

R E V I S T A
IUSTIA



BOGOTÁ, ISSN: 1900-0448 - FACULTAD DE DERECHO - N° 36 - ENERO / JUNIO 2012



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho

REVISTA IUSTA

Nº 36

enero - junio

2012

IUSTA	Bogotá, D.C. Colombia	No. 36	pp. 1 - 170	Enero Junio	2012	ISSN 1900-0448
-------	--------------------------	--------	-------------	----------------	------	-------------------



Revista admitida en el Índice Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas –Publindex, en categoría C.
Dirigida a académicos y científicos en Ciencias Humanas Aplicadas

ISSN: 1900-0448

Hecho el depósito que establece la ley

© Derechos reservados
Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
2012

Corrección de estilo
Diana Marcela Jaime López

Universidad Santo Tomás
Departamento de Publicaciones
Carrera 13 No. 54-39
Teléfonos 235 19 75 - 255 42 01
<http://www.usta.edu.co>
editorial@usantotomas.edu.co
Bogotá, D.C., Colombia
2012

CONSEJO EDITORIAL

P. Carlos Mario Alzate Montes, O.P.
Rector General

P. Eduardo González Gil, O.P.
Vicerrector Académico General

P. Luis Francisco Sastoque Poveda, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero General

P. Érico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector General VUAD

Omar Parra Rozo
Director de la Unidad de Investigación

Fray Javier Antonio Hincapié Ardila, O.P.
Director Departamento de Publicaciones

María Paula Godoy Casasbuenas
Editora

COMITÉ EDITORIAL FACULTAD DE DERECHO

P. Vicente Becerra Reyes, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho y Filosofía

Álvaro Echeverri Uruburu
Decano Facultad de Derecho

Mario Federico Pinedo Méndez
Secretario de División de Filosofía y Derecho

Elisa Urbina Sánchez
Directora Centro de Investigaciones Sociojurídicas Francisco de Vitoria

Luis Alfonso Fajardo Sánchez
Representante de los profesores

Jorge Enrique Carvajal Martínez
Coordinador de Publicaciones Facultad de Derecho

COMITÉ EDITORIAL DE LA REVISTA

Álvaro Echeverri Uruburu
Decano de la Facultad de Derecho

María Cristina Patiño
Doctora en Derecho Procesal - Docente Universidad Santo Tomás

Elisa Urbina Sánchez
Magíster en Economía y en Derecho Público - Docente Universidad Santo Tomás

Jorge Enrique Carvajal Martínez

Doctor en Sociología Jurídica - Docente Universidad Santo Tomás

Germán Burgos Silva

Doctor en Derecho - Docente Universidad Nacional

Gustavo Quintero

Doctor en Derecho - Docente Universidad de los Andes

Jorge Enrique Ibáñez Nájara

Magíster en Derecho Económico - Docente Universidad Javeriana

Olenka Wolkof Oxage

Doctora en Derecho Privado - Docente Politécnico Gran Colombiano

EDITOR DE LA REVISTA

Jorge Enrique Carvajal Martínez

COMITÉ CIENTÍFICO**Hartmut Maurer**

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

Martin Ibler

Profesor de la Universidad de Konstanz, Alemania

Dieter Lorenz

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

Lorenzo Conlito Hueso

Profesor de la Universitat de València, España

Jean de Bols de Gaudusson

Profesor de la Universidad de Montesquieu, Bondeaux IV, Francia

PARES ACADÉMICOS PARA EL PRESENTE NÚMERO**José Manuel Gual**

Doctor en Derecho Privado
Docente Universidad Santo Tomás

Juan Carlos Villalba Cuellar

Magíster en derecho francés, europeo e internacional de
negocios. Universidad Militar

Olenka Wolcott

Doctora en Derecho Privado
Docente Politécnico Gran Colombiano

Misael Tirado

Doctor en Sociología Jurídica. Profesor Universidad Militar

Mónica Fernández

Doctora en Derecho Privado
Docente Politécnico Gran Colombiano

Vilma Moreno

Doctora en derecho
Profesor Universidad Santo Tomás

Jorge Oviedo Albán

Candidato a Doctor en Derecho, Magíster en Derecho
Profesor de la Universidad de la Sabana

Andrés Abel Rodríguez

Candidato a Doctor
Magíster en derecho
Profesor Universidad Nacional

Contenido

Editorial.....	9
ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN	
Aportes de la tradición jurídica anglosajona al derecho de contratos de tendencia global	15
<i>Joaquín Acosta</i>	
Hacia la inclusión de lo ambiental dentro del concepto de sostenibilidad democrática propuesto en el informe “Nuestra Democracia” de la OEA y el PNUD	39
<i>Álvaro José Arango Restrepo, O.P.</i> <i>Juan Pablo Romero Correa, O.P</i>	
Mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010	49
<i>Jorge Oviedo Albán</i>	
Marco constitucional y víctimas del conflicto armado: los retos de la justicia transicional y la dogmática de los derechos	61
<i>Jheison Torres Ávila</i>	
ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN	
Las Operaciones de Mercado Abierto (OMA): instrumento eficaz para el control de la base monetaria. Trasegar histórico y pertinencia actual	83
<i>Ómar Alfonso Ochoa Maldonado</i>	
Tendencias contemporáneas en la teoría general de la prueba	107
<i>Rodrigo Vargas Ávila</i>	

La responsabilidad civil en la familia: ¿hacia los daños punitivos?*

Liability in the Family: Towards Punitive Damages?

Fecha de recepción: 3 de octubre de 2011

Fecha de Evaluación: 29 de octubre de 2011

Fecha de Aprobación: 8 de noviembre de 2011

MAURO PALADINI**

RESUMEN

Luego del reconocimiento jurisprudencial del ilícito endofamiliar surge el problema de la cualificación del daño resarcible. Con la introducción del nuevo artículo 709-ter del Código de Procedimiento Civil, el legislador italiano previó un caso que, según algunas interpretaciones, representa una hipótesis de *punitive damages*.

Sin embargo, la Corte de Casación italiana recientemente negó que los daños punitivos fueran admisibles en aquel ordenamiento. Pero, precisamente, la materia de la responsabilidad civil en la familia parecería el terreno fértil sobre el cual meditar, de *iure condendo*, respecto a la inclusión de una cláusula general de daño punitivo para reprimir aquellas conductas caracterizadas por la mala fe, la deslealtad consciente y el incumplimiento intencional de las obligaciones propias de los cónyuges y de los padres en la crianza de sus hijos.

Palabras clave: responsabilidad civil, familia, daño.

* El presente artículo de reflexión reproduce, con una gran recopilación de notas, la intervención realizada en la conferencia "La responsabilidad en las relaciones familiares", organizada por el Osservatorio Nazionale sobre derecho de familia, realizado en Grosseto los días 15 y 16 de junio de 2007. Traducción a cargo de María Carolina Corclone Morales, abogada de la Universidad Externado de Colombia, con estudios de Maestría en Sistema Jurídico Romanista, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración de la Università degli studi di Roma (Tor Vergata); profesora del Politécnico Granacolombiano

** Profesor asociado de Derecho Privado de la Universidad de Brescia (Italia). Doctor en Derecho Privado de la Escuela Superior de Estudios Sant'Anna (Pisa).

ABSTRACT

After of the illicit endofamiliar jurisprudential recognition, the problem arises from the qualification of recoverable damage. The Italian legislature, with the introduction of the new Article 709-ter of the Civil Procedure Code, provided for a case that, according to some interpretations, represents a hypothesis of punitive damages.

However, the Italian Court of Appeals recently denied that 'punitive damages' to be admissible in that order. But just the matter of civil liability in the family, it would seem fertile ground on which to meditate, de jure condendo, the inclusion of a general clause of punitive damages to punish those behaviors characterized by bad faith, disloyalty conscious intentional breach of the obligations of the spouses and parents in raising their children.

Keywords: civil responsibility, family, damage

LA EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE DAÑO Y LA ADMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA FAMILIA

El binomio familia-responsabilidad puede ser considerado un avance interpretativo y sistemático relativamente reciente en la jurisprudencia italiana, la cual solo desde hace algunos años parece haberse emancipado de la idea según la cual las relaciones familiares –en particular las conductas puestas en marcha por la violación de las obligaciones entre cónyuges y padres en la crianza de sus hijos– podían quedar inmunes a valoraciones jurídicas surtidas en el plano de la "injusticia" del daño, como también en la necesidad de garantizar el adecuado restablecimiento de los perjuicios a la personalidad sufridos por cada uno de los componentes de la familia¹.

El temor de admitir las reglas de la responsabilidad y resarcimiento en el interior de la familia se ha disuelto frente a la consideración, si se quiere banal, según la cual estas son la mejor forma de asegurar una tutela efectiva sobre los sujetos débiles en el ámbito de una comunidad familiar, que hoy debe entenderse desintegrada y maltrecha en aquella comunión de intenciones y afectos que en precedencia era su propio fundamento. Tal temor se fundaba en la creencia según la cual las reglas de responsabilidad y resarcimiento introducirían el germen de las peleas y la disgregación en una institución que estaba concebida como una

con notas de Sesta y Faci) expresamente avala el empleo de los remedios resarcitorios en el ámbito familiar, y pone en evidencia la compleja evolución jurisprudencial que desde la entrada en vigor de la reforma en materia de derecho de Familia ha tendido a excluir progresivamente que en materia de separación personal de los cónyuges, la imputación propia de la separación prohíba recurrir a la acción ordinaria de daño prevista en el artículo 2043 del Código Civil.

Este cambio jurisprudencial había sido previsto por doctrinantes reconocidos, quienes habían señalado: "questa tendenza si inserisce nell'evoluzione propria al diritto della responsabilità civile, che rompe i limiti tradizionali di tutela dei soli diritti soggettivi assoluti e considera la posizione di diritto, che un soggetto ha in un rapporto giuridico con altri determinati soggetti, como un 'bene' che in certi casi merita protezione erga omnes" (Zatti (2002). *Introduzione al trattato di diritto di famiglia*. Milano, p. 31). Sobre la valoración de los derechos individuales de los cónyuges en el ámbito de la familia, véase: Sesta (2005). *Diritto di famiglia*. Padova, p. 30.

¹ Sobre el tema de la relación entre familia y responsabilidad civil se encuentran numerosas contribuciones que se produjeron luego de la importante monografía de S. Patti: *Famiglia e responsabilità civile* (1984). Así, confróntese: Morozzo Della Rocca (1988). *Violazione dei doveri Coniugali: Immunità o responsabilità?* *Rivista Critica del Diritto Privado*, p. 605 y ss.; Ferrando (2003). *Rapporti familiari e responsabilità civile*. En *Persona e Danno*. Milano, p. 2779 y ss.; Riccio (2005). *Famiglia e responsabilità civile*. En Autorino Stanzone. *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*. Torino, pp. 385-412.

En materia jurisprudencial, la sentencia de la Corte de Casación del 10 de mayo de 2005, núm. 9801 (en *Fam.dir.*, 2005, p. 265,

comunidad caracterizada originariamente por su indisolubilidad (incluso después de la admisión del divorcio), por su estabilidad y por el compromiso recíproco de fidelidad y convivencia.

Así las cosas, no es la responsabilidad civil la que constituye el *vulnus* para la estabilidad de la familia, sino que es la misma crisis por la que atraviesa esta institución la que clama por la creación de reglas e instrumentos de tutela más flexibles y adecuados, diferentes de aquellos remedios tradicionales propios de la disciplina sectorial del derecho de familia, como son los que existen en materia de separación, de divorcio y de anulación del matrimonio.

Sin embargo, es necesario cuestionarse acerca de cuánto ha contribuido al acercamiento entre familia y responsabilidad la turbulenta y, en algunas ocasiones, imprevisible evolución de la noción de daño, de sus componentes, sus definiciones y métodos de liquidación, de la cual hemos sido testigos, con cierta complacencia profesional y científica, desde hace más de treinta años.

No era fácil vislumbrar despuntes de la responsabilidad civil en el ámbito de la familia en el contexto cultural y jurídico que manejaba el Tribunal de Florencia², en donde, por ejemplo, solo cuarenta años atrás se negaba la indemnización del daño a la salud de una persona anciana con la motivación según la cual "pueden existir hombres sin valor alguno", en cuanto son "totalmente ineptos para ejercer cualquier ocupación rentable".

El reconocimiento del daño a la persona, como figura del todo distinta del daño patrimonial, constituye sin duda alguna la premisa ineludible del atareado camino que condujo finalmente a que la Corte de Casación afirmara en el 2005³ que la dignidad de los cónyuges es un derecho inviolable,

cuya lesión por parte de cualquier componente de la familia constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil.

Pero no se puede olvidar que en un fase en que la evolución a lo que nos hemos referido tomaba impulso con los tenaces estímulos de la doctrina, la Corte de Casación ya había entrevisto ciertos desarrollos en el ámbito familiar, llegando a aprobar con la Sentencia No. 2468 de 1975 –aun empleando las categorías dogmáticas tradicionales– que el adulterio, considerado como una causa de descrédito para el otro cónyuge, podía ser entendido como una fuente de daño resarcible de carácter patrimonial.

Tímidos intentos de convergencia entre familia y responsabilidad se pueden evidenciar, de igual forma, en el ámbito de la reforma de 1975, que además de la significativa y siempre actual figura de la responsabilidad por ruptura de la promesa de matrimonio, introdujo el artículo 129-*bis*, que en el caso de la anulación del matrimonio reconocía el derecho del cónyuge de buena fe a percibir una indemnización congrua a cargo del otro cónyuge o del tercero a quien se le pudiera imputar la nulidad del matrimonio. Esta indemnización debía comprender una suma que no podía ser inferior al valor de la manutención por tres años y debía ser reconocida con independencia de la prueba del daño efectivamente sufrido por el cónyuge que obró de buena fe.

Sin embargo, estos primarios pero significativos esfuerzos legislativos y jurisprudenciales parecieron reprimirse en la década de los ochenta, época dominada por la llamada concepción 'tripartite' del daño a la persona, que incluso desde la notable perspectiva de la Corte Constitucional con la famosa Sentencia No. 184/1986⁴ relegaba el daño no patrimonial al mero daño moral subjetivo (por

2 Tribunal de Florencia, enero 5 de 1967, en Archivio della responsabilità civile, 1969, 1.

3 Casación Civil, mayo 10 de 2005, núm. 9801.

4 Corte Constitucional, 14 de Julio de 1986, núm. 184. En *Foro It.* 1986, I, 2053, con nota de G. Ponzanelli.

ejemplo, la injusta perturbación del estado de ánimo del sujeto ofendido, la turbación psicológica pasajera de la víctima, etc.). Este daño moral subjetivo se constituyó como figura auxiliar y subordinada del daño biológico, sin el cual no se habría podido configurar, sobre todo a la luz de la poco cuestionada dicotomía del "daño-evento" y del "daño-consecuencia"; dicotomía que solo hasta el año 2002 fue catalogada finalmente por las Secciones Unidas de la Corte de Casación⁵ como una "mera superestructura teórica" carente de cualquier fundamento jurídico.

La concepción restrictiva del daño no patrimonial había consentido, por un lado, que el daño biológico fuera reconocido y afirmado a través de la "puerta normativa principal" del artículo 2043 del Código Civil italiano (sustrayéndolo así de las *Horcas Caudinas*⁶ de la reserva de ley del artículo 2059); por otra parte pareciera haber comprendido la tutela de valores personales diferentes a la salud, planteando, a su vez, complejos interrogantes acerca de los instrumentos que se debían emplear para tutelar y restablecer la dignidad, el honor y la libertad de la persona.

En el inicio de la década de los noventa, la jurisprudencia comienza a confirmar el resarcimiento *iure proprio* de los daños sufridos por los parientes cercanos, respecto a las relaciones externas entre la familia y los terceros autores de actos ilícitos. En esa década, en el ámbito de las relaciones internas de los cónyuges en sede de separación personal, se reitera que la tutela resarcitoria del artículo 2043 del Código Civil italiano no puede ser invocada por la falta de un daño injusto, que presupone la lesión

de una posición subjetiva activa tutelada como derecho perfecto; mientras que la imputación que se puede hacer a un cónyuge en virtud de la separación comprende solo los efectos previstos por la ley, pero no se traduce en la violación de un derecho del otro cónyuge⁷.

La Corte Suprema italiana⁸ afirmó que la separación personal constituye un derecho que se puede encuadrar dentro de aquellos que garantizan la libertad de la persona (es decir, un bien de altísima relevancia constitucional). Por tanto, una vez el legislador especifique analíticamente las consecuencias en la disciplina del derecho del familia, esto es, en su propia sede, debe excluirse –en virtud del principio según el cual "*inclusio unius, exclusio alterius*"– que a tales consecuencias se puedan adicionar aquellas que son propias de la responsabilidad aquiliana prevista en el artículo 2043 del Código Civil.

LA PROBLEMÁTICA DEL DAÑO EXISTENCIAL Y LAS CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

Como es conocido, en estos mismos años la doctrina se concentró y se dividió frente a las modalidades e instrumentos para ampliar las tutelas resarcitorias de la persona. Si de un lado algunos⁹

5 Secciones Unidas, Civ., 21 de febrero de 2002, núm. 2515. *Rivista Mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione, Responsabilità Civile e Previdenza*, 2002, 726, con nota de D. Feola.

6 La expresión "Horca Caudina" hace referencia a un terreno geográficamente accidentado (desfiladero) ubicado en la provincia de Benevento en Italia. Es un lugar conocido históricamente por haber sido la locación de la batalla con el mismo nombre entre el ejército romano y el ejército samnita en el marco de la Segunda Guerra Samnita (321 a. de C.) (Nota del Traductor).

7 Casación Civil, 22 de marzo de 1993, núm. 3367.

8 Casación Civil, 6 de abril de 1993, núm. 4108. Sobre las relaciones entre comportamiento de los cónyuges contrarios a los deberes que derivan del matrimonio, las cargas y la responsabilidad, véase: Calogero (enero de 2003-junio de 2006). *Tratt. Dir. Famiglia. En Zatti. Aggiornamenti*. En sentido crítico, frente a la posibilidad de acudir en estos casos a los remedios resarcitorios, confróntese: Zaccaria (1997). *Adulterio y resarcimiento de los daños por la violación a la obligación de fidelidad. Fam. dir.* p. 463 y ss.

9 En la extensa literatura de la escuela triestina, véase: Cendon (1994). *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Milán; Cendon (1998). *Non di sola salute vive l'uomo*. En *Studi in onore di Pietro Rescigno V. Responsabilità civile e tutela dei diritti*. Milán, pp. 137-152; Cendon (2000). *Il danno esistenziale*. Milán, pp. 5-23; Ziviz (1999). *La tutela risarcitoria de la persona. Danno morale e danno esistenziale*. Milán. Sobre el tema específico del daño existencial en las relaciones familiares, confróntese: Cendon y Sebastio (2002). *Lei, lui e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi. Rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazioni Responsabilità Civile e Previdenza*, pp. 1257-1310.

propusieron una nueva estructura "cuadripartita" de la tutela de la persona que incluyese al lado del daño patrimonial, biológico y moral la nueva categoría del denominado daño existencial, también por otra parte¹⁰ algunos recalcaron sobre la necesidad de hacer una relectura "constitucionalmente orientada" del artículo 2059 del Código Civil. Dicha relectura tendría que estar en grado de sustituir la estrecha noción de "daño moral subjetivo" por un concepto más amplio del daño no patrimonial, que llegara a comprender el resarcimiento de las lesiones relevantes de los derechos de las personas.

Es así como dentro del derecho de familia se presencian las primeras aperturas jurisprudenciales frente al tema de la compatibilidad entre separación y resarcimiento. Ello, con la anuencia respecto al argumento según el cual la imputación que se puede hacer a un cónyuge en virtud de la separación no es fuente de responsabilidad extracontractual, según el artículo 2043 del Código Civil. El resarcimiento de daños ulteriores se puede configurar si los hechos que dan lugar a la imputación integran los extremos del ilícito descrito en la cláusula general de responsabilidad comprendida en la norma citada¹¹.

Así las cosas, es precisamente en materia de relaciones familiares en donde se celebra la primera victoria presunta del daño existencial, en medio de la lucha entre "existencialistas" y "antiexistencialistas"; lucha que incluso hoy alterna victorias entre ambos bandos, con integrantes igualmente comprometidos con la causa, entre los que se encuentran no solo respetables autores, sino los mismos consejeros de las múltiples secciones de la Corte Suprema.

Justamente, el derecho a la indemnización del denominado daño existencial fue reconocido en un caso de violación de las obligaciones de carácter familiar, como consecuencia de la conducta del padre (reconocido judicialmente como tal), quien durante años, obstinadamente, se rehusó a proporcionarle a su hijo los medios de subsistencia¹². La Corte afirmó que las lesiones de los derechos con relevancia constitucional debían someterse a la sanción resarcitoria por el hecho en sí de la lesión (daño-evento), independientemente de las eventuales consecuencias patrimoniales que la misma lesión pueda generar (daño-consecuencia). Lo anterior, dado que al artículo 2043 del Código Civil, en consonancia con el artículo 2 y ss. de la Constitución, abarcaba no solo los daños patrimoniales en sentido estricto, sino todos los daños que al menos potencialmente obstaculizaran las actividades que permitieran la realización de la persona.

Un momento de racional síntesis de la contraposición existente respecto al concepto de daño no patrimonial se dio, como es sabido, cuando se profirieron las sentencias "gemelas" del 31 de mayo de 2003 (Sentencias núms. 8827 y 8828¹³),

12 Casación Civil, 7 de junio de 2000, núm. 7713.

13 Casación Civil, 31 de mayo de 2003, núms. 8827 y 8828, en *Danno resp.* (2003), con notas de Busnelli y Ponzanelli. Estos pronunciamientos de la Corte Suprema han sido objeto de múltiples y contrapuestas interpretaciones doctrinales en pro y en contra del reconocimiento del daño existencial. En el primer sentido, véase: Cendon (2003). *Anche se gli amanti si perdono, l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass, núm. 8828/2003. Rivista Mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione Responsabilità Civile e Previdenza*, p. 685; Cendon y Ziviz (2003). *Vincitori e vinti (dopo la sentenza núm 233/2003 della Corte Costituzionale)*. En *Diritto form*, pp. 1177-1189. En sentido contrario, véase: Ponzanelli (2003). *Critica del danno esistenziale*. Padua; Navarretta (2004). *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*. Milán. Inmediatamente después de que la Corte Suprema acogió la noción extensiva del "daño no patrimonial", los jueces de Legitimidad se dividieron en tres ordenamientos. Según algunos pronunciamientos, la "tipicidad del daño no patrimonial" impedía el reconocimiento de una figura abstracta de daño existencial, en la cual confluirían situaciones no previstas por la disposición contenida en el artículo 2059 del Código Civil (Casación Civil, 5 de julio de 2005, núm. 15022; Casación Civil, 9 de noviembre de 2006, núm. 23918). Otros pronunciamientos planteaban que los aspectos dinámico-relacionales de la vida de la víctima constituirían una "dimensión"

10 Busnelli (1996). *Interessi della persona e risarcimento del danno. Riv. trim. dir. proc. civ.*, pp. 1-25; Navarretta (1996). *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*. Turín; 1996; Ponzanelli (2003). *Limiti del danno esistenziale*. En *Il danno esistenziale*, pp. 799-804; Ponzanelli (2000). *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*. En *Danno resp.*, pp. 693-695.

11 Casación Civil, 26 de mayo de 1995, núm. 5866.

que a causa de su capacidad de persuasión frente a los pronunciamientos jurisprudenciales sucesivos y por la progresiva adhesión de la jurisprudencia de mérito son consideradas como pronunciamientos de una autoridad superior en relación con muchas de las sentencias de las Secciones Unidas de la Corte de Casación.

Rechazada la equiparación entre daño no patrimonial y "daño moral transitorio", la Corte Suprema afirmó que el daño no patrimonial debe ser entendido como una categoría amplia, inclusiva de cada hipótesis en que se haya lesionado un valor inherente a la persona. El reenvío del artículo 2059 del Código Civil a los casos en que la ley admite la reparación del daño no patrimonial bien puede referirse también, después de la entrada en vigor de la Constitución, a las previsiones de la ley fundamental, si se tiene en cuenta que implícita y necesariamente exige una tutela el reconocimiento en la Constitución de los derechos inviolables inherentes a la persona, los cuales no tienen naturaleza económica. De tal modo, se configura un caso determinado por la ley de más alto nivel, en donde se presenta la reparación de un daño no patrimonial.

Desdibujado definitivamente el límite de la reserva de ley ordinaria, contenido en el artículo 2059 del Código Civil, la jurisprudencia no encontró ningún obstáculo para proceder al resarcimiento del daño consiguiente a la lesión de los derechos fundamentales de la persona y tampoco excluyó que tales lesiones pudieran consumarse en el interior de la familia.

El importante pronunciamiento del 2005 se adhiere a la línea interpretativa abierta por las sentencias

"gemelas" del 2003, de las cuales reconoce expresamente su *auctoritas*. Teniendo en cuenta lo anterior, colige que el respeto por la dignidad y personalidad de cada componente del núcleo familiar asume la connotación de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente constituye el presupuesto básico de la responsabilidad civil. De ahí que no puede ser obstáculo a la solicitud de indemnización el hecho de que el cónyuge emplee contemporáneamente el remedio de la separación o del divorcio. De hecho, la situación objetiva que atribuya el derecho a solicitar la separación o el divorcio bien puede entrar a integrar los extremos del ilícito civil, siempre que la conducta del cónyuge, por su gravedad intrínseca, se erija como una agresión a los derechos fundamentales de la persona¹⁴.

El viro de la jurisprudencia en el 2003 encuentra así su pleno desarrollo lógico en el interior de la comunidad familiar, expresamente definida como "el lugar de encuentro y de vida común de sus miembros, entre los cuales se establecen relaciones de afecto y de solidaridad recíprocas".

Sin embargo, a distancia de pocos años, algunos discutibles precedentes de mérito se destacan por la irracional limitación a la tutela de los derechos y las expectativas afectivas de los miembros de la familia:

1. El Tribunal de Savona el 5 de diciembre de 2002¹⁵ rechazó la solicitud de indemnización del daño presentada por la esposa, cuyo marido le negó la alegría de la maternidad durante el matrimonio. Esta mujer, luego de transcurridos diez años desde la boda, se enteró de que su marido, fruto de las relaciones con otra mujer, estaba a punto de ser padre de una criatura.

del daño biológico, tal como es definido por los nuevos artículos 138-139 del Cod.Ass (Casación Civil, 18 de noviembre de 2005, núm. 24451). De acuerdo con el tercera posición, el daño existencia representa una forma autónoma de daño no patrimonial, diferente del daño biológico y del daño moral, del cual se distinguiría especialmente en materia de carga de la prueba (Casación Civil, 4 de octubre 4 de 2005, núm. 19354; Sez.Un.Civ., 24 de marzo de 2006, núm. 6572).

14 Particularmente, contra la configuración del daño existencial en las relaciones endofamiliares puede consultarse: Cacace (2003). Il danno esistenziale: la moglie abbandonata e un Natale in aeroporto. En *Critica del danno esistenziale*. Padua.

15 En *Fam.dir*, 2003, p. 248

Según el Tribunal de Savona, frente a la negativa del marido de tener hijos, la mujer habría podido terminar desde mucho antes la relación matrimonial.

2. El Tribunal de Milán el 19 de febrero de 1999¹⁶ reconoció en abstracto el derecho al resarcimiento del daño por violaciones a los deberes familiares, pero negó en concreto este derecho a la esposa, quien omitió solicitar la separación aun habiendo demostrado la imposibilidad del marido de llevar una vida matrimonial normal desde el punto de vista sexual. La mujer alegó que durante treinta años de matrimonio solo consumaron la relación de manera incompleta en cuatro oportunidades.

Precisamente el derecho a la sexualidad ha sido objeto de una decisión reciente de la Corte de Casación¹⁷, que trayendo a colación lo dicho por la Corte Constitucional el 18 de diciembre de 1987, núm. 561¹⁸, reiteró que dicho derecho se encuentra ubicado dentro de los derechos inviolables de la persona (artículo 2 Cost.) como *modus vivendi* esencial para su expresión y desarrollo.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA FAMILIA Y LA PERSPECTIVA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

La "parábola" de la responsabilidad civil¹⁹, sin embargo, no está destinada a detenerse con la celebración del "final feliz" del 2005. Por el contrario, el debate entre los estudiosos se reavivó ante la oscura previsión del artículo 709-ter del Código de Procedimiento Civil, el cual, como se sabe, prevé una gama de consecuencias a cargo del padre que sea declarado culpable de "graves incumplimientos o de actos que provoquen perjuicios al menor

o que obstaculicen el correcto desenvolvimiento de la modalidad de la custodia²⁰".

Esta norma es traída al debate en un panorama doctrinal que centra su discusión en el controvertido argumento de la admisión de los denominados "daños punitivos" en el ordenamiento italiano²¹.

Como es conocido, el rol tradicional de la responsabilidad civil es restaurar la esfera patrimonial del sujeto que ha sufrido la lesión, mediante el pago de una suma de dinero que tienda a eliminar las consecuencias del daño ocasionado.

Diferente resulta la *ratio* de los *punitive damages*, que, admitidos y previstos en los ordenamientos pertenecientes al *Common Law*, están diseñados para sancionar con la imposición de una especie de castigo económico privado a aquel que sea declarado culpable de comportamientos maliciosos que causen detrimento a otros miembros de la comunidad²².

En los *punitive damages* subyacen las finalidades de *deterrence* y *punishment*, que tienen como sustrato que la sanción sea masivamente conocida y ejemplificante. Así las cosas, estas funciones tienen como propósitos:

1. Perseguir una finalidad pedagógica, tentando de alejar tanto al culpable como a la sociedad

20 Una reciente reflexión sobre este argumento, aun a la luz de la custodia compartida, puede verse en Ferrando (2007). *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l.*, núm 54/2006. En *Fam.pers.succ.*, 590 y ss. Acerca de la Incidencia del nuevo artículo 709-terc del Código de Procedimiento Penal en el tema de la responsabilidad civil en la familia, véase: D'Angelo (2006). *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.* En *Famiglia*, pp. 1031-1051.

21 Para un encuadramiento amplio de la problemática, confróntese: Patti y Busnelli (2003). *Danno e responsabilità civile*. 2ª ed. Turín, pp. 235-259. El tema ya se estudiaba en la doctrina desde la década de los ochenta. Al respecto, ver en particular: Busnelli y Scalfi (1985). *Le pene private*. Milán, 1985.

22 Sobre este tema se indica la reciente y apreciada intervención de Calabresi (2007, 25 de mayo). *La complessità della responsabilità civile: il caso dei Punitive Damages*. Pisa. Esta intervención fue realizada en las *Lezioni Pisane di Diritto Civile, Scuola Superiore "Sant'Anna"*.

16 En *Dir.fam.pers.*, 2001, p. 988.

17 Casación Civil, 2 de febrero de 2007, núm. 2311.

18 En *Foro It.*, 1989, p. 2113.

19 Esta expresión corresponde al título del famoso ensayo de Busnelli (1988), en *Riv.crit.civ.priv.* p. 660 y ss.

de comportamientos socialmente dañinos, cuando la amenaza del solo resarcimiento no pueda constituir un válido disuasivo.

2. Incentivar a la parte lesionada, atribuyéndole un *quid pluris* respecto del resarcimiento, a afirmar su propio derecho a través de una especie de subrogación de la potestad pública, que evite, al mismo tiempo, fenómenos de justicia privada o venganzas no autorizadas.

En este sentido, la nueva disposición del artículo 709-ter es leída como una inspiración de lógica punitiva por un sector de los intérpretes, quienes consienten en la elusión de los rígidos criterios de alegación y prueba del daño, en caso de violación de las medidas de custodia o de reglamentación del ejercicio de la potestad.

Dada por descontada la naturaleza puramente sancionatoria de las medidas previstas en los numerales 1 y 4 (amonestación del padre incumplido, condena al padre que incumple con el pago de la sanción administrativa pecuniaria, a favor de la caja de las multas), se discute si el resarcimiento de los daños establecidos en los numerales 2 y 3 tiene como fin el restablecimiento de una efectiva lesión del derecho a la intangibilidad de la relación entre padre e hijo o, por el contrario, si tal resarcimiento presenta la misma naturaleza sancionatoria de las otras medidas, por lo que podría considerarse como una manifestación del daño punitivo.

En realidad, si el legislador hubiera pretendido privilegiar la connotación sancionatoria, no se comprendería la razón por la cual diferenció el resarcimiento frente al menor del resarcimiento frente al otro padre, puesto que la sanción se hubiera debido aceptar de manera más plausible siempre en las relaciones internas y atinentes a los padres.

La expresa diversificación entre daño del menor y daño del padre dejaría presumir, por lo tanto,

que el legislador atribuyó al sujeto, cuya esfera jurídica resultara concretamente lesionada por el comportamiento perjudicial o de incumplimiento, el derecho al resarcimiento por el daño sufrido, en perfecta conformidad con las reglas de la responsabilidad civil, tal y como fueron interpretadas y aplicadas por la jurisprudencia del 2003 y 2005.

Recientemente fue llamada a cobrar ejecutoria en Italia una sentencia de la Corte Distrital del Condado de Jefferson en los Estados Unidos, decisión en donde se había condenado a una empresa productora de cascos a pagar la suma de un millón de dólares a favor de la madre de un joven que falleció debido a un defecto de proyección y construcción de la hebilla del casco que portaba en el momento del accidente. La Corte de Casación italiana²³ rechazó la solicitud de *exequátur* por considerar que la decisión contrariaba el orden público (artículo 797 No. 7 del Código de Procedimiento Penal), afirmando que la condena consistía en una verdadera sanción impuesta con una finalidad aflictiva y disuasiva, ajena a los principios resarcitorios e indemnizatorios propios del ordenamiento italiano.

La parte recurrente que apoyaba la solicitud de *exequátur* afirmaba que dentro del ordenamiento del derecho civil italiano ya existían instituciones de naturaleza y finalidad sancionatoria y aflictiva, tales como la cláusula penal y el resarcimiento del daño moral o no patrimonial.

Sin embargo, tales afirmaciones fueron refutadas por la Corte Suprema, que frente a la cláusula penal subrayó la relevancia sistemática del artículo 1384 del Código Civil, que con la previsión de la reducción equitativa discrecional por parte del juez, evita que el monto fijado configure un abuso o un desconocimiento de la autonomía privada, además de determinados límites del equilibrio contractual.

²³ Casación Civil, 19 de enero de 2007, núm. 1183. *Rivista Mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione Responsabilità Civile e Previdenza*, p. 1890..

Adicionalmente, en cuanto al daño moral –o en general el daño no patrimonial–, la Corte Suprema reiteró que el énfasis debía hacerse en la esfera de la víctima y no del victimario. La finalidad perseguida con el resarcimiento del daño moral es reintegrar la lesión, mientras que en el caso de los *punitive damages* no hay correspondencia alguna entre el monto del resarcimiento y el daño efectivamente sufrido.

Se trata de una conclusión quizás coherente con la situación de la legislación vigente, pero que no deja de generar perplejidades frente al caso del ilícito endofamiliar.

La experiencia comúnmente indica que en el ámbito familiar los instrumentos de derecho penal se muestran poco eficaces. Las querellas entre cónyuges, frecuentemente recíprocas, actúan de manera instrumental a la controversia de separación propia del derecho civil. Aun en el caso desafortunado en el cual la diligente obra de los abogados no logre el arreglo consensual y la consiguiente atribución y aceptación, se abrirá inexorablemente paso al largo camino que, de un armario a otro, conducirá al resultado natural de la prescripción.

Es precisamente el sector del derecho de familia el terreno fértil en el que parecería propicio meditar, de *iure condendo*, acerca de la inclusión de una cláusula general en materias conexas a la crisis de la familia, respecto a la incorporación del daño punitivo para reprimir conductas caracterizadas por la mala fe, la deslealtad consciente y el incumplimiento intencional de las obligaciones conyugales y aquellas propias de los padres en la crianza de sus hijos.

En esta dirección se están orientando los ordenamientos de análoga tradición romanista, como el ordenamiento francés, que en el *Avant Projet de Réform du Droit des Obligations* prevé con el

nuevo artículo 1371 del Código Civil²⁴ la facultad que tiene el juez de destinar parte de la suma impuesta al autor del ilícito doloso, a favor del tesoro público.

La previsión del daño punitivo para el ilícito endofamiliar permitiría desenredar, al menos en parte, la irresoluble *rebus* de la liquidación equitativa del daño sufrido por el miembro de la familia cuyos derechos fundamentales han sido violados; situación que a menudo, incluso en decisiones actuales, disimula comprensiblemente los intentos sancionatorios de los jueces frente a la violación de las obligaciones de lealtad, fidelidad y respeto²⁵.

REFERENCIAS

Doctrina

Busnelli, F.D. (1996). Interessi della persona e risarcimento del danno. *Riv.trim.dir.proc.civ. Riv. trim. dir. proc. Civ.*, pp. 1-25.

Busnelli, F.D. y Scalfi (1985). *Le pene private*. Milán: Editore Milano.

Cacace, S. (2003). Il danno esistenziale: la moglie abbandonata e un Natale in aeroporto. En Ponzanelli, G. *Critica del danno esistenziale*. Padua.

Calabresi, G. (2007, 25 de mayo). *La complessità della responsabilità civile: il caso dei Punitive Damages*. Pisa, Scuola Superiore "Sant'Anna".

24 "L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à de dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables, en Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice".

25 Sobre el delicado aspecto de la cuantificación del daño proveniente del ilícito endofamiliar, véase: Favilli (2004). *I danni da illecito endofamiliare*. En Navarreta. *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*. Milán.

Calogero, M. (2003, enero-2006, junio). Tratt. Dir. Famiglia. En Zatti (Dir.). *Aggiornamenti*.

Cendon, P. (1994). *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Milán.

Cendon, P. (1998). Non di sola salute vive l'uomo. En *Studi in onore di Pietro Rescigno V. Responsabilità civile e tutela dei diritti*. Milán.

Cendon, P. (2000). *Il danno esistenziale*. Milán.

Cendon, P. (2003). Anche se gli amanti si perdono, l'amore non si perderá. Impressioni di lettura su Cass. N.8828/2003. *Rivista Mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione Responsabilità Civile e Previdenza*.

Cendon, P. y Sebastio, G. (2002). Lei, lui e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi. *Rivista Mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione Responsabilità Civile e Previdenza*, pp. 1257-1310.

Cendon, P. y Ziviz, P. (2003). Vincitori e vinti (dopo la sentenza n.233/2003 della Corte Costituzionale). En *Diritto form*, pp. 1177-1189.

D'Angelo, A. (2006). Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c. En *Familia*, pp. 1031-1051.

Favilli, C. (2004). I danni da illecito endofamiliare. En Navarreta, E. *I danni non patrimoniali-Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*. Milán.

Ferrando, G. (2003). Rapporti familiari e responsabilità civile. En Cendon, P. *Persona e Danno III*. Milán.

Ferrando, G. (2007). Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l., núm. 54/2006. *Fam.pers. succ.*, p. 590 y ss.

Morozzo Della Rocca (1988). Violazione dei doveri coniugali:immunità o responsabilità? *Riv. Crit. Dir. Priv.*, p. 605 y ss.

Navarreta, E. (1996). *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*. Turín.

Navarreta, E. (2004). *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*. Milán.

Patti, S. y Busnelli, F.D. (2003). *Danno e responsabilità civile*. Turín.

Ponzanelli, G. (2000a). Limiti del danno esistenziale. En *Il danno esistenziale*, pp. 799-804.

Ponzanelli, G. (2000b). Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale. *Danno resp.*, pp. 693-695.

Ponzanelli, G. (2003). *Critica del danno esistenziale*. Padua.

Riccio, G.M. (2005). Famiglia e responsabilità civile, en *Il diritto di familia nella dottrina e nella giurisprudenza*. En Autorino Stanzione. *Matrimonio I. Rapporti personali*. Torino, pp. 385-412.

Sesta, M. (2005). *Diritto di famiglia*. Padova.

Zaccaria, A. (1997). Adulterio y resarcimiento de los daños por la violación a la obligación de fidelidad. En *Fam.dlr.*, p. 463 y ss.

Zatti, P. (2002). *Introduzione al trattato di diritto di familia*. Milán.

Ziviz, P. (1999). *La tutela risarcitoria de la persona. Danno morale e danno esistenziale*. Milán.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, 14 de julio de 1986, núm. 184.

Casación Civil, 6 de abril de 1993, núm. 4108.

Casación Civil, 22 de marzo de 1993, núm. 3367.

Casación Civil, 26 de mayo de 1995, núm. 5866.

Casación Civil, 7 de junio de 2000, núm. 7713.

Sentencia de Casación de Sección Unida, 21 de febrero de 2002, núm. 2515. *Rivista Mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione Responsabilità Civile e Previdenza*, p. 726.

Casación Civil, 31 de mayo de 2003, núms. 8827 y 8828. En *Danno resp.*

Casación Civil, 10 de mayo de 2005, núm. 9801. En *Fam.dir.*, p. 265.

Casación Civil, 5 de julio de 2005, núm. 15022.

Casación Civil, 4 de octubre de 2005, núm. 19354.

Casación Civil, 18 de noviembre de 2005, núm. 24451.

Casación Civil, 9 de noviembre de 2006, núm. 23918.

Casación Civil, 19 de enero de 2007, núm. 1183. *Rivista Mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione Responsabilità Civile e Previdenza*, p. 1890.

Casación Civil, 2 de febrero de 2007, núm. 2311.

Sentencia de Casación de Sección Unida, 24 de marzo de 2006, núm. 6572.

Tribunales superiores

Tribunal de Florencia, 5 de enero de 1967. En *Arch. resp.civ.*, p. 1.