

SALUD MENTAL Y DERECHO CIVIL: ENCUENTROS Y CONTROVERSIAS

Xavier O'Callaghan
Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho civil

Proemio

La persona, centro del Derecho

Se ha dicho, desde la época del Derecho romano, que *la persona es el centro de todo el Derecho* y lo es, efectivamente, ya que todas las normas jurídicas y toda la filosofía y la ciencia del Derecho gira alrededor de la persona. Se pretende organizar la convivencia del modo más justo posible, atender las necesidades e intentar solucionar los problemas. El Derecho, también se ha dicho siempre, es la vida misma, ya que él, la regula directamente y ella le influye decisivamente.

El *concepto de persona*, hoy, se hace coincidir con el de ser humano, lo que no siempre ha ocurrido, pues en tiempos pretéritos el esclavo o el privado penalmente de personalidad (muerte civil) carecían de este concepto e incluso el ingresado en orden religiosa. Y el ser humano es la *persona física*, hombre o mujer, y la *persona jurídica* como organización de seres humanos en asociaciones, sociedades y fundaciones, públicas o privadas.

La persona, en sentido técnico-jurídico es *todo ser a quien el Derecho acepta como miembro de la Comunidad*; asimismo, desde otro punto de vista, es el *ser capaz de derechos y obligaciones*, como aptitud para ser titular (capacidad jurídica) distinta de la aptitud para ejercerlos (capacidad de obrar).

La personalidad es la *cualidad inherente a la persona como tal*. Es la condición de persona. La personalidad guarda íntima relación con el concepto dado de persona. La personalidad jurídica es una situación jurídica subjetiva, una cualidad o aptitud reconocida por el Derecho al hombre y a ciertas organizaciones sociales. Si persona es el ser humano,

sujeto de derecho, y personalidad la condición de persona, también puede entenderse por personalidad la *aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas*, sujeto de derecho: se es persona, se tiene personalidad. Con lo cual se llega a la siguiente conclusión: es coincidente el concepto de personalidad con el de capacidad jurídica, aunque aquél es presupuesto de ésta. La constitución de 1978 recoge el valor esencial de la persona. El artículo 10 dice que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social*. Se considera, pues, persona al hombre revestido de su dignidad y titular de unos derechos inviolables. Al mismo tiempo se reconoce el libre desarrollo de la personalidad.

La persona, centro del Derecho civil

La persona es el centro del Derecho, como se ha dicho; y se debe añadir que la rama del Derecho en que más se acusa tal afirmación es el Derecho civil, ya que éste *es el que comprende el Derecho privado, salvo el mercantil* (que en realidad es el mismo, aplicado a la empresa) *y el laboral* (que también es el mismo, que ha desarrollado el contrato civil de prestación de servicios) y el Derecho privado es el que regula las relaciones entre los seres humanos, es decir, entre las personas, en sus intereses privados.

En derecho civil se produce, muy acusadamente, la influencia de la realidad en el mismo: los cambios sociales, económicos y políticos inciden directamente en él, tanto en el sentido de que dan lugar a una producción legislativa al compás de los cambios, como en el sentido de que varía la interpretación de la misma norma jurídica. Un ejemplo elocuente lo constituye el Código civil alemán (B.G.B.); se promulgó en 1896 y entró en vigor el 1 de enero de 1900; bajo su vigencia se ha sucedido el Imperio (II Reich), la República (de Weimar), el nazismo (III Reich), la democracia (República federal) y la actual Alemania unificada; el B.G.B. se ha mantenido incólume, sin perjuicio, claro está, de modificaciones parciales. Lo mismo ha ocurrido con el Código civil español, de 1889.

La persona, su psique y el Derecho civil

Se la *psique* es el alma humana, la *psicología* la ciencia que estudia los procesos mentales de las personas y la *psiquiatría*, la ciencia que trata de las enfermedades mentales, se comprende que el Derecho civil tiene una esencial relación con estos temas, y, en general, con el amplísimo de la salud mental, no sólo entendida como una posible enfermedad, sino como una realidad que el Derecho no puede ni debe ignorar.

Ciertamente, son muy numerosas las normas del Derecho civil que guardan relación con la salud mental. Se pueden contemplar los *encuentros y controversias* en las distintas partes en que se divide:

- en el estudio de la *capacidad* es donde tiene más importancia la cuestión de la salud mental; se refleja directamente en la incapacitación y en el internamiento;
- en *derecho de obligaciones y contratos* es esencial la capacidad, para lo que tiene trascendencia la salud mental;
- en *derecho de familia*; es también esencial en el matrimonio, cuyo presupuesto básico es el consentimiento y es preciso analizar la crisis matrimonial, con sus inevitables desacuerdos; incluye asimismo en la patria potestad y en la tutela;
- en *derecho de sucesiones*, es asimismo esencial para la capacidad para testar (testamentificación activa) y su apreciación;
- finalmente, en materia de *responsabilidad* es preciso, para su consideración y para la valoración del daño.

Capacidad

Capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La *capacidad jurídica* es la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y de deberes jurídicos; corresponde a todo ser humano; el ordenamiento jurídico no da la capacidad al ser humano, sino que se la reconoce; la capacidad jurídica coincide con la personalidad; toda persona –ser humano- tiene capacidad jurídica –personalidad- por el hecho de serlo. Por lo que es igual e intangible para todo ser humano.

Distinta de ésta es la *capacidad de obrar*; es la aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y de los deberes jurídicos. No es igual para todos, sino que depende del estado civil; si en cada caso y para cada acto jurídico, se precisara examinar la concreta salud mental del sujeto, la vida jurídica devendría un caos; por ello, en aras de los principios de justicia y de seguridad jurídica se aplican criterios objetivos, basados en los caracteres subjetivos del ser humano. De lo que se desprenden los llamados *grados de la capacidad de obrar*.

Efectivamente, si la salud mental fuera elemento a probar y verificar en cada acto jurídico concreto para ver si el sujeto tiene o no capacidad, la vida jurídica –y no olvidemos que ésta es la vida misma- se paralizaría. Por ello, se establecen unos grados de capacidad de obrar y se parte de ellos para la capacidad de sujeto y la eficacia del acto jurídico; a salvo, claro está, que se pruebe que el sujeto carecía de la *salud mental* mínima para realizarlo.

La idea es, pues, que la salud mental es presupuesto fáctico del acto jurídico, pero no se tiene que demostrar en cada caso, sino que se determina la capacidad por unos grados y dentro de ellos, los actos jurídicos son válidos. Por el contrario, se tiene que demostrar que en el caso concreto el sujeto carecía de la mínima salud mental, para que se declare la invalidez del acto. Este es el *primer encuentro y controversia entre salud mental y Derecho civil*.

Los *grados de la capacidad de obrar* son los siguientes:

- *plena*: corresponde a la persona *mayor de edad*; es la capacidad de obrar máxima, la tiene para todo acto jurídico, salvo excepciones; dice el artículo 322 del Código civil: *el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código*; el mayor de edad, con capacidad de obrar plena, actúa por sí mismo y recibe los efectos de los actos que realiza;
- *incapacidad*: corresponde al *menor de edad*; es el grado inferior de la capacidad de obrar, carece de la aptitud para ejercer sus derechos y cumplir sus deberes; él no actúa en el mundo jurídico, sino otra persona que es su representante legal, que son los titulares de la patria potestad o el tutor; pese a lo dicho, también es cierto que el menor tiene una esfera de capacidad genérica para ciertos actos para los que el ordenamiento reconoce que puede realizar por sí mismo;
- *capacidad restringida*: es el grado intermedio de la capacidad de obrar; la persona con esta capacidad actúa por sí mismo en el mundo jurídico, pero precisa de un complemento de capacidad para la validez de ciertos actos jurídicos, que el Código lo denomina “asentimiento”, “consentimiento”, “autorización” u otras parecidas expresiones. Tal complemento lo otorgan los anteriores titulares de la patria potestad o el curador. Corresponde *al menor emancipado*, *al incapacitado parcial* en que así se haya determinado en la sentencia y el constituido en estado civil de *prodigalidad*;
- *especial*: es la que corresponde a la persona que ha sido constituida en estado civil de *incapacitado*; no es lo mismo que incapacidad y es una privación total o parcial de la capacidad de obrar a una persona determinada, por una sentencia.

La incapacitación

Una persona puede sufrir unos trastornos de la salud mental en grado suficiente para que le sea privada total o parcialmente su capacidad de obrar; sin embargo, esto es algo que tiene tal trascendencia jurídica que sólo se puede declarar en sentencia y tras un proceso judicial. Está regulado en el Código civil (artículos 199 y ss.) y el trámite procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 756 y ss.). Este es el *segundo encuentro y controversia entre salud mental y Derecho civil*.

Por tanto, según lo dicho, la incapacitación es la *privación total o parcial de la capacidad de obrar a una persona física, en principio capaz, por sentencia, por causas fijadas en la ley*. La privación es de la capacidad de obrar, nunca de la jurídica que es consustancial con el concepto de persona; puede ser total o parcial: en la total, su representante legal (tutor o patria potestad) actuará por él en la vida jurídica y en la parcial, el curador le complementará su capacidad; se le priva la capacidad a la persona “en principio” capaz: se dice esto porque se quita capacidad a quién la tiene, no a quien no la

tiene, pero el Código civil prevé, a efectos prácticos, que se incapacite a un menor de edad con una grave falta de salud mental que sea irreversible y aunque en este momento no tenga capacidad, la incapacitación será útil para cuando alcance la mayoría de edad, en cuyo momento quedará, no ya como menor sino como incapacitado, bajo la patria potestad, prorrogada, de sus padres.

Las causas por las que se puede incapacitar no las enumera taxativamente la ley sino que da un concepto genérico que se traduce en algo tan simple de decir y tan difícil de aplicar como es: *falta de salud mental*. Dice así el artículo 200 del Código civil: *Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*. El legislador, como jurista, no se ha comprometido en posiciones médicas, pero ha perfilado perfectamente el concepto jurídico en dos ideas: la *persistencia* y la *imposibilidad de gobernarse por sí mismo*. En efecto, el texto legal comienza distinguiendo *enfermedades o deficiencias* sin pronunciarse si determinados casos (la sordomudez congénita, por ejemplo, o la oligofrenia) son una u otra; tampoco se pronuncia si son *de carácter físico o psíquico* (valen los anteriores ejemplos); pero en todo caso, enfermedad o deficiencias, física o psíquica, debe ser *persistente e impedir que la persona que la sufre pueda gobernarse por sí misma*. No cabe, pues, incapacitar por un ataque o situación aguda, sino por algo persistente (un alcoholismo, no una simple borrachera; una locura, no un ataque de epilepsia) y debe ser de entidad tal que el sujeto no pueda gobernarse, en el sentido de no poder actuar por sí mismo en el mundo jurídico, no poder física o mentalmente realizar actos o negocios jurídicos con mínimas garantías de que con conciencia y voluntad, realiza los actos libre y conscientemente.

El *procedimiento* para que se constituya a una persona en el estado civil de incapacitado es el juicio verbal (artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento civil) con una serie de especialidades (artículos 756 a 762). Tienen legitimación activa para formular demanda de incapacitación el cónyuge en matrimonio o unión de hecho, descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz. Incluso la puede formular el presunto incapaz. Tiene el deber de promover la incapacitación el Ministerio Fiscal, si aquellas personas con legitimación activa no existen o no lo solicitan. Incluso la puede formular el presunto incapaz. Tiene la facultad de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de un posible caso de incapacitación, cualquier persona; si es funcionario o autoridad, no es una facultad, sino un deber. En caso de un presunto incapacitado menor de edad, sólo tiene legitimación activa el titular o titulares de la patria potestad y el tutor. La legitimación pasiva la tiene el presunto incapacitado que puede comparecer en el proceso con su defensa y representación. Si no lo hace, le defenderá el Ministerio fiscal, a no ser que él haya formulado la demanda, en cuyo caso se nombrará un defensor judicial. En cuanto a la prueba, el Juez puede practicar de oficio la que estime pertinente; pero se exige legalmente: la audiencia de los parientes más próximos, examen personal por el propio Juez y dictamen pericial médico.

La *sentencia* no declara al sujeto carente de salud mental, sino que le constituye en el estado civil de incapacitado. Determina su extensión y sus límites; no tiene efectos retroactivos; fija el régimen de tutela o guarda en que quedará sometido el incapacitado: tutor, en cuyo caso nombrará a quien haya de desempeñar la tutela, curador si se trata de una incapacitación parcial, patria potestad si es un menor que se prorrogará cuando llegue a la mayoría de edad o patria potestad rehabilitada si se incapacita a un mayor de edad soltero que viva en compañía de sus padres. Las mismas personas que tenían legitimación activa para pedir la incapacitación, la tiene para que en un nuevo proceso se deje sin efecto o se modifique la incapacitación constituida, si ha cambiado el presupuesto fáctico de la salud mental.

La sentencia de incapacitación o de modificación o extinción de la misma, que afecta al estado civil de la persona, se inscribe en *Registro civil* y asimismo cabe la inscripción de incapacitación en el *Registro de la Propiedad* si es titular registral de bienes inmuebles, y en el *Registro Mercantil*, si es comerciante.

El internamiento del presunto incapaz

Antiguamente, el internamiento de un presunto incapaz en un centro psiquiátrico tenía carácter administrativo (regulado por Decreto de 3 de julio de 1931) y carecía de control judicial. Lo cual era contrario a los principios proclamados por la Constitución de 1978 y dio lugar a que se regulara en el Código civil (por la modificación de la incapacitación y la tutela operada por Ley de 24 de octubre de 1983) imponiendo la decisión y el control judicial. Hoy aparece recogida la misma regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 (artículo 763).

La idea esencial de esta normativa es que el internamiento se produce por razón de enfermedades o deficiencias persistentes (como dice el artículo 200 del Código civil), que pueden llegar a impedir gobernarse por sí mismo; es decir, por un trastorno psíquico. Es pues, una cuestión de salud mental. Es el *tercer encuentro y controversia entre salud mental y derecho civil*.

Se debe distinguir el internamiento *voluntario* que ha sido decidido por el propio interesado que (según exige el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) *esté en condiciones de decidirlo por sí*, sin que importe que sea mayor de edad o menor, aunque esté sometido a patria potestad o tutela; es decir, el que tiene suficiente salud mental para decidir. En el internamiento voluntario no hay control judicial, no queda bajo la norma del artículo 763.

El internamiento *forzoso* se impone a aquél que no está en condiciones de decidirlo, por razón de su salud mental. Precisa *autorización judicial*, que puede ser *a priori* o *a posteriori*:

1. El internamiento *forzoso ordinario* exige *a priori* una autorización judicial, previa a aquél. El Juez oír a la persona afectada, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que estime conveniente o le sea solicitada. El Juez debe examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo: el examen debe ser hecho personalmente por el Juez, no cabe delegación; el facultativo debe ser un médico, no necesariamente un médico forense. El Juez tiene un amplio margen de discrecionalidad, tanto para acordar otras pruebas, como para resolver la procedencia o no de la autorización.
2. El internamiento *forzoso por razón de urgencia* exige *a posteriori* la autorización judicial. Cuando se dé tal urgencia, se procede a la inmediata adopción de la medida de internamiento y se dará cuenta (normalmente por el centro psiquiátrico) cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. Este lo autorizará o no en el plazo de setenta y dos horas, en los mismos términos y requisitos que la autorización anterior, *a priori*.

Si se trata de un menor, la misma norma exige que el internamiento se haga en un establecimiento adecuado a su edad y se emita un previo informe por los servicios de asistencia al menor.

Una vez practicado el internamiento, el Juez puede recabar en cualquier momento información sobre la necesidad de mantenerlo y los facultativos deberán informar sobre ello, al menos, cada seis meses.

El internamiento cesa cuando el Juez lo ordena o cuando el médico lo declara así y lo comunica al Juez (que no tiene que autorizarlo) que concluirá su control.

Capacidad para los actos jurídicos

Inter vivos

Los actos jurídicos *inter vivos* para las que la salud mental es un presupuesto esencial de su validez o es la base de su existencia son los contratos, el matrimonio y la patria potestad y la tutela. Es el *cuarto encuentro y controversia entre salud mental y Derecho civil*.

Contratos. El artículo 1263 del Código civil prevé la capacidad general para contratar y lo hace en forma negativa, en el sentido de que carecen de capacidad, los menores no emancipados y los incapacitados; lo cual no plantea problemas de seguridad jurídica, ya que la exigencia es sencilla: contratan los que tienen capacidad de obrar; si no la tienen, contratarán en su nombre los titulares de la patria potestad y si la tienen restringida, les complementarán la capacidad los anteriores titulares de la patria potestad (menor emancipado para ciertos contratos) o el curador (el incapacitado parcial).

Aparte de lo anterior, la persona con deficiente salud mental, si celebra un contrato, éste será válido en principio: la voluntad se presume consciente y libre y debe probarse lo

contrario; por tanto, si se prueba que el sujeto carecía de *salud mental*, se anulará el contrato.

Matrimonio. El matrimonio, desde el punto de vista del Derecho civil es el negocio jurídico por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena. El presupuesto básico del matrimonio, como de todo negocio jurídico, es el consentimiento, que proclama el artículo 45 del Código civil, "*no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*" y su falta acarrea la nulidad, según dispone el artículo 73,1º. El consentimiento presupone conciencia y voluntad de prestarlo. La falta de conciencia viene motivada por la falta de *salud mental* de alguno o de los dos contrayentes.

Para comprobar, además de otros requisitos, la *salud mental*, se tramita con *expediente previo* en el Registro civil y si el Juez Encargado del mismo advierte que alguno o los dos contrayentes *estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento* (así lo dispone el artículo 56 del Código civil). Por tanto, en caso de duda sobre la salud mental, se comprueba ésta por dictamen médico.

Patria potestad y tutela. La patria potestad es el conjunto de deberes y poderes (se da el poder para cumplir el deber) que tienen los padres sobre los hijos. En principio, se trata de los hijos menores de edad; pero si se incapacita a un menor, cuando éste llega a la mayoría de edad, la patria potestad se prorroga; asimismo, si se incapacita a un mayor de edad que sea soltero y viva en compañía de los padres, se rehabilita la patria potestad. Son los dos casos –patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada (artículo 171 del Código civil)- en que se da la patria potestad sobre la persona que carece de *salud mental*, lo que ha dado lugar a su incapacitación.

La *tutela* es paralela a la patria potestad. Tiene la misma finalidad y cumple la misma función, aunque son de advertir dos notas características y diferenciales. El ordenamiento jurídico confía en la institución natural de la patria potestad y le impone limitaciones y controles en contadas ocasiones; por el contrario, parece desconfiar de la institución jurídica de la tutela y establece tales controles, que sólo los actos más comunes y sencillos de la vida jurídica cotidiana escapan al control. El ordenamiento contempla la tutela, respecto a los incapacitados, los cuales están bajo patria potestad prorrogada o rehabilitada como excepción.

El *tutor* vela, cuida, alimenta y educa el tutelado. Es el representante legal del mismo. Administra y dispone, con fuertes controles, su patrimonio.

El sistema de tutela que se establece en el Código civil, desde la reforma de 24 de octubre de 1983 es el llamado *sistema de tutela de autoridad*, en el sentido de que el control de la función tutelar se atribuye a la autoridad judicial, con intervención del Ministerio Fiscal (artículos 216 y 232 del Código civil). Lo cual no significa que sea el juez quien directamente y por propia iniciativa cuide de la persona y bienes del sometido a tutela, sino que el tutor tiene la iniciativa y es él quien vela, cuida y protege al tutelado, pero bajo control judicial.. Este puede resumirse en tres funciones: función directa en la constitución: función indirecta en el ejercicio y función decisoria en la rendición de cuentas.

Los que están sujetos a tutela son los menores de edad que no están sujetos a patria potestad, en cuyo caso la tutela es supletoria de ésta (por ejemplo, por muerte de los padres y por privación a éstos de la patria potestad), los menores en situación de desamparo y los incapacitados. Es decir, la salud mental da lugar a la tutela en cuanto da lugar a la incapacitación y no se ha producido la prórroga ni la rehabilitación de la patria potestad.

Mortis causa

El acto jurídico *mortis causa* por antonomasia es el **testamento**. En Derecho español, en principio y salvo contadas excepciones, no permite la sucesión contractual; esto en Derecho común, ya que en Derecho foral hay casos en que se permite: en tiempos pasados tuvo gran importancia el heredamiento en Cataluña, como institución de heredero irrevocable en capitulaciones matrimoniales. Para otorgar testamento, se precisa, aparte de una edad (catorce años, salvo en el ológrafo que hay que tener la mayoría de edad), suficiente *salud mental*. A su vez, para suceder basta tener capacidad jurídica, inherente a todo ser humano, incluso el ser concebido pero no nacido; pero para aceptar la herencia es preciso tener, además de la mayoría de edad la mínima *salud mental*. El tema, pues, de capacidad para testar, para suceder y para aceptar la herencia es el *quinto encuentro y controversia entre salud mental y Derecho civil*.

Testamentifacción activa. Es la capacidad para testar: la tienen los que han cumplido catorce años, salvo en el testamento ológrafo que hace falta la mayoría de edad y estar (dice el artículo 663 del Código civil) *en su cabal juicio*, es decir, tener suficiente *salud mental*. Se prevé el caso de duda de si la tiene o no (artículo 665): primero, si se trata de persona que no está incapacitada, se aplica la presunción general de que tiene capacidad, es decir, *salud mental* y si el Notario tiene dudas designará dos médicos que previamente le reconozcan y sólo autorizará el testamento cuando éstos respondan de su capacidad, los cuales deberán firmar también el testamento; segundo, si se trata de persona incapacitada, pueden darse dos supuestos, que son: (a) la sentencia de incapacitación contiene pronunciamiento sobre la capacidad de testar, en cuyo caso se estará a lo que en ella se disponga (aunque es muy raro que la sentencia prevea tal cosa); (b) la sentencia de incapacitación nada dice sobre ello (que será lo normal), en cuyo caso, el Notario designa, como en el primero de los casos, dos médicos que le reconozcan y si éstos afirman que tiene plena *salud mental*, el Notario autoriza el testamento, que también firman dichos facultativos.

Aparte de todo lo anterior, el Notario hace constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad necesaria para otorgar testamento (artículo 696 y 707.4º del Código civil).

En todo caso, el tiempo en que debe apreciarse la capacidad es el momento de otorgar testamento (artículo 666) previéndose expresamente que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido. (artículo 664).

Testamentifacción pasiva. La capacidad **para suceder** la tiene toda persona, es

decir, basta la capacidad jurídica; el Código civil la prevé para toda persona que no la tenga eliminada por ley (artículo 744) y tan solo lo tienen (artículo 745) los que no llegan a ser personas físicas (criaturas abortivas, dice el texto legal) o jurídicas (las no permitidas por la ley). Tienen capacidad tanto el *nasciturus*, persona concebida pero no nacida, como el *concepturus*, persona ni siquiera concebida.

La capacidad **para aceptar o repudiar la herencia** se atribuye a toda persona que tenga la libre disposición de sus bienes (artículo 992), lo cual significa que no la tienen los menores ni los incapacitados, en nombre de los cuales aceptará o repudiará la herencia su representante legal –patria potestad o tutela– con las prevenciones legales. Si, pese a no encontrarse en tales situaciones, una persona acepta o repudia la herencia y carece de *salud mental*, será preciso probarlo en un proceso y la sentencia declarará la invalidez del acto por carencia de aquélla, base de todo acto jurídico.

Actos personalísimos.

El concepto de acto personalísimo no tiene la claridad de tantos otros actos jurídicos, que se estudian entre la categoría del hecho jurídico. Normalmente, el acto jurídico puede ser realizado por el sujeto por sí mismo, o por medio de un representante voluntario, al que le ha otorgado poder de representación; o bien, si carece de capacidad de obrar, lo realizará su representante legal. Sin embargo, determinado tipo de acto, tan sólo lo puede realizar por sí mismo el sujeto y si éste no puede hacerlo, nadie lo podrá hacer por él: es la categoría del acto personalísimo.

El acto personalísimo tiene un contenido que va íntimamente relacionado con la persona, sujeto de derecho y centro del Derecho civil. No todo acto relacionado con la persona es acto personalísimo, sino solo aquél cuya relación es especialmente intensa o íntima.

No se puede realizar el acto personalísimo por medio de representante, lo cual no impide que se realice por medio de *nuntius*. Éste es como un mensajero; no actúa en nombre de otro, sino que se limita a transmitir la voluntad cuya declaración le ha sido encomendada, tiene un carácter instrumental, es un medio o instrumento de transmitir una declaración de voluntad de otro; carece de todo ámbito de autonomía; no declara su voluntad propia (en nombre del representado) sino que transmite la voluntad de otro (el pseudorepresentado). El caso más típico es el matrimonio, que es acto personalísimo, no puede ser objeto de representación, pero sí se contempla (artículo 55 del Código civil) que se realice por *nuntius*, al que el texto legal le llama “apoderado” que se limita a expresar la voluntad de otro en el acto solemne de matrimonio.

Se pueden analizar, como actos personalísimos, los derechos de la personalidad, el matrimonio, la separación y el divorcio y el reconocimiento de hijo extramatrimonial.

Es una relación más entre estos temas de Derecho civil y la salud mental: es el *sexto encuentro y controversia entre salud mental y Derecho civil*.

Derechos de la personalidad. La persona, como ser humano, tiene ciertos aspectos o manifestaciones inherentes a la misma y especialmente trascendentes, tanto físicos (vida e integridad física) como morales (honor, intimidad e imagen): estas manifestaciones son derechos subjetivos, derechos de la personalidad. Quedan fuera de la representación legal: de la patria potestad (artículo 162.1º) y de la tutela (artículo 267). Si el menor o incapacitado tiene condiciones mínimas de madurez –es decir, *salud mental*– es él quien decidirá los actos jurídicos relativos a los derechos de la personalidad de que es titular; si carece de la mínima *salud mental*, no podrá llevar a cabo ninguna actuación jurídica en relación con los mismos, pero tampoco lo podrá hacer en su nombre su representante legal.

Precisamente por ello, la normativa, generalmente administrativa y no civil, es decir, fuera del ámbito de la representación, tema exclusivo de Derecho civil, contempla las situaciones en que el representante legal –patria potestad o tutor– puede dar consentimiento para actos relativos a derechos de la personalidad de quien carece de la aptitud mínima, lo que llama la ley condiciones de madurez o se puede denominar *salud mental*. Estos se refieren al consentimiento para la intromisión en el honor, intimidad o imagen, con controles (artículo 3 de la Ley Orgánica 17/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) y a la autorización para intervenciones médicas (artículo 10 de la Ley General de Sanidad).

Matrimonio. Antes se ha tratado del mismo: es un acto personalísimo y si no lo consiente el interesado, no se puede hacer en su nombre y representación. Precisamente es el expediente previo, se pretende comprobar si tiene la *salud mental* suficiente.

En relación con el matrimonio, se presenta el tema de **la separación y el divorcio**. En principio se puede pensar que es también una cuestión jurídica personalísima, que la decide el interesado y nadie más; pero no es tan sencillo y se presentó un caso límite, que llegó al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional: una mujer casada, separada de hecho, por razón de un grave accidente perdió la *salud mental*, fue incapacitada y se nombró tutor no a su marido, sino a su madre. Esta pidió autorización judicial para interponer demanda de separación, que le fue concedida; cuando efectivamente la formuló, fue desestimada por el Juez de 1ª Instancia y, en apelación, por la Audiencia Provincial por entender que la tutora no tenía legitimación para formular demanda de separación (desde luego, no eran los mismos que habían autorizado interponerla); el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación en interés de la ley y el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de febrero de 1999 estimó que era un acto personalísimo, que no podía realizar la tutora en representación legal de la incapacitada; la tutora, frente a esta sentencia, formuló recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que lo otorgó en sentencia 311/2000, de 18 de diciembre, y anuló las sentencias que le habían negado legitimación activa para pedir la separación conyugal de su hija. Esencialmente, de la larga sentencia que tiene un voto particular, puede destacarse el motivo esencial que sirve para otorgar el amparo. En esas circunstancias la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre,

desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta que se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en ella violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que es otorgado.

Reconocimiento de hijo extramatrimonial. El reconocimiento de hijo extramatrimonial es uno de los medios -el más importante y el más frecuente- de determinación de la filiación extramatrimonial. Es el acto jurídico de afirmación solemne de la paternidad/maternidad. Es un acto jurídico voluntario, expreso, unilateral, irrevocable, solemne, constitutivo y esencialmente personalísimo.

El sujeto activo, persona que reconoce, debe tener capacidad de obrar. Si está incapacitado, con incapacitación judicial que alcance a su esfera personal y familiar (que no sea una incapacitación a efectos meramente patrimoniales) necesita para su validez, como dispone el artículo 121 del Código civil, aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal. Si no está incapacitado judicialmente, pero carece de salud mental el reconocimiento no sería válido, como acto jurídico que carece de una consciente y voluntaria declaración de voluntad; por otra parte, al ser el reconocimiento un acto solemne que se realiza ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público (artículo 120.1º, del Código civil) el funcionario autorizante no lo admitiría si procede de persona carente de capacidad natural.

Instituciones familiares

Matrimonio y crisis matrimoniales

El *séptimo encuentro y controversia entre salud mental y Derecho civil* se puede situar en las instituciones familiares en crisis: del matrimonio se ha tratado antes, como acto jurídico personalísimo; de la crisis matrimonial se trata ahora, no tanto para destacar que la *salud mental* puede ser la base de la crisis, sino para observar que siempre está presente en estas situaciones, contempladas desde la óptica del Derecho civil (no digamos desde el punto de vista del Derecho penal). En la realidad práctica y en la práctica judicial, el psicólogo y el psiquiatra tienen intervención en las difíciles soluciones de estas cuestiones.

La filosofía de nuestro ordenamiento, en orden a la *separación y divorcio* (la *nulidad* es aparte y puede predicarse de todo negocio jurídico), teniendo en cuenta que procede de la reforma del Código civil por ley de 7 de julio de 1981 (no hay ley de divorcio, sino reforma del Código civil), no es tanto prever causas de una y otra, sino el reconocimiento o sanción legal (no sanción en sentido de castigo) de unas determinadas situaciones de hecho.

Así:

- para la *separación* se exige la existencia, o de común acuerdo tras un tiempo mínimo (un año) de matrimonio, o de unas situaciones que significan que la convivencia ha pasado a ser un hecho inaceptable (abandono, infidelidad, maltrato, condena penal, separación de hecho, etc); la esencia de la separación es su provisionalidad, no se entiende como algo permanente (aunque en la práctica así ocurra, a veces) ya que desemboca en el divorcio, como disolución definitiva del matrimonio o bien en la reconciliación, como vuelta del mismo a la normalidad;
- para el *divorcio*, se parte de que el matrimonio ya se ha extinguido, de hecho; la ley sanciona legalmente lo que la realidad ha impuesto; da sanción legal a la disolución de hecho ya producida en la realidad; no se prevén causas de divorcio, ni se concede por ciertas conductas o por un mutuo acuerdo, sino que considera causas de divorcio, las situaciones en que el matrimonio ya no existe en la práctica, esencialmente y salvo una sola excepción (condena penal por atentado a la vida), la separación de hecho, con unos plazos y unas prevenciones.

Cuando se inicia el proceso de nulidad, separación o divorcio, se pueden solicitar *medidas previas*, cuando se va a formular la demanda, *medidas provisionales*, cuando se presenta ésta y *medidas definitivas*, que se acuerdan en la sentencia y que en muchas ocasiones no hacen sino ratificar las anteriores. Se refieren a quién de los padres tiene la custodia y, en su caso la patria potestad (aunque ésta casi siempre se mantiene en el padre y la madre) de los hijos menores de edad y la atribución de la vivienda conyugal, extremo directamente derivado de la anterior medida; el sostenimiento de las cargas del matrimonio; la liquidación del régimen económico-matrimonial y la pensión compensatoria. En la medida relativa al cuidado de los hijos se prevé expresamente en el Código civil (artículo 92, último párrafo) que el Juez pueda recabar el dictamen de *especialistas* y éstos no son otros que el psicólogo y el psiquiatra.

Filiación matrimonial y extramatrimonial

En la filiación *matrimonial que no se halla en crisis*, los hijos se hallan bajo la patria potestad del padre y de la madre; si se incapacitan siendo menores, la patria potestad se mantiene incólume y al llegar a la mayoría de edad, se prorroga, con lo que la patria potestad del menor deviene patria potestad del incapacitado, que es la misma y si se incapacita al hijo ya mayor de edad que es soltero y vive con los padres, la patria potestad se rehabilita: es la patria potestad prorrogada y rehabilitada que contempla el Código civil (artículo 171) y que cuando se extinga (por ejemplo, por muerte de los padres) se procederá a constituir la tutela.

La patria potestad, antiguamente (antes de 1981) la tenía el padre y sólo a falta de éste (por ejemplo, por muerte) la tenía la madre (por curiosidad, antes de 1958 si ésta se

volvía a casar, la perdía y se constituía tutela). En la reforma del Código civil operada por Ley de 13 de mayo de 1981, la patria potestad la tienen conjuntamente padre y madre (artículo 156) y, teniendo en cuenta que en la práctica no siempre van a estar juntos para todo acto personal o jurídico del menor, se arbitran una larga serie de excepciones en las que basta la actuación de uno solo de ellos.

En la *filiación matrimonial en crisis*, ya se ha dicho la importancia de la intervención del psicólogo o psiquiatra en la determinación de la custodia de los hijos menores de edad y, en su caso, de la patria potestad, aunque ésta se mantiene normalmente en las dos.

La *filiación extramatrimonial* plantea otros problemas: si están determinados tanto el padre como la madre, ambos son los titulares de la patria potestad, como en la matrimonial; si sólo está determinado uno u otro, será el único titular de la misma; si aquéllos viven juntos, no hay problema, pero si no viven juntos o rompen la convivencia a modo de crisis matrimonial, es el Juez quien decide al cuidado de cuál de los padres queda el hijo menor de edad (artículo 159), para lo que oirá a éste si tiene suficiente juicio o es mayor de doce años y solicitará, si lo ve preciso, dictamen de psiquiatra o psicólogo.

Cuestión común a toda filiación

Respecto a toda clase de filiación y a todo tipo de situación, se planteó el problema del derecho de relacionarse con los hijos menores por parte de persona que no tenga la patria potestad.

En primer lugar, el padre o madre que carezca de patria potestad, por ejemplo porque se le ha privado de ella, tiene derecho a relacionarse con sus hijos menores, con las excepciones que derivan de la adopción o de resolución judicial, lo que prevé el artículo 160, primer párrafo del Código civil. Los párrafos segundo y tercero de este artículo han sido redactados de nuevo por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Por ello, inciden especialmente en todas las relaciones y contemplan la protección jurisdiccional en caso de que se impidan. En primer lugar, se proclama el derecho que se formula en forma negativa, de los abuelos y otros allegados, de relacionarse con el nieto o pariente, menor de edad. En segundo lugar, se declara la protección jurisdiccional de este artículo: si hay oposición, resolverá el juez lo que se estime más adecuado, teniendo siempre presente el *favor filii*. Se añade una norma de previsión de futuro, dictada por las enseñanzas de la experiencia: que la resolución judicial sobre las relaciones de abuelos con nietos no dé lugar a que se infrinjan otras resoluciones que restrinjan o suspendan las relaciones con el padre o la madre.

Un caso interesante es el contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001, que se plantea entre la abuela (María), su hija (Felisa) respecto a la nieta (Isabel); Felisa se había casado y vivía en Canarias, donde nació Isabel y siendo ésta menor de edad, aquélla se separó y fue a vivir a Mallorca, en casa de sus padres, trabajando de

camarera en un hotel; las relaciones entre Felisa y sus padres se deterioraron por razón de que aquélla se unió sentimentalmente con un compañero de trabajo y descuidó muchísimo el cuidado de Isabel y posteriormente Felisa y su compañero tuvieron un grave accidente de automóvil que les tuvo hospitalizados durante meses; Isabel, en dos ocasiones, fue entregada en acogimiento a dos familias diferentes y en una, internada en organismo de protección de menores. Los abuelos (María y su marido) solicitaron la patria potestad y consiguiente custodia de Isabel; le fue negado por sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Manacor, declarando que la patria potestad le correspondía sólo a la madre, Felisa; en apelación, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca declaró que efectivamente la patria potestad únicamente corresponde a los padres, en este caso a la madre, Felisa, pero por las especiales circunstancias se atribuyó la guarda y custodia de Isabel a sus abuelos maternos. El Tribunal Supremo mantuvo esta resolución y destacó la valoración que hizo la Audiencia Provincial de los informes de los psicólogos, que abonaban la conveniencia de que la menor, Isabel, continuara confiada a la guarda y custodia de los abuelos maternos; en un párrafo dice literalmente: “*valorando los informes de los psicólogos, dictamine la Audiencia la conveniencia de que la menor continúe, por ahora, confiada a la guarda y custodia de los abuelos maternos, dejando a salvo y a cargo de la madre, el derecho de representación de la menor, el administración de los bienes, y las decisiones que no sean las cotidianas de la vida ordinaria, como las que haya de tomar en caso de una enfermedad grave de la menor o en el supuesto de elección de estudios etc.. Siendo por otra parte un hecho frecuente el supuesto de que la patria potestad la ostente persona distinta de la persona que tenga encargada la guarda y custodia, habitual en los casos de ambos progenitores comparte el ejercicio de la misma y sólo uno de ellos sea el responsable de la guarda y custodia de los hijos menores.*”

Responsabilidad extracontractual

Planteamiento general

La responsabilidad extracontractual es la denominación que se emplea para referirse a la obligación de reparar el daño causado. No tiene relación directa con la *salud mental*, pero sí indirecta, en el sentido de que puede dar lugar y puede ser alterada por el acto que la produce. Se puede decir, quizá un tanto forzadamente que es el *octavo encuentro y controversia entre salud mental y Derecho civil*.

El acto ilícito causante del daño.

La fuente de la obligación es el hecho jurídico que tiene como efecto el nacimiento de ésta. Lo que ocurre porque lo quiere el sujeto —*ex voluntate*— cuyo caso más típico es

el contrato, o porque lo dispone la ley —*ex lege*— cuyo caso más típico es el *acto ilícito* y lo declara expresamente como fuente de la obligación el último inciso del art. 1.089.

Esta *obligación es la de reparar el daño causado*. Está proclamada en el presente artículo 1.902, norma que tiene carácter de principio, que ha sido profusamente estudiado por la doctrina y que ha producido abundantísima jurisprudencia; ésta ha mantenido una unidad de criterio y ha dado una interpretación evolutiva, desarrollando una jurisprudencia de intereses, para la adaptación de la norma a la realidad social del mundo actual. Han sido dos factores los que han influido poderosamente en estas aludidas evolución y adaptación; el aumento de los riesgos y de los siniestros y la presencia de contratos de seguro que cubren aquellos riesgos y son deudores reales de la obligación de indemnizar.

De lo anterior se desprende una evidente consecuencia en orden a la terminología. Es claro que se trata de una obligación nacida de acto ilícito. No es una responsabilidad extracontractual. Responsabilidad significa la situación en que se halla el patrimonio de un deudor que ha incumplido su obligación, en la que era sujeto pasivo. Obligación significa relación jurídica por la que el acreedor tiene el derecho (derecho subjetivo, derecho de crédito) de exigir al deudor que realice una prestación y éste tiene el deber (deber jurídico) de cumplirla. Por tanto, el acto ilícito hace nacer, como fuente de la obligación, la de reparar el daño que ha causado y consiste en la relación jurídica, por la que el perjudicado (acreedor) tiene el derecho de exigir al causante del daño (deudor) que le repare éste. Y si tal deudor incumpliera tal obligación, caería en responsabilidad.

Esta obligación nacida de acto ilícito es, evidentemente, de carácter civil y a la regulación de los artículos 1.902 y siguientes se remite el artículo 1.903. Junto a ella se encuentra la responsabilidad civil derivada de delito o falta, que se regula no sólo separadamente —en el Código Penal—, sino incluso de modo diferente —por ejemplo, admite la responsabilidad subsidiaria—, con lo que el Derecho español sigue un sistema dual, con graves consecuencias y grandes inconvenientes.

Los presupuestos de la obligación de reparar

La obligación nacida de acto ilícito tiene tres presupuestos: 1º) la acción u omisión ilícita, 2º) el daño, 3º) el nexo causal entre aquélla y éste. Se añade también 4º) la culpabilidad, pero, como se verá ha dejado de serlo por la progresiva objetivación de esta obligación.

Primero.- *Acción u omisión ilícita*. El artículo 1.902 comienza diciendo: *el que por acción u omisión...*

Supone, por principio un acto humano, que puede ser positivo o negativo. Supone la voluntad del ser humano.

Falta este primer presupuesto si no existe tal voluntad, lo que ocurre en todo supuesto de inconsciencia (como un desvanecimiento, un ataque al corazón o de

epilepsia), si bien en el caso de que tal supuesto fuera ocasionado por un acto voluntario (embriaguez, toxicomanía) aquél no dejaría de ser voluntario: es la llamada *actio liberae in causa*.

Tal acción u omisión debe ser ilícita. No existe, en esta materia de Derecho civil una tipificación de conductas ilícitas, como en el Derecho penal. La antijuridicidad —ilicitud— no es otra cosa ni va más allá que el quebrantamiento del principio *alterum non laedere*.

Eliminan este primer presupuesto las causas de justificación que se han estudiado y aplicado principalmente en Derecho penal: legítima defensa y estado de necesidad. También cuando el sujeto obre en el ejercicio de un derecho: *qui iure suo utitur, neminem laedit*. A no ser que este ejercicio constituya un abuso de derecho, en cuyo caso entra en aplicación el art. 7.2 del Código Civil y el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.

Segundo.- *Daño*. El artículo 1.902 prevé también este presupuesto: *el que por acción u omisión causa daño a otro...*

La obligación nacida de acto ilícito sólo nace cuando se ha producido el daño. No se origina obligación civil por una conducta culposa —falta de diligencia— si no se causa daño, a pesar de la peligrosidad o antisocialidad de aquélla, sin perjuicio de la ilicitud penal en que pueda incurrir que, a su vez, tampoco daría lugar a obligaciones civiles.

El concepto de daño viene referido al perjuicio del derecho subjetivo que sufre su titular. Daño es el perjuicio que soporta el sujeto de un derecho subjetivo, por la perturbación, menoscabo o pérdida de éste o de un interés propio.

Se ha definido también como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.

El daño puede ser personal, cuando afecta a derechos subjetivos personales; material, cuando estos derechos subjetivos son patrimoniales; o moral, cuando comporta un daño espiritual o moral.

Tercero.- *Nexo causal*. Entre la acción u omisión y el daño (primero y segundo de los presupuestos) debe darse una relación de causalidad.

Es la relación de causa a efecto entre la acción y el daño. La acción desempeña la función de generar el daño.

Hay varias teorías al respecto, que esencialmente pueden reducirse a dos: teoría de la equivalencia o *conditio sine qua non*, por la que el sujeto queda obligado a reparar el daño en el que ha intervenido como causa o con causa aunque sea mínima, remota o desproporcionada; o, en otras palabras, se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición

no se hubiera dado; y la teoría de la causalidad adecuada, que estima que se da el nexo causal entre un acto y el daño, cuando aquél es apropiado (adecuado) para producir éste, es decir, cuando se da la necesaria y correcta (adecuada) conexión entre el antecedente (causa) y la consecuencia (efecto) es decir, en síntesis, la aptitud de la causa para producir el resultado; teoría mantenida por la jurisprudencia.

Realizado un acto y producido un daño, se rompe la relación de causa a efecto, por causas externas que actúan como interferencias del nexo causal. Son 1º) caso fortuito y fuerza mayor, 2º) acción de un tercero, 3º) acción del propio perjudicado.

1º) El caso fortuito y la fuerza mayor rompen el nexo causal. Es decir, la acción u omisión humana no es causa adecuada del efecto dañoso, sino que éste tiene su causa en el caso fortuito y la fuerza mayor.

2º) Acción proveniente de un tercero, que rompe el nexo causal con respecto al presunto causante.

3º) Acción del propio perjudicado. Si el propio perjudicado realiza una acción que, con nexo causal, es causa del daño, sufre las consecuencias jurídicas del mismo. Es lo que se conoce con la expresión «culpa exclusiva de la víctima», que no es frecuente. Es más corriente que el perjudicado contribuya con su acción (por ejemplo, el peatón que cruza en semáforo en rojo o por lugar no adecuado) a la acción del causante del daño. Se habla entonces impropia de compensación de culpas; en puridad, de lo que se trata es de concurrencia de acciones que son concausas de su propio daño, es decir, se da concurrencia de causas. Es un tema, pues, atinente a la pluralidad de sujetos causantes (no culpables, sino causantes) del daño, cuyo efecto es el reparto de las consecuencias: se distribuye la obligación de reparación del daño.

Cuarto. *Culpabilidad*. El art. 1.902 la exige explícitamente:... interviniendo culpa o negligencia.

La culpabilidad es la atribución de la conducta dañosa al sujeto por suponer una infracción de las reglas de diligencia, atención, precaución.

Lo cual puede producirse por dolo o por culpa.

El dolo es la intención de causar el daño y la previsión del mismo.

No es precisa la previsión exacta del daño, basta con la intención y la previsión general de causarlo.

La culpa es la actuación que, por obrar sin la atención y sin la diligencia debidas, causa un resultado dañoso y previsible. Así como la previsión caracterizaba al dolo, la culpa es caracterizada por la previsibilidad; se refiere al daño, aunque sin necesidad de que se precise con exactitud.

No tiene trascendencia, a los efectos de la culpabilidad (ni mucho menos a los efectos de nexo causal) que el causante del daño haya observado las normas reglamentarias.

El presupuesto de la culpabilidad es el eje de la obligación nacida del acto ilícito. Pero su especial importancia la tiene en relación con la prueba. Si en base a la doctrina de la carga de la prueba se exige que el acreedor —víctima del daño— deba probarla, será muy difícil que nazca la obligación de reparar (no es fácil, por ejemplo, que el atropellado pruebe que el conductor del vehículo actuó con culpa, o que la víctima de una intoxicación alimenticia pruebe que el fabricante obró con culpa). Será más fácil, si se invierte la carga de la prueba (que sea el conductor del vehículo o el fabricante quienes prueben que actuaron sin culpa). O bien, el último paso es que, sin eliminar el presupuesto de culpabilidad, se mantenga que si hubo daño, éste supone que se actuó culpablemente, pues, de no haber culpa, no se habría producido daño. Esta ha sido la evolución de la jurisprudencia en tres fases, bien marcadas.

1.^a Fase. En un principio, promulgado el Código Civil a finales del siglo pasado, en un ambiente social y económico de técnica inexistente o incipiente y sin apenas problemas de riesgos, se aplicó el artículo 1.902 con las reglas ordinarias de la doctrina de la carga de la prueba.

Según esta doctrina, debe cada parte demostrar los hechos en los que basa el derecho que alega: así, el demandante (el perjudicado por un acto ilícito) debe probar que se han reunido los elementos constitutivos de la obligación, mientras que al demandado (causante del daño) le corresponde probar los hechos que han impedido el nacimiento o han extinguido aquella obligación; uno y otro sufrirá las consecuencias de la falta de la prueba de los hechos que alega.

Aplicando esta doctrina al tema de la obligación derivada de acto ilícito, resultó que era preciso al demandante probar todos los presupuestos de la obligación, incluso el de la culpabilidad.

2.^a Fase. La fase anterior se mantuvo durante lustros, pero la realidad social cambiaba: poco a poco fue entrando la técnica y desarrollándose la industrialización; los daños a inocentes terceras personas se multiplicaron; aumentaron a una velocidad creciente las máquinas creadoras de riesgos, situaciones de peligro y daño; la más importante —en difusión y como causante de daños— fue el vehículo de motor; la conclusión es que un problema individual se convierte en social.

La jurisprudencia, dando una interpretación evolutiva al art. 1.902 busca soluciones generales y justas y le da una nueva interpretación adaptada a la realidad social.

Parte de un mecanismo procesal: la inversión de la carga de la prueba. Mantiene la doctrina de que el causante del daño es el que tiene la carga de la prueba de que no hubo culpabilidad por su parte: en otras palabras, también en sentido procesal: se presume que el causante del daño es culpable, a no ser que pruebe lo contrario.

El cambio jurisprudencial lo dio la sentencia de 10 de julio de 1943, y fue reiterada

en sentencias posteriores y consagrada definitivamente en la de 30 de junio de 1959. A esta doctrina, concebida como procesal, se le puede dar un tratamiento sustantivo, puramente civil; el autor con nexo causal, de un daño, da lugar al nacimiento de la obligación de repararlo; la culpabilidad está inmersa en la relación causal de acción-daño; la ausencia de culpabilidad es un hecho impositivo de la obligación y, como tal, como consecuencia procesal, sufrirá la carga de la prueba el deudor —demandado, causante del daño— que lo alegue.

3.^a Fase. A la interpretación evolutiva del Tribunal Supremo le faltaba dar un solo paso para llegar a una objetivación de la obligación nacida de acto ilícito y cumplir debida y definitivamente el interés social de proteger a las innumerables víctimas de los daños cada vez más numerosos; a su vez, cada vez es más impensable que un daño no se halle cubierto por un seguro, desplazándose así el riesgo, de un patrimonio individual a un patrimonio social, el de las Compañías de seguros con un movimiento económico formidable y una trascendencia social inmensa, hasta tal punto que se dictó la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, sustitutoria de las vetustas normas del Código Civil y del Código de Comercio, no adaptadas ya a la época actual.

Este último paso lo dio la jurisprudencia a partir de 1981. Consiste en fundamentar la obligación de reparar el daño, nacida de acto ilícito, no en la culpabilidad del autor, sino en la responsabilidad por riesgo: la persona que produce un riesgo (el que circula con vehículo de motor, la empresa que instala unos tendidos eléctricos, etc.) debe reparar los daños que se produzcan; la persona física y jurídica que se aprovecha de las ventajas de su actuación (circular en coche, fabricar productos) debe sufrir los inconvenientes, como los de tener que reparar los daños; en síntesis, toda persona debe pechar él (no las víctimas) con los daños que cause, por lo que reparará los que produzca a terceros.

Por tanto, a esta tercera fase de objetivizar la obligación nacida de acto ilícito, llega la jurisprudencia, valorando el interés social de las víctimas y fundamentándolo en la doctrina del riesgo. Llega a una conclusión; si el autor causó un daño, ello implica la culpabilidad, ya que, de no haberla habido, no se habría producido tal daño; y no cabe prueba en contrario. No se quebranta el art. 1.902, sino que cuando dice «interviniendo culpa o negligencia» esta se halla implícita en el daño causado, porque —como se ha dicho— si no hubo aquella no se produce éste. Otro tema, es que sí puede probarse que se rompió el nexo causal, otro presupuesto, que puede sufrir, y probarse, las interferencias del caso fortuito o fuerza mayor, o que la causa fue la actuación de un tercero, o fue el propio perjudicado.

Valoración del daño en derecho civil

El daño

Se ha dado en el apartado anterior el concepto de daño, como perjuicio del derecho subjetivo, aunque ciertamente es un concepto mucho más difícil de lo que parece, que ha sido objeto de extensas monografías y que ha dado origen a tratados con el título de “Derecho de daños”. En éstos forma parte, indudablemente, la *salud mental* independientemente o bien integrada en la salud en general o incluso en la vida misma: es el *noveno encuentro y controversia entre salud mental y Derecho civil*.

El daño puede ser personal, material y moral:

- *daño personal*, es el que atenta a la vida o a la integridad física, ambos derechos de la personalidad, reconocidos por la Constitución Española (artículo 15);
- *daño material*, que comprende el daño emergente y el lucro cesante; el primero es el perjuicio sufrido efectivamente en el patrimonio del perjudicado y el segundo es el beneficio que ha dejado de percibir, lo que no incluye las hipotéticas ganancias que podrían imaginarse (los “sueños de fortuna”, el cuento de la lechera);
- *daño moral*, es el que afecta a intereses espirituales del ser humano, no siempre fácil de apreciar y, menos de evaluar; puede ser directo o indirecto: aquél alcanza a intereses exclusivamente espirituales, como el honor, intimidad o imagen y éste se refiere al daño personal (o material, aunque no es fácil que se dé este caso) que produce, al tiempo, daño moral, como la pérdida de la vida o el daño a la integridad física (el llamado *pretium doloris*)

La indemnización

La cuestión de la indemnización complica el tema del daño. En principio, se mantiene en Derecho civil la reparación *in natura*, es decir, volver las cosas a su sitio, reparar el daño naturalmente; lo cual, es fácil advertirlo, no siempre es posible; piénsese en la vida, integridad física, daño moral o el mismo daño material en casos de que sea urgente la reparación.

Comenzando por los *daños personales*. La *vida*, en sí misma, no permite indemnización alguna que compense el daño moral por su pérdida o muy difícilmente se podrá compensar el material. Tanto es así que el Tribunal Supremo había entendido que la pérdida de la vida no daba derecho a una indemnización, a no ser que se pruebe un daño material consecuencia de ello, por ejemplo, si se trata de la vida de un padre de familia; por ello, en una sentencia de principio de siglo (de 19 de febrero de 1902) negó indemnización por la muerte de una madre, al entender que ella no producía beneficios económicos; esta sentencia provocó un verdadero escándalo en el mundo jurídico y la jurisprudencia entendió

posteriormente que siempre podía presumirse un perjuicio económico por razón de la pérdida de la vida, que sí era indemnizable; pero se presentó un caso extremo, que fue la muerte de una niña pequeña, arrollada por un tranvía, en la que no era posible presumir perjuicio económico alguno y la sentencia de 10 de julio de 1928 reconoció el daño moral por su pérdida.

La *integridad física* no sólo es objeto de indemnización por razón del daño material, que comprende los gastos y demás daños económicos sufridos, sino también el daño moral, que, como mínimo es el *pretium doloris*.

La indemnización por la pérdida de la vida no forma parte de la herencia, sino que es una atribución directa al perjudicado; lo cual tiene importantes consecuencias: no queda afecta al juego de la legítima (la de los hijos es de dos tercios de la herencia, en el Código civil) ni la percibe el heredero, sino el perjudicado, por ejemplo, la viuda y no los hijos herederos que ya están situados económicamente o la persona conviviente de hecho y no los hijos herederos que ya están situados económicamente o la persona conviviente de hecho y no los parientes legítimos que no se ven realmente perjudicados.

Los *daños materiales* son, en principio, más fáciles de evaluar al efecto de ser indemnizados, pero, en todo caso, deben ser acreditados. El *daño emergente* es el menoscabo económico que ha sufrido el patrimonio del perjudicado y comprende la diferencia que existe entre la situación actual del mismo y la que tendría de no haberse producido el daño (es la llamada teoría de la diferencia). El *lucro cesante*, es el menoscabo económico producido por la ausencia de un beneficio que el perjudicado hubiera obtenido; debe ser probado y la jurisprudencia ha sido muy precavida en estimarlo; la sentencia de 5 de noviembre de 1998 resume la doctrina en estos términos: “*El lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, sentencia de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, sentencia de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, sentencia de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, sentencia de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, sentencias de 8 de julio de 1996 y 21 de octubre de 1996).*”

Los *daños morales* son imposibles de evaluar objetivamente; atendiendo a caso por caso y a la vista de la petición del perjudicado que sea razonable, los valorará el juez discrecionalmente. Respecto a los daños morales *directos* consistentes en los atentados al honor, intimidad e imagen, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece unas pautas para su valoración: circunstancias del caso y gravedad de la lesión efectivamente producida, teniendo en cuenta la difusión o audiencia del medio y el beneficio que se haya obtenido. Respecto a los daños morales *indirectos*, la evaluación será necesariamente discrecional.