

VIOLACIÓN DE LOS DEBERES CONYUGALES Y
RESPONSABILIDAD CIVIL: LA EXPERIENCIA ITALIANA

MARITAL RELATIONSHIP AND TORT LIABILITY IN ITALY

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Professore Associato di Diritto Privato.
LUMSA, Palermo (Italia)
gcarapezza@hotmail.com

RESUMEN: El trabajo desarrolla un análisis de a responsabilidad por daño “endofamiliar” en Italia, con particular referencia al derivado de la violación de los deberes conyugales, realizando una comparación con las experiencias jurídicas española y francesa.

PALABRAS CLAVE: persona, familia, protección de los derechos, responsabilidad civil, daño moral.

ABSTRACT: the study analyses the legal framework of intrafamily tort liability in Italy, with particular reference to the marital relationships, in comparison with Spanish and French Law.

KEY WORDS: person, family, protection of rights, tort liability, non-pecuniary loss.

FECHA DE ENTREGA: 25/01/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. LA NOCIÓN DE ILÍCITO “ENDOFAMILIAR” ENTRE CÓNYUGES.- II. OBJECIONES TRADICIONALES A LA TUTELA RESARCITORIA DEL DAÑO “ENDOFAMILIAR”.- III. (CONTINÚA).- 1. Negación del carácter jurídico de los deberes conyugales.- 2. Especialidad de los remedios propios del Derecho de familia.- 3. Exclusión de la antijuridicidad de la conducta del cónyuge.- IV. VIOLACIÓN DE LOS DEBERES PROPIOS DE LA RELACIÓN FAMILIAR Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD.- V. EL ELEMENTO SUBJETIVO. LA PRETENDIDA SOLUCIÓN DOCTRINA DE ESTABLECER EL DOLO COMO ÚNICO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DEL ILÍCITO: CRÍTICA.- VI. LA GRAVEDAD DE LA LESIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL.

I. LA NOCIÓN DE ILÍCITO “ENDOFAMILIAR” ENTRE CÓNYUGES.

El debate sobre el daño “endofamiliar” se refiere a la posibilidad de aplicar el remedio resarcitorio a los ilícitos cometidos entre familiares¹. Se trata de una

¹ Véanse, en la doctrina italiana, PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605 ss.; ZACCARIA, A.: “Adulterio e risarcimento danni per violazione dell’obbligo di fedeltà”, *Fam. dir.*, 1997, p. 462 ss.; FACCI, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004, p. 4 ss.; ID., “Doveri familiari e responsabilità civile”, en *Il nuovo diritto di famiglia* (dirigido por FERRANDO) I, Bologna, 2007, p. 83 ss.; ID.: “Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile”, *Resp. civ.*, 2007, p. 581 ss.; VIRGADAMO, P.: “Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell’individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica”, *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1894 ss.; DI ROSA, G.: “Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *Famiglia*, 2008, p. 3 ss.; SESTA, M. (coord.): *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008; NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 929 ss.; MONTECCHIARI, T.: *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008; CAMILLERI, E.: “Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law”, *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 145 ss.; PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 14 ss.; BASINI, G.F.: “Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi”, *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 92 ss.; BIZZARRO, A.: “L’illecito nella famiglia”, *Riv. giur. Molise Sannio*, 2013, p. 225 ss.; PETTA, C.: “Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare e sulla sua estensibilità all’interno della famiglia di fatto”, *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 257 ss. Cfr., en la doctrina española, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor, 2012, p. 103 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La responsabilidad civil nell’ambito delle relazioni familiari in Spagna”, *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 390 ss.; ALGARRA PRATS, E.: “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en J.A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil en la relaciones familiares*, Madrid, 2012, p. 11 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. , “Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge”, *ibi*, p. 161 ss.; GARCÍA CANTERO, G.:

figura heterogénea en la que pueden encuadrarse diversos supuestos, que tienen un elemento común, a saber, la existencia de una relación de carácter familiar entre el causante del daño y la víctima. Por lo tanto, podrá tratarse de daños entre cónyuges, entre padres e hijos o – en la hipótesis más controvertida – entre convivientes de hecho².

El problema de la incidencia de la responsabilidad civil en el seno de la familia no se plantea respecto de aquellas situaciones jurídicas subjetivas referidas a la persona en cuanto tal, sino, exclusivamente, a las de naturaleza estrictamente familiar. Dicho de otro modo, puede hablarse de responsabilidad “endofamiliar” solamente en el caso de actos ilícitos que resultan de la violación de obligaciones que pesan sobre un sujeto por su cualidad de cónyuge o progenitor. Piénsese, por ejemplo, en el incumplimiento de los deberes conyugales de convivencia, fidelidad y asistencia o en el incumplimiento de la obligación de educar a los hijos menores³. En cambio, es indudable que generan responsabilidad civil resarcible las lesiones de la persona o de los bienes, respecto de las cuales el *status* de familiar del causante del daño no puede funcionar como una circunstancia eximente.

Además, las dudas doctrinales y jurisprudenciales han versado sobre la compatibilidad de los ilícitos familiares con el remedio general resarcitorio previsto en el art. 1902 del CC español, en el 2043 del italiano o 1382 del francés. En cambio, nunca se ha discutido la aplicabilidad de las disposiciones de carácter especial que prevén expresamente la tutela resarcitoria en el caso de violaciones específicas de determinados deberes familiares.

Algunas veces, estamos, además, ante una responsabilidad civil que deriva de la comisión de delitos “endofamiliares”, como la “violación de las obligaciones de asistencia familiar”; el “abuso de los medios de corrección”, y

“Comentario al art. 67 CC”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), t. II, arts. 22 a 107 del Código Civil, Madrid, 1982, p. 186 ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Efectos del matrimonio”, en ID. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 1, 3ª ed., Barcelona, 1989, p. 146 ss.

² Así, BASINI, G.F.: “Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi”, cit., p. 95, que manifiesta su perplejidad acerca de la configuración de una categoría única y amplia definida como ilícito “endofamiliar”. Admite la posibilidad de una responsabilidad civil en el ámbito de uniones de hecho, Cass. 20 giugno 2013 n. 15481.

³ NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 940, observa, así, que “el problema de la inclusión de la responsabilidad en el ámbito de la familia presenta dosis de ambigüedad”, porque existe “una diferencia esencial en el modo de valorar los mismos bienes de la personalidad, según que se consideren en relación a un contexto de relaciones familiares o, por el contrario, se contemplen, ellos mismos y su vulneración, en cuanto tales”.

el “maltrato de familia” (arts. 570-572 CP italiano)⁴.

En otras ocasiones, nos encontramos ante más variadas hipótesis de ilícitos civiles tipificados por el legislador⁵.

Así, en la fase previa a la celebración del matrimonio, números ordenamientos de la familia romanística consideran fuente de una obligación resarcitoria la ruptura injustificada de la promesa de matrimonio (art. 43 CC español y 81 del italiano)⁶ y la nulidad del matrimonio imputable al cónyuge de mala fe (art. 98 CC español y 129 *bis* del CC italiano)⁷.

En la fase sucesiva la separación, en el derecho francés, el art. 266 del *Code civil* (introducido por la Ley de 11 de julio de 1975, núm. 617, y sucesivamente modificado por la Ley de 26 de mayo de 2004, núm. 439) establece una especial disciplina para el resarcimiento del daño ocasionado por el divorcio al cónyuge inocente⁸. La norma permite la reparación de las meras “conséquences d’une particulière gravité que [l’époux] subit du fait de la dissolution du mariage”. Por lo tanto, la acción, no sólo no se dirige a obtener la reparación de los daños sufridos durante el desarrollo del *ménage* familiar, sino que tampoco se aplica a aquéllos que, aunque cronológicamente son concomitantes con el divorcio, etiológicamente no derivan de la

⁴ Cfr. PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, cit., p. 15.

⁵ NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, p. 943 ss., organiza la articulación normativa de los casos de ilícitos “endofamiliares” en tres fases: prematrimoniales; producidos durante la convivencia matrimonial; sucesivos a la separación.

⁶ Sobre la responsabilidad civil por incumplimiento de la promesa de matrimonio véanse, en la doctrina española, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de la promesa de matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, cit., p. 221 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La responsabilità civile nell’ambito delle relazioni familiari in Spagna”, cit., p. 390 ss. En la doctrina italiana, frente a los que propugna la naturaleza precontractual de la responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio (AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 25), otros discurren por el cauce del ilícito aquiliano (TATARANO, G.: “Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza”, *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 649; FINOCCHIARO, F.: *Del matrimonio*, en *Comm. CC SCIALOJA – BRANCA*, Bologna, 1971, p. 72; LILLO, P.: “Aspetti giuridici e sociali della promessa di matrimonio”, *Dir. fam.*, 1990, p. 291) y la jurisprudencia por el de la responsabilidad *ex lege* (Cass., 21 febrero 1966, n. 539, Foro it., 1966, I, c. 1844).

⁷ Cfr., sobre el daño derivado de la nulidad de matrimonio, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, cit., p. 163 ss.

⁸ Cfr. FORTIS, A.: “Divorce (Conséquences)”, *Rep. Droit civil Dalloz*, 2011, § 142 ss.; GUITON, F.: “Les dommages et intérêts en réparation d’un préjudice résultant du divorce”, *Rec. Dalloz*, 1980, Chron., p. 237 ss.

disolución del vínculo conyugal⁹. En el derecho italiano, en fin, se tipifican una serie de figuras específicas de ilícito de las que resulta una obligación resarcitoria del daño: la violación de la obligación impuesta al padre divorciado de comunicar al otro cualquier cambio de residencia o de domicilio (art. 6, 12° co., l. 898/1970); la violación de las resoluciones judiciales sobre el cuidado de los hijos y, más específicamente, los “graves incumplimientos o actos que en cualquier caso causen perjuicio al menor, después de la crisis familiar” (art. 709 *ter*, 2° co., CPC).

Por el contrario, el legislador parece ser contrario a aplicar la tutela resarcitoria en los casos de convivencia matrimonial¹⁰. La previsión de la relación conyugal como causa de suspensión de la prescripción avala la tesis de que “los cónyuges no pueden demandarse en entre sí” (art. 2941, n. 1 CC italiano). Hasta que la unidad familiar no está en riesgo, concurre la exigencia de política legislativa de evitar intromisiones judiciales en el seno de la familia, de modo que la responsabilidad civil no surge o no se puede hacer valer.

II. OBJECIONES TRADICIONALES A LA TUTELA RESARCITORIA DEL DAÑO “ENDOFAMILIAR”.

La admisibilidad de una tutela general resarcitoria del daño “endofamiliar” ha sido largamente rechazada en numerosos ordenamientos europeos, en virtud de una serie de obstáculos, tanto de naturaleza socio-cultural, como de carácter estrictamente jurídico.

Ante todo, la responsabilidad civil se considera un instrumento prevalentemente dirigido a la reparación de daños patrimoniales y ajeno a la protección de situaciones de naturaleza existencial y familiar¹¹.

Además, la tradicional concepción institucional de la familia justificaba una

⁹ En la jurisprudencia francesa, cfr. Cass. civ., II sez., 31 mayo 1995, n. 93-17.127, in *Bull. civ.*, II, n. 164; Cass. civ., I sez., 6 julio 2005, n. 04-10-081, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 767.

¹⁰ Señala NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 945, que “el sistema sancionatorio de las violaciones de las obligaciones familiares predispuesto por la ley parece caracterizarse por una actitud de prudencia y de selección de las intervenciones judiciales en el ámbito familiar”. Por otro lado, “si no hay crisis, en el ámbito del concreto núcleo familiar, el Derecho es sustancialmente inoperante, porque la familia, más allá de él y prescindiendo de la normativa jurídica, encontrara por sí misma, en el día a día, las reglas más idóneas para organizar la propia vida y realizar sus propias elecciones”: FERRI, G.B.: “La persona nella vita associata”, en STANZIONE, P. (coord.): *Persona e comunità familiare*, Napoli, 1985, p. 30.

¹¹ Sobre las razones que, por años, han impedido la entrada de la responsabilidad civil en el ámbito de la familia, cfr. PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 51 ss.

fuerte restricción de los derechos de sus componentes, llegando a establecer una verdadera y propia área de inmunidad en el ámbito familiar¹². El derecho de familia era entendido como un sector autónomo del ordenamiento jurídico, con grandes connotaciones publicistas, que permanecía impermeable a las formas de tutela civil propias del Derecho común¹³.

No obstante, mientras en los sistemas de *civil law* la sustracción de los ilícitos “endofamiliares” al estatuto general de la responsabilidad civil nunca ha encontrado fundamento legal en una disciplina específica, en los sistemas de *common law* el principio de la *Interspousal Immunity*, esto es, el de ausencia de responsabilidad de los cónyuges por los daños causados al otro, se hacía derivar de la *doctrine of Unity of Spouses* hasta el *Law Reform Act (Husband and Wife) Act* de 1962¹⁴. Según la teoría de la identidad subjetiva de los cónyuges, con el matrimonio, la identidad legal de la mujer se fundía con la del marido, dando lugar a la llamada *Unity of Spouses*, es decir, a la consideración de los cónyuges como una única persona jurídica. Por lo tanto, razones de índole sustancial y procesal impedían la admisibilidad de la acción de responsabilidad aquiliana entre cónyuges. De hecho, el resarcimiento del daño habría recaído sobre un patrimonio común del actor y del demandado; y, además, el marido habría debido representar en juicio a ambas partes procesales.

No en vano, en todos los ordenamientos jurídicos europeos, la progresiva incidencia de los principios fundamentales de tutela de la persona humana sobre las relaciones de Derecho civil y su “despatrimonialización” han determinado, con el tiempo, la transformación de la familia, de una institución jerárquicamente ordenada, a una formación social en la que se

¹² Se recuerda la expresión de JEMOLÒ, A.C.: “La famiglia e il diritto”, *Annuali del seminario giuridico dell’Università di Catania*, 1948-1949, p. 40, referida a la familia como “una isla que sólo es levemente acariciada por el mar del Derecho. Pero, en contra, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 923; ID.: “Famiglia e diritti fondamentali della persona”, en ID.; *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 370, según el cual la funcionalización de la familia al desarrollo de la persona humana “debe realizarse de manera abierta (...) no ya como una isla, sino como un territorio autónomo que es parte inescindible de un sistema de instituciones civiles predispuestas para un objetivo común y toda ellas dignas si su reglamentación interna se inspira en el respeto a la misma dignidad e igualdad moral y jurídica de sus componentes, de su carácter democrático”.

¹³ Sobre la concepción institucional de la familia, estructurada según un modelo autoritario y jerárquico y considerada como un sujeto portador de intereses autónomos y superiores respecto a los de sus singulares miembros, v., por todos, CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, p. 108 ss.

¹⁴ Analiza los obstáculos que ha encontrado en el *common law* la responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales, PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 61 ss.

desenvuelve la personalidad de sus miembros¹⁵, así como la proyección de la tutela resarcitoria hacia nuevos ámbitos, entre los cuales destacan claramente los derechos inviolables del ser humano¹⁶.

La constitucionalización del Derecho de familia y del atinente a la responsabilidad civil, elimina, así, los principales obstáculos de carácter conceptual que impedían el reconocimiento del resarcimiento general del daño “endofamiliar”.

III. (CONTINÚA).

Hay, sin embargo, otras dificultades dogmáticas para admitir la compatibilidad de los deberes familiares con la tutela resarcitoria.

En particular, me refiero a:

1º) la negación del carácter jurídico de los deberes conyugales;

2º) el principio *lex specialis derogat generali*, que asigna remedios específicos a la violación de las obligaciones familiares, como son la separación y el divorcio; la imputación de la culpa a uno de los cónyuges; la cuantificación de la pensión compensatoria, las consecuencias que se producen en el campo sucesorio, etc.;

3º) la exclusión de la antijuridicidad de la conducta del cónyuge que, al pedir la separación o el divorcio, ejercitaría un derecho propio,

¹⁵ Subordina la tutela constitucional de la familia a su carácter instrumental respecto a la promoción de la personalidad humana, PERLINGIERI, P.: “Sui rapporti personali nella famiglia”, *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 1253 ss.; ID., “Sulla famiglia come formazione sociale”, *Dir. giur.*, 1979, p. 775 ss., ahora en ID. (coord.): *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 39 ss., y en ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 419 ss.; ID., “I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare”, *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72 ss.

¹⁶ “La familia deja de ser un territorio *separado* del Derecho común y en el que los cónyuges entran despojándose de las prerrogativas que protegen la personalidad individual. Las reglas de protección de los derechos fundamentales no encuentran obstáculo en el recinto conyugal, sino que penetran e impregnan toda la vida familiar”: ZATTI, P.: “Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia”, en G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (coord.): *Famiglia e matrimonio*, en *Tratt. dir. fam.* (ZATTI), Milano, 2002, p. 22. Según observa, Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, *Fam. dir.*, 2005, p. 365 ss., con nota de SESTA, M.: “Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione “arriva” in Cassazione” y de FACCI, G.: “L’illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione”, se asiste a un tránsito de la “familia institución” a la “familia comunidad”, como sede de desarrollo de la dignidad y de la personalidad de cada miembro. En la doctrina española cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge”, cit., p. 179 ss.

constitucionalmente tutelado, a la libre autodeterminación.

1. Negación del carácter jurídico de los deberes conyugales.

Las situaciones subjetivas familiares tradicionalmente venían siendo calificadas, no como obligaciones, sino como deberes privados de la nota de juridicidad y no susceptibles de coerción, en caso de incumplimiento¹⁷. Por ejemplo, el TS de España, en su sentencia de 30 de julio de 1999, excluyó el resarcimiento del daño moral por violación del deber de fidelidad, por considerar que se trataría de un deber de naturaleza ético-social, imposible de reconducir al art. 1101 CC español¹⁸.

En sentido diverso se ha pronunciado la Casación italiana, para la que “los deberes que del matrimonio derivan no son de carácter estrictamente moral, sino que tienen naturaleza jurídica”, como lo demuestra la imposibilidad de derogarlos, de modo que ha de “considerarse que el interés de cada uno de los cónyuges a que el otro los respete alcanza la consideración de un derecho subjetivo”¹⁹. Si no fueran jurídicos, no tendría razón de ser incluirlos entre los efectos del matrimonio, ni hablar de que los cónyuges “deben” o “están obligados” a cumplirlos como hacen los arts. 67 y 68 del Código civil español y el art. 143 del italiano²⁰. La imposibilidad de exigir coactivamente las obligaciones conyugales no significa que no tengan carácter jurídico, sino que el cumplimiento forzoso en forma específica es incompatible con su

¹⁷ Según una parte de la doctrina italiana, el art. 143 CC cualificaría las situaciones objetivas pasivas familiares como deberes y no como obligaciones, justo por la ausencia de juridicidad y la consiguiente incoercibilidad: FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 62 ss.

¹⁸ Afirma STS 30 julio 1999 (RJ 1999, 5726) que no cabe comprender la exigibilidad de los deberes conyugales “dentro del precepto genérico del artículo 1001, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

¹⁹ Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, cit., según la cual: “existe ciertamente un derecho subjetivo de un cónyuge frente al otro a comportamientos conforme a dichas obligaciones”; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, *Dir. fam. pers.* 2012, 1, 174, con nota de GIACOBBE, E.: “A. Trabucchi: un “profeta” inascoltato!” y de PETTA, C.: “Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità”, p. 1447; Cass., 17 enero 2012, n. 610; Cass., 1 junio 2012 n. 8862, *Foro it.*, 2012, I, c. 2037; Cass., 20 junio 2013, n. 15481. Pero, v. anteriormente, Cass., 9 junio 2000, n. 7859, *Fam. dir.*, 2000, p. 514, que califica a la fidelidad, no sólo como una “directiva moral de particular valor social”, sino también como una “regla de conducta imperativa”.

²⁰ Observan DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 108: “Los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuestas a los esposos para el feliz desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas”.

naturaleza personalísima²¹.

2. Especialidad de los remedios jurídicos propios del derecho de familia.

En segundo lugar, se ha defendido la irresarcibilidad del daño “endofamiliar”, con apoyo en la exclusión de carácter antijurídico de la conducta del cónyuge que no respete los deberes familiares.

La desinstitucionalización de la familia y la valoración de la exigencia de desarrollo de la personalidad de sus miembros inducen, de hecho, a una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, a calificar la pretensión de obtener la separación e interrumpir la convivencia como expresión de un derecho individual de libertad, basado en el principio constitucional de autodeterminación²². Desde este punto de vista la reparación del daño causado por la separación o el divorcio vendría excluido al operar la causa de justificación *qui suo iure utitur neminem laedit*²³.

Sin embargo, se ha observado que el ilícito “endofamiliar” no resulta del hecho de la separación o del divorcio, en sí mismos considerados, sino de una conducta consistente en la violación de los deberes matrimoniales que produzca en la esfera jurídica del otro cónyuge un perjuicio resarcible²⁴. La

²¹ LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Efectos del matrimonio”, cit., p. 133; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 109.

²² Así Cass., 6 abril 1993, n. 4108, Giust. civ. Mass. 1993, p. 624; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, cit., p. 253: que considera “el vigente Derecho de familia caracterizado por el derecho de cada cónyuge, prescindiendo de la voluntad o de la culpa del otro, de separarse o divorciarse, como reflejo de un derecho individual de libertad reconducible al art. 2 Const [...], pudiendo hacer cesar cada uno los deberes relativos en cualquier momento con un acto unilateral de voluntad expresado en las formas legalmente previstas”.

²³ Observa CAMILLERI, E.: “Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law”, cit., p. 145 ss., que “la realización de conductas que, también, desde la perspectiva de la regulación de la familia, constituyen una violación de deberes de contenido no patrimonial (...) debe considerarse como ejercicio de libertad y/o derechos correspondientes al singular sujeto”, de modo que “la generación del efecto resarcitorio vendrá sin embargo proscrito al entrar en juego la causa de justificación de *iure suo uti*”. Subordina el nacimiento de la responsabilidad por ilícito “endofamiliare” al carácter abusivo de la conducta, FACCI, G.: “Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile”, cit., p. 583 ss., según el cual la constatación del dolo influye en el juicio sobre el carácter injusto del daño.

²⁴ Según DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 119, el daño resarcible no se identifica con la disolución del matrimonio, sino con los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los deberes conyugales. En la jurisprudencia italiana, expresa la misma idea Trib. Milano 4 junio 2002, *Giur. it.*, 2002, II, c. 2289, que requiere la existencia de un

superación de una concepción sancionatoria de la separación no erosiona, como se ha visto, el carácter normativo de las obligaciones que derivan del matrimonio, de modo que la antijuridicidad del comportamiento del cónyuge contrario a ellas no puede quedar excluida por una causa de justificación, consistente en el ejercicio de la libertad de autodeterminación.

3. Exclusión de la antijuridicidad de la conducta del cónyuge.

En tercer lugar, se argumenta la inaplicabilidad del remedio resarcitorio en el ámbito familiar, por el carácter especial y completo del Derecho de familia y del conjunto de remedios y de sanciones por él predispuestos para el caso de violación de los deberes familiares²⁵.

El principio *inclusio unius, exclusio alterius* impediría la acumulación del resarcimiento del daño con los remedios específicamente familiares, que, a continuación, se enuncian.

a) En el ordenamiento jurídico español, el art. 86.I CC español anterior a la reforma operada por la Ley 15/2005 consideraba el incumplimiento de los deberes familiares como causa de separación, así que la STS 30 julio 1999 afirmó que es indudable que esta es la “única consecuencia jurídica” que contempla la legislación española “sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos”²⁶. Otro argumento para excluir la responsabilidad del cónyuge que incumple sus deberes es la existencia de la pensión compensatoria por divorcio: si el juez reconoce la pensión compensatoria no

daño objetivo imputable a otro cónyuge, reconducibile a una violación grave de los deberes matrimoniales, y no a la crisis conyugal en cuanto tal.

²⁵ La jurisprudencia italiana, siguiendo el brocardo *lex specialis derogat generali*, ha sostenido durante mucho tiempo la imposibilidad de aplicar el remedio general del resarcimiento en el ámbito familiar, dada la existencia en dicho ámbito de remedios sancionatorios especiales. En este sentido, ya, Cass. Roma, 27 mayo 1921, *Foro it.*, 1921, I, c. 778, en un caso de injustificado abandono del domicilio conyugal por parte de la mujer. Cfr. también Cass. 6 abril 1993 n. 4108, *Dir. fam. pers.*, 1993, 1023, según la cual “de la separación personal de los cónyuges puede nacer en el plano económico (...) solamente el derecho al mantenimiento del uno frente al otro”, quedando excluida “la posibilidad de reclamar también, *ex art.* 2043 c.c., por cualquier título, el resarcimiento del daño sufrido a causa de la separación, ni siquiera cuando la misma haya sido imputada a la culpa de uno de los cónyuges”.

²⁶ Por cuanto concierne a la reconducción del incumplimiento de los deberes conyugales al ámbito de las causas de separación y divorcio, v., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, *cit.*, p. 115 s., que evidencian como este argumento ha perdido “toda consistencia, tras la reforma de 2005, por la que se han suprimido las antiguas causas de separación y divorcio”.

podría aplicar el art. 1902 CC²⁷.

b) En el ordenamiento jurídico francés, como se ha dicho anteriormente, existe una acción específica regulada en el art. 266 CC, la cual puede ser ejercitada por el cónyuge que obtenga el divorcio, por culpa exclusiva del otro, con la finalidad de obtener la reparación de las consecuencias de particular gravedad que subsistan como consecuencia de la disolución del matrimonio.

La acción no es aplicable en el *divorce par consentement mutuel*, sino que presupone que el actor aparezca como “víctima”²⁸: en el *divorce pour faute*, la demanda será estimada, si la propone el cónyuge inocente y, en cambio, rechazada cuando la culpa sea debida a ambos cónyuges²⁹; en el *divorce pour altération définitive du lien conjugal* (que sustituye por la Ley de 26 de mayo de 2004 al *divorce pour rupture de la vie commune* que, en cambio, se sustraía a la operatividad del art. 266 CC) el cónyuge dañado tiene que haber sufrido la ruptura de la vida en común y no debe haber tomado la iniciativa en la disolución del matrimonio. Este remedio jurídico no tiene, ni carácter alimenticio, ni función de mantenimiento, de modo que el *quantum* (que no es susceptible de revisión), no se determina en relación a la capacidad económica de los cónyuges³⁰, ni tampoco a la exigencia de compensar la disminución del nivel de vida disfrutado durante el matrimonio³¹.

c) En el ordenamiento jurídico italiano existen hay numerosas formas de tutela, diversas de la resarcitoria, en el caso de violación de los deberes familiares: así. la separación por culpa imputable a uno de los cónyuges, la cual puede ser pronunciada cuando la violación de los deberes familiares sea causa determinante de la separación entre los cónyuges y produce consecuencias en sede sucesoria y en la fijación de la pensión compensatoria (art. 151.II CC)³²; la suspensión del derecho de asistencia moral y material,

²⁷ Según DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 116 ss., el argumento contrario a la admisión de la responsabilidad de los cónyuges fundado sobre la pensión compensatoria es insostenible. En primer lugar, porque “tienen finalidades distintas, que, además, no son incompatibles”; en segundo lugar, “porque los presupuestos de ambas son también distintos”; en tercer lugar, “porque es posible que el cónyuge que deba percibir la pensión compensatoria y el que tenga derecho a ser resarcido no sea el mismo”.

²⁸ Lo pone de manifiesto FORTIS, A.: “Divorce (Conséquences)”, cit., § 146.

²⁹ Cass. civ., I sez., 25 octubre 2005, n. 04-12.234, *Dr. fam.*, 2005, n. 269.

³⁰ Cass. civ., II sez., 6 enero 1993, n. 91-16.672, *Rev. trim. droit civil*, 1993, p. 336.

³¹ Cass. civ., II sez., 12 junio 1996, n. 94-18.103, *Rev. trim. droit civil*, 1996, p. 886.

³² V., por ejemplo, por cuando concierne a la perspectiva tradicional, Cass., 22 marzo 1993, n. 3367, *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 535, según la cual en el caso de separación culpable falta la lesión de una posición subjetiva activa tutelada como derecho perfecto, de modo que la tutela resarcitoria *ex art. 2043 CC* no puede ser invocada por la inexistencia de un daño injusto. La imputación de culpa, de hecho, “comporta solamente los efectos previstos por la Ley, pero no supone la violación de un derecho del otro cónyuge”.

en caso de alejamiento sin justa causa de la residencia familiar (art. 146 CC)³³ o las órdenes de protección, mediante las cuales el juez, cuando “la conducta del cónyuge o del otro conviviente es causa de un grave perjuicio para la integridad física o moral o para la libertad del otro cónyuge o conviviente”, ordena la cesación de la conducta, el alejamiento de la casa familiar y, cuando sea necesario, la prohibición de aproximarse a los lugares frecuentados por los familiares, además de medidas de carácter patrimonial como el pago periódico de una cantidad de dinero (art. 342 *bis* ss. CC)³⁴.

Sin embargo, como han sostenido la Corte de Casación francesa y la italiana, la posibilidad de aplicar un remedio especial contra la violación de un deber familiar no excluye que el mismo comportamiento que lo origina pueda ser considerado como fuente de responsabilidad extracontractual³⁵. Por ejemplo, según la jurisprudencia francesa, la acción especial resarcitoria fundada en el art. 266 CC no excluye la aplicación de la disciplina general de la responsabilidad civil, de la que, más bien, constituye una plasmación concreta en el ámbito de la disolución del matrimonio. Por lo tanto, de un lado, la acción *ex* art. 266 CC requiere los elementos constitutivos del ilícito civil – culpa, daño y nexo de causalidad; y, de otro, es compatible con la tutela resarcitoria ordinaria encaminada a la reparación de ulteriores daños sufridos durante el matrimonio³⁶.

³³ Sobre la disciplina del abandono del domicilio familiar y las consecuencias que de ello derivan, cfr., *ex multis*, PARADISO, M., *I rapporti personali tra coniugi*, Sub Artt. 143-148, en *Cod. Civ. Comm.* (dir. por SCHLESINGER y BUSNELLI), 2ª ed., Milano, 2012, p. 266; CHECCHINI, A.: “Allontanamento per giusta causa o ripudio? (Per una nuova interpretazione dell’art. 146 c.c.)”, *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 264 ss.

³⁴ Se trata de “medidas contra la violencia en las relaciones familiares” introducidas por la l. 4 de abril 2011, n. 154, con la finalidad de ofrecer instrumentos adecuados para salvaguardar la integridad física o moral o la libertad de los miembros de la familia en una serie de situaciones patológicas del conflicto. Cfr. PALADINI, M.: “Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione, profili di diritto civile, penale e comparato”, Padova, 2009; SILVANI, S.: “Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari”, en *Trattato di diritto di famiglia* (dir. ZATTI), I, 1, Milano, 2011, p. 1191 ss.; DE BONIS, D.: “Abusi familiari e ordini di protezione”, en *Il nuovo diritto di famiglia* (dir. FERRANDO), I, Bologna, 2007, p. 577 ss.

³⁵ Vease, en Francia, Cass. civ., II sez., 2 abril 1997, n. 95-18.797; Cass. civ., I sez., 11 enero 2005, n. 02-19.016, *Rev. trim. droit civil*, 2005, p. 375; en Italia, Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, cit.; 15 septiembre 2011, n. 18853, cit. y sobre todo Cass., 1 junio 2012 n. 8862, cit., que, con respecto a las relaciones entre separación por culpa y resarcimiento del daño, afirma que el mismo comportamiento lesivo de deberes matrimoniales “de un lado en causa de intolerancia de la convivencia, justificando la imputación de culpa (...), de otro se configura como comportamiento (doloso o negligente) que, incidiendo sobre los bienes esenciales de la vida, produce un daño injusto, con el consiguiente resarcimiento, según el esquema general de la responsabilidad civil”.

³⁶ La aplicación conjunta de los arts. 266 y 1382 CC es comúnmente admitida en la jurisprudencia francesa: Cass. civ., II sez., 2 abril 1997, n. 95-18.797, cit.; Cass. civ., I sez., 11 enero 2005, n. 02-19.016, cit.

Así pues, la diversidad de la naturaleza, de las funciones y de los específicos remedios jurídicos familiares respecto del resarcimiento del daño permiten considerar que la violación de los deberes conyugales es susceptible de tutela resarcitoria, cuando se den todos los elementos constitutivos del ilícito civil y, en particular, la existencia de un concreto perjuicio sufrido por el titular del interés lesionado³⁷.

IV. VIOLACIÓN DE LOS DEBERES PROPIOS DE LA RELACIÓN FAMILIAR Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD.

La solución de las principales objeciones a la resarcibilidad del ilícito “endofamiliar” no ha hecho desvanecer, sin embargo, las múltiples dificultades reconstructivas de la figura. Tales dificultades resultan, principalmente, de la necesidad de adaptar al estatuto general de la responsabilidad civil un supuesto caracterizado por el hecho de que la fuente del daño injusto es una conducta integrada por la violación de deberes propios de la relación familiar³⁸.

En el ilícito “endofamiliar”, de hecho, falta la ausencia de una previa relación jurídica entre el causante del daño y la víctima, típica de la responsabilidad *ex delicto*. Por el contrario, presupone la existencia de una relación jurídica específica entre el sujeto activo y pasivo de la conducta y requiere el incumplimiento de determinados comportamientos prescritos

³⁷ Cfr. Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, cit., la cual observa que los remedios jurídicos familiares “no son estructuralmente incompatibles con la tutela de los derechos garantizados constitucionalmente, no excluyendo la relevancia que un determinado comportamiento puede revestir a los efectos de la separación o de la cesación del vínculo conyugal y de las consiguientes previsiones de naturaleza patrimonial, la concurrente relevancia del mismo comportamiento como hecho generador de responsabilidad aquiliana”; Cass. 15 septiembre 2011, n. 18853, cit. la cual afirma que “el comportamiento de un cónyuge [contrario a los deberes conyugales] puede también, donde concurren todos los presupuestos requeridos por las reglas generales, integrar los extremos de un ilícito civil”. También la doctrina subraya la insuficiencia de los remedios típicos previstos en el caso de violación de los deberes conyugales: MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità”, cit., p. 605; VILLA, G.: “Gli effetti del matrimonio”, en *Il diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, I, en *Tratt.* (dir. BONILINI y CATTANEO), Torino, 1997, p. 317; AULETTA, T.: “Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia”, *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 434 s.

³⁸ La responsabilidad resultante del ilícito endofamiliar entre cónyuges deriva del incumplimiento de una obligación que nace de la ley, como son los deberes matrimoniales, con la consecuencia de que resulta problemática la aplicación directa de la responsabilidad aquiliana, basada, no en la violación de una obligación, sino en la injusticia del daño: NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 960 s. Remarca PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, cit., p. 20, que hablar de “responsabilidad aquiliana endofamiliar” “equivale a una ambigua operación de hibridación jurídica: obligaciones ‘contractuales’ sancionadas con la responsabilidad extracontractual”.

normativamente. Por lo tanto, la violación de los deberes familiares no se resuelve en la genérica infracción del precepto *alterum non laedere*, sino en el del incumplimiento de una específica obligación, que no opera entre extraños (en la común vida de relación), sino solamente entre cónyuges o entre padres e hijos³⁹.

La circunstancia de que el daño “endofamiliar” sea solamente concebible en el ámbito de una relación preexistente inclina a algunos autores hacia el paradigma de la responsabilidad contractual⁴⁰. Esta última, de hecho, lleva al resarcimiento del daño que deriva de la violación de una regla interna de la relación, mientras que la responsabilidad aquiliana reacciona frente al daño ocasionado entre extraños, basándose en el elemento de la injusticia de aquél. Desde esta perspectiva, se realiza una relectura del vínculo familiar como relación obligatoria caracterizada por deberes – que algunos encuadran entre los “de protección” y que otros definen como “obligaciones conyugales o paternas” –⁴¹, los cuales constituyen parámetros de valoración de la conducta, de modo que su violación debería reconducirse a la figura de la responsabilidad por incumplimiento.

No obstante, en las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales de los principales países europeos, se excluye la adecuación al modelo de la responsabilidad contractual, en virtud de la calificación del matrimonio como un negocio de Derecho de familia constitutivo de *status*⁴²; del carácter

³⁹ Afirma NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 939, que ligar el ilícito “endofamiliar” a la prohibición de *neminem laedere* significa prescindir de la consideración de los deberes de solidaridad “incidiendo solamente en la lesión de las personas consideradas como mónadas aisladas del vínculo familiar: parientes como pasajeros –se podría decir-, no más próximos ni unidos, simplemente individuos en la multitud”.

⁴⁰ Cfr., en la doctrina italiana, DI ROSA, G.: “Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, cit., p. 5 ss.; NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 959 ss.; GIACOBBE, E.: “A. Trabucchi: un “profeta” inascoltato!”, cit., p. 169 ss.; PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, cit., p. 20 ss.; BASINI, G.F.: “Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra i coniugi”, *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 981 ss.

⁴¹ Liga el ilícito “endofamiliar” a la “violación de obligaciones de protección que en el matrimonio se concretan en los deberes matrimoniales”, NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 961, el cual añade que el “deber general de protección se resumen, en definitiva, en el deber de cada uno [de los cónyuges] de evitar conductas irrespetuosas que, haciendo intolerables la convivencia, provoquen la grave lesión personal que se produce siempre con la separación”; mientras PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, cit., p. 22, habla de violación de “deberes específicos de los cónyuges o de los padres”.

⁴² Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 109, que evidencian como “el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, que afecta profundamente a la persona de los cónyuges, en la medida en que les impone una plena

extrapatrimonial de los deberes familiares (como los de asistencia, fidelidad, colaboración y cohabitación, etc.)⁴³ y de la insuficiencia de su violación para constituir, *in re ipsa* y automáticamente, la fuente de un perjuicio resarcible⁴⁴.

En particular, la jurisprudencia italiana subordina la resarcibilidad del daño “endofamiliar”, no a la mera violación de reglas de conducta jurídicas de carácter familiar, sino a la lesión de derechos fundamentales de la persona⁴⁵. Por tanto, el daño resarcible no surgirá de la mera lesión del derecho de cada cónyuge a recibir del otro asistencia, colaboración, fidelidad, etc., sino de la ulterior afección de un interés constitucionalmente protegido, que de aquélla derive.

Es emblemática la posición de la jurisprudencia respecto de la inobservancia de la obligación de infidelidad.

Mientras en España la STS 30 julio 1999 ha excluido que la violación del deber de fidelidad integre un ilícito civil susceptible de tutela resarcitoria⁴⁶, las Cortes Supremas de Francia e Italia han sido más propensas a admitir el resarcimiento del daño no patrimonial causado por la infidelidad.

Sin embargo, a diferencia de la Corte de Casación francesa, que considera la infidelidad susceptible *ex se* de causar un daño moral resarcible⁴⁷; la italiana subordina la responsabilidad resarcitoria del cónyuge infiel a ulteriores requisitos: a) la comprobación de la existencia de la lesión de un derecho constitucionalmente protegido del otro cónyuge; b) la prueba de un nexo de causalidad entre la infidelidad y el daño, que no podrá consistir en el mero

comunidad de vida, material y espiritual, la cual no tiene parangón posible con ninguna de las relaciones jurídicas nacidas de la celebración de un contrato”.

⁴³ Según el art. 1174 CCI la obligación tiene por objeto una prestación susceptible de valoración económica, mientras que los deberes familiares tiene naturaleza personal, de modo que su violación resulta difícilmente encuadrable en el paradigma de la responsabilidad por incumplimiento.

⁴⁴ Cfr., en la jurisprudencia italiana, Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, cit.; Cass., 1 junio 2012 n. 8862, cit.; en la doctrina, *ex multis*, BASINI, G.F.: “Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi”, cit., p. 100 s.

⁴⁵ Según Cass. 10 mayo 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, cit.; Cass., 1 junio 2012 n. 8862, cit., la responsabilidad por daño “endofamiliar” no se fundamenta en la mera violación de los deberes conyugales, sino en la lesión –como consecuencia de dicha violación – de un derecho constitucionalmente protegido o de bienes inherentes a la persona humana.

⁴⁶ Así, STS 30 julio 1999 (RJ 1999, 5726), a propósito de una demanda de reparación del daño moral padecido por el marido por la infidelidad de la mujer, que tuvo dos hijos de un amante durante el matrimonio. Observan DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 142 ss., que la tesis sustentada es errónea, “porque la obligación de fidelidad, que tiene evidente conexión con la de respeto mutuo, es un auténtico deber jurídico”.

⁴⁷ Cass. civ., II sez., 13 abril 1992, n. 90.21490; Cass. civ., I sez., 12 enero 2011.

sufrimiento psíquico derivado de la percepción de la ofensa⁴⁸.

En otras palabras, la violación de la obligación de fidelidad producirá un daño resarcible solamente cuando, por ser grave, reiterada y ofensiva, produzca la lesión de un bien autónomo jurídicamente tutelado, como la dignidad, la integridad psico-física, el honor o la intimidad del cónyuge ofendido.

Sin embargo, esta perspectiva reconstructiva corre el riesgo de provocar la “desjuridificación” de las relaciones familiares, a pesar de la proclamada juridicidad de los relativos deberes, en un cuadro normativo ya caracterizado por la falta de potenciamiento de los perfiles sancionatorios del Derecho de familia⁴⁹.

Se propone, así, un ingreso de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, que corre el riesgo de exacerbar la concepción contractualista de la familia y de olvidar la especificidad social de la misma, cediendo ante una consideración exclusiva de los derechos individuales de sus componentes⁵⁰. Por otro lado, la relación entre derechos fundamentales y familia no debe contemplarse en términos de contraposición entre “persona” y un pretendido “organismo distinto”, titular de un interés autónomo, pues, procediendo de este modo se correría el riesgo de atribuir un valor prioritario, bien a la libertad, bien a la solidaridad, cuando, en realidad, el valor central de referencia es siempre la persona (art. 2 Const.), a cuya tutela se dirige, tanto, la valoración normativa de la familia, como el reconocimiento de derechos fundamentales⁵¹.

Exigir que a la violación de los deberes familiares deba añadirse un *quid pluris*, representado por la lesión de los derechos fundamentales, significa excluir el carácter injusto del daño lesivo de posiciones jurídicas familiares; y ello, a

⁴⁸ Cfr., *retro*, nota 45. Sobre la persistencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre cónyuges cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge”, cit., p. 179 ss.

⁴⁹ Cfr., en este sentido, PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, cit., p. 20 s.; ID., “Famiglia, e nuovi diritti della personalità. Norma, desiderio e rifiuto del diritto”, *Quadrim.*, 1989, p. 302.

⁵⁰ Afirma que “la libertad en la familia encuentra en la unidad y en los deberes relativos no tanto el límite como su función el fundamento de su misma titularidad”: PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 920; ID.: “Riflessioni sull’unità” della famiglia”, (1970), ahora en ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 403 ss. Niega que acoger el acuerdo como regla de gobierno de la familia suponga asumir una concepción contractualista ZATTI, P.: “*Familia, familiae*. Declinazioni di un’idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia”, *Familia*, 2002, p. 30 s. Excluye que el matrimonio puede reducirse a una relación sinalagmática, MENGONI, L.: “La famiglia in una società complessa”, *Iustitia*, 1990, p. 12 s., el cual pone de relieve la centralidad de la noción de *status* a la cual se reconducen los derechos y los deberes conyugales.

⁵¹ Así, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 925 s.

pesar de su calificación como derechos subjetivos y de su indudable relevancia constitucional. Por lo demás, se trata de una reconstrucción que no es necesaria para asegurar que la responsabilidad por daño “endofamiliar” cumpla una función estrictamente reparatoria, y no, sancionatoria. Más bien, para evitar la torsión del injusto intrafamiliar hacia una finalidad punitiva, es necesario subordinar el resarcimiento, no a un mero comportamiento ilícito, como la inobservancia de los deberes familiares, sino a la existencia de un perjuicio que, sobre el plano etiológico, constituya la lesión de un específico interés jurídicamente protegido, y no, de la crisis conyugal en cuanto tal⁵².

V. EL ELEMENTO SUBJETIVO. LA PRETENDIDA SOLUCIÓN DOCTRINA DE ESTABLECER EL DOLO COMO ÚNICO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DEL ILÍCITO: CRÍTICA.

Al admitir el resarcimiento del daño “endofamiliar”, la doctrina y la jurisprudencia advierten sobre la exigencia de determinar peculiares connotaciones distintivas, que, operando sobre el plano del criterio de imputación o de la gravedad de la lesión, tiendan a reducir el área de la relevancia jurídica del ilícito “endofamiliar”.

Una parte de la doctrina italiana y española ve en el dolo el criterio de imputación de la responsabilidad civil en las relaciones familiares⁵³.

En virtud de la no coercibilidad de los deberes familiares se sostiene que los comportamientos contrarios a ellos sean amparados por la causa de justificación del ejercicio de un derecho, salvo en el caso límite del dolo del agente. Dicho de otro modo, en un ámbito que se considera dominado por la libertad de autodeterminación, la eximente del *in re suo uti* sólo puede ser excluida por la intencionalidad de la lesión, con la cual se traspasa la finalidad del ejercicio de un derecho propio por parte del autor del daño. Se requeriría el dolo genérico, pero no, el específico. Por lo tanto, no es necesario que el sujeto activo haya pretendido causar al otro un determinado perjuicio, sino

⁵² Como ponen de relieve DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 119, el primer presupuesto de la responsabilidad por incumplimiento de los deberes conyugales es la existencia de un daño resarcible. Esto “surgerà por la lesión del derecho que tiene cada cónyuge a que el otro cumpla las obligaciones, que, libre y recíprocamente, asumieron al tiempo de contraer el matrimonio”.

⁵³ En este sentido cfr., en la doctrina italiana, FACCI, G.: “Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile”, cit., p. 583; CAMILLERI, E.: “Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law”, cit., p. 145; en la doctrina española, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: “Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales” en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador), *Daños en el Derecho de familia*, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161.

que es suficiente la representación y el conocimiento del hecho dañoso⁵⁴.

No obstante, ya se ha argumentado que los deberes familiares, aun cuando sean de naturaleza personal, y no, patrimonial, tienen carácter normativo, operando como una regla de solidaridad en la formación social de la “familia”. En consecuencia, es una contradicción lógica sostener el carácter jurídico de los deberes familiares y, al mismo tiempo, considerar que su violación está justificada por el ejercicio de la libertad de autodeterminación⁵⁵.

Falta, además, cualquier fundamento textual para fundar la reconstrucción del dolo como elemento constitutivo del ilícito “endofamiliar”. Pero, sobre todo, los ilícitos basados en el dolo expresan una valoración normativa que hace prevalecer el interés del sujeto activo respecto al de la víctima. El dolo, de hecho, más que operar como un simple criterio de imputación de responsabilidad, actúa como un canon de composición de un conflicto de intereses, en el que el autor del hecho dañoso se considera particularmente merecedor de tutela, por lo que sólo cede en presencia de una conducta dolosa⁵⁶. Mediante el elemento subjetivo del ilícito, el ordenamiento opera, pues, una graduación de la apreciabilidad de los intereses en conflicto, que no es adecuado aplicar en el ámbito de las relaciones familiares.

VI. LA GRAVEDAD DE LA LESIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL.

Desde un punto de vista diverso, la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana, en vez de aplicar un criterio subjetivo de imputación más rígido que el ordinario, requiere: a) la gravedad de la lesión del interés; b) y el carácter no fútil del daño. Más concretamente, considera indispensable, de un lado, que a la luz del deber de solidaridad, la ofensa supere el umbral de un cierto grado de tolerabilidad; y, de otro, que el perjuicio no sea insignificante, sino que

⁵⁴ En este sentido, CAMILLERI, E.: “Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law”, cit., p. 150, que subordina el resarcimiento del daño “endofamiliar”, sea al dolo del agente, entendido no como *animus nocendi*, “sino en términos de *consapevolezza* acerca del carácter potencialmente dañoso de la conducta realizada en relación con terceros”, sea el “desvío del interés concretamente perseguido, respecto a aquél en función del cual el ordenamiento atribuye y tutela la concreta situación jurídica activa”.

⁵⁵ V., *retro*.

⁵⁶ Cfr. CENDON, P.: *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, p. 156 s.; VISINTINI, G.: *I fatti illeciti*, II, Padova, 1990, p. 247 ss.

tenga una consistencia jurídicamente relevante⁵⁷.

La experiencia jurídica francesa es análoga. No sólo el art. 266 CC limita el resarcimiento a las “conséquences d’une particulière gravité” que derivan de la disolución del matrimonio, entendidas por la jurisprudencia como los perjuicios morales y materiales que exceden de los habituales⁵⁸, sino que, al aplicar la disciplina general de la responsabilidad civil (art. 1382 CC) a los ilícitos endofamiliares, los Tribunales galos tratan de encontrar, bien una particular gravedad de la culpa (más intensa que la requerida para imputar el divorcio)⁵⁹, bien (y, sobre todo) un daño diverso del que normalmente deriva de la disolución del matrimonio⁶⁰.

En otras palabras, la ubicación del ilícito en el seno de las relaciones familiares da particular relieve al principio de solidaridad, que ya opera en el sentido de excluir la posibilidad de interponer la acción resarcitoria durante la convivencia, como demuestra la previsión de la suspensión de la prescripción entre los cónyuges (art. 2941, n. 1, CC).

La solidaridad constituye fundamento del deber de recíproca asistencia que impone a las partes un “espíritu de comprensión y tolerancia” de los comportamientos de “mínima eficacia lesiva”⁶¹.

Los ilícitos “endofamiliares” asumen, entonces, un valor indicativo de una orientación tendente a subordinar la resarcibilidad del daño no patrimonial a la gravedad de la lesión. La medida del daño se convierte en un ulterior filtro respecto a su carácter injusto, de modo que la reparación se excluye, cuando el daño no traspasa los umbrales de una mínima gravedad. Por ejemplo, mientras no se ha admitido el resarcimiento del daño derivado de la mera

⁵⁷ Así, Cass. 10 mayo 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, cit., que, en relación con la violación de la obligación de fidelidad, subordina el resarcimiento del daño a la prueba de que “la infidelidad, por sus modalidades y respecto a la especificidad del supuesto de hecho, haya dado lugar a la lesión de la salud del cónyuge (...) O bien cuando la fidelidad por su modalidad haya derivado en comportamientos que, sobrepasando los límites de la ofensa *per se* ínsita en la violación de la obligación en cuestión, se haya concretado en actos específicamente lesivos de la dignidad de la persona.

⁵⁸ La jurisprudencia francesa, que considera difícil de determinar el daño material, es más proclive a liquidar los daños morales, concretados, por ejemplo: en la soledad moral y afectiva creada por el divorcio después de una larga vida en común (Cass., II sez., 27 enero 2000, n. 96-11.410, RTDC, 2000, p. 303), especialmente cuando hay hijos (Cass., II sez., 6 mayo 1987, *Bull. civ.* II, n. 99); en el trauma sufrido por la mujer enferma (Paris, 9 septiembre 2010, *Dr. Fam.*, 2010, n. 183) o por el cónyuge creyente que ha sufrido el adulterio del otro (Bordeaux, 24 noviembre 2009, *Dr. fam.*, 2010, n. 18).

⁵⁹ FORTIS, A.: “Divorce (Conséquences)”, cit., § 163.

⁶⁰ Cass., I sez., 22 marzo 2005, n. 04-11942, RTDC 205, p. 375; Cass., I sez., 23 enero 2007, n. 06-11502.

⁶¹ Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, cit.

inobservancia de la obligación de fidelidad⁶²; en cambio, se ha considerado resarcible el daño padecido por una mujer a quien el marido no había dicho hasta después del matrimonio que sufría una *impotentia coeundi*, tratándose de una lesión tal, que perjudicaba gravemente el derecho a la sexualidad de la mujer y las potencialidades de desarrollo de su personalidad⁶³.

En conclusión, la aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares debe ser meditada por la especificidad de la formación social de la familia, la cual no puede descomponerse, como pretendería la concepción contractualista, en una serie atomizada de relaciones intersubjetivas. La tutela de los derechos de los miembros de la familia requiere, por lo tanto, ser compatibilizada con la incidencia de la solidaridad, que constituye el fundamento de los deberes familiares. La mayor selectividad de los daños resarcibles en el seno de la familia encuentra, en definitiva, un preciso fundamento sistemático, que exige subordinar el acceso del remedio resarcitorio a ulteriores requisitos, respecto del carácter injusto del daño, de modo que se evite la proliferación de la litigiosidad intrafamiliar.

BIBLIOGRAFÍA

ALGARRA PRATS, E.: “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.): *La responsabilidad civil en la relaciones familiares*, Madrid, 2012

AULETTA, T.: “Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia”, *Fam. pers. succ.*, 2005.

ID.: *Diritto di famiglia*, Torino, 2014.

BASINI, G.F.: “Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi”, *Fam. pers. succ.*, 2012.

BIZZARRO, A.: “L’illecito nella famiglia”, *Riv. giur. Molise Sannio*, 2013.

⁶² Lo evidencia Cass. 17 enero 2012, n. 610, *Fam. dir.*, 2012, p. 254 ss.

⁶³ Así, Cass. 10 mayo 2005, n. 9801, cit., según la cual “la intensidad de los deberes derivados del matrimonio, caracterizados por la inderogabilidad e indisponibilidad, no puede dejar de reflejarse sobre las relaciones entre las partes en la fase precedente al matrimonio, imponiéndoles –incluso, faltando la existencia actual de un vínculo conyugal, pero desde la perspectiva de constitución del tal vínculo, una obligación de lealtad, de corrección y de solidaridad que se sustancia también en una obligación de información de cualquier circunstancia inherente a las propias condiciones psicofísicas y de cualquier tipo que pueda comprometer la comunicación material y espiritual a la que el matrimonio se dirige”.

CAMILLERI, E.: “Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law”, *Eur. dir. priv.*, 2010.

CENDON, P.: *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974.

CHECCHINI, A.: “Allontanamento per giusta causa o ripudio? (Per una nuova interpretazione dell’art. 146 c.c.)”, *Riv. dir. civ.*, 1981.

CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914.

DE BONIS, D.: “Abusi familiari e ordini di protezione”, en *Il nuovo diritto di famiglia* (dir. FERRANDO), I, Bologna, 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador), *Daños en el Derecho de familia*, Cizur Menor, 2006.

ID. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor, 2012.

ID.: “Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge”, en J.A. MORENO MARTÍNEZ (coord.): *La responsabilidad civil en la relaciones familiares*, Madrid, 2012

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor, 2012

ID.: “La responsabilità civile nell’ambito delle relazioni familiari in Spagna”, *Dir. fam. pers.*, 2014.

DI ROSA, G.: “Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *Famiglia*, 2008, p. 3 ss.

FACCI, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004.

ID.: “L’illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione”, en *Fam. dir.*, 2005.

ID.: “Doveri familiari e responsabilità civile”, en *Il nuovo diritto di famiglia* (dirigido por FERRANDO) I, Bologna, 2007.

ID.: “Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile”, *Resp. civ.*, 2007.

G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (coord.): *Famiglia e matrimonio*, en *Tratt. dir. fam.* (ZATTI), Milano, 2002.

FERRI, G.B.: “La persona nella vita associata”, en STANZIONE, P. (coord.): *Persona e comunità familiare*, Napoli, 1985.

FINOCCHIARO, F.: *Del matrimonio*, en *Comm. CC SCIALOJA – BRANCA*, Bologna, 1971.

FORTIS, A.: “Divorce (Conséquences)”, *Rep. Droit civil Dalloz*, 2011.

FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Milano, 1979.

GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 67 CC”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), t. II, arts. 22 a 107 del Código Civil, Madrid, 1982.

GIACOBBE, E.: “A. Trabucchi: un “profeta” inascoltato!”, *Dir. fam. pers.*, 2012.

GUITON, F.: “Les dommages et intérêts en réparation d’un préjudice résultant du divorce”, *Rec. Dalloz*, 1980.

JEMOLO, A.C.: “La famiglia e il diritto”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania*, 1948-1949.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Efectos del matrimonio”, en ID. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 1, 3ª ed., Barcelona, 1989.

LILLO, P.: “Aspetti giuridici e sociali della promessa di matrimonio”, *Dir. fam.*, 1990.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª T.: “Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador): *Daños en el Derecho de familia*, Cizur Menor, 2006.

MENGONI, L.: “La famiglia in una società complessa”, *Iustitia*, 1990.

MONTECCHIARI, T.: *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008.

MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.): *La responsabilidad civil en la relaciones familiares*, Madrid, 2012.

MORMILE, L., *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino, 2013.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1988.

NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, *Eur. dir. priv.*, 2008.

PALADINI, M.: *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione, profili di diritto civile, penale e comparato*, Padova, 2009.

PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, *Fam. pers. succ.*, 2011.

PARADISO, M., *I rapporti personali tra coniugi*, Sub Artt. 143-148, en *Cod. Civ. Comm.* (dir. por SCHLESINGER y BUSNELLI), 2ª ed., Milano, 2012.

PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984.

PERLINGIERI, P.: “Sui rapporti personali nella famiglia”, *Dir. fam. pers.*, 1979.

ID.: “Sulla famiglia come formazione sociale”, *Dir. giur.*, 1979.

ID. (coord.): *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982.

ID.: “I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare”, *Rass. dir. civ.*, 1982.

ID.: “Famiglia e diritti fondamentali della persona”, en ID.; *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005.

ID.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005.

ID.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006.

PETTA, C.: “Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità”, *Dir. fam. pers.*, 2012.

ID.: “Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare e sulla sua estensibilità all'interno della famiglia di fatto”, *Dir. fam. pers.*, 2015.

SESTA, M. (coord.): “Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione “arriva” in Cassazione”, en *Fam. dir.*, 2005.

ID.: *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008.

SILVANI, S.: “Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari”, en *Trattato di diritto di famiglia* (dir. ZATTI), I, 1, Milano, 2011.

STANZIONE, P. (coord.): *Persona e comunità familiare*, Napoli, 1985.

TATARANO, G.: “Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza”, *Riv. dir. civ.*, 1979.

VILLA, G.: “Gli effetti del matrimonio”, en *Il diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, I, en *Tratt.* (dir. BONILINI y CATTANEO), Torino, 1997.

VIRGADAMO, P.: “Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica”, *Dir. fam. pers.*, 2006.

VISINTINI, G.: *I fatti illeciti*, II, Padova, 1990.

ZACCARIA, A.: “Adulterio e risarcimento danni per violazione dell'obbligo di fedeltà”, *Fam. dir.*, 1997.

ZATTI, P.: “Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia”, en G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (coord.): *Famiglia e matrimonio*, en *Tratt. dir. fam.* (ZATTI), Milano, 2002, p. 22.

ID: “*Familia, familiae*. Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia”, *Familia*, 2002.