

## Responsabilidad civil de las personas con diversidad intelectual

Yvonne Aguirre González  
Abogado

### SUMARIO

#### I. INTRODUCCIÓN

##### 1.1 BREVE INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

##### 1.2 EVOLUCIÓN MODERNA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN ESPAÑA. EL NUEVO PARADIGMA

#### II. DE QUE HABLAMOS CUÁNDO HABLAMOS DE DISCAPACIDAD

##### 2.1 DEFINICIÓN DE DISCAPACIDAD Y SUS DISTINTOS MATICES

##### 2.2 LOS DISTINTOS ENFOQUES NORMATIVOS EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA

#### III. EVOLUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA RESPECTO A LA DISCAPACIDAD Y SU TRATAMIENTO EN LA R.C

##### 3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

###### A) LA LEY 13/1982 DE 7 DE ABRIL

###### B) LA LEY 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE

###### C) LEY 8/2021 DE 2 DE JULIO

##### 3.2 EL ARTICULO 299 CC

#### IV. LA CULPA DE LA VÍCTIMA INIMPUTABLE EN LA JURISPRUDENCIA

#### V. DIFERENTES SOLUCIONES QUE ENCONTRAMOS EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA

##### 5.1 EL CASO PORTUGUÉS

##### 5.2 EL MÉTODO ALEMÁN

##### 5.3 EL SISTEMA ITALIANO

#### VI. CONCLUSIONES

#### BIBLIOGRAFÍA

#### OTRAS FUENTES

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1 Breve introducción histórica

La capacidad de relación de los hombres no es sólo una ventaja evolutiva sino una característica definitoria de los mismos, es decir, está dentro de nuestra esencia misma, de nuestra enorme capacidad intersubjetiva que es lo que llamamos vida social y, por lo tanto, está íntimamente conectada con la génesis de la sociedad y, por ende, del Derecho.

Esta intersocialidad extrema lleva aparejada el concepto mismo de responsabilidad, en cuanto en tanto, la relación social/humana de cualquier tipo debe llevar aparejada una serie de reglas que transformen a ésta en la obligación de indemnizar por el daño sufrido

Así, la responsabilidad en general y la responsabilidad por actos ajenos no es un tema nuevo en el mundo del derecho. De hecho, se trata de una de las categorías jurídicas más antiguas que podemos encontrar.

El Código de Hammurabi que data de 1.750 años antes de Cristo, es casi en su totalidad un conjunto de normas sobre responsabilidad civil, con la estructura repetitiva de “si alguien hace algo...entonces recibirá tal o cual respuesta”. A lo largo de 282 artículos regula con detalle las relaciones entre arrendadores, el derecho matrimonial, los salarios de los artesanos, las normas de adopción, etc., pero también regula la responsabilidad civil, como por ejemplo el art. 232, que regula la responsabilidad en caso de que un arquitecto haga una casa que no resulte sólida y se derrumbe, lo que supondrá que éste vuelva a construir la casa a sus expensas. (y más le vale que el derrumbe no haya matado al propietario pues de ser así, según el artículo 229, el arquitecto correrá la misma suerte.)

El derecho romano ya es mucho más específico (y en general menos drástico!) y ya se puede reconocer una responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno.

En un el derecho arcaico todavía no estaba desligada de la responsabilidad general y se contemplaba como una responsabilidad objetiva<sup>1</sup>, pudiendo imputarse tanto a los enajenados como a los menores. El infante y el loco eran responsables de los actos que hubieran come-

tido y respondían de ello sin importar su edad ni su grado de capacidad. Sin embargo, pronto se advirtió que para que existiera responsabilidad verdaderamente justa no era necesario solo la concurrencia de la *iniuria* y del *damnum*, sino que éste además debía realizarse en sus dos vertientes, la objetiva, es decir que el daño sea contrario a derecho, y la subjetiva, que atendía a que ese daño fuera causado median-do la culpa del causante. De este modo, podemos ver como se abandona la responsabilidad objetiva -usando terminología actual- y se adopta un sistema donde la culpa modula las consecuencias de los actos, con lo que, por ende, se limita un poco más la venganza privada<sup>2</sup>. Se da paso a un derecho donde tanto el enajenado como el menor tienen una responsabilidad atenuada<sup>3</sup>

Según Cristina López Santos:

“El Derecho romano no se limitó a constatar la irresponsabilidad del loco y del menor de corta edad, sino que en ciertos casos reconoció la responsabilidad de las personas que tenían bajo su potestad a quien cometía el acto ilícito, atendiendo fundamentalmente a los vínculos familiares y a la edad concreta de ese menor.”<sup>4</sup>

La responsabilidad por acciones ajenas sobre el paterfamilias dio como resultado la implicación de este por los delitos cometidos por sus *alieni iuris*<sup>5</sup> y generó una figura jurídica -*noxalidad*- que podía ejercitar el agraviado contra este. En estos casos el denunciante ejercía la *actio noxaliter* contra el paterfamilias y este podía elegir entre resarcir el daño o entregar al responsable a la víctima del daño. Lo importante aquí para nosotros es que esa responsabilidad no se hacía en virtud de la obligación de guarda y custodia, sino como una consecuencia lógica de la potestad, que también obligaba al sometido a entregar los posibles beneficios de un negocio, y en consecuencia dejaba sin posibilidad de compensación al sometido, ya que al

1 La Responsabilidad civil del menor por Cristina López Sánchez Editorial Dykinson, 2001 publicado en 2003. ISBN: 8481558664

2 Por paradójico que pueda resultar, la aplicación de la ley del Talión - que como hemos visto ya estaba en el código de Hammurabi- en realidad es un avance para la modulación de la versión anterior de la responsabilidad que atendía a la venganza privada sin limitaciones.

3 Gayo asimilaba el loco al infante; vid. Inst. 3, 109, «(...) infans et qui infanti proximus est non multum a furioso difert, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent»

4 Op.Cit. La responsabilidad Civil del menor. Ed. Dykinson

5 En derecho romano: en contraposición de *sui iuris*, significaba persona sometida al mandato ajeno.

no tener patrimonio no podían hacer frente a ninguna responsabilidad patrimonial.

Pero la verdadera innovación de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho romano viene representada por la *lex Aquilia*, de hecho, hoy se sigue denominando responsabilidad aquiliana a este tipo de obligación.

La *lex aquilia* es un plebiscito que se votó a propuesta del tribuno Aquilio aproximadamente en el S.III a.C. y que tenía como propósito llenar un vacío legal respecto al daño causado injustamente que en derecho romano denominaban "*damnum iniuria datum*", que hasta ese momento en las XII tablas solo se contemplaba para algunos daños determinados. Sin embargo, esta ley no configuraba un delito cometido por un inimputable (loco o infante) o si sucedía por fuerza mayor o fuera cometido con causa legítima, por ejemplo, defensa propia.

La mayor innovación de esta ley es dotar de un fundamento "subjetivo" a la responsabilidad civil alejándose de la vieja tradición de responsabilidad objetiva, y por otro lado inaugura una justificación racional de la imputación exigiendo que se haga con un título de culpabilidad/causalidad y dolo <sup>6</sup>

Para resumir, podemos ver que el derecho Romano no realizó propiamente una teoría general de responsabilidad por hecho ajeno, sino más bien regula casos aislados, pudiendo interpretar -aquí hay divergencia de opiniones-, que representa el germen de la responsabilidad indirecta.

Para concluir este breve repaso sobre los precedentes de la responsabilidad por actos ajenos podemos ver la adaptación que en el año del señor de 1265 los juristas de Alfonso X el sabio realizaron sobre ella, concretamente cuando dicen:

*«si fuesse menor de diez años e medio, estonce non le pueden acusar de ningún yerro que fiziesse. Esso mismo dezimos que seria del loco, o del furioso, o del desmemoriado, que non lo pueden acusar de coas que fiziesse mentra que le durare la locura. Pero no son sin culpa los parientes dellos, quando no les fazen guardar; de guisa que non pueden fazer mal a otri»* (Partida VII, título I, Ley IX)<sup>7</sup>

6 AEDO BARRENA, Cristian. Los requisitos de la *lex aquilia*, con especial referencia al daño: lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero. *Ius et Praxis* [online]. 2009, vol.15, n.1, pp.311-337. ISSN 0718-0012.

7 Las Siete Partidas del rey don Alfonso El Sabio. Por

Esto lo razona y amplía en la misma partida VII, título IX Ley VIII:

*«LEY VIII. :Quién puede facer deshonra.*

*Deshonra ó tuerto puede facer á otro todo home ó muger que hobiere de diez años et medio arriba<sup>8</sup>, porque tovieron los sabios antiguos que deste tiempo adelante debe haber cada uno entendimiento para entender si face deshonra á otro ó non, fueras ende si aquel que la ficiese fuese loco ó desmemoriado; ca estonce non seria tenuto de facer emienda de ninguna cosa que ficiese ó dixiese, porque non entiende lo que face mientras está en la locura. Pero los parientes mas cercanos que hobieren estos atales, ó los que los hobiesen en guarda, débenlos guardar de manera que non fagan tuerto nin deshonra á otro, asi como en muchas leyes deste libro diximos que lo deben facer: et si asi non lo ficiesen, bien se podrie facer demanda á ellos del tuerto que estos atales hobiesen fecho.»*

Así vemos como en la legislación de la edad media, ya se incluían cláusulas de discriminación de la responsabilidad- inimputabilidad- y se establecía una protección para los niños hasta los diez años, así como de los "*locos ó desmemoriados*". A la vez, se establece una imputabilidad de sus familiares o cuidadores -*parientes más cercanos*- con lo que vemos ya tipificada la responsabilidad vicaria en el siglo XIII.

A partir de este momento en nuestro país ya se regula en mayor o menor medida este tipo de responsabilidad civil y penal hasta llegar a la época actual, que es precisamente el tema que nos ocupa en el siguiente punto

## 1.2 Evolución moderna de la responsabilidad civil en España. El nuevo paradigma.

Según el estudio histórico que realiza DIAZ ALABART <sup>9</sup> sobre la evolución de la responsabilidad civil de padres y guardadores en el código civil y penal desde 1821 hasta 1888 concluye que:

"Cabe observar la siguiente evolución hasta el sistema vigente en la actualidad: de una responsabilidad objetiva (como parecía ser

la Real Academia de La Historia. Madrid en la Imprenta Real 1807. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

8 Mayor de diez años. (n.t.)

9 "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela" Silvia Díaz Alabart. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 40, N.º 3, 1987, págs. 795-894. Pág. 819.

la contemplada en el artículo 28 del Proyecto de Código penal de 1821, y la del artículo 27 del Código penal de 1822) a una responsabilidad por culpa, y de una responsabilidad subsidiaria para padres y guardadores de los menores (como la establecida en el artículo 27 del Código penal de 1822, en el 16 del Código penal e 1848, y en el artículo 1901 (54) del Proyecto de Código civil de 1851) a una responsabilidad directa.”

Javier López y García de la Serrana, en su artículo “La Responsabilidad civil de las personas con discapacidad psíquica”<sup>10</sup>, explica de forma impecable la distinción entre un enfermo con capacidad para diferenciar el conocimiento de causación de perjuicio para ser declarado imputable civil, y en consecuencia responderá de los perjuicios ocasionados, de los enfermos en los que su enajenación es total, en cuyo caso no se le imputará responsabilidad alguna.

De esta manera podemos distinguir varias situaciones legales:

<sup>10</sup> López y García de la Serrana, J. “La Responsabilidad civil de las personas con discapacidad psíquica”

### 1. El imputable civilmente

La doctrina mayoritaria parte de que el imputable civilmente responde con sus propios bienes de los daños causados (art. 1.902 CC), así como con los bienes de sus tutores o progenitores.

En este caso concreto, el incapaz natural imputable civilmente, además de su responsabilidad al ser el causante del daño, no será el único garante del resarcimiento del daño, ya que comparte la responsabilidad con el guardador de hecho, y en el caso de sustanciarse, por las opciones mencionadas, las responsabilidades de las partes serían solidarias.

### 2. El inimputable civilmente

El inimputable civilmente, tal y como hemos mencionado con anterioridad, no está obligado legalmente a indemnizar, pero ello puede dar lugar a situaciones injustas cuando sus tutores o familiares sean insolventes dejando a la víctima sin indemnización alguna. Sin que se le repare el daño causado.



Es por ello, que muchos autores defienden que, si bien el inimputable civil no debe indemnizar, sí que debería responder de los daños y perjuicios ocasionados siquiera de forma subsidiaria con la finalidad de proteger a la víctima a fin de que obtenga la reparación del daño que legalmente le corresponda, de conformidad con el art. 20.1 IICP 1973, art.32.3 Código Civil anterior, etc.

Otros autores se mantienen inmutables defendiendo la inimputabilidad, así como la inexigencia de responsabilidad patrimonial frente al daño originado, pese a que ello conlleve graves daños y perjuicios a un tercero. Defensor de esta actitud es el Jurista Albadalejo indicando que, en nuestro sistema jurídico español de responsabilidad por culpa, no cabe atribuir la responsabilidad al inimputable bajo ningún concepto. Equipara, así, el daño causado por el inimputable a una catástrofe natural.

### 3. El Quantum indemnizatorio en el supuesto de autor incapaz

En cuanto al importe de la indemnización que debe abonar el inimputable también es objeto de debate. Hay autores que indican que debe reducirse atendiendo a la graduación de la imputabilidad del autor, entre ellos los alemanes son los mayores defensores de esta tesis, sobre todo, cuando son los menores de edad los que provocan daños superiores a la acción cometida.

Nuestra legislación civil tiende a defender **el principio de reparación íntegra**, sin tener muy en cuenta la conducta y/o intencionalidad.

No obstante, sí que se tiene en cuenta la graduación de la cuantía a indemnizar dependiendo de la imputabilidad o no del incapaz, como autor del daño para exigir la responsabilidad civil. El actual enfoque del tema ha tenido el efecto de reducir el área de inimputabilidad, basándose en la nueva perspectiva que dota al incapaz de una mayor libertad de elección, pero como reverso de la moneda se amplía su responsabilidad, y en consecuencia la de sus tutores/curadores.

Observamos así que el enfoque del ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad sufrió una alteración fundamental a raíz de la promulgación de la ley 8/2021 de 2 de junio (LAPDECJ)<sup>11</sup>. Esta ley declara en su preámbulo:

<sup>11</sup> Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el ejercicio de su Capacidad Jurídica: Ley 8/2021 de 2 de julio por la que se reforma la legislación civil y procesal para

*“La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.”*

Es decir, el legislador ,con esta ley, realiza un esfuerzo por adaptar la norma a las lógicas exigencias del respeto a la dignidad de las personas, respeto que debe de tener una versión agravada y minuciosa para acoger los derechos de este colectivo, que por su propia naturaleza está más expuesto que ningún otro a la erosión de su dignidad y por consiguiente a la vulneración a sus más elementales derechos, empeorado por el frecuente hecho de que en ocasiones no pueden hacer valer sus prerrogativas por sí mismos.

Como vemos, la nueva ley sustituye la anterior versión de “capacidad modificada judicialmente” o “incapacitación” por un entorno donde la voluntad de la persona con diversidad adquiere un papel central en las decisiones que les afectan. Recordemos que técnicamente no existen discapacitados, ya que todas las personas poseen capacidades en mayor o menor medida y esta realidad, obviada durante muchos años por la sociedad y el legislador, es el motor que impulsa este cambio de perspectiva en la protección y tratamiento legal de las personas que conforman este colectivo, aunque a falta de una mejor y más precisa denominación, y en aras de una comunicación más efectiva, nos veremos obligados a utilizar este término en algunas partes de este estudio<sup>12</sup>.

el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se publica en BOE N. 132 de 3 de junio de 2021.

<sup>12</sup> Dice Torres Costas, M.E. en su obra La capacidad Jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Na-

Según GARCIA RUBIO, M.P.<sup>13</sup>:

“el Proyecto de ley español no define la discapacidad ni a las personas con discapacidad. Esta falta de definición se hace de manera consciente, puesto que según la propia CDPD la discapacidad es un concepto social, que deriva del trato que las personas con deficiencias psíquicas, físicas o de otra índole reciben de su entorno. Se trata, por consiguiente, de un concepto dinámico que no admite una definición apriorística. No obstante, puesto que la reforma se dirige, principalmente, a asegurar la igualdad en el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de estas personas en la titularidad y el ejercicio de sus derechos, es evidente que su repercusión fundamental se produce con relación a quienes en los regímenes anteriores a la reforma han visto comprometida su capacidad de obrar, esto es, las personas con dificultades para tomar decisiones o para comprender el alcance de las que toman.”

No obstante, el objeto de este trabajo es la defensa de que ésta es la dirección adecuada y correcta en el tratamiento de este tema, adoptando el enfoque conveniente dentro de los valores y actuaciones que deben regir una sociedad moderna y comprometida con la dignidad de todos sus miembros, pero creemos que el camino no se ha recorrido por completo, ya que hemos avanzado en el respeto debido a la voluntad de las personas, pero no hemos adopta-

ciones Unidas sobre personas con discapacidad. año 2020. Ed. BOE: “Términos que pueden ser considerados discriminatorios o estigmatizantes como: «incapacitado», «incapaz», «presunto incapaz», «procedimiento de incapacitación», pero también la actual denominación del procedimiento de «modificación de la capacidad» -puesto que esta no se modifica- por la de «procedimiento de protección», etc., algo en lo que, en general, está de acuerdo la mayor parte de la doctrina. El

Instituto Bartolomé de las Casas propone incluso la sustitución del término «persona con discapacidad» por el de «persona que requiere apoyo», como término general y no referido exclusivamente a las personas con discapacidad. El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad presentado por la Sección Primera CGC dedica el apartado diez relativo a la modificación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, precisamente a la sustitución de términos y a lo largo de todo el anteproyecto elimina toda la terminología relativa a «incapaces», «incapacitados», etc., para sustituir estos términos por otros relativos a las personas con discapacidad. Pag 211.

13 García Rubio, M. P. en su artículo “Apuntes comparativos Hispanoportugueses sobre responsabilidad civil de las personas con discapacidad”. Catedrática de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela. Orcid. org/0000-0002-9368-5066.

do las medida complementarias que acotarían la defensa integral de las consecuencias de sus acciones. En otras palabras, les damos el *derecho a equivocarse* pero no los protegemos de las posibles consecuencias de esos errores. Concretamente no existe una adecuada protección ante la responsabilidad civil de esas mismas personas a las que se les da el protagonismo para que adopten sus decisiones, y veremos el recorrido que tiene y ha tenido la llamada responsabilidad vicaria o la responsabilidad por hecho ajeno.

En este camino, intentaremos aclarar los requerimientos de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), como medio para conocer las circunstancias actuales sobre las que se asienta la cuestión y de este modo asentar las bases sobre las que construir nuestros argumentos. Esta tarea será relativamente fácil ya que, a pesar de lo reciente de la reforma existe ya una abundante literatura doctrinal que la acompaña, dando fe de la importancia que se concede a la misma.

En este proceso no podemos obviar la importancia de establecer una comparativa con las respuestas que otros sistemas socio/legales aportan a esta problemática ya que en este análisis encontraremos respuestas e ideas que bien pueden servir para reinterpretar nuestra legislación, o cuando menos para acentuar los puntos adecuados de la misma y arrojar luz sobre las partes que con su ayuda puedan ser revisadas.

No podemos obviar la importancia de hacer una “fotografía” previa de la situación y de enmarcar la casuística tan dispar que puede encontrarse en un mundo tan heterodoxo como es el estudio de la diversidad humana y su consiguiente categorización. Nos encontramos ante un entorno tan complejo que acoge desde casos de puro impedimento físico-una tetraplejía, que es incapacitante pero no resta un ápice la volición jurídica- hasta casos donde los sujetos no son capaces de realizar por sí mismos ninguna acción física y mucho menos están capacitados para integrarse por sí mismos en el tráfico jurídico.

Esta heterodoxia queda patente en la propia definición que hace la OMS de este colectivo:

*“Son aquellas personas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con el entorno, encuentran diversas barre-*

*ras, que pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos”<sup>14</sup>*

En la legislación española la definición equivalente la podemos encontrar en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo art. 4 define a las personas con discapacidad en los siguientes términos:

*“1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”*

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”

Estas definiciones tan generales, basadas únicamente en las consecuencias y no en los orígenes que las propician, nos hace preguntarnos si hemos acotado convenientemente la enorme y poliédrica casuística que pretendemos abarcar, ya que en el planteamiento de la cuestión esta gran parte de la solución, pues como proclamó Sócrates, las preguntas son más importantes que las respuestas.

Si tenemos en cuenta que una de las funciones del derecho es la creación de un marco regulatorio general que incluya las diversas situaciones posibles, entenderemos fácilmente que en este caso, al igual que en otros muchos, la tarea no es sencilla y tal vez por ello la obligación del Legislador y de la sociedad en su conjunto es la de regular con precisión y cautela

este universo de situaciones, que afecta fundamentalmente a un colectivo dispar y heterogéneo, pero sobre todo frágil y desprotegido en la mayoría de ocasiones, y por ello digno de una especial atención tuitiva.

En este sentido, entiendo que el primer gran paso para abordar el estudio de la legislación que abarca a este colectivo debe ser precisamente la definición del mismo, es decir la respuesta a la pregunta: ¿de que hablamos cuándo hablamos de discapacidad?

## II. ¿DE QUE HABLAMOS CUÁNDO HABLAMOS DE DISCAPACIDAD?

### 2.1 Definición de discapacidad y sus distintos matices

Nos parece conveniente llegados a este punto hacer una breve recapitulación sobre la identidad misma del colectivo al que nos estamos refiriendo, a la vez de una pequeña semblanza del tratamiento que en las codificaciones europeas ha dejado la actuación de los mismos, sobre todo en cuanto a las diferentes versiones de la responsabilidad civil y sus peculiaridades

Respecto a la cuestión de la definición del colectivo de la discapacidad hemos de convenir que no es una tarea simple, que como hemos visto, es generalmente solucionada por el legislador aludiendo a las consecuencias, es decir a la imposibilidad de interactuar en la sociedad de una manera equivalente a sus congéneres, sin tener en cuenta la causa de esas dificultades, o lo que es lo mismo, intentando realizar una actividad legislativa general para un grupo tan heterogéneo que a veces resuelve situaciones antitéticas.

Si nuestra tradición jurídica estuviera próxima a la Common Law inglesa, este enfoque posiblemente sería válido ya que dejaría en manos del estamento judicial la resolución de estas antinomias, pero en nuestra tradición positivista esa es una opción que no se contempla y, de hecho, en la gran mayoría de los grandes grupos de intervención normativa la tendencia es dar una respuesta pormenorizada, que se adapte lo más fielmente a las diversas situaciones posibles, y de esta manera dé respuestas más precisas y adecuadas a cada una de las posibles situaciones que pueden y pudieran plantearse.

14 Convención de la ONU, 2006, y Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, OMS, 2002

A modo de ejemplo podríamos imaginar que la legislación laboral solo tuviera como respuesta normativa el estatuto de los trabajadores, y la totalidad de las situaciones laborales fuesen interpretadas a la luz de ese texto. Esta situación otorgaría, como decimos, un gran margen de interpretación judicial ya que despreciaría todas las particularidades y matices laborales, y precisamente por ello el poder legislativo ha ido ampliando la regulación laboral hasta prácticamente el infinito. (En el año 2000 había más de 9.000 convenios colectivos. Hoy en día hay una cifra cercana a los 5.000 en España)<sup>15</sup>

Veamos pues algunos datos que nos ayuden a definir el panorama al que nos enfrentamos.

A grandes rasgos los datos de la discapacidad en España dibujan una realidad que afecta, en mayor o menor medida, prácticamente al 10% de la población.<sup>16</sup>

Este gráfico refleja su evolución

### Personas de 6 y más años con discapacidad. Valor absoluto



(Datos en miles de personas)

15 Datos INE Estudio: Marta Martínez Matute Departamento de Fundamentos del Análisis Económico, Historia e Instituciones Económicas Universidad de Valladolid

<https://www.bing.com/ck/a?!&p=d0f26ea0fd68-2873JmItDHM9MTY5MTk3MTIwMCZpZ3VpZD0wYTQ4N2IYiImYTVmLTY5MmItMjMwZi02OTNiZmJmNzY4OGemaW5zaWQ9NTM3NQ&ptn=3&hsh=3&fclid=0a487b5b-fa5f-692b-230f-693bfbf7688a&psq=estadistica+cuantos+convenios+sectoriales+hay+en+espa%c3%b1a+segun+el+ministerio+de+trabajo&u=a1aHR0cHM6Ly9pbmUuZXNmV&ntb=1>

16 Cf. Para este estudio nos guiaremos fundamentalmente por la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de dependencia (EDAD) que publica el INE, en el caso que nos ocupa la más reciente que es del año 2020 (aunque actualiza datos con fechas posteriores)

Podemos comprobar que la evolución es claramente creciente, tendencia que se mantiene prácticamente en todos los grupos de discapacidad.

No es este un estudio donde profundizar en estas peculiaridades, así que nos fijaremos únicamente en nuestro “colectivo objetivo”, que no es otro que las personas susceptibles de regulación de su capacidad de obrar, ya que como sabemos la capacidad jurídica de las personas es consustancial a las mismas y no admite ningún tipo de graduación.

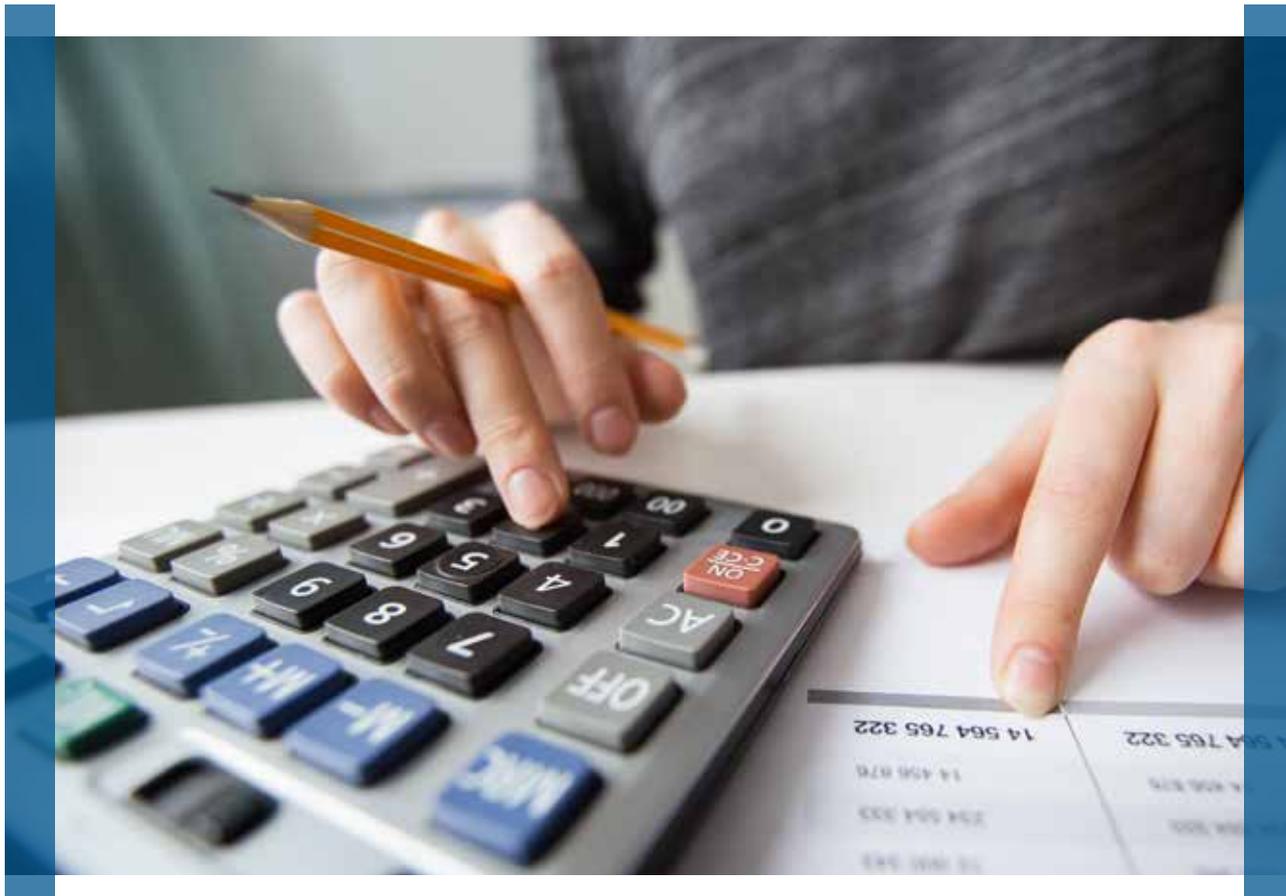
Hay que recordar que según la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 la reforma de la legislación civil y procesal en el ejercicio de su capacidad jurídica:

“Se refiere a la discapacidad que influye en la capacidad de autogobierno de la persona debido a la alteración intelectual que padece, impidiéndole la formación de una voluntad plenamente consciente y libre –pues la física o sensorial no afecta a dicha capacidad–, es decir a la discapacidad intelectual o psíquica producida tanto por factores genéticos, por lesiones prenatales, por problemas en el parto, por enfermedades infantiles, accidentes de tráfico o por diversos trastornos mentales como la depresión mayor, esquizofrenia o trastorno bipolar, entre otras.”<sup>17</sup>

La producción estadística no contempla específicamente este colectivo que queremos analizar, de hecho, ha sido imposible encontrar el número de personas sometidas a curatela o tutela en España (algo significativo respecto a la falta de concienciación institucional sobre el asunto), así que debemos aproximar sus contornos haciendo una trasposición de datos (cosa siempre arriesgada)<sup>18</sup> y la cifra que obtenemos es de 55.280 personas, o lo que es lo mismo el 1,2% del total de discapacitados (aproximadamente)

17 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. “Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad: de la incapacitación al apoyo”, REDUR 19, diciembre 2021, págs. 23-55. ISSN 1695-078X. <http://doi.org/10.18172/redur.5318>

18 Hemos realizado el cálculo cuantificando grupo de discapacidad total (3.420.000) la prevalencia de retraso mental profundo (1,05 por mil) y demencia (0,23 por mil) que figuran el censo del año 2000 y lo hemos aplicado a los datos de 2020 (4.361.000 en total), ya que en esta encuesta no figuran esas categorías (imaginamos que en aras de la “corrección política”)



Cierto es que con nuestro tosco mecanismo de cálculo hemos dejado fuera todas las personas que podrían estar en el grupo de incapacitados por otras causas (ej. Alzheimer o demencia senil), pero no es objeto de este trabajo tanto su cuantificación exacta cuanto la de acotar su contorno aproximado que nos dé una idea de la escala del problema.

En definitiva, para no ser iterativo nos haremos eco de las palabras de DÍAZ ALABART, S.,<sup>19</sup> que entiende que *“homogeneizar el tratamiento jurídico de una y otras discapacidades puede provocar distorsiones, y sobre todo falta de adecuación de ese tratamiento a las peculiaridades de algún tipo concreto de discapacidad”*, realidad que se hace patente si analizamos la corriente jurisprudencial cuyo recorrido está plagado, por las razones que aludimos, de una gran cantidad peculiaridades y excepciones.

<sup>19</sup> Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal, en “La voluntad de la persona protegida. Oportunidades riesgos y salvaguardias”, (Dir. Pereña Vicente, M.) Dykinson, Madrid, 2019, pp. 163 a 197, en concreto en la p. 167.

Como podemos ver, la definición del asunto es, en sí misma, un tema complejo y exigente, pero la dificultad aumenta cuando ampliamos nuestro campo de análisis para abarcar las situaciones equivalentes en las diferentes codificaciones de la UE.

## 2.2. Los distintos enfoques normativos en la legislación europea

Como hemos dicho la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de 2006, entro en vigor el 3 de mayo de 2008, después de ser ratificada por el vigésimo país. Para 2017 la convención había sido firmada por 140 países, pero eso no ha hecho que se reduzcan las amplias diferencias nacionales a la hora de definir la discapacidad. Algunos países han adoptado un enfoque totalmente social, mientras que otros se centran casi exclusivamente en los aspectos médico-asistenciales, existiendo, por supuesto algunas posiciones intermedias<sup>20</sup>. Estas diferencias se ven reflejadas en los dife-

<sup>20</sup> Informe European disability policy. European Parliamentary Research Service Author Marie Lecerf ISBN 978-92-846-1155-3

rentes corpus jurídicos europeos, si bien hay algunos marcos jurídicos que sirven de referencia para otras legislaciones, como por ejemplo el caso alemán, cuya definición de discapacidad aparece en el libro 9 del Código Social Alemán (SGB IX) y entró en vigor el 1 de julio de 2001:

“Una persona está «discapacitada» cuando sus funciones corporales, capacidades o salud mentales se desvían, durante más de seis meses, de la condición típica de una edad determinada, de modo que la participación en la sociedad se ve afectada”<sup>21</sup>

En España la definición figuraba en la ley 13/1982 de integración social de Personas con Discapacidad (LISMI), pero otros estados miembros, como Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Grecia, Polonia, Eslovaquia y el Reino Unido ni siquiera tienen un marco jurídico general para la definición de discapacidad<sup>22</sup>

Toda esa disparidad en el tratamiento de la discapacidad no puede sino generar una disimilitud equivalente en el tratamiento de la responsabilidad civil y la responsabilidad por hecho ajeno en la codificación de los distintos países, lo que genera una diversidad de modelos europeos de lo que en derecho anglosajón se denomina “liability for others” (responsabilidad por otros).

Para completar el encaje de las personas con “discapacidad psíquica” y su relación con la culpa deberíamos ver con algo más de detalle el intento de unificación doctrinal que fue presentado en Viena en mayo de 2005 por el European Group on Tort Law (Grupo Europeo sobre derecho de daños), el cual mencionaremos con frecuencia en las páginas posteriores.

Este grupo presentó lo que se llamó Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)<sup>23</sup>, que no tienen fuerza ejecutiva, pues como vemos cada país realiza su propia versión normativa sobre el asunto, pero que tienen importancia como inspirador de las legislaciones europeas sobre este tema, y de hecho podemos encontrar su impronta en la legisla-

ción nacional y europea, así como en el desarrollo de las actuaciones judiciales de los diversos países. Podríamos decir que sirve como principio conductor para jueces y legisladores europeos.

El artículo 4:101 PETL establece la definición de la culpa<sup>24</sup> y el 4:102 establece el estándar de conducta exigible indicando que es el que pudiera tener una “*persona razonable que se halle en las mismas circunstancias (...)*” y en el punto segundo aclara:

“(2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla.”

Después de estas definiciones dedica un capítulo (el 6) a la “Liability for others” (responsabilidad por otros) y, con la intención de ser lo más exhaustivos posible (a pesar de tener tan solo dos artículos), describen la responsabilidad de los menores y los discapacitados basada en la culpa presunta (Art. 6:101 PETL):

“La persona que tiene a su cargo 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.”

y contempla la responsabilidad de los auxiliares (art. 6:102) cuando dice:

“(1) Una persona responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible.”

A pesar de la claridad de estos fundamentos como era de esperar la legislación europea sobre la responsabilidad civil del colectivo de discapacitados refleja una enorme gama de casos y matices, abarcando desde la inimputabilidad hasta la culpa objetiva de los curadores/tutores.

Así que en el esfuerzo por desbrozar esa jungla podemos agrupar las diferentes codificaciones en tres grandes modelos de regulación

21 artículo 2, apartado 1, del SGB IX (traducción propia)

22 Óp. Cit. Informe European disability policy. European Parliamentary Research Service

23 <http://www.egtl.org/PETLspanish.html#:~:text=Principios%20de%20derecho%20europeo%20de%20la%20responsabilidad%20civil>

24 Art. 4:101. Culpa: Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible.

siguiendo la clasificación que expone Miguel Martín Casals <sup>25</sup>:

- A. El primer grupo se caracteriza por la ausencia de regla específica que ligue la responsabilidad de los padres/curadores a los hechos de sus hijos/representados. Hay que aclarar que la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos aplican las mismas reglas y criterios para la representación paterna y la curatela o tutela de discapacitados psíquicos.<sup>26</sup>

En este primer grupo de regulaciones no se trata tan solo de que la víctima del daño causado debe probar la culpa de los padres/curadores, sino que este modelo se caracteriza por carecer de una regla general que establezca la responsabilidad de estos, de manera que la guarda y custodia no lleva aparejada la responsabilidad civil por los daños que causaren los representados, y solamente, llegado el caso, los tutores solamente responderán por hecho propio (es decir, no por hecho ajeno) que resultaría de la falta de vigilancia o la vigilancia negligente de los mismos, quedando fuera de esta fórmula, por las razones que aducimos la responsabilidad por hecho ajeno.

Este modelo se da en varios países, pero en Europa lo encontramos en Inglaterra, donde la responsabilidad es únicamente por hecho propio, por no actuar en el caso concreto para prevenir el daño. <sup>27</sup> Además, en este caso, los tribunales suelen aplicar criterios limitativos de la responsabilidad como aplicar el criterio más favorable a los cuidadores para limitar su compromiso con la culpa “in vigilando”, o tener en cuenta si conocían la participación de su pupilo en las actividades ilícitas que dieran origen a la responsabilidad civil, como atenuante de la misma.

<sup>25</sup> Cf. La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL) Miquel Martín-Casals - Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Girona. © Copyright 2023, vLex

<sup>26</sup> En su Comentario, los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad Civil (PETL) consideran que “[N]o existe ninguna razón de política jurídica o de tipo práctico para tratar de modo distinto las personas que tienen a su cargo menores y las que tienen a su cargo discapacitados psíquicos. MORÉTEAU, Comentario al Capítulo 6 PETL, p. 114, nm. 3.

<sup>27</sup> Cf. Ken OLIPHANT, Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales, en Miquel MARTÍN-CASALS (Ed.), Children in Tort Law. Part I: Children as Tortfeasors, Wien / New York, Springer, 2006, p. 161, nm. 31.

En definitiva, el Derecho Ingles es reacio a la imposición de reproche jurídico por responsabilidad por hecho ajeno, lo que no deja de ser paradójico en un sistema tan “paternalista” como el inglés, que se construye sobre unas bases normativas difusas (Common Law) y otorga una gran importancia a los juicios en equidad lo que equivale someterse a una de una figura de autoridad.

- B. El segundo modelo, y el más común, es en el que se imputa la responsabilidad por culpa por los hechos ajenos, aunque como veremos esta versión tiene diferentes variantes en función de la carga de la prueba, que puede asignarse a los curadores o no, o lo que es lo mismo, si estos pueden exonerarse de su responsabilidad probando su actuación diligente o no.

Esta modalidad la podemos encontrar en varios países, entre los que se encuentran Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Portugal, la república Checa y Suecia, y por supuesto también en España.

En Austria y Suecia la culpa no se presume y la carga de la prueba corresponde al demandante.

A sensu contrario, la culpa se presume iuris tantum en Alemania (§ 832 BGB), Bélgica (art. 1345.5 CC), Portugal (Art. 491 CC), República Checa (arts.420 a 422 OZ), y con menos claridad, aunque siguiendo la misma línea en Italia (art. 2047 y 2048 C.C.)<sup>28</sup>

En el caso español como sabemos el tema está incluido en el art. 1903 CC que concretamente dice:

*“La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*

*Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.*

*Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.*

*Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios*

*causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella*

(...)

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”

Como podemos ver en nuestra legislación existe la posibilidad de exonerarse de la carga probando una actuación diligente de “buen padre de familia”. Esta característica de la inversión de la carga de la prueba es, un elemento axial en este modelo, pues lleva aparejada la situación opuesta, donde los curadores no puedan probar en la práctica una buena praxis de comportamiento diligente y por lo tanto entramos de lleno en lo que venimos denominando responsabilidad vicaria. Esta situación es más probable en la estructura normativa italiana y, sobre todo, en la española, donde se requiere una actividad culposa del menor o incapacitado (objetivamente negligente) y ésta se traslada a los padres/curadores prescindiendo de toda consideración de la intervención de estos en la misma, aduciendo una culpa in vigilando o in eligendo como mecanismo jurídico para trasponer la responsabilidad, lo cual no deja de ser incoherente con el nuevo enfoque sobre el tema, que precisamente disminuye la intervención de las instituciones de apoyo o representación, en favor de la autonomía y capacidad de decisión de las personas con discapacidad. Con certeza, parece realmente pobre como único argumento jurídico de transmisión de la culpa, ya que aplica un sencillo mecanismo de imputación a una enorme tipología de casos, muchos de ellos con cuestionable rigor<sup>29</sup>. De este modo, como veremos, la modificación principal de nuestro Código Civil derivada de la reforma de la ley 8/2021(LAPDECJ) y la que activa este mecanismo de conexión axiológica se plas-

29 Dice Eugenio Llamas Pombo: “Por ello, venimos sosteniendo que el ordenamiento viene a decir al responsable: prepárese, porque va a soportar la obligación de reparar un daño que ha provocado otra persona, y no porque la ley lo diga, sino porque existe la presunción de que Vd. no ha sido suficientemente diligente cuando «eligió» o mientras «vigiló» o «educó» a esa persona, y por tanto su conducta merece un reproche jurídico. Vamos, además de responsable es Vd. un negligente. Todo con tal de encajar, aunque sea a martillazos, cualquier imputación de responsabilidad civil dentro del dogma de la responsabilidad por culpa”

ma en el art. 297, que tendrá un análisis pormenorizado más adelante.

- C. El tercer agrupamiento siguiendo esta clasificación en función de la sistematización de la imputación por culpa ajena, es el que corresponde al modelo que propugna la responsabilidad objetiva de los responsables, que es el modelo francés por excelencia.<sup>30</sup>

El paso hacia un modelo de responsabilidad objetiva de los padres (y curadores) se dio en una sentencia dictada por el Cour de Cassation el 19 de febrero de 1997. Hasta entonces la jurisprudencia francesa había sido más parecida a las que analizamos en el segundo grupo, es decir, un sistema de “culpa presunta” que se desarrolla asignando un papel activo a la falta de negligencia como eximente de la culpa.

El caso en cuestión (el arrêt Bertrand) analizaba la actuación de un menor de 12 años que irrumpió con su bicicleta en una carretera principal y causó un choque en el que

Práctica de Derecho de Daños, N.º 149, octubre de 2021, Editorial Wolters Kluwer

30 Laurence FRANCOZ TERMINAL/ Fabien LAFAY / Olivier MORÉTEAU / Caroline PELLERIN-RUGLIANO, *Children as Tortfeasors under French Law*, ibidem, p. 193 y ss., nm. 94 y ss.



se vio involucrado un ciclomotor. El conductor de la motocicleta interpuso una reclamación por daños contra el padre y su compañía de seguros. El tribunal de instancia condenó al padre y este interpuso un recurso de apelación alegando que el tribunal no había valorado si este había infringido o no su deber de vigilancia sobre el menor, y por lo tanto o había podido invertir la presunción de culpa que pesaba sobre él.

La Court de Cassation resolvió, desmarcándose de la corriente jurisprudencial vigente hasta ese momento, que la cuestión de si el padre había sido negligente o no en la custodia de su hijo, era irrelevante y concluyó que: “sólo la fuerza mayor o la culpa de la víctima podían exonerar al Sr. J. C. Bertrand de la responsabilidad objetiva (responsabilité de plein droit) en la que había incurrido como consecuencia de los daños causados por el hijo menor que vivía en su compañía”<sup>31</sup>.

Esto, como vemos, abrió la puerta a la responsabilidad objetiva de los padres (y por analogía de los curadores) y la jurisdic-

cia francesa no dudó entrar por ese camino y a la postre determinó una verdadera responsabilidad objetiva de ellos en sentencias posteriores, donde la Court de Cassation sostuvo que esta *responsabilité de plein droit* de los padres por el daño causado por los hijos menores, no estaba “subordinada a la existencia de una *faute* del menor” (segunda cámara de la Court de Cassation, 10 mayo 2001), esto es, ignora completamente si el comportamiento del menor/discapacitado, es negligente o no, quedando el daño como prácticamente único parámetro de la gradación de la culpa.

La segunda cámara de la Court de Cassation lo volvió a dejar meridianamente claro en otra sentencia de julio de 2003 donde declaró que la responsabilidad de los padres a tenor del art. 1384.4 C.C. “no se halla subordinada a la existencia de un acto *faute* del menor”<sup>32</sup>.

De este modo podemos ver que la interpretación judicial francesa ignora por completo la culpa como presupuesto de responsabilidad de los padres, e incluso, también de la de los hijos, por lo que este sistema de “culpa objetiva” se parecería más a la responsabilidad de los poseedores de animales o de los responsables de mercancías o instalaciones peligrosas, pues ignorar la actuación diligente o culpable de los protagonistas y sus responsables, los sitúa en los mismos términos que una mascota o una mercancía peligrosa, realizando su emplazamiento judicial solamente como una fuente de riesgo, y una vez producido este, ignorar toda modulación o grado de responsabilidad, cosificando así a los menores o discapacitados.

Existen múltiples razones para rechazar esta responsabilidad objetiva, entre ellas destacan las de carácter ético, por ejemplo, la mutilación de la propia responsabilidad de los menores o discapacitados, que en muchas ocasiones deberían asumir el fruto sus propios errores como parte de su aprendizaje responsable y equilibrado, cosa que no casa con la imputación directa a sus cuidadores. Recordemos que, en la legislación española, ese es uno de los paradigmas que impulsan la reforma plasmada en la ley

31 Cf. Cass. Civ. 2ème, 19 février 1997: Bull. civ., II, No. 56; D. 1997, 265, note Jourdain; D. 1997, somm., 290 obs. D. Mazeaud; J.C.P. G 1997, II, 22848, concl. Kessous, note Viney; Resp. civ. et assur. 1997, chron., 9 par Leduc; Gaz. Pal. 1997, 2, 572, note Chabas; Dr. fam 1997, No.83 note Murat,

(Ire espèce); Petites Affiches 29 octobre 1997 note Galliou-Scanvion Apud. Miquel Martín-Casals. La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL). Pag.7/26

32 Op. Cit Martin Casals, M.



8/2021, siguiendo los dictados de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

Resulta curioso el caso de la codificación holandesa, pues en el intento de resolver esas contradicciones en su tratamiento de la responsabilidad civil, parece que mezcla de todos los modelos que acabamos de mencionar, utilizando como vector de diferenciación la edad de los hijos.

La legislación holandesa ha intentado conciliar las contradicciones que se derivan de los intereses contrapuestos entre padres e hijos introduciendo en su código civil una gradación por edades. Así, la responsabilidad será objetiva para los padres de menores de 14 años (aunque no se trata propiamente de un caso de responsabilidad objetiva pues se limita a que la actuación del menor sea fruto de un ilícito) y entre los 14 y 16 años se aplica un régimen que podíamos denominar de culpa presunta, donde para que exista responsabilidad de los padres es necesario que el menor haya incurrido en culpa, pero hay una inversión de la carga de

la prueba, ya que una vez demostrado ésta serán los padres los que deberán demostrar su conducta diligente. Y entre los 16 y 18 años no se fija ningún régimen específico de responsabilidad paterna, de modo que se aplica la presunción de inocencia para estos, lo que significa que resulta responsable el menor.<sup>33</sup>

Podemos comprobar la caótica situación de este tema en las diversas legislaciones nacionales, comprobando que la española ha hecho un esfuerzo mayor que otras por adaptar su codificación a las modernas exigencias de la dignidad del colectivo, aunque ese camino no ha sido todo lo liso que podíamos imaginar como veremos en el siguiente punto.

### III. EVOLUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA RESPECTO A LA DISCAPACIDAD Y SU TRATAMIENTO EN LA R.C.

Antes del cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la discapacidad (ley 8/2021)

33 arts. 6:164 y 6:160 BW



la doctrina jurisprudencial ya apuntaba en algunos casos en la misma dirección basándose en la interpretación restrictiva de la privación de los derechos fundamentales y en la aplicación del convenio de Nueva York. Así podemos extraer varios conceptos en este sentido de la STS EDJ 2015/187094 STS (CIVIL) DE 20 OCTUBRE DE 2015:

“Se citan las sentencias del Tribunal Supremo de 29 abril 2009 y 24 junio 2013, que sostienen el criterio restrictivo que debe imperar en las limitaciones de los derechos fundamentales y comporta, adoptando la medida que sea más favorable al interés del incapaz, evitando una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, **que tenga en cuenta de forma fundamental la importancia que para las personas con discapacidad revisite su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto del ámbito personal y familiar, que le permita sobrevivir independiente para cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los errores jurídicos y administrativos**, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando que se dé una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la convención. Procede instaurar los **apoyos** personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a efectos de proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiendo el ejercicio de la capacidad obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12 de la convención.”

En esta misma sentencia el alto tribunal también introduce un tema axial en el tratamiento de esta materia:

“La justificación de la citada doctrina la ofrece la STS de 29 de septiembre de 2009 (Rc. 1259/2006), de Pleno, que reitera la de 11 de octubre de 2012 (Rc. 617/2012), que en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado en Nueva York el 13 de diciembre 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, señala lo siguiente: “ la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio.

**Es por ello por lo que no se puede regular sin concretar el caso concreto y tampoco se debe regular de forma rígida la situación legal del discapacitado.”**

Vemos, pues, que ya antes de la intervención del legislador con la ley 8/2021, la actividad jurisprudencial ya anticipaba el camino a seguir, que a su vez es una consecuencia lógica del encauzamiento normativo iniciado por la convención de Nueva York, y al cambio de modelo que debe acompañar en una sociedad moderna para el tratamiento equitativo de un colectivo humano, que, no lo olvidemos, necesita una especial consideración para conservar sus derechos y sobre todo su dignidad, que en innumerables ocasiones en la historia ha sido vulnerada por el único motivo de pertenecer a un grupo humano diferente y con dificultades para defender sus libertades.

En este trabajo, como vemos, nos enfrentamos a un problema con múltiples facetas legales, humanas, sociales, ... pero sobre todo estamos ante la aplicación de una de las primeras funciones que debe cumplir el derecho, que es la tuitiva, que, siguiendo la definición de la RAE, significa *el que guarda, ampara y defiende*. Para entender la situación actual de esta materia me parece relevante hacer una breve recapitulación de los antecedentes históricos que nos han traído hasta aquí, para después entrar en más detalle en la evolución legislativa que deriva en la situación actual, analizando la vigente legislación para definir su ámbito y virtudes y, en su caso posibles áreas de mejora, sobre todo en el concreto caso del papel del curador y su posible responsabilidad civil.

### 3.1. Antecedentes históricos

No entraremos en este trabajo en la evolución remota de la historia de la relación de nuestra sociedad con la discapacidad, que como podemos imaginar, es larga y en muchos casos penosa. Basta para el propósito que nos ocupa, con hacer un repaso del tema desde la instauración democrática hasta hoy, periodo de grandes cambios e importantes iniciativas que han permitido la evolución jurídica y social del tratamiento de esta realidad.

#### a) La Ley 13/1982 de 7 de abril

La primera ley que trata esta cuestión es la ley 13/1982 de 7 de abril, Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad, que ha fue conocida como coloquialmente como “LISMI”.

Esta ley, que entró en vigor el 20 de mayo de 1982, pretendía según su artículo primero desarrollar los derechos que recoge el artículo 49 de la Constitución Española reconociendo “en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias.”

Como metáfora del cambio operado por la sociedad y el legislador en este tema bastara con leer el artículo dos, que habla literalmente de “derechos del deficiente mental”, terminología que hoy en día provocaría, con razón, airadas protestas y consecuencias negativas para el redactor de la ley.<sup>34</sup>

No obstante, el espíritu de la ley inaugura un cambio de perspectiva y una ambición de

cuidado para este colectivo de “minusválidos” (sic) a los que define como “toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia”. En este texto el legislador se compromete a presentar en las Cortes Generales un Proyecto de Ley en el que “se fijarán los principios y normas básicas de ordenación y coordinación en materia de prevención de las minusvalías. “, sin perjuicio de la elaboración de un Plan Nacional de Prevención de las Minusvalías que se presentará igualmente las Cortes Generales y de cuyo desarrollo se informará anualmente<sup>35</sup>. Pero estas beatíficas intenciones no se ven refrendadas por la realidad, ya que el I Plan Nacional para el Bienestar Saluda-

“subnormal” a un discapacitado era políticamente correcto en España. <https://www.elindependiente.com/politica/2020/09/17/cuando-llamar-subnormal-a-un-discapacitado-era-politicamente-correcto-en-espana/>

<sup>35</sup> Art. 9 Ley 13/1982 de 7 de abril, Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad,

<sup>34</sup> Ejemplo artículo periodístico: Cuando llamar



ble de las Personas con Discapacidad se establece en el marco de la agenda 2030 para el periodo 2022-2026 (es decir, cuarenta años después)<sup>36</sup>

Esta ley incluye un catálogo de prestaciones sociales y económicas (Título V), de rehabilitación (título VI), de integración laboral (título VII), de los servicios sociales (título VIII) y otros aspectos como la movilidad, pero no entra en un tema clave como es la incapacidad y sistema tutelar de las “personas deficientes” (sic), aunque sí que afirma en sus disposiciones finales (concretamente en la primera) que en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la ley el Gobierno someterá a las Cortes un proyecto de ley que modifique los títulos IX y X del Libro I del Vigente código civil (en ese momento) en “relación con la incapacidad y sistema tutelar de las personas deficientes.” (siento volver sobre el tema, pero hoy en día, esa denominación se consideraría un insulto, aunque para contextualizar el periodo, debemos pensar que el texto está firmado por Leopoldo Calvo-Sotelo como presidente hace más de 40 años)

En esta ley vemos reflejado el enfoque inicial del tratamiento legal que la sociedad otorgaba a este colectivo, enfoque que sufre múltiples variaciones a medida que la sociedad, y por consiguiente el legislador, va adoptando nuevos puntos de vista que se sustancian en un tratamiento cada vez más justo y lógico de la realidad de la discapacidad. Así, vemos como en septiembre de 1994<sup>37</sup>, se modifican aspectos de la cotización a la seguridad social de este colectivo, en enero de 2002 se modifica el artículo 38.1 para que en empresas públicas y privadas de más de 50 trabajadores deba emplearse al menos un 2% de trabajadores minusválidos, aunque esta obligación puede ser eximida de forma parcial o total a través de los acuerdos de negociación colectiva de ámbito nacional o en su defecto de ámbito inferior, o en su caso por voluntad del empresario- eso sí, debidamente comunicada a la autoridad laboral- por lo que la supuesta reforma quedó “descafeinada” en su propia génesis.

La siguiente reforma importante fue la del artículo 37 en la Ley 62/2003<sup>38</sup>, donde el legis-

lador se centra en la aplicación del principio de igualdad en la política de empleo para trabajadores con discapacidad, con la definición de la discriminación directa e indirecta<sup>39</sup>

En los años 2008 y 2009 se siguen produciendo reformas relativas a la revalorización de pensiones y prestaciones sociales, pero el hecho más relevante, que a la postre va a cambiar todo el panorama legislativo sobre esta cuestión, se publicó en el BOE 096 de 21/04/2008 donde el Estado Español ratifica **la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** que se celebró en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

La ratificación de España de esta convención inicia, como veremos, un camino de transformación de nuestra legislación sobre la discapacidad que no culminará hasta la promulgación de la citada ley 8/2021 que ha supuesto una auténtica revolución en el paradigma normativo español ya que las personas con diversidad pasan de ser *objeto* de derecho a *sujeto* de derecho, con todo lo que ello conlleva.

El motor de este cambio debemos buscarlo sobre todo en el art. 12 de esta Convención que dice literalmente:

### Artículo 12

*“Igual reconocimiento como persona ante la ley*

*1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

*2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*

*3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

y del orden social.

<sup>39</sup> “Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima” Ley 62/2003.

<sup>36</sup> [https://www.mdsocialesa2030.gob.es/eu/derechos/sociales/discapacidad/docs/Plan\\_Bienestar\\_Saludable\\_PcDdef.pdf](https://www.mdsocialesa2030.gob.es/eu/derechos/sociales/discapacidad/docs/Plan_Bienestar_Saludable_PcDdef.pdf)

<sup>37</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social

<sup>38</sup> Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”

A la luz de esta nueva legislación- recordemos que los tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno<sup>40</sup>- las leyes posteriores deben cumplir los dictados que allí se proclaman, lo que da lugar a nuevas y profundas transformaciones que se plasman en la reforma de la ley que nos ocupa por la ley 26/2011<sup>41</sup>, para acabar su vigencia siendo derogada globalmente por el R. D. Legislativo 1/2013 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

#### b) La ley 1/2013, de 29 de noviembre

Esta ley según su disposición derogatoria única refunde y deroga las siguientes leyes:

- a. La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad.

40 Artículo 96 Constitución Española de 1978.

41 Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Donde se modifica el art. 57.1 relativo a la construcción de viviendas adaptadas.

- b. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- c. La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El objeto de esta normativa según su propio texto es:

- a. Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.
- b. Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Vemos que esta ley supone un avance en el tratamiento de la diversidad ya que se detallan con mayor profundidad medidas de fomento y defensa de este colectivo, incorporando prestaciones sociales y económicas, de protección de la salud, atención integral, educación, derecho a una vida independiente, accesibilidad, derecho al trabajo y a la participación en asuntos públicos, e incluso arbitra un régimen de sanciones e infracciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad.

Sin embargo, esta ley ignora un punto importante como es una regulación más favorable de los cargos tuitivos, ya que mantiene preeminencia de la figura de la tutela frente a la curatela (como veremos más adelante) omisión que dará , precisamente la razón de la reforma que se produce en la ley 8/2021 para completar el

cumplimiento estricto del texto de La Convención de Nueva York (sobre todo en su artículo 12 y su tratamiento de la capacidad jurídica de los discapacitados, como veíamos anteriormente)

### c) Ley 8/2021 de 2 de julio <sup>42</sup>

Esta ley ha sido toda una revolución en el sistema jurídico, modificando el enfoque del ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad realizando una alteración fundamental a raíz de su promulgación el 2 de junio de 2021. Esta ley declara en su preámbulo: *“La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.”*

Es decir, el legislador, con esta ley, realiza un esfuerzo por adaptar la norma a las lógicas exigencias del respeto a la dignidad de las personas, respeto que debe de tener una versión agravada y minuciosa para acoger los derechos de este colectivo, que por su propia naturaleza está más expuesto que ningún otro a la erosión de su dignidad y por consiguiente a la vulneración a sus más elementales derechos, agravado por el frecuente hecho de que en ocasiones no pueden hacer valer sus prerrogativas por sí mismos.

Como vemos, la nueva ley sustituye la anterior versión de “capacidad modificada judicialmente” o “incapacitación” por un entorno donde la voluntad de la persona con diversidad adquiere un papel central en las decisiones que les afectan. Recordemos que técnicamente no

<sup>42</sup> **Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el ejercicio de su Capacidad Jurídica:** Ley 8/2021 de 2 de julio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se publica en BOE N. 132 de 3 de junio de 2021.

existen discapacitados, ya que todas las personas poseen capacidades en mayor o menor medida y esta realidad, obviada durante muchos años por la sociedad y el legislador, es el motor que impulsa este cambio de perspectiva en la protección y tratamiento legal de las personas que conforman este colectivo.

### 3.2. El Artículo 299 del Código Civil

La nueva redacción del este artículo es la piedra de toque del modelo que podemos denominar de “plena responsabilidad” que propugna la nueva ley 8/2021 de 2 de junio y su texto íntegro reza:

*“La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI de Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”.*

La consecuencia de la reforma de la ley 8/21 en nuestro CC es la aparición de este artículo redactado de esta manera tan criptica.

Realmente podemos preguntarnos si era necesario esta modificación por parte del legislador, ya que, por un lado, remite a la codificación tradicional de las obligaciones que nacen de la culpa o la negligencia (artículos 1902-1910) y en la segunda parte hace una enigmática referencia a “otros posibles responsables”, que, a su vez, nos lleva a un necesario trabajo de exégesis para su interpretación.

La idea central de esta nueva interpretación reside, como hemos visto, en la intención de que los discapacitados asuman la responsabilidad por los “daños causados” en función de la nueva perspectiva que pretende dar la responsabilidad sobre sus propios asuntos, lo que era contrario a la jurisprudencia anterior a esta ley <sup>43</sup>. Desde ese punto de vista, la redacción de este artículo no hace sino remarcar ese cambio, cosa que podemos entender como una consecuencia lógica del cambio de paradigma.

Sin embargo, como vemos, la redacción de este nuevo artículo no supone un cambio radi-

<sup>43</sup> Apud. op. Cit. Eugenio Llamas Pombo: SAP Barcelona 11 octubre 2012 (Rec. 717/2011) afirma que «la existencia de enfermedades, también las psíquicas, es algo inevitable para el ser humano. Si un daño deriva directamente de una enfermedad participa del grado de inevitabilidad que afecta a la propia dolencia». Y la SAP Málaga 19 enero 2017 (Rec. 378/2014) proclama que «no puede exigirse responsabilidad a quien causa un daño debido, únicamente,

cal como se podía suponer de su propio planteamiento-al menos en el punto que nos ocupa-sino más bien un simple recordatorio de que la situación de la responsabilidad de las personas con discapacidad ha cambiado su enfoque. Pero, entonces podemos preguntarnos: ¿a quién se refiere cuando habla de “otros posibles responsables?”

Según leemos en el art. 1903 CC la única otra responsabilidad extracontractual que se puede apreciar es la del curador en el caso que nos ocupa <sup>44</sup>, así que ¿por qué menciona el art. 299CC “otros” posibles responsables?, ¿Quiénes son?

Responde a esto Llamas Pombo<sup>45</sup> diciendo:

“En consecuencia, la referencia a esos «otros posibles responsables» hay que entenderla referida a todos ellos, es decir, no sólo al curador, sino también a los designados voluntariamente, al guardador de hecho y al defensor judicial. Y, además, fuera de toda idea de *numerus clausus*, todos aquellos otros que, por hecho propio, iha-yan podido contribuir causalmente a la producción del daño; pero para esto no haría falta que lo señale el art. 299, pues ya queda bastante claro en el art. 1902 CC.”

Además de la resolución de este enigma, el art. 299 CC plantea también una antinomia en su mismo seno, pues en su redacción presente, mediante su vinculación al art. 1903 CC <sup>46</sup> (y también al 61 LORPM<sup>47</sup>), la responsabilidad por hecho ajeno que dibuja es de carácter directo, solidario o subsidiario, esto es, cualquier persona que se determine como responsable puede ser demandada de manera directa por los daños causados por las personas a las que representan - sin que ello libere de responsabilidad a

*a una enfermedad que padece y de la cual no es responsable en ningún grado».*

44 Art. 1903 CC:

La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. (...)

Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien prestan apoyo, siempre que convivan con ella. (...)

45 Eugenio Llamas Pombo Op. Cit. La responsabilidad civil de las personas con discapacidad.

46 Art. 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

47 Art.61.3 L.O. Responsabilidad Penal del Menor:” Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un me-

las mismas- y además lo deben hacer con inversión de la carga de la prueba- deben demostrar que no han sido negligentes- todo lo cual es incompatible con la misma responsabilidad por hecho ajeno que describe el art. 120 CP.

La responsabilidad por hecho ajeno en su versión penal tiene carácter subsidiario, es decir, solo tiene lugar en caso de que se demuestre la insolvencia del condenado por el delito y además en este caso no existe inversión de la carga de la prueba.<sup>48</sup>

Este problema, conocido por el legislador <sup>49</sup> le ha obligado a modificar también el código penal al albur del nuevo enfoque de la ley 8/2021, como reconoce en la exposición de motivos:

«para mantener la coherencia del sistema, la reforma hace también necesaria la modificación de dos preceptos del Código Penal en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo, y la disposición adicional primera para adaptarla a la nueva regu-

nor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.”

48 Art. 118.1.1 CP: “En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables.”

49 Según Díaz Alabart explica: “Siendo así que solamente hay una responsabilidad civil, la primera pregunta a hacerse es el porqué de la existencia de una doble regulación de la materia en nuestro ordenamiento jurídico.

La razón es histórica. Durante el período codificador español, desde el célebre *desiderátum* recogido en el artículo 258 de la Constitución de 1812: «El Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la monarquía...», hasta 1889, fecha de promulgación de nuestro Código civil, fueron muchos e infructuosos los intentos de codificar la legislación civil. En cambio, la codificación de la legislación penal siguió caminos muy diferentes, pues ya en 1822 se promulgó el primer Código de esa materia. Ello explica seguramente que la responsabilidad civil por daños derivados de delitos o faltas se contemplara en textos legales penales, en lugar de regular toda la responsabilidad civil (sin que importe que los daños a resarcir los causara un ilícito penal o civil), en el código civil, como ocurre en casi todas las legislaciones europeas”. **La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela.** Silvia Díaz Alabart. Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 40, N.º 3, 1987, págs. 795-894:

lación. Se aprovecha la reforma para corregir el error que implicaba la referencia a los imputables».

El problema es que la nueva reforma no soluciona el asunto y nuestra legislación sigue manteniendo esa disfunción que representan dos visiones diferentes sobre una misma realidad jurídica, y se mantiene el establecimiento de consecuencias “civiles” establecidas por el Código Penal que tienen un tratamiento diferente de las propias consecuencias “civiles” establecidas por el Código Civil

La comisión General de Codificación (CGC) que redactó el anteproyecto de ley que originó

la ley 8/2021 ya era consciente de la debilidad de esta reforma. Según escribe Torres Costas <sup>50</sup>:

*“la CGC comisionada para establecer una nueva regulación de la discapacidad adaptada a la Convención de Nueva York actuó con prudencia y prefirió no alterar las vetustas reglas contenidas en los artículos 1902 y siguientes, en espera de una futura modernización global de las mismas, sin duda, muy necesaria “*

50 Torres Costas M.E, op. Cit. La capacidad Jurídica a la luz del art. 12 de la Convención De la Naciones Unidas Sobre la Discapacidad. 2020. Ed. BOE. Pág. 327.



Y continúa con una anotación que dice:

*“Efectivamente, el informe consultivo emitido por el Consejo Fiscal considera que el precepto debiera ubicarse no en el Libro I del CC, sino en el Capítulo II del Título XVI del Libro IV, al tratarse de una regla de responsabilidad civil extracontractual. García Rubio, 2018-I:192, llama la atención sobre el hecho de que el artículo 489-2 del Code civil francés también se encuentra situado entre las normas destinadas a la protección jurídica de los mayores”*

Las implicaciones ontológicas de este problema nos llevarían más allá de los límites de este texto, así pues, baste decir que el legislador ha perdido una oportunidad de unificar este “sistema dual” que tenemos en la actualidad y, evidentemente se ha quedado muy corto con la redacción de este artículo 299 CC y la mencionada modificación de los artículos del código Penal.

María Dolores Moreno Marín, Profesora Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba, indica en su trabajo “nueva visión crítica” que la Nueva redacción de la Ley lo que pretende es que las personas con discapacidad tengan más autonomía en su vida diaria.<sup>51</sup>

En nuestra opinión ,como hemos dicho anteriormente, esta vía de “empoderamiento” -si se me permite la expresión- de las personas con discapacidad es correcta y permite esa mayor libertad, pero no responde con el mismo criterio a la nueva responsabilidad que emerge de esa nueva visión, lo que coloca en riesgo sobre todo la responsabilidad patrimonial del curador.

Tomás Rubio Garrido, Profesor de la Universidad de Sevilla<sup>1</sup>, no ve sino una gran complicación la modificación de “persona incapacitada” por la persona que precisa medidas “de apoyo”, dado que hay que describir perfectamente en qué consisten, como si de cláusulas generales se tratara.

Sin duda, la fórmula legal abierta realizada por Doña Marta López Valverde<sup>52</sup>, en su artículo sobre “la nueva visión de la incapacidad” indica que la reforma normativa conlleva algunas ventajas: poder abordar problemas objetivos que, de forma científica, no entran en el cuadro tradicional de la demencia (toxicomanías; ludopa-

tías; trastornos alimentarios graves, psicopatías en conexión con redes sociales, *fashion-victims*, etc.). Pero también evidencia riesgos graves: no se determina de forma exacta qué se ha de entender por persona que requiere medidas de apoyo, con cauces muy holgados de auto provisión y/o de tránsito a través de la jurisdicción voluntaria. Riesgos que hacen palidecer si se observa atentamente en cómo fueron utilizadas, en algunos ordenamientos con pulsiones totalitarias, diferentes cláusulas generales en esta materia.

Doña Marta López Valverde (2021) opina que desde el siglo XIX el art. 1.902 del Código Civil ha sido la base jurídica para resolver los supuestos que acontecían conforme a la realidad social, actualmente también ha de ser acorde a la realidad fáctica de las personas con discapacidad y obtener todos los recursos para que el Derecho de Daños reconozca a la persona con diversidad en igualdad de condiciones con las demás.

El Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad han de fundirse para ofrecer conjuntamente a las personas con diversidad todas las garantías, recursos, mecanismos y fundamentos jurídicos que necesiten para que sean personas con igualdad de oportunidades, sin discriminación, con participación e inclusiones plenas y efectivas en la sociedad, con el ejercicio pleno de TODOS sus derechos.

De forma colateral, me parece discutible la equiparación, bajo la mencionada cláusula general, de personas que tienen problemas de autogobierno con aquellas que sencillamente pueden precisar ayuda para expresar su libre voluntad en actos concretos (ciego, sordo, en su caso, entendidos en términos funcionales, etc.). Tengo el temor que, de manera ingenua, se hayan mezclado churras con merinas, en un extremo que siempre cuidadosamente separaron todos los legisladores históricos. A mi juicio, aun en contra de los pronunciamientos de la ley, la praxis deberá seguir enfocando esta materia desde la óptica estricta de las circunstancias que inciden en el autogobierno personal libre de manera estable o duradera.

Coincido plenamente con Doña Esperanza Alcaín Martínez<sup>53</sup>, Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Granada y Patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad, cuando indica que desde el siglo XIX el art. 1.902 del Có-

51 Moreno Marín, M.D. Diario La Ley, Nº 10107, Sección Tribuna, 11 de Julio de 2022, Wolters Kluwer ,LA LEY 6496/2022.

52 Marta López Valverde , en su artículo sobre “la nueva visión de la incapacidad “

53 Alcaín Martínez.E. “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el derecho de

digo Civil ha sido la base jurídica para dar respuesta a los supuestos que se iban planteando conforme a la realidad social, actualmente también ha de responder a la realidad de las personas con discapacidad y desplegar todos los recursos para que el Derecho de Daños incorpore a la persona con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Para ello el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad han de conectar para ofrecer conjuntamente a las personas con discapa-

daños y el derecho de la discapacidad”.

cidad todas las garantías, recursos, mecanismos y argumentos jurídicos necesarios para que sean sujetos de pleno derecho conforme a los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, autonomía personal, accesibilidad universal y el respeto de la dignidad inherente, incluida la libertad de tomar la propias decisiones.

En conclusión, creo que es positiva la creación del Capítulo VI con la rúbrica “Responsabilidad por daños causados a otros” porque sitúa a la persona con discapacidad en el marco del



Derecho de Daños, como un sujeto más, al que habrá que aplicar las normas, los criterios jurisprudenciales, y la doctrina que de forma continua se van elaborando con cada caso en concreto, aunque falte por recorrer, como decimos, una parte del camino.

En la propia Exposición de Motivos de la Ley queda expresamente reflejada esta concepción cuando indica :“la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno.”

Tal es la línea seguida, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de octubre de 2012 (15), en la que un señor se precipitó desde un edificio de 9 plantas sobre el local almacén sito en los bajos del inmueble ocasionando daños en la cubierta y altillo de dicho local-almacén. Su propietaria, reclama el coste de la reparación valorada en 6.815,42 euros.

En este caso, el factor principal es la cordura del imputado, pues es cierto que el hombre saltó desde el techo de un edificio de nueve pisos, pero lo hizo debido a un brote de la enfermedad mental que padecía: “esquizofrenia paranoide”.

La resolución estipula que “el Art. 1902 CC impone el deber de responsabilidad por los daños causados por una persona a otra “por culpa o negligencia”.

Por lo tanto, la ley exige que el daño haya ocurrido por negligencia y aunque ahora existe una tendencia para objetivar la responsabilidad, todavía existe el requisito legal de que si se prueba que el daño ocurrió sin su participación entonces se debe satisfacer cualquier reclamación. Se desestimó.

En definitiva, la responsabilidad por negligencia requiere que el autor del daño sea negligente, es decir, capaz de actuar con diligencia.

Esta capacidad sólo la poseen personas que pueden comprender que su comportamiento puede causar daño y ajustar su comportamiento en consecuencia a este conocimiento.



#### IV. LA CULPA DE LA VÍCTIMA INIMPUTABLE EN LA JURISPRUDENCIA.

La tesis que defiendo en este trabajo es, como ya he dicho, que la reforma actual es un gran paso en la adecuación del trato a este colectivo, pero como vemos hay determinados aspectos que pueden ser mejorados. Estas áreas de mejora, de las cuales hemos mencionado alguna en el trascurso de este trabajo, exigen diferentes niveles de dificultad para su resolución. Por ejemplo, la reforma de la disfunción que comentábamos anteriormente -el problema de la doble versión de la responsabilidad civil y penal- requiere un enorme grado de esfuerzo, ya que como si se tratara de un cesto de cerezas (si se me permite la metáfora), cuando sacamos una vemos que lleva aparejada otra diferente que a su vez arrastra otra más... En mi caso, y en el del reformador de la ley, es muy posible que acabe con todo el cesto.

Sin embargo, hay otras reformas que no implican una dificultad de semejante calado y podrían resultar claves para determinadas situaciones en las que se ve implicada la responsabilidad civil por hecho ajeno y la consiguiente indemnización por la misma.

Un ejemplo claro de ello es la derivación de la responsabilidad por acciones del discapacitado/menor que acaben con una importante erosión del patrimonio del curador/tutor (o incluso en algunos casos de la institución tutelar o centro de servicios de discapacitados)

Estamos hablando de un caso específico en el cual los tutores y curadores se ven abocados a grandes problemas económicos, cuando habiendo demostrado ausencia de culpa o negligencia, no obstante, son responsables y acaban asumiendo las consecuencias que las pueden llevar a tener graves problemas económicos.

En otras áreas de la responsabilidad civil quizá con más importancia numérica o visibilidad social, como por ejemplo tráfico, empleo, accidentes laborales, etc., el estado asume el abono de las indemnizaciones a estos terceros que han sufrido el perjuicio dotándoles de una protección o garantía que no existe en los casos que estamos analizando. Por si ello no fuera suficiente agravio comparativo, las aseguradoras atienden todo tipo de responsabilidad civil-incluso la de una mascota- pero no hay ningún seguro específico para la responsabilidad proveniente de un discapacitado.

Incluso la empresa vinculada a la ONCE-Illunion- que se autodenomina como seguros para

personas con discapacidad, carece de ese tipo de aseguramiento, mientras tiene uno específico para cubrir la responsabilidad civil y daños de personas que utilizan una silla de ruedas, pero nada para ocasiones fuera de esta circunstancia o para personas que no las utilicen, es decir, se parece más a un seguro de responsabilidad civil de tráfico.

Todo esto propicia una situación de riesgo sobre ciertas personas, sobre todo para aquellas personas con poca capacidad económica a las que se les sitúa al filo del abismo por el mero hecho de ser tutores o curadores de terceros. (recordemos que muchas veces lo hacen voluntariamente cuando no obligados por la relación de parentesco).

La Jurisprudencia sobre la culpa de la víctima inimputable encierra en si misma una "contradictio in terminis" ya que se trata de determinar la culpa de alguien a quien por definición no se puede culpar. El supremo se resiste a declarar culpa exclusiva de la víctima, así en una sentencia del STS de 1 de febrero de 1989, donde un niño es atropellado por irrumpir inesperadamente en la calzada, el alto tribunal declara que no existe culpa de la víctima y se atribuye una actitud culposa al conductor, lo cual parece una interpretación cuando menos curiosa.

Siguiendo el mismo camino en una sentencia del 8 de noviembre de 1995, sobre la responsabilidad de un niño que se amputa un brazo con una máquina cosechadora autopropulsada, el tribunal afirma que no se puede declarar la culpa exclusiva de la víctima porque "a los niños de cuatro años nunca se les puede declarar culpables de sus propios daños", de modo que se declara culpable al propietario de la máquina.

Este mismo patrón podemos ver en el caso de un menor de quince años "imprudente e irreflexivo" que, para recoger una bola perdida en un partido de pelota, salta por un murete en vez de utilizar el pasillo que estaba cercano, y como consecuencia sufre un accidente, siendo declarado en concurrencia de culpa el ayuntamiento que había organizado el evento. (STS 28 mayo de 1981).

Pero si hay una sentencia que reconoce la irresolubilidad de este problema es la STS de 14 de febrero de 2000. En este caso una alumna de un colegio sufre graves heridas cuando intenta suicidarse arrojándose desde una ventana del aula y estableciendo la culpa del colegio, diciendo la propia sentencia que si hubiera sido mayor de edad no se hubiera apreciado la culpa de la institución.

Vemos pues que no existe una fácil resolución de este oxímoron, pues para evitar que el menor/incapacitado se quede sin indemnización se crea artificialmente una derivación hacia un agente que en muchas ocasiones no incurre en ninguna culpa.

Esta teoría de "desviación" que desnaturaliza la culpa exclusiva de la víctima tiene como consecuencia en muchos casos la reparación defectuosa del daño ya que en estos casos de inimputables (incapaces de culpa civil) la jurisprudencia suele admitir una reducción del *quantum* indemnizatorio basándose en esta transferencia artificial de la culpa, intentando conciliar la sobreprotección del menor y el derecho de los afectados a recibir una compensación por el daño.

Podíamos preguntarnos por los motivos reales de esta conducta aparentemente errática, pero en mi opinión tiene mucho que ver con la anuencia del juzgador para imputar todas las consecuencias de esos actos a los inimputables y su consecuente traslación de responsabilidades patrimoniales a sus tutores/curadores, en el entendimiento de la creación de una posible carga injusta y muchas veces inasumible para estos, lo que les obliga a seguir un camino ciertamente paradójico. Es, posiblemente, el amparo estatal de esta responsabilidad lo que evitaría esos titubeos del poder judicial y garantizaría con mayor eficacia los derechos de todas las partes.

Las soluciones "*de lege ferenda*" que se han propuesto en este campo se pueden dividir en dos grupos. La primera solución propuesta sería la plena objetivación de la responsabilidad civil (como hemos visto en la jurisprudencia francesa), aunque este camino, ciertamente, parece extrema y nos llevaría a la desaparición de la responsabilidad subjetiva, con lo que la culpa dejaría de tener la relevancia que tiene actualmente como título de imputación y el riesgo como título de atribución, con lo que únicamente quedaría la producción del daño como sustantivador de la causa. Este sistema recuerda ciertamente a la aplicación del criterio de los pueblos primitivos que veíamos en los antecedentes históricos.

Otra vía de solución, más razonable y moderna consistiría en aplicar un mecanismo de solidaridad social que en palabras de <sup>54</sup>María Medina que no "individualice en el agente dañoso su responsabilidad en consonancia con el art. 11.2 de la Ley del Protección jurídica del Menor."

Este mecanismo según Medina Crespo, M<sup>55</sup>. no es otro que la instauración de un seguro obligatorio de responsabilidad civil que deberían contratar aquellos agentes dañosos que desplieguen actividades específicas de riesgo, de manera que actuase como protector de la responsabilidad del agente dañoso y a la vez, como seguro de accidentes en aquellos casos en los que los daños sufridos por los menores/incapacitados no dieran lugar a la responsabilidad del del agente dañoso responsable en consonancia con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la LPJM <sup>56</sup>

daño extracontractual". Medina Alcoz, M. Editorial Dykinson. Año 2012. Pags 321-323

<sup>55</sup> Ver Medina Alcoz op cit. "la culpa de la víctima..." nota 143: "En este sentido, Medina Crespo, M. (Responsabilidad civil..., cit., p. 149) afirma que la clave es que «si se considera progresivamente justo que la víctima auto causante sea resarcida [...] la solución ha de hallarse extramuros de la responsabilidad civil, insertándola en un seguro obligatorio que garantice esta restauración». También dice PROENÇA, J. C. B. (ob. cit., pp. 555-556) que la tutela que requieren los menores encuentra un apoyo importante en la existencia del mecanismo del seguro, como forma de diluir el posible exceso de una responsabilidad individual."

<sup>56</sup> Art. 11.2 LPJM: Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:

- a. La supremacía de su interés superior.
- b. El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.
- c. Su integración familiar y social.
- d. La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.
- e. La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección.
- f. El carácter educativo de todas las medidas que se adopten.
- g. La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social.
- h. La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten.
- i. La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso.
- j. La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia.
- k. La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas.
- l. El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual.

<sup>54</sup> Ver "La culpa de la víctima en la producción del

(ley de protección Jurídica del menor)”<sup>57</sup>

La implantación de este seguro equipararía esta área con otras actividades generadoras de riesgos específicos como automóviles, ferrocarriles, parques de atracciones, teleféricos, piscinas públicas, etc.

En palabras de Medina Alcoz:

*“Se trata de una perspectiva de “iure condendo” que, en principio, parece trastocar los fundamentos del sistema, pero, en la medida en que, confirmado el criterio de la irresponsabilidad del agente, se introdujera la obligación del asegurador, como cobertura de accidentes, se daría una solución cualitativamente idéntica a la aportada por la legislación para los accidentes laborales, insertándose dentro del más amplio Derecho de daños”* <sup>58</sup>

Pero esta solución en nuestra opinión es de solo teórica, ya que obliga a incluir a todos los menores/discapacitados en este sistema de protección sin que se demuestre *per se* su peligrosidad, haciendo prácticamente inviable su aplicación, pues la instauración de un seguro generalizado carecería de justificación social, aparte de estigmatizar a todos los menores incluyéndolos en un grupo de riesgo por el mero hecho de serlo.

La resolución de este problema, a nuestro juicio, no puede venir de nuevo sino de la solidaridad social, mediante ayudas estatales y es precisamente en este punto donde nos encontramos con uno de los ejes discursivos de este trabajo, que trata precisamente de la modulación del excesivo daño individual que puede suponer en determinadas ocasiones la asunción de las funciones de curatela para el causante del daño y, sobre todo, para el mismo curador.

No parece, pues, inadecuado pedir esa solidaridad institucional que en otros casos sí que se aplica sin que cree disfunciones sociales- por ejemplo, víctimas de terrorismo o violencia de género- teniendo, además, el tema que nos ocupa una repercusión numérica menor y un impacto económico más limitado (quizá esa misma modestia está en la génesis de la menor

atención jurídica y económica que produce este contexto).

El problema que nos ocupa se ve agravado por la reticencia jurisprudencial a aplicar la difusa cláusula de exclusión que define el art. 1903 en su párrafo séptimo, la que invierte la carga de la prueba demostrando que el afectado empleó toda la diligencia del “buen padre de familia” para prevenir el daño, cosa que en numerosas ocasiones es prácticamente imposible. Es decir, la jurisprudencia cercena, de facto, la única vía de escape que proporciona la ley para demostrar que su actuación no fue negligente.

La elasticidad y el carácter inespecífico del concepto abre un camino a la interpretación jurisprudencial que, como decimos, tiene el efecto de transformar su responsabilidad de los tutores/curadores en objetiva, sin dejar espacio a la posibilidad de que el vigilante pueda ser exonerado al demostrar que actuó con la debida diligencia.

En palabras de DIAZ ALABART:

*“Se exige, pues, a los padres y tutores, a tenor de esta postura jurisprudencial, lo que éstos no pueden realizar: una vigilancia y educación de tal tipo que dé como resultado la imposibilidad material de que se produzca ningún hecho dañoso. Porque si se produce, según nuestros Tribunales, es porque no ha existido la diligencia debida. Dicha vigilancia supondría excederse en las potestades que padres y tutores tienen sobre menores e incapacitados, negando a éstos el ámbito de la libertad personal que les corresponde por su edad de acuerdo con el sentir social.”* <sup>59</sup>

Así se reconoce en la STS de 11 de marzo de 2000 (FD 2º) <sup>60</sup> que resolvió un caso de un niño que con un tirachinas causa lesiones oculares a otro niño y el alto tribunal declara la responsabilidad de los padres que ostentan la patria potestad: *“Los hechos probados conforman culpa del artículo 1902 del Código Civil y según la jurisprudencia de esta Sala resultan responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía,*

m. El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

57 Medina Alcoz, M. Op. Cit. “la Culpa de la víctima...” pág. 324

58 Medina Alcoz, M. Op. Cit. “la Culpa de la víctima...” pág.343

59 Op. Cit. “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela” Silvia Díaz Alabart. Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 40, N.º 3, 1987, págs. 795-894

60 STS 234/2000, 11 de marzo Sala 1ª Civil: en primera instancia se les condena a los padres al pago de 4.173.000 pesetas (aprox. 25.000€). En la apelación se les condena

**tratándose de una responsabilidad por semiriesgo, con proyección de cuasi-objetiva que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho** (Ss. de 10-3-1983, 22-1-1991 y 7-1-1992). Se trata de culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad (Sentencias de 24-3-1979, 1-6-1980, 10-3-1983, 7-1-1994 y 29-5-1996)".

La profesora DIAZ ALABART en su estudio sobre la responsabilidad de los actos ilícitos de los sometidos a patria potestad o tutela <sup>61</sup> entiende que esta objetivación de la responsabilidad de padres y tutores (ahora curadores), supone equipararla a la de los empleados/patronos, en cuya base hay una relación de lucro, con la del guardador/custodiado que se establece con base en un servicio a la parte más vulnerable que es el menor o el incapacitado. (Con la desventaja que en este caso el imputado no está claro que tenga derecho de repetición)

También debemos tener en cuenta que según la redacción que veíamos en el art. 299 CC que se refería a "otros responsables" hace que tampoco se libre de este compromiso el guardador de hecho, como indica SANTOS BRIZ<sup>62</sup> :

"Los guardadores de hecho, si bien jurídicamente no son tutores, creo que han de equipararse a éstos en cuanto a la responsabilidad por los actos sometido a esta tutela fáctica, dado que el defecto de vigilancia crea un riesgo para terceros, suficiente para imponerles la responsabilidad, en defecto de bienes del menor (arg.; art. 32, párrafo 2 del Código civil y artículo 20 del Código penal)<sup>63</sup>"

Comprobamos, que no existen escapatorias a esta objetivación de facto de la responsabilidad, pues ni la situación provisional de guardador de hecho es suficiente para subjetivar la misma, añadiendo, además, como lógica consecuencia, que todos los responsables que hemos detallado, lo son también en el caso de autolesiones de los inimputables, es decir sin que se realice un acto culposo contra un tercero.

únicamente a 81.180 pesetas (unos 490 €), y el supremo les condena a 3.626.000 (22.000 € aprox.)

61 Op. Cit. "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela" Silvia Díaz Alabart

62 SANTOS BRIZ La responsabilidad Civil. 4ª edición 1986. Pág 571. Nota 13

63 Hay que aclarar que se refiere a la redacción del Código Civil del año 1985.

De mi recorrido por la jurisprudencia sobre responsabilidad por hecho ajeno he visto que la única situación en la que el alto tribunal modula la responsabilidad es cuando la transferencia de la responsabilidad se realiza mediante un contrato de obra. En ese caso el supremo mitiga la responsabilidad pues según ellos no se puede atribuir al comitente la responsabilidad del contratista ni por culpa *invigilando*, ni por culpa *in eligendo*.<sup>64</sup>. De este modo la jurisprudencia no ve responsabilidad *in eligendo* cuando un comitente **elige** un contratista (que además dispone de una cobertura de seguro), **pero si la ve en la de un curador o tutor** que en la mayoría de los casos no ha elegido voluntariamente su función (por ejemplo, con los curadores de hecho) o lo hacen muchas veces obligados por su situación de parentesco o proximidad afectiva.

Todo esto dibuja un panorama para el tutor/curador francamente desolador, pues parece que la legislación y la jurisprudencia les obliga a desplegar habilidades sobrehumanas para vigilar y proteger a sus pupilos durante las veinticuatro horas del día, ya que en caso de que ocurra una desgracia no solo van a ser responsables directos, tengan culpa o no, sino que se les va a tratar de negligentes o descuidados , y lo que es más grave van a sufrir una erosión patrimonial que en algunos casos puede ser empobrecedora. Conviene recordar, como decimos, que ser tutor no suele ser optativo, pero en muchos casos la curatela es voluntaria o cuasi voluntaria- como la de los familiares- y tal vez no la harían si supieran todo esto que estamos analizando.

Así dicho, entiendo que en el sombrío horizonte que dibuja la legislación española en cuanto a la derivación de responsabilidad de la que estamos hablando, se repite en muchas legislaciones europeas (incluso peores como hemos visto), pero hay algunos casos entre ellas que intentan solucionar este despropósito mediante diferentes propuestas, y de ellas nos ocuparemos en el siguiente punto.

64 La SAP Lleida 515/2019 sec. 2, 8 de noviembre de 2019 indica como ejemplos jurisprudenciales de esto las siguientes sentencias: doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, SSTS de 12 de enero de 2001 #, 28 de noviembre de 2002 #, 26 de septiembre de 2007, 17 de septiembre de 2008 y 1 de octubre de 2008.

Encontramos los mismos argumentos (literalmente copiados) en otras muchas sentencias: SAP Barcelona 28/2020, SAP Vizcaya 108/2018, SAP Barcelona 148/2018, SAP Barcelona 446/2013, SAP Barcelona 108/2009, SAP Albacete 2/2021, SAP Barcelona 202/2020, (SAP Valladolid 489/2018,etc.

## V. DIFERENTES SOLUCIONES QUE ENCONTRAMOS EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA.

### 5.1. El caso Portugués

El código civil portugués recoge, el igual que el español la responsabilidad de las personas encargadas de la custodia o asistencia de las personas incapacitadas, y también se prevé una inversión de la carga de la prueba de la culpa, de manera que son ellos los que tienen que demostrar que actuaron con diligencia o que los daños se hubieran producido de igual manera, aunque hubieran intervenido. Concretamente esto se dispone en el art. 491 CC:

*“As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido”.*

*“Personas que, por ley o por negocios legales, están obligadas a vigilar otros, en virtud de su incapacidad natural, son responsables por el daño que causen a un tercero, a menos que de-*

*muestren que han cumplido con su deber de vigilancia o que el daño se habría producido incluso si lo hubieran hecho”*<sup>65</sup>

Aunque no existe unanimidad en la interpretación del término “incapacidad natural” ya que algunos autores lo identifican con el inimputable y otros amplían más su significado apuntando que incapaz natural no tiene por qué ser siempre inimputable<sup>66</sup>. No obstante, existe el consenso de que este artículo debe ser aplicado a los vigilantes de los menores y/o incapacitados.

Vemos pues que el sistema portugués se parece al español y se aleja de los modelos francés, neerlandés o de la Comon Law, donde las personas con dificultades mentales que realicen un acto dañoso son declarados responsables civiles y obligados *prima facie* a indemnizar a los dañados.

<sup>65</sup> Traducción con Word

<sup>66</sup> Op. Cit. GARCIA RUBIO, M. P. en su artículo “Apuntes comparativos Hispano-Portugueses sobre responsabilidad civil de las personas con discapacidad” cita: “Menezes Leitão, p. 326, quien entiende que la responsabilidad del vigilante no presupone la inimputabilidad del vigilado, sino solo su incapacidad natural, con lo que el vigilado puede ser considerado imputable (ex. artículo 488) y responder soli-



El sistema portugués también coincide con el español en la derivación de la responsabilidad a la persona encargada de la vigilancia y asistencia del discapacitado- con la figura de incapacidad natural en Portugal y de sometido a tutela en España- pero a partir de este punto el sistema portugués va más allá y establece una indemnización por equidad, mediante la cual, a pesar de que el autor carece de capacidad de culpa, el perjudicado puede reclamar una compensación cuando no pueda obtenerla de su cuidador. Para este proceso se tendrán en cuenta algunos factores como las condiciones económicas de agente y víctima y se imponen ciertas limitaciones como podemos ver en el art. 489 CC que lo regula:

- “1. Si el hecho causante del daño fue cometido por una persona que no es imputable, puede esta, por razones de equidad, se le podrá condenar a reparar total, o parcialmente, esta última persona, siempre que no sea posible obtener la debida reparación de las personas a quien incumba su vigilancia.”
- “2. No obstante, la indemnización se calculará de forma que no prive a la persona que no sea responsable del mantenimiento necesario, según su estado ni de los medios necesarios para llevar a cabo sus obligaciones legales de mantenimiento”.<sup>67</sup>

Resumiendo, en el caso portugués las similitudes con el sistema español son notables, con la única excepción de mantener a los discapacitados en algunas ocasiones como inimputables, no siguiendo así el concepto establecido en la CDPD, y la variante de la indemnización por equidad que curiosamente va en sentido contrario pues acentúa la responsabilidad de los discapacitados

## 5.2. El Modelo Alemán

La nueva regulación en la legislación alemana corre en paralelo a la española, impulsada como estamos comentando por la CDPD. La ley equivalente a la 8/21 de 2 de junio, que como hemos visto, establece la nueva regulación en España, es la Ley para la reforma del Derecho tutelar y asistencial del 4 de mayo de 2021 (Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungrechts), para la cuestión que nos ocupa esta es la ley más importante desde enero de 1900, fecha de entrada en vigor del BGB (código civil alemán). Sin olvidar, por supuesto, el

cambio que introdujo con la promulgación en septiembre de 1990<sup>68</sup> la ley para la reforma del derecho de la tutela y la curatela para mayores de edad (Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige). Esta norma expulsó del ordenamiento alemán la incapacitación (Entmündigung) y sustituyó la tutela y la curatela de los mayores de edad por una nueva institución de apoyo o asistencia (Betreuung), aduciendo que este apoyo no puede tener como objeto la exclusión de la persona discapacitada del tráfico jurídico, subrayando así la importancia de su autodeterminación

En 2005 se efectúa un cambio de perspectiva en el BGB introduciendo una reforma en el § 1896 BGB con el siguiente tenor literal: “contra la libre voluntad del mayor de edad no se puede proveer un prestador de apoyos”.<sup>69</sup> Pasando así del concepto de autodeterminación a la prevalencia de la voluntad del discapacitado.

Este camino normativo fue refrendado por la jurisprudencia, destacando el auto del BVerfG (tribunal constitucional federal de Alemania) de 23 de marzo de 2011 que reconoció la fuerza de ley del CDPD y su importancia en la interpretación del “contenido y extensión de los derechos fundamentales” (parágrafo 52). Este camino Jurisprudencial y doctrinal -aunque al parecer no de forma unánime por parte de esta última- desemboca en la ley de mayo del 2021 que antes comentábamos.

No vamos a entrar en un análisis exhaustivo de la legislación alemana, que en muchas situaciones es homóloga a la española, pero si nos centraremos en las diferencias y sobre todo en la mejor cobertura que, a nuestro juicio, hace de los derechos de los curadores/tutores.

Uno de esos aspectos diferenciales que introduce esta ley, está en la reforma del régimen de remuneración de los proveedores de apoyo voluntarios o ad honorem (ehrenamtliche) que figura en §§ 1875 y ss. BGB. En principio, la remuneración corre a cargo del patrimonio de la persona que provea el apoyo, pero si la situación económica del mismo no lo permite, esta es asumida por el estado. (§ 16.I VBVG <sup>70</sup>)

dariamente con el vigilante.” Págs. 325-326

67 Traducción del portugués.

68 La norma entró en vigor el 1 de enero de 1992.

69 Buchhaalter-Montero, Brian. La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual: aspectos sustantivos, procesales y administrativos. Actualidad jurídica Iberoamericana. N.º 17. ISSN 2.368-4567, pp. 150-171.

70 Ley de remuneración de tutores y proveedores de

Además de esta medida, la legislación alemana incluye una serie de previsiones sobre inscripción en un registro administrativo como proveedor de apoyo profesional, de manera que las personas con discapacidad- y sus allegados- puedan tener una manera reglada y confiable para encontrar personas preparadas y provistos de los seguros de responsabilidad civil pertinentes.<sup>71</sup>

Para entender este sistema en su integridad hay que decir que la legislación alemana establece una obligación para todas las personas de tener un seguro de responsabilidad civil que incluye una cobertura básica para daños personales y materiales causados a terceros, la falta de este seguro puede desembocar en sanciones legales y financieras. Esto mitiga la importancia que tiene en otros sistemas normativos – como el español – el hecho de establecer una cobertura por parte del estado de las actividades y responsabilidades del curador.

Comprobamos, pues, que la legislación alemana protege los derechos de los discapacitados de una manera similar a la española, pero va más allá en la protección de los curadores y personas que prestan apoyo, y a su vez, avanza un paso más sobre la indemnización en equidad que veíamos en otras legislaciones (y que también se puede aplicar en esta), con lo que vemos como nos aproxima algo más a la deseable protección física y patrimonial del curador que entendemos se merece.

### 5.3. El Sistema Italiano

El ordenamiento italiano prevé tres instrumentos para la protección de las personas con discapacidad: la *interdizione*- que se realiza mediante la tutela, la *inabilitazione* - que se materializa en la curatela - y la *amministratozione di sostegno* - administración de apoyo en español.<sup>72</sup> Esta última figura que fue introducida en enero de 2004 supuso una gran novedad en el

apoyo o Vormund und Betreuervergütungsgesetz

71 BUCHHAALTER-MONTERO, Brian Así, los presupuestos para la inscripción en el registro como proveedor profesional de apoyos son: 1) la adecuación personal y la fiabilidad del proveedor de apoyos; 2) una cualificación suficiente para el ejercicio del apoyo; y 3) un seguro de responsabilidad civil de como mínimo doscientos cincuenta mil euros, para hacer frente a los daños que pudieran producirse por la actividad. Op. Cit. LA NUEVA LEGISLACIÓN ALEMANA... pág. 166

72 Martínez, J. (2020). "La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno". Revista Española de Discapacidad, 8(1), pp. 43-61.

derecho europeo y adelantó los preceptos que se impondrían en posteriormente en la CPCD de 2006.

La introducción de la última institución de la administración de apoyo hizo pensar a gran parte de la doctrina que producía un efecto de derogación tácita de las otras dos (*interdizione* e *inabilitazione*), pero la *Corte Costituzionale* italiana en la primera resolución en la que se pronunció sobre esta cuestión dejó claro que las instituciones seguían vigentes y podían ser objeto de establecimiento por parte de los tribunales (Corte Costituzionale , 9 de diciembre de 2005) y de este modo configuró un sistema de protección de los discapacitados articulado con tres elementos diferentes.

Pero esta situación planteó un problema evidente. ¿Cuál es la diferencia entre las distintas figuras?, y, sobre todo, ¿Cuándo procede la aplicación de cada una?

Este asunto ha ocupado largo y tendido a la doctrina y la jurisprudencia italiana con el consiguiente aluvión de producción argumental y documental, que no reproduciremos aquí. Baste con decir a modo de resumen que la principal diferencia entre las dos figuras tradicionales y la nueva administración de apoyo es que esta última se configura con una enorme flexibilidad con objeto de acoger con el menor sacrificio la capacidad jurídica autónoma del beneficiario, de manera que pueda actuar con la mayor libertad en el medio jurídico. A sensu contrario las otras dos instituciones tiene un carácter más rígido derivado de la aplicación de las reglas previstas para la tutela de los menores de edad no emancipados (*interdizione*) y de la curatela de los menores emancipados (*inabilitazione*).

Los presupuestos de la *amministratozione di sostegno* están regulados en el artículo 404 del *Codice Civile Italiano*, y articula dos condiciones que deben cumplir los que se sometan a este apoyo: tener una enfermedad o discapacidad física o psíquica y que esa limitación afecte a la autonomía de la persona de forma parcial o completa para la gestión de sus propios intereses. El problema de esta definición es, que, al ser tan genérica, daba cabida en su seno a supuestos casi antagónicos, haciendo dudar a los aplicadores del derecho. Esta cuestión fue resuelta por la *Corte Costituzionale* definiendo sus parámetros, pero dejando aun así un gran margen para la interpretación del juez. (que no obstante han aplicado convirtiendo la fórmula de la *amministratozione di sostegno* como forma prioritaria convirtiendo las otras dos en residuales)

La legislación española en este tema contempla con atención el desarrollo legislativo italiano que le sirvió de inspiración. En palabras de MARTINEZ CALVO <sup>73</sup>:

“es probable que el legislador español se haya inspirado en la normativa italiana para establecer este nuevo sistema de protección, puesto que existen importantes puntos de conexión con dicho ordenamiento. El aspecto en el que resulta más evidente la influencia del derecho italiano en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad es el relativo a la nueva configuración con la que pretende dotar a la curatela, y que parece claramente inspirada en la amministrazione di sostegno italiana. No es vano, al igual que ocurre con la amministrazione di sostegno, la nueva configuración de la curatela tiene el propósito de sacrificar lo menos posible la capacidad del beneficiario para actuar en el tráfico jurídico”

No obstante, existen diferencias entre las dos propuestas normativas, como por ejemplo

la mayor flexibilidad italiana en cuanto a la modulación de la capacidad de obrar, pues admite que presuponer que todas las personas poseen idéntica capacidad de obrar en igualdad de condiciones contradice en algunas ocasiones la realidad física, psicológica, jurídica y social, cosa que la mayor rigidez de la legislación española impide.

Esto se ve reflejado en la ausencia de responsabilidad civil del incapaz en el CC italiano y la presencia de la *equa indennità* subsidiaria (como veíamos en la legislación portuguesa).

El ordenamiento italiano en esta materia tiene tres principios rectores siguiendo la exposición de la Profesora YAÑEZ VIVERO <sup>74</sup>:

1) La ausencia de responsabilidad del sujeto que carece de capacidad de entender y querer (incapaz natural). *Art. 2046 CC imputabilità del fatto dannoso: “Non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità d’ intendere o di volere al momento in cui lo ha*

<sup>73</sup> Op. Cit. Martínez, J. (2020). “La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano”

<sup>74</sup> Yañez Vivero, F., (2011). La experiencia del civil law y del common law en el ámbito de la responsabilidad civil de las personas incapaces. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XLIV (132), 1293-1317.



*commesso, a meno che lo stato di incapacità derivi da sua colpa*<sup>75</sup>

2) Responsabilidad de su guardador: Art. 2047 CC, primer inciso: *Danno cagionato dall'incapace: "In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o divolere, il risarcimento e' dovuto da chi e' tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto."*<sup>76</sup>

3) La responsabilidad subsidiaria del incapaz en el caso de que el guardador no responda. Art. 2047, segundo inciso.: *"Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi e' tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, puo' condannare l'autore del danno a un'equa indennita"*<sup>77</sup>

Vemos pues que el camino de protección de la víctima sigue un recorrido similar al de la legislación portuguesa, quedando, sin embargo, en una estación anterior respecto al caso alemán, en el cual la protección alcanza un mayor nivel de compromiso al involucrar la responsabilidad solidaria del estado.

La doctrina italiana, al igual que la francesa, se ha preguntado si como solución alternativa a la responsabilidad personal del enfermo, puede establecerse la posibilidad de que este o su guardador contraten un seguro obligatorio o se cree un fondo de garantía para cubrir los daños provocados por estos. Pero en el caso italiano se ha descartado esta vía por dos razones: la dificultad de encontrar una técnica aseguradora adecuada, y la escasa importancia de los daños provocados por estas personas.

En nuestra conclusión hablaremos de la falta de empatía social y el impudor que suponen la adopción de estas dos opiniones como principio rector de la actuación social en esta materia, comparable a la que se realiza por la

75 No es responsable de las consecuencias del acto lesivo quien no tenía la capacidad de comprender o querer en el momento en que lo cometió, a menos que el estado de incapacidad derive de su culpa.

76 "Daños causados por los incapacitados: En caso de daño causado por una persona incapaz de comprender o querer, la persona que está obligada a supervisar al incapaz debe indemnizar a menos que demuestre que no pudo evitar el hecho."

77 "En caso de que el perjudicado no haya podido obtener una indemnización de la persona encargada de la supervisión, el juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, podrá ordenar al autor del daño una indemnización equitativa." (Traducción Word)

sociedad cuando se niega la financiación y el estudio de enfermedades raras por el mero hecho de que resulta antieconómico su desarrollo, olvidando que detrás existen verdaderos dramas humanos (pero claro, no con la entidad suficiente como para que merezcan la atención de la sociedad ni de sus representantes estatales.

## VI. CONCLUSIONES

Como hemos visto la evolución en este campo no ha sido siempre lineal y homogénea, y todavía hoy queda camino para llegar al estándar del tratamiento integral de la dignidad y protección que merece el colectivo que nos ocupa y que debiera de ser la norma dentro del tratamiento que les debería otorgar una sociedad equilibrada basada en los valores de justicia, dignidad y tolerancia.

El trayecto que falta por recorrer es afortunadamente menor al ya hemos realizado, baste con recordar las circunstancias en las que se encontraba este colectivo hace pocas décadas, y en este sentido hay que agradecer el esfuerzo de la Convención de las Naciones Unidas (CDPD) para visibilizar este problema y para realizar una doctrina que como una lluvia suave ha ido permeando en las producciones normativas de muchos países.

No obstante, respecto la influencia de esta visión basada en el respeto a la dignidad y capacidad de decisión de todos los individuos, hay que huir de la autocomplacencia y no olvidar que las soluciones aquí analizadas solo están disponibles para aproximadamente un tercio de la humanidad quedando, pues, más de 4.000 millones de personas excluidas de la protección y garantías de las que gozamos en el lado afortunado del mundo.

Pero continuando con nuestro análisis en la normativa española, hemos de concluir que a pesar de la correcta dirección del esfuerzo falta aún recorrido para llegar al nivel de desarrollo que muestran las legislaciones más completas, aunque como vemos, en el desarrollo de las soluciones posibles para este colectivo, nos encontramos con dos grupos de dificultades que posiblemente hagan inviable el esfuerzo. Por un lado, la dificultad técnica de asegurar toda conducta de riesgo y por otro lado la escasa incidencia social que representa el problema, y en consecuencia, su poca relevancia fáctica en relación la totalidad de casos.

Estos dos factores lastran cualquier intento de sistematización de la codificación, pues como veíamos antes la relación coste- beneficio no es muy favorable, aunque en realidad para una pequeña parte de la población es de vital importancia y puede suponer la diferencia entre vivir y sobre vivir.

Precisamente, para proteger adecuadamente a las víctimas y actores de estas acciones habría que completar la búsqueda que reclama MEDINA ALCOZ de la “solución cualitativamente idéntica a la aportada por la legislación para los accidentes laborales, insertándose dentro del más amplio Derecho de daños”<sup>78</sup>

María José Alonso Parreño <sup>79</sup> nos dice que por muy exigentes que nos pongamos, la prueba de descargo ha de ser posible: el padre más atento y cuidadoso no puede impedir que su hijo de corta edad se comporte imprevisible y repentinamente de forma peligrosa; ni que su hijo adolescente en un arranque de rebeldía se comporte de forma desacostumbradamente arriesgada y cause daños. Lógicamente ante

78 Medina Alcoz, M. “La Culpa de la víctima” pág.343.

79 Alonso Parreño, M.J. “Los derechos del niño con discapacidad en España” pág 326.

discapacidades que conllevan graves problemas de conducta los padres se debaten entre ser muy precavidos para evitar daños y tener a su hijo prácticamente encerrado (lo que a la larga agrava mucho más las conductas del niño) y el darle una formación adecuada lo que implica permitirle participar en la vida de la comunidad asumiendo riesgos.

Mi conclusión es que esta solución pasaría por la asunción, en último término, de la responsabilidad por parte del estado, como garante de los derechos de la víctima y protector patrimonial del discapacitado incapaz como agente dañoso.

Esta propuesta se nos antoja como más fácil e inmediata, pues no hay que realizar grandes cambios doctrinales, ni revisar la normativa genérica de la responsabilidad por daños ajenos, bastaría con la voluntad del legislador para realizar ese cambio, cuya implementación se nos presenta sencilla precisamente por la utilización a sensu contrario de uno de los argumentos esgrimidos para la inacción en este terreno. Su escasa cuantía numérica.

Precisamente por ello, el esfuerzo material y económico para realizarlo sería más que asu-



mible y otorgaría una protección que nos parece más adecuada para este colectivo, y además otorga una garantía superior para las víctimas.

La responsabilidad de las personas con diversidad no es individualizada, el Estado debería de asumir su parte de responsabilidad, máxime al ser ésta ínfima en comparación a otras como lo son las derivadas de accidentes de vehículos a motor o derivadas de accidentes laborales (Consortio de Compensación de Seguros, FOGASA ...)

A lo largo de mi carrera profesional como Letrada (29 años) he podido observar ,como asesora jurídica de la Asociación ARSIDO ( Asociación Síndromes de Down) ,que los antiguos tutores ,ahora curadores tanto de menores como mayores de edad ,son los progenitores que con el tiempo trasladan como herencia dicha responsabilidad a sus hijos, hermanos de las personas con diversidad . Esta “herencia “no es sino una desgracia malograda en la vida de una familia que no hace más que empeorar las relaciones personales perjudicando siempre al que no tiene la culpa de tener un cromosoma de más...

El verdadero espíritu de este trabajo, la protección íntegra de curadores y víctimas quedaría resumida en una angustiosa pregunta que me hizo recientemente la madre de un menor de 10 años ,víctima de una agresión sexual por parte de otro menor de 11 años del mismo pueblo, inimputable y de familia desestructurada e insolvente ( cuyos únicos ingresos es una ayuda de 400 euros mensuales):

¿quién va a ayudarme con los gastos que me va a suponer un tratamiento psicológico, prácticamente de por vida, para mi hijo y para el resto mi familia ?

De esta manera vemos que el actual sistema expone deficiencias por los dos extremos de la cadena reparativa: puede crear una asunción injusta de culpa en el representante del inimputable, y a su vez, puede derivar en una carga ominosa para la víctima en el caso que se declare insolvente el responsable.

## BIBLIOGRAFÍA

AEDO BARRENA, C. “Los requisitos de la Lex Aquilia, con especial referencia al daño: lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero” 2009, vol.15, n.1, pp.311-337. ISSN

ALCAIN MARTINEZ, E. “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el derecho de daños y el derecho de la discapacidad”, ISSN 0213-7100, N° 6, 2021.

ALONSO PARREÑO, MJ. “Los derechos del niño con discapacidad en España” 2008.

BUCHHAALTER-MONTERO, B. “La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual. Aspectos sustantivos, procesales y administrativos”. Actualidad jurídica Iberoamericana. N.º 17. ISSN 2.368-4567,

DIAZ ALABART, S. “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela” Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 40, N.º 3, 1987, págs. 795-894. Pág. 819.

FRANCOZ TERMINAL, L./ LAFAY F. / MORÉTEAU,O./ PELLERIN-RUGLIANO, C. “Children as Tortfeasors under French Law, ibidem.”

GARCIA RUBIO, M. P. artículo “Apuntes comparativos Hispanoportugueses sobre responsabilidad civil de las personas con discapacidad”. Orcid.org/0000-0002-9368-5066.

LECERF, M. “Informe European disability policy. European Parliamentary Research” Service ISBN 978-92-846-1155-3.

LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. “La Responsabilidad civil de las personas con discapacidad psíquica” .sp/doct/3721.Junio 2008.

LOPEZ SANCHEZ, C. “La Responsabilidad civil del menor”. Editorial Dykinso 2001 , segunda edición en 2003.

LOPEZ VALERDE, M. “Nueva visión de la incapacidad”.

LLAMAS POMBO, E. “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad” Práctica de Derecho de Daños, N.º 149, octubre de 2021, Editorial Wolters Kluwer.

MARTIN-CASALS, M. “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” 2023 VLex.

MARTÍN-CASALS, M. (Ed.), Children in Tort Law. Part I: Children as Tortfeasors, Wien / New York, Springer, 2006

MARTINEZ, J. (2020). “La protección de las personas con discapacidad en el derecho italia-

no: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno”. Revista Española de Discapacidad, 8(1),

MEDINA ALCOZ, M. “La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual”. Editorial Dykinson. Año 2012

MEDINA CRESPO, M. “La Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas”. Granada, 1996.

MORENO MARIN, M.D. Diario La Ley, Nº 10107, Sección Tribuna, 11 de Julio de 2022, Wolters Kluwer.

PEREÑA VICENTE, M. (Dir.). “La voluntad de la persona protegida. Oportunidades riesgos y salvaguardias”, Dykinson, Madrid, 2019.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. “La responsabilidad civil de las personas mayores”. En «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros», PID 2019. (Ministerio de Ciencia e Innovación)

RUBIO GARRIDO, T. “Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?” Indret 2-2022.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. “Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad: de la incapacitación al apoyo”, REDUR 19, diciembre 2021.

SANTOS BRIZ. “La responsabilidad Civil”. 4ª edición 1986.

TORRES COSTAS, M.E. “La capacidad Jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad” año 2020. Ed. BOE.

YÁÑEZ VIVERO, F. “La experiencia del civil Law y del Common Law en el ámbito de la responsabilidad civil de las personas incapaces”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XLIV (132), 1293-1317.

## OTRAS FUENTES

Convención de la ONU, 2006, y Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, OMS, 2002.

Datos INE Estudio: Marta Martínez Matute Departamento de Fundamentos del Análisis Económico, Historia e Instituciones Económicas Universidad de Valladolid.

Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de dependencia (EDAD) que publica el INE. 2020.

Las Siete Partidas del rey don Alfonso X El Sabio. Por la Real Academia de La Historia. Madrid en la Imprenta Real 1807. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

## (Footnotes)

1 Rubio Garrido, T. “Ley 8/2021, de 2 de junio , sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos ?” Indret 2-2022.