

En resumen, nos encontramos con una obra acabada que aborda, con pluralidad de planteamientos y acierto en las soluciones, problemas clave del pensamiento jurídico europeo: la relación entre usucapión ordinaria y tradición y la configuración de cada una de ellas. Hay que destacar el correcto uso que hace del método comparatístico —sin mezclar los argumentos de Derecho extranjero con el vigente Derecho español— y del método histórico —convirtiendo a la historia del Derecho en imprescindible auxiliar del Derecho Civil—. Pese a haber sido escrita hace ya muchos años, sus puntos de vista y su doctrina siguen siendo de gran actualidad. Incluso su bibliografía, tal fue la novedad en su momento (a modo de complemento, tal vez resulte conveniente la lectura del trabajo de Félix WUBBE, «Die Interessenlage bei traditio und usucapio», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1964, pág. 558, para comprender por qué en ciertos casos los juristas romanos admitieron, con muchas limitaciones, un título putativo en los casos de *usucapio*, sin admitirlos nunca en la *traditio*).

¿Quién sabe si Juan MIGUEL tenía la premonición, al entregar este libro a la imprenta, de que cumplido el deber de publicarlo, se encontraba ya, en palabras de Antonio MACHADO, ligero de equipaje, dispuesto a tomar la nave que nunca ha de tornar? Sí que se puede afirmar que esta última publicación aumenta la deuda que romanistas y civilistas españoles teníamos contraída con él.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima, «Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz (Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, monografía, 2009.

por

M.^a DOLORES CASAS PLANES
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Jaén

Vaya, en primer lugar, mi profunda satisfacción por tener ocasión de realizar una reseña de la reciente monografía de la profesora YÁÑEZ VIVERO al tratar de un tema cuyo estudio e interés ambas compartimos. Es una materia apasionante que, a su vez, se enmarca en la protección jurídica y defensa de la dignidad de la persona incapaz; pero de la que la autora es consciente de su escaso tratamiento por la doctrina de nuestro país; reflejo, a mi parecer, del abandono y miedo que tiene la sociedad ante la realidad de la incapacidad, sobre todo la que lleva por nombre la enfermedad mental. De tal modo que siendo el conocimiento de una realidad lo que más ayuda a que los prejuicios desaparezcan, este libro contribuye a ello, y, por tanto, merece su lectura y seguimiento; además de por ser un trabajo bien hecho, pues la autora aporta datos y argumentos para un debate aún abierto.

El estudio de la responsabilidad civil del incapaz, tal y como justifica la autora en los agradecimientos, tiene dos escenarios jurídicos principales, el español y el italiano, cuyas referencias legales, doctrinales y jurisprudenciales son constantes, y son reflejo de su dominio de la materia. Asimismo analiza ésta desde la perspectiva del Derecho Europeo de Daños, en concreto, a la luz de la encomiable armonización normativa llevada a cabo por los *Principles of*

European Tort Law (PETL). Nos advierte YÁÑEZ VIVERO desde el inicio de su trabajo, que en orden a respetar la terminología del Código Civil y sin tener ningún tinte peyorativo, la utilización a lo largo de la monografía del término «incapaz» o «persona incapaz» se usará como sinónimo de persona cuya capacidad de discernimiento está cercenada por padecer un trastorno psíquico.

La autora estructura la composición del libro de manera ajustada a la finalidad de su trabajo, la cual recoge en el *capítulo introductorio o preliminar* (págs. 21-33) y concreta en la necesidad de poner de manifiesto la *reformulación de la responsabilidad civil de las personas incapaces*. Y del alcance de este importante reto se ocupa el libro en comentario. Aprovecha dicho capítulo introductorio para recoger las razones de la necesidad de dicha reformulación que condensa en dos: a) *el cambio social y legal paradigmático acerca del incapaz* (el incapaz aislado de épocas pasadas pasa a ser en la actualidad una persona que se integra en la sociedad en aras del marco legislativo contemporáneo de promoción de la autonomía y de fomento de la capacidad de autogobierno del incapaz; así lo pone de manifiesto, por ejemplo, la legislación especial italiana sobre asistencia psiquiátrica que apunta a una mayor responsabilidad del enfermo mental y con la Ley de 9 de febrero de 2004 que promueve la autonomía del incapaz); b) *y en la incertidumbre doctrinal, legislativa y jurisprudencial acerca de la regulación jurídica de la responsabilidad civil de aquél*, tal y como reflejará a lo largo del trabajo; dejando constancia desde su inicio que, mientras una parte de nuestra doctrina cree que el legislador español actual parte de que el incapaz no puede ser declarado responsable civil en un sistema de responsabilidad civil subjetivo como el nuestro (clásica cuaterna consciencia-imputabilidad-culpa-responsabilidad civil de los sistemas subjetivos de responsabilidad como el nuestro); hay quienes defienden la responsabilidad del incapaz, con independencia de la culpabilidad. En definitiva, el aplicador del Derecho y el jurista español se enfrenta a la insuficiente regulación de la responsabilidad civil por hecho propio del incapaz, y a la casi nula posibilidad de que responda civilmente su guardador legal *ex* artículo 1.903 del Código Civil, al no ser frecuente la incapacitación judicial del enfermo psíquico.

Tras un acertado planteamiento general, la autora aborda en profundidad en el *capítulo segundo* (págs. 35-74), «la culpa» como el elemento de la responsabilidad civil más trascendente para determinar si el acto dañoso del incapaz es susceptible de integrarse en el ámbito de las conductas culpables. Al respecto, es valiente, en mi opinión, la posición de la autora acerca de la defensa de la *crisis de la noción de imputabilidad* (pág. 41) cuando mantiene que para el Ordenamiento Jurídico español la imputabilidad no es un presupuesto legal de la responsabilidad civil, sino doctrinal o jurisprudencial (a diferencia del Ordenamiento italiano o portugués que expresamente lo recogen en sus arts. 2.046 y 488, respectivamente). En consecuencia, un incapaz puede ser culpable sin hacerlo depender del juicio previo de la imputabilidad, el cual complica innecesariamente las cosas; siendo lo trascendente para determinar la culpabilidad de un sujeto con trastorno psíquico analizar cómo repercute éste, en la capacidad del sujeto, sino en la conducta, o mejor, en el resultado de esa conducta. Si bien, la autora, más adelante, considera que para que exista culpa civil, la infracción del deber jurídico ha de provenir de un sujeto con capacidad de comprender o reconocer un acto con resultado dañoso del que no lo es, sin importar si es capaz de prever lo que sería normal para la inteligencia media de las personas que se encuentran en dicho colectivo de

«incapaces» (pág. 66); y ésta es, en realidad, a mi parecer, la definición que se asume por imputabilidad civil por parte de la doctrina. De tal modo que lo trascendente con este estudio, además de la dificultad terminológica del tema (estamos ante un «terreno de desacuerdo y confusión», cita de *Esmein* que recoge con mucho acierto YÁÑEZ VIVERO), es que la autora nos recuerda que lo relevante no es que la persona incapaz tenga o no autogobierno como requisito de incapacitación o falta en general de querer y entender, sino que posea o no la capacidad de saber lo que significa socialmente dañar a otro, «esa conciencia del daño», una vez realizado éste, aunque no haya podido controlar o inhibir sus impulsos, y aunque no comprenda todas las consecuencias del ilícito como exige la culpa penal.

Por tanto, si lo relevante no es la imputabilidad en el sentido clásico de autogobierno, sino la culpa, la pregunta que se hace la autora es: ¿qué caracteres ha de reunir determinada conducta para hacer responsable a su autor?, ¿es necesario acudir a una noción de culpa diferente para explicar la conducta dañosa del incapaz? Respecto al supuesto en concreto que nos ocupa del incapaz, defiende y asume la culpa civil como la infracción de deberes de cuidado, por quien tiene la capacidad de reconocer un resultado dañoso, de acuerdo con un estándar de diligencia que tenga en cuenta las características psíquicas *generalizables* del grupo de las personas que sufren trastornos psíquicos (según la definición pionera de PANTALEÓN PRIETO, con respaldo del reciente Anteproyecto suizo de responsabilidad civil en su art. 48.a); y con los PETL, pues la discapacidad/enfermedad psíquica no está contemplada como causa de exoneración de responsabilidad civil reguladas en el capítulo 7).

No es casual que, ya en el *capítulo III* (págs. 75-203), dedicado a la problemática de los sujetos responsables, la autora aborde en una primera parte la *responsabilidad civil por hecho propio del incapaz*, aunque sólo la derivada de ilícito civil, dejando el análisis de su responsabilidad *civil ex delicto* para el final del capítulo donde lo analiza de modo más sistemático junto con la responsabilidad civil de sus guardadores. En cualquier caso, su estudio previo al de su guardador legal tiene una intención clara de señalar la autonomía de la propia responsabilidad civil de incapaz, tan poco estudiada como tal por la doctrina y postergada a la de sus guardadores legales. YÁÑEZ VIVERO la precede de un interesante y complementario estudio acerca de la legitimación del incapaz para actuar en otros ámbitos jurídicos, como el contractual (recogiendo, entre otros datos, la validez de la calificada por la doctrina italiana «contractualidad de la vida cotidiana» o la tendencia a eliminar figuras de limitación de la capacidad de la persona como la incapacitación judicial), y el de los actos personalísimos (pág. 84). De tal modo que, tal y como expone la autora, si la tendencia de los diversos ordenamientos europeos es la de reconocer una cierta autonomía tanto en su ámbito contractual como personal, parece obvio que debe reconocérsele cierta idoneidad para comprender el daño causado, ya que la capacidad requerida para ello es notablemente menor que en los otros ámbitos citados. Al adentrarse en el estudio en concreto de la responsabilidad civil extracontractual del incapaz por hecho ilícito propio, acude, como elemento de interpretación y comparativo, tanto a sus antecedentes legislativos, como a su regulación por otros Ordenamientos Jurídicos (págs. 86-108): tanto de *ámbito europeo* [resalta que el *legislador francés* es de los más atrevidos a la hora de expresar su convencimiento de que los daños causados por personas que sufren trastornos mentales no pueden quedar sin reparar por los propios autores del daño; y desarrolla con amplitud la *regulación italiana*

ex arts. 2.046 y 2.047 del Codice Civile que instaura una responsabilidad del incapaz subsidiaria y en base a la equidad, al igual que los arts. 829 y 488 del Código Civil alemán y portugués; pero de escasa aplicación en la práctica]; como de ámbito iberoamericano [buena parte de sus Ordenamientos Jurídicos regulan la responsabilidad subsidiaria y por equidad, como el de Perú, Venezuela o Brasil], e, incluso del *Common Law* [que en base a criterios sociales de integración del enfermo mental defienden el criterio de la responsabilidad civil de las personas que sufren trastorno psíquico en base a la culpa objetiva —*Restatement (second) of Torts de 1965*—].

Finalmente, a pesar de las dificultades apuntadas y tras el estudio acometido de la regulación jurídica de la materia, YÁÑEZ VIVERO concluye con una coherente propuesta de formulación de un estatuto jurídico de responsabilidad civil extracontractual de la persona incapaz (págs. 110-122) con las siguientes ideas claves: 1.^a) Es indiscutible la responsabilidad civil de aquél en supuestos legales de responsabilidad civil objetiva como, entre otros, los supuestos regulados en los artículos 1.905, 1.907 ó 1.910 del Código Civil (este último aplicado en los supuestos más frecuentes de daños derivados de las filtraciones de agua de pisos inferiores por haber dejado el incapaz, u otra persona que esté en su casa, abierta la llave del grifo). 2.^a) No tiene porqué, ni es necesario en España considerar como objetiva en ningún caso (ya asuma como criterio de imputación el riesgo, la equidad, o la garantía) la responsabilidad del incapaz cuando el origen de la misma es una conducta descuidada de éste, pues no existe en nuestro país el principio legislativo de no responsabilidad civil del incapaz, como sí existe en Italia; y sería, en todo caso, penalizante. 3.^a) La responsabilidad civil del incapaz sólo se puede sustentar jurídicamente en la concurrencia de aquellos elementos necesarios para que se dé la responsabilidad civil subjetiva, ex artículo 1.902 del Código Civil, y entre dichos elementos se encuentra la culpa, según el concepto expuesto por la autora claramente en el capítulo II. Por otro lado, y aún desde razones jurídicas, añade que no justificar la responsabilidad civil del incapaz en la culpa sería discriminatorio por tener un tratamiento desigual que el resto de los ciudadanos, e implicaría desconocer que incapacidad y culpa son nociones compatibles, tal y como tímidamente parece reconocer nuestra jurisprudencia civil en los últimos años, cuyas citas y su comentario por YÁÑEZ VIVERO son de interés (págs. 118-119). Por último, la autora, desde un completo punto de vista metodológico, conoce y maneja las no menos importantes razones extrajurídicas que apoyan la responsabilidad del incapaz (que coloca si bien en un segundo plano respecto a las jurídicas) y que son defendidas desde la ciencia psiquiátrica de países de nuestro entorno y, sobre todo, del *Common Law*, como es evitar su asilamiento social, y favorecer su socialización. 4.^a) Por último, y en coherencia con lo dicho, resalta lo acertado de la regulación peruana de la responsabilidad civil del incapaz, en idénticos términos a la venezolana, al señalar que el incapaz responde civilmente siempre que haya actuado con discernimiento, pues en la mayoría de los Códigos europeos no se reconoce explícitamente la compatibilidad entre la incapacidad y la capacidad de discernimiento o mínima imputabilidad civil; lo cual sería un avance, también en mi opinión, si dicho criterio se introdujera en el ordenamiento español.

En la segunda parte del capítulo III, la autora aborda la responsabilidad civil por hecho ajeno de otros sujetos por el acto ilícito del incapaz, en concreto y en un primer momento por el daño derivado de un mero ilícito civil (hacien-

do referencia al marco normativo de los modelos europeos, resumiéndolos para el lector de modo muy útil y sistemático, en nota a pág. 257 y pág. 128). Parte de la idea acertada de que el clásico fundamento socioeconómico de dicha responsabilidad, cual es la superior solvencia del responsable por hecho ajeno y su mejor condición a contratar un seguro de responsabilidad civil, no es de recibo para el caso de los tutores y sí lo es para el de las Administraciones Públicas, por lo que el legislador habría que precisar y diferenciar supuestos. Asimismo, nos resalta, en mi opinión acertadamente, que a pesar de la tendencia objetivadora de nuestros Tribunales en lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho ajeno en general, y dado que el criterio objetivo del riesgo está ligado a la obtención de beneficios implícita en actividades empresariales o peligrosas, en el ámbito de la protección de las personas incapaces, por el contrario, el principio *cuis est commoda eius est periculum* no encuentra su mejor acogida, pues sería como entender a los incapaces como «cosas, animales, o instalaciones peligrosas» (recogiendo y compartiendo la expresión de MARTÍN CASALS). Por lo que, a su juicio, la responsabilidad de tutores y guardadores en España es una responsabilidad basada en la culpa, que no debería, en su opinión, ser presunta, si se tiene en cuenta que hoy en día se ha abandonado el planteamiento de custodia y sobreprotección que antes tenía la tutela, al incrementarse desde las políticas sociales actuales el ámbito de autonomía e independencia del incapaz respecto a su guardador. En definitiva, la autora propone lo razonable de defender (*de lege ferenda*) una responsabilidad menos rígida de tutores y guardadores de personas incapaces, basándola en la culpa probada (opción que señala la autora es la que mantiene el sistema del *Common Law*, y países europeos como Austria y los Países Bajos).

Presentados los rasgos generales de la responsabilidad vicaria por ilícito civil del incapaz, YÁÑEZ VIVERO va a diferenciar de modo claro y sistemático los problemas que plantea dicha responsabilidad en dos grandes grupos: (i) el incapaz incapacitado, (ii) y el incapaz no incapacitado. (i) Respecto al primer grupo, la autora plantea el problema de que en España se puedan quedar sin indemnizar los numerosos supuestos en los que el tutor es una persona jurídica (pública o privada) que lógicamente no convive con el *incapacitado*, o incluso una persona física que no conviva con el incapacitado al residir éste en una residencia geriátrica, al unirse dos datos de interés (el que el art. 1.903 del Código Civil exija la «convivencia» como requisito para la responsabilidad civil del tutor por hecho ajeno; y el que no se regule como, por ejemplo, sí lo hace la normativa italiana, la responsabilidad de los que guardan de modo estable o vigilan al incapacitado). Por ello la autora aborda una crítica argumentada del requisito de la «cohabitación» en un doble sentido: 1) es conveniente sustituir o interpretar dicho término por el más amplio de «guarda» (parecido al criterio francés de «organizar y controlar de modo permanente la vida del incapaz»), teniendo en cuenta que entre las obligaciones del tutor *ex* artículo 269 del Código Civil no se encuentra tener en su compañía al tutelado, lo que sí acontece con los padres *ex* artículo 154 del Código Civil, y en coherencia con las funciones de aquél. 2) Por tanto, los guardadores que cohabitan con el incapaz en supuestos de tutelas por personas jurídicas, aún cumpliendo el requisito de la cohabitación, no son responsables civiles del daño causado por el incapaz *ex* artículo 1.903 del Código Civil; con la sola excepción de que una normativa expresa o un contrato sostengan un traspaso de responsabilidad al guardador. El planteamiento de la autora mantiene, a mi parecer, un equilibrio de los intereses en juego, pues el solo interés pro víctima

no puede justificar que un guardador que, ni por ley ni contrato, ha asumido dicha guarda y responsabilidad, responda del daño. Quizá, detrás de esta teoría de la autora se encuentra el inconsciente criterio de la gratuidad o no de la función del guardador, tal y como ha estudiado la doctrina francesa.

(ii) En relación al caso más frecuente en el que el *incapaz no está incapacitado*; la autora aborda igualmente el problema de la falta de regulación en España de la responsabilidad civil del *guardador de hecho* del incapaz. Sin profundizar en la polémica doctrinal sobre qué se entiende por guardador de hecho, lo asimila a quién ejercita *de facto* las funciones del tutor en caso de que el incapaz hubiere estado incapacitado (y en coherencia con su definición, lo considera responsable civil por hecho ajeno en base a una interpretación extensiva del art. 1.903 CC, dado que las funciones de ambos responsables son iguales). Pero matiza que, el simple hecho de la convivencia material con el incapaz o de un acogimiento temporal de éste no es suficiente para deducir de ello un deber de guarda o vigilancia, pues tal deber deberá derivar de la ley, o de un hecho apto para crearlo como los lazos de afectividad, de conformidad con el ordenamiento jurídico, y del que se desprenda la asunción voluntaria de tal. En definitiva, la autora rechaza la teoría que ha seguido nuestra jurisprudencia en algunas ocasiones (cuyas sentencias recoge) de hacer responsable civil al guardador de hecho *ex artículo 229 del Código Civil* por no haber incapacitado al incapaz, dado que en la actualidad no existe tal deber según los términos del actual artículo 757 LEC. Ahora bien, a mi parecer, decir que no se puede considerar guardador de hecho, ni a quién no es conocedor de la gravedad o de la patología de la enfermedad de sujeto, ni a quién siéndolo, las condiciones psíquicas del incapaz no son lo suficientemente graves como para exigir una guarda superior a la media a un sujeto no profesional en el tratamiento de patologías, son datos que están en relación con el criterio de la culpa y ayudan a juzgar si hubo o no culpa en el guardador, pero no para definir al guardador de hecho.

En la responsabilidad civil de los guardadores (legal o de hecho) de un incapaz, subsume el caso interesante de la responsabilidad del *médico psiquiatra y de los centros sanitarios que tratan al enfermo*. Es oportuna la alusión de la autora a la reforma psiquiátrica producida en los años ochenta en toda Europa que conlleva que el médico deje de ser un vigilante o custodio del enfermo, y pase a ser un médico con fines terapéuticos. Según YÁÑEZ VIVERO, a pesar de que el médico psiquiatra respondería por culpa probada *ex artículo 1.902*, considera que sería más acertado para el concreto caso del médico psiquiatra el criterio de la *culpa profesional grave* (dado lo imprevisible e incierto de un tratamiento de la enfermedad mental, frente a otros tratamientos médicos), que sigue la jurisprudencia americana [casos *Tarassoff versus Regents*, 1976, y *Chris Bragg versus Juden Valdez*, 2003, aunque las circunstancias de ambas son muy distintas, pues en ésta la culpa grave del médico era evidente al dar de alta al paciente con ideas suicidas por no tener un seguro médico privado y no advertir a él ni a su familia de las graves consecuencias que podía tener dejar de tomar la medicación que se le estaba suministrando; y en aquélla no lo era tanto, pues el que el médico avisara a la policía de que su paciente tenía ideas homicidas contra una persona, no fue suficiente para el Tribunal]; e, incluso, la italiana (caso *Tschager*, pág. 160). Paralelamente al menor rigor de la responsabilidad civil del médico psiquiatra, se deriva una mayor asunción *de responsabilidad de los centros sanitarios* como personas jurídicas (tanto públicas como privadas), que pueden responder: 1) *por hecho*

propio como guardadores de hecho, convencionales (convenio por el que asume la guarda) o legales (mandato judicial), como refleja la SAP de Guipúzcoa, de 3 de febrero de 2003, pues en el caso se declara la falta de control del paciente ingresado; 2) *como por hecho ajeno*, por la falta de diligencia de los empleados que conlleva que el paciente cause un daño *ex* artículo 1.903 (en dicho caso se alude, también a la infracción de alguno de los facultativos del hospital, vulnerando la *lex artis*, que conllevaron que un paciente causara un daño). 3) Si bien, además de estos dos supuestos, *los centros médicos pueden responder subsidiaria y objetivamente, por hecho ajeno por el daño derivado del delito que causen sus propios empleados*, *ex* artículo 120.4 CP (los Tribunales asimilan la responsabilidad del empresario a la del centro hospitalario, habida cuenta de que en algunas ocasiones los hospitales se constituyen como organizaciones empresariales, de naturaleza privada). Tal y como fue el caso del que se hicieron eco los medios de comunicación de la *Fundación Jiménez Díaz*, que resuelve el caso en el que una médico de un hospital de dicha Fundación, en el transcurso de su jornada laboral, mata a tres personas (SAP de Madrid, de 5 de junio de 2006, comentada por la autora en pág. 165). Esta solución, a mi parecer, aunque es justa desde el punto de vista de la justicia material, no desde la técnica normativa, dado que, entre otras razones, dicho precepto parte de un sujeto que comete el daño responsable penal y en este caso era totalmente inimputable penal.

Como excepción a la responsabilidad civil por culpa de los guardadores del incapaz, señala la autora el supuesto de la responsabilidad civil de la Administración Pública que es objetiva, *ex* artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, *del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (a pesar de la tendencia de nuestros Tribunales, tal y como resalta YÁÑEZ VÍVERO, de buscar una actuación culposa en la Administración para fundamentar dicha responsabilidad). Esta responsabilidad se aplicaría a los supuestos en los que existiera una relación especial de sujeción como la que puede darse en el caso de una persona internada en un centro psiquiátrico público o un policía en activo que sufre un trastorno. Al margen de dichos supuestos, y como reflejo de que la autora se plantea desde una metodología práctica todo supuesto posible relacionado con el daño del incapaz, resalta una idea muy interesante al sostener que, aunque la Administración no tenga la guarda legal de los sujetos carentes de entender y querer afectados de graves trastornos psíquicos, forma parte de su deber garantizar su protección y una mínima calidad de actuación, y por tanto, sería responsable del daño que cause un sujeto que padeciendo un trastorno psíquico se halle desamparado y sin incapacitar, sobre todo tras la reforma del artículo 239 del Código Civil por Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad que regula la tutela por desamparo del mayor.

Termina el capítulo III desarrollando la *responsabilidad civil por hechos ilícitos del incapaz en el Código Penal*, *ex* artículos 118.1.2 y 120.1.3 CP de 1995 (págs. 183-199), que es más frecuente que la derivada de mero ilícito civil. Analiza, en primer lugar, la del *propio* incapaz inimputable penal, *ex* artículo 118 CP, como una responsabilidad principal y directa (que contrasta con la responsabilidad subsidiaria de antaño), pero por culpa civil, según interpretación razonable de la autora del último inciso del artículo 118 CP sobre la base de que la capacidad para incurrir en culpa penal y civil son, respectivamente, diferentes, y además, porque la misma encajaría mejor que la objetiva en el molde de la responsabilidad susceptible de ser moderada con fundamento en

la equidad según el último inciso del artículo citado (aunque la jurisprudencia, tal y como recoge Fátima YAÑEZ no se preocupa de justificar el criterio). La autora aborda la responsabilidad civil de quien, según parte de la doctrina, sería el semimputable penal o imputable penal *ex* artículo 120.1 CP, planteándose lo discordante (y la escasa aplicación práctica) del precepto con el sistema penal en el que se ubica pues, ¿cómo referirse a un responsable penal, cuando dicho sujeto está incapacitado por enfermedad o alteración psíquica, y según el artículo 20 CP dicha/s circunstancia/s conlleva/n la inimputabilidad penal? Y en relación a la responsabilidad vicaria o por hecho ajeno de los guardadores del incapaz que comete un delito, es de agradecer que la autora cite y resuma las concordancias y discordancias existentes entre la normativa del Código Civil y la del Código Penal, para terminar considerando loable la exigencia de la culpa probada del tutor o guardador del incapaz y la eliminación del requisito de la convivencia *ex* artículo 118 CP. En consecuencia, propone *de lege ferenda* extender la aplicación de las normas del Código Penal (sobre responsabilidad civil de incapaces y de sus guardadores) a la responsabilidad civil por hechos dañosos que no sean constitutivos de delitos (al ser las normas penales más coherentes, como incide YAÑEZ VIVERO a lo largo de toda la obra, y de ahí la importancia de dicha idea rectora, con la evolución actual de las políticas legislativas en la promoción e integración de las personas incapaces). Incluso, acude a los criterios hermeneúticos de interpretación de las normas jurídicas, como el de la totalidad, para poder *de lege data* aplicar a los supuestos de responsabilidad civil por ilícito civil los principios de las normas penales (pág. 199). De igual modo, es interesante cómo la autora expone la injusticia de que, según el supuesto en concreto en el que nos encontremos, es conveniente para la víctima la reserva de la acción civil para un proceso posterior (sujeto criminalmente inimputable penal e insolvente), o no lo es (sujeto tanto imputable como inimputable penal pero solvente). Y en orden a evitar dicha injusticia, termina proponiendo, *de lege ferenda*, la independencia y autonomía de la acción civil dirigida contra el incapaz agente del daño, sea éste derivado o no de delito, evitando tener que acudir y esperar a que termine un proceso penal previo en el que, muy probablemente se declarará la absolución del incapaz, *ex* artículo 20 CP.

De tal modo que en el *penúltimo capítulo IV*, de modo muy útil la autora nos resume y articula todas las responsabilidades estudiadas a lo largo del trabajo a través de dos ideas (págs. 203-225): 1) Cuando se pueda apreciar *culpa* en la actuación dañosa del incapaz, éste debe ser principal y directamente responsable de sus actos, y la de sus guardadores subsidiaria y por culpa probada. Si bien, admite la moderación del *quantum respondeatur* o indemnizatorio en base a la aplicación del artículo 1.103 del Código Civil, o inciso final del artículo 118 CP (a la luz también del art. 10:401 PEL, que recoge criterios de reducción para todo demandado y no sólo para el que sufra discapacidad psíquica). 2) Cuando el incapaz *no es culpable civil*, su responsabilidad no es ni subsidiaria, es inexistente (y argumenta la inexistencia según el Derecho español de la indemnización del incapaz basada en una responsabilidad civil por equidad, pues lo prohíbe el art. 3 CC); y tendrán que responder sus guardadores (a excepción de los sujetos empresarios o de la Administración Pública) por hecho ajeno por presunta culpa *in vigilando*, criterio justo dado el elevado grado de discapacidad psíquica del sujeto (pero que permita la prueba en contra razonable y posible). No deja de apuntar como elementos de reflexión, siendo reflejo de que agota todo problema relacionado con el daño

causado por el incapaz en el amplio escenario del Derecho de daños, tanto a los inconvenientes que tendría imponer un seguro obligatorio de responsabilidad civil a los guardadores del incapaz, como a que los mecanismos colectivos de indemnización de daños cubrieran los mismos, pues pudiera afectar a la debida y necesaria función preventiva que la autora defiende para el instituto jurídico de la responsabilidad civil del incapaz, aunque no sea la función primordial (en coherencia con las nuevas tendencias en psiquiatría que aconsejan responsabilizar al sujeto que padece un trastorno psíquico para no hacerle sentir diferente y cada vez más enfermo).

En definitiva, de la lectura atenta de este libro me parece obligado poner de manifiesto que es coherente en su argumentación (con independencia de que se compartan todas sus conclusiones), y plantea y estudia las cuestiones sin incurrir, a mi parecer, en un exceso de dogmatismo. Así se refleja en sus reflexiones finales, *capítulo V*, págs. 227-231, de las que resalto las tres siguientes: 1) La necesidad del tratamiento diverso de la responsabilidad civil del menor y sus guardadores, a la del incapaz y sus guardadores, en atención al diferente control de los guardadores. 2) La precisa reactivación de la acción civil, al margen del proceso penal, pues *si lo trascendente para quien ha sufrido un daño es obtener la correspondiente indemnización, la vía genuina y auténtica para conseguirlo es la vía civil*». 3) Dada la inversión de la presunción absoluta de antaño de la peligrosidad del incapaz por la actual de capacidad, incapacidad ya no es sinónimo de irresponsabilidad, porque, a su vez, incapacidad y culpabilidad no son conceptos absolutamente incompatibles.

Esperemos que el tiempo no lejano le dé la razón en este campo de la responsabilidad civil, el cual está al servicio, en mi opinión, de la mejor integración y autodeterminación del incapaz en nuestra sociedad, que es el objetivo o preocupación que ha guiado a la autora, según el tenor de su estudio. De modo que el lector tiene delante una aportación relevante al debate en torno a la responsabilidad civil del incapaz.