

# InDret

## **Relaciones familiares y límites del derecho de daños**

**Josep Ferrer Riba**  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

**Barcelona, Octubre de 2001**

[www.indret.com](http://www.indret.com)

## **SUMARIO**

- Introducción
  
- Privilegios e inmunidades familiares en el derecho civil codificado y el *Common Law*
  
- *Status* de familia, convivencia y ejercicio de roles familiares
  1. Las inconsistencias de un modelo basado en el *status* familiar
  2. La convivencia entre dañante y víctima como factor de atenuación de responsabilidad en los accidentes domésticos
  3. Responsabilidad civil y otros remedios por vulneración de obligaciones familiares
    - a) ¿Indemnización de daños por infringir deberes matrimoniales?
    - b) La omisión o cumplimiento deficiente de los deberes parentales
  
- Bibliografía
  
- Lista de casos citados

## • **Introducción**

En los daños que se producen en la vida familiar o en las relaciones de convivencia es muy cuestionable el papel que deben jugar los remedios indemnizatorios propios del derecho de la responsabilidad civil. A estas dudas contribuye, en primer lugar, la naturaleza misma de estas relaciones, que suelen generar vínculos de solidaridad y altruismo contrarios a la formulación de reclamaciones jurídicas entre las partes afectadas. La experiencia indica que los daños entre familiares, pese a su frecuencia y variedad, rara vez llegan a compensarse conforme a derecho. En la práctica sólo se reclaman si se dan circunstancias que permiten hacerlo sin contravenir la regla de moralidad que habitualmente inhibe la interposición de una acción judicial contra las personas con quienes se convive o contra parientes muy próximos, lo que puede ocurrir porque los daños estén cubiertos por un seguro de responsabilidad civil (en cuyo caso la víctima puede dirigirse directamente contra el asegurador, dentro de los límites del contrato), o porque precisamente se hayan roto dicha convivencia o los lazos de afecto, como ocurre típicamente en una crisis matrimonial o a raíz de la comisión de un delito (en este caso, además, el derecho español prevé que la acción de daños sea ejercida por el Ministerio Fiscal, *ex art. 108 LECr*, salvo que haya sido objeto de renuncia o reserva o que el delito sólo sea perseguible a instancia de parte).

En segundo lugar, al peso de las reglas morales o sociales hay que añadir barreras institucionales que, desde el derecho, dificultan que llegue a discutirse ante un juez si procede o no indemnizar ciertos daños: en derecho español, por ejemplo, la brevedad del plazo de prescripción de la acción aquiliana (art. 1968.2 CC), juntamente con la inexistencia de mecanismos de suspensión de la misma (cf. art. 1932 CC), evita de hecho que los cónyuges u otros convivientes, tras su separación, puedan exigirse el resarcimiento de los daños que se hayan causado durante la vida en común (salvo los que se hayan producido o manifestado en el año inmediatamente anterior); asimismo, si la víctima es un menor de edad sujeto a la potestad de los presuntos responsables resulta muy problemática la exigencia de responsabilidad ante la dificultad, a menudo insalvable, que supone tener que encargar el ejercicio de la acción a un defensor judicial (cf. art. 299 CC). Así, la cuestión de la existencia o no de responsabilidad queda muchas veces oculta bajo la vigencia de reglas sociales no escritas y restricciones del propio sistema jurídico que facilitan una inmunidad de hecho a los miembros de la familia (PATTI, 1984: 40-41).

Esta inmunidad, sin embargo, viene en la actualidad a reducirse ante la tendencia, asociada al individualismo liberal, a realzar los derechos individuales de las personas en el seno de la familia, a potenciar la autonomía privada en la configuración de las relaciones conyugales o de pareja -tradicionalmente muy restringida-, y a facilitar que la persona pueda, en el marco de dicha autonomía, reevaluar si mantiene o rompe sus compromisos de convivencia a la vista de sus costes y beneficios individuales (REGAN, 1999: 15-22). Esta evolución en la concepción de la familia, que en las sociedades occidentales ha llevado a una tasa elevada de separaciones, divorcios y familias recompuestas, así como a una diversificación de los modelos de relación interpersonal, reduce los factores que

tradicionalmente han inhibido la exigencia de responsabilidad civil entre familiares. De este modo, aunque sigue siendo evidente la prevalencia de normas sociales contrarias a este tipo de reclamaciones, la propia dinámica social genera cada vez más situaciones que obligan a preguntarse en qué casos son jurídicamente viables (piénsese, p.ej., en la reclamación por un cónyuge al otro de los daños causados por una ruptura matrimonial particularmente afrentosa, o en la reclamación, entre padres separados, de daños por negligencia en la custodia de un hijo común). A ello hay que añadir los casos, algo más frecuentes en los repertorios de jurisprudencia, en que se hallan implicadas terceras personas como corresponsables del daño y donde la discusión sobre la responsabilidad entre familiares o convivientes aparece indirectamente en vía de compensación de culpas.

El análisis de la doctrina y jurisprudencia comparadas (que en este trabajo hemos centrado básicamente en dos grandes culturas, una de *Civil Law* -la alemana- y otra de *Common Law* -la que se ha ido desarrollando en las jurisdicciones estatales de los Estados Unidos-) muestra un cierto consenso en torno a la existencia, en el círculo doméstico y familiar, de ámbitos de exención o atenuación de responsabilidad, pero persisten diferencias -y algunas incertidumbres- sobre cuáles son estos ámbitos y qué tipos de conductas incluyen, a qué sujetos alcanzan (padres, cónyuges, familiares en sentido amplio, convivientes), cómo se instrumentan (inmunidad, flexibilización de los estándares de precaución, exclusión de imputación objetiva) y qué razones de política jurídica avalan su mantenimiento.

### • **Privilegios e inmunidades familiares en el derecho civil codificado y el *Common Law***

La forma de plantear la cuestión de la responsabilidad por daños entre familiares presenta diferencias de nota en las tradiciones de *Civil Law* y de *Common Law*:

a) En Europa continental, los sistemas de derecho codificado *no han establecido ninguna excepción formal, en sede de responsabilidad civil, a la aplicación de las normas generales sobre indemnización de daños que tenga su fundamento en la existencia de una relación familiar o de convivencia entre el causante del daño y su víctima* (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en sede de derecho penal, donde la relación de parentesco puede fundamentar la atenuación, agravación o exclusión de la responsabilidad criminal: p.ej., art. 23, 180.4 y 268.1 CP español).

Algunos ordenamientos, sin embargo, contienen, en el derecho de familia, *reglas que establecen estándares particulares de diligencia en el cumplimiento de deberes familiares o que determinan consecuencias indemnizatorias en caso de vulneración de éstos*. El ejemplo más notable, por la generalidad de sus disposiciones, se halla en el Código civil alemán, cuyos §§ 1359 y 1664 fijan la diligencia *quam in suis* (la diligencia que uno pone en los asuntos propios) como canon privilegiado -en la medida en que permite limitar la responsabilidad al dolo y a la culpa grave- al que deben atenerse cónyuges y padres en el cumplimiento de

los respectivos deberes matrimoniales y paterno-filiales (criterio también seguido en el derecho griego: art. 1396 y 1531 CC; *apud* VON BAR, 2000: 265).

Quedan así definidas dos vías por medio de las cuales, en los sistemas jurídicos de tradición civilista, puede dirimirse si procede o no imponer responsabilidad por la causación de daños entre familiares:

- Una consiste en la *aplicación de normas ad hoc de derecho de familia*, en aquellos ordenamientos que disponen de las mismas, haciéndolo de manera exclusiva o combinada, si procede, con las normas generales de responsabilidad civil (así, por ejemplo, en derecho alemán, los §§ 1359 y 1664 BGB sólo fijan el estándar de responsabilidad, pero no el fundamento de la misma, que debe encontrarse en los preceptos sobre responsabilidad delictual).

- Otra es la que deben seguir los ordenamientos carentes de dicho tipo de normas (como el francés, el italiano o, en el ámbito de los daños a la persona, el español), y que pasa por la aplicación directa de las normas generales de responsabilidad civil. Ello no significa, sin embargo, que en estos ordenamientos se imponga al dañante la obligación de indemnizar en los mismos casos en que debería hacerlo frente a un tercero: como mencionamos más adelante, la textura abierta de las normas de responsabilidad civil (integradas por conceptos como "causalidad" o "negligencia") permite al juzgador incorporar a los juicios de imputación las características propias de los distintos roles familiares (SALVADOR, 2000a: 4), y así, indirectamente, llegar a resultados similares a los que se obtienen mediante la aplicación de normas privilegiadas.

El Código civil español y el Código de familia catalán contienen normas aisladas que establecen de modo más o menos explícito estándares de conducta e imponen la obligación de indemnizar por la vulneración de deberes familiares relacionados con la administración o disposición de bienes (arts. 168, 1390 y 1391 CC y arts. 145.1 y 147.1 CF), pero no se refieren a las consecuencias de la infracción de otras obligaciones, tanto entre cónyuges como de los padres respecto de los hijos (en particular, la del deber de vigilancia, de la que se derivan con frecuencia daños a éstos). Por otra parte, las disposiciones sobre responsabilidad civil derivada de delito son plenamente aplicables a cónyuges y a parientes próximos (como confirma la jurisprudencia de los tribunales penales y, en el caso particular de los delitos patrimoniales, el art. 268 CP). Al margen de los anteriores supuestos (analizados por ROCA, 2000: 537-554), quedan áreas tan importantes como la de los accidentes domésticos y otros daños personales causados por imprudencia, en las que persiste una notable indefinición legal y jurisprudencial.

b) Los ordenamientos de *Common Law*, a su vez, forjaron históricamente reglas generales de inmunidad a favor de ciertas personas en atención a su relación familiar con la víctima del daño, que dieron lugar a excepciones denominadas de relaciones familiares o de "*Domestic Relations*" (PROSSER, 1984: 901; FLEMING, 1998: 718, 745; DOBBS, 2000: 751). El alcance y difusión de estas inmunidades, de origen jurisprudencial y de naturaleza más procesal que sustantiva, fue muy dispar, y también lo ha sido su grado de perduración hasta la actualidad. Su aplicación típica se ha circunscrito a dos grupos de casos:

- **Daños entre cónyuges** (*interspousal immunity*). La inmunidad entre marido y mujer tiene sus raíces en el antiguo *common law* y se fundamentaba, según los tratadistas del derecho histórico, en la doctrina de la *marital unity*, de acuerdo con la cual el matrimonio determinaba que la identidad de la mujer se fundiera con la de su marido y ambos pasaran a ser, en derecho, una sola persona. Esta doctrina, de resonancias bíblicas, bajo la que subyacía en realidad la falta de capacidad jurídica de la mujer, empezó a quebrar a mediados del s. XIX con la aparición de las *Married Women's Property Acts* (dictadas a partir de 1844 en los Estados Unidos y más tarde, en 1870 y 1882, en Inglaterra), que otorgaban a la mujer casada capacidad patrimonial, incluyendo la de litigar en defensa de sus bienes privativos y de ejercer acciones indemnizatorias (incluso contra su marido) por daños patrimoniales. Los tribunales mantuvieron, sin embargo, el régimen de inmunidad en el ámbito de los daños personales (culposos o dolosos), sustituyendo la gastada retórica de la unidad marital por otro discurso centrado en la preservación de la privacidad y la armonía familiar (sobre este período, v. SIEGEL, 1996: 2161-2170). La fuerza de estos argumentos -y otros como el riesgo de colusión frente a aseguradores o de proliferación de demandas por daños triviales- fue decayendo a lo largo del s. XX, y ello determinó que la jurisprudencia (en Estados Unidos, a partir de 1914) recortara de modo gradual el alcance de la inmunidad hasta su completa abolición en muchas jurisdicciones o su conservación más o menos residual en otras (para una visión global exhaustiva de la evolución histórica de dicha inmunidad, v. TOBIAS, 1989: 361-441). Al declive de la inmunidad contribuyó también notablemente, en los daños causados en accidentes de tráfico, la generalización del seguro de responsabilidad civil.

El *Restatement of Torts 2d.*, en 1977, adoptó también el criterio, por entonces ya extendido entre las jurisdicciones estatales, de rechazar la inmunidad entre marido y mujer, si bien reconociendo que ciertas conductas pueden quedar privilegiadas habida cuenta de la relación conyugal (§ 895F: (1) *A husband or wife is not immune from tort liability to the other solely by reason of that relationship.* (2) *Repudiation of general tort immunity does not establish liability for an act or omission that, because of the marital relationship, is otherwise privileged or is not tortious*”).

Trad.: “(1). El Marido o la mujer no dejan de responder por responsabilidad civil por los daños causados por el uno al otro por el mero hecho de estar casados. (2). El rechazo de la inmunidad general por daños no determina la responsabilidad por actor u omisiones que, debido a la relación conyugal, estén privilegiados de otra manera o no sean dañosos”.

En Inglaterra, el abandono definitivo del régimen de inmunidad se produjo en 1962, mediante la *Law Reform (Husband and Wife) Act*, que posibilitó todo tipo de acciones de responsabilidad por daños entre cónyuges, si bien, a fin de evitar el recurso a la justicia para airear menudencias de la vida matrimonial, el derecho inglés atribuye al juez la potestad de suspender el ejercicio de la acción en caso de considerar que la continuación del proceso no producirá un beneficio sustancial a ninguna de las partes (LOWE/DOUGLAS, 1998: 63-64).

- **Daños causados por el padre o la madre a los hijos en potestad** (*parental immunity*). La inmunidad de los padres frente a sus hijos fue elaborada por los Tribunales estadounidenses, sin que tuviera precedentes en el *Common Law* inglés, en el cual nunca

llegó a regir. Los casos fundacionales se remontan al período 1891-1905, en el que se dictan las tres sentencias que formarán la *great trilogy* de la inmunidad paterna.

Se trata de *Hewellette v. George* (68 Miss. 703, 9 So. 885), un caso resuelto en 1891, referido al internamiento ilegal de una hija menor por su madre en un establecimiento psiquiátrico; *McKelvey v. McKelvey* (111 Tenn. 388, 77 S.W. 664), un caso de 1903 en el que una hija solicitaba indemnización frente a su padre y su madrastra por malos tratos infligidos por ésta con la connivencia de aquél, y *Roller v. Roller* (37 Wash. 242, 79 P. 788), un caso de 1905 que excluyó la acción civil de daños contra un padre que había sido declarado criminalmente responsable de haber violado a una hija.

Las tres sentencias citadas aluden a la suficiencia de los remedios penales o específicamente familiares (como la retirada de la guarda y custodia) frente a los abusos cometidos por los demandados y entienden improcedente la reclamación de daños a éstos con razones muy variadas, tales como el mantenimiento de la paz social y familiar, la necesidad de otorgar amplia discrecionalidad a los padres para disciplinar y controlar a los hijos, el riesgo de colusión, el perjuicio a los hermanos de la víctima debido a la disminución del patrimonio paterno, la posibilidad de que el padre pudiera recuperar por vía de herencia lo pagado a su descendiente en caso de premoriencia de éste y la analogía con la inmunidad conyugal (v., p.ej., HOLLISTER, 1982: 493-508). Estos argumentos cayeron pronto en descrédito y, desde luego, no resistieron el paso del tiempo, las transformaciones sociales y los cambios en la concepción de la familia. Al igual que ocurrió con la inmunidad conyugal, la jurisprudencia también restringió paulatinamente el ámbito de la inmunidad paterna y la fue sustituyendo por el reconocimiento de ciertos ámbitos de discrecionalidad en el ejercicio de la patria potestad o por la sujeción de los padres al estándar flexible del *reasonable and prudent parent*.

En esta evolución los autores suelen también destacar tres casos. En *Goller vs. White* (20 Wis. 2d 402, 122 N.W. 2d 193), resuelto en 1963, un menor de doce años, que se hallaba en acogimiento familiar, pedía indemnización a su *foster father* por heridas graves sufridas en un accidente, alegando la imprudencia de éste al haberle permitido montarse a la barra trasera del tractor que conducía el propio demandado; el Tribunal Supremo de Wisconsin entendió que la inmunidad parental debía ser derogada, salvo en dos grupos de casos: en los actos que implicaran ejercicio de la patria potestad y en los relativos al ejercicio de la discrecionalidad paterna respecto a la provisión de alimentos u otras necesidades. Como alternativa a la regla de *Goller*, que llegó a ser considerada demasiado deferente con los padres, en 1971 el Tribunal Supremo de California, en *Gibson vs. Gibson* (3 Cal. 3d 914, 479 P.2d 648, 92 Cal. Rptr. 288), propuso limitar las prerrogativas inherentes al ejercicio de la patria potestad exigiendo valorar la razonabilidad de los actos del demandado de acuerdo con las características del rol de padre o madre (*reasonable parent test*). Poco después, la Corte de Apelaciones de Nueva York matizó este criterio por creer que podía ser demasiado gravoso para los padres y declaró abiertamente que el incumplimiento negligente del deber de vigilancia no es un *tort* que permita accionar al hijo contra el padre ni al tercero corresponsable del daño reconvenir contra dicho progenitor con la finalidad de compensar culpas (el *leading case*, de 1974, es *Holodook vs. Spencer*, 36 N.Y.2d 35, 364 N.Y.S.2d 859, 324 N.E.2d 1268) (sobre estos y otros casos, v., p.ej., los comentarios de HOLLISTER: 1982, 508-527; ROONEY/ROONEY: 1991, 1166-1174; PIPINO, 1992: 1117-1133).

El *Restatement of Torts 2d* también rechaza la inmunidad del padre y la madre en idénticos términos que la conyugal (§ 895G). En el comentario oficial a la norma se puntualiza, de todos modos, que la intimidad de la vida familiar puede incidir en la determinación de si una conducta es o no negligente,

y asimismo -haciéndose eco de algunas de las sentencias antes citadas- que el ejercicio de la potestad y el cumplimiento de los deberes paternos requieren una discrecionalidad que merece ser razonablemente protegida (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1979: 426-431).

El abandono progresivo del sistema de inmunidades ha reducido de modo sustancial las diferencias de fondo entre los ordenamientos de *Common Law* y de *Civil Law*. Aunque en los Estados Unidos quedan todavía jurisdicciones apegadas a la tradición que conservan, más o menos limitadas, las antiguas inmunidades, hoy en día se tiende a sustituirlas por privilegios de derecho sustantivo, elaborados más casuísticamente, en los cuales el juicio de responsabilidad pasa a depender de la configuración y contenido de los deberes y potestades familiares (en la dirección de *Goller* o *Holodook*) o bien de estándares de cuidado y criterios de imputación confeccionados a medida de cada tipo de relación familiar (siguiendo la orientación de *Gibson*). Entonces, como ha observado acertadamente DOBBS (2000: 757) al examinar el problema de la responsabilidad de los padres frente a los hijos, en términos que remiten a las dos opciones que son habituales en Europa, “La única cuestión es si categorías como “supervisión” o “discreción parental” pueden ser de mayor ayuda a los jueces que las reglas ordinarias de responsabilidad por culpa para adoptar las decisiones relevantes de política jurídica. La ventaja de las reglas de culpa o negligencia es que permiten centrar la atención en los hechos y en la justicia del caso particular, aquéllo que mejor saben hacer los tribunales”.

- **Status de familia, convivencia y ejercicio de roles familiares**

¿Cuáles son estas decisiones de política jurídica -al decir de DOBBS- en las que debe basarse el establecimiento de un modelo de responsabilidad civil, legal o jurisprudencial, en la vida privada y familiar? ¿Debe articularse dicho modelo desde el derecho de daños o desde el de familia? El análisis de derecho comparado y de su evolución histórica sugiere la oportunidad de diferenciar y discutir la racionalidad de tres posibles fundamentos de exención o moderación de responsabilidad: a) el *status familiar* del dañante respecto de la víctima (que, como hemos visto, ha sido durante decenios elemento determinante de inmunidad en el *Common Law*); b) la existencia de una *relación de convivencia* entre las partes afectadas; y c) la conexión del daño con el *ejercicio de un rol o función familiar* (que ha sido un factor tradicional de atenuación de responsabilidad en el derecho europeo y también ha sido adoptado por muchos tribunales estadounidenses tras la superación del régimen de inmunidades).

### 1. Las inconsistencias de un modelo basado en el *status familiar*

El sistema de las *tort immunities*, tal como se configura en el *Common Law* tradicional, tiene como fundamento exclusivo el *status familiar* del causante del daño respecto del perjudicado. En su versión clásica, en la que la inmunidad es absoluta, la mera condición de cónyuge, padre o madre determina la exención de responsabilidad, prescindiendo de cualquier otra circunstancia, como la intencionalidad de la conducta dañosa, la naturaleza



de la actividad en el curso de la cual se producen los daños o la tipología de éstos. Esta forma de inmunidad es una regla simple de administrar judicialmente pero muy rudimentaria, propia de un derecho de daños poco depurado. Históricamente, se corresponde con una ideología patriarcal de la familia, basada en relaciones de poder y sumisión entre sus miembros, que el derecho reafirma bajo la pretensión de preservar la paz y la privacidad familiar y de evitar que se litiguen daños de bagatela.

Lo cierto es, sin embargo, que la inmunidad por actos dolosos incentiva conductas oportunistas (BRINIG, 2000: 106) y no puede decirse precisamente que contribuya a mantener los restos de paz y armonía que pudieran subsistir en la familia. Asimismo, su extensión a actividades que no son esencialmente familiares (p.ej. accidentes profesionales, accidentes de tráfico) no sólo deja pérdidas a veces muy cuantiosas sin compensar, sino que también entorpece, sin motivo convincente, la función preventiva que cumple el derecho de daños en actividades que pueden afectar a terceros, e incluso su función distributiva del coste de los accidentes, pues la inmunidad *inter partes* bloquea, entre familiares (por el mero hecho de serlo), el recurso al mercado de seguros de responsabilidad civil. Por otra parte, la justificación de la inmunidad por el riesgo de demandas triviales es muy paternalista: los particulares están en mejor posición que los jueces -y por descontado que un legislador- para valorar las consecuencias de litigar en la vida familiar (TOBIAS, 1989: 445). Estas y otras críticas, que históricamente se formulan en la doctrina norteamericana como reacción a un sistema percibido como injusto, explican la aparición progresiva de excepciones a las reglas de inmunidad, entre las que pueden destacarse la exclusión de los daños dolosos, la de los daños producidos en actividades sujetas a responsabilidad objetiva y que típicamente son objeto de seguro y la de los daños con resultado de muerte, en los que se considera que no hay paz familiar que preservar (por todos, PROSSER/KEATON, 1984: 902-907; DOBBS, 2000: 752, 754-755). Estas excepciones subvierten la naturaleza de la inmunidad como regla de exoneración que impide entrar en el análisis de fondo y llevan, en muchos casos, a que legislaturas o tribunales decreten su abolición formal y su sustitución por criterios sustantivos de exclusión o moderación de responsabilidad que requieren un desarrollo mucho más casuístico.

El sistema de inmunidades, por lo demás, no se compagina bien con la orientación dominante en el derecho de familia moderno, que, como ya hemos indicado, facilita la ordenación privada de las relaciones de convivencia (lo que multiplica los modelos de convivencia), refuerza los derechos individuales en el ámbito familiar, establece políticas particularmente intensas de protección respecto de los menores y tiende a devaluar el papel de los *status* familiares (p.ej., EEKELAAR, 2001: 184). Hay que decir, de todos modos, que la idea de que un *status* familiar pueda generar *per se* algún tipo de inmunidad sigue teniendo un cierto atractivo en el discurso comunitarista, muy sensible a la función simbólica de las normas jurídicas. Las reglas de inmunidad, según esta concepción, contribuirían a un entendimiento cultural del matrimonio y demás relaciones familiares en el que prevaleciera la dimensión comunitaria de la identidad personal y sus valores -el compromiso, la confianza mutua, la solidaridad-. Así se manifiestan Milton REGAN (1999: 106-135) respecto del privilegio que impide a un cónyuge testificar contra el otro en un

proceso penal por delitos cometidos contra terceros (*adverse testimony privilege*), y también Margaret BRINIG (2000: 101-104, 127-130), quien, aunque desde la influencia del análisis económico del derecho, adopta una opinión parecida respecto de las *tort immunities*, que concibe básicamente como instrumentos de promoción de armonía y unidad familiar. Las inmunidades reflejarían -según esta concepción- el pacto implícito en toda comunidad familiar (calificado por dicha autora como *covenant*, por contraposición al *contract*), "donde nadie concibe la posibilidad de demandar a otro o de requerir que le sean rendidas cuentas, sea de dinero o de conducta" (*ibidem*, 129). Su justificación de las inmunidades, en cualquier caso, es muy matizada (excluye de ellas los daños dolosos) y puede interpretarse como voluntad de privilegiar las relaciones de convivencia y reforzar la discrecionalidad en el ejercicio de funciones familiares, temas que tratamos en los siguientes epígrafes.

## **2. La convivencia entre dañante y víctima como factor de atenuación de responsabilidad en los accidentes domésticos**

Otra manera de plantear la incidencia de las relaciones familiares en la responsabilidad civil, más acorde con la orientación del derecho de familia contemporáneo, pasa por reducir la relevancia del *status familiae* a los casos en que se cuestionan las consecuencias del incumplimiento de deberes jurídico-familiares (v. *infra*, apt. 3) pero, al mismo tiempo, por conceder más importancia a *las relaciones de convivencia* como posible fundamento de moderación o exención de responsabilidad. De este modo, coexistirían dos tipos de privilegio, que en algunos casos pueden superponerse pero son analíticamente distintos: uno, derivado de la asunción de un rol familiar configurado en sus rasgos básicos por el derecho de familia, que en esencia ampararía a padres y madres en el ejercicio de la guarda y la potestad sobre sus hijos menores o incapacitados ("privilegio parental"), y otro, derivado de la convivencia, que alcanzaría a todos los miembros de la unidad familiar -en cualesquiera relaciones de convivencia estable con vocación de permanencia- pero estaría limitado en su ámbito objetivo a los accidentes domésticos y otros daños relacionados directamente con la vida en común ("privilegio doméstico").

No es fácil encontrar casos en los que pueda evaluarse la recepción por la jurisprudencia española de este segundo tipo de privilegio, porque la convivencia entre las partes afectadas por un accidente suele refrenar la reclamación de daños, salvo en situaciones de negligencia grave o dolo que no estarían amparados por aquél. A ello hay que añadir la brevedad del plazo de prescripción de la acción de daños, que es de un año (art. 1968.2 CC) y su falta de suspensión mientras dura la convivencia, que puede fácilmente llevar a la extinción de las acciones indemnizatorias entre convivientes antes de que acabe la vida en común (a diferencia de lo que ocurre en muchos ordenamientos, en los que el matrimonio suspende la prescripción entre cónyuges, y la relación de potestad la suspende entre padres e hijos: p.ej. art. 2252 y 2253 CC francés; § 204 BGB; art. 2941 CC italiano; art. 2905 y 2906 CC quebequés).

El privilegio doméstico es una regla que integra en el juicio de imputación de responsabilidad, moderándolo, aquellas pautas de conducta y valores que caracterizan, en la conciencia social, una relación de convivencia, desde la doble perspectiva del causante del daño y del perjudicado. Las notas relevantes para la formación de este juicio pueden

hallarse en dos grupos de argumentos que la doctrina comparada aduce para fundamentar los privilegios familiares:

- En las relaciones de convivencia, las personas *se comportan e interaccionan tal como son, de acuerdo con sus aptitudes naturales y adquiridas, sin sujeción a especiales deberes de precaución*. La intimidad propicia que la persona adopte una actitud relajada y favorece el desarrollo de la libertad personal sin particulares restricciones. A esta libertad se corresponde el deber entre convivientes de aceptar a cada cual con sus cualidades y defectos, sin poder exigir a los demás una conducta más precavida que la que adoptan en sus propios asuntos (*quam in suis*) (WACKE, 2000: 273), a lo que se une la necesidad de admitir que, en la vida doméstica, los intereses de cada conviviente están expuestos inevitablemente a una cierta influencia de los demás (HÜBNER/ VOPPEL, 2000: 589). Ello justifica que, en este tipo de relaciones *se aplique un estándar de diligencia subjetivo*: a diferencia de lo que ocurre en el tráfico y en la mayoría de actividades de la vida social, donde los estándares de precaución son objetivos, en las relaciones de convivencia *se tienen en cuenta las aptitudes y limitaciones individuales*.

Es también habitual explicar "*quam in suis*" a partir del consentimiento de la víctima y su deber de asumir los actos propios: quien escoge como marido o mujer a alguien poco capacitado o fiable debe asumir las consecuencias de su elección (WACKE, *ibidem*). Este argumento, aceptable hasta cierto punto en las relaciones de convivencia entre personas adultas, no es adecuado para explicar la vigencia de la regla en las relaciones que no se forman consensualmente, como las intergeneracionales, razón por la cual el estándar ha sido muy cuestionado en estos casos (p.ej. HINZ, 1992: 621). Entre padres e hijos, "*quam in suis*" se justifica por las razones que avalan el privilegio parental, al que nos referimos más adelante.

- Por otra parte, *entre los miembros de la familia rige un principio de solidaridad*, que se manifiesta en la existencia de una cierta "comunidad económica, de destino y de responsabilidad" que el derecho considera digna de protección (DIEDERICHSEN, *apud* KNOLLE, 1999: 34: "*Wirtschafts-, Schicksals- und Haftungsgemeinschaft*"). De este principio se sigue, para el perjudicado por un daño causado por otro miembro de la familia, un deber de tolerancia e indulgencia (WACKE, 2000: 274; BRINIG, 2000: 129) y de no perturbar con litigios la paz familiar (KNOLLE, 1999: 33, 41, con más citas; ENGLER, 2000: 86). Desde esta perspectiva, de evidentes connotaciones comunitarias, las relaciones familiares han de ser aceptadas tal como vienen dadas, al margen de sus costes y beneficios individuales, en la consideración de que preservar y fortalecer las finalidades compartidas y el interés común es un objetivo social tan importante como proteger los derechos individuales (REGAN, 1999: 11, 22-29).

La idea de solidaridad también aparece revestida, en algunos casos, como argumento de *equidad*. En virtud de esta idea se considera injusto que el perjudicado pueda exigir responsabilidad, con el mismo rigor que a un extraño, a quien ha venido asumiendo cargas asistenciales (alimentos, educación, etc.) en beneficio de aquél. Este razonamiento se ha utilizado sobre todo para justificar la moderación de la responsabilidad de los padres (HOFFMANN, 1967: 1210), pero puede extenderse a quienes cumplen funciones de

protección respecto de la víctima, sea con carácter formal (tutores, acogedores) o informal (p.ej., nuevas parejas del padre o de la madre). Así, se ha defendido, por ejemplo, la aplicación de privilegios domésticos al compañero o consorte por accidentes padecidos por los hijos de su pareja, con el fin de no desincentivar su implicación en la vida cotidiana de éstos, que a menudo conlleva la asunción informal de obligaciones de atención y cuidado (LEIB, 1996: 842-844). El argumento de equidad, como en general el de solidaridad, tiene su límite en las relaciones fundadas en un contrato de prestación de servicios (p.ej., en BGH NJW 1996, 53, el Tribunal Supremo alemán rechazó acertadamente la extensión del privilegio del § 1664 BGB a una asistente familiar).

En el plano positivo, el alcance del privilegio doméstico y sus formas concretas de articulación dependen del caudal de recursos dogmáticos de cada ordenamiento. En particular, puede implementarse desde el derecho de familia y desde el derecho de daños:

- El derecho alemán constituye un ejemplo de construcción de los privilegios de responsabilidad a partir de las normas del derecho de familia. La jurisprudencia interpreta de modo extensivo el concepto de "deberes derivados de la relación matrimonial" (§ 1359 BGB) hasta incluir dentro del mismo todo tipo de conductas imputables a marido o mujer que puedan dar lugar a daños en el ámbito del hogar (p.ej., WACKE, 2000: 275), convirtiendo la norma en fuente de un privilegio doméstico *tout court* entre cónyuges. Tratándose de relaciones entre padres e hijos, la doctrina está mucho más dividida y un sector importante de ella se inclina por excluir los supuestos en que el padre o la madre han infringido su deber de vigilancia del marco privilegiado del § 1664 BGB y por juzgar al progenitor al que es imputable la falta de vigilancia adecuada de su hijo con arreglo a las normas generales de responsabilidad delictual (p.ej., ENGLER, 2000: 92-93; HINZ, 1992: 622-623; en contra, KNOLLE, 1999: 67-70). Sea como fuere, un factor que desaconseja recurrir a las disposiciones del derecho de familia como base de un privilegio doméstico es la dificultad de extender su aplicación a personas no comprendidas por el supuesto de hecho de las mismas (convivientes en relación marital, parientes por afinidad, hermanos, etc.), pues en tales casos se requiere forzar el uso de la analogía.

- El privilegio doméstico se puede instrumentar también desde el derecho de daños, por medio de un uso flexible de las técnicas de imputación objetiva y subjetiva. En este sentido, por ejemplo, se ha propuesto limitar la imputación de ciertos daños mediante la aplicación del *principio del consentimiento* como causa de justificación, dar virtualidad al *principio de asunción de riesgo* (si se trata de una relación de convivencia entre personas adultas libremente consentida) como criterio negativo de imputación, y también *relajar, en el ámbito doméstico, el estándar de precaución razonable*, de acuerdo con las pautas de comportamiento - menos cuidadoso- que se presumen en la intimidad (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1979: 426, 430). Parecidamente, en la doctrina española se ha sostenido la posibilidad de interpretar la falta de pronunciamientos judiciales sobre accidentes domésticos como manifestación de la existencia de un privilegio que ajustaría los criterios de imputación del daño a las reglas sociales dominantes y, por esta vía, limitaría la responsabilidad al dolo y a la culpa grave (SALVADOR/RUIZ, 2000b: 46; SALVADOR/RAMOS/LUNA, 2000c: 9).

La posibilidad de exonerar de responsabilidad por culpa leve y, en cambio, el mantenimiento de la responsabilidad por dolo y culpa lata es un rasgo común en los ordenamientos que por una vía u otra admiten formas de privilegio doméstico. En Alemania, por ejemplo, la regla *quam in suis* no exime de responsabilidad por dolo o culpa grave (§ 277 BGB). El descuento de la culpa leve no parece incidir significativamente en la función preventiva de la responsabilidad civil, por cuanto el daño padecido por la víctima, en particular si es de cierta gravedad, suele repercutir negativamente en el bienestar del dañante, que puede sufrirlo psicológicamente como propio o tener que asumir parte de sus costes por vía asistencial (entre los miembros de la familia se generan funciones de utilidad interdependientes). Por el contrario, las conductas gravemente culposas y las dolosas no se ajustan a las indicaciones de las que depende la concesión del privilegio: la libertad de actuar relajadamente en la intimidad no puede llegar al punto de comportarse de modo alocado y temerario en daño de los demás, ni mucho menos de dañar intencionalmente. Las víctimas, como es obvio, tampoco deben tolerar ni solidarizarse con estos comportamientos.

El ámbito natural de aplicación de un privilegio basado en la convivencia es, como hemos señalado, el de los *accidentes domésticos*; es decir, actos u omisiones que tienen lugar en el hogar y que pueden producirse típicamente por razón del contacto habitual entre convivientes y el desempeño de las tareas que genera la vida en común, si bien puede extenderse a otros escenarios en los que también se desarrolla la convivencia (p.ej. actividades de ocio). En derecho comparado, el supuesto más debatido por la jurisprudencia es el de los accidentes de automóvil, en el que predomina la tesis contraria a su consideración de actividad privilegiada: tratándose de una actividad que incide sobre la seguridad del tráfico y que puede afectar muy sustancialmente a terceros, se afirma que hay razones de prevención general que justifican la sujeción a los estándares y criterios de imputación específicos de la circulación de vehículos, y no a los subjetivos y más laxos de la vida familiar (en derecho alemán, v. GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, 1994: 260; con reservas, WACKE, 2000: 277; KNOLLE, 1999: 60-63). De este modo, en los accidentes de tráfico, el dañante es juzgado por su rol de conductor de un vehículo y no por el de padre, madre, hijo, cónyuge o conviviente respecto de los ocupantes del mismo. En la actualidad, la cobertura de los daños personales de los ocupantes del vehículo por medio del seguro obligatorio y la posibilidad de asegurar los daños a los bienes por medio de un seguro voluntario vienen a zanjar la cuestión, confirmando la tesis favorable a aplicar, respecto de estos daños, las reglas de responsabilidad propias del derecho de la circulación.

El mismo criterio contrario a la aplicación del privilegio doméstico debe regir también en los accidentes profesionales (p.ej., los que se producen en el seno de una empresa familiar). El privilegio tutela las condiciones en que se desenvuelve la convivencia familiar, no el ejercicio de actividades económicas cuyos riesgos son susceptibles de cobertura mediante la contratación de un seguro (y ello con independencia de que el seguro esté efectivamente suscrito).

### **3. Responsabilidad civil y otros remedios por vulneración de obligaciones familiares**

El análisis de los privilegios de responsabilidad en la vida privada de las personas debe completarse con la valoración de los remedios que pueden utilizarse ante la producción de daños por omisión o cumplimiento deficiente de deberes familiares. Para ello hay que desplazar el centro de atención, que hasta ahora habíamos puesto en la convivencia como fundamento de un trato de privilegio a los miembros de la unidad familiar, al ejercicio de funciones familiares. La determinación del contenido de estas funciones y de las consecuencias de su infracción tiene lugar por medio de normas sociales y, en el plano jurídico, por medio del derecho de familia, cuyas disposiciones prevén remedios específicamente familiares (p. ej., la separación matrimonial o el divorcio, la pérdida de la guarda y custodia sobre un hijo menor, la imposición de medidas de control en el ejercicio de la potestad, la suspensión o la privación de ésta) y, a veces, admiten la compensación de los daños. El recurso a los remedios indemnizatorios, sin embargo, es limitado: el derecho de familia moderno rechaza la imposición de obligaciones que restrinjan coercitivamente aspectos centrales para el sentido personal de identidad del individuo (EEKELAAR, 2001: 191) lo cual conlleva limitaciones notables al resarcimiento de daños, particularmente por vulneración de los deberes conyugales. Por otra parte, en la relación paterno-filial, aunque tampoco pueda forzarse el ejercicio de las funciones de padre o de madre (ni parece posible compensar con una indemnización la decisión de abandonar o renunciar a su ejercicio), el incumplimiento de obligaciones por parte de los padres sí admite compensación de los daños, aunque, por lo común, modulando la imputación de responsabilidad por razón del rol familiar desempeñado.

#### **a) ¿Indemnización de daños por infringir deberes matrimoniales?**

La configuración del matrimonio como comunidad de vida asumida y mantenida voluntariamente determina la incoercibilidad de los deberes conyugales en los que se sustenta: toda pretensión dirigida a su ejecución forzosa es contradictoria con la naturaleza de aquél (SALVADOR /RUIZ, 2000b: 47, 63). También lo es la de su cumplimiento por equivalente, pues tratándose de deberes que sólo pueden ser cumplidos por libre decisión moral de uno y otro cónyuge parece contradictorio que puedan arbitrarse medios dirigidos a la compulsión indirecta de aquéllos. A ello puede añadirse la dificultad de calcular los daños, el escaso poder disuasorio de la acción de responsabilidad para prevenir abusos u otras violaciones de los deberes matrimoniales, y el efecto puramente redistributivo de riqueza entre los cónyuges que tendrían estas acciones, frente a las cuales no es posible asegurarse (ELLMANN/SUGARMAN, 1287-1289). De ahí se sigue que, en el plano civil, su infracción sólo comporta, por regla general, las consecuencias establecidas por el derecho matrimonial, que en el ordenamiento español se reducen a la posibilidad de ejercer una acción de separación o eventualmente de divorcio (art. 82 y 86 CC) (en contra, LUNA/SANCHO, 1997: 103-104).

Las normas del Código civil español y del Código de familia catalán que regulan las consecuencias patrimoniales de la ruptura matrimonial prevén que el juez pueda fijar una pensión compensatoria a favor del cónyuge que ve empeorada su situación (art. 97 CC y 84 CF), pero desvinculan dicha compensación, así como el resto de medidas que pueden adoptarse, de cuál sea la causa legal de separación o divorcio concurrente y de su eventual imputabilidad a uno de los cónyuges. En este contexto, la admisión de una acción indemnizatoria por los daños derivados del adulterio o de la vulneración de otros deberes conyugales, a parte de encarecer los costes del matrimonio (SALVADOR /RUIZ, *op. ult. cit.*, 63), desvirtuaría gravemente dicho principio normativo -que ha merecido, aun con matices, un alto grado de consenso entre los operadores jurídicos- y reintroduciría por una puerta trasera un sistema de separación o divorcio culposos, con la consecuencia, poco deseable, de aumentar la conflictividad en las crisis matrimoniales. En Europa hay todavía países cuyos ordenamientos establecen obligaciones indemnizatorias en la ruptura matrimonial si ésta es reprochable a uno de los cónyuges (vid., p.ej., art. 266 CC francés; art. 1792 CC portugués), pero siempre de modo expreso y como un efecto patrimonial específico de la separación o el divorcio. En el derecho español se prevé algo parecido en sede de nulidad, al disponer la ley que pueda otorgarse una indemnización al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo (art. 98 CC y, en aplicación del derecho anterior a la reforma de 1981, STS, 1ª, 26.11.1985), pero fuera de este caso particular el silencio del legislador debe interpretarse como una negativa al resarcimiento de daños.

La discusión sobre la compensación de los daños patrimoniales y morales causados por vulneración de los deberes matrimoniales se planteó en los casos resueltos por las SSTS, 1ª, 22.7.1999 y 30.7.1999. En ambos litigios los demandantes reclamaban a sus ex esposas sendas indemnizaciones por los daños patrimoniales y morales que habían padecido por la infidelidad de éstas, de la que había resultado el nacimiento de varios hijos, cuya paternidad les había sido atribuida. Después de que prosperara en ambos casos la impugnación de paternidad, solicitaban (con fundamento en las normas de responsabilidad contractual, en un caso, y extracontractual, en el otro) una indemnización por las cantidades pagadas en concepto de alimentos y por daño moral. El Tribunal Supremo denegó toda indemnización: en la S. de 22 de julio, consideró irrelevante el adulterio a efectos indemnizatorios y adujo la falta de prueba del dolo de la mujer en cuanto a la ocultación de la paternidad biológica de un tercero; y en la de 30 de julio -que por razones procesales no entró a examinar la pretensión de restitución de las pensiones alimenticias- afirmó que la única consecuencia jurídica de la infidelidad es su consideración legal como causa de separación matrimonial ("*lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar*", FD 3º).

La exclusión de la acción de responsabilidad no rige, sin embargo, respecto de aquellas conductas que causen daño a derechos o intereses del otro cónyuge conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas. Así, pueden ser indemnizados los daños causados a la integridad física y psíquica del cónyuge, a su salud, libertad, honor o intimidad, libertad sexual o patrimonio. No obstante, la dificultad de discernir las conductas que dan lugar a daños compensables de las que constituyen violaciones de la relación matrimonial no resarcibles (particularmente, en el área de los daños psíquicos o emocionales que subsiguen a violaciones graves de los deberes de fidelidad, respeto y ayuda mutua) explicaría las propuestas de dotar al sistema de mayor certidumbre recurriendo al Código penal, donde se tipifican conductas lesivas de

ciertos bienes de la persona que comportan, además de la pena, la obligación civil de indemnizar (ROCA, 2000: 552-554; RAGEL, 2000: 159). Esta remisión a los tipos penales para deslindar daños indemnizables (p.ej., los derivados de actos habituales de violencia doméstica, física o psíquica, ex art. 153 CP; el contagio doloso o gravemente negligente de una enfermedad venérea, ex art. 147 y 152 CP) de otros que no lo son (p.ej., el daño psíquico que un cónyuge puede padecer al descubrir el adulterio del otro o advertir el error sobre su paternidad) *supone tomar en consideración, a efectos indemnizatorios, las convicciones sociales mayoritarias acerca de la mayor o menor reprobación de ciertas conductas*, en los términos en que el legislador penal las ha asumido (hoy día, p.ej, suscitan mayor rechazo social los malos tratos que la infidelidad conyugal).

Otros ordenamientos han seguido técnicas similares, aunque no necesariamente apoyándose en los tipos penales. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo alemán, que ha abanderado -frente a una doctrina muy vacilante- la negativa a indemnizar los daños derivados del adulterio o de la atribución errónea de paternidad (v. los casos más importantes en MARKESINIS, 1997: 312-334), ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado ex § 826 BGB (por causación dolosa de daños *contra bonos mores*) si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso en que se haya engañado al marido sobre su paternidad -sin incluir en este supuesto la mera reticencia- (BGH 19.12.1989, NJW 1990: 706). En Estados Unidos, el levantamiento de la inmunidad conyugal supuso, desde la década de los ochenta, la proliferación en las crisis matrimoniales de acciones de daños entre cónyuges por causación intencional de trastornos emocionales (*intentional infliction of emotional distress*), llegándose a crear con ello un grave problema de política jurídico-familiar. La praxis de los tribunales estatales se ha decantado por admitir el resarcimiento de este tipo de daños si la conducta resulta particularmente ultrajante a juicio de un jurado (*outrageousness test*), criterio que requiere examinar casuísticamente qué conductas son tan intolerables socialmente que justifican que sus víctimas sean compensadas (cf. ELLMANN/SUGARMAN, 1996: 1330-1343, postulando, por su mayor certidumbre, la remisión a los tipos penales).

## **b) La omisión o cumplimiento deficiente de los deberes parentales**

En la relación entre padres e hijos no concurren las mismas razones que se aducen en la relación conyugal para postergar las acciones indemnizatorias frente a otros remedios desvinculadores de las partes. A diferencia del matrimonio, la relación entre los padres y sus hijos sujetos a potestad es una relación entre partes desiguales, no formada consensualmente (salvo en el caso -poco relevante a los efectos que ahora examinamos- de la adopción de mayores de 12 años: art. 177.1 CC, art. 121 CF), caracterizada típicamente por la *dependencia* de los segundos respecto de los primeros (aspecto que conlleva, para los hijos, una particular vulnerabilidad) y por el *carácter excepcional y costoso de los mecanismos de salida de la relación*, pues aunque el derecho de familia contempla la intervención externa de la Administración o de los tribunales para corregir situaciones de incumplimiento de los deberes parentales, estos remedios sólo operan en casos de riesgo elevado y de abuso o



abandono de funciones persistente y grave. Pese a ello, también se aprecian motivos sustanciales para privilegiar el ejercicio de la potestad de los padres y, en particular, para limitar la exposición de éstos a acciones de daños, aunque los límites de dicho privilegio parental sean variables en la jurisprudencia comparada y muy discutidos doctrinalmente, tanto en Europa como en Estados Unidos (v., ampliamente, KNOLLE, 1999: 53-56, 70-88; PIPINO, 1992: 1127-1133; VANCE, 1995: 442-469).

El trato deferente hacia los padres se superpone muchas ocasiones con el privilegio doméstico entre convivientes que antes hemos examinado, y por ello es común relacionarlo con algunas de las razones que justifican éste, particularmente con el deber de solidaridad entre parientes próximos -que alcanzaría su máxima intensidad entre padres e hijos- y el designio de proteger la paz familiar (ENGLER, 2000: 85-86; BRINIG, 2000: 129-130). Conviene, sin embargo, mantener separados ambos privilegios. El parental, a diferencia del doméstico, sólo opera en el ejercicio de las funciones de la potestad (y por tanto, sobre hijos menores o incapacitados) y no requiere necesariamente la convivencia (p.ej., puede aplicarse a padres que no ostentan la guarda de sus hijos, pero que mantienen el ejercicio de la potestad y derechos de contacto personal). Tiene además sus propias justificaciones, que se relacionan con las características singulares de la relación paterno-filial y, en particular, con la necesidad de atribuir a los padres una discrecionalidad amplia en el ejercicio de las funciones de crianza, educación y cuidado de los hijos.

Se afirma, en este sentido, que la relación entre padres e hijos es equiparable a una relación fiduciaria (SCOTT/SCOTT, 1995: 2401 y seg.), en la que no es posible prever por anticipado todas las contingencias que pueden surgir y detallar cómo han de actuar los padres en cada una de ellas (además, en muchos casos, puede no haber suficiente consenso social al respecto). Ante esta situación, atendidos los profundos vínculos afectivos que genera la relación paterno-filial, lo más razonable es atribuir amplios poderes a los padres -como en cualquier relación de confianza- asumiendo que éstos son las personas que se hallan en mejor posición para juzgar qué es más beneficioso para sus hijos (*parental judgement rule*) (*ibidem*, 2438). Al derecho sólo corresponde, entonces, establecer las condiciones mínimas que deben ser respetadas en el ejercicio del rol parental (p.ej., reglas sobre prestación de alimentos, escolarización obligatoria, atención sanitaria, requisitos de contratación laboral, etc.) y supervisar su observancia por medio de normas penales, administrativas o civiles en aquellos casos en que sean insuficientes los mecanismos de control social, pero no debe permitir que un juez o tribunal puedan revisar *ex post* el ejercicio de aquella discrecionalidad -dentro de los indicados límites- y penalizar a los padres por sus errores de apreciación o eventuales desviaciones respecto de los estándares mayoritarios de conducta, salvo que hayan rebasado el umbral de la culpa grave o que la conducta sea dolosa (en cuyo caso no puede hablarse ya de discrecionalidad).

De este modo, el privilegio parental abarcaría, fundamentalmente, aquellas decisiones donde la discrecionalidad es acusada (educación, orientación profesional, administración patrimonial, etc.), incluyendo las relativas a la fijación del grado de vigilancia y de libertad ambulatoria de los hijos. Aunque no pueden darse indicaciones generales sobre los límites

del privilegio, pueden formarse grupos de casos a partir de diversos criterios empleados por la jurisprudencia para apreciar si hay infracción de reglas de precaución por los padres. El más importante, en relación con los deberes de vigilancia, es el de la edad de los hijos, pues en la primera infancia dichos deberes son muy rigurosos, pero luego van disminuyendo y ya en la adolescencia ceden a favor del deber de autoprotección, razón por la cual la jurisprudencia, a partir de la pubertad, imputa a la conducta de la víctima -y no a la vulneración del deber de vigilancia de su padre, su madre u otros guardadores- una eventual reducción o exclusión del resarcimiento (v. la reseña jurisprudencial en FERRER/RUISÁNCHEZ, 1999: 9-10, y, con posterioridad, STS, 1ª, 30.12.1999).

La adecuación del estándar de precaución a las aptitudes subjetivas de la persona para ejercer el rol de padre o madre puede explicarse también a partir de la naturaleza típicamente altruista de la relación paterno- y materno-filial y del valor idiosincrático que para el hijo tiene dicha relación, incluso aunque se ejercite en términos que socialmente puedan considerarse subóptimos (SCOTT/SCOTT, 1995: 2433). Asumiendo que los padres suelen actuar en interés de los hijos, las conductas negligentes son generalmente explicables por descuidos puntuales de atención muy difíciles de prevenir o bien por condiciones personales y sociales de los progenitores que, desde luego, el derecho de daños no puede modificar. En estas situaciones, la imposición de responsabilidad encarecería notablemente la paternidad y la maternidad sin que la posición de los hijos experimentara una mejora significativa en vía de prevención. En el peor de los casos, podría llegar a disuadir de la asunción de los deberes parentales, cuyo ejercicio es -en términos globales- socialmente imprescindible y suele ser muy valioso para los hijos. Por otra parte, en aquellos supuestos en que la conducta de los padres, por su gravedad, no queda amparada por privilegio alguno y cabe consiguientemente decretar su responsabilidad, hay que tener también en cuenta las dificultades de implementar la compensación intrafamiliar de los daños y los problemas que pueden derivarse de la solvencia limitada de los dañantes, factores que explican el recurso frecuente a remedios distintos del resarcitorio, como la adopción administrativa o judicial de medidas de protección, el cambio del régimen de guarda o la privación de la potestad.

Un último aspecto sobre el que conviene llamar la atención por su importancia práctica es el relativo a la incidencia del privilegio parental -y, en su caso, también el doméstico- en el juicio de responsabilidad que se formula contra un tercero corresponsable del daño. Los privilegios privados y familiares tienen eficacia entre partes, y su coste -el coste de la solidaridad familiar, la discrecionalidad de actuación y la relajación propias de la vida privada- no debe ser desplazado a terceros. Así lo entiende habitualmente la jurisprudencia española, que deduce de la indemnización debida a los hijos menores la parte del daño que es imputable a la culpa de uno o ambos progenitores (debidamente probada por el demandado), si dichos progenitores -como suele ser habitual- interponen la acción de daños en representación de la víctima del accidente (v. FERRER/RUISÁNCHEZ, 1999: 10-11 y, con posterioridad a los casos allí comentados, STS, 1ª, 16.5.2000). Este efecto se produce con independencia de que la falta de precaución del progenitor esté amparada por

alguna forma de privilegio o no, pues respecto de tercero la eventual negligencia de aquél debe medirse objetivamente, sin atender a sus condiciones personales.

### • Bibliografía

- AMERICAN LAW INSTITUTE (1979). *Restatement of the Law Second. Torts 2d.* (§§ 708 - End). Vol. 4. American Law Institute Publishers. St. Paul, Minnessotta.
- BRINIG, Margaret F. (2000). *From Contract to Covenant (Beyond the Law and Economics of the Family)*. Harvard University Press. Cambridge/London.
- DOBBS, Dan B. (2000). *The Law of Torts*. Hornbook Series. West Group. St. Paul, Minnessotta.
- EEKELAAR, John (2001). "Family Law: The Communitarian Message". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 21, No. 1. 181-192.
- ELLMANN, Ira Mark; SUGARMAN, Stephen D. (1996). "Spousal Emotional Abuse as a Tort?", 55 *Maryland Law Review* 1268-1343.
- ENGLER, Helmut (2000). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (§ 1664 BGB). 13ª ed. Sellier - de Gruyter. Berlin.
- FERRER RIBA, Josep; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga (1999). "Niños y adolescentes", *InDret* (<http://www.indret.com>). 3/1999. 1-15.
- FLEMING, John G. (1998). *The Law of Torts*. 9ª ed. Law Book Company. Sydney.
- GERNHUBER, Joachim; COESTER-WALTJEN, Dagmar (1994). *Lehrbuch des Familienrechts*. 4ª ed. Beck. München.
- HINZ, Manfred (1992). *Münchener Kommentar zum BGB* (§§ 1626, 1631, 1664). 3ª ed. T. 8 (*Familienrecht II*). Beck. München.
- HOFFMANN, Hans-Joachim (1967). "Die Fragwürdigkeit der Haftung für *diligentia quam in suis*", *Neue Juristische Wochenschrift* 1207-1210.
- HOLLISTER, Gail D. (1982). "Parent-Child Immunity: A Doctrine in Search of Justification", 50 *Fordham Law Review* 489-527.
- HÜBNER, Heinz; VOPPEL, Reinhard (2000). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (§ 1359 BGB). 13ª ed. Sellier - de Gruyter. Berlin.
- KNOLLE, Eike (1999). *Das Haftungsprivileg der eigenüblichen Sorgfalt im Familienrecht (Weiterentwicklung der §§ 1359, 1664 BGB aufgrund der rechtlichen und sozialen Veränderung von Ehe und Kindschaft)*. Wissenschaftlicher Verlag Berlin.
- KROHSE, Kristyn J. (1997). "No Longer Following the Rule of Thumb - What to Do with Domestic Torts and Divorce Claims". 1997 *University of Illinois Law Review* 923-957.
- LEIB, David A. (1996). "Maryland Refuses to Abrogate Parental Tort Immunity". 55 *Maryland Law Review* 832-846.
- LOWE, Nigel; DOUGLAS, Gillian (1998). *Bromley's Family Law*. 9ª ed. Butterworths. London/Edinburgh/Dublin.
- LUNA SERRANO, Agustín; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís (1997). *Elementos de Derecho civil*, T. IV: Derecho de familia. 4ª ed. Bosch. Barcelona.

- MARKESINIS, Basil (1997). *The German Law of Obligations*. Vol. II. *The Law of Torts: A Comparative Introduction*. Clarendon Press. Oxford.
- PATTI, Salvatore (1984). *Famiglia e responsabilità civile*. Giuffrè. Milano.
- PIPINO, Samuel Mark (1992). "In Whose Best Interest? Exploring the Continuing Viability of the Parental Immunity Doctrine". 53 *Ohio State Law Journal* 1111-1133.
- PROSSER, William L. & KEATON (1984). *The Law of Torts*. 5ª ed. West Publishing. St. Paul, Minnesota.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe (2000). "Comentario a la STS de 30 de julio de 1999". 52 *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 153-163.
- REGAN Jr., Milton C. (1999). *Alone Together (Law and the Meanings of Marriage)*. Oxford University Press. New York/Oxford.
- ROCA TRÍAS, Encarna (2000). "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", en: MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Dykinson. Madrid. 533-563.
- ROONEY, Martin J.; ROONEY, Colleen M. (1991). "Parental Tort Immunity: Spare the Liability, Spoil the Parent", 25 *New England Law Review* 1161-1184.
- SALVADOR CODERCH, Pablo (2000a). "Causalidad y responsabilidad". *InDret* 1/2000.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; RUIZ GARCÍA, Juan A. (2000b). "Comentari a l'art. 1 del Codi de família", en: EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J. (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*. Tecnos. Madrid. 43-66.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia; LUNA YERGA, Álvaro (2000c). "Un ojo de la cara (I)". *InDret* 3/2000.
- SCOTT, Elisabeth; SCOTT, Robert (1995). "Parents as Fiduciaries", 81 *Virginia Law Review* 2401-2491.
- SIEGEL, Reva B. (1996). " "The Rule of Love": Wife Beating as Prerogative and Privacy", 105 *Yale Law Journal* 2117-2207.
- TOBIAS, Carl (1989). "Interspousal Tort Immunity in America", 23 *Georgia Law Review* 359-478.
- VANCE, Geoffrey A. (1995). "Rock-a-bye Lawsuit: Can a Baby Sue the Hand that Rocked the Cradle?", 28 *John Marshall Law Review* 429-469.
- VON BAR, Christian (2000). *The Common European Law of Torts*. Vol. 2: *Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality, and Defences*. Clarendon Press. Oxford.
- WACKE, Andreas (2000). *Münchener Kommentar zum BGB (§§ 1353, 1359)*. 4ª ed. T. 7 (*Familienrecht I*). Beck. München.

- **Lista de casos citados**

**Sentencias del Tribunal Supremo español**

<b>Sala</b>	<b>y Ar.</b>	<b>Magistrado ponente</b>	<b>Partes</b>
1ª, 26.11.1985	5901	Jaime Santos Briz	Ángel Pedro D. R. c. Marina A. P.
1ª, 22.7.1999	5721	Alfonso Figueroa Barcalá Trillo-	Gustavo R. S. c. María Concepción C. S.
1ª, 30.7.1999	5726	Alfonso Figueroa Barcalá Trillo-	Alberto V. M. c. María de los Ángeles B. D.
1ª, 30.12.1999	9094	Alfonso Villagómez Rodil	Institut Català de Serveis a la Joventut c. Ángel José C. V. y Josefa O. V.
1ª, 16.5.2000	3930	Román García Varela	Hemant P. c. "Hipercor SA", y "AGF Unión-Fenix, SA"

**Sentencias de los Estados Unidos de América**

<b>Caso</b>	<b>Año</b>	<b>Referencia</b>
<i>Hewellette v. George</i>	1891	(68 Miss. 703, 9 So. 885)
<i>McKelvey v. McKelvey</i>	1903	(111 Tenn. 388, 77 S.W. 664)
<i>Roller v. Roller</i>	1905	(37 Wash. 242, 79 P. 788)
<i>Goller v. White</i>	1963	(20 Wis. 2d 402, 122 N.W 2d 193)
<i>Gibson v. Gibson</i>	1971	(3 Cal. 3d 914, 479 P.2d 648, 92 Cal. Rptr. 288)
<i>Holodook v. Spencer</i>	1974	(36 N.Y 2d 35, 364 N.Y.S. 2d 859, 324 N.E 2d 1268)

**Sentencias de la República Federal de Alemania**

<b>Tribunal</b>	<b>Fecha</b>	<b>Referencia</b>
Supremo alemán (BGH)	19.12.1989	(NJW 1990: 706)
Supremo alemán (BGH)	17.10.1995	(NJW 1996: 53)