y no subsidiaria. Y así fue apreciada en la STS de 13 de julio de 2002, en la que la compañía aseguradora es considerada responsable directa del ilícito realizado por el padre de uno de los pacientes —mató con un cuchillo al médico que trataba a su hijo— ingresado en el Servicio de Salud Mental del Principado de Asturias. Tanto el referido servicio mental público como otro centro sanitario fueron declarados responsables subsidiarios respecto a la responsabilidad directa de la compañía aseguradora. Igualmente se ha declarado la responsabilidad de la compañía aseguradora en un caso de incendio originado por un sujeto que padece una esquizofrenia paranoide y cuya madre fallecida, de la que él es el único heredero, había suscrito un contrato multirriesgo del hogar (STS de 28 de mayo de 2002).

con un mechero y sufre diversas quemaduras. El Supremo considera que la Diputación ha incumplido sus deberes de vigilancia porque «la asistencia a los enfermos mentales debe contar con los riesgos y lesiones que estos pacientes pueden infligir tanto a sí mismos como a terceros».

Por último, la STS de 15 de abril de 2000 condenó a la administración de la que depende un centro penitenciario de Barcelona, porque un preso ingresado en el centro, previamente diagnosticado de esquizofrenia, mató a otro preso. El Supremo aprecia la culpa de la Administración por no haber vigilado suficientemente al preso que, además, tenía la recomendación de ser internado en un centro psiquiátrico.

(34) En cuanto a la acción de reembolso de la compañía aseguradora contra el propio incapaz asegurado, se ha planteado, en la doctrina italiana, si es posible que aquella se dirija contra este, una vez liquidado el daño a la víctima, en el caso de que el incapaz llegue a ser condenado a satisfacer la indemnización equitativa prevista en el apartado segundo del artículo 2047 del *Codice Civile*. La respuesta negativa parece imponerse debido a que la comparación entre las condiciones económicas del asegurado (por muy rico que sea) y el ente asegurador difícilmente podrán convencer al juez para el éxito de la acción de reembolso. Vid. MOROZZO DELLA ROCCA, «L'imputabilità», en *La responsabilità civile. Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, coordinado por CENDON, Utet, 1998, pág. 674.

(35) Vid., en este sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario del artículo 1903 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, dirigido por DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 108.

Además de los seguros, no obligatorios, concertados *ad hoc* con las entidades aseguradoras, se ha planteado la necesidad de acudir, en algunos casos, a los denominados mecanismos colectivos de indemnización como, por ejemplo, los previstos en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Esta ley establece una especie de compensación por parte del Estado, como medida complementaria de la deuda que debe reparar el declarado responsable, de modo que el Estado dispone de una acción de subrogación contra el *obligado civilmente por el hecho delictivo* por el importe de la ayuda satisfecha a la víctima o beneficiarios (art. 13, Ley 35/1995). Y, por tanto, podría acudir a este sistema de indemnización cuando el psicópata, autor de un delito violento o contra la libertad sexual, sea declarado insolvente.

Más dudas surgen sobre el recurso a este mecanismo en el caso de daño causado por personas incapaces que hayan sido declaradas exentas de responsabilidad, tanto civil como penal, habida cuenta de que la Ley parece concebir la «ayuda estatal» como un complemento del resarcimiento al que está obligado el responsable (36). No obstante, y aunque el autor del delito sea declarado exento de responsabilidad penal, muy probablemente será condenado a indemnizar por los daños y perjuicios (*ex art. 118.1.1.º CP*). En consecuencia, existiendo un obligado civil aunque no lo sea penal, podrá acudir a este mecanismo estatal de indemnización.

En Francia, la preocupación legislativa por los mecanismos colectivos de indemnización a la víctima de un daño originado por un incapaz cristaliza en la Ley 90-59, de 6 de julio de 1990, a través de la cual se creó un Fondo de garantía para hacer frente a los casos de infracciones penales cometidas por incapaces no responsables criminalmente. Si el daño corporal es grave, el Fondo respondería principal e integralmente. Si el daño es poco grave o es un daño material, el Fondo solo respondería subsidiariamente, ante la insolvencia del autor.

El problema más acuciante que suscita, a mi juicio, la creación de estos fondos públicos de garantía, es el de encontrar fuentes de financiación relevantes y, de otro lado y como reiteraré más adelante, podrían representar un obstáculo en la función preventiva que todo Derecho de Daños debe satisfacer.

6. DAÑOS CAUSADOS POR LAS COSAS QUE EL ENFERMO MENTAL ARROJASE DESDE UNA CASA

Mención aparte merecen los daños provocados por las cosas que una persona incapaz arroja desde una ventana o balcón, o bien los daños derivados de cosas que caen o se arrojan desde una casa en la que vive esa persona. Supuestos estos que se incardinan en el espectro de la norma del artículo 1910 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente: «*El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma*».

Imaginemos, pues, el caso del incapaz que tira una maceta con geranios ubicada en el alféizar de la ventana o en el balcón de una casa y lesiona gravemente a un niño que, en ese momento, juega debajo de la ventana o del balcón. Si esta persona es el «cabeza de familia», tendrá que responder por los daños

(36) Vid. CASAS PLANES, «La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor (II)», en *Práctica de Derecho de Daños. Revista de responsabilidad civil y seguros*, núms. 47 y 48, marzo y abril de 2007, pág. 27.

ocasionados, independientemente de que haya o no culpa en su conducta porque, reiteradas veces, la jurisprudencia y doctrina han señalado que esta responsabilidad es objetiva o por riesgo (37). Por «cabeza de familia» se entiende no solo el propietario que habita la casa, sino quien, por cualquier título, habita una vivienda solo o en unión de otras personas, bien formando una familia o cualquier otro grupo social (38). Así pues, si el incapaz no es dueño, sino arrendatario o usufructuario, respondería también.

Si, por el contrario, el incapaz arroja —con culpa o sin culpa— la maceca desde el balcón de una casa en la que estaba de paso o en la que vive en compañía de su tutor o de otra persona, el responsable no sería él, por no ser el «cabeza de familia». La responsabilidad correspondería al tutor o a quien ostente tal cualidad. Pero lo trascendente es que, en los casos contemplados en el artículo 1910 del Código Civil, el tutor o guardador de la persona incapaz no responderá por los daños ocasionados por dicha persona, salvo que disponga de un título jurídico sobre esa vivienda y, además, habite en la misma.

Otro supuesto interesante y de gran frecuencia práctica es el de los daños derivados de las filtraciones de agua en los pisos inferiores ocasionadas por haber dejado abiertas las llaves de los grifos. El supuesto ha sido subsumido en el ámbito de aplicación de la norma del 1910 (39). Si el incapaz es el dueño o el arrendatario de la casa respondería de estos daños no solo en el caso de haber sido él mismo el que ha descuidado cerrar la llave del grifo sino también en el caso de que sea otro el olvidadizo.

Finalmente, es interesante para este estudio dejar constancia de un pronunciamiento del Supremo, ya citado, pero que ahora ha de ser necesariamente recordado. El caso es el de un enfermo mental que, en un intento de suicidio, se arroja por la ventana de un hospital psiquiátrico perteneciente a una Diputación Provincial. Con su caída en el vacío, ocasiona la muerte de un transeúnte que, en ese momento, pasaba con su novia. El Supremo, en sentencia de 12 de marzo de 1975 (Sala Cuarta) declara la responsabilidad de la Diputación, con base en el artículo 1910, «sin que proceda hacer distinción —dice el Tribunal— entre objeto y persona, al no poder reputarse a esta como tercero responsable ajeno a la esfera del servicio».

En mi opinión, el fundamento de la responsabilidad civil de la Diputación no puede encontrarse en el 1910. Aunque en los años setenta del pasado siglo, fecha de la resolución, no existiese un precepto como el 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992), no parece necesario acudir al 1910 para justificar la responsabilidad de esta administración pública (40). El artículo 1910 se refiere a cosas y, si bien estas pueden ser sólidas o líquidas —como dice la STS de 6 de abril de 2001—, entiendo que el término cosas no puede incluir a personas vivas. Otra cosa sería si lo que se arroja es el cadáver de una persona ya falle-

(37) Vid., por todas, las STS de 12 de abril de 1984, o la de 6 de abril de 2001. En la doctrina de nuestro país, vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario al artículo 1910 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, 2.ª ed., 2006, pág. 307 y sigs.

(38) Vid. la STS de 6 de abril de 2001.

(39) Es el caso de las precitadas resoluciones del Supremo.

(40) El citado artículo 139 establece, como hemos visto, la responsabilidad de las Administraciones Públicas correspondientes, por la lesión que sufran los particulares a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

cida. El fundamento de la responsabilidad que se plantea en la STS de 12 de marzo de 1975 habría que buscarlo, tal vez, en el artículo 1902, frontispicio de nuestra regulación civil de la responsabilidad extracontractual; o, incluso, en una interpretación extensiva del artículo 1903 a los sujetos que se encargan de la guarda, legal o de hecho, de otra persona, por entender que, aquí, la Diputación Provincial y el centro psiquiátrico a ella perteneciente tenían encomendada esta misión y, muy especialmente, en un caso, como el presente, en el que, al parecer, el enfermo mental ya había intentado suicidarse, del mismo modo, ese mismo día.

III. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA HACIA LA RESPONSABILIDAD DEL PROPIO ENFERMO MENTAL

En el panorama jurisprudencial civil español se puede apreciar, en los últimos años, una ligera tendencia favorable a establecer la compatibilidad entre la incapacidad de discernimiento del sujeto y la negligencia en su conducta dañosa. Por el contrario, en la última década del pasado siglo, se puede encontrar alguna sentencia en la que no se estima el litisconsorcio pasivo necesario derivado de no haber demandado al incapaz (autor de los daños). Es el caso de la STS (Sala de lo Civil), de 5 de marzo de 1997 —citada anteriormente— en la que una persona que padece una esquizofrenia paranoide mata, con la pistola de su padre, a tres niños en Badajoz. Aunque el Juzgado de Primera Instancia apreció la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido llamado al proceso el autor de los hechos, la Audiencia Provincial, revocó la sentencia apelada, no estimando el litisconsorcio pasivo necesario respecto a este último, y absolviendo a sus padres por considerar que no tenían información suficiente para incapacitar a su hijo o para ingresarlo en un centro psiquiátrico.

Sin embargo, en los primeros años del siglo actual son varios los pronunciamientos que admiten la legitimación pasiva de estos sujetos. En este sentido, son sumamente expresivas sentencias como la de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 10 de septiembre de 2001 o la de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2003.

En esta última sentencia, en ningún momento se hace referencia a la imputabilidad o a las capacidades del sujeto que hayan podido verse afectadas por el «*desorden esquizoide y caracterial*» que padece (41). Sí se dice, sin embargo, que su actuación ha sido *gravemente culposa* (Fundamento de Derecho primero), y, más adelante, se reitera la idea indicando que «la conducta del sujeto afectado por ese trastorno psíquico ha sido *culposa*» (Fundamento de Derecho segundo). El supuesto fáctico es el de un guardia civil que, estando libre de servicio, se dirige a un bar y tras consumir varias bebidas alcohólicas, de modo repentino dispara con la pistola que llevaba a una de las personas que estaba en el bar, causándole la muerte instantánea e hiriendo a otra cliente del establecimiento. Como el autor de los hechos se suicidó, además de condenar al Estado, por acto de uno de sus agentes, también se condena civilmente a los herederos del guardia civil fallecido, por considerar que este ha actuado culposamente, a pesar del trastorno psíquico que padece.

(41) Para quienes imputabilidad y culpa subjetiva son lo mismo, el sujeto de esta sentencia resulta condenado en atención a su «imputabilidad civil». Así, por ejemplo, lo entiende CASAS PLANES, *La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor* (I), cit., pág. 18.

Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz se aprecia una vulneración de la diligencia debida por parte de una persona que padecía un trastorno psíquico, al permitir la salida libre de gas inflamable por haber dejado abiertas las llaves de paso del gas. Solo se hace referencia a la culpa o vulneración de la diligencia, omitiendo cualquier mención de la posible «imputabilidad» de un sujeto que padece una enfermedad mental que no se especifica. Y es que para quienes defendemos la independencia de las nociones de imputabilidad y culpa, es esta última la realmente relevante a la hora de delimitar la responsabilidad de una persona que, según los cánones tradicionales, bien pudiera ser no imputable (42). Reiteradamente, la sentencia alude a que *los daños son fruto de una explosión de gas y que esta responde a una conducta con omisión de la conducta mínima debida* (Fundamento Jurídico tercero). Continúa diciendo la Audiencia que la conducta negligente de esta persona desencadena su obligación de reparar el daño causado, pero, y al igual que sucedía en la citada sentencia del Supremo de 30 de abril de 2003, el autor de los daños ha fallecido y, en su lugar, se condena a sus herederos. Enfermedad mental y negligencia no son, pues, ideas incompatibles en este fallo judicial.

Al margen de la jurisprudencia civil, la penal proclama claramente la responsabilidad civil derivada de un delito cometido por el incapaz, pero, en estos casos, no se entra a valorar la existencia de culpa civil en la actuación del sujeto. Se trata, simplemente, de aplicar el precepto del Código Penal (art. 118.1) que indubitadamente proclama esa responsabilidad civil. Aunque el citado precepto penal se limita a establecer la responsabilidad civil, sin especificar el criterio de atribución, este podría ser —en mi opinión— el de la culpa, que constituiría un factor de moderación equitativa, junto con otros, de la responsabilidad, tanto del causante directo del daño como de sus guardadores (art. 118.1.1.º, segundo inciso del Código Penal).

IV. CONCLUSIÓN

La responsabilidad civil de tutores y guardadores debe servir para reforzar la responsabilidad principal del incapaz, pero no para sustituirla. Si el incapaz responde por culpa se convierte en el responsable principal de su daño. Y para asegurar la protección de la víctima es lógico que se establezca, también, una responsabilidad del sujeto encargado de su vigilancia. Esta responsabilidad se basa, en la mayor parte de los ordenamientos europeos y también en los *Principles of European Tort Law* del año 2005, en una culpa presunta que se puede desvirtuar probando que se ha actuado de forma cuidadosa en la vigilancia.

El artículo 6:101 de los *Principles*, bajo el título *Responsabilidad por menores o por discapacitados psíquicos*, establece lo siguiente: «*La persona que tiene a su cargo a otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión*».

(42) Por el contrario, para quienes defienden la concatenación de imputabilidad y culpa, esta sentencia resulta criticable por no «indagar en si era sujeto de la mínima imputabilidad que requiere la culpa civil», *ibidem*, pág. 18. Según esta autora, la culpa exige, en primer lugar, la valoración de la imputabilidad del sujeto. Vid. CASAS PLANES, *op. cit.*, pág. 20.

Los *Principios* europeos en esta materia sustituyen el criterio de *toda la diligencia de un buen padre de familia*, que utiliza nuestro legislador en el artículo 1903 del Código Civil, por *el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión*. El nivel de diligencia parece, pues, flexibilizarse y, por ende, la inversión de la carga de la prueba podría gozar de un mayor éxito en la práctica (43).

Aunque en Europa se puede apreciar una acusada tendencia a hacer responder objetivamente a la persona que está a cargo de los menores o incapaces, el Grupo de trabajo que elaboró los citados Principios prefirió adoptar una postura que respetara lo que puede ser visto como un común denominador de los sistemas europeos: es decir, una presunción de responsabilidad de los padres o guardadores que cede ante la prueba, por parte de estos últimos, de que ejercitaron adecuadamente el deber de supervisión sobre menores o incapaces, de modo que lo importante es decidir si existe o no ese deber de diligencia que impone la vigilancia (44).

En el momento actual se impone, a mi juicio, la necesidad de reformular en España la responsabilidad por hecho ajeno de tutores y guardadores. Carece de sentido mantener un sistema de responsabilidad vicaria de tutores y guardadores en el que se presume la culpa de estos sujetos y donde desvirtuar la presunción es prácticamente imposible.

El fundamento de la responsabilidad del tutor o guardador ante el daño ocasionado por el sometido a protección reside en la obligación legal de velar o vigilar a este sujeto (art. 269 CC español, para el caso particular de los tutores). Pero deducir de ello que la producción de un daño por parte de tercero es consecuencia directa de una defectuosa vigilancia choca, hoy, con la necesaria libertad y autonomía que, tanto a menores como a incapaces, se les reconoce en el desenvolvimiento de su vida diaria. No se le puede exigir al «vicario» que ejerza un control tan exhaustivo sobre el «dependiente» que coarte la libertad de movimiento o aquellas actividades necesarias para el libre desarrollo de su personalidad. Por ello, se tambalea, en mi opinión el criterio legislativo de la severa inversión de la carga de la prueba que cristaliza en una buena parte de los ordenamientos jurídicos.

De hecho, algunos autores aprecian un tímido cambio de tendencia jurisprudencial, consistente en ponderar, por un lado, el beneficio que se alcanza evitando el daño y, por otro, el coste que supondría adoptar las precauciones necesarias para conseguirlo. Y si, en la práctica, estas precauciones impidiesen el desarrollo de la actividad, entonces procedería absolver al vicario (45). Si, por ejemplo, el

(43) A la crisis del canon de diligencia del buen padre de familia, experimentada en todos los sistemas de Derecho de Daños, se refiere algún autor con la gráfica expresión de «l'insostenibile leggerezza del buon padre de famiglia». Vid. MORELLO, «La concezione civilistica della colpevolezza e l'esistenzializzazione del diritto privato. Ovvero: l'insostenibile leggerezza del buon padre di famiglia (22/10/2006)», www.personaedanno.com, a cargo de CENDON.

(44) Así lo ha manifestado el propio Grupo, el denominado EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. Vid. *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Comparado», coordinado por MARTÍN-CASALS, Ed. Thomson Aranzadi, 2008, págs. 157 y 160.

(45) Vid. SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat superior, II», *Indret* 03/2002, www.indret.com, págs. 7-8. Muestra de este nuevo criterio es la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 1999 (Sala 1.ª), en la que un niño de diez años se rompe el fémur al caer al suelo cuando jugaba con otros niños en el tiempo de recreo del colegio. El Supremo, respetando el criterio de los tribunales de instancia, desestima la pretensión de los padres del menor contra la compañía aseguradora del centro escolar exigiendo responsabi-

daño causado por un incapaz se produce en el contexto del necesario tratamiento de salida al exterior para fomentar su integración social, no se pueden hacer responsables a los tutores o guardadores por no haber adoptado una medida que hubiese impedido al enfermo la necesaria apertura al exterior. Este cambio de tendencia es muy loable, porque es un contrasentido que la mayor autonomía que se reconoce a las personas con facultades mentales limitadas se traduzca en una ampliación del ámbito de responsabilidad de sus tutores o guardadores.

Y si la responsabilidad de tutores y guardadores de personas con discapacidad psíquica debe concebirse, a mi juicio, de modo independiente y autónomo respecto a la posible responsabilidad de los autores directos de los daños, mayores es, todavía, la desvinculación de aquellos sujetos respecto a los casos de responsabilidad objetiva de los incapaces, como propietarios o poseedores de cosas o animales peligrosos. Buen exponente de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 5 de marzo de 2004, en la que se exime de responder a los hermanos, como guardadores de hecho de una persona que padece un trastorno psíquico, por la caída de un muro propiedad de este último debida al estado de mala conservación del mismo. Se declara la responsabilidad del propietario, aun incapaz, al amparo del artículo 1907 del Código Civil y se exime a los guardadores de responder.

Al margen de los estrictos casos de responsabilidad objetiva, la responsabilidad de tutores y guardadores por hechos ilícitos de incapaces es una responsabilidad derivada de un hecho ajeno pero fundamentada en la propia culpa del guardador. En otros términos: el detonante de la responsabilidad es un hecho ajeno, pero en la producción de tal hecho poco o mucho ha podido influir la actuación poco diligente del guardador. Lo que queda pendiente de resolver, a mi juicio, a la luz de las políticas sociales tendentes a incrementar el ámbito de autonomía de las personas que padecen trastornos psíquicos, es si esa culpa debe presumirse con la correspondiente inversión de la carga de la prueba, tal como contemplan la mayor parte de los ordenamientos, o si, por el contrario, tal culpa debe acreditarse siguiendo la regla general. Esta última opción es la vigente en el sistema del *Common Law* y en países como Austria (parágrafo 1310 *ABGB* o CC austriaco) o los Países Bajos para mayores incapaces (art. 6:165.2 del *BW* o CC holandés) y, en mi opinión, es la más acorde con las políticas legislativas tendentes a proteger al incapaz, concediéndole amplios márgenes de libertad e independencia respecto a su guardador.

V. BIBLIOGRAFÍA

CASAS PLANES: «La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor (II)», en *Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núms. 47 y 48, marzo y abril de 2007.

CATTANEO: «La responsabilità civile dello psiquiatra e dei servizi psichiatrici», en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, coordinado por CENDON, ESI, 1988.

lidad por los daños sufridos por su hijo. El Supremo no admitió el recurso por considerar que la única forma de evitar el accidente era impedir que los niños jugasen en el tiempo libre, algo inadmisibles —según el Supremo— por formar parte de toda actividad educativa.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO: «Los problemas de responsabilidad civil por los hechos ilícitos de incapaces», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Castán Tobeñas*, vol. II, Eunsa, 1969.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ: «Comentario del artículo 1903 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, dirigido por Díez-Picazo y Ponce de León, Paz-Ares Rodríguez, Bercovitz y Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 1991.
- BREGOLI: «Figure di sorveglianti dell'incapace dopo l'avvento della legge 180», en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, coordinado por Cendon, ESI, 1988.
- DE SALAS MURILLO: *Responsabilidad civil e incapacidad*, Tirant lo Blanch, 2003.
- DÍAZ ALABART: «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *ADC*, julio-septiembre de 1987.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Comparado», coordinado por Martín-Casals, Ed. Thomson Aranzadi, 2008.
- GARCÍA RIPOLL MONTUANO: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch Editor, 1992.
- GUTIÉRREZ CALLES: *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Dykinson, 2004.
- LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, II-1, 2.^a ed., Bosch, 1985.
- MARTÍNEZ DÍE: «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en VV.AA.: *Los discapacitados y su protección jurídica*, dirigidos por González Poveda, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- MORETÓN SANZ: «Residencias de mayores y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: nuevas perspectivas a la luz de la ley española 39/2006, de autonomía personal y atención a la dependencia», en *Estudios de Derecho de Daños*, dirigidos por Collantes, Estudio Mario Castillo Freyre, Perú, 2011.
- MOROZZO DELLA ROCCA: «L'imputabilità», en *La responsabilità civile. Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, coordinado por Cendon, Utet, 1998.
- PARRA LUCÁN: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1997», en *CCJC*, núm. 44, 1997.
- ROCA Y TRÍAS: *Derecho de Daños*, Tirant lo Blanch, 3.^a ed., 2000.
- ROGEL VIDE, en *La guarda de hecho*, Tecnos, 1984.
- SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE: «Respondeat superior II», en *Indret* 03/2002, www.indret.com.
- SANTOS BRIZ: «Comentario de los artículos 1903-1904 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por Albaladejo, T. XXIV, Edersa, 1984.
- SEISDEDOS MUÑO: «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados *incapaces naturales*. A propósito de los artículos 118.1.1.^a del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», en *AC*, núm. 9, 1999.
- SEUBA TORREBLANCA, FARNÓS AMORÓS y FERNÁNDEZ CRENDE: «Daños causados por personas con trastornos mentales», en *Indret* 2/2004, www.indret.com.
- VENCHIARUTTI: *La protezione civilistica dell'incapace*, Giuffrè, 1995.
- YZQUIERDO TOLSADA: «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*, Ed. ICAI, Madrid, 1984.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 1975 (Sala 4.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 1984 (Sala 2.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de septiembre de 1984 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 1989 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 1992 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1995 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1997 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de abril de 2000 (Sala 3.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 2001 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2001 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2002 (Sala 2.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 2002 (Sala 2.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, 13 de julio de 2002 (Sala 2.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2003 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2008 (Sala 2.^a).
Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 8 de junio de 1999.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 6 de marzo de 2001.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 6 de marzo de 2001.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 10 de septiembre de 2001.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 3 de febrero de 2003.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 5 de marzo de 2004.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de junio de 2006.
Sentencia de la *Corte di Cassazione*, de 13 de abril de 1973 (Italia).
Sentencia del Tribunal de Bolzano, de 9 de febrero de 1984 (Italia).
Sentencia del Tribunal de Reggio Emilia, de 18 de noviembre de 1989 (Italia).
Sentencia del Tribunal de Trieste, de 23 de noviembre de 1990 (Italia).

RESUMEN

DISCAPACIDAD PSÍQUICA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el acto ilícito dañoso realizado por una persona con las facultades mentales mermadas y sometida a algún tipo de guarda —sea esta legal o de hecho— pueden concurrir dos momentos o dos actos diferentes: de un lado, el propio acto lesivo cometido por quien tiene alterada su capacidad; y, de otro, el comportamiento del guardador que no ha actuado del modo adecuado para impedir la producción del daño. A analizar el tratamiento jurisprudencial de esa doble imputación dedicamos este trabajo.

ABSTRACT

MENTAL DISABILITY CIVIL LIABILITY

When a harmful illegal act is committed by a person whose mental faculties are impaired and who is under some sort of guardianship (legal or de facto), there may be two different moments in time or acts: first, the injurious act itself, committed by a person not in full possession of his or her mental faculties; second, the behaviour of the guardian, who has failed to take the appropriate action to prevent the harm from being done. This paper looks at how case law addresses these double charges.