

Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores (estudio comparativo de su criterio de imputación)

MARÍA DOLORES CASAS PLANES

Profesora Derecho Civil
Universidad de Jaén

RESUMEN

Es notorio que el Derecho asimila la realidad del menor de edad con la del incapaz, al igual que la de sus guardadores; afectando dicha semejanza, entre otras materias, en lo que a la regulación de la responsabilidad civil de los guardadores del menor de edad y del incapaz se refiere (art. 1903 CC). De tal modo que el objeto de este estudio ha sido indagar en los antecedentes históricos de dicha responsabilidad, al igual que en los de la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz, con la finalidad de intentar averiguar si la asimilación apuntada encuentra parangón en sus precedentes legales, o si ha sido, quizás, fruto del afán sistematizador que caracteriza al jurista; así como entender mejor dicha institución al abordarla en su devenir histórico.

Y adoptando al criterio de imputación como elemento guía del análisis comparativo entre dichas responsabilidades, se puede concluir que, hasta la regulación conjunta en la época codificadora de las responsabilidades civiles apuntadas, había existido en España una desconexión más o menos constante entre la regulación de la responsabilidad del paterfamilias (objetiva), y la del guardador del incapaz (subjetiva o por culpa por no haberle vigilado/«encerrado»); en coherencia quizás con la que, de igual modo, existía respecto a la responsabilidad civil subjetiva del menor de edad no infante e imputable, frente a la irresponsabilidad civil del incapaz (de todo incapaz); prejuicio, este último, injusto y que ha heredado nuestro legislador y sociedad actual.

SUMARIO: I. *Justificación del trabajo.*—II. *Del Derecho romano al Derecho común:* 1. Presupuesto: el sentido del término culpa en esta etapa: A. Teorías acerca de su significado. B. Condicionantes de la interpretación de la culpa como criterio de imputación. 2. En el Derecho romano: la responsabilidad civil objetiva del paterfamilias frente a la ausencia de responsabilidad del guardador del incapaz. 3. En el Derecho medieval: A. Nacimiento de la responsabilidad civil de los familiares del incapaz. B. Cambios en la responsabilidad civil del padre del menor. C. A modo de resumen comparativo.—III. *Del Derecho natural a la etapa de las Codificaciones:* 1. Precedentes de la Codificación penal: A. La responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores del incapaz. B. La responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz. C. A modo de resumen comparativo. 2. Precedentes de la Codificación civil: especial referencia al Proyecto isabelino de 1851, y a la influencia francesa: A. La responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz. B. La responsabilidad civil de los padres del menor, y de los guardadores del incapaz. C. A modo de resumen.—IV. *El CC de 1889.*

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

Es notorio que el Derecho asimila la realidad del menor de edad con la del incapaz, y también en cierta medida la de sus guardadores, afectando dicha semejanza, entre otras materias, en lo que a la regulación jurídica de la responsabilidad civil se refiere; no sabiendo si es por comodidad o por ignorancia que el legislador contemporáneo piense, se preocupe y legisle para el menor de edad, y después como si fuera un incapaz-tipo traslade los criterios resultantes a todo el resto de discapacidades¹.

De tal modo, que en lo que a este breve estudio se refiere, su objeto es indagar en los antecedentes históricos de la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz, y en la de sus guardadores, utilizando al criterio de imputación, uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, como elemento guía de un análisis comparativo entre: por un lado, la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad frente a la del incapaz; y por otro, la responsabilidad civil del guardador del menor de edad frente al del incapaz; si bien, como se infiere del título, ceñimos dicho análisis a la regulación jurídica fruto de las diferentes etapas históricas que han precedido a la publicación de nuestro CC. Y dicho estudio

¹ Vid. GRACIA MARTÍN, L./BALDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de las penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada de delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 351. No se puede situar siempre y a un mismo nivel, como hasta ahora ha hecho nuestro legislador penal, a quien sufre una anomalía o alteración psíquica, una intoxicación plena o un síndrome de abstinencia y al menor.

lo acometemos con la finalidad de intentar averiguar si la asimilación a la que nos hemos referido encuentra parangón en sus precedentes legales, o si ha sido, quizás, fruto del afán sistematizador que caracteriza al jurista; y utilizando para ello uno de los elementos hermenéuticos que recoge el artículo 3 CC para la interpretación de las normas jurídicas.

Y dado que el criterio de imputación lo asumimos como elemento clave de este estudio, y sólo como sucinta referencia a su significado y función en la responsabilidad civil, señalar que entendemos más adecuado, tal y como ya parece constituir doctrina pacífica, calificar a la culpa y al riesgo de criterios de imputación de la responsabilidad civil, pues se revelan múltiples los criterios o las *razones de justicia* de las que se vale el legislador para proceder a la imputación de los actos dañosos a un sujeto determinado, y calificar de fundamento o de *ratio* al daño porque es el elemento aglutinador o común a los diferentes supuestos de responsabilidad civil, en coherencia con la fórmula abreviada que usan los alemanes «*daño génesis de la responsabilidad civil*»². Ahora bien, si el fundamento de la responsabilidad civil es el daño, compartimos la opinión de Bonet Ramón en el sentido de que el juicio de responsabilidad civil (el análisis de sus presupuestos: acción/omisión; anti-juridicidad; daño; relación de causalidad y criterio de imputación) es, a su vez, condición de la relevancia jurídica del evento dañoso, es decir, de su calificativo como ilícito, y presupuesto para su vinculación a un sujeto determinado³. Si bien no hay que ignorar que la elección de un determinado criterio de imputación por nuestro legislador implica y ha implicado siempre una toma de posición a favor de unos determinados valores jurídicos, pues la responsabilidad civil es un concepto jurídico indeterminado, al basarse en el principio *alterum non laedere* que informa todo el Ordenamiento jurídico, de tal modo que dicha indeterminación va a hacer que la misma dependa directamente del conjunto de valores jurídicos de cualquier sociedad.

En definitiva, estamos convencidos, parafraseando a Ascarelli, que ninguna cuestión jurídica puede entenderse si no es en su devenir, en su perspectiva histórica, pues las instituciones jurídicas, cuyas normas jurídicas reguladoras leemos hoy, tienen sentido en cuanto son el punto de llegada de la solución de un problema, que

² DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2.^a edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, ed. Bosch, Barcelona, 1969, p. 27. Y, en sentido parecido, BONET RAMÓN, F., «Responsabilidad legal (estricta)», *RGLJ*, Doctrina, t. 251, jul-dic, 1981, p. 430.

³ Ref. RODOTÁ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 78, en BONET RAMÓN, F., «Responsabilidad legal (estricta)», *ob. cit.*, np. 24, p. 437.

se planteó anteriormente, y para el que ofrecen una solución abierta a las aportaciones de las experiencias futuras⁴; y máxime en materia de responsabilidad civil, cuyo significado, y por ende de la culpa, es un claro exponente de la aprehensión a los cambios históricos y sociales que sufren los conceptos jurídicos. Y si la debida interpretación de los criterios de imputación que establecen los artículos 1902 y 1903 CC ha de tener en cuenta sus antecedentes históricos, es claro, por un lado, que el texto medieval de Las Partidas son la reproducción del Derecho romano casuístico, evolución que estudiaremos en el apartado II y que, en materia de delitos y cuasidelitos, la doctrina civil y penal han ido tan estrechamente unidas que sólo puede ser causa de confusión el no tener presentes los preceptos penales reguladores de la responsabilidad civil, lo que será objeto de estudio en el apartado III.1. Y, por otro, que no hemos de olvidar el precedente inmediato de los preceptos civiles mencionados en el Proyecto isabelino del CC de 1851, y en su ascendencia francesa, que estudiaremos en el último apartado III.2.

II. DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO COMÚN

1. PRESUPUESTO: EL SENTIDO DEL TÉRMINO CULPA EN ESTA ETAPA

En virtud del dato histórico de que la reparación aparece considerada como una pena en los primeros tiempos en que la responsabilidad civil y penal estaban unidas, se puede afirmar que en los sistemas primitivos y en el Derecho romano antiguo la regla general era la responsabilidad objetiva, y, por tanto, se admitía la responsabilidad civil de los infantes y de los enajenados⁵. Aunque, matiza Arangio Ruiz, en la responsabilidad contractual la culpa ya estaba presente en los sistemas primitivos, en el sentido de que se

⁴ ASCARELLI, «Norma giuridica e realtà sociale», en *Problemi giuridici*, I, Milán, 1959, p. 74.

⁵ Ref. BOYER, *Cours de droit romain*, 2e année, Toulouse, 1951-1952, en Gazzaniga, J. L., «Notes sur l'histoire de la faute?», *Dr. Rev. franç. théor. jur.*, ed. PUF, 1re éd, 1987, np. 3, p. 19. En el origen, el Derecho romano no conocía más que el delito, y el delito privado se redimía con la venganza; de modo que el derecho de vengarse aparecía como una especie de derecho real de la víctima sobre la persona del culpable. Después, para limitar los efectos de tales acciones, se recurrió al talión que dulcificó en cierta manera el tema, y después a composiciones pecuniarias que son el resultado de convenciones entre las partes pero impuestas por el Estado. Entonces, en los primeros elementos del Derecho romano no es posible intuir ningún elemento subjetivo, sino sólo la reparación de un daño, al igual que se constataba en todas las civilizaciones antiguas. En el mismo sentido, IHÉRING, R. V., *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, t. I, De la faute en Droit privé, trad. O. De Meulevaere, París, 1880, pp. 4-5.

respondía por culpa en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, aunque fuera de dichos supuestos el criterio de imputación era el objetivo, ya que bastaba con considerar responsable al causante del daño por el hecho objetivo del nexo de causalidad entre éste y la conducta del sujeto⁶.

Si en el campo de la responsabilidad extracontractual es un dato pacífico que la culpa se afirma por primera vez en la época clásica del Derecho romano⁷, es preciso matizar que, a nuestro juicio, existen dos teorías distintas acerca del sentido que tenía la culpa en este período histórico⁸; lo que va a ser una constante a lo largo de nuestra historia jurídica, pues se dice que, en todos los órdenes de investigación, ciertas ideas esenciales se resisten a la definición, y la culpa es una de ellas, al ser una noción esquiva y difícil de encajar en una fórmula:

A. Teorías acerca de su significado

La primera teoría, por la influencia de la nueva concepción de la realidad de la Grecia clásica en la cultura romana clásica⁹, defiende que fue un logro de la primera jurisprudencia clásica el haber fijado el sentido técnico de culpa en la responsabilidad civil extracontractual, esto es, en el sentido psicológico de negligencia o

⁶ Ref. ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano (ristampa delle seconda edizione)*, Nápoles, 1958, pp. 225 y ss, en JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 44.

⁷ IHÉRING, R.V., *ob. cit.*, p. 25. Y para una visión de la división tradicional del estudio del Derecho romano, *vid. ref.* KASER, M., *Derecho Romano Privado*, traducido de la 5.ª edición alemana por José Santacruz Tejeiro, ed. Reus, 1968, pp. 5-8; D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, pp. 8-12; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 6.ª edición, Ariel, Barcelona, 1972, p. 41, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *La guarda del enfermo mental: Deberes y responsabilidades*, tesis doctoral, Córdoba, 2002, np. 13, p. 23 (publicada en ed. Dykinson, Madrid, 2004, si bien las referencias que haremos a lo largo de este trabajo se refieren a la tesis doctoral) que afirma que la división tradicional comprende tres fases: 1.ª) Una primera representada por el *ius civile*, elaborado por la jurisprudencia de los Pontífices y cuyo Derecho positivo se recoge en las XII Tablas que podríamos denominar preclásica. 2.ª) Una segunda o clásica caracterizada por la elaboración legislativa que, partiendo de las antiguas bases, trata de adaptarlas a las finalidades de una sociedad más vasta y compleja. 3.ª) Y la última fase o etapa postclásica se desarrolla a partir de la concesión por Caracalla de la ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio y tiene lugar en pueblos distintos a aquéllos en que había florecido hasta entonces. La Compilación de Justiniano representa esta última etapa.

⁸ Pues hay que tener en cuenta que, «la historia del concepto de culpa en el Derecho romano constituye una de las materias más controvertidas en la doctrina romanística más reciente» –*vid.* TALAMANCA, M., Voz: «Colpa civile (storia)», en *Enc.Dir.*, t. VII, ed. Giuffrè, Milano, 1969, p. 517.

⁹ Ref. KUEBLER, B., «Les degrés de faute dans les systèmes juridiques de l'antiquité» (Trad. al francés de H. Mankiewicz), en *Introduction a l'étude du droit comparé*, t. I, ed. LGDJ, París, 1938, pp. 175-179, en PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ed. Comares, Granada, 2002, np. 9, p. 11.

descuido; incluso que la culpa extracontractual fue la antecesora de la contractual. En concreto, defienden que la culpa tenía en esta época el significado de criterio de imputación, al igual que lo era el dolo, argumentando que, para que existiera la responsabilidad civil no era suficiente con que concurriera la *iniuria* y el *damnum*, sino que, además, aquélla debía desplegarse en dos vertientes: la objetiva, por cuanto el daño causado debía ser contrario a derecho, y la subjetiva, en el sentido de que ese daño tenía que haberse causado mediando la culpa del agente, como criterio moral del comportamiento. En tal momento la *iniuria* es asimilada a la culpa, oponiéndose, tanto al dolo que supone intención de dañar, como al *casus* o caso fortuito y fuerza mayor¹⁰.

A tenor de lo expuesto, esta corriente entiende que en la época clásica del Derecho romano la culpa es la falta que puede derivar de simple negligencia, en el sentido psicológico de no haber empleado aquella tensión de las facultades mentales que habían permitido prever el daño. En consecuencia, el enajenado como el niño de escasa edad son declarados irresponsables al no incurrir en culpabilidad como presupuesto básico de la responsabilidad civil¹¹.

Por el contrario, *una segunda teoría*, que hacemos nuestra, defiende que en el Derecho romano clásico la culpa no tenía un sentido subjetivo, de modo absoluto, e incluso tampoco, en el período postclásico, como vamos a intentar exponer en lo que sigue. Es constatable que las figuras concretas del Derecho romano, a partir de las que se desarrolló la jurisprudencia posterior en lo relativo a las obligaciones *ex delicto*, además del *furtum* y la *rapiña*, fueron, por un lado, la *iniura* o daño inferido injustamente a las personas, lesiones físicas o al honor, que requería para su aplicación una ofensa intencionada a la personalidad de otro¹². Y, por otro, el *damnum iniura datum* en relación a cosas ajenas regulado

¹⁰ Entre los defensores de esta teoría, *vid.* LÓPEZ JAOISTE, J. J., «El principio de responsabilidad civil, reflejo en la historia», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, IV, Derecho civil y Derecho público, ed. Civitas, 1996, p. 4296. En el mismo sentido, *ref.* ROSSI MASELLA, B. E., *La Lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el Derecho romano y su proyección en el Derecho civil uruguayo*, Montevideo, 1951, p. 303, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, ed. Dykinson, Madrid, 2001, np. 9, p. 36; y GAZZANIGA, J. L., *ob. cit.*, pp. 20-21.

¹¹ Esta teoría exigía, como primer requisito necesario para ser culpable, la capacidad de culpa (*capacitas iniuriae*) del autor del acto dañoso, lo que implicaba la exclusión de la responsabilidad de aquél que «*suae mentis non sit*», es decir, en el Derecho romano, sólo el que puede discernir acerca de la *iniura* de un acto es capaz de cometer acciones culpables –*Vid.* PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, p. 16.

¹² D. 47, 10, 15, 16; y D. 47, 10, 1, 1 y 2. Se extendió desde la lesión corporal al agravio moral que comete *qui turpibus verbis utitur* a los ataques al honor, la reputación al honor o el pudor.

en la *Lex Aquilia*¹³, cuya *actio legis Aquiliae* exigía meramente tres requisitos: haber causado el perjuicio injustamente, contra *ius*; tener por causa un hecho y no una abstención; y que haya sido alcanzado directamente en la cosa. Eran los primeros fundamentos de un derecho nuevo¹⁴. Y precisamente, el requisito de que se causara el daño «contra derecho» fue el que permitió el desarrollo relevante de la acción regulada en la *Lex Aquilia*, llegando a admitir los daños causados no estrictamente por la propia mano, sino también por omisión, como los no sufridos en la rigurosa materialidad corporal¹⁵. Incluso se puede decir que esta acción fue el precedente de nuestra responsabilidad por culpa, merced a la *interpretatio* que recogió la glosa y la práctica ulterior hasta constituir la más significativa línea de continuidad con las modernas Codificaciones¹⁶.

Sobre la base del postulado expuesto, y del hecho de que la *Lex Aquilia* perteneciera a la época material del derecho del hombre que se limitaba a reaccionar contra el mal sufrido, sin preocuparse de si había culpa o no en sentido técnico, se deduce con Ihëring que la culpa en esta época sólo significaba que el principio de la causalidad se encontraba atemperado por la noción nueva de ilícito, es decir, contrario a la regla objetiva de derecho¹⁷.

En concreto, y a nuestro juicio, tanto en el período preclásico como en el período clásico romano la culpa no es un criterio de

¹³ RIPERT, G./BOULANGER, J., *Traité de Droit civile, (d'après le traité de Planiol)*, t. II, Obligations, ed. LGDJ, 1957, np.1, p. 327. La *Lex Aquilia* es un plebiscito que se habría votado en el 287 AC cuando la secesión de la plebe para dar satisfacción a los ciudadanos que sufrían los daños causados por los patricios.

¹⁴ D'ORS, A., «Génesis del sistema romano de las obligaciones», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, pp. 549 ss y, MACQUERON, J., *Histoire des obligations. Le droit romain*, Aix-Provence, 1971, p. 307. La ley Aquilia contiene tres capítulos, correspondientes a tres situaciones particulares: el ciudadano que mata a un esclavo o a un cuadrúpedo que vive en manada; el estipulante accesorio que condona la deuda al deudor en fraude de los derechos del acreedor; y el daño causado a un bien que pertenece a un ciudadano. Pues bien, el tercer capítulo es el que ha suscitado las mayores dificultades de interpretación, aunque la correcta es la antigua: «Si alguien causa un daño a otro, que sea condenado a entregar al propietario una suma de *airain* equivalente al valor del daño valorado en los treinta días siguientes.»

¹⁵ Ref. ALBANESSE., *Studi sulla legge Aquilia*, Palermo, 1950, pp. 12 ss; y SCHIPANI., *Responsabilità ex lege Aquilia*, Torino, 1969, pp. 410 ss, en LÓPEZ JAOISTE, J. J., «El principio de responsabilidad civil...», *ob. cit.*, np. 12, p. 4925. En el mismo sentido, ref. MACQUERON, J., «Le rôle de la jurisprudence dans la création des actions en extension de la loi Aquilia», en *Études d'histoire du droit dédiées à M. A. Dumas*, Aix-Provence, 1950, pp. 193-212, en GAZZANIGA, J. L., *ob. cit.*, np. 7, p. 20, que nos explica que por la acción del pretor y de la jurisprudencia, a lo largo de la época clásica y del Bajo Imperio, transformaron poco a poco los casos particulares en un principio general al extender su aplicación a los peregrinos y no sólo a los propietarios de las cosas dañadas.

¹⁶ LÓPEZ JAOISTE, J. J., *ob. cit.*, p. 4928. Aunque diferimos de sus conclusiones.

¹⁷ Ref. IHËRING, R.V., «*Pliniaux: Discours sur la culpa aquilienne dans les Annales de l'Université de Paris*», 1928, en STARCK, B., *Essai d'une théorie général de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, París, 1947, p. 59.

imputación, sino que, antes al contrario, su concepto se tiñe de cierta ambigüedad, ya que se caracteriza por superponerse a otros dos conceptos: el de causalidad y el de la ilicitud. Y esto en razón de que los sustentadores de esta segunda teoría entienden a la culpa como la causa de un detrimento sufrido por el sujeto en cuestión; e incluso, como ilicitud, pues, como nos explica Arangio Ruiz, la palabra culpa se usaba en relación al ilícito civil, pero no para expresar una forma particular del mismo, sino para indicar en general la acción antijurídica¹⁸. Más allá, hay doctrina que defiende que en la responsabilidad contractual del Derecho romano clásico la culpa en sentido técnico tampoco era un criterio de imputación, reduciéndose éstos, según Betti, a los tres siguientes: 1) la responsabilidad objetiva por custodia; 2) una responsabilidad en la que el criterio de imputación se determina por la naturaleza típica de la relación obligatoria, esto es, se respondía del daño derivante de causas internas a su esfera de control, y, 3) la responsabilidad en las relaciones en las que tenía vigencia el principio de la buena fe, distinguiendo dentro de este último grupo, por un lado, las relaciones que daban lugar a acciones infamantes basadas sobre el elemento de la fiducia personal –tutela, mandato, depósito–, por lo que el deudor sólo respondía por dolo o *fraus* como violación del deber de fiducia cuyo criterio determinante que lo juzga no es la habilidad técnica, sino la lealtad; y, por otro lado, las que no daban lugar a dichas acciones infamantes¹⁹.

En conclusión, y retomando la responsabilidad extracontractual, la culpa técnica que aparece en la *Lex Aquilia* no es la negligencia actual, último estadio de la evolución, sino la exigencia mínima para atribuir a un sujeto las condiciones dañosas de un hecho, y no imputar a un acto humano los hechos de la naturaleza. Era una utilización de la culpa más aparente que real, y un sistema en que prevalece el nexo causal sobre la conducta del sujeto. Y esta afirmación la basamos en tres razones esenciales: 1.^a En primer lugar, el que la imprudencia como criterio de imputación fuera una noción poco conocida, merced a que ésta supone un estadio social evolucionado, una vida pública de cierta densidad, e implica un espíritu de solidaridad entre los miembros de las sociedades, traduciendo por el deber de tomar las medidas necesarias para evitar dañar a los otros por su actividad. Cuando, por el contrario, la época

¹⁸ ARANGIO RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto romano*, ed. Jovene, Napoli, 1968, pp. 381 ss. En el mismo sentido, vid. ref. GIRAD., *Manuel élémentaire e droit romain*, 1re éd., París, 1895; MC. CORMACK, G., «Aquilian Studies», *Studia et documenta historiae et iuris*, t. XLI, 1975, pp. 1-78, en GAZZANIGA, J. L., *ob. cit.*, np. 3, p. 19.

¹⁹ Ref. BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, p. 49, en JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, *ob. cit.*, np. 54, p. 44.

de la que tratamos se caracterizaba por la ausencia de la vida pública y por organizarse en torno al clan de la familia. 2.^a En segundo lugar, la prevalencia en la casuística romana de la investigación causal sobre la de la negligencia e imprudencia, como lo demuestra la propia noción de *culpa levissima*, que revela que el jurista excluye que se pueda discutir en el campo de dicha ley aquellas cuestiones que en el terreno de la culpa en sentido técnico serían fundamentales²⁰. 3.^a Y, por último, el dato de que la distinción que, desde la época de las XII Tablas estaba clara y consagrada legalmente, era la que se cifraba en el binomio daño voluntario-daño fortuito, pero no la de culpa como falta de prudencia, que no era autónoma del dolo en aquella época²¹. Esta idea lo corrobora el dato de que cuando, de modo excepcional y para casos específicos, se sentía la necesidad de garantizar a los miembros de la sociedad contra las consecuencias de los daños de la simple imprudencia, por ejemplo, en los supuestos de incendio por imprudencia o de daños por un animal que se sustrajo a la vigilancia de su amo²², dichas excepciones se amparaban en el vocablo de caso fortuito que comprendía a menudo la culpa involuntaria en oposición al dolo, y, otras veces, a los supuestos de fuerza mayor, como los actos de los «alienados»²³.

B. Condicionantes de la interpretación de la culpa como criterio de imputación

En virtud de lo manifestado hasta ahora, la primera teoría expuesta, al afirmar que la culpa en el Derecho romano era un criterio de imputación en el sentido técnico de negligencia, acomete una interpretación extensiva de dicho término, cuanto menos criti-

²⁰ ARANGIO RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto romano*, ob. cit., p. 384; y *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, ed. Jovene, Napoli, 1958, pp. 233-234, que sostiene que se le ha dado a la expresión *levissima culpa* una importancia excesiva y que, en realidad, como todas aquellas cuestiones que han sido abordadas por los romanistas acerca del grado de culpa, no era merecedora del trabajo que costó, aparte de que, aunque se llegase a la conclusión de que se debe superar la diligencia del buen padre de familia, sería difícil establecer donde finaliza esta exigencia y se podría comenzar a exigir la otra. En definitiva, este autor la considera una elaboración de los juristas postclásicos, con un cierto valor enfático, que no sirve para determinar el contenido de la culpa tal y como se entendía en la época clásica.

²¹ Ref. MOMMSEN, *Droit pénal des Romains (trad. Dusquesne)*, I, 99, en Starck, B., ob. cit., np. 24, p. 60.

²² Ref. GAIUS, I, 4, ad. XII, Tab; D. 47, 9, 9; y PLINIAUX, «L'action de pastu», *Mélanges Cornil*, 1926, t. II, p. 247, en STARCK., B., ob. cit., p. 63.

²³ Ref. ULPIANO, L. 5, § 2, en STARCK, B., ob. cit., np. 39, p. 67. La responsabilidad aquiliana estaba excluida en el caso de daños causados por los alineados, pues el accidente provocado por un loco se asimilaba al que provocaba un suceso de fuerza mayor, por ejemplo, una teja que se cae por la acción de un viento fuerte.

cable y en virtud, a nuestro entender, de dos condicionantes históricos:

1.º En concreto, la confusión sobre el significado del concepto culpa vino propiciada, en un primer momento, de la mano de los intérpretes de la *Lex Aquilia* en la época postclásica, que determinaron que lo que se requería para apreciar el delito del daño era, simplemente, la negligencia del autor, frente al principio general del dolo en los delitos. Y para ello se adoptó el término que habría de obtener fortuna, «culpa»; si bien, nunca una palabra ha recibido tantas interpolaciones como ésta²⁴. Así, al no haberse dado cuenta de tal acepción clásica, los bizantinos en la época del Derecho romano postclásico interpolaron a la culpa, erróneamente, como criterio de responsabilidad, y colocaron la palabra dolo al lado de culpa²⁵. Y las causas que coadyuvaron a tal resultado las podemos resumir en dos: por un lado, la doble necesidad que tenía la doctrina postclásica de buscar un único principio ordenador, frente al sistema clásico romano de acciones que propiciaba una despreocupación por una sistematización orgánica; así como de moralizar la responsabilidad, quizás por influencia de los Padres de la Iglesia y la filosofía greco-helenística o greco-latina. Y, por otro, el hecho de que los bizantinos empezaron a valorar jurídicamente la «voluntad humana» como algo externo al acto, y, por tanto, en sí misma, frente a los clásicos a los que importaba la claridad de la situación jurídica objetiva en la que la voluntad se plasma enteramente²⁶.

En definitiva, en la época del Derecho romano postclásico se intentó una sistematización de un material heterogéneo en torno a la idea de culpa, como imprudencia, en su aspecto subjetivo o de voluntad; y así aparece la trílogía *dolus-culpa-casus*, que según la doctrina mayoritaria obedece, sobre todo, a una moralización del Derecho. Se interpreta a la culpa como «la omisión de la diligencia

²⁴ D'ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona, 3.ª ed., p. 368.

²⁵ Ref. BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, p. 49, en JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, *ob. cit.*, np. 54, p. 44. Incluso, respecto a la responsabilidad contractual en el Derecho romano postclásico, se llega a un concepto elástico de dolo que explica que la diligencia no tuviera un significado de culpa, sino de actividad positiva como aplicación de una concreta exigencia de *bona fides*, que impone no sólo la abstención de conductas lesivas (D. 16,3,1 que se refiere a la no restitución de la contraprestación por la enajenación de la cosa depositada, hecho por el heredero del depositario en la ignorancia de la ajenidad de las cosas), sino la realización de ciertas actividades positivas cuya omisión genera responsabilidad por dolo (por ejemplo, la administración de los bienes por los tutores). En conclusión, del uso elástico de dolo se deriva la misma amplitud para la buena fe, y que no se afirmase la responsabilidad contractual con igual rigor en todas las relaciones jurídicas, sino dependiendo de ciertas circunstancias como el interés o gratuidad en la misma.

²⁶ Ref. ROTONDI, G., «Dalla Lex Aquilia dell'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-gommatiche», *Riv. dir. comm.*, 1916, I, pp. 942 ss; y ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale ...*» en JORDANO FRAGA, F., *ob. cit.*, np. 70, p. 51.

de un buen padre de familia», como criterio de imputación en que la omisión culpable viene equiparada a la acción, convirtiéndose en base tanto de la responsabilidad contractual, como delictiva.

2.º Sin embargo, entendemos que, a su vez, esta interpretación ha estado influida, en un segundo momento, por la hermenéutica de los pandectistas del siglo XIX que se proclamaron como expresión de la auténtica y genuina fuente de saber del romanismo actual, y por el dogmatismo de la época²⁷. Estos concibieron a la culpa como un ilícito civil, o acción ilegal, que se plasma en la entidad del *quasi-delito* de marcado carácter sancionador y punitivo²⁸, respecto del cual importaba, más que la reintegración, la corrección; y que, por tanto, precisaba un concepto subjetivo²⁹.

Por el contrario, podemos afirmar que la concepción subjetiva de la culpa, como negligencia, fue una novedad que adoptó dicha corriente dogmática, frente a la constatación históricamente demostrable de que la culpa jurídicamente relevante tenía un sentido general de nexo causal matizado por el requisito «contra *ius*»; y a lo más, significaba la contravención de una norma de obligada observancia, se hubiera cometido con o sin intención, maliciosamente o no, por mera negligencia o inadvertencia; en resumen, todo acto que contradice la ley, la costumbre o el buen orden era culpa. Esta idea es coherente, por otra parte, con la tesis que mantiene Starck de que la culpa obedeció, más que a una moralización del Derecho, a una ampliación de las condiciones de la acción, al reforzamiento de la garantía³⁰. Y esta concepción que defendemos encuentra eco jurídico en textos postclásicos, como lo acredita el

²⁷ Para una visión breve pero clara del movimiento Pandectista, *vid.* SÁINZ-EZQUERRA FOCES, J. M., «Divertimento pandectístico», en *Anales de la Facultad de Derecho de La Laguna*, núm. 13, 1996, pp. 173-184, en especial, p. 180. Este autor afirma que dicho movimiento fue fruto de las ideas de sistematización científica sostenidas por la mayoría de los teóricos de la Escuela Histórica, en conjunción con el arraigo de la tradición romanista. Esto es, a partir de la unidad inmanente de las reglas y conceptos jurídicos que había proclamado Savigny (System, I, 36, puesto que todo el Derecho proviene, en definitiva, del *Volkgeist*), se desarrolla la Pandectística o *Begriffisjurispruence*, como fundamental aportación de Puchta a la metodología jurídica. Sin embargo, como nos advierte el autor, finalmente en la Pandectística acabó primando la idea de coherencia interna del sistema conceptual sobre la de correspondencia entre sistema y la realidad (EHRlich, *Die juristischelogik*, 1918, 38), con lo que se rompen las amarras de la actividad científica de los juristas con la problemática social que el Derecho está llamado a resolver.

²⁸ Cfr. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*. Munich, 1764, p. 3, que pone en evidencia que dicha concepción supuso una ampliación de la frontera penal, con el peligro de crear el binomio delito y cuasidelito, y, por tanto, de hacer descender a nuestras calles la visión falsa de es igual el delincuente que aparca mal y causa un daño que el que mata.

²⁹ CHIRONI, G. P., *La colpa nel diritto civile moderno. Colpa contrattuale*. 2.ª ed., Turino, 1897; 2.ª parte: Colpa extracontrattuale, en dos volúmenes. 1902-1903.

Ref. CHRISTIAN HASSE, J., *Die Culpa des Römischen Rechts*, 1832, en DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, *ob. cit.*, p. 12. Este autor acometió el primer intento de sistematización, del que se tiene constancia, del concepto de culpa.

³⁰ STARCK, B., *ob. cit.*, p. 66.

Código de Justiniano (Codex 5,17, II.1), que es un texto fundamental para orientar la búsqueda del significado jurídico de culpa; al igual que el texto del Digesto (Ulpiano, D.4.9.3)³¹, que proyecta el concepto de culpa en torno a la producción de un resultado dañoso, y no al de imputabilidad.

Transcurrida la etapa romana, y durante la época franca existe un corto período histórico en que se produce, de nuevo, un retroceso en que se hace caso omiso a toda investigación de la intención de su autor, y toma preeminencia el elemento material. Así en los reinos hispánicos la regulación que se hace en los fueros de las penas a imponer en caso de daños supone una vuelta a la responsabilidad objetiva de forma casi absoluta, y, según Peña López, una evolución pareja sufren los Derechos de los territorios francés e italiano³². Si bien, como se ha apuntado anteriormente, la prepotencia dogmática y la influencia canonista³³ contribuyeron a que, en una etapa posterior, el Derecho común de la Edad Media de los siglos XII y XIII, que se caracterizó por el renacimiento del Derecho romano, fortaleciera el elemento subjetivo de la culpa en la interpretación de la *Lex Aquilia*, según fue interpolada como negligencia, torpeza o imprudencia, frente al proceso de debilitación del elemento objetivo de la *iniura*. Sin embargo, se sigue admitiendo que determinadas causas objetivas exoneran de responsabilidad debido a que, cuando están presentes, el comportamiento del dañador no es «*non iure*», esto es, lo que sucede con aquél que produce daños ejercitando su derecho, actuando en legítima defensa o en estado de necesidad³⁴. Y esto trajo como conse-

³¹ También, respecto al concepto amplio de culpa contractual, *vid.* D. 13, VI, 5.2; y D. 50, XVII, 24.

³² PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, p. 19.

³³ La influencia canonista se sintió tanto en la responsabilidad penal como civil –Cfr. METZ, R., «La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval», *La responsabilité pénale. Annales de la Faculté de droit de Strasburg*, 1961– que insistía en el elemento intencional, esto es, en el papel de la voluntad, *Nemo trahitur ad culpam, nisi ductus propria voluntate*. En el mismo sentido, RIPERT, G./BOULANGER, J., *Traité de droit civil*, (d'après le Traité de Planiol), t. II. Obligations, ed. LGDJ, París, 1957, p. 327. La influencia del Derecho canónico no ha sido suficientemente estudiada, pero la connotación moral de la que dotan a la reparación demanda el separar debidamente la culpa moral que supone una inteligencia y una voluntad suficientes, y la culpa jurídica que puede resultar de una simple inadvertencia y que obliga a reparar el daño causado si el Juez así lo decide. Además, *vid.* PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, p. 23, que afirma que es buena muestra de dicha influencia la polémica existente entre los canonistas acerca del fundamento moral de la reparación de los daños causados por culpa leve o levísima; y algunos canonistas llegaron a afirmar que, si bien no existe obligación moral de reparar los daños en tales casos, sí la hay a partir de que se haya dictado ésta, pues si la sentencia no se cumple se estaría frustrando el fin moral de la ley que consiste en constreñir a usar en la vida de relación toda la diligencia necesaria para evitar el daño.

³⁴ En este sentido el glosador ODOFREDO calificará de *equivocum* al término *iniura* porque, si bien «se ha dicho desde hace mucho tiempo que *iniura* es lo que no es ilícito, la responsabilidad no surge de la contumelia, ni de aquello que es ilícito sino de la culpa» *vid.*

cuencia que, en el *Ius Commune*, se adoptara una postura, excluyente y extrema, de rechazo absoluto a todo lo que significase responsabilidad objetiva.

En conclusión, la preeminencia de la tesis de la culpa en sentido subjetivo en el Derecho romano y en el Derecho común trae su causa, según hemos constatado, en una conjunción de factores históricos, en esencia, una interpretación dogmática de la normativa legal al servicio de una moralización del Derecho. Cuando, por el contrario, hemos visto como de los mismos textos romanos se desprende un concepto amplio y objetivo de culpa, e incluso, en Las Partidas, que son el máximo exponente del *Ius Commune*, del Derecho medieval español, toma carta de naturaleza el sentido amplio de culpa, *lata-levis-levisissima*, y no el sentido psicológico³⁵.

2. EN EL DERECHO ROMANO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DEL PATERFAMILIAS FRENTE A LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DEL INCAPAZ

La doctrina afirma que el Derecho romano nunca llegó a admitir un principio general de responsabilidad por hecho ajeno; pero, no obstante, reconoce la existencia de algunos supuestos aislados³⁶. Ahora bien, el criterio de imputación en la responsabilidad por hecho ajeno va a ser distinto dependiendo de que el perjuicio hubiera sido ocasionado por un *sui iuris* o un *alieni iuris*, por la siguiente razón: si el perjuicio había sido causado por un *sui iuris* –persona libre y no sometida a la *potestas* de otra–, en el antiguo Derecho romano regía la regla de la culpa, según lo explicado en el apartado anterior, a excepción de algunos supuestos en que se respondía objetivamente. Sin embargo, cuando el perjuicio se causaba por un *alieni iuris*, esto es, por el hijo sometido a la *potestas* del *paterfamilias* o por el esclavo situado por el poder de su *dominus*, estamos ante la responsabilidad por hecho ajeno, cuyo criterio de imputación o fundamento de la responsabilidad es más ambiguo que el anterior, y es lo que pasamos a estudiar.

cita tomada de ref. MASSETO, G. P., Voz: «Responsabilità extracontrattuale (Dir. Interm.)», en *Enciclopedia del diritto*, t. XXXIX, ed. Giuffrè, Milano, 1967, pp. 1126 y 1128, en PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, np. 45-46, p. 21.

³⁵ Vid. Ley 11.ª, título XXXIII, P. VII, en «Código de Alfonso el Sabio» en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. IV, Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1848, pp. 482-483.

³⁶ Ref. JACQUEMIN, B., *Le fondement de la responsabilité du père et le Code civil*, th, París, 1964, p. 46, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, p. 37.

Para el análisis propuesto es necesario partir de la premisa, amén de la ya mencionada de que la responsabilidad civil estaba unida a la penal, de que en el Derecho romano antiguo o preclásico la responsabilidad civil era colectiva, pues la antigua sociedad estaba fuertemente organizada en grupos, de forma que cuando cada uno de sus miembros causaba un daño a un individuo perteneciente a otro, la venganza no era individual sino colectiva, y mientras el grupo del damnificado ejercitaba la venganza, el grupo del causante del daño quedaba solidariamente expuesto a sufrir sus consecuencias. Ahora bien, solamente se mantuvo algún resquicio de la responsabilidad colectiva, como tributo a la tradición, allí donde existía una «vinculación patrimonial», como era el caso del *paterfamilias* respecto a los miembros de su familia³⁷, pues es constatable que en el Derecho romano clásico el *paterfamilias* debía responder, por la llamada *actio noxalis*, de las obligaciones derivadas de los delitos cometidos por algunos de sus *alieni iuris*, entre ellos sus hijos. Esto es, la noxalidad era una característica de las acciones penales que otorgaba al *paterfamilias* la posibilidad de optar, entre indemnizar por el daño que la persona sometida a su *potestas* pudiera ocasionar –*noxiam sarcire*–, o abandonar al autor del daño en manos de la víctima –*noxae deditio*–³⁸.

Por consiguiente, y a tenor de lo anterior, para indagar en el criterio o razón de justicia para imputar al padre el daño causado por el hijo, hay que tener presente que en Roma la responsabilidad por hecho ajeno guardaba íntima conexión con el contexto social, que se organizaba en el período preclásico, y continuando en el clásico, en torno a la familia, y ésta, a su vez, giraba en torno a la *potestad* o *auctoritas* del *paterfamilias*; lo cual, también, tuvo reflejo en la configuración jurídica de la tutela del impúber³⁹. De este postulado, entonces, se puede deducir que la *auctoritas* del *paterfamilia* constituía la espina dorsal de la responsabilidad por los hechos de los *fili familia*⁴⁰, y que aquél respondía, no como consecuencia de la obligación de guarda y

³⁷ Ref. LÉVY-BRUHL, H., «Sur l'abandon noxal», en *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne, 1963, pp. 125-126, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 12, p. 37.

³⁸ VOCI, P., «La patria potestad de Augusto a Diocleciano», en *St. di Diritto Romano*, Padova, 1983, p. 438.

³⁹ La familia romana estaba organizada bajo la forma patriarcal y caracterizada por su rígido sentido agnaticio y autoritario, pues como dice Sohm, la familia en el sentido del Derecho civil romano era la *familia agnaticia* o, lo que es igual, el conjunto de todos los individuos unidos entre sí por el vínculo de la patria potestad común –ref. SOHM., R., *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y sistema*. Obra corregida por L. Miettes y sacada a la luz por L. Wenger, traducida del alemán por W. Roces, ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 294, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 15, p. 25.

⁴⁰ HERNÁNDEZ TEJERO, F., «Sobre el concepto de potestad», *AHDE*, 1946, pp. 606 ss.

custodia de los hijos, sino en razón de la cohesión de la estructura familiar romana, o en los deberes que constituían el ejercicio de la patria potestad. Pues, al igual que las adquisiciones patrimoniales que pudiera realizar alguno de los sometidos a su potestad revertían en el patrimonio del *pater*, las transgresiones que uno de ellos pudiera ocasionar eran resarcidas por él bajo su entera responsabilidad⁴¹. Aunque hay que matizar que la responsabilidad noxal era aplicable cuando el hijo actuaba sin el conocimiento y sin la anuencia de su padre, porque, de lo contrario, éste debería ser responsable directo de los daños ocasionados⁴².

Es el momento, entonces, de posicionarnos sin ambages, de nuevo, en desacuerdo con los pandectistas que señalaron a la culpa o falta de la diligencia debida como fundamento de la responsabilidad del *paterfamilias* por los hechos de sus hijos, esto es, por no haber impedido el hecho realizado por éstos; y, en su caso, si admitiéramos la responsabilidad por culpa del *paterfamilias*, la culpa, en coherencia con el postulado que hemos mantenido respecto a la responsabilidad por hecho propio en el Derecho romano clásico, no tendría el sentido de negligencia o violación de la diligencia de un buen padre de familia que, como tal, era desconocida⁴³. Así las cosas, lo cierto es que, teniendo en cuenta que el individuo sometido a la patria potestad no tenía capacidad suficiente ni patrimonio solvente para hacer frente a los perjuicios que hubiere causado, resultaba lógico que otra persona quedara obligada en su lugar.

Ahora bien, si en el período preclásico y clásico el *paterfamilias* respondía de la *actio noxalis* atendiendo a un criterio objetivo de imputación, esto es, en razón de la cohesión de la estructura familiar romana, nos preguntamos si en el Derecho romano postclásico el criterio de imputación va a seguir siendo objetivo, cuando, sin embargo, en esta época se producen, a nuestro entender tres cambios importantes: el abandono noxal respecto a los hijos (Inst. Just., 4,8,7); la patria potestad se dulcifica, pasando de ser un poder absoluto y absorbente al reconocimiento de unos deberes de asistencia y protección respecto a los hijos⁴⁴, y lo mismo se puede

⁴¹ Ref. MASUR, R., *Die Haftung der Aufsichtspersonen nach § 832 BGB*, diss. Borna-Leipzig, 1908, p. 4, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 19, p. 39.

⁴² Ref. ROSSI MASELLA, B. E., *ob. cit.*, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 41, p. 44.

⁴³ Para una visión completa de las distintas teorías acerca de los fundamentos de la acción, *vid.* Ref. SORGENTI, M., «La responsabilità noxale in Diritto romano», en *St. Scienze giur. soc.*, 1949, p. 989, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 44, p. 44.

⁴⁴ OTERO, A., «La patria potestad en el Derecho histórico español», *AHDE*, 1956, pp. 210-214.

decir de la tutela del impúber⁴⁵; y se reconoce la capacidad patrimonial de los hijos⁴⁶.

En primer lugar, como nos señala López Sánchez, el reconocimiento de la capacidad patrimonial de los hijos en la etapa postclásica corrió paralela al abandono noxal de los padres, que recordamos que tenía carácter penal, y a que fuera posible actuar directamente contra los hijos, esto es, los hijos pasan a ser respon-

⁴⁵ No obstante, ya en la etapa clásica del Derecho romano, la tutela del impúber (pues en esta etapa desaparece la tutela *mulieris*) sufre una evolución en el sentido de que pierde aquél su carácter egoísta e interesado, y empieza a conformarse como institución destinada a servir al protegido, obligándose al tutor y al curador a salvaguardar los intereses del pupilo. Y en consecuencia, dicha concepción influye en el régimen de la responsabilidad del tutor, pues ya no va a ser suficiente la honradez en la conservación del patrimonio, sino que se va a exigir que se administre de forma diligente, y no sólo para conservar el patrimonio, sino también para aumentarlo. Y, por otra parte, aunque se va a potenciar en esta época la atención personal del pupilo en lo que respecta a la educación, instrucción y manutención, estas prevenciones se limitan a asignar las cantidades destinadas a satisfacer aquellas necesidades; y era al magistrado, en última instancia, a quien correspondía proveer, tanto sobre la educación como sobre la cuantía de los alimentos. En esta etapa, por último, la mayoría de la doctrina entiende que surge la tutela dativa, creada por la Ley Atilia, por cuya virtud el pretor urbano, con los requisitos y formalidades que la Ley prescribe puede nombrar tutor dativo a los impúberes que careciesen de tutor testamentario y legítimo. En definitiva, en el Derecho clásico la tutela adquiere un contenido moral en cuanto que el magistrado designaba tutor a aquel que consideraba más idóneo para el cargo, no siendo suficiente, como hasta entonces, una mera capacidad de tenencia de derechos civiles que descansaba en los tres estatus, sino de garantías de cualidades morales, de madurez, de juicio, imparcialidad y honradez—ref. ARIAS RAMOS, J., «Derecho romano», ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pp. 218-222, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 54, p. 33, y p. 36—. Por último, aunque en la época justiniana o postclásica del Derecho romano se modifica la estructura familiar, que evoluciona hacia una importancia cada vez mayor de los parientes de sangre o cognados, quedó subsistente el principio de la «igualdad en los llamamientos en la herencia y en la tutela», en virtud del cual eran tutores los parientes por el orden y grado con que eran llamados a la sucesión intestada de los huérfanos. De modo que se afirma por autores que en el Derecho romano se admitía la tutela *impuberum* plural, pues podía ocurrir que varios parientes estuvieran en el mismo grado de agnación respecto al impúber, y en ese caso, como a todos ellos interesaba por igual velar por el patrimonio de aquél—en concepto de herederos presuntos— todos eran llamados a la tutela, dando lugar de ese modo a una pluralidad de tutores de carácter obligatorio (Gayo D. 26, 4, 9). Y también se admitía en la tutela testamentaria (basándose en el poder del pater—D. 26, 2, 11—) y en la dativa (en el interés del impúber—D. 26, 5, 23—); si bien se reconoce que en la etapa clásica y postclásica los casos de pluralidad son excepcionales frente al principio del tutor único—PÉREZ GONZÁLEZ, B./CASTÁN TOBEÑAS, J./ALGUER, J., *Tratado de Derecho civil (Derecho de familia)*, traducción de la 20.ª edición alemana de Enneccerus/Kipp y Wolff, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española, vol. II, t. IV, Barcelona, 1951, p. 265, y ref. BRISAUD, J., *Manuel d'histoire du Droit privé*, París, 1908, p. 162, en OSSORIO MORALES, J., «La pluralidad de tutores», en *Estudios de Derecho privado*, ed. Bosch, Barcelona, 1942, np. 25, p. 91—.

⁴⁶ Incluso es significativo que en la tutela del impúber *sui iuris* durante la etapa preclásica, ya se clasificaba a éstos en los infantes (menores de siete años) y los *infantia maioris*, por cuanto la gestión de los primeros se llevaba a cabo sin su intervención en absoluto, dada su carencia de discernimiento, y, en cambio, a los mayores de siete años se les permite la intervención en los negocios, si bien previa interposición de la *auctoritas tutoris*, de modo que, en este último caso, el tutor complementaba al impúber, no pudiendo hablar de dos personas, sino de una jurídica compuesta de dos físicas que se complementan—*vid.* MAJADA PANELLES, A., *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, ed. Bosch, Barcelona, 1985, cap. II, p. 23—.

sables de modo directo⁴⁷, pues el Derecho romano, siguiendo el discurrir propio de la evolución natural, estableció unas etapas cuya pertenencia a las mismas estaba determinada por la edad y, en ese sentido, adaptó a cada uno de esos períodos el reconocimiento de capacidad y atribución de medios de protección: los *infanti* hasta los siete años, equiparados a los locos o *furiosi*, eran irresponsables⁴⁸; los *impubes*, en concreto, a los que se aproximaban a la edad de la pubertad se les reconocía capacidad delictual, si bien, dado el escaso rigor con el que se ha desarrollado esta materia en los textos romanos, la mayoría de la doctrina entiende que en el Derecho romano no se relacionaba la responsabilidad de quienes habían superado la infancia con un momento de tiempo fijado, sino que esta cuestión era objeto de apreciación individual⁴⁹. Y, por último, como los púberes, cuya edad se fijó por Justiniano a los doce años en las mujeres y catorce en los hombres, estaban dotados de inteligencia y juicio suficiente, la doctrina infiere que tenían capacidad delictual; no obstante, hasta los veinticinco en que adquiriría plena madurez se entendía que merecían una protección especial.

Sea como fuere, y con independencia de la responsabilidad del menor de edad con capacidad delictual, si atendemos al Digesto que consagra, a pesar de la abrogación del abandono noxal, que: «*Si el hijo hubiera sido condenado, el hijo debe cumplir lo juzgado, porque le obliga la condena. Pero ha de decirse que, después de la condena del hijo, el padre puede ser demandado sólo respecto al peculio*» (D. 9,4, 35 –Ulp. 41 Sab–), hemos de matizar que, a pesar de la responsabilidad civil directa del menor, el padre sigue obligado a responder civilmente como consecuencia de la incapacidad patrimonial del culpable, en orden a evitar que el perjudicado no fuera resarcido a causa de la insolvencia del hijo⁵⁰. En definitiva, de la evolución descrita se puede inferir que, de una responsabilidad objetiva y directa del *paterfamilias* por el daño causado por su hijo en la etapa preclásica y clásica, se pasó en la postclásica a una responsabilidad subsidiaria pero, de igual modo, objetiva.

⁴⁷ Ref. GIMÉNEZ CANDELA, T., *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981, p. 21, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 47, p. 45.

⁴⁸ Aunque este límite no está exento de críticas, lo que sí estaba claro eran las notas que se predicaban de dicha etapa: que no podían hablar –*qui fari non possunt*– y carecían de inteligencia –*nullum intellectum habet*–; y su equiparación a los *furiosi* –*vid. SCHIPANI, S., Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1968, pp. 219-223–.

⁴⁹ FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 320, pues a los *infanti proximus* se les equiparaba a los infantes, y ref. ROTONDI, F., «Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 Cod. Civ. Recherche storico-dogmatiche», *Riv. dir. Comm.*, 1916, I, p. 956, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 34, p. 42.

⁵⁰ THOYOT, G., *De la responsabilité du fait d'autrui*, th, París, 1910, pp. 14-15.

Por otra parte, si bien existen antecedentes legales en el Derecho romano respecto a la responsabilidad por hecho ajeno de los padres, no los hemos encontrado respecto a los guardadores de los incapaces. No obstante, hay que tener en cuenta dos datos con carácter previo: por un lado, que en un principio no existía la curatela del loco, al igual que tampoco la tutela del impúber, pues el propio *paterfamilia* era quien ejercía las funciones de protección propias de la tutela y de la curatela, y, así entendida, se transmitía por la herencia al *heres* de su causante, junto con su patrimonio, ya que la herencia tenía un elemento espiritual, la *potestas*, y otro material, el patrimonio. Y fueron las mismas causas que propiciaron la aparición de la tutela como cargo autónomo, las que hicieron que surgiera la necesidad de designar a alguien que llevase a cabo la protección del loco, supliendo la capacidad de obrar de la que éste carece por su enfermedad⁵¹. Y, por otro, que el nombramiento del curador sólo procedía una vez salido el loco de la pubertad a causa del carácter absorbente de la tutela de los menores, de tal manera que fuera cual fuese la salud mental del pupilo, la *vis atractiva* de la tutela *impuberum*, primero, y de la *cura minorum*, después, dejan la *cura furiosi* exclusivamente para los mayores de los veinticinco años.

En definitiva, si el curador se daba al loco siempre y cuando careciese de tutor o *paterfamilias*, tal y como se desprende de

⁵¹ La aparición de la tutela como cargo autónomo trae causa, tanto de la quiebra de la unidad familiar como grupo político, como del hecho de que la herencia adquiriera un sentido eminentemente patrimonialista a raíz de que la *actio familiae erciscundae*, creada por las XII Tablas, permitiera que los herederos pudieran exigir la partición de la herencia. Así aparece la tutela testamentaria, en la que el *paterfamilias* nombra un tutor *sui iuris* diferente de la persona del heredero del pater; y en su defecto, las XII Tablas llaman a desempeñar la tutela legítima a aquellas personas que, si el impúber muriese, le heredarían *ab intestato*, es decir, a su agnado más próximo y si no hay agnado ordenan que el gentil sea su heredero. Pues bien, a partir de dicho momento se va a producir una relación entre herencia y tutela, esta última concebida no como un derecho del sujeto, sino como un poder del tutor, que usará en su propio beneficio: el tutor cuida del patrimonio con el interés del que defiende unas expectativas hereditarias, su fin principal es salvaguardar el patrimonio e impedir que el incapaz pueda, por su impericia, dilapidar los bienes que ha recibido en la herencia paterna y que es necesario conservar para la familia civil. En esta época, como se ha dicho, «la tutela es una especie de presucesión», de modo que recuerda la anterior potestad del *paterfamilias*, en cuanto haz de facultades amplísimas sobre el patrimonio, quedando en un segundo plano las funciones asistenciales y de educación, los cuales «corrían a cargo de la madre o de otros parientes más próximos». En consecuencia, su régimen de responsabilidad era muy limitado, a pesar de que ya en las XII Tablas aparecen dos remedios contra la mala gestión, la *accusatio suspecti tutoris* y la *actio rationibus distrahendis*, aunque, más bien, tenía como finalidad salvaguardar el buen nombre de las funciones tutelares por el respeto que los romanos sentían hacia sus instituciones —*vid. ref. ORTOLÁN, M., Historia de la Legislación Romana*, traducida de la 4.ª edición por D. Melquiades Pérez Rivas, Madrid, 1869, p. 102, y COLIN/CAPITANT., *Curso Elemental de Derecho Civil*, anotado por Demófilo de Buen, t. II, V.1, ed. Reus, 1923, p. 82; ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano, ob. cit.*, p. 224, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 25-29—.

las XII Tablas⁵², se puede decir que hasta los veinticinco años la responsabilidad del guardador del loco se superponía a la del *paterfamilias* y, por el criterio de imputación analizado, o a la responsabilidad del tutor o curador del menor. Si bien esta última no se regulaba en los textos legales, en contraste con la evolución que experimentaron las medidas de protección del patrimonio del pupilo frente al tutor, sin descuidar el aspecto humano, y que se concretaron en la época Justiniana en: la *actio tutelae*, como acción de rendición de cuentas para obtener la devolución de los bienes administrados con sus aumentos, indemnizando los perjuicios causados por la mala gestión, la *inventario in tabularis* y garantía *ius iurandum*, la *actio subsidiaria* y el privilegio *exigendi*⁵³.

Pero, entonces, una vez nombrado curador a quien tuviera más de veinticinco años, habida cuenta de que la curatela se derivaba inmediatamente del hecho de la enfermedad, en el sentido de que se consideraba suficiente la fama o la convicción general para que el pariente a quien correspondía la ejerciese o la dejase de ejercer por el solo hecho de la curación⁵⁴, nos preguntamos si el curador devenía responsable de los actos ilícitos que cometiera el enfermo.

Si nos centramos en el Derecho posclásico o bizantino, que nos resulta de mayor interés pues en él se inspiraron los redactores de Las Partidas, hay que resaltar que, según el Digesto los incapaces, furiosos y dementes⁵⁵ no se encontraban entre las personas sometidas a la potestad de otro, ya que según su título VI del Libro I las personas sometidas eran solamente los esclavos (D.1,6,1) y los hijos (D.6,3,5,11), y si la única responsabilidad civil por hecho

⁵² Ref. ORTOLÁN, M., *Historia ...*, ob. cit., p. 101, Tabla V: «Por lo que hace al loco que no tiene curador (*custos*), que cuiden de su persona y bienes sus agnados, y a falta de éstos, sus gentiles», en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., ob. cit., np. 167, p. 56, de modo que, a diferencia de la tutela, no se concibió una curatela testamentaria.

⁵³ Para un análisis de todas estas medidas, vid. GUTIÉRREZ CALLES, J. L., ob. cit., pp. 43-50-90.

⁵⁴ ARIAS RAMOS, J./ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano*, t. II, 18.^a ed. Madrid, 1986, pp. 752-754, que nos explica que correspondía al magistrado apreciar este cambio una vez constatado el hecho natural de la recuperación de la cordura.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, np. 102, p. 23. Al final, Justiniano establece que los intervalos lúcidos únicamente suspenden la curatela y que el curador conservará su título pero no tendrá ningún poder para administrar y la razón de su permanencia en el cargo no es otra que la de retomar la administración de los bienes en caso de una vuelta a la locura, sin necesidad de una nueva investidura en el cargo (C. De cur.fur. 5,70, 6).

⁵⁵ Ref. HUBER, 1,23, 7, p. 64; GUTIÉRREZ, *Consilium*, 14, 7, III, p. 59, en DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, ed. Civitas, Madrid, 1984 (reed. en un solo vol. De dos publicaciones: T. I. *Libro preliminar. Introducción al Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949; T. II. *Derecho de la persona. Parte primera: la persona y su estado civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952) np. 5 y 9, p. 297. La doctrina romanista distinguía el furioso que definía como «*rabie animi agitetur, saepe cum intervallis*», del demente, «*sine aliquo iudicio*», pero señalaban como caracteres comunes el que carecen de voluntad y de consentimiento.

ajeno que se reguló era la responsabilidad civil de los *alieni iuris*, ¿no parece deducirse, desde una primera aproximación, que no había lugar a la responsabilidad civil por hecho ajeno del incapaz? Asimismo, es significativo que, según el Digesto, los poderes que recaían sobre los locos o *furiosi* (D.26,5,12) y dementes o desmemoriados (D.27,10,16)⁵⁶ eran amplísimos, siendo el curador *plenissimus curator*⁵⁷, pero en la práctica parecía constatarse que los poderes se reducían al ámbito patrimonial, o, incluso, que el ejercicio del contenido personal sólo era posible respecto de aquellos locos que podían ser controlados por sus parientes, pues aquellos otros que ofrecieran peligro para sí o los demás (*furiosis*) eran encarcelados por los gobernadores⁵⁸. En definitiva, creemos que la única responsabilidad civil del curador era por hecho propio, cuando, por ejemplo, el daño causado por el incapaz había sido ocasionado por mandato de aquél, pero no como guardador de incapaz, y cuyo criterio de imputación sería la culpa en el sentido que hemos explicado en el apartado anterior.

En cualquier caso, llegado este punto, si a lo dicho unimos el dato de que en el Derecho romano los actos de los furiosos y dementes se igualaban, al igual que la de los infantes, a supuestos de fuerza mayor⁵⁹, se desprende que los actos que realizaban los incapaces no se indemnizaban por nadie.

⁵⁶ D. 27, 10, 16, regula la curatela de los desmemoriados.

⁵⁷ Si bien, no hay dudas respecto al contenido personal de la curatela en las XII Tablas, hay diferentes opiniones doctrinales acerca de si tal contenido pervive en el Derecho clásico y postclásico (D. 27,10,7, pr). Así, hay teorías: por un lado, patrimonialistas que no comparten el que la guarda de la persona que correspondía al curador según las XII Tablas se concedería al *curator furiosi* en la época clásica –*vid.* ref. GIRAD, P. F, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, París, 1924, p. 235, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, np. 99, p. 23; y, por otro, personalistas que defienden que el curador del loco tenía bajo su cuidado su persona y administraba sus bienes –*vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, p. 23. Y para un resumen de las posturas doctrinales acerca de si la curatela tenía un contenido personal o patrimonial, *vid.* GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 62-65, que concluye que, a pesar de que hay que lamentar con Schulz la pérdida de la página de la Instituta de Gayo concerniente a esta materia y que tanta luz podría arrojar sobre ella en la época clásica, se puede deducir que los textos legales romanos (D. 27,10,7 pr). (Juliano Lib. XXI Digestorum; D. 27,10,13) (Gayo. 3. ed. Prov), revelan la importancia que el cuidado personal del enfermo tenía para el juriconsulto romano, que, aun cuando el curador no sea idóneo para llevar la administración, si desempeña con provecho para el pupilo las atenciones personales debe ser mantenido en el cargo, encomendándose la administración, sin que la gestión de bienes ejerza esa *vis atractiva* sobre el trato humano.

⁵⁸ Ref. D. 1, 18,13,1 (Ulpiano Lib. VII de oficio Proconsulis), p. 83, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 175, p. 58.

⁵⁹ D. 9,2,5: «(...) si un loco hubiese causado daño ¿se aplica la acción de la Ley Aquilia? Pegaso lo negó, porque, ¿qué culpa tiene el que no es cuerdo? Y esto es certísimo. De ahí que cesará en este caso la acción de la Ley Aquilia, como cesa si un cuadrúpedo hubiese causado daño o si cayere una teja. Si hubiere causado el daño un infante, deberá decirse lo mismo, pero si lo hubiese hecho un impúber, dice Labeón que, toda vez que se obliga por el hurto, queda obligado también por la Ley Aquilia. Y opino que esto es cierto con tal que sea capaz de discernir la injusticia (*Ulp. 18 ed.*).

3. EN EL DERECHO MEDIEVAL

A. Nacimiento de la responsabilidad civil de los familiares del incapaz. Las Partidas

Si avanzamos en el análisis histórico, se puede afirmar que en realidad es en la alta Edad Media cuando en el Derecho germano se consagran reglas específicas sobre la responsabilidad por hecho ajeno, frente a los supuestos concretos regulados por el Derecho romano, de «las personas que vigilan o supervisan a otras», y que se caracterizaron por su íntima conexión con la organización de la familia (*sippe*) de aquella época, esto es, como unidad social extensa de estructura fija⁶⁰. De modo sucinto, y como nos explica Le Gall, en razón de que los individuos no eran propietarios sino de modo limitado y, en general, adquirirían bienes para la comunidad familiar, el jefe de tal familia, como su representante, era responsable civilmente por los actos dañosos de cada uno de los miembros de la familia, con independencia de la capacidad o no de éstos. En consecuencia, esta responsabilidad por hecho ajeno se caracterizaba por ser una responsabilidad objetiva⁶¹.

Sin embargo, hemos de esperar al Derecho común en la baja Edad Media, que se caracterizó por un renacimiento del Derecho romano, para que aparezcan las primeras notas de la responsabilidad por hecho ajeno de los «familiares» del incapaz. Pues a pesar de que el Derecho medieval, en teoría, respetaba y aceptaba el principio romano que no amparaba responsabilidad alguna por los daños causados por los incapaces, es incuestionable que, a su vez, también empezó a manifestarse la necesidad social de determinar las personas que debieran soportar la responsabilidad por

⁶⁰ La dictadura que el *pater-familias* impone en la gens romana, no se aprecia en la institución correlativa a la misma entre los germanos, la *sippe*, en que la autoridad doméstica es detenida por todos los miembros varones y capaces de tomar las armas. Y dicho espíritu colectivo trasciende en el orden religioso, en el derecho sucesorio y en la tutela, la cual correspondía a la *sippe* que la ejercía en mano común, para más adelante pasar esta tutela colectiva familiar a ser desempeñada por uno de sus miembros a modo de delegado de toda la familia. Recaía la tutela, entonces, en el más próximo pariente varón, bajo cuya potestad colocaba el primitivo derecho germano a los ciegos, sordos, mudos, débiles de espíritu, locos, y viejos, cuando no podían lanzarse a caballo con espada y escudo, desde un lugar poco elevado –Vid. MENÉNDEZ PIDAL Y DE MONTES, F., «La mala fe en las relaciones tutelares», *RGLJ*, 1929, t. 154, np. 1, p. 182.

⁶¹ LE GALL, J. P., «Liability for person under supervision», *Int. Enc. Comp. Law*, IX, Torts, chapter 3, Tübingen-The Hague-Boston-London, 1983, n. 87, 26, p. 4. Y acerca del espíritu comunitario de la familia germana, vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudio de Derecho civil*, t. IV, 1.º, Madrid, 1898, p. 173, que destaca que la propiedad se extendía a la familia entera, sin que nadie fuera propietario exclusivo de los bienes, en cuanto todos tenían un derecho igual, lo que justificaría el desconocimiento por los germanos del testamento.

los daños causados por sus *supervisees*⁶². En concreto, de las escasas referencias que existen, encontramos que según el Código de Eurico el tutor del loco se le permite tenerle sujeto para evitar los daños de los que tendría que responder⁶³. Y, en dicha línea, el comentarista Bartolo de Sasoferrato estableció que el guardador del incapaz, normalmente los padres, estaba obligado a vigilar al incapaz, y que los padres o familiares debían responder por los daños ocasionados por los parientes locos⁶⁴. Si bien, al hablar de familiares en plural no parecen referirse, según una primera aproximación, al tutor del incapaz (ciegos, sordos, mudos, débiles de espíritu, locos y viejos, cuando no podían lanzarse a caballo con espada y escudo desde un lugar poco elevado), en la medida en que la tutela plural antigua, el *mundium* o conjunto de todo el grupo familiar agnaticio como poder en su propio interés y con carácter patrimonial, se transformó en tutela única, al pasar a residir en el *mundualdo*, que era generalmente el más próximo pariente del pupilo y en quien delegaba la familia para, de igual modo, gestionar y administrar el patrimonio del incapaz⁶⁵. No obstante, es un dato importante, que dado el espíritu comunitario que anima a la *sippe*, ésta tomara sobre sí la alimentación y necesidades más elementales del incapaz cuando careciese de aquellos bienes; e incluso, se afirma que la intervención obligada de los parientes en determinados actos relativos al pupilo se mantiene, durante mucho tiempo, como un vestigio de la primitiva tutela colectiva.

Con el marco histórico expuesto, se puede decir que en la España visigoda medieval, a pesar de la complejidad jurídica que le caracterizaba, merced a la pervivencia de sistemas jurídicos muy heterogéneos, además de un cuarteamiento del territorio que hace imposible determinar hasta dónde penetra lo que se viene denominando como Derecho español bajo medieval⁶⁶, eran claras dos grandes influencias: I.^a En primer lugar, *los textos de inspiración germánica anteriores y coetáneos a Las Partidas*,

⁶² LE GALL, J. P., *ob. cit.*, p. 4.

⁶³ D'ORS, A., *El Código de Eurico*. Roma-Madrid, 1960, Estudios Visigóticos, p. 158. El Código de Eurico recoge en la Antiqua 8,3,2 que el daño causado por mano del hombre debe ser indemnizado según estimación judicial: «*Si quis alienum ortum vastaverit, statim iuxta damni estimationem a iudice coactus domino orti cogatur exolvere*».

⁶⁴ *In leg. iure provisum*, C. DE FABRIC. Lib. II, 9; y LABBÉ, J. E., «De la démence au point de vue de la responsabilité et de la imputabilité en matière civile», *Rev. crit. lég. jur.*, 1870, p. 128, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 70, p. 49.

⁶⁵ OSSORIO MORALES, J., «La pluralidad de tutores» (contribución a la reforma del régimen tutelar español), *Estudios de Derecho Privado*, ed. Bosch, Barcelona, 1942, pp. 81-114, especialmente. p. 95.

⁶⁶ *Vid.* el interesante estudio de GARCÍA-GALLO, A., «El carácter germánico de la épica y del derecho en la edad media española», *AHDE*, t. XXV, núm. 79, pp. 670-679.

sobre todo en lo que concierne a la materia de la tutela, como refleja el Derecho consuetudinario consignado en los Fueros locales y territoriales de todos los Estados de la península hasta el siglo XIV⁶⁷; influjo que fue, en palabras de Ossorio Morales, sorprendente, pues los Fueros, apartándose del Derecho romano, nos muestran constantemente a la familia realizando funciones activas de guarda⁶⁸. Si bien, respecto a la guarda de los incapaces, en esta época de «oscurantismo, superstición, intolerancia y misticismo exaltado»⁶⁹, se desanda el camino andado por el Derecho romano, pues en los Fueros más representativos únicamente se regula la guarda de los huérfanos menores de edad, no encontrando referencias a la guarda de los locos o dementes; y en el caso en que las hubiera, adolecían de la falta de cualquier alusión a los aspectos personales de su guarda.

En definitiva, la nota común era la hostilidad con la que el Derecho medieval contemplaba al enfermo mental, animadversión concretada en el propio Fuero Real (F.R I, II, I) donde se afirma que «*el loco en la culpa será cuerdo por la pena*»; de ahí que las referencias a aquél eran, o bien para negar la posibilidad de realizar actos jurídicos, así en el Fuero Juzgo, Fuero Viejo y Fuero Real, o para indicar que el padre no puede desentenderse del incapaz ni expulsarle del lugar por locura, sino que tan solo puede, *tenerle atado o encerrado, para evitar daños de los que tendría que responder*, como se manifiesta, claramente, en el Fuero de Cuenca, como cabecera de una familia de Fueros de gran autoridad en Castilla que resume su estado jurídico durante el siglo XII, y cuya expansión contribuyó a eliminar paulatinamente la enorme dispersión jurídica surgida tras la reconquista⁷⁰. En concreto, el fragmento Conquense R. 146 (209) primitivo afirma que: «*Si un padre, o una madre tiene un hijo perturbado y teme pagar las penas pecuniarias de los delitos que pueda come-*

⁶⁷ Ref. HINOJOSA NAVEROS, E., *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, p. 410, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, np. 136, p. 28.

⁶⁸ OSSORIO MORALES, J., «La pluralidad de tutores ...», *ob. cit.*, pp. 96-97.

⁶⁹ CABREIRA FORNEIRO, J., *Psiquiatría y derecho*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1990, p. 20. Y para un análisis de las causas sociales que provocaron dicha situación, *vid.* MENÉNDEZ PIDAL, R., *Historia de España*, t. III, (España visigoda), p. 398. La España visigoda se caracteriza por la indigencia, debido a la concentración de la propiedad fundiaria en manos de los potentes, la presión fiscal, la baja productividad del suelo y la opresión señorial sobre el campesinado, lo cual crea enormes bolsas de pobreza, de cerrazón y de ignorancia. De modo que en esta época se aprecia la ausencia de una definición de la enfermedad psíquica fruto del desconocimiento sobre el origen de la misma.

⁷⁰ Ref. GALO SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho*, Universidad de Valladolid, 1972, p. 75; MUÑOZ Y ROMERO, T., *Colección de los Fueros Municipales y Cartas Pueblas, con una advertencia inicial del autor*, ed. Atlas, Madrid, 1874, p. 4, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., np. 40 y 41, p. 107, que alude hay que no hay Fuero en Castilla-León comparable con el que Don Alfonso VIII dio a la ciudad de Cuenca.

*ter, téngalo cautivo o atado hasta que se calme o se cure, mientras continúe fuera de sí, para que no cause daño; pues por cualquier daño que cause, los padres tienen que responder, y no le valdrá a aquél que haya renegado de él ante el Concejo o lo haya desheredado. Este precepto está establecido para que nadie diga que su hijo está loco o perturbado y que renuncia ante él ante el Concejo y luego, con ocultación y engaño, haga que él mate a alguien o cause un incendio o cualquier otro daño»*⁷¹. Si bien, y por otra parte, es significativa la regulación que este Fuero, y todos los pertenecientes a su grupo derivados de él, hace de la tutela del huérfano, pues ya hemos apuntado el olvido jurídico de la del incapaz, en el sentido de que, según Ossorio Morales, si bien el huérfano y sus bienes habían de quedar en poder de una sola persona —el padre, la madre o un pariente—, ésta (tutor) era como un órgano representante del grupo familiar, a quien en puridad correspondía la misión de velar por aquéllos; esto es, era pues a los «parientes más cercanos del huérfano o incapaz» a quienes correspondía la guarda en forma de supertutela⁷². E, incluso, del Derecho territorial castellano del siglo XIII se deduce que los parientes más próximos desempeñaban una verdadera guarda activa del huérfano⁷³.

Recapitulando e indagando en lo expuesto hasta ahora se puede decir que, de los escasos datos que los textos medievales españoles de inspiración germánica hacen a la guarda del loco o enajenado, y más aún a la responsabilidad civil por los daños causados por éstos, sólo tenemos una única referencia. Ésta es la del Fuero de Cuenca citada en el párrafo anterior que hacía referencia a la responsabilidad civil del familiar del incapaz, más en concreto, del progenitor del incapaz que sobrevivía a la muerte del otro⁷⁴, pero sin alusión alguna al caso en que hubieran muerto ambos progenitores. Y si a esto unimos el dato expuesto anteriormente de que la misión estricta de velar por la persona del huérfano, y también entonces por la del incapaz, correspondía a

⁷¹ Ref. Fuero de Cuenca, 2.^a edición traducida y anotada por el prof. VALMAÑA VICENTE, A, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 46, p. 110.

⁷² OSSORIO MORALES, J., «La pluralidad de tutores...», *ob. cit.*, pp. 101-102.

⁷³ *Ibid.*, p. 104, lo cual se desprende del Fuero Viejo de Castilla (lib. V, título IV), por consiguiente tanto si los próximos parientes asumen sólo la guarda personal —por quedar los bienes arrendados a un extraño—, o, también, patrimonial en concepto de arrendamiento, lo hacen conjuntamente, actuando todos ellos como guardadores. No se trata aquí ya sólo de una supertutela colectiva, como en el prototipo Cuenca-Teruel, sino de una verdadera guarda activa desempeñada por todos los parientes próximos.

⁷⁴ Hay autores que sostienen que la patria potestad en la España de la reconquista era un poder conjunto y solidario del padre y de la madre, y que, por consiguiente, se extinguía al morir uno cualquiera de los cónyuges —ref. UREÑA, R., *Una tradición jurídica española*, discurso, Madrid, 1913, en OSSORIO MORALES, J., *ob. cit.*, np. 51, p. 99.

los parientes más cercanos, frente a la obligación del tutor que parecía ceñirse estrictamente al ámbito patrimonial, se podría conjeturar que, en caso de que murieran ambos progenitores, la responsabilidad civil del tutor tendría más que ver con la defensa del patrimonio familiar, que con una preocupación por su guarda, de modo que el criterio de imputación estaría más cerca del objetivo que del subjetivo o falta de cuidado en la guarda del incapaz. Si bien, y respecto a la responsabilidad civil de los progenitores del incapaz que es en realidad la regulada y prevista por el Fuero, dado que la preocupación de los progenitores por la guarda del incapaz se reducía a eludir una responsabilidad pecuniaria por los daños que pudiera causar el loco en libertad, entendemos que la razón para imputar el daño a aquéllos tampoco residía en la falta de diligencia o solícito cuidado del incapaz, sino más bien en una culpa en todo caso objetiva, la violación de la regla de no tenerle encerrado. De tal modo, que parece ser tributo de esta época la vinculación que se va a producir en épocas posteriores entre la responsabilidad civil y la obligación de vigilancia impuesta a los familiares del incapaz, vigilancia que se traducía en esta época en tenerle encerrado, pues su incumplimiento les hacía responsables civiles de los perjuicios ocasionados. Y esta regla parecía ser coherente, por otro lado, con el concepto, más bien el perjuicio, que se tenía en esta época histórica de locura como *vitium*, esto es, como vicio o imperfección de la persona y, por tanto, permanente⁷⁵, afectando de por vida al demente.

II.^a En segundo lugar, a la configuración del Derecho medieval español *también contribuyeron Las Partidas, coetáneas a los Fueros mencionados*, y que, en materia de guarda y protección de los incapaces, recogen la concepción justinianea⁷⁶, en la que nos vamos a detener porque junto con la Ley de Enjuiciamiento Civil, representan la doctrina vigente hasta la promulgación del CC⁷⁷; si bien, con la advertencia previa de que, respecto a las instituciones de guarda, Las Partidas fueron alteradas por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁵ Éste fue el sentido que le atribuyó el Fuero Juzgo, que dio igual participación a la legislación romana y goda –*vid. ref. MINGUIJÓN, S., Historia del Derecho español*, Labor, Barcelona, 1927, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 51, p. 113.

⁷⁶ En el siglo XII tiene lugar la penetración del Derecho romano-justiniano, que satisfacía las nuevas necesidades sociales, reelaborado por los juristas italianos de la escuela boloñesa a través de Las Partidas. Sin embargo, la recepción no fue una labor puramente mimética, sino que el rey Alfonso X el Sabio supo armonizar el elemento romano con el Derecho castellano, fuertemente germanizado, y de ahí parte de su éxito, pues a ningún pueblo le es dado pensar con el alma de otro.

⁷⁷ MANRESA Y NAVARRO, J. M. DE, *Comentarios al CC español*, t. XII, 6.^a ed., Madrid, 1973, pp. 839-840.

ciamiento Civil de 1855 y de 1881 por la incursión que el nuevo texto hacía en el derecho sustantivo⁷⁸.

De tal manera, la Ley 9.^a, del título I, de La Partida VII representa el antecedente del artículo 1903.3 CC, cuando establece que: «*no están exentos de culpa los parientes de éstos (furioso y desmemoriado), cuando no los hacen guardar de manera que no puedan hacer mal a otro*»⁷⁹. Y si ponemos en conexión sistemática esta norma con la que consagra, en la Ley 3.^a del título XV de la misma Partida, la irresponsabilidad del infante, del loco y del desmemoriado⁸⁰, en coherencia con su incapacidad para prestar consentimiento, contraer matrimonio, hacer testamento, o realizar cualquier acto civil, se deduce que los parientes del incapaz eran los únicos responsables del daño que causara un incapaz, a diferencia, como veremos, de los daños que causara un menor.

Ahora bien, para vislumbrar el criterio de imputación, nos cuestionamos, en primer lugar, si el legislador, cuando nombra como responsables a los «parientes» que debían guardar al incapaz, se estaba refiriendo a los guardadores de los incapaces, en puridad, los llamados curadores ejemplares de los mayores de veinticinco años *locos o desmemoriados*, los cuales podían ser testamentarios, si bien parte de la doctrina niega este tipo de curatela para los ena-

⁷⁸ Ref. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil Español*, t. I, Madrid, 1862, pp. 694-695, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 3, p. 145, que sobre el alcance reformador que las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento tuvieron en las instituciones de guarda afirma que: «su doctrina constituye un estado en la ciencia: no han derogado lo antiguo, se han dictado más bien con el fin de buscar los medios de aplicarlo; pero con o sin intención de los autores, las alteraciones son de tal manera radicales, que al lado de ellas muchas leyes de Partida pertenecen a la historia».

⁷⁹ Ley 9.^a, Título I, Partida VII: «*Moço menor de catorze años no puede fer acufado de ningu yerro q pufieffen q ouieffe fecho en razón de luxuria. Ca maguer fetrabajaffe de fazer tal yerro como este, nó deue ome afmar q lo podría cúplir. E fi por aventura acaefcieffe q lo cúplieffe nó aura entendimiéto cúplido para entéder, nin faber lo q fazia. E poréde nó puede fer acufado, nin le deué dar pena porende. Pero fi acaefcieffe q este tal, otro yerro fizieffe, affi como fi firieffe, o mataffe, o furtaffe, o otro fecho femefante deftos e fueffe mayor de diez añoso, e medio, e menor de catorze: dezimos que bien lo puedé ende acufare fi aquel yerro le fuere prouado non le deuen dar tan grand pena en el cuerpo, nin en el auer como fariá a otro que fueffe de mayor edad, ate gela deuédar my mas leue. Pero fi fueffe menor de diez años e medio: eftóce non le pueden acufar de ningun yerro que fizieffe. Efto mifmo dezimos q feria del loco, o del furiofo, o del defmemoriado q lo non pueden acufar de cofa que fizieffe mientras q le durare la locura. Pero no fon fin culpa los parientes dellos, quando non les fazen guardar de guifa que non puedan fazer mal a otri*».

⁸⁰ Ley 3.^a, Título XV, Partida VII: «*Emendar, e pechar deue el daño aquel que lo fizo a aquel que lo refcibio. E efto le puede fer demandao quier lo ouieffe fecho por fus manos o auinieffe por fu culpa, o fueffe fecho por fu mandado o por fu confejo. Fuera de fi aquel que fizo el daño fueffe loco o defmemoriado o menor de diez año e medio: o fi alguno lo ouieffe fecho amparando afsi mefmo o afus cofas. Ca eftonce non podría fer demandada emienda del daño que defta guifa fizieffe*».

jenados⁸¹; legítimos⁸²; y por último dativos⁸³. Y es que Las Partidas, en cuanto inspiradas en el Derecho romano según veíamos, es el primer texto jurídico español en el que encontramos concreta referencia y regulación a la curatela del loco en la ley 13.^a, del título XVI de la Partida VI según la cual: «*curadores son llamados en latín aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorce años, e menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuessen mayores, seyendo locos o desmemoriados*»⁸⁴.

Entendemos, en orden a dar una respuesta a la cuestión anterior, que una interpretación gramatical y sistemática de la norma jurídica nos llevaría a negar la identificación apuntada, a pesar de que los curadores ejemplares legítimos eran familiares, los más próximos, del incapaz. Y esto en base a dos razones: 1.^a La primera, porque, sentado que Las Partidas no recogen como regla general la curatela plural⁸⁵, si el legislador hubiese querido indicar a los curadores no habría hablado en plural de «los familiares del incapaz», que sólo son, a nuestro entender, los curadores legítimos en potencia; e, incluso, en el caso en que el curador legítimo no fuese apto el Juez podía nombrar como curador a un amigo del incapaz no familiar.

⁸¹ La curatela ejemplar testamentaria consistía en el curador designado por los padres en disposición testamentaria, o por persona que instituya heredero o dejado legado y manda de importancia al incapaz. La mayoría de la doctrina defiende la preferencia de la tutela testamentaria frente a la dativa y legítima, de lo que disiente DE CASTRO, merced a que las Partidas (6,16,13) distinguían: el guardador del menor de veinticinco años – que no podía ser dejado en testamento, con la única excepción de que el juzgador entendiéndose que era beneficioso para el mozo, y, entonces, estaba obligado a confirmarla –, del guardador de los locos y desmemoriados, en los que no cabe el curador testamentario – *vid.* DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, ed. Civitas, Madrid, 1984 [ed. facsímil de *Derecho civil de España*. t. II. Derecho de la persona, ed. Instituto de Estudios Políticos (I.E.P), Madrid, 1952, pp. 294-295].

⁸² En la materia de curatela Las Partidas son la base y la Ley de Enjuiciamiento Civil la doctrina, pues ésta contiene disposiciones posteriores que completan a aquélla. Así, aunque Las Partidas no recogieron, de modo expreso, la curatela ejemplar legítima del incapaz, según la LEC de 1855 la curatela ejemplar legítima debería recaer por su orden en las personas que se expresan, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlo: padre, mujer, hijos, madre, abuelos y hermanos del incapacitado; si hubiere varios hermanos o hijos, serán preferidos los varones a las hembras y el mayor al menor; concurriendo abuelos paternos, y maternos, serán también preferidos los varones a las hembras, y en el caso de ser del mismo sexo, los que lo sean por parte del padre a los que lo fueren por la de la madre – *vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, p. 37.

⁸³ *Ibid.*, p. 37. En la curatela ejemplar dativa, no existiendo las personas mencionadas en el párrafo anterior, o no siendo aptas para la curatela, el Juez podrá nombrar a la que estimare más a propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reunieren la necesaria capacidad, a la que sea pariente o amigo del incapacitado o de sus padres – artículo 1247 LEC 1855, y 1851 LEC 1881.

⁸⁴ Las Siete Partidas, glosadas por el licenciado GREGORIO LÓPEZ del Consejo Real de las Indias de su Majestad, Salamanca, 1555.

⁸⁵ Si OSSORIO MORALES, J., *ob. cit.*, pp. 104-105, nos explica que Las Partidas admitieron la pluralidad de los tutores como excepción al principio general del tutor único, inspirándose en las normas del Derecho romano, entendemos lo mismo para la curatela.

2.^a Y la segunda razón residiría en que, en contraste con el requisito de la guarda (personal) del incapaz, como presupuesto de la responsabilidad civil de los familiares de éste según los términos de la Ley citada, *cuando no los hacen guardar de manera que no puedan hacer mal a otro*, el curador no estaba obligado a convivir con el incapaz, y por tanto a vigilarle *strictu sensu*⁸⁶, pues se puede afirmar que la finalidad de la curatela en Las Partidas era atender, en primer término, al cuidado de los bienes y, en segundo lugar, a la persona⁸⁷. Y esta afirmación la creemos válida con independencia de la teoría que se adopte acerca de la polémica existente sobre el contenido personal de la curatela en Las Partidas a causa de la ausencia de su regulación⁸⁸. Pues, por un lado, si se sigue *la tesis de que la curatela en Las Partidas constituye una protección especial respecto a la protección general que es la tutela* y, por eso, sólo se regulan las normas que la diferencian de la general, presumiendo la regulación de esta última por analogía a lo no regulado⁸⁹, entonces, las obligaciones que incumbían al curador que

⁸⁶ Aunque en Las Partidas se puede observar una cierta preocupación por el aspecto personal que se concreta en la remoción del tutor por sospechoso, cuando éste no atiende al cuidado de la persona con la diligencia necesaria, discernir el cuidado debido es cuestión difícil de desentrañar, pues Las Partidas, si bien hacen referencia expresa a la guarda del loco o desmemoriado, remiten su contenido a lo regulado para los menores, y esta remisión, siendo válida para lo patrimonial no lo es para lo personal. Por ello, no cabe hablar de obligación de enseñarles a leer y escribir, ni la de hacerles aprender un oficio, pero sí que deben los curadores hacer frente a la manutención del demente, dedicando a ello la cantidad que el Juez señale, con cargo a los bienes del incapaz y sus frutos.

⁸⁷ NAVARRO AMANDI, M., *Reglamento General para la ejecución de las Leyes civiles Españolas* I, Madrid, 1881, p. 172.

⁸⁸ Pues, una parte de la doctrina entiende que Las Partidas no regulan el contenido de la curatela del loco, ni, por tanto, la guarda de la persona de éste –*vid.* MARTÍN GRANIZO-FERNÁNDEZ, M., «La incapacidad de los locos y dementes: ¿es susceptible de graduación en nuestro Derecho positivo?», *RGLJ*, 1967, t. LIV, núm. 222 de la Colección, p. 228; y otra entiende que tanto la tutela como la curatela se daban para la persona y para los bienes del pupilo menor o incapaz –*vid.* SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, vol. 2.º, Derecho de familia, Madrid, 1898 p. 1245.

⁸⁹ GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, p. 121, que razona que de una detenida lectura del título XVI de la Sexta Partida que lleva por título «Cómo se deben guardar los huérfanos y los bienes que heredan á la muerte de sus padres», se puede deducir que los curadores son una clase de guardadores, genérico éste que engloba a tutores y curadores. Además, Las Partidas encabezan todas las leyes de dicho título con rúbricas que aluden siempre a guarda y guardadores y sólo cuando se refiere a los guardadores de los locos o desmemoriados, y por lógica influencia del Derecho romano, los califica como curadores, sin que ello signifique un régimen distinto en cuanto al contenido, sino su asimilación en cuanto fuere posible y lo permita el incapaz sobre el que recae la guarda, en sus dos modalidades (menores de edad o incapaces). Por tanto si la guarda del huérfano comprende la custodia de su persona y bienes no hay razón para dudar que tenga alcance distinto en atención a que el pupilo padezca una enfermedad mental. Cuestión diferente es que, la enajenación impida a veces, en atención a las circunstancias, desarrollar plenamente el contenido personal, pero ello no desvirtúa el régimen personal y patrimonial que Las Partidas dan a la guarda, *ab initio*. Además, es precisamente a partir de la Ley XIII, cuando se desarrolla el régimen que Las Partidas contiene para los guardadores, sin que se excluya del mismo a los curadores. De modo que se puede decir que las funciones, deberes y responsabilidades del curador se regulan por las mismas disposiciones establecidas por la tutela, salvando las

alcanzaban a la persona eran las mismas que para la tutela de los huérfanos, y se reducirían a las siguientes: a la representación del incapaz en juicio y fuera de él; a la educación del incapaz de acuerdo con su rango, en el sentido de su dirección moral y civil, siendo más problemático el mandato de enseñarle a leer y escribir y el correspondiente menester u oficio; a dar alimentos y vestido al incapaz en el sentido de cubrir al sometido todas las necesidades y las atenciones de su patrimonio, y conforme señale el Juez; el cual, también, determinará el lugar donde ha de criarse el menor o mozo, si no lo hicieron en testamento el padre o el abuelo⁹⁰. Es significativo, entonces, que la ley 19.^a, título XVI, de la Partida VI estableciera que, si el testamento no indicaba dónde debía criarse el menor el Juez debería escoger a un hombre bueno, *que ame la persona del huérfano e el prouecho del*, y que no tuviera derecho a heredarle en caso de muerte del menor, y, en todo caso, la madre, si existe y no se vuelve a casar, puede criar al menor⁹¹.

Y, por otro, si se sigue la *tesis contraria, que niega la aplicación analógica del contenido de la tutela a la curatela*, entonces, el contenido de ésta sólo sería patrimonial, y de igual modo, excluiría el deber de guarda y vigilancia. Esta segunda tesis parece que se corrobora, en una primera aproximación, con el contenido de las Leyes de Enjuiciamiento Civil posteriores ya que, teniendo en cuenta con Gutiérrez Fernández que en materia de curatela Las Partidas son la base y la Ley de Enjuiciamiento Civil la doctrina al contener ésta disposiciones posteriores que completan aquélla⁹², la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y, posteriormente, la de 1881, reguló el procedimiento para el

diferencias de carácter secundario –ref. DOMINGO DE MORATÓ, DR., *El Derecho civil español con las correspondencias del Derecho romano*, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de los intérpretes, en especial las Instituciones y del Digesto Romano-Hispalense de D. JUAN DE SALAS, segunda edición, t. I, Valladolid, 1877–. En definitiva, la curatela en Las Partidas constituye una protección especial respecto a la protección general que es la tutela, de modo que sólo se regulan las normas que la diferencian de la general, y, por tanto, se presume la regulación de esta última por analogía a lo no regulado.

⁹⁰ Cfr. Ley 16.^a, Título XVI, Partida VI; Ley 16.^a y 20.^a, Título XVI, Partida VI; Ley 17.^a, Título XVI, Partida VI.

⁹¹ Ley 19.^a, título XVI, Partida VI: «Criarse deue el huérfano en aquel lugar, e con aquellas personas, que mando el padre, o el abuelo en su testamento. E si por aventura, en el testamento de ninguno dellos non fuesse esto puesto, estonce el Juez del logar deue catar con grand femencia, e escoger algund ome bueno, que ame la persona del huérfano, e el prouecho del; e que sea atal, que muriendo el moço, non aya derecho de heredar lo suyo. Pero si ouisse madre, que fuesse muger de buena fama, bien le puede dar el fijo, que lo crie, e ella puedelo tener mientras mantouiere biudez, e non casare. Mas luego que casare, deuen sacar el huérfano de su poder, porque dixeron los Sabios, que la muger suele amar tanto al nueuo marido, que non tan solamente le daría los bienes de sus fijos, mas aun, que consitiera en la muerte dellos, por fazer plazer a su marido».

⁹² Ref. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. I, Madrid, 1862, p. 643, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, np. 177, p. 37.

nombramiento del «curador ejemplar», aunque solamente se refiere al instituido para la administración de los bienes de aquellos que previamente habían sido declarados incapaces (sordomudos de nacimiento, pródigos, locos e imbeciles)⁹³, dejando huérfano de toda regulación el aspecto personal de la guarda. De igual modo, la posterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 reprodujo las disposiciones de la anterior en lo que se refiere a la curatela ejemplar de los locos o dementes centrada, al igual que la anterior, en el aspecto patrimonialista, pues el artículo 1847 LEC 1881 se refería únicamente a la persona incapacitada para administrar sus bienes, a la que se le nombrará curador ejemplar, encabezando el expediente con testimonio de dicha sentencia⁹⁴. Inclusive, de alguna resolución del Tribunal Supremo cuando estaban vigentes dichas Leyes, que declaró que no había lugar a la remoción del curador de un enajenado si éste, actuando en su beneficio, encomendó su atención y cuidado a un tercero, parece forjarse la idea de la compatibilidad del carácter personalísimo del cargo con la transferencia del cuidado personal a terceros en todo aquello en que no era absolutamente necesaria la presencia e intervención de un curador⁹⁵; facilitando, por otra parte, el encierro de éste, preludio del que

⁹³ Ref. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, t. 5, Madrid, 1856, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 146-157, que alude a las siguientes obligaciones y derechos del curador testamentario –legítimo (art. 1245 LEC: padre-hijos– mujer-madre– abuelos y hermanos del incapacitado), y dativa (art. 1247 LEC, el Juez a falta de los anteriores podría nombrar a quien estime más a propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reunieran la necesaria capacidad, las que sean parientes o amigos íntimos del incapacitado o de sus padres): I.º) Antes de la administración de los bienes: a) pedir discernimiento (arts. 1251-1252), lo que no se exigía al tutor, que era la necesidad de protocolizar el expediente que se formase para el nombramiento del curador en la notaría o escribanía del lugar del domicilio de incapacitado dando con ello la necesaria publicidad de la persona que desde el nombramiento representaba los intereses del incapacitado; b) dar fianzas para asegurar el caudal que haya de entregárseles, con la excepción del curador testamentario nombrado por el padre; c) la retribución del curador (art. 126); f) la obligación de fidelidad en el desempeño del cargo (art. 1296); II.º) Durante el ejercicio del cargo, la licencia judicial de la venta de bienes raíces y otros (art. 1401); y III.º) Al concluir la curatela, rendir cuentas de su gestión (art. 1272).

⁹⁴ GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, p. 159, que se refiere a la crítica del senador COMAS acerca del carácter interesado de toda la normativa anterior al CC en materia de tutela y curatela –en *Diario de Sesiones del Senado*, sesión de 11 de marzo de 1885 (núm. 83)–, frente al que, por el contrario, SILVELA argüía que el aspecto personal no era materia que pudiera inscribirse en el CC, ya que la legislación se limita a velar por la fortuna del huérfano, pues ¡ojalá que todo lo demás pudiera inscribirse en un CC!

⁹⁵ Cfr. Ref. la sentencia de 22.12.1860 (Jurisprudencia civil, núm. 365, de 22 de diciembre de 1860, pp. 815-817), en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 64, p. 123, que trata de una demanda que se dirige contra el curador de un enfermo mental, que ante la imposibilidad de poder llevar a cabo el cuidado personal y patrimonial del enajenado, encomienda esta tarea a un vecino, así como el cuidado de su propia hija, a quienes no podía atender por tener que ocuparse de las faenas agrícolas y haber envidado. Y también, núm. 308, de 28 de diciembre de 1863 (pp. 812-815); núm. 346, de 13 de diciembre de 1873 (pp. 668-669); y núm. 247, de 2 de octubre de 1878 (pp. 253-257).

se iba a producir de modo masivo en el siglo XVII, como veremos más adelante.

En virtud de lo expuesto hasta ahora, consideramos que los familiares del guardador, responsables civiles del incapaz según la Ley 9.^a del título I de la Partida VII, no eran los curadores; sino, y por influencia del elemento germánico en Las Partidas, los parientes más cercanos del incapaz, que eran los que ejercían la guarda activa de éste. De tal modo que, por una parte, rechazamos cualquier criterio de imputación basado en una «vinculación patrimonial» merced, a su vez, a la conexión que, como vestigio desde el Derecho romano, existía entre la tutela/curatela y la herencia, en el sentido de que el tutor/curador era el heredero más próximo del incapaz sometido a tal *potestas*⁹⁶, y así tiene su reflejo en la curatela ejemplar legítima en Las Partidas. Y, por otra, opinamos que, entonces, el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los familiares del incapaz que eran los responsables civiles según dicha Ley, era, desde una primera aproximación, la culpa. Pues, dicho texto legal basaba la responsabilidad, a pesar de sus términos ambiguos, en un juicio acerca de la conducta de éstos, en razón de incidir en el hecho de haberles dejado de guardar de modo que no causaren daño. Y aunque la interpretación del concepto de culpa permanece confuso en dicha época, nos decantamos, por una culpa no en sentido técnico o psicológico de negligencia o falta de esfuerzo en la guarda del incapaz, sino en el de ilicitud, esto es, el de acción antijurídica o contraria a derecho; al igual que veíamos en su precedente medieval del Fuero Conquense. En definitiva, entendemos que el criterio de imputación era una culpa más aparente que real o pudiéramos decir que una culpa objetiva, en el sentido de que la razón de justicia para imputar el daño al familiar era evitar el daño al tercero, esto es, en ser el familiar el garante de impedir el daño del incapaz por poder tener a dicho sujeto encerrado; idea que trae causa de la etapa precedente.

Sea como fuere, Las Partidas parecen traer la novedad de centrar una responsabilidad por hecho ajeno, la de los locos y desmemoriados, en la idea de la falta de vigilancia de éstos y, por tanto, fortalece la conexión entre responsabilidad civil del guardador y vigilancia-encierro.

⁹⁶ Sobre la concepción tutela-herencia, *vid.*, la referencia bibliográfica de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, np. 6, p. 6; y OSSORIO MORALES, J. A., *ob. cit.*, p. 107, si bien dicha concepción deja de tener valor a pasar a tener la tutela como una función tuitiva, de protección y asistencia, establecida en beneficio exclusivo del pupilo.

B. Cambios en la responsabilidad civil del padre del menor. Las Partidas

Dando paso al otro supuesto de responsabilidad por hecho ajeno que nos ocupa, el Derecho medieval de los países que conforman el sistema continental, según el parecer de algunos autores, amén de que no aportó novedad alguna respecto a la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos en el Derecho romano, convierte en principio general la responsabilidad civil de los menores que son independientes de los actos dañosos que cometan⁹⁷.

Sin embargo, y respecto al Derecho medieval español, entendemos que la responsabilidad civil de los padres en Las Partidas, aunque parece estar aparentemente en línea de continuidad con el Derecho romano, tiene algún cambio digno de resaltar. Éste se desprende, de modo implícito, de los tres datos normativos siguientes: 1) en primer lugar, la única referencia explícita a la responsabilidad civil de los padres se encuentra en la Ley 5.^a del título XV, de la Partida VII, que regula la responsabilidad civil del padre por los daños que causare el hijo que estuviere bajo el poder de su padre, y por mandato de éste, excluyendo la responsabilidad del menor en estos casos, a excepción de los supuestos de deshonra y el delito de matar que hubiera sido cometido por el menor por mandato del padre, que no libera al hijo por no estar obligado a obedecer tal mandato. Y añade la Ley que: «*Pero fi alguno deftos fobre dichos q estan en poder de otro, fizieffen tuerto, o daño a alguno fin mandado de aquel en cuyo poder eftouieffe: efton ce cada uno de los q lo fizieffen, feren tenudos de fazer la enmienda, e non aqlllos en cuyo poder eftouieffen*». 2) En segundo lugar, y recordando lo que ya hemos apuntado anteriormente, el último párrafo de la Ley 9.^a, del título I, de la Partida VII, que se refiere a la responsabilidad de los parientes de los irresponsables, alude a la de los parientes de los locos y desmemoriados, pero excluye, a nuestro entender, a la de los padres de los menores de diez años y medio. 3) Y, por último, la Ley 4.^a, título XIII, de la Partida VII, que trata de la responsabilidad delictual del señor por los robos de sus siervos o de los hombres que vivían con él y por mandato de éste, aunque matizaba que el señor no estaba en culpa si los

⁹⁷ LE GALL, J. P., «Liability for person under supervision», *ob. cit.*, p. 4.

Y respecto al Derecho medieval español anterior a Las Partidas, y tras un análisis del Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, y el Fuero Real, se puede concluir que no hay en nuestro Derecho referencias concretas en relación con la responsabilidad de los menores – *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, pp. 51 y 53–.

siervos cometieron el robo sin mandato de su señor, o si sabiéndolo no lo pudo evitar⁹⁸.

Si ponemos en conexión sistemática los datos normativos expuestos, podemos deducir, por una parte, que los menores mayores de diez años y medio eran directamente responsables del daño que habían causado por un hecho cometido sin mandato de su padre⁹⁹. Y, por otro, que, desde una primera aproximación, Las Partidas regulan una responsabilidad de los padres por hecho propio y no ajeno, pues, como se ha visto, la Ley 5.^a del título XV de la Partida VII hace responder sólo del daño cometido por el menor con la anuencia del padre; frente al Derecho romano que trataba de la responsabilidad del padre por los hechos del menor cometidos sin la anuencia del padre y de modo objetivo, como se ha expuesto anteriormente.

Pero nos llama la atención, a su vez, que la Ley 5.^a del Título XV de la Partida VII no establece la matización que hace la Ley 4.^a del título XIII de la Partida VII, que regula la responsabilidad delictual del señor por el robo cometido por alguno de sus esclavos u hombres que vivían con él, de que el señor no está en culpa si el siervo comete el robo conociéndolo el señor, pero sin poderlo evitar; de lo que se deduce, *a sensu contrario*, que el señor es responsable cuando el siervo haya cometido el robo sin el mandato de su señor, pero, sin embargo, ha tenido conocimiento del mismo, y pudiéndolo evitar, no lo ha hecho.

Por consiguiente, la ausencia apuntada puede interpretarse de dos modos: por un lado, que el legislador, si pudiendo hacer la matización no la ha hecho, ha querido que la responsabilidad del padre respecto al hijo sólo sea por hecho propio, y, por tanto, se deduzca una regla general de irresponsabilidad del padre por hecho ajeno. Y, por otro, que hay que hacer una interpretación sistemática de ambas Leyes y, por tanto, el término «mandato» de la Ley 5.^a, título XV de la Partida VI ha de interpretarse extensivamente y, en consecuencia, que el padre va a responder, tanto cuando el menor realiza el hecho por mandato del padre como cuando el padre conoce del hecho que va a realizar el menor, y pudiéndolo evitar, no lo hace. En otras palabras, el padre respondería por hecho ajeno y por culpa objetiva.

En orden a tomar posición por una u otra de las interpretaciones expuestas, hemos tenido en cuenta un breve análisis del Derecho

⁹⁸ «Robo haciendo siervos de algun ome, sin mandado de su señor, o con sabiduria non lo pudiendo vedar non es culpa el señor porende.»

⁹⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, p. 54. Y con posterioridad a Las Partidas también se le reconoce la capacidad delictual al púber, o menores mayores de catorce años en los hombres y doce en las mujeres, como se recoge por GÓMEZ, Antonio, en los comentarios a las Leyes de Toro de 1505 –*Opera Omnia, Variae Resolutiones, Juris civilis, Communis et Regii*, Salmantica, 1579 (Lugduni, 1701), III, Delictorum, núm. 55-59, pp. 413-415–.

francés de la misma etapa histórica que tratamos, ya que es sabida su influencia en nuestro sistema jurídico civil.

Es importante resaltar que el hecho de que la mayoría de las costumbres de los países del norte del país no contuvieran una norma específica acerca de la materia que tratamos se interpretó por la mayoría de la doctrina en el sentido de que el padre no podía ser declarado responsable de los delitos o cuasidelitos cometidos por su hijo púber o impúber¹⁰⁰. Incluso, como pone de manifiesto López Sánchez, la tesis contraria que defendía que se extendiera el ámbito de aplicación de la única costumbre que regulaba de modo general la responsabilidad civil del padre por los hechos de sus hijos no tenía un alcance tan grande como parece desprenderse en un primer momento, pues ésta, después de disponer que el padre era responsable, añadía que «no está obligado a reparar el delito cometido por el niño de tan corta edad, que el procedimiento criminal no sería válido»¹⁰¹.

En definitiva, del análisis conjunto del *Droit coutumier* se deduce la irresponsabilidad de los padres, a excepción de que los hijos hubieran cometido el daño mientras cumplían algún encargo de su progenitor¹⁰², en términos parecidos a Las Partidas en el Derecho español. Por consiguiente, podemos concluir que Las Partidas consagraron como regla general una irresponsabilidad de los padres por hecho ajeno, si bien podemos afirmar que éstos respondían por hecho propio o como comitentes ordinarios, tanto si el menor cometía el daño por su mandato, o si el hijo comete el daño mientras cumplía el mandato del padre, pues, según la doctrina francesa, en este caso el padre responde al ser culpable por haber empleado a alguien que no tenía la capacidad de cumplir la función que le encargó.

C. A modo de resumen comparativo

Finalmente, de los datos jurídicos de las etapas históricas analizadas se puede inferir, a nuestro juicio, una desconexión total entre la responsabilidad civil de los padres del menor y la del guardador del incapaz, y, en concreto, de su criterio de imputación.

Mientras la responsabilidad civil del *paterfamilias* en el Derecho romano era objetiva y por hecho ajeno, había una laguna legal

¹⁰⁰ BLANC, E., *La responsabilité des parents* (préf. BESSON, M. A.), Libraire du Journal des Notaires et des avocats, Paris, 1953, p. 22; LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité civile*, th, Rouen, 1996, p. 9.

¹⁰¹ Ref. JACQUEMIN, B., *ob. cit.*, pp. 33-36, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 103, p. 57.

¹⁰² BLANC, E., *ob. cit.*, p. 24.

respecto a la responsabilidad civil del guardador del incapaz. Y fue el reconocimiento de un principio de responsabilidad civil por hecho ajeno en el Derecho medieval germánico, inexistente en el Derecho romano, lo que propició la primera formulación de una responsabilidad civil del «familiar del incapaz», quien, a nuestro entender, no se identificaba con el guardador legal de éste, sino con los familiares más próximos del incapaz a quienes correspondía la guarda activa. En concreto, dicha responsabilidad civil se configuraba por hecho ajeno y, por culpa, pero ésta en un sentido objetivo, esto es, más próximo a una actuación «contraria a derecho» que a la negligencia o culpa en sentido técnico, ya que aquélla se juzgaba en función de no haber encerrado al incapaz en orden a no causar daños, y no en atención a la falta de esfuerzo o diligencia en el cuidado o guarda del incapaz. Sin embargo, a su vez, la responsabilidad del familiar del incapaz en el Derecho medieval contrasta con una cuasiirresponsabilidad del padre, como guardador legal del menor, en la misma etapa histórica, pues su responsabilidad se reducía a una responsabilidad por hecho propio y por culpa, esto es, por el daño causado por el menor por mandato de éste.

Y la razón de tal diferencia puede encontrarse en que la responsabilidad civil de los padres no ha estado fundada históricamente en la guarda del hijo, sino en razones de insolvencia, merced, quizás, a la específica evolución en la situación jurídica del menor, como hemos apuntado en líneas anteriores. Mientras que la responsabilidad civil de los familiares de los incapaces sí parece haberse concebido, desde sus orígenes históricos, fundamentada en su guarda, como se refleja en que la responsabilidad civil correspondía no a los guardadores legales que se ocupaban meramente de su situación patrimonial, sino a quien vivía, *de facto*, con el incapaz, y debido, también, a la específica concepción que se tenía del incapaz y a su distinta situación jurídica respecto a la del menor, pues la locura ha implicado, casi en una línea de continuidad hasta un tiempo relativamente reciente, y, desde un punto de vista socio-jurídico, el «deber de encerrar» a los que la padecían, como vamos a constatar en el siguiente período histórico.

Finalmente, hay que decir que también ha existido en esta etapa histórica una desconexión entre la responsabilidad civil del menor de edad y la del incapaz. Pues, frente a la posible responsabilidad civil del menor de edad púber o cercano a la edad de la pubertad en el Derecho romano posclásico y la responsabilidad civil del menor mayor de diez años y medio según Las Partidas, no se ha reconocido, en texto jurídico alguno, la posible responsabilidad civil del

incapaz, pues a éste se le consideraba, en todo caso, privado de conocimiento y voluntad.

III. DEL DERECHO NATURAL A LA ETAPA DE LAS CODIFICACIONES

El Derecho natural de la Edad Moderna (xv) hasta el final del antiguo régimen (xviii), en realidad, fue una síntesis de las múltiples influencias romanas y canonistas, con la introducción simultánea de las concepciones filosóficas propias de la época, de tal modo que el racionalismo de esta etapa histórica se conjugó bien, en un primer momento, con la concepción subjetiva¹⁰³. Si bien, y aunque parezca contradictorio, hay que precisar que esta misma racionalidad hizo que la Escuela del Derecho natural defendiera, entre sus postulados, la responsabilidad sin culpa o la responsabilidad basada en la equidad que tenía en cuenta la situación económica de las partes; y que tanta influencia ejercieron en las Codificaciones de ascendencia germánica¹⁰⁴.

Por consiguiente, podemos afirmar que la época de las Codificaciones en la edad contemporánea es la que va a unir el concepto de responsabilidad civil, legado de épocas anteriores, a la idea de libertad¹⁰⁵, resumiéndose en la regla: «*no hay responsabilidad sin culpa*»; aunque con la dificultad común de no recoger un concepto de culpa civil. En otras palabras, la novedad que introdujo el iusnaturalismo moderno en el concepto de culpabilidad fue la de otorgar una nueva base al sistema, liberándolo del excesivo apego a las fuentes romanas, y permitiendo la formulación del principio general de responsabilidad por culpa como una regla derivada de la propia naturaleza del hombre, siendo Hugo Grocio el que por primera vez enunció dicho principio¹⁰⁶, reafirmando así la finalidad esen-

¹⁰³ RANJARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, thèse, droit, París, 1943; POTHIER, *Traité des obligations*, ed. París, 1821, núm. 116, nos explica que en esta época Grocius ejerció una gran influencia de la escuela española de Salamanca, cuyo método permaneció fiel a la tradición romanista, de modo que su originalidad no es tan destacable como se prodiga –*Di iure Bellis ac Pacis*–, Livre, II, chap. 17, traité *De damno per injuriam dato*.

¹⁰⁴ LE GALL, J. P., «Liability for persons under supervision», *ob. cit.*, p. 4. En el siglo xviii la doctrina del Derecho natural introdujo nuevas ideas en el panorama de la responsabilidad civil, tales como el principio de la equidad y de la responsabilidad civil sin culpa. Y, también, LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, p. 63.

¹⁰⁵ En la codificación francesa las intervenciones de Bertrand de Greuille al Tribunal, y de Tarrible al Cuerpo Legislativo son bien conocidos –Locré, t. XIII, pp. 40-58– en el sentido de preferir, frente a la enumeración del Antiguo régimen, el principio absoluto de que «todo hombre es garante de sus hechos».

¹⁰⁶ Ref. GROCIO, H., *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. III (versión directa del origen latino por J. Torrubiano Ripoll), ed. Reus, Madrid, 1925, pp. 7 y 8, en Peña López, F.,

cialmente ética y moralizadora de la culpa. De modo que, por un lado, en lo que se refiere a los requisitos que determinan la existencia de culpa, se sigue manteniendo por la mayoría de los autores la necesidad de que el que ejecuta la acción dañosa tenga la capacidad de entender y de querer, y de la realización de un comportamiento doloso o culposo en sentido estricto; y, por otro, respecto a la doctrina de los grados de la culpa, se recoge la doctrina tripartita, admitiéndose la culpa levísima, ya que la Ley natural obliga a comportarse para con el prójimo con el cuidado de un diligentísimo padre de familia, y el límite de la culpa es igualmente identificado con el caso fortuito «*donde, por supuesto, no se ha mezclado culpa alguna*»¹⁰⁷.

Y, para un análisis más detenido de la etapa precodificadora española, hemos encontrado interesante dividir la exposición en los precedentes de la Codificación penal y los de la Codificación civil, pues vamos a constatar tendencias distintas en lo que respecta a la responsabilidad civil que nos ocupa.

1. PRECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN PENAL

En una primera aproximación, las conclusiones expuestas acerca de la evolución en la responsabilidad civil de los padres y del diferente criterio de imputación consagrado en Las Partidas para la responsabilidad civil de los padres de un menor y los guardadores de un incapaz, parecen tener línea de continuidad con los Códigos penales vigentes cuando regían Las Partidas. Sin embargo, sí vamos a ver cómo se produce un punto de inflexión con el Código Penal de 1848 (CP).

A. La responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores del incapaz

En un primer momento, el primer anteproyecto de CP de 1821 recoge la responsabilidad objetiva de los padres, y, sin embargo, por culpa de los guardadores del incapaz; en términos parecidos a

ob. cit., np. 53, p. 25, que afirma que: «*nace, naturalmente, obligación, si se hizo el daño, de que se resarza*». Y a la formulación de este autor se le unieron con posterioridad las de parte de los grandes maestros de la Escuela moderna del Derecho natural como PUFFENDORF, S., *De Jure Naturae et Gentium*, t. I, ed. Minerva, GMBH, Frankfurt, 1979 (ed. facsímil de la G. Moscovius de 1759), pp. 297, 304 y 305), y WOLF. Y el razonamiento concreto a través del cual los diversos autores llegan a la formulación del principio difiere, pero todos coinciden en otorgarle el valor de máxima jurídica extraída de la razón natural.

¹⁰⁷ PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, pp. 27 y 28.

los del CP de 1822. En concreto, este primer Proyecto de Código Penal de 1821 no contemplaba la responsabilidad específica de los padres, sino la responsabilidad de los ascendientes, preferentemente el grado más cercano, y, dentro del mismo grado, el hombre sobre la mujer, pues ésta sólo era responsable a falta del pariente masculino del mismo grado¹⁰⁸. Y esta responsabilidad era objetiva, como se desprende de los términos del párrafo primero del artículo 28, que establecen que dichos ascendientes responden de las acciones de sus hijos, nietos y biznietos menores de edad que tengan bajo su autoridad y en su compañía, sin añadir posibilidad alguna de exoneración. Y estos términos se reproducen en el apartado primero del artículo 27 del CP 1822, especificando, como novedad, que la responsabilidad de los padres es subsidiaria de la de los menores de veinticinco años y se reducía a la legítima de bienes que el hijo heredaría¹⁰⁹. De tal modo que esta condición matiza, de algún modo, la objetividad.

Frente a la responsabilidad objetiva de los padres, el apartado tercero del artículo 27 del Anteproyecto del Código Penal (APC) de 1821, en términos semejantes al apartado cuarto del artículo 28 del Código Penal (CP) de 1822, parecen consagrar una clara responsabilidad subjetiva, en línea de continuidad con Las Partidas, «*de los obligados a guardar la persona del que esté en estado de demencia o delirio, respecto del daño que éste cause, por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia*».

Sin embargo, se ve un cierto cambio en el APC de 1830, pues, aunque en lo que respecta a la responsabilidad de los padres es idéntica a la precedente, la responsabilidad de los guardadores del incapaz sufre dos cambios que no son de escaso calado: por una parte, su criterio de imputación parece ser objetivo, al no permitir su exoneración; y, por otra, cambia el ámbito subjetivo de aplicación respecto a sus precedentes históricos, pues establece que son responsables los padres, tutores o las personas a cuyo cargo esté legalmente su guarda y custodia, en vez de hablar genéricamente, como en textos precedentes, de familiares u obligados a la guarda

¹⁰⁸ Quizá, en razón de que la Partida IV, título XVII, Ley I, y II, señalaba que la patria potestad de los padres podía recaer sobre sus hijos, nietos, y bisnietos, pero los parientes femeninos no podían tener la patria potestad –*vid.* NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ed. Bosch, Barcelona, 1998, np. 76, p. 47–.

¹⁰⁹ Artículo 27: «(...) Los que están obligados a responder de las acciones de otros son los siguientes: Primero, el padre, abuelo o bisabuelo, respecto de los hijos, nietos o biznietos menores de veinte años de edad que tengan bajo su patria potestad y en su compañía; entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente, y que nunca se ha de extender a mayor cantidad que la que importe la porción legítima de bienes que el hijo, nieto o biznieto heredaría de su padre, abuelo o bisabuelo».

del incapaz¹¹⁰. Este cambio, a nuestro entender, no va a ser baladé en orden al requisito posterior de la compañía que se va a exigir legalmente en textos legales posteriores, pues, *prima facie*, los tutores y curadores no están obligados a la compañía del incapaz ni a vigilarles.

En consecuencia, y posteriormente, el Proyecto de Código Penal de 1834 terminará por regular ambas responsabilidades en un solo precepto con un criterio de imputación objetivo¹¹¹.

El punto de inflexión más importante, respecto al criterio de imputación en la responsabilidad civil de padres y guardadores, lo encontramos en el CP de 1848, de gran influencia en el Proyecto de CC de 1851¹¹²; aunque, a su vez, aquél estuvo imbuido del racionalismo propio de la época y del CC francés, con las matizaciones que siguen. En concreto, los párrafos primero y segundo del artículo 16 recogen, por primera vez, que el criterio de imputación, tanto de los padres del menor como de los guardadores del incapaz, es la «culpa presunta», aunque la de los guardadores del incapaz es directa, y la de los padres, en coherencia con sus antecedentes históricos españoles, vuelve a ser subsidiaria¹¹³.

Pero en orden a interpretar la voluntad del legislador respecto al idéntico criterio de imputación fijado para ambos guardadores, hemos encontrado de gran utilidad acudir a las discusiones de los codificadores registradas en las Actas de la Comisión General de

¹¹⁰ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Codificación penal, vol. II, ed. Ministerio de Justicia, C. G. C., Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, pp. 142 y 143. Artículo 17: «La demencia habitual y manifiesta, y la estupidez y falta absoluta de razón y sentido común, son excepciones que relevan de culpabilidad». Artículo 18: «Pero del resarcimiento del daño que ocasionasen los dementes y los estúpidos son responsables con sus propios bienes, sus padres, sus tutores, o las personas a cuyo cargo está legalmente su guarda y custodia».

Artículo 35: «Los menores de diez años y medio no pueden ser considerados delincuentes». Artículo 36: «Los padres, tutores, y demás personas en cuya compañía y autoridad vivan los menores que hayan delinquido, serán civilmente responsables de la indemnización de daños y perjuicios causados por el menor delincuente, y la satisfacción de las penas pecuniarias que con arreglo a esta ley deban ser condenados».

¹¹¹ *Ibid.*, p. 398. Artículo 15: «La menor edad de diez años y medio, la demencia habitual y manifiesta, la estupidez o falta absoluta de razón y sentido común son excepciones que relevan de culpabilidad». Artículo 16: «Pero al resarcimiento del daño que ocasionasen los dementes y los estúpidos son responsables con sus propios bienes sus padres, tutores o las personas a cuyo cargo esté legalmente su guarda y custodia».

¹¹² GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios al CC español*, t. IV, Madrid, 1852; (reimpresión de la edición de 1852, llevada a cabo por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza), 1974, p. 252.

¹¹³ Artículo 16.1.º: «En el caso del número 1.º del artículo 8 (el loco y el demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón) son responsables civilmente por los hechos que ejecutaren los locos o dementes las personas que los tengan bajo su guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia». Artículo 16.2.º: «En los casos de los núms. 2.º y 3.º (el menor de nueve años y el mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento) responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley. Si no tuvieran bienes, responderán sus padres o guardadores, en la forma expresada en la regla 1.ª».

Codificación del CP 1848 (1844-1845)¹¹⁴, de cuya información extraemos dos ideas de interés: 1.^a) la primera de ellas es que hacían residir el criterio de imputación en la «culpa» en base, no tanto en argumentos de una mejor guarda y vigilancia del menor de edad y del incapaz, o de la prevención de los daños que éstos pudieran cometer, sino en «que la ley no puede querer absurdos», esto es, en la propia razonabilidad del criterio, propio de la filosofía de la época. En estos términos argumentaba Pacheco el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los guardadores del incapaz, al incidir en que sería ciertamente absurdo imponer responsabilidad a un curador que hubiese cumplido con sus obligaciones, pues la razón decía que no podía tener responsabilidad quien hubiese puesto en el desempeño de su encargo la oportuna y debida diligencia¹¹⁵. Y, en términos semejantes, para los padres del menor¹¹⁶. 2.^a) Y la segunda de las ideas es que, durante los debates mencionados, no dejaron de levantarse voces criticando la igualdad del criterio de imputación para los padres del menor y los guardadores del incapaz, cuando, por el contrario, la guarda de menor era de todo punto distinta a la guarda que se debía ejercer sobre el incapaz. En este sentido, se puso de manifiesto que, tratándose de los guardadores del loco, la responsabilidad había de ser más grande porque su encargo era tenerle «asegurado»¹¹⁷. Y esta expresión parece indicar, según la mentalidad de la época, el hecho de que al incapaz había que tenerle «encerrado», pues así lo ratifican las palabras de Luziáraga cuando afirma que: «*hay que diferenciar si el loco hace daño dentro de la habitación en que se halla custodiado o se le permite salir fuera y entonces comete el daño. En el primer caso no es responsable el guardador, en el segundo sí*»¹¹⁸. Y, por el contrario, tratándose de la guarda de los padres, la responsabilidad había de ser menor, pues al menor de edad no se le puede encerrar»¹¹⁹.

Por consiguiente, se defendía, parece ser, de *lege data*, que a los padres no se les puede exigir más que la culpa *levis*, y al guardador del loco hasta la *levissima*¹²⁰; y de *lege ferenda*, se pronunciaban a

¹¹⁴ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5. Codificación penal, vol. II. Apéndice IV. Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal (1844-1845), *ob. cit.*, pp. 351 y ss.

¹¹⁵ PACHECO, J. F., *El Código Penal comentado y concordado (estudio preliminar y anotaciones de A. Téllez Aguilera)*, ed. Edifoser, Madrid, 2000, p. 290.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 292.

¹¹⁷ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, *ob. cit.*, p. 550.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 550.

¹¹⁹ PACHECO, J. F., *El Código Penal ...*, *ob. cit.*, p. 292.

¹²⁰ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, *ob. cit.*, p. 550. El Sr. Vila defendía que: «si un padre o tutor tienen que sufrir algo en ciertos casos no es por lo que ha ejecutado el hijo o el pupilo, sino por la falta propia de no haberlo evitado

favor de que la regulación fuera distinta, en el sentido de que se mantuviera la culpa presunta para los guardadores del incapaz, pero no para la de los padres ¹²¹. De todos modos, a nuestro entender, el hecho de que el CP de 1848 fijara como criterio de imputación común la «culpa presunta», a pesar de voces en contra, es una manera de introducir la culpa objetiva diferente a la culpa psicológica o de diligencia en la guarda. Pues las presunciones de culpa expresan, más un juicio fundado en las probabilidades estadísticas y en la objetiva inobservancia de una norma jurídica de cautela, que en una valoración del actuar de la persona y de sus perfiles subjetivos ¹²². Si bien, es significativo que de *lege ferenda* se defendiera la culpa presunta y objetiva para los guardadores del incapaz, pero se aconsejara la culpa probada, y entendemos que en un sentido técnico o de negligencia, para los padres, lo cual puede ser coherente con la capacidad de ciertos menores y la situación jurídica de reconocimiento de ciertas capacidades frente a la situación jurídica del incapaz.

Y llegando al análisis del CP de 1870, cuyo artículo 19 es de clara influencia francesa y antecedente inmediato del artículo 1903 CC ¹²³, vemos que se regula la responsabilidad de los guardadores de incapaces y padres de menores en un mismo párrafo, y bajo el mismo criterio de imputación que su antecesor, la «culpa presunta», aunque por la referida ascendencia francesa convirtió a la responsabilidad de los padres en directa ¹²⁴, si bien no recoge como presupuesto de la responsabilidad civil de ambos guardadores la compañía como lo exigía el precepto francés. Y así ha continuado a través de la historia codificadora penal: en el artículo 77 del CP 1928; en el artículo 20 del CP 1932; y, por último, en el artículo 20 del Texto refundido de 1973 (aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de sep-

usando las facultades que tiene; y si el padre o tutor pudieron impedir el mal deben responder por su falta propia». En términos parecidos se pronunció el Sr. Luzuriaga al afirmar de modo taxativo que: «el que no tiene respecto de un muchacho la diligencia de un buen padre de familia no debe ser responsable».

¹²¹ PACHECO, J. F., *El Código Penal ...*, ob. cit., p. 292, argumenta que: «si el encargado de un demente debería *probar* para eximirse que no existió culpa por su parte negligencia ni culpa; el encargado de un menor de quince años no habría de tener, a nuestro juicio, una obligación tan indispensable. Creemos que la prueba no debería competirle, que su prueba no debería ser necesario. Solamente le impondríamos responsabilidad cuando constase su descuido. Así lo decía primitivamente el artículo, y no entendemos que se haya acertado reformándolo. La Junta de Colegios de Abogados opina también como nosotros».

¹²² Aunque referido a la normativa italiana, vid. CORSARO, L., «Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 156.

¹²³ De CASTRO, F., *Derecho civil de España*, t. II, ob. cit., p. 190.

¹²⁴ El artículo 19.1 establece que son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco o el imbecil, y el menor de nueve años o el mayor de quince que no hubiera obrado con discernimiento, «los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia».

tiembre), que supuso un punto de inflexión en cuanto a la carga de la prueba al sustituir la expresión: «a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia» de los Códigos anteriores, por el de «siempre que hubiera por su parte culpa o negligencia». Este cambio lo atribuimos más al temor de los penalistas a la presunción de culpa, de todo punto infundado al recordar que estamos en materia civil, que a cualquier argumento jurídico de otra naturaleza.

No obstante, en orden a comprender que en esta etapa histórica la igualdad jurídica en lo que respecta a la responsabilidad civil de los guardadores del menor y del incapaz no deja de ser teórica, creemos de interés recoger el apunte de Bercovitz Cano acerca de la primera normativa sobre los internamientos de los presuntos enfermos mentales.

En concreto, en los Reales Decretos de 1885 se recogía la subordinación de la actuación de las autoridades gubernativas locales a la voluntad de los familiares del presunto enfermo mental, y esto, aunque se tratase de un enfermo especialmente peligroso, de manera que si la familia decidía hacerse cargo del enfermo, no había lugar al internamiento mismo, e incluso aquélla respondería penalmente de los daños que pudiera causar el enfermo¹²⁵. En concreto, la norma quinta de la Real Orden de 20 de junio de 1885 recuerda, de modo expreso, la responsabilidad prevista en el artículo 599, números 2 y 3 del CP de 1870 que equipara la negligencia en la custodia de un loco a la de los animales feroces y dañinos, a la hora de castigar penalmente la falta de diligencia debida en la custodia de unos y otros. Y lo que es más sorprendente es el hecho de que esta norma jurídica haya tenido una línea de continuidad hasta el CP de 1973, en cuyo artículo 580 se consagraba que serían castigados con las penas de multa de 250 a 2.500 pesetas y a reprensión privada a los encargados de la guarda o custodia de un enajenado que le dejasen de vigilar por las calles o sitios públicos sin la debida vigilancia, y a los dueños de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en disposición de causar mal¹²⁶.

B. La responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz

En relación a la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz, hay que resaltar que en los primeros

¹²⁵ BERCOVITZ CANO, R., *La marginación de los locos en el Derecho*, ed. Taurus Ediciones, Madrid, 1976, p. 137.

¹²⁶ *Ibid.*, artículo 485, núms. 10 y 11, CP de 1848; artículo 495, núms. 8 y 9, CP de 1850; artículo 599, núms. 2 y 3, CP de 1870; artículo 810, núms. 2 y 3, CP 1928; artículos 575, núms. 2 y 3, CP de 1932; artículo 580, núms. 1 y 2, CP de 1944; y el artículo 580, CP de 1973.

Códigos penales sólo se regulaba la irresponsabilidad del menor de edad hasta los siete años, dependiendo la responsabilidad penal de aquellos menores que superaran una determinada edad de si había obrado o no con discernimiento y malicia; pero en lo que se refiere a la responsabilidad civil sólo se aludía a la responsabilidad civil por hecho ajeno de los guardadores, tal y como hemos analizado en el apartado anterior.

Sin embargo, nos queremos detener en cómo trató el CP 1848 la responsabilidad civil por hecho propio de los menores de edad y de los incapaces. En concreto, al margen de la responsabilidad civil por culpa si alguien comete un delito, si se ponen en conexión sistemática los párrafos primero y segundo del artículo 16 CP se desprende que los menores de quince años inimputables penales son responsables civiles directos del daño, y los locos y dementes inimputables penales son responsables civiles, aunque subsidiariamente.

Las teorías, sin embargo, que sustentaron y explicaron el tipo de criterio de imputación de la responsabilidad civil de los menores e incapaces inimputables penales se dividen, en nuestra opinión y siguiendo las Actas de la Comisión General de Codificación del CP 1848 (1844-1845), en dos: las que sostienen un criterio de imputación subjetivo y objetivo, respectivamente. El interés de sus razones en orden a interpretar el precepto legal anterior, en el que se afirma la responsabilidad civil directa de los menores mayores de quince años y subsidiaria de los incapaces, nos lleva a estudiar aquéllas con más detenimiento.

La teoría subjetiva la sustentaron Goyena y Luziáraga, lo que les llevaba a dos tipos de afirmaciones. Por una parte, estar en contra de la responsabilidad de los locos y dementes e infantes, pues argüían que: «donde no hay culpa no hay voluntad», y, en su caso, sólo habían de responder los guardadores de éstos ¹²⁷. Y, por otra, una afirmación de todo punto interesante, defender la responsabilidad de los menores no infantes sobre la base de su imputabilidad civil, que es distinta de la imputabilidad penal ¹²⁸, merced a que la

¹²⁷ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, apéndice IV, *ob. cit.*, pp. 547 y 548, recoge la opinión del Sr. Goyena y el Sr. Luziáraga de que para imponer la responsabilidad a los infantes y a los locos y dementes falta el elemento de la moralidad.

¹²⁸ PACHECO, J. F., *El Código Penal ...*, *ob. cit.*, pp. 164 y 163, nos explica el requisito de la imputabilidad penal, el discernimiento, en los siguientes términos: «discernir no es sólo juzgar, ni discernimiento es cualquier juicio; si fuera así, no cabría la menor duda de que habría de hallarse en el menor de quince años, ya que de ocho a diez años ya juzgan, y de trece y catorce tienen raciocinio. Por tanto, no es la mera voluntad ni el menor ejercicio de la simple razón, ni juzgar únicamente, en globo, lo bueno y lo malo. Discernir es “juzgar con rectitud”, distinguir una cosa de otra por las diferencias que hay entre ellas. (...). Tanto indican la inteligencia de la mente como la noción de lo que pasa y sucede en el mundo. Por eso los niños no tienen discernimiento: fáltales lo objetivo para que sea recto y

responsabilidad civil no requiere que concurren las mismas circunstancias que para la criminal, pues: «para la primera basta que haya conocimiento del daño que se causó, aunque no de la moralidad del acto»¹²⁹. De modo que los partidarios de esta teoría querían bajar la edad, de nueve a siete años, para declararles responsables civiles sobre la base de su imputabilidad civil.

Por otra parte, la teoría objetiva la sostuvieron Pacheco y Seijas sobre la base, en esencia, de que en la responsabilidad de los infantes y de los locos y dementes concurren todos los elementos de equidad, ya que hay que atenerse al gran principio de que la sociedad debe defender al individuo¹³⁰. Más en concreto, respecto a los incapaces, se argüía: «que el triste estado de nuestra inteligencia no puede eximirnos de la regla, razonable y justa, de que hemos de responder de las consecuencias de nuestros hechos, pues así como el demente ha de pagar lo que come, así también ha de reparar lo que daña. En definitiva, la justicia social ha de ampararle en su triste estado; mas esa protección no se ha de convertir en perjuicio de los que le rodean»¹³¹. Y, en términos semejantes razonan para los menores, pues arguyen que «no pueden ser de mejor condición los menores de quince años, para el punto de la responsabilidad civil, que lo son los locos y dementes»¹³².

Es interesante, por último, apuntar a la opinión ecléctica de Goyena que, amén de defender, como hemos expuesto, una responsabilidad civil subjetiva de los menores imputables civiles, entiende que rige un criterio de imputación objetivo para los incapaces y ciertos menores, pues nos advierte que los artículos del título II, capítulo II, del CP de 1848 se basan en un principio general que informa claramente la regulación de la responsabilidad civil: «Toda persona está obligada a reparar el daño que hubiere causado sin derecho o sin razón, ya lo cause voluntariamente o lo ocasione involuntariamente». Y razona que aunque, en general, los menores de quince años y los incapaces causaron el daño involuntariamente, lo ocasionaron sin razón y sin derecho, y entre la alternativa de que sufra el daño el que lo causó inocentemente y el que lo padeció también sin dar motivo alguno para que se lo ocasione, la ley no

completo el uso de la razón. Sin duda, tienen ya la idea del bien y del mal; pero esa idea es confusa; pero no conocen las consecuencias de los males».

¹²⁹ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, *ob. cit.*, pp. 548. El Sr. Luzuriaga argumentaba que en el mismo principio se ha impuesto la responsabilidad civil a una porción de personas que no han tomado parte en el delito, y que sólo han contribuido indirectamente al daño sin conocer, ni participar de la moralidad del acto.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 548.

¹³¹ PACHECO, J. F., *El Código Penal ...*, *ob. cit.*, p. 290. En sentido parecido, ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. IV. Voz: personas responsables civilmente de los delitos y faltas, Madrid, 1876, p. 581.

¹³² PACHECO, J. F., *El Código Penal ...*, *ob. cit.*, p. 291.

duda en hacerlo recaer sobre aquél, como menos acreedor que éste a su consideración, y en virtud del Derecho civil que protege al injustamente perjudicado¹³³.

A nuestro juicio, la ambigüedad de los términos de los preceptos reguladores de la responsabilidad civil de menores de edad y de los incapaces en el CP de 1848, al no señalar, de modo explícito, criterio de imputación alguno, otorga una mayor flexibilidad al juzgador, como hemos constatado de los comentarios a dicha Ley. Pues aunque era claro que defendían para los locos y dementes un criterio de imputación objetivo, sin embargo, dejaron la puerta abierta a la posible imputabilidad civil del menor inimputable penal, permitiendo al juzgador: o bien responsabilizar al menor sobre la base de su culpa; o bien, responsabilizar al menor, sobre la base de un criterio objetivo, en ciertos supuestos en los que el menor fuera inimputable civil (quizás ante la insolvencia de los padres), al igual que los incapaces; aunque, respecto a estos últimos, no dejan lugar alguno a una posible imputabilidad civil¹³⁴.

Y, por último, es dable incidir en el hecho que el párrafo segundo del artículo 19 del CP de 1870 une la responsabilidad de los menores de edad y la de los incapaces, configurando a ambas con un carácter subsidiario, y, *prima facie*, bajo un criterio de imputación objetivo; lo que también ha tenido una línea de continuidad en la historia codificadora hasta el artículo 20 CP 1973¹³⁵. De modo que, a nuestro juicio, este cambio supone un paso atrás respecto al CP 1848 por dos razones: en primer lugar, porque el hecho de

¹³³ GARCÍA GOYENA, F., *Febrero reformado*, 4.ª ed., t.V, Madrid, 1852, resalta las diferencias entre el menor y el incapaz, de modo que defiende que la responsabilidad directa de los menores se fundamenta en que aunque el menor no percibe bastante la inmoralidad de la acción no carece de inteligencia e instinto suficiente para comprender el daño material que ocasionó, lo que no milita en el loco; y, por tanto, la guarda de los menores no exige la gran vigilancia que la de los dementes y, antes al contrario, la necesidad de atender a su educación requiere que se les deje la libertad necesaria para seguir sus estudios u oficio.

¹³⁴ Esta opción puede encontrar fundamento en las palabras de Pacheco al defender: «Es mi concepto que el que sufre un mal debe ser indemnizado, sea loco o niño el causante, pero respecto a éste advierto también que el loco es la persona absolutamente privada de razón» —*vid.* LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, *ob. cit.*, p. 549—.

¹³⁵ En lo que ha existido un cambio es, por un lado, en elevar la edad para ser inimputable penal a los dieciséis años, lo que se produjo en el CP de 1928, y, por otro, en la terminología utilizada para referirse a los incapaces: loco o imbecil (CP 1870), enfermo mental (CP 1928); enajenados y sordomudos (CP 1932); enajenado, y el que por sufrir alteración en la percepción tiene alterada la conciencia de la realidad (CP 1973).

Así, el artículo 20 CP. Primera. 2.º pf: «No habiendo persona que las tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia el párrafo anterior (el enajenado, y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, el menor de dieciséis años, y el que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad) dentro de los límites que para el embargo de los bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal».

que la responsabilidad civil del menor de edad y la del incapaz se regulen conjuntamente conlleva que el prejuicio doctrinal y jurisprudencial de que el incapaz es, en todo caso, irresponsable civil se traspase al menor de edad, a pesar de que los términos legales del CP 1870 siguen siendo tan ambiguos como los del CP precedente, al no recoger explícitamente criterio de imputación alguno, y difícil, por tanto, la posibilidad que ofrecían los términos del CP 1848 de, al menos, declarar responsable civil al menor de edad sobre la base de su imputabilidad civil. Y, en segundo lugar, porque configurar ambas responsabilidades con carácter subsidiario favorece, a su vez, la interpretación del criterio de imputación en un sentido objetivo, pues con tal carácter se regulaba la responsabilidad civil del incapaz en el CP precedente, del que se juzgaba que era inimputable penal y civil en todo caso.

Sin embargo, creemos que tampoco dejan de ser válidos los razonamientos expuestos, aunque por una doctrina minoritaria, respecto al doble criterio de imputación para menores; pues así lo refrenda DE CASTRO cuando, de modo taxativo, afirma que la responsabilidad patrimonial del menor puede nacer, *además*¹³⁶, con independencia de su culpa o negligencia, cuando (por su edad) haya obrado sin pleno conocimiento. Por el contrario, este autor sólo admite la responsabilidad objetiva para el incapaz¹³⁷, en lo que disentimos, pero como esta cuestión desborda la intención de este apartado, dejamos su análisis para un momento posterior.

C. A modo de resumen comparativo

La codificación penal trae dos novedades a resaltar respecto a nuestro tema de estudio. Por una parte, en relación a la responsabilidad por hecho propio, que la responsabilidad objetiva del menor de edad y del incapaz, o sin culpa, encuentra su primera formulación legal al regularse la responsabilidad civil *ex delicto*. Si bien, hay que precisar que, cuando la responsabilidad civil del menor de edad y la del incapaz se ha regulado separadamente, la flexibilidad de los términos legales permitía la posibilidad del doble criterio de imputación en la responsabilidad civil del menor de edad: una responsabilidad civil objetiva para el menor de edad inimputable penal y civil, y la responsabilidad civil por culpa para el menor de edad imputable civil; frente al prejuicio histórico constante de que el incapaz es irresponsable civil en todo caso, a causa del concepto que se tenía de la enfermedad psíquica en particular, y del incapaz,

¹³⁶ Se refiere a la responsabilidad por culpa.

¹³⁷ DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, t. II, *ob. cit.*, pp. 191 y 318.

en general. Sin embargo, en el momento en que ambas responsabilidades se regularon conjuntamente en el CP de 1870, y con carácter subsidiario, se dio un paso atrás, dificultando la posibilidad apuntada del doble criterio de imputación, al menos, para el menor de edad, como pondrá de manifiesto la opinión doctrinal mayoritaria española que se estudiará en los capítulos siguientes.

Y por otra, en relación a la responsabilidad por hecho ajeno, que, sentado que las codificaciones penales apuntadas regían cuando estaban vigentes, aún, Las Partidas, se ha constatado, curiosamente, una clara disparidad entre ambas normativas en lo que respecta al criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres del menor. Pues, la irresponsabilidad civil por hecho ajeno de los padres deja de tener carta de naturaleza en los primeros Códigos penales que consagran un criterio objetivo de imputación, al igual que el Derecho romano, y, en un momento posterior, en el CP de 1848 que consagra, por primera vez, una responsabilidad civil subjetiva, por culpa presunta, en la misma línea que los guardadores del incapaz. Y, por el contrario, hemos visto una paridad entre Las Partidas y la normativa penal en lo que respecta al criterio de imputación por culpa en la responsabilidad civil de los guardadores del incapaz, de tal modo que se convierte en una constante histórica. Aunque, comparando ambas normativas, hemos encontrado, sin embargo, una clara disonancia en lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación en la responsabilidad civil por hecho del incapaz, pues, recordemos, Las Partidas declaran responsables a los «familiares» del incapaz, y llegamos a la conclusión que éstos no podían ser los curadores de aquél al no tener el deber de compañía; y, sin embargo, las Codificaciones penales dejan de hablar de familiar y declaran responsable, de modo novedoso, «al guardador legal» del incapaz, en orden, creemos, a equipararlo al guardador legal del menor, que son los padres.

En definitiva, las disonancias apuntadas entre la normativa penal y civil en esta etapa histórica tienen su explicación, a nuestro juicio, en la novedosa regulación conjunta de la responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores legales del incapaz en la codificación penal, lo que trajo como consecuencia que se produjeran influencias recíprocas en la conformación jurídica de ambas responsabilidades civiles, y sobre todo en el criterio de imputación: así, el criterio de la culpa, aunque en un sentido objetivo, que ha caracterizado históricamente a la responsabilidad civil de los familiares del incapaz parece contagiar a la responsabilidad civil de los padres del menor que pasa a ser, por primera vez, por culpa presunta. Y, a su vez, el hecho de que los padres del menor

fueran los guardadores legales de éste pudo influir en que pasara de residenciarse la responsabilidad civil de los familiares del incapaz, que vivían con él, a los guardadores legales del incapaz, los tutores, que, como se ha apuntado, no tienen el deber legal de compañía. De modo que dicho cambio va a plantear, desde una primera aproximación, un problema en la etapa siguiente, en concreto, en relación con uno de los presupuestos de la responsabilidad civil del guardador del incapaz consagrado en el nuevo CC español de 1889, por influencia del francés, y que va a tener una línea de continuidad hasta la normativa actual: el «deber de compañía», pues, mientras los padres tienen el deber de compañía de los hijos, lo que permite su vigilancia, los tutores y otros guardadores legales no la tienen, como regla general, respecto a los incapaces.

2. PRECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN CIVIL: ESPECIAL REFERENCIA AL PROYECTO ISABELINO DE 1851, Y A LA INFLUENCIA FRANCESA

No podemos ignorar, en primer lugar, la innegable influencia francesa en la formulación de un principio general de responsabilidad civil¹³⁸. En concreto, Domat fue quién, elevándose sobre supuestos particulares, formula el principio general de responsabilidad civil que, frente a la fórmula de Grocio, tiene como ventaja el ser heredera directa de toda la tradición romanista, ya que en este autor confluyen las dos corrientes constituidas por la Escuela romanista culta (empleando los viejos métodos de la recepción del Derecho romano del *mos italicus* y del *mos gallicus*)¹³⁹. Y, lo que es más relevante a efectos de nuestro objeto de estudio, por una parte, definió a la culpa extracontractual¹⁴⁰ como «el error o la temeridad

¹³⁸ La responsabilidad civil experimentó un giro cualitativo en su larga trayectoria hacia la formulación de un principio general. Ésta tuvo lugar en una primera fase al difundirse, paulatinamente, el carácter penal que había informado a las indicadas figuras –ya se reflejó la ausencia del carácter penal en la Glosa, a través de la «*actio civilis*»– cuyo objeto vino a consistir sólo en obtener el correspondiente resarcimiento. De manera que, aunque la obligación de reparar el daño no constituía un principio general, sin embargo, se empezó a plasmar en enunciados muy generales comprensivos de cualquier hipótesis de lesión injusta, llegándose a pautas de gran amplitud expresivas de una exigencia de justicia capaz de dar respuesta a toda suerte de eventos lesivos, y sólo en época relativamente reciente, como ya se ha apuntado, se llamó a dicha obligación responsabilidad.

¹³⁹ DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, París, 1777, l. II, tit. VIII, sect. IV, n. I: «*Toutes les pertes ou dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'aurait pas eu l'intention de nuire.*».

¹⁴⁰ GANZZANIGA, J. L., *ob. cit.*, p. 25, nos explica que Domat distinguía tres clases de culpa: las que provienen de crímenes y delitos, las que son faltas a las obligaciones contractuales, y las que no son ni lo uno ni lo otro.

de tratar cuestiones de las que uno no es capaz, con independencia de que dicha incapacidad viniera de su ignorancia o de la enfermedad o deficiencia mental de quien lo acomete»¹⁴¹; y, por otra, estableció el límite de la responsabilidad civil en el caso fortuito o «acontecimiento independiente de la voluntad de las personas a quienes sobreviene», siempre y cuando no se deba a la *faute* de una persona, pues en este caso quien resultare autor de la falta cometida debe reparar el daño que haya ocasionado»¹⁴². En otras palabras, en el siglo XVII, cuando se produjo el tránsito hacia una formulación general, se admitía que el fundamento de la responsabilidad civil era la equidad en el sentido de la natural exigencia de «*chacun supporte le mal que son erreur ou son imprudence cause*»¹⁴³.

Si bien, y de igual modo, no se puede obviar la influencia que el Proyecto de CC de 1851 ejerció en el artículo 1902 del vigente CC, pues, como dejamos apuntado, el propio mandato de la Base 1.^a de la Ley de Bases de 1888¹⁴⁴ manda tener por fundamento el Proyecto de CC de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, el que no podía ser reformado por el CC más que en cuanto ciertas y determinadas Bases así lo exigieran, o por aquellos principios que hubieran obtenido ya el aplauso y la aceptación universal del Derecho¹⁴⁵. Y, asimismo, este Proyecto supuso un cambio en la regulación y tratamiento del enajenado respecto a Las Partidas, al determinar el ámbito de las funciones del curador del enajenado (arts. 278, 279 y 285).

¹⁴¹ DOMAT, J., *Institutions du droit français*, «*C'est une faute et une témérité de se mêler de ce dont on n'est pas capable: soit que l'incapacité vienne de l'ignorance ou de l'infirmité et faiblesse de celui qui l'entreprind*».

¹⁴² Ref. DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. II (trad. D. Felio Villarubias y D. José Sardá), ed. Librería de Esteban Pujal, Barcelona, 1861, p. 65, en Peña López, F., *ob. cit.*, np. 75, p. 31.

¹⁴³ «Cada uno soporta el mal que su error o su imprudencia cause.»

¹⁴⁴ Introducción, por de los Mozos, J. L., en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*, preparada por Rosario Herrera y M.^a Ángeles Vallejo, Archiveras Bibliotecarias de las Cortes Generales, vol. I., ed. CCGP, Senado, Madrid, p. 58, que nos habla del valor de la Ley de bases: «(...) tiene un indudable valor interpretativo, como instrumento de interpretación histórica (referida al contenido histórico –dogmático que informa un precepto formulado de forma sucinta o lacónica) y aún como interpretación finalista, tomada en cuenta en función histórica (naturalmente para precisar la actual y verdadera *ratio legis* del precepto y que, en muchos casos, modifica por razones de actualización o de adecuación a una nueva orientación el precepto anterior...)». Esta afirmación la corrobora la jurisprudencia en las SSTs de 23 de junio de 1949; 22 de diciembre de 1943; 10 de febrero de 1947; 22 de enero de 1948; o 16 de mayo de 1963, etcétera.

¹⁴⁵ Discurso del senador COMAS, Augusto, en Sesión de 5 de febrero de 1889 (núm. 37), «Enmiendas y Adiciones al Código Civil publicado por el Gobierno. 1888-1889. Senado. Debates», en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889...*, *ob. cit.*, p. 1114.

A. La responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz

La doctrina mencionada de Domat tuvo innegable repercusión en el artículo 1382 *Code* francés, en el que se residencia la responsabilidad civil por hecho propio, en concreto en la palabra *faute* (falta o error), pues durante los trabajos preparatorios al CC francés se recogió que: «*todo individuo es garante de sus actos. Si este acto causa a otro algún daño, es necesario que quien lo ha causado por su faute esté obligado a repararlo, siendo la razón que la ley no puede equilibrar entre el que se equivoca y el que sufre el daño. Esta regla constante, invariable, tiene la finalidad de que quien sufra un daño por el hecho o la faute de alguien encuentre en todos los casos un medio de indemnización*»¹⁴⁶. En otras palabras, los trabajos preparatorios al CC querían presentar un principio de seguridad para proporcionar a todo ciudadano, indistintamente, plena confianza en ver reparado cualquier perjuicio causado por él a otro, lo que era coherente con los criterios rectores de la obra codificadora que desembocó en el artículo 1382 del CC francés¹⁴⁷.

El precepto francés, a su vez, influyó en el artículo 1900 del Proyecto Isabelino de 1851¹⁴⁸, ya que éste se limitó a refundir, por

¹⁴⁶ FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, réimpr de l'édition de 1827. Osnabrüch, pp. 474-489: «*Tout individu est garant de son fait. Si ce fait cause a autri quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le réparer*», siendo la razón que la ley no puede equilibrar entre el que se equivoca y el que sufre el daño. «*Cette règle constante, invariable, qui veut que celui qui souffre un dommage par le fait ou la faute de quelqu'un trouve dans tous les cas un moyen d'indemité*».

En concreto, TARRIBLE, en su Discurso al Cuerpo Legislativo, hace referencia de modo explícito a que: «La responsabilidad no puede alcanzar a quienes están exentos de todo reproche; pero este acto de justicia hacia ellos no puede librar al verdadero autor del daño: menor o encargado, alumno o aprendiz, queda siempre obligado a repararlo, cualquiera que sea su condición». Y, BERTRAND DE GREUILLE en su Comunicación hecha al Tribunal el 6 de febrero de 1804: «Todo individuo es garante de sus hechos, y ésta es una de las primeras máximas de la sociedad de la que se sigue que, si un hecho causa a otro algún daño, se está obligado a repararlo. Este principio es consecuencia de orden público. La ley no puede establecer un equilibrio entre el que se equivoca y el que sufre. Donde quiera que contemple que un ciudadano ha sufrido una pérdida, excrutina si le hubiera sido posible al autor no causarla. Todo lo que él tiene derecho a exigir es que no se infame su persona y que se le conserve su honor. Pero no es exigirle demasiado imponerle sanciones pecuniarias proporcionadas a la entera magnitud de lo que él ha hecho sufrir a otro, por su poca prudencia e inatención» –FENET, P. A., *ob. cit.*, pp. 475 y 489–.

¹⁴⁷ Ref. *Naissance du Code civil*, préface de François EWALD, París, 1989, p. 338, en LÓPEZ JAOSTE, J. J., «El principio de responsabilidad civil...», *ob. cit.*, np. 43, p. 4933. Dicho precepto se aprobó sin debate: «*Tout fait quelqu'un de l'homme que cause a autri un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*». Se fundó «*en la raison, la sagesse, l'équité naturelle, et dans les principes de la plus saine morale qu'on été puissés les régles du quasi-délits*».

¹⁴⁸ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias y motivos...*, *ob. cit.*, p. 253, nos indica los precedentes del artículo 1900 del Proyecto del CC de 1851, «Todo el que ejecuta un hecho en que interviene algún género de culpa o negligencia, aunque no constituya delito o falta,

un lado, el 1382 del *Code* que establece, como consecuencia de cualquier hecho dañoso del hombre, la obligación de reparar el perjuicio a cargo de «*celui par la faute duquel il est arrivé*»¹⁴⁹, y por otro, el artículo 1383 que responsabiliza al agente «*non seulement par son fait, mais encore par sa negligence ou par son imprudence*»¹⁵⁰. Y, de nuevo, el precepto isabelino influyó, como hemos apuntado, en el artículo 1902 CC, de modo que se puede entender que el principio jurídico que lo informa es que toda persona es garante de sus hechos con independencia de sus condiciones personales subjetivas.

De este encadenamiento de influencias se desprende que, para llegar al verdadero sentido que tiene el término culpa en el artículo 1902 CC, hemos de tener en cuenta que ésta supone una traducción poco afortunada de la palabra *faut* del *Code* de Napoleón, que ha conllevado que el significado de culpa se identifique únicamente con su sentido actual de culpa subjetiva o negligencia que exige la imputabilidad en el autor. Y, sin embargo, según hemos expuesto, el concepto de *faute* porta en sí la connotación, además, de «acción torpe», comprendiéndose en ella supuestos de dolo, de culpa y de casos en que, sin culpabilidad subjetiva, surge, por lo que pudiéramos llamar antijuridicidad objetiva, la obligación de indemnizar. Por consiguiente, según Lacruz, el artículo 1902 CC incluye en su ámbito de aplicación, además de la culpa negligencia, por un lado, a los actos involuntarios¹⁵¹, y por otro, a los actos realizados por incapaces.

está obligado a la reparación del perjuicio ocasionado a tercero», que encabezaba el capítulo III intitulado «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia».

Este autor resalta que, además de la influencia de ciertos Códigos europeos (redactado conforme los artículos, 1384 Francés que usan de las palabras, como ya hemos visto, *culpa o negligencia, imprudencia*, 1336 y 1337 Napolitanos, 1500 y 1501 Sardos, 1037 y 1038 de Vaud, 1401 y 1402 Holandeses y 2294 y 2295 de la Luisiana); era evidente la del Derecho romano, en concreto del título 2 libro 39 del Digesto, ya sea la ley 27, párrafo 5: «*Si quis alteri damnum faxit quod usserit, fregerit, ruperit, injuria: tantum oes dominio dare damnas esto*»; la ley 5, párrafo 1: «*Injuriam hic accipimus quod non jure factum est, hoc est contra jus: damnum culpa datum, etiam aba eo qui nocere noluit*»; y la ley 44 «*In lege Aquilia et levissima culpa venit*». Lo que lo constata el hecho de que de dicha nota se impregnaron las Partidas, en concreto, la regulación de todo el largo título 15 de la Partida 7.^a que consagra que «*Tenudo es de fazer emienda, porque, como quier que el non fizo a sabiendas el daño al otro, pero acaesció por su culpa*».

¹⁴⁹ «... a cargo de quién por su culpa ha ocurrido el daño.»

¹⁵⁰ «... no solamente por su hecho, sino también por su negligencia o su imprudencia...»

¹⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, *Contratos y cuasicontratos*, ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 496. En opinión del autor el artículo 1902 CC no especifica tal distinción, por lo que si alguien causa daños mediante un hecho suyo involuntario, pero que de algún modo pudo o debió evitar, subsiste la obligación de resarcir, pues ha perjudicado a otro interviniendo negligencia. A lo dicho le une el criterio sistemático, pues los preceptos 1903 ss. CC no atienden para exonerar de ella a la voluntariedad del hecho, sino a la diligencia puesta para evitar el daño, «*y no va a ser el agente del daño de mejor condición que sus animales*».

B. La responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores del incapaz

En lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho ajeno, Domat no reconoció la existencia de la responsabilidad civil del cabeza de familia como categoría independiente; no obstante, aludió a ella y a la presunción de culpa de modo implícito, según Ranyard, al referirse a «los que, pudiendo impedir un daño que, por algún deber, tenían la obligación de prevenir, hubieran faltado, podrán quedar obligados según las circunstancias»¹⁵². Y fue Pothier, en un momento posterior, quien formuló un principio general de responsabilidad civil por hecho ajeno en los siguientes términos: «no solamente la persona que ha cometido un delito o cuasidelito está obligada a la reparación del daño que ha causado, sino que quienes tienen bajo su autoridad a dichas personas, tales como los padres, madres, tutores, y preceptores, son responsables de esta obligación cuando el delito o cuasidelito ha sido cometido en su presencia y, generalmente, cuando pudiendo evitarlo no lo han hecho. Pero si ellos no lo han podido evitar, no son responsables, aun cuando el delito hubiera sido cometido a su vista o lo hayan sabido»¹⁵³.

En puridad de términos, este principio de responsabilidad por hecho ajeno se resumía en que el padre debía responder, salvo que hubiere probado que no pudo impedir el hecho del menor; culpa que se presumía en caso de que el menor cometiera el daño en su presencia, y que, por el contrario, se resolvía caso por caso, en el supuesto de ausencia.

Y de nuevo, las doctrinas de Domat y Pothier encontraron eco, de modo directo, en la elaboración del artículo 1384 *Code* francés que se corresponde en lo esencial, a excepción de la desaparición de la responsabilidad del tutor, al artículo 19 del Proyecto del CC francés presentado por Bigot-de-Préameneau el 24 de noviembre de 1803CC y que establecía que: «*el padre y la madre, tras la muerte del marido, es responsable del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos. Y esta responsabilidad tenía lugar a menos que el padre, la madre, patronos y comitentes probasen que no pudieron impedir el hecho que daba lugar a esta responsabilidad*»¹⁵⁴.

¹⁵² Ref. RANYARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, París, 1943, lib. II, tit. VIII, sec. IV, VIII, p. 75, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 115, p. 59.

¹⁵³ POTHIER, R. J., *Traité des obligations. Oeuvres*, t. I, París, 1825, núm. 121.

¹⁵⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, pp. 62 y 65. En lo que respecta a la responsabilidad civil de los padres, el CC francés parece haberse inspirado en la *Coutume de Bretagne*, y, más directamente, en las doctrinas de Domat y Pothier que se referían expresamente a una responsabilidad civil presunta general del padre.

Pero a lo largo del debate de elaboración del CC francés se incidieron en dos ideas en lo que respecta a la responsabilidad civil de los padres, pues, como hemos dicho, se había eliminado la del tutor. Por un lado, en la idea de que aquella debía ser enmarcada en sus justos términos, limitándola a la responsabilidad por los hechos de los hijos menores que habitasen con ellos¹⁵⁵. En razón de que esta responsabilidad guarda relación con la potestad o la autoridad que la ley atribuye a los padres sobre sus hijos menores; más en concreto, con la necesidad que tienen de vigilar su conducta con celo, de modo que si los hijos no viven con los padres el ejercicio del poder del padre es menos seguro, y su vigilancia casi ilusoria¹⁵⁶. Y, por otro, en la idea de garantía, a veces la única con la que cuenta la víctima de la reparación del daño, de tal modo que se reguló la presunción de culpa con la pretensión de restringir al máximo la posibilidad de que el padre pudiera exonerarse. Y justificaron dicha restricción, a su vez, en que los padres están investidos legalmente de la autoridad suficiente para que sus hijos respeten los intereses ajenos, de modo que si éstos son transgredidos debe entenderse que había existido un claro relajamiento de la disciplina doméstica que constituye falta o negligencia, y sólo podrán exonerarse si demuestran probar que no pudieron impedir el hecho, ya que la imposibilidad constante equivale a fuerza mayor¹⁵⁷. En definitiva, el CC francés estableció que el hecho de que un menor que habite con sus padres cause un daño presume negligencia en el padre, y es una causa indirecta, pero suficiente, para hacer recaer sobre ellos la carga de la reparación.

Y la fórmula francesa ejerció, a su vez, influencia en el artículo 1901 del Proyecto del CC español de 1851 en lo que respecta al requisito de la compañía, el cual incide en la idea de la dependencia entre los padres y el hijo, pues aquel precepto señalaba que: *«(...) el padre y la madre viuda son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad, y viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y en su compañía. Esta disposición se extiende a los curadores de los locos o dementes. (...) La responsabilidad de que se trate en todos los casos de este artículos cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».*

¹⁵⁵ En estos términos se expresaba TREILHARD al presentar el título IV del libro III de Proyecto al Consejo de Estado –*vid.* FENET, P. A., t. XIII, *ob. cit.*, pp. 467 y 478–.

¹⁵⁶ En estos términos se expresaba BERTRAND DE GREUILLE en su Informe al Tribunal –*vid.* FENET, P. A., t. XIII, *ob. cit.*, pp. 475 y 476.

¹⁵⁷ En estos términos se expresaba TARRIBLE en su discurso al Cuerpo Legislativo –*vid.* FENET, P. A., t. XIII, *ob. cit.*, pp. 475 y 476–.

Sin embargo, el precepto isabelino, antecedente directo de nuestro artículo 1903 CC, introduce elementos importantes para el entendimiento de esta institución, que difirieren del precepto francés: en primer lugar, en lo que respecta al concepto jurídico indeterminado de «toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» como fórmula que compendia la exoneración de responsabilidad civil de padres, tutores y curadores¹⁵⁸, ya que la fórmula francesa reside en: «hacer todo lo posible para evitar el daño», la que implica, en una primera aproximación, una mayor objetividad que el modelo español. Si bien, si se tienen en cuenta los antecedentes históricos expuestos, no parece coherente interpretar la expresión de la cláusula exoneradora del precepto español en el sentido de que el criterio de imputación reside en haber vigilado o haber educado mal a los hijos, sino en un sentido más de garantía. Y, en segundo lugar, en el hecho de que los tutores y curadores quedaran comprendidos en el precepto, cuando el CC francés los excluye en el artículo 1384. Esta referencia, entonces, parece tomarse del artículo 2299 del CC de Luisiana de 1824¹⁵⁹ que añade al francés el párrafo que reza que: «los tutores y los curadores son responsables del daño causado por los menores e insanos que estén bajo su guarda»¹⁶⁰. Sin embargo, se puede constatar cómo este precepto, a diferencia del 1901 del CC de 1851, no incluía como requisito de la responsabilidad civil del tutor la compañía del incapaz, sino solamente la guarda. Entendemos que el hecho de que el Código de Luisiana no exigiera la compañía, como requisito de la responsabilidad civil de los tutores y curadores del incapaz, salvó la incoherencia de la que adolece el precepto español. Pues, al igual que otros Códigos europeos contemporáneos, el CC de Luisiana no incluía entre los deberes del curador la compañía, pues era común que el loco o demente estuviera internado en una *maison de la santé*, o *lieu de sûreté*¹⁶¹, a excepción de que el tutor fuera el espo-

¹⁵⁸ NAVARRO MICHEL, M., *ob. cit.*, p. 51.

¹⁵⁹ DE SAINT-JOSEPH, A., *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, deuxième édition, t. II, París, 1856, p. 457. La *Louisiane* es el único Estado de América del Norte que ha querido coordinador de sus costumbres y sus leyes para elaborar un CC regular. Este Estado se regía con anterioridad a 1824 por las leyes españolas, por la costumbre de París, y por innumerables estatutos de los Estados Unidos. En 1824, la sexta legislatura de Luisiana puso fin a esta confusión de leyes tan voluminosas y contradictorias votando un CC de 1.352 artículos, para el que el de Napoleón ha sido en gran parte modelo.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 538: «Les tuteurs et curateurs des mineurs et insensés sont responsables du dommage causé para ceux qui sont sous leur garde».

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 477, y t. I, p. 45. El artículo 404 del CC de Luisiana: «Según los caracteres de la enfermedad y el estado de su fortuna, el Juez puede ordenar que el enfermo será tratado en su domicilio, o en una casa de salud. Incluso, puede internarlo en lugar de seguridad si es peligroso». Y, en términos parecidos, el artículo 510 del CC de Napoleón que,

so/a respecto a su cónyuge ¹⁶²; y, por otra parte, sólo exigía, en lo que respecta a la persona del incapaz, a través de una remisión del régimen de la curatela del incapaz a la de la tutela del menor, el deber de educación; de dar alimento; y de representar legalmente al incapaz dentro y fuera de juicio ¹⁶³. Incluso, se llegó a regular que el menor bajo tutela debía vivir con su madre no tutora, como consagró el artículo 218 del CC austríaco ABGB de 1811 ¹⁶⁴.

C. A modo de resumen comparativo

Como conclusión en lo que respecta a la responsabilidad por hecho propio, hemos comprobado a lo largo de este trayecto histórico que la responsabilidad civil de menores e incapaces se ha admitido históricamente en nuestro Derecho a partir de la codificación penal, sobre la base de un criterio de imputación objetivo, habiéndole precedido una tradicional irresponsabilidad civil del incapaz; aunque, por el contrario, ofreciendo fundamento a la responsabilidad civil del menor imputable civil y a la irresponsabilidad del menor inimputable civil. Pero la influencia francesa, y su afán por elevar como principio general de imputación a la culpa, ha sido el factor exógeno que ha propiciado que en el Derecho español la palabra culpa adquiriera un significado objetivo; de tal modo que la culpa objetiva o social ha sustituido al histórico criterio objetivo de imputación en orden a acoger los supuestos de responsabilidad de menores e incapaces inimputables civiles. A su vez, este significado es coherente con la filosofía codificadora expuesta, de que toda persona es garante de sus hechos.

aunque sería el Consejo de familia el que decidiría si el incapaz ha de ser tratado en su domicilio, en una casa de salud o en un hospicio.

¹⁶² DE SAINT JOSEPH, A., *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, deuxième édition, t. I, *ob. cit.*, p. 44. Artículo 506 del Código de Napoleón.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 37 y 38 y 44 y 45; t. II, p. 366. El artículo 509 del *Code* de Napoleón establece que las normas sobre la tutela de los menores se aplicarán a la tutela de los incapaces; y también, el artículo 506 del CC holandés, influido por el *Code*. E., incluso, el artículo 282 ABGB de 1811, de influencia de principios germánicos, establece que los derechos y los deberes de los curadores nombrados para el cuidado, sea de la persona, sea del patrimonio de la persona sometida a curatela, son determinados según la regulación de la tutela.

El artículo 510 *Code* establece, como matiz particular de los tutores del incapaz, que los ingresos del incapaz serán destinados a mejorar su salud. Ahora bien, es expresivo el artículo 217 del ABGB de 1811 que en caso de que la conducta del tutelado sea irreverente, el tutor se dirige a los *parientes más próximos* o a la *autoridad judicial* para reprimirle, lo que parece demostrar la falta de convivencia del tutor, que rige también para el curador. Y el 216 establece que el tutor tiene en cuanto a la educación del menor los mismos deberes que un padre; y el 219 el deber de alimentos.

¹⁶⁴ DE SAINT JOSEPH, A., *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, deuxième édition, t. I, *ob. cit.*, p. 37. Art. 218: «*La personne du mineur ser ordinairement confiée a la mère, même remariée et n'ayant pas la tutelle, à moins que l'intérêt du mineur n'exige le contraire*».

Y en lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho ajeno, hemos constatado cómo la inclusión del requisito de la compañía en el artículo 1091 del Proyecto parece traer causa en la regulación conjunta en un mismo párrafo del precepto civil de la responsabilidad civil de los padres del menor, que por influencia de la norma francesa introdujo el requisito de la compañía, y la de los guardadores legales del incapaz. Sin embargo, dicha inclusión no parecía ser coherente, ni con la ausencia de dicho requisito en el precepto que tomamos por modelo para regular la responsabilidad civil del tutor del incapaz, el artículo 2299 del CC de Luisiana, ni con la razón jurídica que estaba presente en los codificadores franceses para establecerlo como presupuesto de la responsabilidad civil de los padres, esto es, la conexión entre la responsabilidad con el deber de vigilancia como parte del contenido de la potestad o autoridad de los padres respecto a los hijos. Ya que el Proyecto de 1851 nada decía respecto al contenido personal de la curatela para el que es «incapaz de administrar sus bienes por sí mismo»¹⁶⁵, a excepción de la referencia a que la primera obligación del curador había de ser cuidar de que el incapaz adquiriera o recobre su capacidad, debiéndose aplicar a este fin los productos de sus bienes¹⁶⁶. Y esto último, a pesar del acuerdo doctrinal de que este texto jurídico contribuyó a mejorar la regulación futura de la tutela del loco¹⁶⁷, pues regula por primera vez un procedimiento de incapacitación contradictorio y ordinario, respecto al que, según el comentario de García Goyena al artículo 281 del Proyecto, existía, de un lado, la obligación del Fiscal de pedir la declaración de incapacidad del loco que se encuentra en estado de furor, porque en tal caso peligran el reposo público y la seguridad individual, y de otro, la facultad de pedirla en el resto de los casos si no la pidieren los parientes o cónyuges del incapaz o éste no los tuviere¹⁶⁸. E, incluso, aunque sigue la

¹⁶⁵ GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, p. 166, pues la protección jurídica se arbitra, exclusivamente, para el aspecto material, olvidándose de lo personal.

¹⁶⁶ A excepción de la referencia al aspecto personal del enajenado, entre las obligaciones del curador, en el primer Proyecto de CC de 1821, pero volviendo a desaparecer en el Proyecto de 1836 que daba preferencia a quien económicamente puede garantizar la gestión al margen de su preparación y dedicación personal (arts. 491, 492, 493, 494 y 495) –GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 163, 165 y 170.

¹⁶⁷ VILAR BADÍA, R., *La protección jurídica del loco o demente y del deficiente mental*, Pretor, núm. 67, 1972, p. 126.

¹⁶⁸ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del CC español*, *ob. cit.*, p. 159. E, incluso, el artículo 283 del Proyecto contempla la posibilidad de nombrar un administrador o curador interino, evitando con ello, desde el momento en que se aprecie la necesidad de guarda, situaciones de vacío de poder y desgobierno de los intereses económicos del incapaz; y el artículo 282, al regular la actividad del órgano judicial que conoce de la incapacitación, hace obligatorio el interrogatorio del demandado, mientras que, sorprendentemente, la intervención de los facultativos sólo tendrá lugar cuando lo estime necesario el Tribunal de primera instancia.

línea patrimonialista de la que no se apartó ningún texto jurídico anterior, permite graduar la declaración de incapacidad del demente en atención al nivel de discernimiento que resulte acreditado en autos.

IV. CÓDIGO CIVIL DE 1889

Finalmente, el Anteproyecto de CC de 1882-1888, como ya hemos apuntado, tomó como base el Proyecto de 1851 como reflejan los términos del artículo 13 del capítulo II del Libro IV que rezaba que: «(...) *el padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en la misma morada (...). 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*». Y, finalmente, estos términos encontraron una línea de continuidad con los del artículo 1903 CC, que sólo cambia la expresión de *habitar en la misma morada por la de «habitan en su compañía»*.

Es de resaltar el cambio en la redacción final del artículo del Anteproyecto al no incluir la responsabilidad civil del curador y regular solamente la del tutor del menor y del incapacitado, frente a lo establecido en el Proyecto de CC de 1851 y, como apuntamos anteriormente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que reguló el procedimiento para el nombramiento del «curador ejemplar», del mismo modo que la posterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹⁶⁹. Sea como fuere, la variación apuntada se debe a que la desaparición de la curatela tuvo lugar, según Martín-Calero, en la sesión de 23 de septiembre de 1881, cuando el ponente Gamazo da cuenta a la Comisión de la existencia de un borrador, aparte del que seguía las líneas del Proyecto de 1851 que reservaba la curatela para los mayores incapaces, en el que se unifica la tutela y la curatela hasta los veintitrés años para los menores de edad no emancipados, los locos, sordomudos que no supieran leer ni escribir, pródigos e interdictos, que fue preferido, al final, por la Comisión debido, en parte, al establecimiento de una sola edad y desaparecer la pubertad como edad intermedia¹⁷⁰. Esta elección pasó, de modo

¹⁶⁹ GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, p. 159.

¹⁷⁰ Para un análisis profundo de las causas y razones de técnica jurídica que acompañaron a la unión de ambas figuras, *vid.* PESET REIG, M., «Los antecedentes de la unión de

sorprendente, a los sucesivos trabajos sin suscitar discusión alguna, de modo que la supresión de nuestra tradicional curatela pasó casi desapercibida en las discusiones que precedieron a la promulgación del CC; a excepción de la interesante enmienda de Comas que recoge la curatela como medio supletorio o complementario de la capacidad civil¹⁷¹.

Pues bien, con independencia de las críticas unánimes a la unidad de guarda que produjo nuestra obra codificadora, pues se reveló ineficaz para proveer al cuidado de individuos que por sus condiciones personales o circunstancias especiales precisan de instituciones supletorias de capacidad con matices y necesidades muy distintas¹⁷², en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, ha influido, junto con la concepción de la tutela puramente patri-

la tutela y la curatela en el CC español», *RCDI*, 1971, pp. 297-337, quien nos explica que a fines del siglo XVIII y principios del XIX se produjo como hecho fundamental para el Derecho, los movimientos e ideas revolucionarias francesas que condujeron a la aparición de un auténtico Derecho público, así como a la sistematización racionalista del Derecho privado. El ciudadano fue obsequiado con una serie de derechos fundamentales que conferirían su esfera de libertad y actuación política en la declaración de derechos de 1789, y entonces, para el disfrute de aquel conjunto de derechos públicos se opta por la determinación de una edad unitaria en los veintiún años. Y como lógica consecuencia, la dualidad entre tutela y curatela pierde su significado en la guarda del menor. La fijación de una única edad tuvo influencia en el artículo 276 del proyecto de García Goyena de 1851 más afrancesado que establecía que «la mayor de edad comienza a los veinte años cumplidos», de modo que aunque elimina la curatela del menor de edad conserva la del enajenado. Y finalmente el CC fijó la mayoría de edad en los veintitrés años.

¹⁷¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, p. 60. En el mismo sentido GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 172-173, que afirma que el Proyecto de 1882 se aparta del criterio sustentado en el artículo 285 del Proyecto de 1851 según el cual, los Tribunales pueden declarar la incapacidad absoluta o prohibir al incapaz ciertos actos, pues, ahora el artículo 184 del Proyecto (igual al 218 del CC) establece que: «la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiera a sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos». En definitiva, este precepto corta de raíz la graduación de la capacidad de obrar que se reconocía a los Tribunales respecto a los incapaces, lo que suscitó problemas respecto a la incapacitación por locura pues cada vez era más evidente (los avances científicos y farmacológicos lo ponían de manifiesto) que las enfermedades mentales adecuadamente tratadas tenían una incidencia muy variable en la capacidad del demente, debiendo ajustar la incapacitación al grado de afección realmente padecido por el tutelado, dejando intacta aquella esfera de la personalidad no afectada. Y fue, al final, la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que recuperó la posibilidad de la graduación a partir de la STS de 5 de marzo de 1947, en la que expone que la demencia y el retraso constituyen estados distintos y faltan en la ley normas reguladoras de la tutela para el segundo de dichos supuestos, si bien, como uno de los fines perseguidos por el CC en materia de incapacidad es el de establecer la debida congruencia entre la amplitud de la misma y el correlativo suplemento, resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad ajustar la extensión de la tutela en los casos de retraso mental al mayor o menor grado de intensidad en el que el mismo se manifieste.

¹⁷² *Ibid.*, np. 345, p. 67, que se refiere a la STS de 6 de febrero de 1968 (*RJA* 1968, 733); y SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, V. 2.º (Derecho de familia), Madrid, 1898, pp. 1273-1274, que apunta que es de lamentar que para los casos de representación y complemento de capacidad del menor e incapacitado en circunstancias más o menos transitorias y de excepción, no se haya conservado la curatela con su mero carácter individual y sin las condiciones complejas y orgánicas que constituyen el sistema tutelar vigente, de difícil uso y adaptación a esos casos singulares.

monialista que heredó el CC de 1889 de legislaciones precedentes¹⁷³, en que se acentuara un concepto restrictivo de incapaz, generalizando sus limitaciones a todos los ámbitos de su personalidad, y, por tanto, que no se salvara el prejuicio de su irresponsabilidad civil en todo caso, y que quedara en el olvido la posibilidad del doble criterio de imputación.

En definitiva, esta etapa histórica trae como novedad el presupuesto de la compañía en la responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores del incapaz, lo que contribuyó a que la doctrina estableciera una conexión entre el criterio de imputación de aquéllos y el tipo de guarda que se debe ejercer sobre el menor y el incapaz, respectivamente; afirmando, por tanto, que el criterio de imputación es la culpa o negligencia, en el sentido de que el vínculo existente entre el autor material del hecho (menor e incapaz) y el responsable (padre y tutor del incapaz) hace presumir que el daño se debe atribuir al descuido o falta de vigilancia de la persona a quien la ley hace responsable. Sin embargo, hemos visto que, históricamente, no ha existido dicha correlación en lo que a la responsabilidad civil de los padres se refiere, y, en cualquier caso, la conexión entre la responsabilidad y la guarda llevaba a establecer como criterio de imputación la culpa en sentido objetivo, esto es, más bien como una conducta contraria a derecho, que como juicio sobre la conducta del guardador.

No obstante, en la práctica, y frente a la responsabilidad civil de los padres, eran escasos los supuestos en los que el tutor había de hacer frente a hechos dañosos ejecutados por el demente pues, si tenemos en cuenta la concepción y mentalidad de la época hacia el demente como algo molesto, unido a las facilidades que introdujeron las sucesivas disposiciones reguladoras del internamiento de aquél¹⁷⁴, hacían que no se diera ninguno de los dos presupuestos que la responsabilidad civil por hecho de otro exigía: el estar bajo su autoridad y vivir en su compañía; lo que parecía conformar la regla general para el CC de 1889, pues, por un lado, el 290 CC aceptaba como habitual que el tutor y el enfermo tuvieran diferente domicilio al señalar, como contenido del registro de cada tutela, en sus números primero y segundo el domicilio del incapaz y del tutor, respectivamente¹⁷⁵, en sentido semejante al artículo 510 del CC

¹⁷³ Artículo 213 CC 1889 y jurisprudencia de la época –SSTS 28 de diciembre de 1863; 23 de febrero y 30 de noviembre de 1867– que sólo se refiere a la incapacidad para administrar bienes –*vid.* MARTÍN GRANIZO, F., «La capacidad de los locos y dementes...», *ob. cit.*, pp. 230-234.

¹⁷⁴ *Vid.* *Infra.* II.2.A.b'.b''.a''' del capítulo cuarto.

¹⁷⁵ ABELLA, J., *CC español*, reformado conforme a lo dispuesto en la Ley de 26 de mayo y Real Decreto de 24 de julio de 1889, Madrid, 1890, p. 128. Artículo 290: «El registro de cada tutela deberá contener: 1.º El nombre, apellido, edad y domicilio del menor o

francés¹⁷⁶; y, por otro, la jurisprudencia llegó a declarar que «ningún precepto legal vigente exige que el tutor ejecute por sí mismo o personalmente todos los actos inherentes al ejercicio de su cargo, tanto *en lo que respecta a la persona (del menor) como a sus bienes*»¹⁷⁷. Incluso, como contenido del deber de velar del tutor por el tutelado sito en el artículo 299 CC no se contiene el deber de compañía, sino solamente, la procura de alimentos al tutelado, educarle y procurarle una formación integral, a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad, y a rendir cuenta anual acerca de su situación de la persona y de la administración de sus bienes, y todo esto frente al artículo 154 CC, regulador de los deberes y facultades que integran la patria potestad, que sí contempla el deber de compañía.

Por otra parte, en el caso en que se dieran los presupuestos citados al estar ante, según la terminología de la época, un loco tranquilo, la disciplina tan severa a la que estaban sujetos y la ausencia en aquella sociedad, escasamente tecnificada, de los riesgos de la moderna sociedad desarrollada hacía que, de igual modo, fueran escasos los supuestos en que el tutor había de hacer frente a hechos dañosos ejecutados por el demente; en realidad, no se encuentra

incapaz, y la extensión y límite de la tutela, cuando haya sido judicialmente declarada la incapacidad. 2.º El nombre, apellido, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario, legítimo o dativo (...).

La falta de unidad de residencia parecía ser una posibilidad tanto para la tutela del menor como la del demente, *vid.* RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., *La tutela*, ed. Bosch, Barcelona, 1954, p. 264, que nos explica, respecto al cuidado de la persona del pupilo, que el tutor no goza de tan amplia libertad como el padre, pues tiene que educar y alimentar al menor con estricta sujeción a las disposiciones de los padres y a las que, en defecto de éstos, hubiera adoptado el Consejo (art. 264.1). Por eso *no hay unidad de domicilio, salvo que los padres lo hayan dispuesto así o lo determinase el Consejo, cuando el tutor cambie de residencia.*

¹⁷⁶ PLANIOL, M./ RIPERT, J., *Tratado de Derecho civil francés*, t. I. Las personas, estado y capacidad, traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, Cultural, S.A., Habana, 1927, pp. 505 y 651, que respecto a las particularidades de la tutela del interdicto respecto al huérfano establece que es el Consejo, y no el tutor, el que decide, de acuerdo con los recursos y el estado de salud del interdicto, si el alineado ha de ser cuidado en su domicilio o en una clínica u hospital (art. 510). Hay que exceptuar, no obstante, el caso en que el interdicto sea una mujer casada, puesto que el marido, tutor o no, conserva entonces sobre ella la potestad marital. Y respecto a la tutela del menor indica que, el padre o la madre que muere el último, o el Consejo de familia que nombra al tutor, pueden encargar –ref. París, 8 marzo 1840, D. *Jur. Gén.*, v. *Minorité*, núm. 393; Rouen, 4 enero 1883, D. 83.2.155–, la guarda del pupilo a una persona que no sea el tutor. Pero una vez que el tutor haya sido nombrado y se le ha encargado de la guarda del hijo, ésta no puede privársele de ella, y, entonces, la guarda del tutor implica las mismas prerrogativas y las mismas obligaciones que la de los padres, esto es, el tutor determina, pues, la religión del pupilo; su forma de educación y el lugar en que ha de residir; vigila su correspondencia y regula sus relaciones.

¹⁷⁷ Ref. STS de 18 de diciembre de 1900, en SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil y el CC e Historia general de la legislación española*, t. V, vol. 2.º. «Derecho de familia», Madrid, 1912, p. 1304.

sentencia alguna al respecto¹⁷⁸. Si bien la Reforma del CC de 1983 que, en coherencia con la introducción de la tutela de autoridad, somete al internamiento de un presunto incapaz a autorización judicial previa, y de modo paralelo, la Reforma psiquiátrica desinstitucionalizadora de los antiguos manicomios, han traído la integración del demente, sobre todo en el ambiente familiar y el entorno social y que, en consecuencia, hoy en día, la responsabilidad civil del tutor sobre vigencia, al igual que otras figuras de guarda del incapaz, lo cual va a tener incidencia de igual modo en la responsabilidad civil de los padres que tienen la patria potestad prorrogada o rehabilitada de su hijo incapaz.

¹⁷⁸ GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 195-196, que nos explica que a quien se le encomendaba la tutela del enfermo mental podía optar bien por su internamiento o por vigilarle y atenderle en su propio domicilio, cuando de un loco tranquilo, no furioso se trataba, sometido a una potestad que, atendido su grado de discernimiento, permitía la sujeción del pupilo a una disciplina severa y estricta, imponiendo el respeto y obediencia que según el anterior artículo 263 del CC debían los incapacitados al tutor, bajo la presión de castigos físicos (que podían entenderse comprendidos en la facultad de corrección moderada que el Código reconocía a los tutores).