

APUNTES COMPARATIVOS HISPANO- - PORTUGUESES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO*

Resumen: La autora de este trabajo realiza una comparación corta sobre el régimen de responsabilidad civil de las personas con discapacidad cognitiva, psíquica o psicosocial, entre el Derecho portugués y el Derecho español. En ambos casos se toman en consideración las reglas existentes antes y después de la modificación de ambos ordenamientos, con el fin de adaptarse a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. Se trata de una esta modificación ya realizada en el Derecho portugués y está en discusión parlamentaria en el caso español.

Palabras-clave: personas con discapacidad; capacidad jurídica; apoyo en el ejercicio de la capacidad; responsabilidad; imputabilidad.

Abstract: The author of this paper carries out a comparative study on the civil liability regime for persons with cognitive, psychic or psychosocial disabilities, between Portuguese Law and Spanish Law. In both cases, the rules existing before and after the modification of both legal systems, in order to adapt them to the New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities, are taken into consideration. This modification has already been made in Portuguese law and is under parliamentary discussion in Spanish law.

Keywords: persons with disabilities; legal capacity; support in exercising the legal capacity; liability; imputability.

* Catedrática de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela.
Orcid.org/0000-0002-9368-5066

I. Introducción

No es la primera vez que en un Libro Homenaje me asomo al tema de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad. Tras la publicación del que entonces era en mi país el “Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, escribí en el dedicado al Profesor Roca Guillamón un ensayo sobre el tratamiento de este asunto en el citado Anteproyecto, convencida de que su aparente escaso peso en el conjunto de la reforma, deducido del exiguo número de artículos que le eran dedicados, ocultaba en realidad un cambio rotundo en el sistema español de la responsabilidad civil¹.

Ya entonces puse de manifiesto que la cuestión de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad cognitiva, mental o psicosocial no había preocupado en exceso a los especialistas en Derecho de daños y tampoco había tenido una presencia jurisprudencial relevante hasta la fecha, al menos en el caso español. Sin embargo, mi convencimiento era y lo sigue siendo, que esta situación de irrelevancia relativa iba a cambiar en un futuro próximo.

A ello contribuirá, en primer lugar, el más que probable incremento de personas con discapacidad en los años venideros; por un lado, porque el aumento del número de personas ancianas acrecienta también el de quienes sufren demencias relacionadas con el envejecimiento; por otro, porque los avances científicos permiten alargar la vida a personas con características físicas y mentales generadoras de discapacidad que en otro tiempo conllevaban un seguro de muerte prematura.

Pero, además, una segunda y no menos importante razón sustenta la previsión señalada. Me refiero al cambio de paradigma sobre la discapaci-

¹ GARCÍA RUBIO, M^a P. “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Libro Homenaje al Pr. Roca Guillamón, Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños*, Joaquín Ataz López y José Antonio Cobacho Gómez (Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021. Pendiente de publicación en el momento de redactar este trabajo.

dad y su nuevo enfoque jurídico a raíz de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas hecha Nueva York el 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad² (en adelante CDPD). Como es bien sabido, se trata de un convenio internacional de derechos humanos que acoge el llamado “modelo social” de la discapacidad e impone a los Estados parte la obligación de respetar los derechos humanos de estas personas en las mismas condiciones que los de las demás. Entre esos derechos, el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en su doble dimensión de titularidad de los derechos y de capacidad para ejercitarlos (artículo 12 CDPD)³,

² Ratificada por el Reino de España en Instrumento de 2 de noviembre de 2007 y publicada en *BOE* de 23 de abril de 2008 y por la República portuguesa en 2009 (Resoluções da Assembleia da República nº56/2009 e nº57/2009 e Decretos do Presidente da República nº71/2009 e nº72/2009).

³ Sobre el significado y alcance del artículo 12 CDPD, GARCÍA RUBIO, M.^a P., “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, curso 2017/2018, pp. 143-191, espec. pp. 150 ss; también GARCÍA RUBIO, M.^a P., “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, M.^a C. Gete Alonso (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 39-61. El complejo proceso de negociación de este precepto es explicado con todo detalle por TORRES COSTAS, M.^a E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, BOE, 2020, espec. pp. 25-117. El citado artículo 12 fue objeto de la *Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley* (NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1). El Comité es un órgano previsto en la propia CDPD (artículo 34), compuesto por un máximo de 18 miembros (artículo 34), que ejerce su función de seguimiento de dos maneras: por un lado, responde con sus observaciones finales a los informes periódicos emitidos por los Estados (artículos 35 a 37) -En el caso de España, hasta ahora han sido tres: en 2011 el primero y en 2019 los dos combinados, segundo y tercero — Por otro lado, el Comité puede ser requerido a través de comunicaciones individuales susceptibles de derivar en sugerencias y recomendaciones (artículos 1 a 6 del Protocolo Facultativo de 13 de diciembre de 2006). Hasta el momento el Comité ha elaborado también varias observaciones generales; la primera referida, como se ha dicho, al reconocimiento de la capacidad jurídica en condiciones de

así como el derecho a su libertad y seguridad (art 14 CDPD) conllevan, sin duda, una mayor posibilidad de interacción de las personas con discapacidad con el resto de los seres humanos y, en consecuencia, mayor probabilidad de dañar y de ser dañados.

Como ya anticipé, las dos razones apuntadas hacen prever que en un futuro es más que probable que se incrementen los supuestos de daños extracontractuales causados por personas con discapacidad, así como las hipótesis en las que ellas puedan ser las víctimas lesionadas por otras personas.

El hecho de que en el tiempo transcurrido desde el escrito referido hasta ahora el Anteproyecto citado haya pasado a ser Proyecto de Ley⁴, en fase de enmiendas parlamentarias ya muy avanzada que hace prever su pronta aprobación, unido a que también en Portugal se ha operado un cambio legislativo para cumplir con los dictados del artículo 12 CDPD, a través de la Ley nº 49/2018, de 14 de agosto, *Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil*⁵, me han animado a seguir reflexionando sobre el tema de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, enfocándolo esta vez desde una nueva perspectiva: la que da la comparación corta de dos sistemas de responsabilidad civil vecinos, que en muchas cosas coinciden y en otras difieren de modo evidente. Sirva este diálogo hispano-portugués de pequeño homenaje al Profesor Sinde Monteiro, a quien conocí ya hace muchos años y con el que he mantenido una relación de profunda admiración profesional y entrañable amistad personal, aun en la distancia.

II. Punto de partida. El sistema de responsabilidad civil en Es-

igualdad (artículo 12 CDPD). Sobre el valor de los actos emitidos por este tipo de comités, que ha pasado en el ordenamiento español de su consideración como mero *soft law* a tener un valor vinculante tras la STS (Sala 3ª) de 17 de julio de 2018 (RJ 2018\3555), en relación con el cauce procesal adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité creado por otro Tratado de derechos humanos de las NU, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁴ Publicado en el *BOCG. Congreso de los Diputados*, de 17 de julio de 2020.

⁵ *Diário da República*, 1.ª série — N.º 156 — 14 de agosto de 2018.

pañá y en Portugal

El Código civil español contiene una cláusula general de responsabilidad civil, heredada del artículo 1382 del CC francés⁶, que se recoge en el artículo 1902 CC, conforme al cual “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a indemnizar el daño causado”. A partir de este texto es habitual en la literatura jurídica española enumerar cuatro presupuestos de responsabilidad: acción u omisión, daño, relación de causalidad y criterio de imputación, que en el caso del artículo 1902 CC es, precisamente, la culpa del agente. Para la mayoría de la doctrina y de la práctica judicial el presupuesto “culpa o negligencia” (en el que se debe incluir también el dolo) implica la exigencia de “imputabilidad civil” del autor del hecho causante del daño, quien solo si la posee podrá incurrir en responsabilidad. Esto significa que se parte de un concepto subjetivo de culpa, basado en una idea moral subyacente, en la que en ningún caso puede incurrir quien no es consciente de la ilicitud de sus actos. En consecuencia, por ser inimputables en sentido civil, no responden de los daños que causen los menores de edad, al menos hasta que no lleguen a unas condiciones de madurez que les haga aptos para incurrir en culpa en el sentido indicado; tampoco responden las personas adultas que carecen de lo que algunos denominan “capacidad de culpa”, como puede ser una persona con un grado de discapacidad cognitiva o intelectual que le impida apreciar correctamente las consecuencias dañosas de su actuación⁷; en definitiva, se estima que no puede ser jurídicamente responsable quien no lo es moralmente.

⁶ “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. El precepto ha pasado a ser el artículo 1240 desde el 1 de octubre de 2016, fecha de entrada en vigor de la Ordonnance n° 2016-131, de 10 de febrero de 2016. Además, según el antiguo artículo 1383 Code, actual 1241, “Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence”. Sobre el diferente significado de la “faute” en el CC francés y la “culpa” en el español, GARCÍA RUBIO, M^a.P., “El concepto de faute en el Avant Projet de Loi réforme de la responsabilité civile. Novedad y continuidad en el Código civil francés”, en *Culpa y Responsabilidad*, Prats Albertosa, L./ Tomás Martínez G. (Coord.), *Homenaje a Ricardo de Ángel*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 373-394.

⁷ MARTÍN-CASALS, M./SOLÉ FELIU, J., “Comentario al artículo 1902 CC”, en

La irresponsabilidad de los inimputables en Derecho español se apeja a la que, según el artículo 1903 CC, corresponde a los padres o tutores por los daños derivados de los actos cometidos por los menores o incapacitados que se encuentren bajo su guarda o autoridad. En concreto, en el caso de daños causados por personas sometidas a tutela, los tutores serán responsables de los perjuicios causados por sus pupilos menores o incapacitados “que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”. La doctrina discrepa sobre la posible extensión de esta responsabilidad directa del tutor por hechos del tutelado a otro tipo de situaciones de guarda, como la curatela o la guarda de hecho⁸, si bien se considera que,

Comentarios al Código civil, dir. Domínguez Luelmo, A, Lex Nova, Valladolid, 2010, 2051; ROCA TRÍAS, E./NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 7.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 119-120, mantienen que la persona inimputable civilmente por su escasa edad o por sufrir una enfermedad o deficiencia mental que le hace incapaz de entender y de querer las consecuencias de sus actos, no es responsable en los términos del artículo 1902 CC. En similar sentido, PARRA LUCÁN, M.ª A., *Curso de Derecho civil (II). Vol. II. Contratos y responsabilidad civil*, 5ª ed., 2020, 416-417, quien señala que el artículo 1902 no establece como presupuesto de imputación de la responsabilidad el de la capacidad del agente, pero añade que se debe partir del concepto de imputabilidad, es decir, de analizar en cada caso si el autor del daño tiene conciencia y voluntad, madurez de juicio suficiente como para conocer el significado de lo que es causar daño; si la respuesta es positiva, el autor debe responder. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General: delimitación y especies. Efectos y consecuencias*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, p 279 y pp. 280-282, citando la ley IX tit. I, Partida Séptima y apoyándose en otros autores, estima que para que pueda hablarse de culpa o negligencia es necesario que el agente sea subjetivamente imputable, o lo que es lo mismo, que tenga voluntad libre y capacidad de entender y de querer; no obstante el autor reconoce que el artículo 1902 no exige capacidad de obrar para que el que causa daño esté obligado a repararlo; añade que la capacidad que se precisa en el ámbito extracontractual no es la misma que en el contractual y termina considerando que existen suficientes razones para defender, al menos, una responsabilidad subsidiaria del incapaz para los casos en los que no existan guardadores o estos logren probar que actuaron con la debida diligencia para impedir el daño.

⁸ Respecto a si cabe incluir o no al guardador de hecho en el ámbito del artículo 1903, expone las posiciones encontradas en la literatura jurídica y práctica judicial españolas, BERENGUER ALBALADEJO, M.ª C., *Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad y de sus guardadores por los daños causados a terceros*, Madrid, Reus, 2017, pp. 78 ss.

de no ser aplicable el 1903 CC, el curador negligente en su función de vigilancia y control o incluso el guardador de hecho o los familiares cercanos en caso de que el autor del daño no estuviese incapacitado⁹, respondería por su propia actuación de conformidad con el artículo 1902 CC. La diferencia entre ambos preceptos reside en que en el caso de la responsabilidad por hecho propio la prueba de la culpa corresponde a la víctima, mientras que, en la responsabilidad por hecho de otro, en nuestro caso la persona no imputable, será el curador o guardador quien ha de probar que ha empleado “toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Por su parte el Código civil portugués contiene un principio general de responsabilidad civil, recogido en el artículo 483, según el cual: “ 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilícitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação ”. Claramente, la formulación es más limitada que la francesa o la española, en la medida en que pide que la lesión consista en la violación de un derecho subjetivo de otra persona o de cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos¹⁰, lo cual supone la exigencia expresa de ilicitud o antijuricidad de la conducta del agente. Además, se considera que la fórmula lusa reclama que esa conducta sea voluntaria¹¹ e imputable al agente a título de dolo o culpa¹². De este modo en

⁹ Desde hace algunos años en Derecho español se ha sustituido la expresión “incapacitado” por la de “persona con capacidad judicialmente modificada” en el convencimiento de que esta segunda, pero no la primera, es conforme con la CNU-DPD; no es esta mi opinión, pues la capacidad se tiene por el hecho de ser persona y la posee toda persona en condiciones de igualdad con las demás; por lo tanto ni se puede excluir, ni limitar, ni modificar, ni siquiera judicialmente.

¹⁰ Po lo que el Derecho portugués adopta el criterio de los derechos o intereses jurídicamente protegidos, al igual que hace, por ejemplo, el BGB, aunque la formulación portuguesa es más amplia al abarcar en el ámbito de protección a cualquier derecho subjetivo, como señala MENEZES LEITÃO, L.M., *Direito das Obrigações, vol. I. Introdução. Da constituição das obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 293, nota 593.

¹¹ En el sentido de que sea un acto de una persona y no un hecho natural, aunque no tiene por qué ser intencional.

¹² Con carácter general, porque en el 483.2 CC portugués se añade que “ Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”.

la literatura jurídica portuguesa se distinguen dos aspectos distintos en la actuación del causante del daño¹³: por un lado, la ilicitud, que encara el comportamiento del autor desde un ángulo objetivo, en cuanto supone la violación de valores defendidos por el ordenamiento; por otro, la culpa, que pondera el lado subjetivo de ese comportamiento, o sea, las circunstancias individuales concretas que lo envolvían, lo cual implica un juicio de censura sobre el agente en concreto¹⁴. Para que tal censura se produzca y se estime que concurre el requisito de la culpa es precisa la imputabilidad del agente, de forma que sin este requisito no hay responsabilidad; según el artículo 488 CC

- “1. Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório”.
2. Presume-se falta de imputabilidade nos menores de sete anos”.

Se dice que la imputabilidad¹⁵ supone un juicio de apreciación según el cual la persona responsable “podía e devia ter agido de outro modo”, lo cual implica, como señalé para el caso español, una cierta ligazón de la responsabilidad jurídica con la responsabilidad moral¹⁶. En principio, todas las personas tienen capacidad y, por lo tanto, son imputables; sin embargo, la norma presume la inimputabilidad de los menores de siete años; cumple advertir desde ahora que hasta que la citada Ley nº 49/2018, de 14 de agosto modificó el segundo párrafo del artículo 488 CC, se mencionaban también como presuntamente inimputables a “nos interditos por anomalia psíquica”.

No obstante, en el sistema portugués los inimputables civiles pueden ser condenados a indemnizar el daño causado en ciertas ocasiones, pues

Para ALMEIDA COSTA, M.J., *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Almedina, 1998, p. 503, la responsabilidad civil, como regla, presupone la culpa, que se traduce en una determinada posición o situación psicológica del agente para con el acto; solo excepcionalmente la ley se contenta con la existencia entre acto y agente de un puro nexo material (artículo 483.2, por ejemplo); son los casos de responsabilidad objetiva o por riesgo.

¹³ GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*, Quid Juris, Lisboa, 2007, p. 120.

¹⁴ ALMEIDA COSTA, p. 503.

¹⁵ GONZÁLEZ, p. 123 la equipara a la incapacidad natural.

¹⁶ GONZÁLEZ, p. 120.

el Código civil pertenece al grupo de los que, como el alemán o el italiano, incluyen una indemnización por equidad¹⁷ conforme a la cual, pese a que los autores del daño carecen de capacidad de culpa, el perjudicado puede reclamar al inimputable una compensación cuando no pueda obtenerla de las personas a las que corresponde su vigilancia. Para esta indemnización por equidad se tomará en cuenta, entre otros factores, la condición económica de agente y víctima de la lesión y tiene ciertas limitaciones; en concreto, el artículo 489 CC., bajo la rúbrica “Indemnização por pessoa no imputável”, establece que

“1. Se o acto causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância.

2. “A indemnização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos”

El Código civil portugués recoge, asimismo, la responsabilidad de las personas encargadas de la vigilancia o asistencia de los incapaces naturales y también en este caso se prevé una inversión de la carga de la prueba de la culpa, siendo estas personas encargadas las que han de probar que actuaron con diligencia o que lo daños se hubieran producido igualmente, en concreto, según el artículo 491 CC:

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

Aunque no existe unanimidad en la interpretación del término “incapacidad natural” en el precepto reproducido, que algunos identifican con el inimputable y otros consideran más restringido¹⁸, se venía entendien-

¹⁷ Aunque parte de la doctrina portuguesa prefiere hablar en el caso de responsabilidad objetiva; así ALMEIDA COSTA, p. 505, nota 1; GONZÁLEZ, p. 125. En contra, MENEZES LEITÃO, p. 317.

¹⁸ MENEZES LEITÃO, p. 326, quien entiende que la responsabilidad del vigilante no presupone la inimputabilidad del vigilado, sino solo su incapacidad natural, con

do que, por lo menos, debe ser aplicado a los vigilantes de los menores y de los interdictos o incapacitados¹⁹.

En definitiva y como colofón a este apartado, cumple decir que los Derechos español y portugués asumen un concepto subjetivo de culpa del agente que conlleva la exigencia de imputabilidad (civil) para que este pueda ser declarado responsable de los daños que causa; cuando por carecer de capacidad de entender y de querer no ha podido evitar la comisión del acto ilícito, ambos sistemas excluyen la culpa del agente y con ello, su responsabilidad en virtud del principio general que regula la materia. Por consiguiente, ni uno ni otro siguen el modelo francés, neerlandés o del *common law*, en los que el hecho de que el autor del hecho dañoso haya sido una persona con dificultades mentales que le impiden comprender el alcance de sus actos no es obstáculo para que estas personas sean declaradas responsables civiles y estén obligados *prima facie* a indemnizar a los dañados²⁰. Sin embargo, el Código civil portugués, a diferencia del español, si contempla una indemnización por equidad a cargo del inimputable por los daños que pueda causar cuando no sea posible obtener la debida reparación de las personas encargadas de su vigilancia.

Finalmente, en ambos ordenamientos la persona encargada de la vigilancia y asistencia de otra cuya discapacidad mental, intelectual o psicosocial le impida conocer el alcance de sus actos (incapacidad natural en el Derecho portugués, sometido a tutela en Derecho español, cuando menos) responderá de los daños causados por esta última; en tal situación ambos sistemas presumen la culpa del encargado de la vigilancia o asistencia del agente.

III. Los cambios operados por las leyes que modifican el régimen jurídico de las personas con discapacidad

lo que el vigilad puede ser considerado imputable (ex. artículo 488) y responder solidariamente con el vigilante.

¹⁹ GONZÁLEZ, p 136.

²⁰ La exposición con cierto detalle de estos sistemas en GARCÍA RUBIO, 2021. Pendiente de publicación.

1. Líneas generales de las reformas española y portuguesa

Antes de entrar a analizar los respectivos regímenes de responsabilidad conviene resaltar algunos de los puntos centrales de las reformas española y portuguesa en materia de discapacidad, ambas realizadas con la intención de adaptar sus respectivos ordenamientos jurídicos, y en particular sus Códigos civiles, a la CDPD y, especialmente a su artículo 12; lo haré de una manera comparativa.

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

En este punto la Ley portuguesa de 2018 ha tomado otra opción al modificar el artículo 138 CC, que ahora pasa a definir, o cuando menos a describir, al adulto que precisa acompañamiento (*acompanhamento*); según el citado precepto

“O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código”.

El legislador luso parte, pues, de la hipótesis de que la persona mayor de edad puede estar imposibilitada, por razones de salud, deficiencia o comportamiento, de la capacidad para ejercer sus derechos, por lo que ha de ser beneficiario de las medidas de acompañamiento previstas en la ley²¹.

²¹ Considera que el legislador estableció el ámbito de aplicación del instituto a través de la consagración de conceptos jurídicos indeterminados, PEREIRA, A. G.

En segundo lugar, en la proyectada ley española las medidas de apoyo son, por este orden, de naturaleza preferentemente voluntaria (medidas adoptadas por la propia persona con discapacidad, que pueden ser preventivas), fáctica o informal (guarda de hecho) y, solo de manera subsidiaria, judiciales (curatela o defensor judicial)²². Este planteamiento cohonesta con la idea general, dimanante del reiterado artículo 12 y de la Observación General Primera del Comité de seguimiento de la Convención, según la cual la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad deben de ser la guía de actuación de los legisladores nacionales. Con una aproximación diferente, parece a primera vista que la regla general en Derecho portugués va a ser el apoyo o acompañamiento de índole judicial (artículo 139 CC), aunque es cierto que a continuación se establece que la de medida judicial no tendrá lugar si el objetivo perseguido se halla garantizado por los deberes generales de cooperación y asistencia que correspondan en cada caso (artículo 140 CC)²³, lo que también parece conllevar el carácter supletorio o subsidiario de la medida judicial respecto de otras situaciones de cooperación y asistencia²⁴.

En tercer lugar, en el caso del Proyecto español ha desaparecido totalmente cualquier referencia al mejor interés o beneficio de la persona con

D., “O Maior Acompanhado e o Consentimento para Atos em Saúde”, in Monteiro, A. Pinto (Coord.), *O Novo Regime Do Maior Acompanhado*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2019, pp. 189-221, p. 198; “formulación amplia” es la expresión que utiliza PINTO MONTEIRO, P., “Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, *Pensar, Fortaleza*, v. 24, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 2019, espec. p. 7; para TÁVORA VÍTOR P. “Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída”, *Autonomia y capacitação. Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Neto, L/ Cossta Leão, (Resp.), Biblioteca Red, Porto, 2018, pp. 125-145, espec., pp. 131-132, se trata de conceptos con contenido no solo indefinido, sino particularmente amplio, con lo que se corre el riesgo de incluir figuras que deben quedar al margen del acompañamiento.

²² Artículo 250 CC español, según previsión del Proyecto de Ley.

²³ Lo que apela a los deberes familiares, según PEREIRA, p. 201.

²⁴ Este carácter subsidiario de la medida judicial quedaba mucho más claro en la Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade, presentada en 2017, por el Centro de Direito da Família de la Faculdade de Direito de Coimbra, y que finalmente no fue tomada en consideración por el legislador portugués.

discapacidad; atendiendo de nuevo a la mentada Observación General Primera, se ha considerado que el principio general en la materia no es el interés objetivo o beneficio de la persona con discapacidad, sino el respeto a su voluntad deseos y preferencias en los asuntos que le concierne. De nuevo no ha sido esta la opción del legislador portugués, pues son varios los preceptos reformados que presuponen o aluden al interés o beneficio del mayor acompañado como principio general de actuación (así, por ejemplo, arts. 140.1 143.2 o 146.1 CC)²⁵.

En cuarto lugar, el Proyecto español trata de seguir en lo posible la literalidad del artículo 12 de la CDPD y la interpretación auténtica del mismo realizada en repetida Observación General Primera²⁶, de modo que se entiende que las medidas de apoyo no voluntarias²⁷ no pueden suponer la sustitución de la actuación de la persona por discapacidad por la de quien le presta apoyo; en consecuencia, ni el guardador de hecho ni el curador ni el defensor judicial son, como regla general, representantes legales de la persona con discapacidad. Cuando, por excepción, su actuación haya de ser representativa por la imposibilidad de la persona con discapacidad para decidir o transmitir su voluntad, la actuación del representante ni

²⁵ La influencia del criterio del *best interest* en los tres preceptos citados es percibida por FONTES DA COSTA, M., “O reconhecimento da proibição do excessso como crittério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência”, en *Autonomia y capacitação. Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Neto, L/ Cossta Leão, (Resp.), Biblioteca Red, Porto, 2018, pp. 101-116, espec. p. 114. Para TÁVORA VÍTOR, p. 145, en el artículo 146.1 CC se apuesta por un patrón de naturaleza objetiva que se identifica con el *best interest*, y que es ajeno a las manifestaciones de autonomía del beneficiario.

²⁶ Además de las advertencias realizadas al respecto por el Estado español por el propio Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en relación con los tres Informes presentados por España sobre la aplicación de la Convención en 2011 (primero) y 2018 (conjuntos, segundo y tercero), en todo los cuales se menciona la necesidad de abolir en el ordenamiento español los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, como recoge, LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias en relación con su patrimonio*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 42 ss.

²⁷ En las voluntarias será la persona que las establece la encargada de especificar su contenido y límites, aunque hay que salvar, por supuesto, la posibilidad de un cambio de parecer por parte de la persona que las tomó.

puede ser sustitutiva ni puede estar guiada por el mejor interés de la persona con discapacidad, de modo que quien le preste apoyo ha de hacer todos los esfuerzos posibles por averiguar la voluntad hipotética de la persona con discapacidad²⁸. Por su parte, el legislador portugués, a pesar de reconocer que el acompañamiento ha de limitarse a lo necesario, lo cierto es que permite la actuación sustitutiva del acompañante, tanto en cuestiones de índole personal, como en las de naturaleza patrimonial (ad. ex. arts. 145, 1708, 1769, 1785, 1861 CC).

Finalmente, en ambos ordenamientos se produce un efecto *tsunami* o de ola expansiva de la nueva regulación que alcanza a todos los sectores y, muy en particular, al ámbito del Derecho civil²⁹. Como ya anticipé, me detendré en esa repercusión en el sector de la responsabilidad civil extracontractual.

2. Repercusión de los cambios normativos en el régimen de la responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad y de quienes le prestan apoyo

Ni la Ley española que está a punto de rematar su periplo parlamentario, ni la Ley portuguesa de 2018 que modifica el régimen jurídico del adulto acompañado, dedican demasiados preceptos a la cuestión de la responsabilidad civil por los daños causados por las personas con discapacidad en las que se centran ambas reformas. Esto no significa que el cambio producido en esta materia sea intrascendente, ni mucho menos.

²⁸ Según el párrafo tercero del artículo 249 del CC proyectado: “En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no querer representación”.

²⁹ Me parece muy expresiva la frase de LÓPEZ BARBA, p. 96, quien dice que la reforma del concepto de capacidad debería originar en el ordenamiento el mismo efecto que si se lanzara una piedra en un estanque en calma.

Trataré a continuación de mostrar el alcance de ese cambio en ambos ordenamientos.

Comenzando de nuevo por el Derecho español, dos son los artículos del Proyecto de Ley que tienen incidencia directa en el tema que nos ocupa y que afectan al Código civil³⁰. El primero es el proyectado artículo 299 CC, a cuyo tenor:

“La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”³¹.

El segundo de los preceptos citados hace referencia a la eventual responsabilidad de quienes presten apoyo a las personas con discapacidad. El Proyecto de Ley modifica el actual párrafo tercero del artículo 1903 CC, que pasa a estar limitado a la responsabilidad de los tutores de los menores de edad, en línea con la reserva de la tutela para estos que se hace en la reforma; además, y por lo que ahora interesa, añade un nuevo párrafo al artículo 1903 CC, que pasa a establecer lo siguiente:

“Los curadores con facultades de representación plena lo son [responsables] de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella”.

Comentaré brevemente ambas disposiciones, respectivamente referidas a la responsabilidad civil de la persona con discapacidad y a la de

³⁰ En el Derecho español existe una poco afortunada duplicidad de normas, no armonizadas, sobre la responsabilidad civil, tema que se regula en el Código civil cuando el ilícito no está tipificado como delito o falta y en el Código penal cuando sí lo está. Tal situación, que se arrastra desde el siglo XIX, plantea una multitud de problemas que no puedo tratar aquí; baste señalar que para mantener la coherencia del nuevo régimen de la discapacidad el Proyecto de Ley de 2020 modifica, además del citado artículo 1903 del CC, el primer párrafo de la regla 1ª del artículo 118 y el número 1ª del 120, ambos del Código penal. Por razones de espacio, no me detendré en el análisis de estos dos preceptos.

³¹ En el curso de la tramitación parlamentaria varias enmiendas propusieron la sustitución de la remisión a los arts. 1902 y 1903 del Código civil, a lo establecido en el Capítulo II, del Título XVI del Libro IV del Código civil, esto es, al régimen jurídico de la responsabilidad civil contenido en el texto codificado; la modificación es técnicamente acertada, por lo que, con probabilidad rayana en la certeza, se incorporará al texto definitivo de la ley.

uno de sus apoyos, en concreto, el curador cuando posea facultades de representación plena.

El texto reproducido en primer lugar acaba con la exención de responsabilidad civil de las personas con discapacidad mental o psicosocial cuando esta les impida calibrar el eventual alcance dañoso de sus actos. En síntesis, con la norma propuesta en Derecho español se eliminará en este tipo de situaciones el requisito de la imputabilidad civil y, como consecuencia, se puede decir, sin asomo de duda, que se cambia radicalmente el concepto de culpa del artículo 1902 CC hasta ahora sustentado por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia. Curiosamente, el cambio radical se produce sin que este último precepto, que contiene la cláusula general de responsabilidad civil, haya sido modificado ni siquiera mínimamente.

Es cierto que a pesar de la interpretación de la culpa del artículo 1902 CC como una idea puramente subjetiva, sustentada hasta ahora por la mayoría de los autores, en puridad no existe obstáculo alguno para entenderla de otra forma³², incluso de una puramente objetiva; y ello sin necesidad de cambiar ni un ápice el tenor literal de la cláusula general³³. Basta para demostrarlo el contraste con el Derecho francés, cuyo Código civil mantiene como se ha dicho una cláusula general muy similar a la española, lo que no ha impedido la interpretación objetiva de la “*faute*” por parte de los autores y la jurisprudencia del país gallo. Además, inte-

³² No faltan indicios sobre que en el Derecho español la culpa se concibió como hecho generador de la responsabilidad y no únicamente como criterio de imputación a su autor; es significativa la Base 21 de la Ley de Bases de 1888, que estuvo en el origen del Código civil español de 1889, de conformidad con la cual “... se fijarán los efectos de la culpa o negligencia, que no constituyan delito ni falta, aun respecto de aquellos a cuyo cuidado o dependencia estuvieran los culpables o negligentes, siempre que sobrevenga perjuicio a tercera persona”. Es notorio que las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otras por cualquier razón son aquí calificadas directamente de culpables.

³³ Así lo entiende PANTALEÓN DÍAZ, M., “La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal”, *InDret*, 2017-3, pp. 9-14, quien cree que “categorías como la de la imputabilidad o, en general, la culpabilidad —tan firmemente arraigadas, con buen sentido, en el ámbito del Derecho penal— no tienen cabida en la teoría de la responsabilidad civil extracontractual”. También abogan por la concepción objetiva de culpa SEUBA, J.C./FARNÓS, E./FERNÁNDEZ, A., “Daños causados por personas con trastornos mentales”, *Indret*, 2/2004, pp. 1-28.

resa resaltar que incluso en el Derecho español, sin haber alcanzado ni mucho menos el punto al que ha llegado Francia, pueden atisbarse trazas jurisprudenciales en el sentido de que la culpa mencionada en el artículo 1902 CC no solo apela al grado de discernimiento del autor del acto ilícito, sino que también conlleva un elemento comparativo entre el comportamiento realizado y el comportamiento debido en el sentido de exigido por el ordenamiento, incluso con independencia del autor, lo cual introduce un factor de objetivación de la citada culpa³⁴; todo ello, por supuesto, sin necesidad de modificar el sacrosanto artículo 1902 CC³⁵. Obsérvese, además, que se trata de una genuina regla de responsabilidad del agente culpable, basada en una concepción objetiva de culpa que la equipara a la conducta jurídicamente desaprobada con independencia de su autor; por consiguiente, no estamos ante una obligación subsidiaria de indemnizar por equidad, al modo portugués, alemán o italiano.

³⁴ STS de 18 de marzo 2016, RJ 2016\983, en la que se puede leer: “La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa -demostración de que «faltaba algo por prevenir»-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC”. A continuación, y esto es lo que me interesa ahora resaltar, la sentencia añade “La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar...”.

³⁵ La jurisprudencia menor recoge varios casos en los que claramente se parte de un concepto objetivo de culpa, precisamente en daños derivados de explosiones o incendios causados por enfermos mentales o personas ancianas con discapacidad mental, y en los que se aprecia la culpa prevista en el artículo 1902; entre otras SAP de Badajoz, de 10 de septiembre de 2001 y SAP Barcelona de 1 de febrero de 2012, ambas citadas y explicadas por BERENGUER ALBALADEJO, pp. 28 ss.

Con el nuevo texto la culpa en sentido jurídico se desgaja de la idea tradicional que la vincula con la culpa moral del autor que daña, para centrarla en una nueva moralidad que piensa, sobre todo, en las víctimas y conforme a la cual, en la medida de lo posible y sea quien sea el autor del comportamiento que da lugar al daño, todas las víctimas han de ser resarcidas³⁶.

Pero es que, además, en mi opinión y tomando en consideración el nuevo paradigma sobre la discapacidad que dimana de la CDPD, creo que este renovado concepto de culpa también encaja mejor que la visión más tradicional en los postulados éticos y jurídicos derivados del reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad en iguales condiciones que los demás, tal y como exige el artículo 12 del texto convencional³⁷. Hablo ahora de una ética no centrada en la víctima del daño, sino precisamente en su autor: la que deriva de que la persona con discapacidad sea tratada, también a efectos de responder civilmente de sus hechos dañosos, sencillamente como las demás; en definitiva, que la persona con discapacidad no sea ni estigmatizada ni discriminada incluso a efectos de responder de sus actos³⁸.

³⁶ Como dice CARBONNIER, J., *Droit et passion du droit sous la V République*, París, Forum Flammarion, 1996, p. 152.

³⁷ Aunque el citado artículo 12 CDPD alude a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en su doble dimensión de titularidad y ejercicio de los derechos y no menciona expresamente ni las obligaciones ni la correlativa responsabilidad, la lectura de los trabajos preparatorios evidencia que el concepto de responsabilidad se ha de considerar también implícito en este precepto, como se explica con más detalle en TORRES COSTAS, M^a.E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, BOE, 2020, pp. 327 ss; GARCÍA RUBIO, 2021, pendiente de publicación. Pone de manifiesto la correlación entre capacidad (patrimonial) y responsabilidad (patrimonial), LÓPEZ BARBA, p. 95. Por su parte, MEDINA ALDOZ, M. "Persona protegida y responsabilidad civil. Reflexiones de *iure condito* y Propuestas de *iure condendo*", en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Pereña Vicente, M. (dir.), Madrid, Dykinson, 2018, pp. 457-493, considera que si la regla es la capacidad de obrar de todas las personas, ha de concluirse también el reconocimiento de la responsabilidad civil por los daños causados.

³⁸ En palabras de un autor francés, aunque con una fórmula que para su entera aceptación precisaría de la correspondiente adaptación terminológica, que una concepción errónea de la responsabilidad civil por culpa no lleve "à amputer les

En síntesis, la explicación de un cambio tan radical en torno a la responsabilidad civil de las personas con discapacidad me parece sencilla: si la persona tiene capacidad, ha de tener también responsabilidad por los daños que cause, siguiendo las mismas reglas aplicables a cualquier otra persona³⁹. Si se prefiere decir de otro modo, la persona con discapacidad es titular de derechos, pero también de obligaciones, pues no puede haber capacidad sin responsabilidad, como expresamente se reconoce en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley⁴⁰.

Por lo que respecta a la responsabilidad de quienes apoyan a la persona con discapacidad causante de un daño a un tercero, el texto reproducido más arriba menciona únicamente a los curadores con facultades de representación plena, para declararlos directamente responsables de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella. De darse ambas circunstancias de modo cumulativo los responsables lo serán de manera solidaria con la propia persona con discapacidad autora del hecho dañoso. En este caso, en virtud del último párrafo del citado artículo 1903 CC, serán los mencionados curadores quienes habrán de probar la ausencia de culpa por su parte.

Conviene advertir que este tipo de apoyo en la que el curador tiene facultades de representación plena se configura en el Proyecto de Ley como una situación absolutamente excepcional, que únicamente se dará en aquellos casos en los que la persona con discapacidad no pueda ma-

malades mentaux d'une partie de leur humanité" (BRUN, 2018, 205). si preferimos las palabras de una parte muy importante de la doctrina anglosajona "to deny responsibility for actions is to deny one's status as a person (BROMBERGER, 2010, 424, resumiendo el pensamiento, que no comparte, de otros reputados autores pertenecientes al ámbito del *common law*).

³⁹ Como muy bien dijo en 2018 el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de ley que sirvió de antecedente al Proyecto de 2020 "El reconocimiento de plena capacidad a las personas con discapacidad implica, por lo demás, la atribución de la correspondiente responsabilidad civil".

⁴⁰ Don de se dice: "Asimismo la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno".

nifestar de ningún modo su voluntad, deseos y preferencias, ni pueda ser interpretada dicha voluntad a pesar de haberse hecho para ello un esfuerzo considerable⁴¹; se trata, pues, de situaciones límite en las que la interacción social de la persona concernida será probablemente escasa, por lo que es previsible que serán muy pocos los casos en los que esta responsabilidad del curador representativo pleno entrará en acción.

Nada obsta para que cualquier otra persona encargada de prestar apoyo que actúe negligente o dolosamente en el desempeño de sus funciones responda también por los daños causados a la persona que preste apoyo (vid. proyectado artículo 294 CC), o por los que esta cause a terceros, ahora en virtud de la cláusula general del artículo 1902 CC, siempre que tal desempeño se haya producido con culpa, entendida del modo objetivo más arriba indicado.

Respecto a la posible exoneración de responsabilidad tanto de los curadores mencionados en el art 1903 CC como de todos quienes presten apoyo y puedan incurrir en responsabilidad en virtud del artículo 1902 CC, es de interés plantear el valor que pueda tener el rechazo de la persona con discapacidad a utilizar el apoyo que precisa. Al respecto mi postura es que a pesar de que el Proyecto no reconoce de manera explícita que la persona con discapacidad pueda rechazar el apoyo, tal posibilidad es una derivación necesaria del sistema propugnado por la CDPD que hace primar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad sobre cualquier otra consideración; por lo tanto, el rechazo al apoyo es un derecho que debería incluirse de modo expreso en la nueva Ley⁴² y que, de producirse, exoneraría de responsabilidad al encargado de prestarlo.

Pasando ya al Derecho portugués, permítanme comenzar señalando que los preceptos modificados en materia de responsabilidad civil con motivo de la Ley de 2018 sobre el mayor acompañado todavía son más escasos que en el Proyecto español. En realidad, solo un artículo del régimen de responsabilidad civil se ha visto expresamente afectado; se trata del artículo 488 CC donde, como ya se ha expuesto, se reconoce el requi-

⁴¹ GARCÍA RUBIO, 2017/2018, p. 182.

⁴² GARCÍA RUBIO, 2021, pendiente de publicación. En el mismo sentido en relación al Anteproyecto de 2018 y con justificaciones prolijas, TORRES COSTAS, 2020, pp. 340 ss.

sito de la imputabilidad para apreciar la responsabilidad al establecer que no responde de las consecuencias del hecho dañoso quien “no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório”. Este primer párrafo ha permanecido inmutable en la nueva Ley, la cual se ha limitado a suprimir en el segundo párrafo, donde se recoge una presunción legal de inimputabilidad, la mención al interdicto por anomalía psíquica, de modo que a partir de la entrada en vigor de la reforma la presunción de inimputabilidad solo afecta a los menores de siete años⁴³.

Es cierto que la inimputabilidad tal y como se define en el precepto citado no se basa en la discapacidad del agente, sino en que “por cualquier causa” se esté incapacitado para entender o querer; pero también lo es que muchas personas con discapacidades mentales, psíquicas o psicosociales pueden encontrarse en esta circunstancia y, por tanto, serán considerados inimputables aunque para ello el mayor acompañado o su acompañante hayan de probar tal situación. No estoy en absoluto convencida de que la mera supresión de la presunción del párrafo segundo sea suficiente para estimar que el trato dado en este punto por el Derecho portugués a las personas con este tipo de discapacidad sea del todo conforme con las exigencias de la CDPD.

No parece que sea suficiente para argumentar en contrario que estas personas con dificultades para entender y querer que causan daño a otro de manera involuntaria pueden responder por equidad en los términos del artículo 489.1 CC, pues como ya hemos tenido ocasión de exponer, esta responsabilidad es subsidiaria en relación con la de sus vigilantes, que serán los acompañantes en el caso del mayor acompañado. Esto quiere decir que el trato que reciben no es idéntico al de las demás personas, quienes responden directa y no subsidiariamente y cuya res-

⁴³ En la ya citada Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade, presentada en 2017, por el Centro de Direito da Família, esta supresión de la mención al interdicto por anomalía psíquica, del párrafo 2 del artículo 488, era, igualmente, la única modificación propuesta en el régimen del responsabilidad civil del Código portugués.

ponsabilidad no se halla limitada en los términos del párrafo segundo del citado artículo 489⁴⁴.

Por lo que respecta a la responsabilidad del acompañante, la reforma ha mantenido inalterado el artículo 491 CC y con él la presunción de culpa del vigilante del incapaz natural; si el acompañamiento conlleva esta condición, como parece deducirse la más de las veces del reformado artículo 138 CC, será el acompañante quien habrá de responder de los daños causados por el mayor acompañado, presumiéndose además su culpa en la labor de acompañamiento.

IV. Conclusión

Tanto el legislador portugués como el español han abordado la reforma del régimen de las personas mayores de edad con discapacidad, si bien está todavía inconclusa en el caso español, que en el momento de escribir estas líneas está a punto de aprobar la Ley de modificación del Código civil y otras leyes que afectan a la cuestión.

En el caso español la reforma va a suponer un cambio profundo en el régimen de responsabilidad civil de las personas que causan daño a otro, aunque carezcan de la facultad de querer y de comprender el alcance de sus actos; estas personas pasan a responder de los daños causados en idénticas condiciones que los demás. Con ello se modifica radicalmente la idea de culpa prevista en la cláusula general del 1902 CC español, que ha de ser considerada a partir de ahora en un sentido puramente objetivo equivalente al comportamiento que se aparta del exigido por el ordenamiento, con independencia de su autor; desaparece pues, al menos para los mayores de edad, el criterio de la imputabilidad como exigencia de la culpa.

No sucede lo mismo en el caso portugués, donde se mantiene el criterio de la inimputabilidad de los que involuntariamente se hallan incapacitados para entender y querer. Si bien se ha suprimido la presunción legal de que las personas con una discapacidad de este tipo son inim-

⁴⁴ Conforme al cual “A indemnização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos”.

putables, lo cierto es que en un buen número de casos la prueba de que efectivamente lo son parece sencilla, con lo que se sigue consagrando su irresponsabilidad por culpa y, con ello, su tratamiento no igualitario con el de las demás personas. Sigue existiendo la indemnización por equidad que se contemplaba antes y después de la reforma, a la que pueden estar obligados los mayores acompañados y en general las personas con discapacidad mental, en caso de que la víctima del daño causado por estas no haya podido obtener la reparación por parte de las personas encargadas de su acompañamiento o vigilancia. En ambos sistemas los encargados del acompañamiento o apoyo responden cuando faltan a sus deberes de cuidado para con el mayor acompañado o con discapacidad.

En síntesis, con toda humildad, pienso que el sistema adoptado por el Proyecto de ley español es más acorde con los principios de la CDPD y, más en concreto, con su artículo 12, en la medida en que impone la responsabilidad *tout court* de las personas con discapacidad en las mismas condiciones que los demás, lo cual, con los matices que he indicado, no hace el legislador portugués.

Es posible que algunos sigan siendo de la opinión de que la exigencia de imputabilidad civil a los mayores de edad y, por ello, la exención de responsabilidad de las personas que no alcanzan a prever las consecuencias dañosas de sus actos debido a una discapacidad mental o psicosocial que altera su voluntad y la percepción de la realidad, es una regla que las favorece y protege y que, precisamente por ello, se debe mantener. A mi juicio, lo que sucede en realidad es que las estigmatiza y las discrimina; la exención puede llevar a pensar a muchos que estas personas suponen un peligro para la sociedad que esta no está en condiciones de evitar salvo marginándolas e incluso aislándolas; con este planteamiento lo más conveniente sería, tal y como se ha venido asumiendo en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno⁴⁵, no tratar con ellas o hacerlo lo menos posible, pues la relación con estas personas incrementaría el riesgo de sufrir un daño, para el que en buena parte de los casos no habría reparación o esta no sería integral. En fin, consecuencias, todas ellas, poco compatibles con la inspiradora CDPD.

⁴⁵ Como señala TÁVORA Vítor, pp.125-126, la respuesta que solían dar los ordenamientos jurídicos a las personas con problemas en su capacidad de entender y de querer, era la de su confinamiento y la tendencial paralización de su actuación jurídica que pretendía resguardarlas de su propia actuación nociva.

No debemos olvidar, además, que el fundamento último de la responsabilidad civil en los sistemas español y portugués está en el resarcimiento de la víctima del daño, fundamento poco compatible con la tradicional exoneración de los considerados civilmente inimputables. En definitiva y desde todos los puntos de vista, creo que la regla que suprime el requisito de la imputabilidad para los mayores de edad, equiparando a quienes tienen discapacidad con quienes no la tienen a efectos de responder de sus actos, es la que deriva del artículo 12 CDPD y es, por añadidura, la más coherente con los principios que sustentan la responsabilidad civil.