
La crisis de la noción de imputabilidad en el Derecho Civil^(*)

Giovanna Visintini
Profesora Ordinaria de Derecho Civil de la Universidad de Génova.

1 Premisa.

No sé si el encuentro que nos hemos decidido a promover hoy, entre psiquiatras y psicoanalistas, por un lado, y juristas, por otro, resultará ser un evento feliz; no sé si llegará a existir comunicación entre nosotros, ni tampoco si gracias a las informaciones sobre el estado actual de la nueva psicología, y los logros actuales de la ciencia psiquiátrica, los juristas podremos constituir un camino para dar forma a un estatuto del enfermo psíquico que sea más acorde con sus exigencias de curación y reinserción social, en comparación con el sistema vigente. Como es indudable, nos separan muchas cosas. En primer lugar, nuestra perspectiva científica es distinta: el enfermo mental y su curación constituyen el único parámetro de evaluación para el médico-psiquiatra y el psicoanalista; los juristas, en cambio, privilegian el punto de vista de la sociedad en su conjunto, y ello comporta, entre otras cosas, que lo que es bueno para el enfermo no constituya el parámetro exclusivo del jurista. Las estructuras que favorecen la socialización del enfermo psíquico pueden ser valoradas

favorablemente, por ejemplo, desde el punto de vista psiquiátrico, pero negativamente por parte del que asume el punto de vista de la organización jurídica, y que tiende a evaluar de manera positiva sólo las estructuras que son convenientes a la colectividad. Por la misma razón, incluso la idea de que el enfermo mental debe ser curado en hospitales generales y no en entes especializados, puede encontrar divididos a los cultores de las materias que hoy se colocan frente a frente. Y nada señalaré sobre la distancia que existe entre las concepciones respectivas de la culpa y de la responsabilidad. Las ponencias que se sucederán demuestran que la lógica “culpa-responsabilidad”, en la que se funda nuestra civilización jurídica, se ha ido quebrantando, a partir de Freud en adelante, en el campo psicoanalítico.

Me limitaré a señalar que cierto optimismo sobre el éxito de este encuentro, así como los motivos que me han inducido a efectuar un repaso sobre el tema de la incapacidad debida a perturbaciones psíquicas, se remontan a la época en que mi padre, neurólogo y psiquiatra (y en aquel entonces la cátedra universitaria

(*) Se reproduce la ponencia de la profesora Giovanna Visintini, *La crisi della nozione di imputabilità nel diritto civile*, expuesta en el congreso *Malattia mentale e diritto. La protezione giuridica dell'incapace nelle prospettive di riforma*, realizado en Génova. Traducción, autorizada por la Autora, de Leysser L. León. Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Becario de la “Banca d'Italia” en la Sección de Derecho Privado del Departamento “G. L. M. Casaregi” de la Universidad de Génova.

Nota del traductor: en el texto se alude a la participación de otros ponentes del congreso, en especial: de Lino Monteverde, presidente del *Tribunale di Sorveglianza* del Palacio de Justicia de Génova (autoridad especializada en lo penal); de Paolo Zatti, profesor de Derecho Comparado en la Universidad de Padua; de Franco Rotelli, director de la *Amministrazione Sanitaria Locale* de la ciudad de Trieste; de Philippe Delebecque, profesor de Derecho Privado en la Universidad de París I; y al profesor Paolo Cendon, a quien me referiré, más adelante.

Se hace referencia, igualmente, a las A.S.L. (*Aziende Sanitarie Locali*) -antes *Unità sanitarie locali*- que son entes administrativos encargados de prestar servicios de salud a la comunidad. Por sus funciones presentan ciertas equivalencias con las direcciones municipales de sanidad, pero también con los servicios de postas médicas.

El artículo 2047 del Código Civil italiano, que se cita reiteradamente, dice como sigue:

“2047. Daño ocasionado por el incapaz.- En caso de daño ocasionado por persona incapaz de entender o de querer, el resarcimiento es debido por aquel que estaba obligado a la supervisión del incapaz, salvo que demuestre que no pudo impedir el hecho.

En caso de que el damnificado no haya podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a tal vigilancia, el juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa.

tenía como nombre “Enfermedades de los nervios y mentales”), había adherido con entusiasmo -quizá único entre los académicos de su época- a la experiencia de las comunidades terapéuticas, con lo cual inició su colaboración con Franco Basaglia, a quien incluso hizo obtener una cátedra. En tal oportunidad existió una óptima interacción con el legislador; tanto fue así que, como es sabido, la ley de 1978, donde se acogieron las nuevas demandas psiquiátricas, y se abandonó la lógica proteccionista precedente, es conocida como “Ley Basaglia”, por haber sido él quien la impuso, decididamente, a la atención de políticos y representantes de la administración pública.

Por lo tanto, son razones privadas -que simpáticamente recordaba ayer Paolo Cendon, con su acostumbrada *verve*- y también el recuerdo de la atmósfera que se respiraba en mi familia en aquella época -una atmósfera de descubrimiento científico y de batalla por una ley progresista, una ley “idealista”, según se decía, y que lamentablemente, como hemos constatado con tristeza, no ha caminado bien en la aplicación práctica ni en los cumplimientos que ella preveía por parte de las regiones, salvo en pocos casos aislados-, las que me inducen a tratar de comprender cuáles son los criterios provenientes de la ciencia psiquiátrica que deberían ser tomados en cuenta por la organización jurídica de hoy en día. Me pregunto, en particular, ¿en qué dirección es imperioso intentar un camino de diálogo con el legislador, y con los jueces (que cada vez más a menudo cumplen un papel de suplencia del legislador), por medio de la interpretación? Hoy podemos contar con la disponibilidad y presencia de algunas damas importantes que podrían apoyar políticamente el proyecto de reforma que ya ha sido tratado en esta sede: me refiero a la jueza constitucional Fernanda Contri y a la diputada Marida Bolognesi que se está ocupando de los temas que son objeto de este congreso.

Hay que reconocer que los juristas mantienen una fuerte actitud de desinterés frente a los temas tratados en este congreso, y que la batalla cultural liderada por Paolo Cendon en favor de un nuevo derecho de los enfermos mentales -junto con aquella otra batalla en favor de los demás sujetos débiles, cuyo eco hemos escuchado ayer, de labios del mismo protagonista-

parece seguir confinada a la atmósfera de Trieste(**), que es quizá la ciudad donde mejor se ha realizado una asistencia psiquiátrica de dimensión comunitaria, gracias al profesionalismo de los operadores y a la dirección de Franco Rotelli, uno de los discípulos de Basaglia.

Para entrar, por fin, en el argumento de mi ponencia -que es la noción de imputabilidad en el Derecho Civil- me parece que también es dado afirmar que el descuido de los estudios civilistas al respecto se ha debido, asimismo, al afirmarse de la idea de que la elaboración conceptual y las soluciones interpretativas maduradas en el ambiente penalista pueden transponerse al sector civilista; esta es una idea incentivada por ciertos dogmas que se resisten a morir, como el de la identidad del hecho ilícito civil y penal. Por lo tanto, no hemos hecho más que seguir a los penalistas en este aspecto.

La base conceptual, en efecto, es la misma en los códigos Civil y Penal, pero ello no significa que no se planteen cuestiones de relevancia exclusivamente civilista, que trataré de evidenciar, ni que en el futuro la regulación respectiva deberá inspirarse en un primado del Derecho Penal sobre el Derecho Civil. Por el contrario, es necesario augurarnos que nada de ello ocurra, y que la mayor flexibilidad que existe en la verificación del estado de incapacidad, que caracteriza el juicio civil -como veremos-, también sea extendida al juicio penal, no sé si en concordancia con la “propuesta Corleone”, que a primera vista me parece más bien utópica, por la sola circunstancia de que presupone estructuras sanitarias en el ámbito de los centros de reclusión, idóneas para la cura de las perturbaciones psíquicas. Con respecto a ello, sin embargo, escucharemos la opinión de Lino Monteverde.

Con arreglo a esta óptica, por lo tanto, emprenderé el estudio del tema de la crisis de la noción de imputabilidad en el Derecho Civil desde tres aspectos, que a mi parecer son bastante representativos, por igual, de una evolución del Derecho aplicado, es decir, del derecho plasmado en las sentencias de los jueces, en sintonía con los criterios emergentes de la legislación italiana sobre la asistencia psiquiátrica, de 1978.

El primer aspecto es la jurisprudencia civilista, que a pesar de expresar un tributo formal a la identidad de la noción de imputabilidad en los ordenamientos civil

(**) Nota del traductor: coincidentemente, Paolo Cendon es profesor ordinario de Derecho Privado en la Universidad de Trieste. Valga esta pequeña nota para expresarle mi agradecimiento por la remisión de varios de sus singulares volúmenes, entre los que destacan *Colpa vostra se mi uccido*, en coautoría con Luigi Gaudino (Venecia: Marsilio, 1996) y *Anime folli*, en coautoría con Giuseppe Citarella (Venecia: Marsilio, 1997). Ambos títulos pertenecen a la colección *Dalla parte dei deboli* por él dirigida. Para la serie *Diritto e rovescio* de la Giuffrè (Milán), al cuidado de Francesco Galgano, ha escrito *Parole all'indice* (1994).

y penal, en los hechos se aleja de dicho principio, en distintas direcciones: ello se ha debido, en particular, a la progresiva desmaterialización de la categoría “imputabilidad” con respecto al principio de culpabilidad. El segundo aspecto es la evolución de la responsabilidad del cuidador por el hecho ilícito del incapaz, al haberse transformado el contenido del deber de vigilancia tradicional (que era asimilable a un deber de “custodia” propiamente dicho) en un deber de aportar un conjunto de cuidados adecuados y suficientes, lo cual corre por cuenta del ente hospitalario, y ya no de los médicos. El tercer y último aspecto es que a pesar de la dificultad que existe en la aplicación de la responsabilidad a cargo del incapaz mismo -no obstante el hecho de su previsión expresa en el Código Civil- comienza a hacerse espacio la idea de una culpa objetiva y de un principio que hace responsable al enfermo mental, aunque en éste no se detecte ningún sentimiento de culpa por el daño causado.

2 Noción de imputabilidad.

En el artículo 2046 del Código Civil italiano, bajo el subtítulo “imputabilidad del hecho dañoso”, se dispone que no responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía la capacidad de entender y de querer al momento de la comisión del hecho (a menos que el estado de incapacidad haya derivado de su propia culpa).

La doctrina advierte que se trata de un concepto de incapacidad de entender y de querer que se diferencia del concepto que se ha descrito ayer, con referencia a la capacidad de obligarse, y que justificadamente ha sido objeto de muchos ataques por parte de Paolo Zatti y Paolo Cendon. La capacidad, en otras palabras, requiere un grado de madurez inferior al que es necesario para administrar un patrimonio.

Se trata de la misma definición de imputabilidad que figura en el Código Penal: en el artículo 85, segundo párrafo dispone, en efecto, que es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer. Sin embargo, los dos ordenamientos, penal y civil, se diferencian en orden a los criterios de determinación del estado de incapacidad. Es bien sabido que en el Código Penal se enuncian de manera precisa -aunque la relación no se considere taxativa, conforme a la opinión general- las causas ante cuya presencia un sujeto debe considerarse incapaz de acuerdo con una presunción legislativa. Así, los artículos 88, 95, y 97 enumeran entre las causas de la incapacidad la enfermedad mental, la ebriedad habitual, la edad inferior a 14 años.

Distintamente, en el Derecho Civil se deja al arbitrio del juez la decisión con respecto al caso sometido a su juicio; el magistrado establece si el sujeto es o no incapaz de entender y de querer, y si es, por lo tanto, imputable o no en presencia de aquellas causas o de otras.

Así pues, puede suceder que un mismo individuo sea considerado capaz según el ordenamiento jurídico civil, e incapaz a tenor del ordenamiento penal; correlativamente, puede suceder que el mismo hecho dañoso sólo se considere fuente de responsabilidad civil, pero no penal.

Estos conceptos han sido repetidamente expresados por la jurisprudencia. Sin embargo, ésta no ha tenido muchas oportunidades para pronunciarse al respecto.

Con referencia a la definición de imputabilidad y a las diferencias entre los ordenamientos civil y penal en este punto, antiguamente se afirmaba el siguiente principio:

“La noción de imputabilidad es idéntica en los ordenamientos civil y penal, pero son diversos los criterios para la concreta determinación del estado de incapacidad de entender y de querer, así como las sanciones vinculadas con el hecho ilícito”.

Sin embargo, la jurisprudencia posterior se ha apartado de este precedente judicial; ha dado un paso al frente, al expresar una tendencia que separa la imputabilidad, como presupuesto subjetivo de la responsabilidad, tanto de la culpabilidad, cuanto de la *fattispecie* abstracta constitutiva del delito o del hecho ilícito civil.

Esta nueva tendencia a la desmaterialización de la imputabilidad con respecto a la culpa se expresa, justamente, en las sentencias que con el fin de reconocer el resarcimiento de los daños no patrimoniales por un delito cometido por un menor de 14 años -que, por lo tanto, no es imputable según la ley penal-, rechazan el argumento tradicional de que la imputabilidad sería un elemento constitutivo del delito (un argumento fundado en el presupuesto ideológico de que en ausencia de la capacidad de entender y de querer no se puede considerar existente el requisito subjetivo del delito, es decir, la culpabilidad).

Es menester recordar, para los no entendidos en la materia, que el resarcimiento del daño no patrimonial es admitido en el sistema jurídico italiano sólo en los casos previstos por la ley (y así se establece en el artículo 2059 del Código Civil). Ello se debe a razones de política legislativa vinculadas con las dificultades de determinación de un daño muy subjetivo, consistente en la perturbación y en el dolor consiguientes a una lesión injusta. Al respecto, el caso más importante es

las más recientes innovaciones de la ciencia psiquiátrica llevan a afirmar un concepto de imputabilidad como atribución objetiva de la conducta ilícita al autor, con prescindencia del estado de su enfermedad; en consecuencia, puede justificarse por fundar en el principio de la responsabilidad individual la recuperación y la resocialización de la persona afectada por perturbaciones psíquicas

aquel en que la lesión causada constituye delito, y no sólo un hecho ilícito relevante para puros efectos civiles (y así se establece en el artículo 185 del Código Penal). Por lo tanto, si el delito es cometido por un sujeto no imputable, no es perseguible; se ha planteado, entonces, la cuestión de si la víctima de este delito, que no da lugar a sanción penal, puede, de todas maneras, demandar el resarcimiento ante el juez civil, más allá del daño patrimonial que, como es obvio, no está en discusión, y también del daño moral. En distintos pronunciamientos los jueces han reconocido dicha pretensión. Sin embargo, aquí no me detendré a analizar los argumentos lógico-sistemáticos con que los jueces civiles han reivindicado su propia competencia para apreciar el delito cuando el hecho sólo puede configurarse abstractamente como ilícito penal, pero no es un hecho penalmente relevante, es decir, punible.

A mi parecer, y al margen de la irregularidad en el plano de las relaciones entre juicios penales y civiles, y de la distribución de competencias, el fenómeno descrito equivale a un alejamiento de la noción de imputabilidad del esquema constitutivo del delito, en contra de la opinión por mucho tiempo dominante en la doctrina penalista, según la cual, la imputabilidad representa un elemento esencial del delito⁽¹⁾.

En definitiva, la decisión avalada por muchos pronunciamientos judiciales es la siguiente:

“El daño no patrimonial puede ser reconocido por el juez civil en relación con el hecho abstractamente

previsto por la ley como delito, que haya sido cometido por un sujeto no imputable según la ley penal”.

El mismo orden de ideas que siguen los jueces en materia de resarcimiento de daños no patrimoniales causados por un sujeto no imputable según la ley penal es compartido por la jurisprudencia que en el ámbito de aplicación del artículo 1227, segundo párrafo del Código Civil -según el cual “el hecho culposo del damnificado comporta la reducción del resarcimiento según la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias que se derivan de ella”- ha considerado que es posible comprender en la previsión de esta norma el hecho del incapaz, al que no se puede atribuir una culpa en sentido legal, en ausencia del presupuesto de la imputabilidad.

Como se lee en las sentencias que han expresado dicha tendencia, la *ratio* puntual que permite a los jueces una interpretación extensiva semejante se funda en el principio de causalidad. Con ello se quiere expresar que los jueces atribuyen al hecho del incapaz el carácter de concausa no culposa.

En realidad, el motivo fundamental que justifica la tendencia adoptada debe ser identificado en lo siguiente: en presencia de un concurso del hecho del incapaz en la producción del accidente, el resarcimiento íntegro del daño por parte del dañador parece ser desproporcionado para la levedad de su culpa. Por lo general, en el *iter* argumentativo de los jueces se lee, de paso, la puesta en evidencia de la manifiesta iniquidad de gravar con todo el daño a alguien que ha participado por casualidad en un accidente de tránsito, en el que resulta víctima un sujeto incapaz por defecto de edad o por estado físico-psíquico, a pesar de que el comportamiento de este último haya constituido el factor preeminente.

Por otro lado, se debe reconocer que la jurisprudencia que se acaba de citar puede justificarse no sólo en atención a que reconoce la exigencia equitativa de proporcionar el peso de la sanción según la medida de la gravedad de la conducta del dañador, sino también a la luz de las más recientes innovaciones de la ciencia psiquiátrica que llevan a afirmar un concepto de imputabilidad como atribución objetiva de la conducta ilícita al autor, con prescindencia del estado de su enfermedad; en consecuencia, puede justificarse por fundar en el principio de la responsabilidad individual la recuperación y la resocialización de la persona afectada por perturbaciones psíquicas.

El presente *excursus* sobre las tendencias jurisprudenciales es útil, a la larga, para atraer la atención

(1) Cfr. por todos, BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*. 12a. edición. Padua: 1986. p. 455; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*. 2a. edición. Padua: 1982. p. 273; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*. 3a. edición. Padua: 1992. pp. 302 y ss.

hacia las relaciones entre culpa y capacidad de entender y querer, y hacia la cuestión de si la culpa en sentido legal implica siempre la capacidad de entender y de querer, o bien la imputabilidad.

Para los no entendidos en la materia recordaré la noción de culpa civilmente relevante, la cual ha adquirido, desde la época de las primeras codificaciones de los Estados modernos, una connotación diversa con respecto a la culpa penal, en atención a que todas las formulaciones legislativas que establecen el principio general a tenor del cual quien causa un daño a otro con culpa debe resarcirlo señalan un paso importante hacia la emancipación de la responsabilidad civil del campo de la responsabilidad penal.

Los padres del Código Civil napoleónico (Domat y Pothier) sostenían que el principio en referencia derivaba del derecho natural, y que constituía una regla fundamental de la sociedad civil, por lo tanto, aquella que establecía que no se puede descargar en los demás las consecuencias de los errores propios. En este marco se abandona la máxima *nulla poena sine lege*, que se mantiene como pilar del ordenamiento penal, y toda imprudencia, negligencia o descuido, aun cuando no signifique infracción de una regla codificada constituye fuente de responsabilidad civil si causa un daño injusto.

El problema es que la determinación en concreto de una culpa ha comportado desde siempre la indagación contemporánea sobre el estado subjetivo del agente, y sobre la capacidad de discernir los riesgos vinculados a su acción y a la voluntad de autodeterminarse.

A estas alturas del discurso es oportuno volver a ocuparnos de esta correlación.

La reforma de la asistencia psiquiátrica iniciada con la Ley No. 180 del 13 de mayo de 1968, y en particular, la abrogación de los delitos de omisión de custodia de un enfermo mental, o de omisión en la comunicación a la autoridad de una enfermedad mental, así como la nueva normativa sobre los tratamientos sanitarios obligatorios por enfermedad mental previstas en la citada norma permiten extraer implicaciones para el tema que nos interesa.

Se puede sostener, entonces, que la nueva legislación comporta la afirmación de un concepto de imputabilidad como posibilidad de atribuir la conducta ilícita a su autor, con prescindencia de un estado de enfermedad. Ello se debe a la atención que ha recibido la demanda de la psiquiatría moderna, según la cual, considerar no imputable a una persona afecta por perturbaciones psíquicas equivale a considerar que ésta no es autora

del hecho ilícito cumplido, sino la enfermedad que sufre; en otras palabras, significa librar de responsabilidad al sujeto, hacerlo sentir distinto y volverlo cada vez menos cuerdo.

La psiquiatría ha abandonado la búsqueda de un concepto científicamente válido de enfermedad mental y rechaza las clasificaciones desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo de las enfermedades. Son pocos los casos de perturbación psíquica en que los jueces pueden encontrar mediante la pericia psiquiátrica diagnósticos seguros en las cuales fundar la decisión sobre la existencia concreta de la capacidad de entender y de querer causalmente vinculada con una enfermedad mental.

Por lo tanto, la “crisis” del concepto de imputabilidad radica, por un lado, en la crisis del paradigma médico al cual referir la decisión judicial; por otro lado, la crisis se ha revelado igualmente en el hecho de que la jurisprudencia tiende, ya no a abandonar la noción de imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, sino a separar la evaluación de la capacidad de entender y de querer del estado de la enfermedad. Existe, para expresarlo de otra manera, una toma de conciencia cada vez más difundida sobre lo infundado de la relación lógica que se instaura, en el sistema penal, entre enfermedad y peligrosidad social. También se ha tomado conciencia de que la investigación del juez relativa a la imputabilidad debe desarrollarse en relación con las circunstancias del caso concreto, a las modalidades del hecho, al desarrollo intelectual y físico del autor, a su aptitud para autodeterminarse, a su carácter y personalidad, con prescindencia de presunciones de incapacidad vinculada con enfermedades mentales.

Así pues, si en un momento se entendía la imputabilidad como “capacidad de culpabilidad”, y por lo tanto, como calificación correspondiente al sujeto al que se puede dirigir la reprobación por haber infringido la ley, hoy se registra, en cambio, la tendencia a considerar imputables incluso a sujetos afectados por perturbaciones psíquicas, con el fin de considerarlos responsables a título de dolo o de culpa por los actos ilícitos cometidos, y de someterlos a responsabilidad civil o a medidas de seguridad alternativas a la prisión, cuya duración y modalidad es establecida en función de una determinación sobre la gravedad de la culpa o intensidad del dolo, determinación que no se considera impedida por el estado de incapacidad de entender y de querer del sujeto⁽²⁾.

(2) Corte de Casación, Sala Penal, sentencia del 19 de enero de 1994. Citada por: VISINTINI. *Fatti illeciti, II, La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*. 2a. Edición. Padua: 1998. pp. 25 y ss.

En sentido inverso, hay situaciones transitorias de perturbación psíquica y estados emotivos que son tomados en cuenta con el fin de considerar no imputable al sujeto autor de “hechos ilícitos”⁽³⁾. No hay que perder de vista, además, que la legislación de 1978 abrogó el artículo 420 del Código Civil, donde se preveía la posibilidad de desvirtuar la capacidad de obrar con la resolución de internamiento en manicomio. Hoy los enfermos mentales deben ser considerados capaces mientras no se pruebe lo contrario.

En definitiva, la legislación de 1978 refuerza el concepto de que la indagación sobre la imputabilidad debe desarrollarse de manera concreta, con prescindencia de presunciones de incapacidad vinculadas con enfermedades mentales. Por lo tanto, el recurso a un tratamiento sanitario obligatorio no es de por sí una prueba suficiente para excluir la imputabilidad del autor del daño. Asimismo, de las escasas sentencias al respecto resulta que las modalidades del hecho, sobre todo cuando es particularmente brutal y violento, son las que inducen al juez, luego de un procedimiento penal, a establecer la incapacidad de entender y de querer.

En conclusión, los jueces privilegian el criterio de la relatividad, y determinan, caso por caso, la aptitud para comprender el valor o disvalor de la conducta, así como la capacidad para determinarse de manera autónoma, y no bajo el efecto de impulsos inmotivados.

3 La responsabilidad del cuidador del incapaz.

En el artículo 2047, primer párrafo, del Código Civil italiano se dispone que:

“En caso de daño ocasionado por persona incapaz de entender o de querer, el resarcimiento es debido por aquel que estaba obligado a la supervisión del incapaz, salvo que demuestre que no pudo impedir el hecho”.

Se trata de una *fattispecie* de responsabilidad por hecho ajeno, análoga a la que corre por cuenta de los padres, pero que, a diferencia de esta última, no ha sido objeto de aplicaciones frecuentes.

Los elementos constitutivos de esta figura de responsabilidad por hecho ajeno, *ex* artículo 2047,

primer párrafo del Código Civil, son esencialmente dos:

a) La producción del daño por parte de un incapaz. Por lo tanto, es necesaria la demostración del estado de incapacidad para estos efectos.

b) La calificación del cuidador del incapaz.

En cuanto al régimen probatorio de la responsabilidad civil examinada, su sentido es el de permitir al cuidador la prueba liberatoria de no haber podido impedir el hecho; por lo tanto, el criterio de imputación de la responsabilidad radica en un defecto en la vigilancia del incapaz.

La problemática que la aplicación de esta norma ha suscitado concierne, sobre todo, a la individuación del sujeto que pueda ser definido como “cuidador”.

Es seguro que dicha cualidad corresponde a los padres, cuando el hijo menor de edad no tenga la capacidad de entender y de querer, ya sea por su propia capacidad natural, en atención a su poca edad, o por perturbaciones psíquicas o enfermedades mentales. La consecuencia es que, en este caso, los padres quedan exonerados de la responsabilidad con la sola demostración requerida por la ley, de no haber podido impedir el hecho, y no así con la demostración (requerida por la jurisprudencia en el ámbito de aplicación del artículo 2048 del Código Civil, redactado con términos equivalentes a los del artículo 2047 del Código Civil) de haber impartido una sana y adecuada educación^{(***).}

Naturalmente, la presencia simultánea de dos reglas de responsabilidad por el hecho cometido por el incapaz, una a cargo del cuidador, y otra a cargo de los padres, puede generar dificultades interpretativas, pero también inducir a la jurisprudencia a tener en cuenta, en mayor medida, las características individuales del autor del daño, y las modalidades del hecho dañoso realizado; puede inducirla, por lo tanto, a diferenciar el régimen de responsabilidad consiguiente.

En lo concerniente a otras figuras de cuidadores, debe recordarse que antes de la entrada en vigor de la legislación sobre la asistencia psiquiátrica de 1978, la jurisprudencia había considerado que revestían la calidad de cuidadores los enfermeros de hospitales

(3) VISINTINI. Op. cit.: p. 27.

(***)Nota del traductor: Código Civil italiano (1942): “Artículo 2048. Responsabilidad de los padres, tutores, preceptores y maestros de arte.- El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus hijos menores no emancipados, o de las personas sujetas a la tutela, que cohabitan con ellos. La misma disposición se aplica a las entidades de afiliación.

Los preceptores y los que enseñan un oficio o un arte son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus pupilos y aprendices durante el tiempo en que éstos se encuentren bajo su vigilancia.

Las personas indicadas en los párrafos precedentes quedan libres de responsabilidad solamente si prueban que no pudieron impedir el hecho”.



psiquiátricos, con respecto a los enfermos que se recuperaban en ellos.

De igual forma, no faltaban pronunciamientos judiciales de responsabilidad por defecto en la vigilancia a cargo las autoridades provinciales, a las cuales estaba confiada la competencia en torno de la asistencia psiquiátrica, en casos de daños ocasionados por enfermos mentales internos en hospitales psiquiátricos.

Luego de la reforma de 1978, y sobre todo, luego del abandono de la finalidad de vigilancia que caracterizaba la precedente legislación sobre los manicomios, ha surgido la pregunta sobre si todavía es posible asignar al personal sanitario la calificación de cuidador del sujeto-enfermo mental.

En efecto, la reforma de 1978 derivó en la erradicación de los delitos por omisión de vigilancia y por omisión de denuncia de las enfermedades mentales; por lo tanto, dicha abrogación implica que es posible proceder en busca de nuevos fundamentos de la responsabilidad por hechos ilícitos cometidos por los incapaces, porque en esta legislación se ha reconocido el rechazo por parte de los médicos-psiquiatras a ser considerados encargados de vigilancia, en lugar de ser simplemente médicos.

Es probable que en el estado actual de la nueva organización sanitaria se inicie una revisión de la noción

de “vigilancia” del Código Civil, y que se empiece a fundar una responsabilidad de tipo objetivo para las estructuras sanitarias, es decir, en función de deberes de protección y de cuidado que deben ser asignados a las estructuras y organización sanitarias, y ya no a los médicos y enfermeros individualmente considerados.

Entre estas estructuras sanitarias se comprende, igualmente, a los nuevos centros de sanidad mental diseminados a lo extenso del territorio, en los cuales la toma a cargo de la persona afectada por perturbaciones mentales no se produce mediante la hospitalización, sino a través de diversos tipos de tratamiento sanitario, que van desde el *day hospital* a las visitas domiciliarias, y a los encuentros programados entre el *é debate* de médicos y los pacientes.

Por lo tanto, la calificación del cuidador, que constituye el presupuesto de la aplicación de la disposición examinada, puede derivar directamente, y explícitamente, de la ley. Tal es el caso de los padres, de los tutores y de los profesores por el período de tiempo durante el cual los sujetos incapaces están confiados a su supervisión. Sin embargo, dicha calificación también puede ser deducida de criterios no explícitos, que emanan indirectamente de determinadas tomas de posición legislativas, como ha ocurrido en el caso de los enfermos mentales con la abrogación de los delitos por omisión de vigilancia y por omisión en comunicar a la autoridad las enfermedades mentales.

Además de ello, puede sostenerse que una convención también puede ser título para la asunción de un deber de vigilancia, y por lo tanto, de la responsabilidad respectiva, y lo mismo cabe decir incluso de una situación de hecho que sea tal que comporte, nítidamente, la asunción espontánea de la tarea de vigilancia de una persona incapaz, como una convivencia estable.

Es necesario tener presente, asimismo, que el artículo 2047, primer párrafo del Código Civil, prevé un tipo de responsabilidad que podría ser definido como “especial”; así pues, este régimen podría ser considerado como no susceptible de interpretación analógica.

En tiempos pasados la Corte de Casación ha afirmado, al respecto:

“La presunción de culpa *in vigilando*, que se considera base de la responsabilidad frente a terceros de aquel que está obligado a vigilar al incapaz, se refiere, en realidad, a aquellos sujetos a los cuales corresponde, por regla, tal obligación, en atención a sus cualidades, a su posición, o a la específica actividad profesional; por su carácter excepcional, ella no es susceptible de extensión a otros sujetos que no tengan dicho deber”.

Aunque la casuística es muy escasa, vale la pena prestar atención a algunos casos prácticos que testimonian la exigencia percibida por los jueces para configurar una responsabilidad a cargo de los servicios psiquiátricos, por los hechos ilícitos cometidos por los enfermos mentales, ya sea frente a terceros, o bien frente a sí mismos. En algún caso, en efecto, se tiene en cuenta el abandono de la concepción que magnifica la carga de vigilancia (la llamada *concezione custodialistica*), materializado por la legislación que reformó la materia, y sobre todo, con referencia a los tratamientos sanitarios que reciben la denominación de *open door*, es decir, al aire libre, sin internamiento en hospital.

A propósito de un homicidio cometido por un enfermo mental que era objeto de asistencia permanente por el servicio materno e infantil a cargo de la *Unità Sanitaria Locale* (U.S.L.) de una Municipalidad, se consideró que dicha U.S.L. no era responsable, porque al momento del hecho el enfermo mental no era menor de edad, ni estaba sujeto a interdicción; nada tuvo que ver, para ello, que el mismo sujeto hubiese sido autor, con anterioridad, de comportamientos tales que justificaron repetidas denuncias ante la autoridad policial.

Allí está, también, la casuística sobre los suicidios y daños sufridos por el enfermo mental mismo a causa del defecto de vigilancia por parte de los empleados dependientes del hospital o de la clínica, donde él se estaba recuperando.

Una decisión que ha dado inicio al debate en este terreno condenó a una clínica desde el punto de vista de la infracción de sus propios deberes de vigilancia por un caso de lesiones personales sufridos por una mujer, que, a causa de una fuerte depresión, se lanzó desde la ventana de la sede de aquella institución privada, con lo que terminó herida de consideración. En el caso concreto, los médicos habían incurrido en un clamoroso error de diagnóstico, al tomar por agotamiento nervioso un síndrome de esquizofrenia propiamente dicha. Esta fue la circunstancia que indujo a los jueces a censurar el defecto de asistencia por parte de la clínica, que se especializaba, por lo demás, en el tratamiento de enfermedades nerviosas.

En otra sentencia, pronunciada en relación con un suicidio ocurrido al interior de un hospital psiquiátrico, cometido por un paciente que se ahorcó utilizando las barras de la ventana de su habitación, los jueces consideraron que el evento se había verificado fuera de las posibilidades de previsión que podían ser tomadas por el personal sanitario en relación con las condiciones del ambiente. Así pues, optaron por eximir de responsabilidad al ente.

En otro caso, se condenó al director de una clínica en la cual se realizaban tratamientos sanitarios al aire libre, por haber autorizado la recuperación en una estructura inadecuada para recibirlo, a un esquizofrénico que al final se suicidó.

Similar, asimismo, fue el caso en que un enfermo escapó sin problemas de un nosocomio, y terminó arrollado por un tren. Los jueces censuraron el comportamiento de la dirección del centro sanitario.

Pero cuando la causa es planteada penalmente, y la demanda de resarcimiento se dirige contra los operadores sanitarios, los jueces declaran que estos se encuentran exentos de responsabilidad por el suicidio del enfermo; el motivo es que después de 1978, el administrador del ente psiquiátrico ya no es más un cuidador en sentido técnico, sino solamente un médico que interviene con profesionalismo. Se ha tenido en cuenta, por otro lado, que perseguir objetivos de recuperación puede comportar riesgos para el enfermo.

La culpa grave es necesaria para fundar la responsabilidad personal del psiquiatra por defecto de vigilancia.

Otro juez, en efecto, ha reconocido la responsabilidad de una psiquiatra, más bien joven y de poca experiencia, en un caso donde ella se negó a admitir el pedido de recuperación en hospital de un enfermo que sufría una grave depresión, y que se suicidó pocas horas después.

Y se han dado, en fin, otras dos sentencias de jueces de primera y segunda instancia, en las cuales se afirma la responsabilidad a cargo de los servicios psiquiátricos, y en particular de las U.S.L. por infracción de los deberes de vigilancia. Estos deberes tienen que cumplirse en forma tal de “garantizar un justo equilibrio entre la libertad de movimiento y desenvolvimiento de la personalidad de los sujetos sometidos a control y la necesaria protección de los terceros”.

Uno de los casos era el de un homicidio cometido por un enfermo mental que había sido considerado no imputable para efectos penales. En la sentencia, los jueces condenan a la U.S.L. a responder de los daños patrimoniales y morales. El segundo caso tenía relación con los daños reportados por un paciente, en contra de sí mismo, luego de una tentativa de suicidio.

Recientemente, la Corte de Casación ha identificado en las U.S.L. -hoy *Aziende Sanitarie Locali*, A.S.L.-, y por lo tanto, en los servicios psiquiátricos, a los entes que tenían que resarcir los daños causados a automóviles estacionados en las cercanías de un hospital, por parte de un interno de este centro, que se había apartado, sin problemas, hacia

los sectores adyacentes del local⁽⁴⁾. En la sentencia se lee que el ente responde por infracción del deber de proveer cuidados adecuados y eficientes.

4 La responsabilidad subsidiaria del incapaz.

En el artículo 2047, segundo párrafo, del Código Civil se dispone:

“En caso de que el damnificado no haya podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a tal vigilancia, el juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa”.

Esta es una disposición donde se prevé la responsabilidad subsidiaria del sujeto incapaz, que en el sistema del Código Civil puede ser sometido, por lo tanto, a un deber de reparación pecuniaria.

Hay que señalar, por encima de todo, que se trata de una disposición que en lo sustancial no ha sido aplicada. Su utilización práctica, en otras palabras, ha sido rarísima.

No es ilusorio presumir que las razones de la subrayada carencia de aplicación práctica de la norma pueden encontrarse tanto en el carácter subsidiario de la responsabilidad que allí se prevé –y por lo tanto, en la prioridad reconocida a la responsabilidad a cargo de padres y cuidadores, sometidos, por lo demás, a un régimen particularmente gravoso–, cuanto en un genérico favor por parte de los jueces frente a los incapaces, y en la atención suscitada por las condiciones económicas poco óptimas en que se encuentran los incapaces, ya sean menores de edad o enfermos mentales.

Sin embargo, en el marco de los nuevos criterios que fluyen de la legislación especial sobre la asistencia psiquiátrica, que se orienta hacia una mayor responsabilización de los enfermos mentales, sería de auspiciar una renovada atención por la normativa en examen, que prevé la responsabilidad a cargo del sujeto incapaz, la cual ha estado ausente, hasta el momento, en parte de la doctrina.

Algún autor se ha ocupado del argumento, pero aún estamos lejos del debate que ha tenido lugar en Francia, y que ayer ha sido muy bien descrito por Philippe Delebecque, desde que una ley introdujo en el *Code civil* el artículo 489-2, donde se ha dispuesto la responsabilidad por daños a cargo de los sujetos que actúan bajo el efecto de una perturbación mental (*trouble*

mental). Dicha ley, que ha intervenido en un sistema como el del *Code Napoléon*, en el que nada se decía en orden a la responsabilidad civil de los enfermos mentales, ha suscitado muchas polémicas en Francia, sobre todo en lo atinente a la compatibilidad entre la culpabilidad y la falta de discernimiento.

También existe discusión en lo relativo al punto de si es preferible la solución francesa de la reparación integral del daño, o bien la solución italiana de una equilibrada distribución de la carga del daño entre la víctima y el autor incapaz, con el recurso al concepto de justa indemnización, y por lo tanto, de la evaluación equitativa del juez.

Se ha indicado que una solución a promover sería, del mismo modo, el seguro obligatorio del enfermo que se encuentre sujeto a alguna forma de protección –como la interdicción, por ejemplo–; en cambio, para los sujetos que sufren perturbaciones psíquicas y no cuentan con dicha protección, se podría prever un fondo de garantía obligatorio para la cobertura de los daños por ellos ocasionados.

Sin embargo, se han abierto inquietantes interrogantes al respecto, debido a que es dudoso que la estadística de los accidentes, escasamente importante, pueda justificar el recurso al seguro obligatorio. Y como quiera que sea ¿acaso un seguro semejante puede acomodarse a la costumbre; se encontrarán las técnicas de seguro; a qué precio, en todo caso?

Como repito, estos son problemas de los cuales no se ha ocupado la legislación italiana. Por lo tanto, en el estado actual de nuestro sistema legislativo, no queda otra cosa que analizar la decisión normativa expresada en el artículo 2047, segundo párrafo, del Código Civil; hay que evaluarla en comparación con experiencias distintas y tomar en cuenta la separación que se lee en ella, de la lógica culpa-responsabilidad, la cual rige nuestra civilización desde la época de las primeras codificaciones de los Estados modernos. En efecto, si fuera posible hablar de culpa en este punto, se trataría de un concepto muy distinto del tradicional. También la noción de incapacidad de entender y de querer, como presupuesto de la responsabilidad subsidiaria del incapaz, y de la responsabilidad del cuidador, ha ido perdiendo su carácter original, que estaba vinculado con un estado de enfermedad mental, para adquirir un significado más concreto, en el marco de una presunción de capacidad mientras no pruebe, de modo circunstanciado, lo contrario (tal cual se establece en la sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil, No. 2483 de 1997). ☞

(4) Véase : VISINTINI. Op. cit.; p. 46.