

Familia y responsabilidad civil: reflexiones sobre la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos y respecto de los terceros, en Italia

Family and civil liability: reflections on the
responsibility of parents for their children,
and with respect to third parties, in Italy

*Flavio Tovani**

Scuola Superiore Sant'Anna, Italia,
<flaviotovani@tiscali.it>

RESUMEN. En la tradición jurídica italiana, el derecho de la familia y el derecho de la responsabilidad civil fueron siempre distintos. Pero ahora la jurisprudencia, y también el legislador, están introduciendo los remedios *aquilianos* en la familia misma, entre marido y mujer y entre padres e hijos. El artículo analiza si es posible buscar para esta nueva responsabilidad de los padres una base común con la responsabilidad de estos respecto a los daños que los niños hacen a terceros.

PALABRAS CLAVES. Responsabilidad civil. Padres. Responsabilidad por hecho ajeno.

ABSTRACT. In Italian tradition, family and liability law always were separated. But now, judges, and even the Parliament, introduced liability in the family, between husband and wife and also between parents and children. This article would like to verify if it is

* Doctorando en Persona e Tutela Giuridiche en la Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa (Italia).

possible to find a common basis for this new type of parents' liability with their liability for the damages due to the fact of their children

KEY WORDS. Liability. Parents. Vicarious liability.

1.

FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

En palabras de A. C. JEMOLO, en la tradición jurídica italiana la familia era vista como una isla que las aguas del derecho de la responsabilidad no pueden invadir. Dicho en pocas palabras, en las relaciones internas entre los miembros de la familia solo se podían aplicar las normas establecidas en el derecho de familia, con exclusión de toda otra forma de protección, en primer lugar el derecho de daños. En efecto, en el código 1865, que a su vez se estructuró sobre la base del Código de Napoleón, la familia aparece, en sus relaciones con terceros, como un bloque compacto, donde los padres son llamados a responder por el delito cometido por sus hijos, y estos siempre están sometidos al padre a través de la institución de la patria potestad.

La reciente evolución de la legislación y de la sociedad ha llevado a cambiar aquella antigua concepción.¹ Las sentencias de la Corte Suprema de Casación n.ºs 9801, de 2005,² para las relaciones entre los cónyuges, y 7713, de 2000,³ para las relaciones entre padres e hijos, sancionaron la aplicabilidad de las reglas generales de derecho de daños en la isla de la familia. La introducción del artículo 709 *ter* del Código de Procedimiento Civil consagró definitivamente este logro. Con respecto a la responsabilidad de los padres respecto de terceros, que a pesar de la jurisprudencia sigue manteniendo una penalización importante, no se

¹ Paolo CENDON, "Introduzione", a Giuseppe CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padua: CEDAM, 2006, p. 2; Pietro RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna: Il Mulino, 1966, p. 414.

² En *Corriere Giuridico*, Milán: IPSOA, 2005, p. 921, con nota de Giuseppe DE MARZO, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2006, p. 37, con nota de Federica GLAZZI, en *Diritto e giustizia*, Gruppo 24 Ore, Milán: 2006, 22, p. 12, con nota de Gianfranco DOSI, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2006, p. 365, con nota de Michele SESTA, y Giovanni FACCI, en *Familia*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 875, con nota de Cristina CARICATO, en *Giurisprudenza italiana*, Turín: UTET, 2006, p. 691, con nota de Adalgisa FRACCON, y Emilio CARBONE, in *Giustizia civile*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 98, con nota de Arnaldo MORACE PINELLI, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2005, p. 670.

³ En *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2001, p. 159, con nota de Massimo DOGLIOTTI, y con nota de Marco BONA, en *Il Foro Italiano*, Roma, 2001, t. I, p. 187, con nota de Alessandro D'ADDA.

puede ver un contraste entre la racionalidad que subyace a este tipo de responsabilidad (para que los padres pueden controlar a sus hijos y evitar así sus actos ilegales) y una realidad social que deja a los niños espacios de libertad cada vez más grandes.

2.

LOS REMEDIOS TRADICIONALES

Con respecto a las relaciones internas entre los familiares, el sistema tradicional previsto por el Código Civil (CC) ofrece, como se mencionó, los recursos específicos, que excluyen todos los demás. En principio, se puede decir que el remedio para la violación de los deberes matrimoniales ha sido siempre la separación (artículo 151 CC), y para el incumplimiento de un deber hacia los hijos, la suspensión o la pérdida de la patria potestad (artículo 330 CC), a los que se han añadido recientemente remedios más específicos y más eficaces, tales como, por ejemplo, las medidas cautelares contra el abuso en la familia (artículo 342 *bis* y 342 *ter* CC).

3.

EL DAÑO NO PATRIMONIAL

Sin embargo, este sistema, especialmente antes de la introducción de las medidas cautelares, no era suficiente, al menos en los casos graves, porque terminaba legitimando, o sometiendo a un tratamiento menos riguroso, la misma conducta perjudicial para los derechos de la persona perpetrada contra una persona perteneciente a la familia que la cometida contra extraños, la que podría ser reprimida con mayor eficacia mediante el uso de las reglas generales de responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, por supuesto, la teoría general de la responsabilidad habla de un daño patrimonial y no patrimonial. En el derecho italiano, la definición de *daño patrimonial* nunca ha creado ningún problema en particular, contrariamente a la definición de daño no patrimonial. A la luz de las cuatro sentencias clave de 11 de noviembre de 2008,⁴ podemos decir que, desde un punto de vista ontológico, este daño es uno solo, pero, desde un punto

⁴ Cassazione Civile, 26972-26973-26974-26975/2008, in *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2009, 19, con notas de Antonino PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Sara LANDINI y Caterina SGANGA.

de vista lógico, revela tres conceptos diferentes: se habla así de daño moral, daño a la salud y daños por lesión de los derechos constitucionales. El Tribunal Supremo ha aclarado definitivamente que, si bien algunos daños no patrimoniales deben ser compensados solo en los casos previstos por la ley (artículo 2059 CC), no se puede pensar que la infracción de los derechos constitucionales pueda permanecer sin sanción. Por lo tanto, si bien en algunos casos la indemnización por daño moral tiene su fundamento en el artículo 185 del Código Penal (CP), en otros casos esta base estará dada por los requisitos constitucionales mismos, en particular, entre otros, el artículo 32, por el daño a la salud, y el artículo 2, que habla de los derechos humanos fundamentales.

4.

EL DAÑO NO PATRIMONIAL EN FAMILIA

La jurisprudencia sobre responsabilidad civil en la familia está de acuerdo con estos supuestos: en el caso del atentado a los derechos humanos fundamentales consagrados en la Constitución, debe existir una indemnización por el daño moral sufrido. Y esto independientemente de si el agresor es familiar o no: la familia debe dejar de ser la isla que las aguas del derecho pueden solo rodear; las víctimas de agresión dentro de la familia no son “menos iguales” que otras. Por lo tanto, para el caso de las relaciones entre los cónyuges, si bien la violación “simple” da lugar al reconocimiento de la separación matrimonial, una violación “grave” y repetida implicará la violación de los derechos humanos fundamentales de la esposa, de los cuales habla el artículo 2 de la Constitución y, por tanto, podrá dar lugar a una indemnización por daño moral.⁵

Para el caso de las relaciones entre padres e hijos, se aplicará el mismo principio, por el cual se entenderá que la mala conducta parental puede provocar en el niño daños a sus derechos fundamentales en virtud del artículo 2 de la Constitución, y también a sus derechos como hijo previstos en el artículo 30 de la Constitución. Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación de manutención y educación, conforme a los artículos 30 de la Constitución y 147 del Código Civil, y otros derechos “implícitos”, como la atención y el decoro de la vivienda, tendrá como resultado no solo la aplicabilidad de los remedios de derecho de familia y la indemnización del daño patrimonial, sino incluso la compensación del daño moral y

⁵ Cf. Tribunale di Messina, 31/08/09, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2010, 506, con nota de Denis AMRAM, y en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2010, p. 150, con nota de Alessandra ARCERI.

del daño a los derechos fundamentales de la persona, cuando la violación es grave y da lugar a un deterioro significativo de las condiciones de vida (aludiendo, por supuesto, no solo a las necesidades materiales, sino también, y sobre todo, a las necesidades emocionales de los niños).⁶

5.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES HACIA SUS HIJOS

Más aún, la jurisprudencia es interesante no solo por la afirmación del principio de la responsabilidad extracontractual de los padres hacia sus hijos, sino también porque acaba de crear nuevos derechos de los niños respecto de sus padres. Se puede hablar así, por ejemplo, del “derecho al amor”, o de la admisión de los daños y perjuicios en un caso de reconocimiento de paternidad no verdadero, con lo que implícitamente se reconoce el derecho del niño a conocer su origen real (Tribunal de Turín, 31 de marzo de 1992). Y se consagra también el derecho a obtener la compensación por la violación de los deberes de asistencia y visitas, en el caso de separación o divorcio de los padres, o incluso a obtener la compensación por la lesión sufrida por un padre o un abuelo que se ha visto perjudicado en su relación con su hijo o nieto debido a la conducta de la madre.⁷

6.

EL ARTÍCULO 709 TER DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El alcance de la responsabilidad entre padres separados ha dado lugar a una importante innovación legislativa: la introducción, en el Código de Procedimiento Civil, del artículo

⁶ Tribunale di Lecce, Sezione di Maglie, 03/09/2008, en *Famiglia, persone e successioni*, Turín: UTET, 2009, p. 785; Tribunale di Venezia, 30/06/2004, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2005, p. 548, con nota de Roberto DE STEFANIS, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2005, p. 297, con nota de Giovanni FACCI, en *Giurisprudenza italiana*, Turín: UTET, 2005, p. 1630, con nota de Paolo PORRECA.

⁷ Tribunale di Monza, 05/11/2004, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2005, pp. 851 ss., con nota de Giulio RAMACCIONI, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2005, p. 79, con nota de Giuseppe DE MARZO, en *Famiglia*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 584, con nota de Alessandra CORDIANO, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2005, p. 171, con nota de Giovanni FACCI, Tribunale di Roma, 13/09/2011, en <http://www.altalex.com/index.php?idi=123525&cmd5=75c4ad3a8a86c2d94a1e268510d2080d&idnot=54280>, con nota de Cesira CRUCIANI.

709 *ter*, que representa la primera confirmación, en un texto legislativo, del itinerario jurisprudencial del cual hablamos, diseñado para eliminar la inmunidad del mundo de la familia. Vale la pena detenerse en él.

Dice el texto de la norma:

En caso de infracciones graves o actos que sean perjudiciales para el niño o dificulten el buen funcionamiento del modo de custodia de los niños, [el juez] podrá modificar las disposiciones vigentes y podrá, por separado o conjuntamente: 1) advertir a los padres incumplidores, 2) condenar a una compensación por daños, en contra de uno de los padres a favor del niño, 3) condenar a una compensación por daños, en contra de uno de los padres a favor del otro, y 4) condenar a los padres a pagar una multa administrativa, a partir de un mínimo de 75 y un máximo de 5.000 euros con destino al Fondo de Multas.

Como es evidente, se habla, por último y explícitamente, de una compensación en favor del niño o del otro padre, y este artículo se aplica en casos de separación (o divorcio) y de disputas entre los padres naturales. Si bien la advertencia, el cambio del modo de la custodia y el pago de la sanción administrativa se consideran medidas sancionatorias, el debate sobre la cuestión de la responsabilidad está abierto, en la doctrina y la jurisprudencia, a partir de la posibilidad de la compensación mencionada en la norma. Una primera tesis⁸ habla de daños punitivos: la indemnización no tendría, por tanto, la función clásica de la reparación del daño sufrido, sino la de castigar al culpable, disuadiendo el incumplimiento a través de la amenaza de un daño mayor que el que se deriva del incumplimiento mismo. Este argumento, sin embargo, choca con una sentencia anterior de la Corte de Casación, en 2007,⁹ la que definitivamente negó que bajo la ley italiana puedan encontrar un espacio los daños punitivos.

⁸ Denise AMRAM, "Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto della famiglia", en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2008, p. 966; Giuseppe CASSANO, "In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, 2° comma, c.c. ed i danni prettamente 'patrimoniali' tra congiunti", en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2008, p. 498; Giuseppe DE MARZO, "Responsabilità civile e rapporti familiari", en Giuseppe DE MARZO, Cecilia CORTESI y Antonella LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, II ed., Milán: Giuffrè, 2007, p. 722; Giuseppe FACCI, "La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali", en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Turín: UTET, 2008, p. 225; Bettina LENA, "La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento", en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Turín: UTET, 2008, p. 269; Maurizio LUPOI, "Comentario all'art. 709 ter", en Federico CARPI y Michele TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile. Complemento giurisprudenziale*, Padua: CEDAM, 2008, p. 3138; Consuelo MIGHELA, "Il risarcimento del danno derivante dal c.d. illecito endofamiliare", en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2010, pp. 74 s.; Giuseppe PAGLIANI, "La riforma sull'affido condiviso - Ragioni e contenuto della riforma", en Paolo CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza - Famiglia e persone - III - Tomo primo*, Turín: UTET, 2008, p. 259; Giorgia Anna PARINI, *La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli*, en <http://paduaresearch.cab.unipd.it/2553/1/GiorgiaParinitesidotorato.pdf>, pp. 252 ss.; Ignazio ZINGALES, "Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 ter c.p.c.", en *Diritto di famiglia e delle persone*, Milán: Giuffrè, 2009, p. 416.

⁹ Cass. 1183/2007 (v. LENA, o. cit., p. 273 y Ferruccio TOMMASEO, "L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.", en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2010, p. 1065).

Esto no es un problema puramente teórico, sino que tiene importantes consecuencias en la carga de la prueba: si este artículo establece daños punitivos, no requiere prueba de que sufrió una lesión, y si, en cambio, es una hipótesis “clásica” de reparación de daños, estos tienen que ser demostrados, al menos por presunciones. Aunque la jurisprudencia de mérito se encuentra, como dije, en movimiento, mientras no haya una evolución de la jurisprudencia de la casación, el artículo 709 *ter* no puede ser considerado, en mi opinión, nada más que como una regla que hizo explícita en la familia la reparación de los daños y perjuicios prevista en los artículos 2043 y siguientes del Código Civil (que se dedican a la responsabilidad civil).

7.

LOS ARTÍCULOS 2047 Y 2048 DEL CÓDIGO CIVIL

Pero hay un campo, referente a la familia y la responsabilidad civil, que desde los tiempos del Código de Napoleón dio lugar a un marco legal determinado, al artículo 1384, y que tiene sus raíces en el derecho romano (acciones noxales):¹⁰ es la responsabilidad de los padres por el hecho de los niños. Mientras que el desarrollo de la responsabilidad civil endofamiliar —es decir, en las relaciones dentro de la familia— nació de una idea de la familia adecuada a la Constitución, en la que se subordina el interés del grupo en favor del desarrollo de la personalidad de sus miembros, modificando la visión monolítica de la familia, la responsabilidad de los padres frente a los terceros se basa precisamente en el principio opuesto: la idea es que el padre, gracias a la potestad, a su autoridad sobre los hijos, puede controlar su comportamiento. Por lo tanto, si combinamos este principio con otro principio básico, esta vez el de la responsabilidad civil, tenemos un resultado híbrido, una responsabilidad por negligencia en el ejercicio del poder de supervisión sobre el niño, como lo señaló la observadora más aguda de los orígenes de la norma, Francesca GIARDINA.¹¹ El resultado de este proceso es, precisamente, el artículo 2048 del Código Civil italiano, que prevé la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos cometidos por sus hijos a menos que aquellos prueben que no pudieron evitar el daño.

¹⁰ Matteo MARRONE, *Lineamenti di diritto privato romano*, Turín: Giappichelli, 2001, p. 52.

¹¹ Francesca GIARDINA, *La situazione giuridica del minore*, Nápoles: Jovene, 1984, *passim*.

Sobre esta fórmula, y sobre la base de la responsabilidad conforme a lo dispuesto de la norma, se han elaborado diferentes teorías, agrupadas, en mérito a la simplificación, entre los partidarios de una responsabilidad directa¹² y los que, en cambio, hablan de una responsabilidad objetiva o indirecta.¹³ Para los primeros, los padres responden de su propia negligencia (por no ejercer un control efectivo sobre un niño). Para los últimos, en cambio, los padres responden, en esencia, en virtud de su propia situación de padres, independientemente de la actual culpabilidad: ellos serían, en esencia, el *bolsillo profundo*, tomando prestada una frase del análisis económico del derecho.

Se ha dicho *los padres*, pero en realidad la norma es más amplia y refleja, una vez más, una concepción autoritaria de la familia. De hecho, si hablamos en el primer párrafo de padres que cohabitan con el hijo menor, el segundo párrafo habla de tutores y profesores de arte; en otras palabras, de los continuadores de la autoridad paterna, aquellos a los que el niño es confiado para ser educado o para aprender un oficio, y a los cuales se trasladan por un tiempo limitado los poderes que el padre (y ahora la madre) tiene sobre los niños.

Hay todavía otra regla de la responsabilidad de los padres y maestros de arte: el artículo 2047, que habla de la responsabilidad del supervisor. Por lo tanto, en esta disposición, los padres y los profesores responden por el hecho del niño no como tales, sino solo como supervisores. La distinción entre la aplicabilidad del artículo 2047 y el artículo 2048 es la capacidad de los niños: el primero se refiere al niño que no es capaz (o, incluso más, incapaz por razón de edad), el segundo, al niño capaz, y esta capacidad tiene que ser evaluada caso por caso.¹⁴

¹² Guido ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 301; Id., *Trattato di diritto civile. IV. La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1999, p. 665; Riccardo CAMPIONE, “Il fatto dannoso del minore incapace”, en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino: UTET, 2008, p. 610; Massimo DOGLIOTTI, *La potestà del genitore e l'autonomia del minore*, Milán: Giuffrè, 2007, p. 502; Alfredo FERRANTE, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milán: Giuffrè, 2008, p. 34; Cesare SALVI, *La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1998, p. 138; Angelo VENCHIARUTTI, “Comentario all'art. 2047”, en Paolo CENDON, *Commentario al codice civile*, vol. IV, *Artt. 1655-2059*, Turín: UTET, 1991, p. 2057.

¹³ Roberta BARBANERA, “La responsabilità dei genitori”, en Gilda FERRANDO (trattato diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. 2, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna: Zanichelli, 2008, p. 207; A. COCCHI, “Art. 2048 c.c.: orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità da illecito cagionato da minore ‘capace’”, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2010, p. 1976.

¹⁴ Alessandra AMBANELLI, “La responsabilità dei genitori e dei tutori (art. 2048 c.c.)”, en G. BONILINI, G. CARNEVALI y M. CONFORTINI (a cura di), *Codice ipertestuale della responsabilità civile*, Turín: UTET, 2.ª ed., 2006, p. 305; BARBANERA, o. cit., p. 201; CAMPIONE, o. cit., p. 598; Maria Luisa CHIARELLA (a cura di), “Minore danneggiante e responsabilità vicaria”, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2009, p. 974; COCCHI, o. cit., p. 1973; DOGLIOTTI, o. cit., p. 501; Giuseppe FAZIO, *La responsabilità civile dei genitori verso i terzi*, en <http://www.tribunale.varese.it/UserFiles/File/giurisprudenza/Responsabilita%20civile%20dei%20genitori%20verso%20i%20terzi%20Torino.pdf>, p. 3; Rosamaria FERORELLI, “La responsabilità extracontrattuale dei genitori verso i terzi (art. 2047-2048 c.c.)”, en Paolo CENDON (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, vol. II, o. cit., p. 1338; Pier Giuseppe MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3, *La Responsabilità Civile*, Turín: UTET, 1998, p. 930; PATTI, o. cit., p. 248; Cesare SALVI, *La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1998, p. 130.

8.

EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Vamos ahora a investigar el tipo de responsabilidad establecido por las dos normas. Ambas hablan de la responsabilidad “a menos que pruebe que no ha podido evitar el daño”. Pero, en realidad, la carga de la prueba requerida es diferente: en el artículo 2047 se habla de “*culpa in vigilando*”, es decir, en el ejercicio del deber de vigilancia; en el artículo 2048 los profesores solo responden por culpa en la supervisión, los padres también por culpa en la educación, es decir, en el ejercicio del deber de la educación.

Por lo tanto, si se opta por aceptar la tesis del carácter directo de la responsabilidad prescrita en los artículos 2047 y 2048, se puede trazar un paralelo entre la responsabilidad de los padres hacia sus hijos y la responsabilidad frente a terceros. La educación es, en efecto, como hemos visto, uno de los deberes parentales previstos al artículo 30 de la Constitución y el artículo 147 del Código Civil; la supervisión de los niños es una de las llamadas *obligaciones implícitas*, las que no están expresamente previstas en la norma, pero existen. Por lo tanto, el fundamento de la responsabilidad parental es el mismo en ambos casos: la violación de los deberes hacia sus hijos. El padre de familia que no educa a su hijo correctamente, o no cuida de él, incurre, en primer lugar, en una responsabilidad hacia el propio niño. Pero puede incurrir también en una responsabilidad hacia los terceros en caso de que el hijo, grosero o mal educado, cometa un delito.

Esto si se acepta la tesis de la responsabilidad directa.

Sin embargo, si se acepta la tesis de la responsabilidad objetiva, la base de responsabilidad prescrita en los artículos 2047 y 2048 será el estatus mismo de los padres, el hecho de ser padres. Aun así, se puede trazar un paralelo con la responsabilidad de los padres hacia sus hijos. De hecho, una reciente sentencia de la Casación, n.º 22909, de 2010, dejó en claro que entre los deberes de los padres y la potestad, la correlación, aunque por lo general exista, no es necesaria: los deberes siguen existiendo, en forma independiente de las vicisitudes de la potestad, y están vinculados exclusivamente al estatus de los padres, al hecho biológico por el cual los padres son tales. Así, una vez más, el fundamento de los dos tipos de responsabilidad es el mismo: el hecho biológico de la paternidad implica una responsabilidad hacia los niños y hacia los terceros.

Ahora bien, elegir cuál es el mejor argumento sobre la naturaleza de la responsabilidad prescrita en los artículos 2047 y 2048 es extremadamente difícil, y quizás la única

solución sea hablar de *responsabilidad objetiva de hecho*, como sostiene Ferrante.¹⁵ Uno debe, por el momento, limitarse a afirmar que, si la solución basada en los datos literales de las dos normas sugiere la posibilidad de la exoneración por la prueba de la ausencia de culpa, y por tanto excluye la responsabilidad objetiva, la jurisprudencia es muy estricta, y ha reconocido la responsabilidad de los padres en casos en que era prácticamente imposible evitar que se produjera el daño y no hubo negligencia de los garantes, si no fuera por una especie de ficción jurídica.

9.

LA JURISPRUDENCIA

Ofreciendo una visión general de la jurisprudencia, podemos decir, primero, que la evidencia negativa de que no pudo evitar el hecho se ha transformado, en la práctica, en la prueba positiva de que ha tomado todas las medidas razonables para impedirlo.¹⁶ Los juicios, sin embargo, evalúan caso por caso la idoneidad de estas medidas, sobre la base de circunstancias objetivas (tiempo, lugar, medio ambiente) y subjetivas (edad y grado de discapacidad de los heridos), y excluyen la responsabilidad del supervisor solo cuando existe prueba de que no ha dejado permanecer un peligro y, en general, cuando el caso era tan repentino que no era ni previsible ni evitable. Y esto en una evaluación que se hace caso por caso, de modo que, cuanto mejor se porta el niño y parece capaz de autodeterminación, y cuanto menos real es el riesgo de que pueda provocar un daño, sobre la base de una evaluación *ex ante*, el deber de vigilancia es menos intenso, en una especie de proporcionalidad inversa con el deber de la educación. Educación que también se evaluará de acuerdo a las condiciones concretas, económicas y sociales, de la familia.¹⁷

De hecho, sin embargo, la apreciación de la prueba para la exoneración tiende a ser extremadamente estricta, tanto que algunos jueces, aplicando el punto de vista de la responsabilidad indirecta, creen que el supervisor es responsable, a menos que pueda demostrar el accidente o la fuerza mayor. El daño mismo, y su modo, si es de especial gravedad, puede

¹⁵ FERRANTE, o. cit., p. 49 ss.

¹⁶ Corte d'Appello di Milano, 29/02/1955 (resumen), en Ettore BONVICINI, *La r.c. per fatto altrui*, Milán: Giuffrè, 1976, p. 645; Cassazione Civile, 9815/1997, en *Guida dir.*, 44, p. 76, resumen de FINOCCHIARO.

¹⁷ Corte d'Appello di Firenze, 652/1965 (resumen); Cassazione Civile, 2397/1966 (resumen); en BONVICINI, cit., p. 654; Cassazione Civile, 4481/2001, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, 498, con nota de Vincenzo CARBONE.

ser sintomático y, por lo tanto, constituir prueba *in re ipsa* de una mala educación:¹⁸ de esta manera, como afirma DE CIOMMO, se termina por descartar por completo cualquier posibilidad de exoneración, y la responsabilidad, nacida como fundada en la culpa, termina siendo, de hecho, objetiva.

Es, obviamente, una posición que termina siendo demasiado onerosa para los padres, tanto que alguna jurisprudencia dice que, por el contrario, puede haber circunstancias que revelen *in re ipsa* la bondad de la educación y de la supervisión (piénsese, por ejemplo, en las lesiones accidentales durante la actividad deportiva).

10.

LA COMPARACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD EN FAMILIA Y LA RESPONSABILIDAD HACIA LOS TERCEROS

Ahora bien, al examinar de forma sintética, y ciertamente no exhaustiva, las bases de los dos tipos de responsabilidad, podemos sacar algunas conclusiones o, mejor dicho, delinear algunos problemas abiertos.

En cuanto a la posibilidad de establecer un paralelismo entre los dos tipos de responsabilidad, puede decirse que existe una clara asimetría entre el rigor de la responsabilidad de los padres hacia los terceros y la responsabilidad de los padres hacia los niños.

En primer lugar, la responsabilidad hacia los terceros depende de una idea jerárquica de la familia; por el contrario, la responsabilidad hacia los hijos tiene su fundamento en el abandono de esta idea.

En segundo lugar, estos dos tipos de responsabilidad, aunque tengan un paralelo, como hemos visto, tienen también diferencias profundas. Una decisión del Tribunal de Messina (31 de agosto de 2009¹⁹) puede ser considerada como una eficaz síntesis del *estado del arte* en el área de responsabilidad dentro de la familia: por un lado hay pequeñas violaciones —es decir, violaciones menores de los deberes conyugales y de los padres— que encuentran su remedio en las normas específicas del derecho de familia; hay en cambio otras violaciones graves o reiteradas que afectan los derechos de la familia consagrados en la

¹⁸ Cassazione Civile, 12501/2000, con nota de Francesco DI CIOMMO, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, p. 257 ss.; Cassazione Civile, 7270/2001, in *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, p. 1211, resumen de BATA' y SPIRITO.

¹⁹ Tribunal de Messina, cit.

Constitución (como persona, artículo 2, tanto como niño, artículo 30), las cuales dan lugar a la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, para evitar, como se ha dicho, que se convierta en permisible, o en más tolerable, lo que fuera de la familia está prohibido. Pero de esto se deriva una asimetría: porque para que el padre sea responsable de los daños causados por el hijo menor —responsabilidad que tiene su raíz, si se acepta la tesis de la responsabilidad directa, en la violación de los deberes explícitos de los padres (educación) e implícitos (supervisión)—, no es necesario que la violación sea grave. Por lo tanto, una violación que no da lugar a una responsabilidad extracontractual hacia los niños (y tampoco a la aplicación de medidas *especiales* en el marco del derecho de familia) puede dar lugar a una responsabilidad hacia los terceros.

No es una cuestión en absoluto teórica. De hecho, por un lado, aceptando el argumento de los padres (o maestros, pero con ciertos límites) “garantes” del niño y, por lo tanto, de una responsabilidad objetiva o de otra manera indirecta, se puede hablar de un derecho de repetición total del supervisor hacia el niño (siempre que sea capaz, mientras que en el caso de un niño incapaz el artículo 2047 habla de una compensación justa); si se acepta la tesis de la responsabilidad directa, el problema será el de compartir la culpa entre los padres (o el maestro) y el niño. De acuerdo con la teoría de la responsabilidad directa, la causa del evento no solo es el comportamiento del niño, sino también la falta de supervisión o de la educación por los padres, que es concausa. Entonces existe el problema de la distribución de la indemnización en las relaciones internas (teniendo en cuenta que en la faz externa son responsables tanto el padre o maestro como el niño). Y la situación de hecho puede ocurrir no solo en las relaciones entre el profesor y el niño, sino también en las relaciones entre los padres y los niños, ya que, sin embargo, los padres no convivientes con el niño por su culpa no pueden eximirse de ciertas responsabilidades, de modo que podría haber una separación de intereses y bienes de uno sobre otro.

La pregunta, sin embargo, no es simple, aunque parece que la doctrina y la jurisprudencia no se dan cuenta de ello. Si bien es posible, aun al precio de mirar para el costado, mantener un sistema donde, por un lado, los padres deben pagar a sus hijos solo en el caso de violaciones particularmente graves de sus funciones, pero tienen que indemnizar al tercero por daños que revelan violaciones menores de tales funciones, es mucho más difícil que convivan en la misma disposición, el artículo 2048 (o en el artículo 2047), ambos tipos de responsabilidad. ¿Cómo resolver el problema? ¿Qué parte de la responsabilidad, neta del derecho de repetición permanecerá en el padre? ¿Solo la consecuencia de una violación grave de ella, que daría lugar a una responsabilidad hacia el niño, o la más mínima responsabilidad,

por la cual se respondió respecto del tercero? Es una pregunta que la doctrina y la jurisprudencia ni siquiera se han formulado, y que, por lo tanto, no han respondido todavía.

Es una pregunta que no debemos hacernos si aceptamos el argumento de que el artículo 2048 (y su *duplicado*, para usar la expresión de GIARDINA, el artículo 2047) constituye un caso de responsabilidad objetiva, en la que los padres responden por virtud de su condición, independientemente de la culpa. Pero es una solución que no convence. Aunque la jurisprudencia es especialmente dura para los padres, no podemos callar la diferencia radical entre los artículos 2047 y 2048, por un lado, y el artículo 2049, la responsabilidad del empleador, por el otro, la cual no ofrece la oportunidad de exonerarse de responsabilidad si se prueba que no pudo evitar el hecho. Este último, por lo tanto, constituye, sin lugar a dudas, un verdadero caso de responsabilidad objetiva,²⁰ y la diferencia con los dos artículos anteriores no se puede eliminar por el intérprete. Por otra parte, tampoco la jurisprudencia lo hace, de modo que hay sentencias que excluyen la responsabilidad de los padres.²¹

11.

CONCLUSIONES Y PROBLEMAS ABIERTOS

De todos los modos en que se mire la cuestión, los problemas siguen existiendo. Probablemente no hay una solución, o al menos una solución congruente, porque la contradicción inherente al artículo 2048 nace, como se ha dicho con las palabras de GIARDINA, por el contraste entre la culpa como criterio general de la responsabilidad de los actos y la idea de la potestad como control efectivo sobre los hijos, una idea que está sufriendo una erosión por la evolución social de la familia.

Pero la estructura codicística es siempre la misma: no se puede, por tanto, sino esperar que una acción legislativa, resolviendo el conflicto entre la idea de familia autoritaria del Código Civil y la concepción personalística nacida de la Constitución con la reforma del derecho del familia del 1975, sepa solucionar los nuevos problemas derivados de la misma evolución. Pero parece que en el área de responsabilidad de los padres frente a terceros no hay nada nuevo en el horizonte, al menos en el plano legislativo. Por lo tanto, no podemos sino esperar que los jueces, una vez captados los problemas que hemos resumido, sepan suavizar las curvas peligrosas.

²⁰ FERORELLI, o. cit., p. 1341.

²¹ Cassazione Civile, 4481/2001, cit.

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna: Il Mulino, 1991.
- *Trattato di diritto civile. IV. La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1999.
- AMBANELLI, Alessandra, “La responsabilità dei genitori e dei tutori (art. 2048 c.c.)”, en G. BONILINI, G. CARNEVALI y M. CONFORTINI (a cura di), *Codice ipertestuale della responsabilità civile*, Turín: UTET, 2.^a ed., 2006.
- AMRAM, Denise, “Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto della famiglia”, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2008.
- BARBANERA, Roberta, “La responsabilità dei genitori”, en Gilda FERRANDO (trattato diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna: Zanichelli, 2008.
- BONVICINI, Ettore, *La r.c. per fatto altrui*, Milán: Giuffrè, 1976.
- CAMPIONE, Riccardo, “Il fatto dannoso del minore incapace”, en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Turín: UTET, 2008.
- CASSANO, Giuseppe, “In tema di danni endofamiliari: la portata dell’art. 709-ter, 2° comma, c.c. ed i danni prettamente ‘patrimoniali’ tra congiunti”, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2008.
- CASSAZIONE CIVILE, 4481/2001, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, p. 498, con nota de Vincenzo CARBONE.
- 7270/2001, in *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, p. 1211, resumen de BATA’ y SPIRITO.
- 7713/2000, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2001, p. 159, con nota de Massimo DOGLIOTTI y con nota de Marco BONA; en *Il Foro Italiano*, Roma, 2001, I, p. 187, con nota de Alessandro D’ADDA.
- 9801/2005, en *Corriere Giuridico*, Milán: IPSOA, 2005, p. 921, con nota de Giuseppe DE MARZO; en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2006, p. 37, con nota de Federica GIAZZI; en *Diritto e giustizia*, Milán: Gruppo 24 Ore, 2006, p. 22, pp. 12 ss., con nota de Gianfranco DOSI; en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2006, p. 365, con nota de Michele SESTA y Giovanni FACCI; en *Famiglia*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 875, con nota de Cristina CARICATO; en *Giurisprudenza Italiana*, Turín: UTET, 2006, p. 691, con nota de Adalgisa FRACCON y Emilio CARBONE; en *Giustizia civile*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 98, con nota de Arnaldo MORACE PINELLI; en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2005, p. 670.

- 9815/1997, en GUIDA dir., 44, 76, resumen de Alfio FINOCCHIARO.
 - 12501/2000, con nota de Francesco DI CIOMMO, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2001, p. 257.
 - 26972-26973-26974-26975/2008, in *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2009, p. 19, con notas de Antonino PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Sara LANDINI y Caterina SGANGA.
- CENDON, Paolo, “Introduzione”, a Giuseppe CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padua: CEDAM, 2006, p. 3.
- CHIARELLA, Maria Luisa (a cura di), “Minore danneggiante e responsabilità vicaria”, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2009, p. 973.
- COCCHI, Alice, “Art. 2048 c.c.: orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità da illecito cagionato da minore ‘capace’”, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2010, p. 1969.
- DE MARZO, Giuseppe, “Responsabilità civile e rapporti familiari”, en Giuseppe DE MARZO, Cecilia CORTESI y Antonella LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, II ed., Milán: Giuffrè, 2007.
- DOGLIOTTI, Massimo, *La potestà del genitore e l'autonomia del minore*, Milán: Giuffrè, 2007.
- FACCI, Giuseppe, “La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali”, en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Turín: UTET, 2008, 203.
- FAZIO, Giuseppe, “La responsabilità civile dei genitori verso i terzi”, en <http://www.tribunale.varese.it/UserFiles/File/giurisprudenza/Responsabilita%20civile%20dei%20genitori%20verso%20i%20terzi%20Torino.pdf>.
- FERORELLI, Rosamaria, “La responsabilità extracontrattuale dei genitori verso i terzi (art. 2047-2048 c.c.)”, en Paolo CENDON (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, vol. II, Padua: CEDAM, 2004.
- FERRANTE, Alfredo, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milán: Giuffrè, 2008.
- GIARDINA, Francesca, *La situazione giuridica del minore*, Nápoles: Jovene, 1984.
- LENA, Bettina, “La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento”, en Michele SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Turín: UTET, 2008, p. 247.

- LUPOI, Maurizio, “Commento all’art. 709 ter”, en Federico CARPI y Michele TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile. Complemento giurisprudenziale*, Padua: CEDAM, 2008, p. 3136.
- MARRONE, Matteo, *Lineamenti di diritto privato romano*, Turín: Giappichelli, 2001.
- MIGHELA, Consuelo, “Il risarcimento del danno derivante dal c.d. illecito endofamiliare”, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2010, p. 44.
- MONATERI, Pier Giuseppe, *Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3. *La responsabilità civile*, Turín: UTET, 1998.
- PAGLIANI, Giuseppe, “La riforma sull’affido condiviso - Ragioni e contenuto della riforma”, en Paolo CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza - Famiglia e persone*, vol. III, t. 1, Turín: UTET, 2008, p. 157.
- PARINI, Giorgia Anna, “La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli”, en <http://paduaresearch.cab.unipd.it/2553/1/GiorgiaParinitiesidottorato.pdf>, p. 52 ss.
- RESCIGNO, Pietro, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna: Il Mulino, 1966.
- SALVI, Cesare, *La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1998.
- TOMMASEO, Ferruccio, “L’adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell’affidamento: l’art. 709 ter c.p.c.”, en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2010, p. 1057.
- TRIBUNALE DI LECCE, SEZIONE DI MAGLIE, 03/09/2008, en *Famiglia, persone e successioni*, Turín: UTET, 2009, p. 785.
- TRIBUNALE DI MESSINA, 31/08/09, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2010, p. 506, con nota de Denis AMRAM, y en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2010, p. 150, con nota de Alessandra ARCERI.
- TRIBUNALE DI MONZA, 5 noviembre 2004, en *Danno e responsabilità*, 2005, p. 851, con nota de Giulio RAMACCIONI; en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA, 2005, p. 79, con nota de Giuseppe DE MARZO; en *Famiglia*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 584, con nota de Alessandra CORDIANO; in *Responsabilità civile e previdenza*, Milán: Giuffrè, 2005, p. 171, con nota de Giovanni FACCI.
- TRIBUNALE DI ROMA, 13/09/2011, en <http://www.altalex.com/index.php?idu=123525&cmd5=75c4ad3a8a86c2d94a1e268510d2080d&cidnot=54280>, con nota de Cesira CRUCIANI.
- TRIBUNALE DI VENEZIA, 30/06/2004, en *Danno e responsabilità*, Milán: IPSOA, 2005, p. 548, con nota de Roberto DE STEFANIS; en *Famiglia e diritto*, Milán: IPSOA,

2005, p. 297, con nota de Giovanni FACCÌ; en *Giurisprudenza Italiana*, Turín: UTET, 2005, p. 1630, con nota de Paolo PORRECA.

VENCHIARUTTI, Angelo, “Commento all’art. 2047”, en Paolo CENDON, *Commentario al codice civile, vol. IV, Art. 1655-2059*, Turín: UTET, 1991, p. 2041.

ZINGALES, Ignazio, “Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell’art. 709 ter c.p.c.”, en *Diritto di famiglia e delle persone*, Milán: Giuffrè, 2009, p. 404.