

InDret

Relacions familiars i límits del dret de danys

Josep Ferrer i Riba
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Barcelona, Octubre de 2001

www.indret.com

SUMARI

- Introducció

- Privilegis i immunitats familiars en el dret civil codificat i el *Common Law*

- *Status* de família, convivència i exercici de rols familiars
 1. Les inconsistències d'un model basat en l'*status* familiar
 2. La convivència entre danyant i víctima com a factor d'atenuació de responsabilitat en els accidents domèstics
 3. Responsabilitat civil i altres remeis per vulneració d'obligacions familiars
 - a. Indemnització de danys per infringir deures matrimonials?
 - b. L'omissió o compliment deficient dels deures paterns i materns

- Bibliografia

- Llista de casos citats

• Introducció

En els danys que es produeixen en la vida familiar o en les relacions de convivència és molt qüestionable el paper que han de jugar els remeis indemnitzatoris propis del dret de la responsabilitat civil. A aquests dubtes contribueix, en primer lloc, la pròpia naturalesa d'aquestes relacions, que acostumen a generar vincles de solidaritat i altruisme contraris a la formulació de reclamacions jurídiques entre les parts afectades. L'experiència indica que els danys entre familiars, tot i la seva freqüència i varietat, rarament arriben a compensar-se conforme a dret. A la pràctica només es reclamen si es donen circumstàncies que permeten fer-ho sense contravenir la regla de moralitat que habitualment inhibeix la interposició d'una acció judicial contra les persones amb qui es conviu o contra parents molts propers, cosa que pot passar perquè els danys estiguin coberts per una assegurança de responsabilitat civil (i en aquest cas la víctima pot dirigir-se directament contra l'assegurador, dins dels límits del contracte), o precisament perquè s'han trencat l'esmentada convivència o els lligams afectius, com passa típicament en una crisi matrimonial o arran de la comissió d'un delictes (en aquest cas, a més, el dret espanyol preveu que l'acció de danys sigui exercitada pel Ministeri Fiscal, *ex art. 108 LECr*, tret que hagi estat objecte de renúncia o reserva o que el delictes només sigui perseguible a instància de part).

En segon lloc, al pes de les regles morals o socials s'han d'afegir barreres institucionals que, des del dret, dificulten que s'arribi a discutir davant un jutge si procedeix o no indemnitzar certs danys: en dret espanyol, per exemple, la brevetat del termini de prescripció de l'acció aquiliana (art. 1968.2 CC), juntament amb la inexistència de mecanismes de suspensió de la mateixa (cf. art. 1932 CC), evita de fet que els cònjuges o altres convivents, després de la seva separació, puguin exigir-se el rescabament dels danys que s'hagin causat durant la vida en comú (tret dels que s'hagin produït o manifestat en l'any immediatament anterior); així mateix, si la víctima és un menor d'edat subjecte a la potestat dels presumptes responsables resulta molt problemàtica l'exigència de responsabilitat davant la dificultat, sovint insalvable, que suposa haver d'encarregar l'exercici de l'acció a un defensor judicial (cf. art. 299 CC). Així, la qüestió de l'existència o no de responsabilitat queda molts cops amagada sota la vigència de regles socials no escrites i restriccions del propi sistema jurídic que faciliten una immunitat de fet als membres de la família (PATTI, 1984: 40-41).

Aquesta immunitat, no obstant, tendeix en l'actualitat a reduir-se davant de l'orientació, associada a l'individualisme liberal, a revalorar els drets individuals de les persones en el si de la família, a potenciar l'autonomia privada en la configuració de les relacions conjugals o de parella -tradicionalment molt restringida-, i a facilitar que la persona pugui, en el marc d'aquesta autonomia, reavaluar si manté o trenca els seus compromisos de convivència en funció dels seus costos i beneficis individuals (REGAN, 1999: 15-22). Aquesta evolució en la concepció de la família, que en les societats occidentals ha portat a una taxa elevada de separacions, divorcis i famílies recomposades, així com a una diversificació dels models de relació interpersonal, redueix els factors que tradicionalment han inhibit l'exigència de

responsabilitat civil entre familiars. D'aquesta manera, tot i que segueix essent evident la prevalença de normes socials contràries a aquest tipus de reclamacions, la pròpia dinàmica social genera cada cop més situacions que obliguen a preguntar-se en quins casos són jurídicament viables (pensi's, p.ex., en la reclamació per un cònjuge a l'altre dels danys causats per una ruptura matrimonial particularment deshonorosa, o en la reclamació, entre pares separats, de danys per negligència en la custòdia d'un fill comú). A aquests casos se n'hi poden afegir altres, una mica més freqüents en els repertoris de jurisprudència, en què es troben implicades terceres persones com a corresponsables del dany i on la discussió sobre la responsabilitat entre familiars o convivents apareix indirectament per via de compensació de culpes.

L'anàlisi de la doctrina i jurisprudència comparades (que en aquest treball hem centrat bàsicament en dues grans cultures, una de *Civil Law* –l'alemanya- i una altra de *Common Law* -la que s'ha anat desenvolupant en les jurisdiccions estatals dels Estats Units de l'Amèrica del Nord-) mostra un cert consens en torn a l'existència, en el cercle domèstic i familiar, d'àmbits d'exempció o atenuació de responsabilitat, però persisteixen diferències - i algunes incerteses- sobre quins són aquests àmbits i quin tipus de conductes inclouen, a quins subjectes afecten (pares, cònjuges, familiars en sentit ampli, convivents), com s'instrumenten (immunitat, flexibilització dels estàndards de precaució, exclusió d'imputació objectiva) i quines raons de política jurídica avalen el seu manteniment.

• Privilegis i immunitats familiars en el dret civil codificat i el *Common Law*

La forma de plantejar la qüestió de la responsabilitat per danys entre familiars presenta diferències de nota en les tradicions de *Civil Law* i de *Common Law*:

a) A Europa continental, els sistemes de dret codificat *no han establert cap excepció formal, en seu de responsabilitat civil, a l'aplicació de les normes generals sobre indemnització de danys que tingui el seu fonament en l'existència d'una relació familiar o de convivència entre el causant del dany i la seva víctima* (a diferència, per exemple, del que passa en seu de dret penal, on la relació de parentiu pot fonamentar l'atenuació, agreujament o exclusió de la responsabilitat criminal: p.ex., art. 23, 180.4 i 268.1 CP espanyol).

Alguns ordenaments, tanmateix, contenen, en el dret de família, *regles que estableixen estàndards particulars de diligència en el compliment de deures familiars o que determinen conseqüències indemnitzatòries en cas de vulneració d'aquests*. L'exemple més notable, per la generalitat de les seves disposicions, es troba en el Codi civil alemany, els §§ 1359 i 1664 del qual fixen la diligència *quam in suis* (la diligència que un posa en els propis afers) com a cànon privilegiat -en la mesura que permet limitar la responsabilitat al dol i a la culpa greu- al qual han d'atenir-se cònjuges i pares en el compliment dels respectius deures matrimonials i paterno-filials (criteri també seguit en el dret grec: art. 1396 i 1531 CC; *apud* VON BAR, 2000: 265).

Queden així definides dues vies per mitjà de les quals, en els sistemes jurídics de tradició civilista, es pot dirimir si procedeix o no imposar responsabilitat per la causació de danys entre familiars:

- Una consisteix en l'*aplicació de normes ad hoc de dret de família*, en aquells ordenaments que disposen de les mateixes, fent-ho de manera exclusiva o combinada, si procedeix, amb les normes generals de responsabilitat civil (així, per exemple, en dret alemany, els §§ 1359 i 1664 BGB només fixen l'estàndard de responsabilitat, però no el fonament de la mateixa, que ha de trobar-se en els preceptes sobre responsabilitat delictual).

- L'altre és la que han de seguir els ordenaments mancats d'aquest tipus de normes (com el francès, l'italià o, en l'àmbit dels danys a la persona, l'espanyol), i que passa per l'aplicació directa de les normes generals de responsabilitat civil. Això no significa, però, que en aquests ordenaments s'imposi al danyant l'obligació d'indemnitzar en els mateixos casos en què hauria de fer-ho respecte a un tercer: com mencionem més endavant, la textura oberta de les normes de responsabilitat civil (integrades per conceptes com "causalitat" o "negligència") permet al jutge incorporar als judicis d'imputació les característiques pròpies dels diferents rols familiars (SALVADOR, 2000a: 4), i així, indirectament, arribar a resultats similars als que s'obtenen mitjançant l'aplicació de normes privilegiades.

El Codi civil espanyol i el Codi de família català contenen normes aïllades que estableixen de manera més o menys explícita estàndards de conducta i imposen l'obligació d'indemnitzar per la vulneració de deures familiars relacionats amb l'administració o disposició de béns (arts. 168, 1390 i 1391 CC i arts. 145.1 i 147.1 CF), però no es refereixen a les conseqüències de la infracció d'altres obligacions, tant entre cònjuges com dels pares respecte els fills (en particular, la del deure de vigilància, de la qual es deriven amb freqüència danys a aquests). Per altra banda, les disposicions sobre responsabilitat civil derivada de delictes són plenament aplicables a cònjuges i a parents propers (com confirma la jurisprudència dels tribunals penals i, en el cas particular dels delictes patrimonials, l'art. 268 CP). Al marge dels anteriors supòsits (analitzats per ROCA, 2000: 537-554), queden àrees tan importants com la dels accidents domèstics i altres danys personals causats per imprudència, en les quals persisteix una notable indefinició legal i jurisprudencial.

b) Els ordenaments de *Common Law*, al seu torn, van forjar històricament regles generals d'immunitat a favor de certes persones en atenció a la seva relació familiar amb la víctima del dany, que van donar lloc a excepcions denominades de relacions familiars o de "*Domestic Relations*" (PROSSER, 1984: 901; FLEMING, 1998: 718, 745; DOBBS, 2000: 751). L'abast i difusió d'aquestes immunitats, d'origen jurisprudencial i de naturalesa més processal que substantiva, va ser molt dispar, i també ho ha estat el seu grau de duració fins l'actualitat. La seva aplicació típica s'ha circumscrit a dos grups de casos:

- **Danys entre cònjuges** (*interspousal immunity*). La immunitat entre marit i muller té les seves arrels en l'antic *Common Law* i es fonamentava, segons els tractadistes del dret històric, en la doctrina de la *marital unity*, d'acord amb la qual el matrimoni determinava que la identitat de la muller es fongués amb la del seu marit i ambdós passessin a ser, en dret, una sola persona. Aquesta doctrina, de ressonàncies bíbliques, que dissimulava la falta de capacitat jurídica de la muller, va entrar en declivi a mitjans del s. XIX amb

l'aparició de les *Married Women's Property Acts* (dictades a partir de 1844 en els Estats Units i més tard, el 1870 i 1882, a Anglaterra), que concedien a la dona casada capacitat patrimonial, incloent la de litigar en defensa dels seus béns privatis i d'exercir accions indemnitzatòries (fins i tot contra el seu marit) per danys patrimonials. Els tribunals mantingueren, no obstant, el règim d'immunitat en l'àmbit dels danys personals (culposos o dolosos), substituint la gastada retòrica de la unitat marital per un altre discurs centrat en la preservació de la privacitat i l'harmonia familiar (sobre aquest període, v. SIEGEL, 1996: 2161-2170). La força d'aquest arguments -i altres com el risc de col·lusió enfront de les companyies d'assegurances o el de proliferació de demandes per danys trivials- va anar decaient al llarg del s. XX, i això va determinar que la jurisprudència (a Estats Units, a partir de 1914) retallés de manera gradual l'abast de la immunitat fins a la seva completa abolició en moltes jurisdiccions o la seva conservació més o menys residual en altres (per una visió global exhaustiva de l'evolució històrica d'aquesta immunitat, v. TOBIAS, 1989: 361-441). A la decadència de la immunitat contribuí també notablement, en els danys causats en accidents de tràfic, la generalització de l'assegurança de responsabilitat civil.

El *Restatement of Torts 2d.*, en 1977, adoptà també el criteri, per aquells temps ja estès entre les jurisdiccions estatals, de rebutjar la immunitat entre marit i muller, si bé reconeixent que certes conductes poden quedar privilegiades tenint en compte la relació conjugal (§ 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) Un cònjuge no és immune a la responsabilitat per danys enfront de l'altre només per raó de la relació conjugal. (2) El rebuig de la immunitat general per danys no determina la responsabilitat per actes o omissions que, degut a la relació conjugal, estiguin privilegiats d'una altra manera o no siguin danyosos").

A Anglaterra, l'abandonament definitiu del règim d'immunitat es va produir el 1962, mitjançant la *Law Reform (Husband and Wife) Act*, que va possibilitar tot tipus d'accions de responsabilitat per danys entre cònjuges, si bé, a fi d'evitar el recurs a la justícia per airejar menudeses de la vida matrimonial, el dret anglès atribueix al jutge la potestat de suspendre l'exercici de l'acció en cas de considerar que la continuació del procés no produirà un benefici substancial a cap de les parts (LOWE/DOUGLAS, 1998: 63-64).

- **Danys causats pel pare o la mare als fills en potestat** (*parental immunity*). La immunitat dels pares respecte als seus fills va ser elaborada pels Tribunals d'Estats Units, sense que tingués precedents en el *Common Law* anglès, en el qual mai va arribar a regir. Els casos fundacionals es remunten al període 1891-1905, en el qual es dicten les tres sentències que formaran la *great trilogy* de la immunitat paterna.

Es tracta de *Hewellette v. George* (68 Miss. 703, 9 So. 885), un cas resolt el 1891, referit a l'internament il·legal d'una filla menor per la seva mare en un establiment psiquiàtric; *McKelvey v. McKelvey* (111 Tenn. 388, 77 S.W. 664), un cas del 1903 en el que una filla sol·licitava indemnització enfront del seu pare i la seva madrastra per maltractaments infligits per aquesta amb la connivència d'aquell, i *Roller v. Roller* (37 Wash. 242, 79 P. 788), un cas del 1905 que va excloure l'acció civil de danys contra un pare que havia estat declarat criminalment responsable d'haver violat una filla.

Les tres sentències citades al·ludeixen a la suficiència dels remeis penals o específicament familiars (com la retirada de la guarda i custòdia) enfront dels abusos comesos pels demandats, i entenen improcedent la reclamació de danys a aquests amb raons molt variades, com el manteniment de la pau social i familiar, la necessitat de concedir àmplia discrecionalitat als pares per disciplinar i controlar els fills, el risc de col·lusió, el perjudici als germans de la víctima degut a la disminució del patrimoni patern, la possibilitat que el pare pogués recuperar per via d'herència allò pagat al seu descendent en cas de premoriència d'aquest, i l'analogia amb la immunitat conjugal (v., p.ex., HOLLISTER, 1982: 493-508). Aquests arguments caigueren aviat en descrèdit i, per descomptat, no van resistir el pas del temps, les transformacions socials i els canvis en la concepció de la família. A l'igual que va esdevenir-se amb la immunitat conjugal, la jurisprudència també va restringir gradualment l'àmbit de la immunitat paterna i la va anar substituint pel reconeixement de certs àmbits de discrecionalitat en l'exercici de la potestat dels pares o per la subjecció d'aquests a l'estàndard flexible del *reasonable and prudent parent*.

En aquesta evolució els autors solen també destacar tres casos. En *Goller vs. White* (20 Wis. 2d 402, 122 N.W. 2d 193), resolt el 1963, un menor de dotze anys, que es trobava en acolliment familiar, demanava indemnització al seu *foster father* per ferides greus sofertes en un accident, al·legant la imprudència d'aquest en haver-li permès enfilar-se a la barra posterior del tractor que conduïa el propi demandat; el Tribunal Suprem de Wisconsin entengué que la immunitat parental havia de ser derogada, tret de dos grups de casos: en els actes que impliquessin exercici de la pàtria potestat i en els relatius a l'exercici de la discrecionalitat paterna respecte a la provisió d'aliments o altres necessitats. Com a alternativa a la regla de *Goller*, que arribà a ser considerada massa deferent amb els pares, el 1971 el Tribunal Suprem de Califòrnia, en *Gibson vs. Gibson* (3 Cal. 3d 914, 479 P.2d 648, 92 Cal. Rptr. 288), va proposar limitar les prerrogatives inherents a l'exercici de la pàtria potestat exigint valorar la raonabilitat dels actes del demandat d'acord amb les característiques del rol de pare o mare (*reasonable parent test*). Poc després, la Cort d'Apel·lacions de Nova York va matisar aquest criteri per creure que podia ser massa onerosos pels pares i va declarar obertament que l'incompliment negligent del deure de vigilància no és un *tort* que permeti accionar al fill contra el pare ni al tercer corresponsable del dany reconvenir contra l'esmentat progenitor amb la finalitat de compensar culpes (el *leading case*, de 1974, és *Holodook vs. Spencer*, 36 N.Y.2d 35, 364 N.Y.S.2d 859, 324 N.E.2d 1268) (sobre aquests i altres casos, v., p.ex., els comentaris de HOLLISTER: 1982, 508-527; ROONEY/ROONEY: 1991, 1166-1174; PIPINO, 1992: 1117-1133).

El *Restatement of Torts 2d* també rebutja la immunitat del pare i la mare en idèntics termes que la conjugal (§ 895G). En el comentari oficial a la norma es puntualitza, de totes maneres, que la intimitat de la vida familiar pot incidir en la determinació de si una conducta és o no negligent, i així mateix –fent-se ressò d'algunes de les sentències abans citades– que l'exercici de la potestat i el compliment dels deures paterns requereixen una discrecionalitat que mereix ser raonablement protegida (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1979: 426-431).

L'abandó progressiu del sistema d'immunitats ha reduït de manera substancial les diferències de fons entre els ordenaments de *Common Law* i de *Civil Law*. Tot i que en els Estats Units queden encara jurisdiccions aferrades a la tradició que conserven, més o menys limitades, les antigues immunitats, avui en dia es tendeix a substituir-les per privilegis de dret substantiu, elaborats més casuísticament, en els quals el judici de responsabilitat passa a dependre de la configuració i contingut dels deures i potestats familiars (en la direcció de *Goller* o *Holodook*) o bé d'estàndards de cura i criteris d'imputació confeccionats a mida de cada tipus de relació familiar (seguint l'orientació de

Gibson). Llavors, com ha observat encertadament DOBBS (2000: 757) en examinar el problema de la responsabilitat dels pares respecte als fills, en termes que remeten a les dues opcions que són habituals a Europa, “l’única qüestió és si categories com “supervisió” o “discreció parental” poden ajudar més els jutges que les regles ordinàries de responsabilitat per culpa a fi d’adoptar les decisions rellevants de política jurídica. L’avantatge de les regles de culpa o negligència és que permeten centrar l’atenció en els fets i en la justícia del cas particular, que és allò que saben fer millor els tribunals”.

- **Status de família, convivència i exercici de rols familiars**

Quines són aquestes decisions de política jurídica –seguint el comentari de DOBBS- en què ha de basar-se l’establiment d’un model de responsabilitat civil, legal o jurisprudencial, en la vida privada i familiar? S’ha d’articular aquest model des del dret de danys o des del de família? L’anàlisi de dret comparat i de la seva evolució històrica suggereix l’oportunitat de diferenciar i discutir la racionalitat de tres possibles fonaments d’exempció o moderació de responsabilitat: a) l’*status familiar* del danyant respecte de la víctima (que, com hem vist, ha estat durant dècades element determinant d’immunitat en el *Common Law*); b) l’existència d’una *relació de convivència* entre les parts afectades; i c) la connexió del dany amb l’*exercici d’un rol o funció familiar* (que ha estat un factor tradicional d’atenuació de responsabilitat en el dret europeu i també ha estat adoptat per molts tribunals nord-americans després de la superació del règim d’immunitats).

1. Les inconsistències d’un model basat en l’*status familiar*

El sistema de les *tort immunities*, tal com es configura en el *Common Law* tradicional, té com a fonament exclusiu l’*status familiar* del causant del dany respecte del perjudicat. En la seva versió clàssica, en la qual la immunitat és absoluta, la mera condició de cònjuge, pare o mare determina l’exempció de responsabilitat, prescindint de qualsevol altra circumstància, com la intencionalitat de la conducta danyosa, la naturalesa de l’activitat en el curs de la qual es produeixen els danys o la tipologia d’aquests. Aquesta forma d’immunitat és una regla simple d’administrar judicialment però molt rudimentària, pròpia d’un dret de danys poc depurat. Històricament, es correspon amb una ideologia patriarcal de la família, basada en relacions de poder i submissió entre els seus membres, que el dret reafirma sota la pretensió de preservar la pau i la privacitat familiar i d’evitar que es litiguin danys de bagatel·la.

El cert és, no obstant, que la immunitat per actes dolosos estimula conductes oportunistes (BRINIG, 2000: 106) i no es pot dir precisament que contribueixi a mantenir les restes de pau i harmonia que poguessin subsistir en la família. De la mateixa manera, la seva extensió a activitats que no són essencialment familiars (p.ex. accidents professionals, accidents de tràfic) no només deixa pèrdues a vegades molt considerables sense compensar, sinó que també obstaculitza, sense motiu convincent, la funció preventiva que compleix el dret de danys en activitats que poden afectar a tercers, i fins i tot la seva funció distributiva del cost dels accidents, ja que la immunitat *inter partes* bloqueja, entre familiars

(pel mer fet de ser-ho), el recurs al mercat d'assegurances de responsabilitat civil. Per altra banda, la justificació de la immunitat pel risc de demandes trivials és molt paternalista: els particulars estan en millor posició que els jutges -i per descomptat que un legislador- per valorar les conseqüències de litigar en la vida familiar (TOBIAS, 1989: 445). Aquestes i altres crítiques, que històricament es formulen en la doctrina nord-americana com a reacció a un sistema percebut com a injust, expliquen l'aparició progressiva d'excepcions a les regles d'immunitat, entre les que poden destacar-se l'exclusió dels danys dolosos, la dels danys produïts en activitats subjectes a responsabilitat objectiva i que típicament són objecte d'assegurança i la dels danys amb resultat de mort, en els que es considera que no hi ha pau familiar que calgui preservar (per tots, PROSSER/KEATON, 1984: 902-907; DOBBS, 2000: 752, 754-755). Aquestes excepcions transformen la naturalesa de la immunitat com a regla d'exoneració que impedeix entrar en l'anàlisi de fons, i porten, en molts casos, al fet que legislatures o tribunals decretin la seva abolició formal i la seva substitució per criteris substantius d'exclusió o moderació de responsabilitat que requereixen un desenvolupament molt més casuístic.

El sistema d'immunitats, pel demés, no es compagina bé amb l'orientació dominant en el dret de família modern, que, com ja hem indicat, facilita l'ordenació privada de les relacions de convivència (fet que multiplica els models de convivència), reforça els drets individuals en l'àmbit familiar, estableix polítiques particularment intenses de protecció respecte dels menors i tendeix a devaluar el paper dels *status* familiars (p.ex., EEKELAAR, 2001: 184). Cal dir, tanmateix, que la idea que un *status* familiar pugui generar *per se* algun tipus d'immunitat segueix tenint un cert atractiu en el discurs comunitarista, molt sensible a la funció simbòlica de les normes jurídiques. Les regles d'immunitat, segons aquesta concepció, contribuirien a un enteniment cultural del matrimoni i demés relacions familiars en el que prevalguessin la dimensió comunitària de la identitat personal i els seus valors -el compromís, la confiança mútua, la solidaritat-. Així es manifesten Milton REGAN (1999: 106-135) respecte del privilegi que impedeix a un cònjuge testificar contra l'altre en un procés penal per delictes comesos contra tercers (*adverse testimony privilege*), i també Margaret BRINIG (2000: 101-104, 127-130), qui, encara que des de la influència de l'anàlisi econòmica del dret, adopta una opinió semblant respecte de les *tort immunities*, que concep bàsicament com a instruments de promoció d'harmonia i unitat familiar. Les immunitats reflectirien -segons aquesta concepció- el pacte implícit en tota comunitat familiar (qualificat per aquesta autora com a *covenant*, per contraposició al *contract*), "on ningú no concep la possibilitat de demandar un altre o de requerir que li siguin retuts comptes, sigui de diners o de conducta" (*ibidem*, 129). La seva justificació de les immunitats, en qualsevol cas, és molt matisada (exclou d'elles els danys dolosos) i pot interpretar-se com a voluntat de privilegiar les relacions de convivència i reforçar la discrecionalitat en l'exercici de funcions familiars, temes que tractem en els següents epígrafs.

2. La convivència entre danyant i víctima com a factor d'atenuació de responsabilitat en els accidents domèstics

Un altra manera de plantejar la incidència de les relacions familiars en la responsabilitat civil, més consistent amb l'orientació del dret de família contemporani, passa per reduir la rellevància de l'*status familiae* als casos en què es qüestionen les conseqüències de l'incompliment de deures jurídic-familiars (v. *infra*, apt. 3) però, al mateix temps, per concedir més importància a *les relacions de convivència* com a possible fonament de moderació o exempció de responsabilitat. D'aquesta manera, coexistirien dos tipus de privilegi, que en alguns casos poden sobreposar-se però que són analíticament diferents: un, derivat de l'assumpció d'un rol familiar configurat en els seus trets bàsics pel dret de família, que en essència empararia a pares i mares en l'exercici de la guarda i la potestat sobre els seus fills menors o incapacitats ("privilegi patern"), i l'altre, derivat de la convivència, que afectaria tots els membres de la unitat familiar -en qualsevol tipus de relacions de convivència estable amb vocació de permanència- però estaria limitat en el seu àmbit objectiu als accidents domèstics i altres danys relacionats directament amb la vida en comú ("privilegi domèstic").

No és fàcil trobar casos en els quals es pugui avaluar la recepció per la jurisprudència espanyola d'aquest segon tipus de privilegi, perquè la convivència entre les parts afectades per un accident acostuma a refrenar la reclamació de danys, llevat en situacions de negligència greu o de dol que no estarien emparats per aquell. A això cal afegir la brevetat del termini de prescripció de l'acció de danys, que és d'un any (art. 1968.2 CC) i la seva falta de suspensió mentre dura la convivència, que pot fàcilment portar a l'extinció de les accions indemnitzatòries entre convivents abans que acabi la vida en comú (a diferència del que succeeix en molts ordenaments, en els quals el matrimoni suspèn la prescripció entre cònjuges, i la relació de potestat la suspèn entre pares i fills: p.ex. art. 2252 i 2253 CC francès; § 204 BGB; art. 2941 CC italià; art. 2905 i 2906 CC quebequès).

El privilegi domèstic és una regla que integra en el judici d'imputació de responsabilitat, moderant-lo, aquelles pautes de conducta i valors que caracteritzen, en la consciència social, una relació de convivència, des de la doble perspectiva del causant del dany i del perjudicat. Les notes rellevants per la formació d'aquest judici poden trobar-se en dos grups d'arguments que la doctrina comparada addueix per fonamentar els privilegis familiars:

- En les relacions de convivència, les persones *es comporten i interaccionen tal com són, d'acord amb les seves aptituds naturals i adquirides, sense subjecció a deures de precaució especials*. La intimitat propícia que la persona adopti una actitud relaxada i afavoreix el desenvolupament de la llibertat personal sense restriccions particulars. Aquesta llibertat es correspon amb el deure entre convivents d'acceptar cadascú amb les seves qualitats i defectes, sense poder exigir als altres una conducta més acurada que la que adopten en els seus propis afers (*quam in suis*) (WACKE, 2000: 273), i a això s'hi afegeix la necessitat d'admetre que, en la vida domèstica, els interessos de cada convivent estan exposats inevitablement a una certa influència dels altres (HÜBNER/ VOPPEL, 2000: 589). L'anterior justifica que, en aquest tipus de relacions, *s'apliqui un estàndard de diligència subjectiu*: a diferència del que succeeix en el tràfic i en la majoria d'activitats de la vida social, on els estàndards de precaució són objectius, en les relacions de convivència *es tenen en compte les aptituds i limitacions individuals*.

És també habitual explicar "*quam in suis*" a partir del consentiment de la víctima i el seu deure de assumir els actes propis: qui escull com a marit o muller algú poc capacitat o fiable ha d'assumir les conseqüències de la seva elecció (WACKE, *ibidem*). Aquest argument, acceptable fins cert punt en les relacions de convivència entre persones adultes, no és adequat per explicar la vigència de la regla en les relacions que no es formen consensualment, com les intergeneracionals, raó per la qual l'estàndard ha estat molt qüestionat en aquests casos (p.ex. HINZ, 1992: 621). Entre pares i fills, "*quam in suis*" es justifica per les raons que avalen el privilegi parental, al qual ens referim més endavant.

- Per altra banda, *entre els membres de la família regeix un principi de solidaritat*, que es manifesta en l'existència d'una certa "comunitat econòmica, de destí i de responsabilitat" que el dret considera digna de protecció (DIEDERICHSEN, *apud* KNOLLE, 1999: 34: "*Wirtschafts-, Schicksals- und Haftungsgemeinschaft*"). D'aquest principi se'n deriva, per al perjudicat per un dany causat per un altre membre de la família, un deure de tolerància i indulgència (WACKE, 2000: 274; BRINIG, 2000: 129) i de no pertorbar amb litigis la pau familiar (KNOLLE, 1999: 33, 41, amb més cites; ENGLER, 2000: 86). Des d'aquesta perspectiva, d'evidents connotacions comunitàries, les relacions familiars han de ser acceptades tal com vénen donades, al marge dels seus costos i beneficis individuals, en la consideració que preservar i enfortir les finalitats compartides i l'interès comú és un objectiu social tan important com protegir els drets individuals (REGAN, 1999: 11, 22-29).

La idea de solidaritat també apareix revestida, en alguns casos, com a argument d'*equitat*. En virtut d'aquesta idea es considera injust que el perjudicat pugui exigir responsabilitat, amb el mateix rigor que a un estrany, a qui ha vingut assumint càrregues assistencials (aliments, educació, etc.) en benefici d'aquell. Aquest raonament s'ha utilitzat sobretot per a justificar la moderació de la responsabilitat dels pares (HOFFMANN, 1967: 1210), però pot estendre's a aquells que compleixen funcions de protecció respecte de la víctima, ja sigui amb caràcter formal (tutors, acollidors) o informal (p.ex., les noves parelles del pare o de la mare). Així, s'ha defensat, per exemple, l'aplicació de privilegis domèstics al company o consort per accidents soferts pels fills de la seva parella, amb la finalitat de no desincentivar la seva implicació en la vida quotidiana d'aquests, que sovint comporta l'assumpció informal d'obligacions d'atenció i cura (LEIB, 1996: 842-844). L'argument d'*equitat*, com en general el de solidaritat, té el seu límit en les relacions fundades en un contracte de prestació de serveis (p.ex., en BGH NJW 1996, 53, el Tribunal Suprem alemany va rebutjar encertadament l'extensió del privilegi del § 1664 BGB a una assistenta familiar).

En el pla positiu, l'abast del privilegi domèstic i les seves formes concretes d'articulació depenen del cabal de recursos dogmàtics de cada ordenament. En particular, es pot implementar des del dret de família i des del dret de danys:

- El dret alemany constitueix un exemple de construcció dels privilegis de responsabilitat a partir de les normes del dret de família. La jurisprudència interpreta de manera extensiva el concepte de "deures derivats de la relació matrimonial" (§ 1359 BGB) fins a incloure dins del mateix tot tipus de conductes imputables a marit o muller que puguin donar lloc a danys en l'àmbit de la llar (p.ex., WACKE, 2000: 275), convertint la norma en font d'un

privilegi domèstic *tout court* entre cònjuges. Tractant-se de relacions entre pares i fills, la doctrina està molt més dividida i un sector important d'ella s'inclina per excloure els supòsits en què el pare o la mare han infringit el seu deure de vigilància del marc privilegiat del § 1664 BGB i per jutjar el progenitor al qual és imputable la falta de vigilància adequada del seu fill amb base en les normes generals de responsabilitat delictual (p.ex., ENGLER, 2000: 92-93; HINZ, 1992: 622-623; en contra, KNOLLE, 1999: 67-70). Sigui com sigui, un factor que desaconsella recórrer a les disposicions del dret de família com a base d'un privilegi domèstic és la dificultat d'estendre la seva aplicació a persones no compreses pel supòsit de fet de les mateixes (convivents en relació marital, parents per afinitat, germans, etc.), ja que en aquests casos es requereix forçar l'ús de l'analogia.

- El privilegi domèstic es pot instrumentar també des del dret de danys, per mitjà d'un ús flexible de les tècniques d'imputació objectiva i subjectiva. En aquest sentit, per exemple, s'ha proposat limitar la imputació de certs danys mitjançant l'aplicació del *principi del consentiment* com a causa de justificació, donar virtualitat al *principi d'assumpció de risc* (si es tracta d'una relació de convivència entre persones adultes lliurement consentida) com a criteri negatiu d'imputació, i també *relaxar, en l'àmbit domèstic, l'estàndard de precaució raonable*, d'acord amb les pautes de comportament -menys prudent- que es presumeixen en la intimitat (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1979: 426, 430). En termes semblants, en la doctrina espanyola s'ha sostingut la possibilitat d'interpretar la falta de pronunciaments judicials sobre accidents domèstics com a manifestació de l'existència d'un privilegi que ajustaria els criteris d'imputació del dany a les regles socials dominants i, per aquesta via, limitaria la responsabilitat al dol i a la culpa greu (SALVADOR/RUIZ, 2000b: 46; SALVADOR/RAMOS/LUNA, 2000c: 9).

La possibilitat d'exonerar de responsabilitat per culpa lleu i, en canvi, el manteniment de la responsabilitat per dol i culpa lata és un tret comú en els ordenaments que per una via o una altra admeten formes de privilegi domèstic. A Alemanya, per exemple, la regla *quam in suis* no eximeix de responsabilitat per dol o culpa greu (§ 277 BGB). El descompte de la culpa lleu no sembla incidir significativament en la funció preventiva de la responsabilitat civil, pel fet que el dany sofert per la víctima, en particular si és d'una certa gravetat, acostuma a repercutir negativament en el benestar del danyant, que pot sofrir-lo psicològicament com a propi o haver d'assumir part dels seus costos per via assistencial (entre els membres de la família es generen funcions d'utilitat interdependents). Pel contrari, les conductes greument culposes i les doloses no s'ajusten a les indicacions de les quals depèn la concessió del privilegi: la llibertat d'actuar relaxadament en la intimitat no pot arribar al punt de comportar-se de manera esbojarrada i temerària en perjudici dels altres, ni molt menys de danyar intencionalment. Les víctimes, com és obvi, tampoc no han de tolerar ni solidaritzar-se amb aquests comportaments.

L'àmbit natural d'aplicació d'un privilegi basat en la convivència és, com hem assenyalat, el dels *accidents domèstics*; és a dir, actes o omissions que tenen lloc en la llar i que poden produir-se típicament per raons del contacte habitual entre convivents i la realització de les

tasques que genera la vida en comú, si bé pot estendre's a altres escenaris on també es desenvolupa la convivència (p.ex. activitats de lleure). En dret comparat, el supòsit més debatut per la jurisprudència és el dels accidents d'automòbil, en el qual predomina la tesi contrària a la seva consideració d'activitat privilegiada: tractant-se d'una activitat que incideix sobre la seguretat del tràfic i que pot afectar molt substancialment terceres persones, s'afirma que hi ha raons de prevenció general que justifiquen la subjecció als estàndards i criteris d'imputació específics de la circulació de vehicles, i no als subjectius i més laxes de la vida familiar (en dret alemany, v. GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, 1994: 260; amb reserves, WACKE, 2000: 277; KNOLLE, 1999: 60-63). D'aquesta manera, en els accidents de tràfic, el danyant és jutjat per l'exercici del seu rol de conductor d'un vehicle i no pel de pare, mare, fill, cònjuge o convivent respecte dels ocupants del mateix. En l'actualitat, la cobertura dels danys personals dels ocupants del vehicle per mitjà de l'assegurança obligatòria i la possibilitat d'assegurar els danys als béns per mitjà d'una assegurança voluntària vénen a resoldre la qüestió, confirmant la tesi favorable a aplicar, respecte d'aquests danys, les regles de responsabilitat pròpies del dret de la circulació.

El mateix criteri contrari a l'aplicació del privilegi domèstic ha de regir també en els accidents professionals (p.ex., els que es produeixen en el si d'una empresa familiar). El privilegi tutela les condicions en què es desenvolupa la convivència familiar, no l'exercici d'activitats econòmiques generadores de riscos susceptibles de cobertura mitjançant la contractació d'una assegurança (i això amb independència que l'assegurança estigui efectivament subscripta).

3. Responsabilitat civil i altres remeis per vulneració d'obligacions familiars

L'anàlisi dels privilegis de responsabilitat en la vida privada de les persones ha de completar-se amb la valoració dels remeis que poden utilitzar-se davant la producció de danys per omissió o compliment deficient de deures familiars. Per a això, hem de desplaçar el centre d'atenció, que fins ara havíem posat en la convivència com a fonament d'un tracte de privilegi als membres de la unitat familiar, a l'exercici de funcions familiars. La determinació del contingut d'aquestes funcions i de les conseqüències de la seva infracció té lloc per mitjà de normes socials i, en el pla jurídic, per mitjà del dret de família, les disposicions del qual preveuen remeis específicament familiars (p. ex., la separació matrimonial o el divorci, la pèrdua de la guarda i custòdia sobre un fill menor, la imposició de mesures de control en l'exercici de la potestat, la suspensió o la privació d'aquesta) i, a vegades, admeten la compensació de danys. Tanmateix, el recurs als remeis indemnitzatoris és limitat: el dret de família modern rebutja la imposició d'obligacions que restringeixin coercitivament aspectes centrals per al sentit personal d'identitat de l'individu (EEKELAAR, 2001: 191), la qual cosa comporta limitacions notables al rescabament de danys, particularment per vulneració dels deures conjugals. Per altra banda, en la relació paterno-filial, tot i que tampoc no pot forçar-se l'exercici de les funcions de pare o de mare (ni sembla possible compensar amb una indemnització la decisió d'abandonar o renunciar el seu exercici), l'incompliment d'obligacions per part dels progenitors sí admet

compensació dels danys, si bé, generalment, modulant la imputació de responsabilitat per raó del rol familiar exercit.

a. Indemnització de danys per infringir deures matrimonials?

La configuració del matrimoni com a comunitat de vida assumida i mantinguda voluntàriament determina la incoercibilitat dels deures conjugals en els quals es fonamenta: tota pretensió dirigida a la seva execució forçosa és contradictòria amb la seva naturalesa (SALVADOR /RUIZ, 2000b: 47, 63). També ho és la del seu compliment per equivalent, ja que, tractant-se de deures que només poden ser complerts per lliure decisió moral d'un i altre cònjuge sembla contradictori que puguin arbitrar-se mitjans dirigits a llur compulsió indirecta. A això pot afegir-se la dificultat de calcular els danys, l'escàs poder dissuasiu de l'acció de responsabilitat per prevenir abusos o altres violacions dels deures matrimonials, i l'efecte purament redistributiu de riquesa entre els cònjuges que tindrien aquestes accions, enfront de les quals no és possible assegurar-se (ELLMANN/SUGARMAN, 1287-1289). D'això se segueix que, en el pla civil, la seva infracció només comporta, per regla general, les conseqüències establertes pel dret matrimonial, que en l'ordenament espanyol es redueixen a la possibilitat d'exercir una acció de separació o eventualment de divorci (art. 82 i 86 CC) (en contra, LUNA/ SANCHO, 1997: 103-104).

Les normes del Codi civil espanyol i del Codi de família català que regulen les conseqüències patrimonials de la ruptura matrimonial preveuen que el jutge pugui fixar una pensió compensatòria a favor del cònjuge que veu empitjorada la seva situació (art. 97 CC i 84 CF), però desvinculen aquesta compensació, així com la resta de mesures que poden adoptar-se, de la causa legal de separació o divorci concurrent i de la seva eventual imputabilitat a un dels cònjuges. En aquest context, l'admissió d'una acció indemnitzatòria pels danys derivats de l'adulteri o de la vulneració d'altres deures conjugals, a part d'encarir els costos del matrimoni (SALVADOR /RUIZ, *op. ult. cit.*, 63), desvirtuaria greument aquest principi normatiu -que ha merescut, tot i amb matisos, un alt grau de consens entre els operadors jurídics- i reintroduiria per una porta falsa un sistema de separació o divorci culposos, amb la conseqüència, poc desitjable, d'augmentar la conflictivitat en les crisis matrimonials. A Europa encara hi han pã sos els ordenaments dels quals estableixen obligacions indemnitzatòries en la ruptura matrimonial si se'n pot fer retret a un dels cònjuges (vid., p.ex., art. 266 CC francès; art. 1792 CC portuguès), però sempre de manera expressa i com un efecte patrimonial específic de la separació o el divorci. En el dret espanyol es preveu quelcom semblant en seu de nul·litat, en disposar la llei que pugui concedir-se una indemnització al cònjuge de bona fe el matrimoni del qual hagi estat declarat nul (art. 98 CC i, en aplicació del dret anterior a la reforma de 1981, STS, 1ª, 26.11.1985), però fora d'aquest cas particular el silenci del legislador s'ha d'interpretar com una negativa al rescabament de danys.

La discussió sobre la compensació dels danys patrimonials i morals causats per vulneració dels deures matrimonials es va plantejar en els casos resoltos per les SSTS, 1ª, 22.7.1999 i 30.7.1999. En ambdós litigis els demandants reclamaven a les seves ex esposes sengles indemnitzacions pels danys patrimonials i morals que havien sofert per la infidelitat d'aquestes, de la qual havia resultat el naixement de diversos

fills, la paternitat dels quals els havia estat atribuïda. Després que prosperés en ambdós casos la impugnació de paternitat, sol·licitaven (amb fonament en les normes de responsabilitat contractual, en un cas, i extracontractual, en l'altre) una indemnització per les quantitats pagades en concepte d'aliments i per dany moral. El Tribunal Suprem va denegar tota indemnització: en la S. de 22 de juliol, va considerar irrelevant l'adulteri a efectes indemnitzatoris i va adduir la falta de prova del dol de la muller quant a l'ocultació de la paternitat biològica d'un tercer; i en la de 30 de juliol -que per raons processals no va examinar la pretensió de restitució de les pensions d'aliments- va afirmar que l'única conseqüència jurídica de la infidelitat era la seva consideració legal com a causa de separació matrimonial ("*lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar*", FD 3º).

L'exclusió de l'acció de responsabilitat no regeix, però, respecte d'aquelles conductes que causen dany a drets o interessos de l'altre cònjuge conceptualment separables del seu interès en el manteniment del matrimoni i en el respecte a les seves regles. Així, poden ser indemnitzats els danys causats a la integritat física i psíquica del cònjuge, a la seva salut, llibertat, honor o intimitat, llibertat sexual o patrimoni. Amb tot, la dificultat de discernir les conductes que donen lloc a danys compensables de les que constitueixen violacions de la relació matrimonial no rescabables (particularment, en l'àrea dels danys psíquics o emocionals que subsegueixen a violacions greus dels deures de fidelitat, respecte i ajuda mútua) explicaria les propostes de dotar al sistema de major certesa recurrent al Codi penal, on es tipifiquen conductes lesives de certs béns de la persona que comporten, a més de la pena, l'obligació civil d'indemnitzar (ROCA, 2000: 552-554; RAGEL, 2000: 159). Aquesta remissió als tipus penals per a delimitar danys indemnitzables (p.ex., els derivats d'actes habituals de violència domèstica, física o psíquica, ex art. 153 CP; el contagi dolós o greument negligent d'una malaltia venèria, ex art. 147 i 152 CP) d'altres que no ho són (p.ex., el dany psíquic que un cònjuge pugui sofrir al descobrir l'adulteri de l'altre o advertir l'error sobre la seva paternitat) *suposa prendre en consideració, a efectes indemnitzatoris, les conviccions socials majoritàries relatives a la major o menor condemna de certes conductes*, en els termes en què el legislador penal les ha assumit (avui dia, p.ex, susciten un rebuig social més intens els maltractaments que la infidelitat conjugal).

Altres ordenaments han seguit tècniques similars, tot i que no necessàriament recolzant-se en els tipus penals. Així, per exemple, el Tribunal Suprem alemany, que ha abanderat –enfront una doctrina molt vacil·lant- la negativa a indemnitzar els danys derivats de l'adulteri o de l'atribució errònia de paternitat (v. els casos més importants, en versió anglesa, a MARKESINIS, 1997: 312-334), ha reconegut excepcionalment el dret a ser indemnitzat ex § 826 BGB (per causació dolosa de danys *contra bonos mores*) si l'adulteri va acompanyat d'una intenció qualificada de causar dany, com en el cas en què s'hagi enganyat al marit sobre la seva paternitat -sense incloure en aquest supòsit la mera reticència- (BGH 19.12.1989, NJW 1990: 706). Als Estats Units, l'aixecament de la immunitat conjugal va suposar, des de la dècada dels vuitanta, la proliferació en les crisis matrimonials d'accions de danys entre cònjuges per causació intencional de trastorns emocionals (*intentional infliction of emotional distress*), arribant-se a crear amb això un greu problema de política jurídico-familiar. La praxi dels tribunals estatals s'ha decantat per admetre el rescabament d'aquest tipus de danys si la conducta resulta particularment ultratjant a judici d'un jurat (*outrageousness test*), criteri que requereix examinar

casuísticament quines conductes són tan intolerables socialment que justifiquen que les seves víctimes siguin compensades (cf. ELLMANN/SUGARMAN, 1996: 1330-1343, postulant, per la seva major certesa, la remissió als tipus penals).

b. L'omissió o compliment deficient dels deures paterns i materns

En la relació entre pares i fills no concorren les mateixes raons que s'addueixen en la relació conjugal per a postergar les accions indemnitzatòries enfront d'altres remeis desvinculadors de les parts. A diferència del matrimoni, la relació entre els pares i els seus fills subjectes a potestat és una relació entre parts desiguals, no formada consensualment (llevat en el cas -poc rellevant als efectes que ara examinem- de l'adopció de majors de 12 anys: art. 177.1 CC, art. 121 CF), caracteritzada típicament per la *dependència* dels segons respecte dels primers (aspecte que comporta, per als fills, una particular vulnerabilitat) i pel *caràcter excepcional i costós dels mecanismes de sortida de la relació*, ja que encara que el dret de família contempla la intervenció externa de l'Administració o dels tribunals per a corregir situacions d'incompliment dels deures paterns, aquests remeis només operen en casos de risc elevat i d'abús o abandonament de funcions persistent i greu. Tot i això, també s'aprecien motius substancials per a privilegiar l'exercici de la potestat dels pares i, en particular, per a limitar l'exposició d'aquests a accions de danys, encara que els límits d'aquest privilegi patern siguin variables en la jurisprudència comparada i molt discutits doctrinalment, tant a Europa com a Estats Units (v., àmpliament, KNOLLE, 1999: 53-56, 70-88; PIPINO, 1992: 1127-1133; VANCE, 1995: 442-469).

El tracte de deferència envers els pares se superposa, en moltes ocasions, amb el privilegi domèstic entre convivents que abans hem examinat, i per això és normal relacionar-lo amb algunes de les raons que justifiquen aquest darrer, particularment amb el deure de solidaritat entre parents propers -que assoliria la seva màxima intensitat entre pares i fills- i el disseny de protegir la pau familiar (ENGLER, 2000: 85-86; BRINIG, 2000: 129-130). Convé, no obstant, mantenir separats ambdós privilegis. El patern i matern, a diferència del domèstic, només opera en l'exercici de les funcions de la potestat (i per tant, sobre fills menors o incapacitats) i no requereix necessàriament la convivència (p.ex., pot aplicar-se a pares que no ostenten la guarda dels seus fills, però que mantenen l'exercici de la potestat i drets de contacte personal). Té a més les seves pròpies justificacions, que es relacionen amb les característiques singulars de la relació paterno-filial i, en particular, amb la necessitat d'atribuir als pares una discrecionalitat àmplia en l'exercici de les funcions de criança, educació i cura dels fills.

S'afirma, en aquest sentit, que la relació entre pares i fills és equiparable a una relació fiduciària (SCOTT/SCOTT, 1995: 2401 i seg.), en la qual no és possible preveure per anticipat totes les contingències que poden sorgir i detallar com han d'actuar els pares en cada cas (a més, moltes vegades pot no haver-hi suficient consens social al respecte). Davant d'aquesta situació, atesos els profunds vincles afectius que genera la relació paterno-filial, el més raonable és atribuir amplis poders als pares -com en qualsevol relació de confiança- assumint que són les persones que es troben en millor posició per jutjar què

és més beneficiós per als seus fills (*parental judgement rule*) (*ibidem*, 2438). Al dret només li correspon, llavors, establir les condicions mínimes que han de ser respectades en l'exercici del rol patern o matern (p.ex., regles sobre prestació d'aliments, escolarització obligatòria, atenció sanitària, requisits de contractació laboral, etc.) i supervisar la seva observança -per mitjà de normes penals, administratives o civils- en aquells casos en què siguin insuficients els mecanismes de control social, però sense permetre que un jutge o tribunal pugui revisar *ex post* l'exercici d'aquella discrecionalitat -dins dels indicats límits- i penalitzar als pares pels seus errors d'apreciació o eventuais desviacions respecte dels estàndards majoritaris de conducta, llevat que hagin sobrepassat el llindar de la culpa greu o que la conducta sigui dolosa (cas en el qual ja no pot parlar-se de discrecionalitat).

D'aquesta manera, el privilegi patern abastaria, fonamentalment, aquelles decisions on la discrecionalitat és acusada (educació, orientació professional, administració patrimonial, etc.), incloent-hi les relatives a la fixació del grau de vigilància i de llibertat ambulatoria dels fills. Tot i que no poden donar-se indicacions generals sobre els límits del privilegi, poden formar-se grups de casos a partir de diversos criteris emprats per la jurisprudència per a apreciar si hi ha infracció de regles de precaució per part dels pares. El més important, en relació amb els deures de vigilància, és el de l'edat dels fills, ja que en la primera infància els esmentats deures són molt rigorosos, però després van disminuint i ja en l'adolescència cedeixen en favor del deure d'autoprotecció, raó per la qual la jurisprudència, a partir de la pubertat, imputa a la conducta de la víctima -i no a la vulneració del deure de vigilància del seu pare, la seva mare o altres guardadors- una eventual reducció o exclusió del rescabament (v. la ressenya jurisprudencial en FERRER/RUISÁNCHEZ, 1999: 9-10, i, amb posterioritat, STS, 1ª, 30.12.1999).

L'adequació de l'estàndard de precaució a les aptituds subjectives de cada persona per a exercir el rol de pare o de mare pot explicar-se també a partir de la naturalesa típicament altruista de la relació paterno- o materno-filial, i del valor idiosincràtic que per al fill té aquesta relació, encara que s'exerciti en termes que socialment es puguin considerar subòptims (SCOTT/SCOTT, 1995: 2433). Assumint que els pares acostumen a actuar en interès dels fills, les conductes negligents són generalment explicables per descuits puntuals d'atenció molt difícils de prevenir o bé per condicions personals o socials dels pares que el dret de danys no pot pas pretendre modificar. En aquestes situacions, la imposició de responsabilitat faria augmentar notablement el cost de la paternitat i la maternitat sense que la posició dels fills experimentés una millora significativa en termes de prevenció. En el pitjor dels casos, podria arribar a dissuadir de l'assumpció dels deures parentals, l'exercici dels quals és -en termes globals- socialment imprescindible i acostuma a ser molt valuós per als fills. D'altra banda, en aquells supòsits en què la conducta dels pares, per la seva gravetat, no queda emparada per cap privilegi i per tant és possible decretar llur responsabilitat, cal tenir també en compte les dificultats d'implementar la compensació intrafamiliar dels danys i els problemes que es poden derivar de la solvència limitada dels danyants, que expliquen el recurs freqüent a remeis diferents del rescabatori, com ara l'adopció administrativa o judicial de mesures de protecció, el canvi del règim de guarda o, fins i tot, la privació de la potestat.

Un últim aspecte sobre el qual convé cridar l'atenció per la seva importància pràctica és el relatiu a la incidència del privilegi parental -i, en el seu cas, també el domèstic- en el judici de responsabilitat que es formula contra un tercer corresponsable del dany. Els privilegis privats i familiars tenen eficàcia *inter partes*, i el seu cost -el cost de la solidaritat familiar, la discrecionalitat d'actuació i la relaxació pròpies de la vida privada- no ha de ser desplaçat a tercers. Així ho entén habitualment la jurisprudència espanyola, que dedueix de la indemnització deguda als fills menors la part del dany que és imputable a la culpa d'un o ambdós progenitors (degudament provada pel demandat), si aquests progenitors -com és habitual- interposen l'acció de danys en representació de la víctima de l'accident (v. FERRER/RUISÁNCHEZ, 1999: 10-11, i, amb posterioritat als casos que hi comentem, la STS, 1ª, 16.5.2000). Aquest efecte es produeix amb independència que la manca de precaució del progenitor estigui emparada per alguna forma de privilegi o no, ja que, respecte de tercers, l'eventual negligència del pare o de la mare ha de mesurar-se objectivament, sense atendre a les seves condicions personals.

Bibliografia

- 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)*. Havard 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: EGEEA 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.

• Llista de casos citats

Sentències del Tribunal Suprem espanyol

Sala i data	Ar.	Magistrat ponent	Parts
1ª, 26.11.1985	5901	Jaime Santos Briz	Àngel Pedro D. R. c. Marina A. P.
1ª, 22.7.1999	5721	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Gustavo R. S. c. María Concepción C. S.
1ª, 30.7.1999	5726	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	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. Àngel José C. V. y Josefa O. V.
1ª, 16.5.2000	3930	Román García Varela	Hemant P. c. "Hiperacor SA", y "AGF Unión-Fenix, SA"

Sentències dels Estats Units d'Amèrica

Cas	Any	Referència
<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)

Sentències de la República Federal d'Alemanya

Tribunal	Data	Referència
Suprem alemany (BGH)	19.12.1989	(NJW 1990: 706)
Suprem alemany (BGH)	17.10.1995	(NJW 1996: 53)