

El carácter jurídico de la obligación filial de «respetar» a los padres en la experiencia italiana. A la búsqueda de un derecho, fundamental/inviolable, de realizarse como padres al interior de una específica e irrepetible relación filial.*

di
Giuseppe Foti*

SUMARIO: 1. La obligación filial de respetar a los padres en el art. 315-*bis* c.c. - 2. La supuesta dimensión moral del deber de respetar. - 3. La clave de la “relevancia” jurídica. - 4. La individualización, al interior de una específica relación de filiación, de un interés jurídico a la auto-realización como padre. - 5. El contenido de la obligación de respetar. - 6. El derecho a realizarse como padres al interior de una específica e irrepetible relación de filiación. 7. La búsqueda de un perfil mediador.

1. La obligación¹ filial de respetar a los padres del artículo 315-*bis* c.c.

La Ley 219 de 2012 de reforma de la filiación ha incluido en el título IX del libro primero del código civil el artículo 315-*bis*² denominándolo «Derechos y deberes del hijo».

El 4º (y último) párrafo, que se ocupa de los “deberes”, establece que el hijo «debe respetar a los padres»³. El incipit del párrafo antes mencionado repite de

* Las referencias a la doctrina y a la jurisprudencia italiana traducidas al español, que el lector encontrará en el texto, son traducciones libres realizadas por quien escribe este estudio con el objetivo de facilitar la lectura y comprensión del mismo y no han sido autorizadas por sus autores.

* Universidad de Messina - Profesor Ayudante de Derecho Civil.

¹ La cultura jurídica italiana distingue entre los conceptos de *dovere*, *obbligo* y *obbligazione*. A diferencia del *dovere*, el *obbligo* y la *obbligazione*, se imponen a sujetos determinados o determinables. Por su parte la *obbligazione*, a diferencia del *obbligo*, tiene siempre un contenido patrimonial. En este estudio, por tanto, el uso del término obligación unido al ‘respeto’ ha de entenderse comprendido al interior de la específica categoría del *obbligo*.

² Un comentario sobre la norma puede verse en TOSCANO-FOTI, *Art. 315-*bis* c.c.*, en AA.VV., *Commentario del codice civile. Della Famiglia*, dirigo por GABRIELLI E., coordinador DI ROSA, Turín, 2018, espec. 575-611.

forma integral la fórmula precedente al 2012 contenida en el marco normativo del art. 315 c.c. (ya desde antes intitulado «Deberes del hijo con los padres», y hoy «Estatuto jurídico de la filiación»), ya modificado, además, con la reforma del derecho de familia (Ley 151 de 19 de mayo de 1975 art. 137), con una preponderanza de los aspectos que fueron variados sobre aquellos que permanecieron invariados. En efecto fue eliminado del enunciado lingüístico, ante todo, la referencia al deber de «honrar»⁴ a los padres (que unía aquel del respeto, y, al mismo nivel de este, referido al «hijo de cualquier edad» integrando el contenido de la disposición - como variante que amplía el espectro normativo - con una innovadora previsión del 'deber de contribuir al mantenimiento de la familia' a cargo de los hijos imprimiendo en el precepto una dimensión de carácter patrimonial.

Aún hoy el precepto normativo - también en la nueva redacción propuesta por el art. 315-*bis* - parece estar compuesto por dos segmentos autónomos (de compleja contigüidad) de contenido (principalmente) personal (el respeto filial) y patrimonial (la contribución filial al mantenimiento de la familia).

Ciertamente son los aspectos patrimoniales invocados (y adquiridos) por esta disposición⁵ los que han suscitado la atención preponderante de los expertos.

El primer segmento del texto normativo, relativo al "deber" de respetar a los padres, tradicionalmente (desde su formulación primigenia)⁶ ha sido para la

³ A título indicativo, cfr.: BIANCA C.M., *La famiglia*, en *Trattato Bianca*, 2.1, Milán, 2017, espec. 375 ss.; BASINI, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, en *Trattato Bonilini*, IV, *La filiazione e l'adozione*, Turín, 2016, espec. 4067 ss.; BELLELLI, *I doveri dei genitori e i doveri dei figli nell'evoluzione legislativa*, en BIANCA C.M. (coordinador), *La riforma della filiazione*, Padua, 2015, 141 ss.; ID., *I doveri dei genitori e dei figli alla luce della riforma della filiazione*, en *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milán, 2014, 152 ss.

⁴ Transpuesto del Código napoleónico (sobre este punto: SERIAUX, "Tes pè re et mè re honoreras". *Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain*, en *Revue trim. de droit civil*, 1986, 2, 265 ss.) al interior del código Albertino (art. 210) y del código Pisanelli (art. 220), hasta llegar al texto "cristalizado" en el art. 315 del código del 42.

⁵ Que además, en el ámbito patrimonial, no abarca en su interior todos los deberes en cabeza del hijo. Piénsese por ejemplo, en la obligación de alimentos prevista en el art. 433 c.c.

⁶ Sobre los trabajos preparatorios del art. 315 c.c., esenciales son las referencias en: FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M., *Diritto di famiglia*, II, Milán 1984, 1970 ss.; CAVANNA, *Onora il Padre. Storia dell'art. 315 cod. civ. (Ovvero: il ritorno del flautista di Hamelin)*, en *Studi in onore di Luigi Mengoni*, Milán, 2005, 247 ss.

doctrina, casi unánimemente, un precepto de naturaleza moral⁷, carente (como mejor se dirá *infra*), según algunos, del elemento que le adjudica un carácter típicamente jurídico: la ‘sanción’⁸.

Tampoco el mantenimiento⁹ de la sola referencia a la obligación de “respetar”¹⁰ (y no del de honrar) a los padres - que constituyó esta vez una variación lingüística (esta vez) restrictiva de la previsión contenida en el art. 315 en su tenor posterior al 1975, y de aquel sucesivo al 2002 - fue interpretado por la doctrina dominante como un argumento para sostener *in revirement* la atribución de un carácter jurídico a la obligación de respetar a los padres, que habría podido ser vinculado a una concreta mutación del significado normativo del contenido no patrimonial de dicho precepto.

En relación con este aspecto, la omisión de la previsión de la obligación de “honrar” a los padres¹¹ marca, desde su génesis, la tendencia a la laicización de la esencia familiar¹², unida a una sustancial reticencia o «fastidio hacia palabras que evocan el pasado y ricas de un carácter religioso»¹³ y que denotan una imagen “sagrada y mística del vínculo filial”¹⁴.

⁷ Sobre la lectura en clave moral de la obligación en cabeza de los hijos como razón fundamental de la falta de atención de la literatura científica: CAVANNA, *op. cit.*, 258.

⁸ En relación con el concepto de sanción resulta particularmente útil la referencia a: BOBBIO, *Sanzione*, en *Novissimo Digesto*, XVI, Turín, 1969, 530 ss.; D'AGOSTINO, *Sanzione*, en *Enc. dir.*, XLI, Milán, 1989, 303 ss.; MARRA, *Sanzione*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVIII, Turín 1998, 153 ss.

⁹ A este propósito resultan significativas las argumentaciones de CAVANNA, *op. cit.*, 260 s., según el cual el art. 315 en su anterior redacción constituía una simple indicación a nivel de costumbre y no una verdadera disposición jurídica, y por tanto, una máxima inofensiva, ¿por qué entonces someterla a una simple amputación? ¿No habría sido más lógico, en tal perspectiva, suprimir del todo esta simple obligación moral? ¿No será este quizá un ulterior argumento para deducir la relevancia jurídica de la obligación objeto de este estudio?

¹⁰ En enero de 1975, en la Comisión encargada de los asuntos de Justicia del Senado, el Senador Carraro proponía suprimir de la disposición también el deber de respeto (luego salvado *in extremis*), siendo dicho deber «una simple obligación moral, que no tiene porqué encontrar espacio en el código civil».

¹¹ Originado en el precepto mosaico del libro del Éxodo 20,12.

¹² Discutir sobre un «plan general para desacralizar o laicizar la familia» FERRI L., *Della potestà dei genitori*, Artt. 315-342, en *Comm. Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1988, 23. Sobre la evolución de dicho plan, cfr. más recientemente, BALESTRA, *Laicità e diritto civile*, en *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 13 ss.

¹³ IRTI, *Il governo della famiglia*, en *Il nuovo diritto di famiglia*, Atti Convegno Sind. Avvocati e Procuratori di Milán e Lombardia, Milán, 1976, 47. En este sentido, sustancialmente, también

En los años de la reforma del 75, la nueva fórmula se revelaba - ha sido observado¹⁵ - como una concesión que buscaba sintonizarse con la juventud del momento, con el espíritu permisivo (contemporáneamente con la crisis de la figura paterna) que se había introducido en los ambientes moderados de la sociedad italiana con el movimiento estudiantil del 68¹⁶.

No obstante, es el «interés del menor» que entra en la escena del ‘sistema formal de valores’, hasta convertirse en «la fórmula mágica del nuevo derecho, que exactamente puede definirse como paidocéntrico»¹⁷, al interior de un proyecto

BUCCIANTE, *La potestà dei genitori*, en *Tratt. Rescigno*, 4, Turín, 1982, 785 (v. reimpresión 1997), en cuyo razonamiento involucra incluso el *iusnaturalismo* de matriz “veterocristiana”. Sobre el argumento DE FILIPPIS, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padua, 2002, 981, señala que: «El respetar, separado del honrar de la anterior redacción, ya no tiene un valor religioso, sino únicamente humano y civil».

¹⁴ RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, en *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, coordinador Sesta-Cuffaro, Nápoles, 2006, 441, quien correctamente pone en evidencia que «el honrar y el respetar, fundidos en una hendiádis, pueden solo invocar sentimientos que del cristianismo evocan no solo su tradición». Cfr. también: MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, en AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra “pubblico” e “privato”*, Milán, 1979, 279 ss.; DELLA VALLE, *Delle persone e della famiglia. Commentario. Artt. 231-455*, Milán, 1989, 204 y ulteriores referencias bibliográficas allí contenidas.

¹⁵ Como ha evidenciado correctamente CAVANNA, *op. cit.*, 263, el clima en aquellos años estaba influenciado por una «contracultura maximalística [...] centrada en una vulgata simplificada del leninismo y sobre los conceptos de Marcuse de “sistema”, de “exclusión” y de “represión”: conceptos ligados por excelencia a la escuela y a la familia, dos de las principales imputadas de los males sociales. Paradójicamente la utopía del 68 negadora radical del individualismo burgués estaba destinada a su vez a generar su propio individualismo. Ella reivindicaba una libertad incontrastable en el ámbito de comportamientos individuales connotados por una “política” integral. Pero no instituía ningún vínculo entre derechos del individuo y sus responsabilidades, pues cualquier tipo de culpa se le atribuía al “sistema”».

¹⁶ Trasluce en los trabajos preparatorios la consciencia que la Reforma del 75 estaba naciendo (en el sentido que estaba condicionada) en un período de protesta. Revela de hecho CAVANNA, *op. cit.*, 272, que la mutilación de la vieja norma se debe a un antipaternalismo libertino y desacralizador. Emerge claramente una tendencia de la acción normativa a avalar una concepción “relativa” de los valores - que hoy definiríamos de tipo “postmoderno” - al interior de la misma, pero - lo que se evidencia de los trabajos preparatorios - como un estímulo en la dirección contraria, no del todo perjudicada queda la confianza del legislador en la posibilidad de propulsión de la ley, en su función promocional y pedagógica del derecho, «el cual puede orientar costumbres y mentalidad e incluso anticiparlos sobre la base de rigurosos postulados de justicia» (ID., *op. cit.*, 255).

¹⁷ GIORGIANNI, *Titolo IX, Della potestà dei genitori*, en *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, IV, Pádua, 1992, 301. La centralidad y el carácter decisivo de dicha prospectiva hoy se acepta pacíficamente, discutiendo eventualmente la doctrina sobre la alcance del sintagma. Recientemente: sobre su carácter polisémico, v. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, en *Fam. e dir.*, 2015, 72 ss.; sobre su carácter indeterminado *a priori*, v. LENTI, *Note critiche in tema di*

general dirigido al «desmantelamiento jurídico de la figura del padre en cuanto autoridad suprema a nivel doméstico»¹⁸ (reduciendo la distancia del hijo)¹⁹ y a la remoción de su carácter supuestamente «autoritario represivo»²⁰. Asimismo, la integración del precepto normativo con un contenido de naturaleza patrimonial (a través de la previsión de la obligación filial de contribuir al mantenimiento de la familia) ha de entenderse como resultado de una acción normativa - en todo o en parte impregnada de solidaridad²¹ de matriz constitucional - dirigida a atribuir a los hijos un nuevo rol, más responsable, y más activo, al interior de la familia.

interesse del minore, en *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss, ID., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 148 ss.; sobre la imposibilidad de reducirlo a la voluntad del menor y sobre el sentido correcto de la superioridad, indefectiblemente, v. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, en *Riv. dir. civ.*, 2018, 405 ss. Conviene, por todos ver LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milán, 2005.

¹⁸ CAVANNA, *op. cit.*, 265. Es opinión generalizada que el legislador haya entendido identificar en el "honrar" (a diferencia de en el respetar) una conducta moral de deferencia (cfr. sobre este punto, *inter alios*, PIRONTI, *L'obbligo filiale di mantenimento dei genitori in un recente disegno di legge*, en *Famiglia*, I, 2005, 481, nt. 3). En realidad el estudio etimológico del término "respeto" lleva a resultados teóricos distintos. El "respeto", de *respicere* e *respectare*, implica un mirar desde lejos, casi indicando una conducta típicamente deferente. Obviamente, como se sostendrá en el curso de la argumentación, casi en la paradoja de una implosión del significado etimológico, la obligación jurídica de respetar impone a los hijos una estrecha y sustancial cercanía a los padres. Es en ese estar cerca, de hecho, en el que se expresa la verdadera y máxima deferencia (en sentido sustancial, en su acepción más significativa).

¹⁹ Ya en BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002, 125, se observa que a través de la reforma «desaparece la expresión "honrar" no tanto porqué en el comportamiento del hijo deba reprimirse toda actitud de deferencia hacia sus padres, sino porqué se ha reducido la distancia que existía en el plano afectivo y en la misma vida social entre padres e hijos. La colaboración en la búsqueda de la mejor vida familiar se impuso así a la intimidación». «Entonces según esta interpretación», revela CAVANNA, *op. cit.*, 274, nt. 87, «que parece reflexionar sobre aquella del legislador, el "honrar" aumentaba la distancia entre padres e hijos y era expresión de intimidación, Pero ¿de qué se preocupaba?», advierte el autor en una opinión que compartimos, «acaso, si se mantenía la expresión honrar, ¿esta habría comportado un regreso al uso del Usted en los diálogos al interior de la familia? ¿Y porqué no se pensó que, en cambio, ella implicara quizá el deber de asistir en el seno de la familia a los padres una vez que ellos fueran incapaces de velar por sí mismos? Es verdad que la familia patriarcal ya no existe, pero la actitud generalizada de querer liberarse de cualquier responsabilidad dejando al padre o a la madre no autosuficiente en algún hospital o instituto sanitario, y hacer esto incluso cuando, naturalmente con sacrificio, se podría tener al enfermo en casa, no es una gran conquista social, ni un gran progreso hacia una "mejor vida familiar"».

²⁰ CAVANNA, *op. cit.*, 265, quien oportunamente selecciona (278), al interior de los trabajos preparatorios, las declaraciones del senador La Russa: «¿Qué teméis? ¿Una familia autoritaria? Respetar y honrar no quiere decir someterse brutalmente a la voluntad de los padres: puede haber libertad en el respeto, puede haber libertad en el honor».

²¹ *Ex aliis*: GIORGIANNI, *op. cit.*, 318.

2. La supuesta dimensión moral del deber de respetar

Es opinión dominante en la doctrina que el respeto que el hijo debe tener para con los padres actúa como una “pura y simple” obligación de carácter moral²², pues carecería de una específica reacción del *ordo iuris* tradicionalmente identificado con el lema ‘sanción’.

Confinado en el un plano «metajurídico»²³, el respeto filial constituiría la expresión de un precepto normativo de carácter moral, vehicular por un sintagma que - no obstante la explícita referencia a su obligatoriedad - configuraría²⁴ una fórmula vacía, carente de un carácter jurídicamente vinculante.

La tesis parecería basarse en dos premisas esenciales, pudiendo considerarse la afirmación sobre la naturaleza moral de la obligación filial susceptible de descomponerse en (por lo menos) dos preceptos asertivos de menor entidad. La esencia del carácter jurídico iría identificada (primera premisa de tipo general) en la llamada ‘eficacia’ jurídica, por lo demás (restrictivamente) vista desde la perspectiva de los efectos denominados sancionatorios²⁵. No sería posible, en otras palabras, discurrir sobre la existencia de un deber en sentido jurídico allí donde

²² Propugna por esta argumentación, en particular: BIANCA C.M., *La famiglia*, cit., 376, según el cual, «el respeto a los padres constituye un seguro deber moral y social y el llamamiento que a ella hace la ley no es suficiente para otorgarle un carácter jurídico sin que su cumplimiento sea garantizado por ningún tipo de sanción jurídica». Evidencia BAVIERA, *Diritto minorile*, II, Milán, 1976, 575, que el respeto puede concebirse como una obligación relevante «exclusivamente a la ética» y que «encuentra su fuente en aquellos sentimientos naturales que son el bagaje de las generaciones». Cfr. también DE FILIPPIS, *op. cit.*, 982. Referencias en este sentido – con una actitud crítica – en los trabajos preparatorios, CAVANNA, *op. cit.*, 260 ss.

²³ Durante la vigencia de la anterior redacción del art. 315 c.c. D’ANTONIO, *La potestà dei genitori*, en *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, director AUTORINO STANZIONE, IV, *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione familiare*, Turín, 2006, 523.

²⁴ *Ex multis*, VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, en *Tratt. Vassalli*, Turín, 1987, 362 (opinión mantenida en los sucesivos escritos del autor), discute sobre sanciones puramente sociales como, por ejemplo, el reproche de la comunidad.

²⁵ Sobre el carácter sancionable como elemento esencial de la norma giuridica, BIANCA C.M., *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milán, 2002, 8 ss., en cuanto garantía social de la misma. La norma en sentido jurídico sería en efecto socialmente garantizada por sanciones externas, o sea, con consecuencias desfavorables (previstas por la inobservancia de la norma) tales de comportar la privación de un bien o de un efecto jurídicamente protegido.

este resultara privo de una sanción por su violación. En segundo lugar, el respeto a los padres constituiría una particular manifestación de una obligación carente de 'sanción' (aspecto sucedáneo, de orden particular), sin aclararse, sin embargo, si esta obra al interior de la disposición examinada (el art. 315-bis), o bien del microsistema familiar, o aún más, del entero sistema.

3. La clave de la 'relevancia' jurídica

La perspectiva exclusivamente moral (de la norma y/o de la obligación analizada) no persuade, aún siendo *sine dubio* el respeto de los padres como expresión de un principio de orden moral²⁶.

Ciertamente no resulta convincente el iter argumentativo utilizado por la doctrina para alcanzar dicho resultado hermenéutico.

En el fondo surge el formidable problema - que trasciende los estrechos límites de este estudio - de la individualización de los criterios dirigidos a distinguir valores, o intereses, jurídicos de los que no lo son, seleccionando el conjunto de fenómenos, y los concomitantes problemas axiológicos y prácticos, que han de ser reconducidos a la esfera de competencia del derecho.

La búsqueda de la 'matriz jurídica' debería llevar a identificar el germen del carácter jurídico - no puede ser ignorado²⁷ - ya en el ámbito de la llamada "relevancia", que ha de ser reconstruida indefectiblemente según la trayectoria metodológica del "interés"²⁸. Si un problema de intereses es o no relevante para el derecho, si es o no, en otras palabras, merecedor de atención en el ámbito jurídico, o si debe entrar en su esfera de competencia, es una pregunta preliminar.

²⁶ Sobre la relación entre derecho y moral en la perspectiva de la "cultura" indispensable resulta FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milán, 2008, 395 ss. (y sus características distintivas de subsistema cultural del derecho, 430 ss). Reflexiones al respecto pueden encontrarse en particular en su ponencia en el Congreso Internacional sobre *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, organizado por la *Accademia dei Lincei* y el *Istituto dell'Enciclopedia Italiana*, Roma, 1-5.4.1986, en *Riv. dir. civ.*, 1998, 1 ss. y en *Atti Roma*, 1991, 33 ss. Hoy en, ID., *Sistema culturale e sistema giuridico*, en ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milán, 1999, 189 ss.

²⁷ Desde los orígenes de la enseñanzas de FALZEA, *Il Soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milán, 1939.

²⁸ Para una definición axiológica del derecho: FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit.

En este sentido, es el interés (y por lo tanto su perspectiva de observación) el que debería disolver toda ambigüedad y guiar de forma lúcida su análisis²⁹.

Es “relevante”, según teorías ampliamente conocidas³⁰, que el interés tomado en consideración por el derecho (siendo merecedor) es aquel capaz de incidir sobre el *interest rei publicae*³¹ o sea sobre el interés fundamental de toda sociedad de conservarse y desarrollarse³².

Así pues, solo en una función instrumental a la realización de los intereses considerados jurídicamente ‘relevantes’ se plantean ‘los valores de acción’, o sea los efectos jurídicos, predispuestos por el derecho³³. El ámbito de la relevancia jurídica puede solo considerarse antecedente o preliminar a aquel de su eficacia.

Si la atención, después, se centra en el terreno del derecho objetivo, observando el problema de la eficacia en el ámbito de las ‘normas’ (o, si se prefiere, de las ‘disposiciones’³⁴), el marco de la eficacia normativa se muestra múltiple, pudiendo la norma, según una distinción clásica (no del todo exenta de incógnitas), adquirir una relevancia (en una perspectiva poliédrica de sus posibles actitudes) ‘primaria’ (en una óptica fisiológica, en cuanto norma de conducta) o ‘secundaria’ (en una

²⁹ Cfr. de forma peculiar SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, I, actualmente en ID., *Categorie e istituti*, cit., 72, quien de forma lúcida demuestra que el interés «es la raíz del derecho, es de hecho la verdadera fuerza motriz de todo el derecho».

³⁰ La referencia va una vez más a las enseñanzas de Angelo Falzea.

³¹ Diverso resulta establecer en concreto cuándo un interés está en capacidad de incidir sobre el *interest rei publicae* (es decir el parámetro de la relevancia). La respuesta inmediata podría ser que es la misma sociedad - históricamente determinada - la que deberá determinar qué cosa debe entenderse por conservación y (sobre todo) por desarrollo. De hecho como cada historicismo radical - que se traduce después en relativismo - la respuesta resulta decepcionante y merecería una especie de corrección; el ‘derecho natural’ puede razonablemente reclamar su propio espacio.

³² FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., *passim*.

Cfr. actualmente también la obra de SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, I, ahora en in ID., *Categorie e istituti*, cit., 73 ss.

³³ Pone de presente la necesidad de una distinta evaluación en términos de relevancia jurídica y en términos de eficacia jurídica: FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 501; «La primera resuelve el interrogante sobre si la situación del interés en juego es o no “jurídicamente relevante”. La segunda ya conducida en una situación de interés jurídicamente relevante resuelve el interrogante sucesivo: ¿cuál eficacia jurídica? Los dos interrogantes y sus relativas respuestas pertenecen a la teoría de la complejidad jurídica». Sobre este tema cfr. ID., *Complessità giuridica*, *Enc. Dir.*, Annali I, 2007, Milán, 207 ss.

³⁴ Sobre la distinción entre ‘disposición’ (enunciado normativo) y ‘norma’ (significado normativo), cfr. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, en *Enc. Dir.*, XIII, Milán, 1964, 195 ss.

perspectiva patológica), para que los efectos predispuestos por la segunda tipología normativa reaccionen al “fracaso” del proyecto de la primera³⁵.

Circunscribiendo entonces la perspectiva a la ausencia de una reacción al posible fracaso de la norma que impone el respeto a los padres (su violación) se percibe solo una limitada manifestación del momento efectivo, o sea, solo una parte del más amplio y multidireccional panorama de la eficacia.

En términos teóricos, ya la previsión de una obligación (de respeto) debe de hecho considerarse una (primera) respuesta (en términos de protección) del *ordo iuris* a las exigencias de valores considerados merecedores de atención.

En términos prácticos el *punctum dolens*, sin embargo, estaría constituido por la “discutible” utilidad de prever (solamente) una obligación a la cual no puede vincularse ninguna reacción en un eventual momento patológico. Pese a que dicha disposición (jurídica)³⁶ pueda cumplir una peculiar y meritoria función de impulso de valores, reduciendo (si así fuera) fenómenos patológicos, lo que se vería perjudicado, en términos de eficiencia, sería una respuesta (solución) integral al ‘problema de los intereses’³⁷, que subyace a dicha obligación tanto en sentido fisiológico como en sentido patológico.

No obstante, resulta ambigua (*recte* reductiva) la referencia al concepto de sanción, siendo dicha categoría (entendida en sentido estricto) incapaz de agotar el

³⁵ Aparecerían en escena, entonces, modalidades deontológicas primarias y modalidades deontológicas secundarias, estas últimas con la función de proteger, normalmente, aunque no exclusivamente, las primarias.

Es la “relevancia” que determina el paso de la dimensión extrajurídica (y en ciertos aspectos pre-jurídica) del hecho ‘malo’ a aquella propiamente jurídica del mismo. Cfr. en todo caso: FALZEA, *Fatto giuridico*, en *Enc. Dir.*, XVI, Milán, 1967, 941 ss.; ahora en ID., *Ricerche teorica generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milán, 1997, 331 ss. La relevancia jurídica se configura, por lo tanto, como el momento preliminar de la *forma iuris*, de tal forma que una entidad extra-jurídica penetra en la esfera de competencia del derecho.

³⁶ La disposición en comento, además, tomada desde un plano formal/procesal (contenida en una ley que como tal ha descontado un específico proceso formativo disciplinado por reglas *iuris*) presenta todos los rasgos esenciales del carácter jurídico. Debería entonces discutirse, al menos, de disposición jurídica como vehículo de una norma moral (el deber de respeto) coexistente con normas de naturaleza jurídica (como la obligación de contribuir al mantenimiento de la familia).

³⁷ Señala SCALISI, *Regola e metodo*, cit., 72, que «en el hecho hay siempre un problema de intereses y en el deber ser como regla de la conducta humana está siempre la solución a dicho problema» Se comprendería así el significado del “hecho” en el proceso de construcción del deber ser jurídico.

entero abanico de efectos (“secundarios”)³⁸, ampliamente variado, posterior a la relevancia, que un *ordo iuris* está en capacidad de establecer (y que en concreto establece) como respuesta a los diversos problemas de intereses en juego por un hecho histórico³⁹. *Ceteris paribus*, la sanción constituye, en efecto, solo una de las factibles respuestas que el ordenamiento puede reconducir (en el marco de las posibles consecuencias jurídicas) al hecho considerado como relevante.

La falta de una “sanción”, por tanto, nada debería restar al carácter jurídico de la norma (llamada imperfecta) en estudio⁴⁰ y, así mismo, a la relevancia jurídica del interés a ella subyacente⁴¹, sin afectar en algún modo su carácter «preceptivo y vinculante de naturaleza jurídica»⁴².

³⁸ Piénsese en la llamada respuesta correctiva. Como magistralmente evidenciado por SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, en *Riv. dir. civ.*, 4, 2018, 1051 s.: «En cuanto dispositivo técnico de protección tendiente a la satisfacción, la corrección se inscribe en el área de la eficacia jurídica y por tanto es, indudablemente, un efecto jurídico [...]. Debe aclararse de forma inmediata que, en cuanto instrumental a la realización suplementaria y también primaria de un interés ya objeto de protección jurídica, el efecto-corrección tiene una naturaleza de efecto secundario respecto al efecto primario que permanece sin realizarse. Además de dicha secuencia se encuentra la acción y la jurisdicción, a partir del momento que también el efecto-secundario allí donde no se encuentra sostenido por una acción conforme de su destinatario - podría no tener éxito y fracasar, o sea quedarse también ese sin actuar, y entonces no quedaría otra vía que la realización judicial del interés. Pero aquí tendría inicio otra historia: aquella de los llamados remedios jurisdiccionales».

³⁹ En materia de análisis de la obligación de respeto, en particular véase: RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, Arts. 315- 319, en *Comm. Schlesinger*, Milán, 2006, 126, el cual, en la nota 35, oportunamente tiene en cuenta las consideraciones de carácter más general de PERLINGIERI P., FEMIA, *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, en *Manuale di diritto civile*, coordinado por Perlingieri P., Nápoles, 2005.

⁴⁰ De norma jurídica, aún manifestando un «ejemplo, raro, de deber carente de sanción», debate más recientemente, BASINI, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, cit., 4068.

⁴¹ En este sentido ver también RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, cit., 126.

⁴² PATRUNO, FRENI, *Dinamiche sociali ed esperienza giuridica nell'evoluzione del sistema del diritto di famiglia*, en *Giur. di Merito*, 2004, 1582, los cuales además observan (nt. 4) que: «A decir verdad, debe aclararse que un sistema jurídico, si bien apoyándose en determinados valores de la ética, provee a formalizar, a “darles un carácter jurídico”, a dotarlos de forma preceptiva y vinculante. Un ordenamiento es, después de todo, él mismo expresión de una moral, en cuanto expresión de una voluntad del legislador. *Qui mores sine legibus? Quae leges sine moribus?* Cualquier valor, que tenga relevancia jurídica se transforma en un mandato, dotado de un intrínseco carácter preceptivo y obligatorio para todos ellos que se encuentren en la situación prevista por la norma. Por tanto, el deber, de los hijos de respetar a los padres, si bien surge en ámbito moral, no obstante, se funda en el sistema del derecho mismo, encontrando en él su fuerza vinculante, aunque carezca de una sanción expresa, siempre se encuentra dotado de preciosas consecuencias en el plano jurídico».

Del ámbito moral, al interior del cual frecuentemente de forma apodíctica se considera agotada su operatividad, el respeto se traslada al ámbito jurídico, donde por lo tanto debe entenderse como un conjunto de comportamientos objeto de una verdadera obligación con carácter jurídico⁴³.

4. La individualización, al interior de una específica relación de filiación, de un interés jurídico a la auto-realización como padre

El iter argumentativo hasta aquí elaborado, dirigido a distinguir bajo un perfil, ante todo lógico-temporal, el ámbito de la “relevancia” de aquel de las “consecuencias jurídicas o efectos jurídicos”, resulta útil en un proceso de identificación: 1) del interés relevante inherente al art. 315-*bis* c.c.; 2) de la modalidad deontológica adecuada a la protección del antes mencionado interés; 3) además de posibles instrumentos de reacción (¿remedios?), allí donde estén disponibles, a la violación de la modalidad deontológica identificada.

Entonces, ¿cuál es el interés que tiene, ante todo, en consideración la disposición objeto de estudio?

Si se argumentase sobre la base de una colocación sistemática el enunciado normativo del art. 315-*bis*, el interés en el respeto a los padres adquiriría un valor jurídico y denotaría sus contenidos solo al interior de las limitadas lógicas de la ‘responsabilidad de los padres’. La obligación de respetar, bajo la perspectiva antes indicada, no constituiría otra cosa que el reflejo de la antes mencionada responsabilidad, incluso diluyéndose (*rectius*, disolviéndose), mientras dure la patria potestad, en la ‘sumisión’ jurídica⁴⁴ a esta, o sea, en la «subordinación que

⁴³ Cfr. en particular: RUSCELLO, *Il dovere di rispetto dei figli: doveri etici, rapporto familiare e obbligo di collaborazione*, en *Studium iuris*, 1997, 895 ss.

⁴⁴ Según FERRI L., *op. cit.*, 24, la sumisión al contrario del respeto (contenido en una “actitud moral”) «tendría un valor estrictamente jurídico que no significa otra cosa que un deber de obediencia»; se produciría de lo contrario - deja entender el autor - un injustificado desplazamiento en ámbito jurídico de una modalidad deontológica, orientada al respeto, que por el contrario terminaría “confinada” en un ámbito moral.

grava sobre el hijo 'menor' como medio para hacer posible el ejercicio de la patria potestad»⁴⁵: una simple obediencia⁴⁶.

En una lógica tal, no obstante parcial, debe incluirse la opinión (surgida en el sistema normativo *quo ante* a la inclusión en el código civil, y por obra del art. 1 de la Ley 219 de 10 de diciembre de 2012, del art. 315-bis⁴⁷, así como a la nueva reglamentación prevista por el art. 147 c.c.⁴⁸ por obra del Decreto Legislativo nº 154 de 28 de diciembre de 2013, en vigor desde el 7 de febrero de 2014) que encaja el 'respeto' en la obligación de los hijos «de colaborar para que los padres puedan estar en condiciones de cumplir con su esencial función educativa»⁴⁹

No hay duda, sin embargo, que la perspectiva de la 'colaboración' (más allá de su fundamento normativo) debe ser acogida en lugar de aquella de la 'sumisión'.

Justamente a la luz de estos cambios del sistema jurídico familiar, es preciso interrogarse si la previsión normativa de la obligación de respeto puede, bajo diversos perfiles, mostrar una envergadura tal que le permita una más amplia aplicación⁵⁰.

No parece excluirse, por un lado y en primer lugar, una nueva lectura - que podría definirse, conforme con la Constitución - de la responsabilidad de los

⁴⁵ En este sentido BUCCIANTE, *Potestà dei genitori*, en *Enc. Dir.*, XXXIV, Milán, 1985, 785 ss. Cfr. sobre este punto, *inter alios*, RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, cit., 126. La duda sobre una subordinación jerárquica hacia los padres la plantea, entre otros, BELVEDERE, *Potestà dei genitori*, en *Enc. Giur.*, 1990, Roma, XXIII, 1.

Contra, ex aliis, DE FILIPPIS, *op. cit.*, 982, según el cual el argumento de la sumisión del hijo, extraído del art. 315 c.c. (valorado en el texto anterior), hubiera tenido que llevarnos a considerar la disposición *de qua* un injustificado «duplicado del sucesivo primer párrafo del art. 316 c.c.» con «la función de reafirmar este concepto»

⁴⁶ El art. 358 c.c. sigue en efecto haciendo referencia, no obstante la reforma, "al respeto y la obediencia" del menor hacia su tutor, probablemente fruto de un defecto de coordinación del Reformador.

⁴⁷ Que en el párrafo 1 repite el art 147 c.c. desde el punto de vista de los derechos del hijo

⁴⁸ Que se vuelve a asociar con << lo previsto en el art. 315-bis>>.

⁴⁹ RUSCELLO, *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milán, 2005, 262.

El deber de respeto debería referirse a la disposición prevista en el art. 147 c.c. En este sentido: ID., *La potestà*, cit., 128 e 131, nt. 50. En este mismo sentido a título indicativo: FERRANDO, *Filiazione. I) Rapporto di filiazione*, en *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1988, 4, subrayando «la reciprocidad de la relación», entendido como un equilibrio (dice el autor) del «deber de respeto de la personalidad de los hijos expresado en el art. 147 c.c.». En lo relativo al vínculo peculiar con la función educativa, véase además: BAVIERA, *op. cit.*, 575; PINO, *Diritto di famiglia*, Pádua, 1998, 275.

⁵⁰ Un alcance más amplio y de difícil configuración para la previsión del art. 358 c.c.

padres⁵¹ (en el marco de la cual al menos formalmente está colocada la proposición normativa del deber de respetar a los propios padres); y por otro lado (idóneo a coexistir y a permanecer junto a la anterior perspectiva), no parece que se impida una interpretación conforme con los valores constitucionales del último párrafo del art. 315-*bis* c.c., respaldada, además, por otros argumentos de carácter estrictamente exegético.

No resulta, en otras palabras, *a priori* preclusa la posibilidad de reconstruir el carácter jurídico de la disposición a través del reconocimiento de la existencia, al interior del perímetro normativo, de un 'interés no patrimonial de realizarse como padre'; y ello, evidentemente, en el ámbito de una específica relación de filiación, o sea, de una relación (cualificada) entre un determinado hijo y un determinado padre.

El significado del deducido interés (a la paternidad/maternidad) se percibe en clave *double face*: al permitir al padre o a la madre explicar, al interior de la relación evocada, el propio rol de padres, entendido también como actividad para la autorealización de la persona "invertida" de dicha función⁵²; y al hacer de los padres beneficiarios efectivos de un conjunto de 'eventos' y 'comportamientos'⁵³ propios de una relación afectiva-espiritual como aquella filial.

⁵¹ Sobre el tema, existe una amplia literatura, recientemente puede verse: RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 3, 2017, 895 ss.

⁵² Para una aplicación de dicha perspectiva resulta útil la referencia a: FOTI, *Art. 318 c.c.*, in AA.VV., *Commentario del codice civile. Della Famiglia*, cit., spec. 726 ss.

⁵³ Para una elaboración teórica de la distinción véase: FALZEA, *Comportamento*, en *Enc. Dir.*, XXV, Milán, 1975, 442 ss.; ora in ID., *Ricerche teoria generale del diritto*, cit., 605 ss., el cual afirma que «toda actitud física del sujeto, en cuanto no esté físicamente condicionado por el mundo exterior y eventualmente en cuanto tenga el poder de condicionar a su vez el mundo exterior, es un comportamiento. Esta definición tiene tres aspectos, indicadas por otras tantas cláusulas: comportamiento físico del cuerpo, ausencia de condicionamiento *a parte ante*; posibilidad de un condicionamiento *a parte post* [...] La primera cláusula [...] especifica que el cuerpo va considerado por un comportamiento, es decir por su particular modo de ser y no en su totalidad [...]. La segunda cláusula pone de presente que el comportamiento debe tener [...] el carácter de una verdadera iniciativa. A falta de ello estamos en presencia de un *evento* y no de un comportamiento. [...] En la tercera cláusula se subraya que [...] la iniciativa del sujeto puede ser y es normalmente causante y ha influido sobre el mundo exterior».

El respeto al cual hace referencia el párrafo analizado, entonces, traería a colación los sentimientos⁵⁴, evocando la compleja, y más general, relación entre dichos eventos del ámbito psíquico y el derecho⁵⁵, y por lo tanto aquel, más específico, entre sentimientos y derecho de familia⁵⁶. La ocasión, tentadora, nos empuja al uso de fórmulas, - en absoluto pacíficas, aunque creadoras de imágenes - como: el 'derecho al amor de los padres' y al mismo tiempo el 'derecho al amor filial'; no obstante, en una clave especular, la 'obligación de amar' a los padres, que recae sobre los hijos. Es inevitable - en consecuencia de ello - constatar cierta reticencia difusa hacia dichos sintagmas, sobre todo allí donde se revele la relación entre deber y amor, y en un sentido más general, entre deber y sentimiento (desde el ángulo visual del sentimiento *sub specie effecti*), considerada casi semejante a un oxímoron (una interacción, es decir, de elementos inconciliables), que esta sede no nos permite (el intento) desentrañar⁵⁷.

El recurso a los sentimientos no nos debe engañar.

No se trata de 'hechos sentimentales con relevancia jurídica' entendidos como "simples" 'eventos' interiores, propios de la consciencia empírica: el derecho, en efecto, necesita - es útil evidenciarlo desde ahora - manifestaciones 'exteriores',

⁵⁴ Cfr. DELLA VALLE, *op. cit.*, 203, según el cual si «por respeto se entiende el sentimiento de deferencia de una persona digna de honor y de estima [...], se puede considerar que el legislador del 1975, no siempre atento a sutilezas de tipo lexical, quitando del viejo texto el verbo "honrar" en modo alguno no ha pretendido modificar el contenido primario de los deberes del hijo hacia sus progenitores, deberes que permanecen invariables, es decir, aquellos de la *pietas* latina y que, por tanto, adquieren sustancia (independientemente de cualquier norma jurídica) en un complejo conjunto de sentimientos (como la devoción, el respeto, el amor, la ternura) propios de las personas unidas por vínculos de sangre o de aquellos de tipo jurídico derivados de la adopción»

⁵⁵ Indefectible al respecto resulta la referencia a FALZEA, *Fatto di sentimento*, en *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Nápoles, 1972, VI, 315 ss., ahora en *Ricerche teoria generale del diritto*, cit., 437 ss. Conviene traer a colación, *ex aliis*, la referencia a GAZZONI, *Amore e Diritto ovvero i diritti dell'amore*, Nápoles, 1994, 3; PALAZZO, *Eros e jus*, Milán - Údine, 2015; RODOTA', *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2016.

⁵⁶ Aportes sobre el problema del derecho al amor al interior de las relaciones familiares pueden encontrarse en BIANCA M., *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, en *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 155 ss.; BIANCA C.M., *La famiglia*, cit., 375 ss. Más recientemente : SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale*, en BIANCA C.M. (coordinador), *La riforma della filiazione*, Pádua, 2015, 70 ss.; PEZZOLA, *Diritto dei figli ad essere amati?*, en *Persona e mercato*, 4, 2018, 27 ss.

Sobre la reglamentación de los hechos sentimentales con relevancia jurídica véase *inter alios*: PARADISO, *La comunità familiare*, Milán, 1984, 32

⁵⁷ Ya conocido en reflexiones cercanas a la Teología.

‘sociales’⁵⁸. Debe por tanto tratarse de sentimientos acompañados de ‘comportamientos’.

La propuesta de circunscribir el interés a realizarse en la experiencia de ser padres al interior de una determinada relación de filiación permite, entonces, pasar de la ‘relevancia’ a la imputación de un efecto adecuado en cabeza del titular del interés del que se trata. De aquí la individualización de un derecho << a la plena realización de la relación familiar>>⁵⁹.

5. El contenido de la obligación de respetar

La obligación del respeto filial resulta dotada de una connotación específica, peculiar, tal de hacerla diversa del deber de respeto genéricamente impuesto a todos los hombres hacia sus semejantes⁶⁰.

La obligación en cuestión se vincularía, ante todo, con la posición del hijo en cuanto tal⁶¹, sin ninguna especificación temporal (edad)⁶² o espacial-espiritual

⁵⁸ La perspectiva de los hechos sentimentales con relevancia jurídica, si se radicaliza, se arriesga a ser engañosa. Es verdad que dichos hechos- como el afecto, el amor, han de entenderse, como evidencia en estudios magistrales (FALZEA, *Fatto di sentimento*, cit., 437 ss.), como consciencia de valores positivos para el sujeto - subyacen a la ley de la causalidad psíquica (de aquí la famosa expresión de JEMOLO, *Intorno al rispetto dei figli verso i genitori*, en *Giur. it.*, I, 1, 546, «ningún juez puede hacer que nazca el afecto donde no lo hay»), ello no obsta que estos puedan resultar relevantes para el derecho, necesitando, sin embargo, de un indefectible momento de exteriorización o manifestación social suficiente.

⁵⁹ Fórmula que se vuelve a encontrar, si bien en un contexto limitadamente sobrepuesto, a título de ejemplo puede verse T. Monza, 5.11.2004, en *Danno e resp.*, 2005, 8, 381, con nota di RAMACCIONI, *Responsabilità civile e famiglia ... un "idillio" che continua*; en *Fam. e dir.*, 2005, 1, 79, con nota di DE MARZO, *Riconosciuto il risarcimento del danno al genitore non affidatario per l'interruzione di ogni relazione con il figlio*; en *Fam. pers. succ.*, 2005, 6, 413 ss., con comentario di MONCALVO, *Violazione del "diritto visita" del genitore non affidatario e risarcimento del danno*. Sobre este punto ver en todo caso *infra*.

⁶⁰ Postura confirmada por RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, cit., 125.

⁶¹ También en este sentido RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, cit., 118, por otra parte precisa que «el deber de respetar aparece desvinculado del ligámenes particulares para vincularse exclusivamente a la relación de filiación, que al menos en su acepción más flexible no permite límites de edad». Agrega el autor (95) que ya el art. 315 c.c., desde su formulación primigenia, refiriéndose específicamente a los hijos de “cualquier edad” expresaba la «voluntad del legislador de no limitar el deber de honrar y respetar a los padres a la minoría de edad» para que exceda de los ámbitos de la potestad y hacer posible su permanencia incluso después de que cese la patria potestad». Cfr. también FERRI L., *op. cit.*, 23; TRABUCCHI, *Il "vero" interesse del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare*, en *Riv. dir. civ.*, 1988, 733; VERCELLONE, *op. cit.*, 362; TAMBURRINO, *La filiazione*, en *Giur. sist. Bigiavi*, Turín, 1984, 399. Secondo GIORGIANNI, *op. cit.*, 316, la puntualización relativa a la edad «no fue reproducida en la ley de reforma, no tanto

(convivencia o cohabitación) orbitando entre 'amor paterno' y 'amor filial'⁶³, siendo instrumental a la realización del interés de autorealización de la persona en la experiencia paternal/maternal.

El contenido del respeto encuentra así una modulación y una adecuación con el pasar del tiempo⁶⁴, según una especie de logica *rebus sic stantibus*.

Hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, el respeto está íntimamente vinculado con la responsabilidad de los padres, casi hasta convertirse en un reflejo de esta, en un plano axiológico proponiendo nuevamente *prima facie* - de rebote - el interés superior del mismo menor. En efecto, si la reconstrucción de la responsabilidad de los padres, normalmente concebida en el Jano bifronte del binomio derecho-deber, tiende a la valorización de la dimensión del deber (*munus*) en función del interés - justamente preminente - del menor, revelándose un *officium gravissimum*, no obstante queda, si bien con un cambio en su significado (que habrá de leerse desde un punto de vista del interés a realizarse en la experiencia como padres), su valor de *ius primarium* de los padres. Desde esta perspectiva en el ejercicio de la responsabilidad paterna, no está en juego "solamente" la (debida) gestión de los intereses del menor, sino en un trayectoria con un sentido más

porque se quiso innovar sino probablemente para no sobrecargar la formulación literal del texto normativo»; aún así el autor sucesivamente (317) atribuye al deber de respetar «un significado que califica la posición, indudablemente subordinada, del hijo sometida a la patria potestad». Las dos afirmaciones encuentran propiamente una síntesis lógica en la opinión de PINO, *op. cit.*, 275, allí donde señala que el deber de respetar «perdura sin límites tiempo y como sumisión a la patria potestad hasta la llegada de la mayoría de edad o de la emancipación»

⁶²Cfr. también en este sentido, FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M., *Riforma del diritto di famiglia*, II, 2, Milán, 1976, 32; DE CUPIS, *Istituzioni di diritto privato*, Milán, 1980, 161; VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, en *Il diritto di famiglia, Tratt. Bonilini Cattaneo*, III, *Filiazione e adozione*, Turín, 2007, 321.

De opinión contraria D'ANTONIO, *La potestà*, cit., 523.

⁶³ << El amor de los padres por los hijos encuentra exacta correspondencia y carácter especular en el respeto de los hijos hacia los padres, en cuanto común es la misma base afectiva creada por el vínculo de filiación>>. Así BELLELLI, *I doveri dei genitori e i doveri dei figli*, cit., 160.

⁶⁴ En este aspecto cfr, en todo caso ya FERRI G.B., *Diritto al mantenimento e doveri dei figli*, en *Diritto di famiglia, Raccolta di scritti di colleghi della Facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Milán, 1982, 376.

Post reforma del 2012, se evidenció también que debía considerarse el contenido de la obligación de respeto en sentido <<flexible>>, de tal forma que pudiera cambiar con el mutar de la edad, sea del hijo como del padre. Cfr. al respecto, BASINI, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, cit., 4069; BELLELLI, *I doveri dei genitori e i doveri dei figli*, cit., 163.

amplio (heredera de una paternidad, también ella 'personalista') a través de un donarse (el amor paternal), la realización del "otro" junto a la realización de sí mismo.

La experiencia de ser padre/madre - incluso desde el más restringido ámbito de la responsabilidad y en plena coexistencia con la necesidad axiológica de dicha actividad⁶⁵ - es capaz de exaltar el yo paternal/maternal - en absoluto narcisista y egoístico - en la realización de la alteridad (del hijo)⁶⁶.

Dentro de una específica relación cualificada por el *ordo iuris* como relación 'padre-hijo', el interés de la autorealización paternal/maternal exige, después, un universo de eventos y comportamientos del hijo, propios del amor filial (inclusivo de una verdadera 'función' filial) que, modificándose en el tiempo, sobre todo una vez que se llega a la mayoría de edad, deberían traducirse en cuidados, asistencia, presencia⁶⁷. Un padre o una madre es tal también en el sentido de sujeto destinatario de experiencias humanas que solo un hijo puede dar, además de recibir.

El respeto se enriquece así de un contenido adicional y diverso⁶⁸ sin agotarse solamente en conductas que permitan la explicación de la responsabilidad paternal

⁶⁵ Cfr. al respecto T. Monza, 5.11.2004, cit. En particular el juez de fondo evidencia la existencia de un daño no patrimonial (*sub species* del daño moral y existencial) determinado por el «grave perjuicio al derecho personal de la madre a la plena realización de la relación familiar». Reconoce por tanto en cabeza de la madre el derecho al resarcimiento (por parte del padre o madre titular de la custodia) en relación al turbamento prolongado, al dolor, a la ansias que en ella se produjeron por no haber podido cumplir - no por su voluntad - con los estrictos deberes hacia el hijo, ni satisfacer sus legítimos derechos de madre (por tanto su esfera existencial de naturaleza conductual) a participar en la crianza y en la vida afectiva del hijo.

Esta lectura que busca la reconstrucción del argumento diferencia ulteriormente la obligación de respetar a los padres prevista en el art. 315-*bis* de aquel sancionado por el art. 358 c.c.

⁶⁶ Debe quedar claro que el *prius* es siempre el hijo. La satisfacción del otro precede y constituye la condición para la autorealización del donante. Conceder espacio al preminente impulso del yo (convertido en deseo de paternidad) abriría una brecha en ámbito jurídico a la aspiración de la adquisición de condición de padre/madre (que resultarían más individualistas que personalistas) aún hoy bastante controvertidas.

El interés a realizarse en una experiencia parental debe encuadrarse dentro de una relación que por sí sola da por resuelto la determinación del *status*.

⁶⁷ De «atención y comprensión della personalidad de los padres» discurre BELLELLI, *I doveri dei genitori e i doveri dei figli*, cit., 163.

⁶⁸ No obstante, por ej., en materia del llamado derecho de visita (v. 337-*ter* c.c. y 709-*ter* c.p.c.) es posible captar una relevancia - no del todo autónoma - del interés a realizarse como

(aunque se entiendan en la perspectiva más amplia expuesta anteriormente)⁶⁹ sino más bien evidenciando una, si bien (en un cierto sentido) esquiva, prestación de carácter “afectivo”.

El contenido de la obligación de respetar, aun operando en el terreno electivo de los sentimientos, debe concebirse - como hemos anticipado⁷⁰ - en términos objetivos, como conjunto de conductas (conectadas a «hechos sentimentales con relevancia jurídica» del mismo sujeto agente, o que simplemente denotan aquellos hechos, aun en el sentido más limitado de ser manifestaciones generalmente consideradas típicas o coherentes) idóneas para realizar el interés paternal/maternal.

En este sentido, el interés para la plena realización de la relación paternal/maternal atraviesa la experiencia humana del sujeto padre, de la (si es el caso) cuestión procreativa y por la entera vida del hijo, hasta asumir importancia incluso como consecuencia de hechos ilícitos de terceros que, ocasionando la muerte, hayan irreversiblemente comprometido la relación. La jurisprudencia del

padre/madre en cuanto destinatario de comportamientos con base afectiva por parte del hijo (menor de edad), especialmente allí donde esta recepción sea impedida por el otro genitor. Vid. *ex plurimis*: T. Roma, 3.09.2011, en *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1327, con comentario de DINI, *Tutela risarcitoria della posizione genitoriale e danno endofamiliare*: «la gravísima alteración de las relaciones afectivas de uno de los padres respecto del hijo menor, causada por el otro padre a través de la interrupción de cualquier positiva relación por un largo periodo configura la lesión del derecho personal a ser padre, derecho constitucionalmente garantizado de conformidad con los arts. 2 y 29 de la Constitución. Es susceptible de resarcimiento el consiguiente daño no patrimonial, entendido en su acepción más amplia de daño causado por la lesión de los intereses inherentes a la persona con aspectos de relevancia económica y que tendrán que determinarse en el fuerte sufrimiento del padre por no haber podido cumplir con sus deberes hacia el hijo y por no haber podido gozar de la presencia y del afecto del menor» V. por todos, *retro*, notas 58 y 64.

⁶⁹ Piénsese en la obligación en cabeza del hijo menor de edad de permanecer en el espacio regulado (llamado lugar de la relación de filiación) del art. 318 c.c. como situación de deber apta a especificar la obligación más general de respetar a los padres prevista en el art. 315 *bis* par. 4 c.c.. Permítase aquí reenviar a un escrito del autor: FOTI, *Art. 318 c.c.*, en AA.VV., *Commentario del codice civile. Della Famiglia*, cit., 726 ss. Además del interés superior del menor, la regulación jurídica del “espacio” establecida por el legislador sería en efecto funcional para la realización de un interés propio de los padres de recibir el “amor” filial.

⁷⁰ V. *retro* § precedente.

llamado daño de pérdida de la relación parental, de matriz fundamentalmente existencial, resulta en este asunto extremadamente paradigmática⁷¹.

6. Derecho a realizarse como padres al interior de una específica e irreplicable relación de filiación

El art. 315-bis c.c.⁷² asume a nivel 'positivo' una obligación funcional y un interés - aquél de realizarse en la experiencia como padres - que debería ante todo vincularse en el 'orden natural'⁷³; «un deber que aunque no hubiera sido

⁷¹ Solo a título indicativo resulta útil la referencia paradigmática a la proliferación del llamado «daño de pérdida de la relación parental» sobre el cual en una abundante literatura a título de ejemplo, v. más recientemente LA BATTAGLIA, *Danno da perdita del congiunto: nessi di causalità e pregiudizi non patrimoniali risarcibili*, en *Fam. e dir.*, 5, 2016, 458 ss); al respecto cfr. en todo caso, peculiarmente, Corte de casación, 12.6.2006, n. 13546, en *Vita notarile*, 2007, 1, 197, según la cual “compone el llamado daño existencial irreparable del art.2059 c.c. la alteración de los hábitos de la vida, con el trastorno del modo de relacionarse con los otros en el ámbito de la común vida de relación, como al interior y al exterior del núcleo familiar, como consecuencia de la irreversible desaparición del goce de la relación personal con los familiares más cercanos (el llamado daño parental) en su esencial aspecto afectivo o de asistencia moral (cuidado y amor), al cual cada componente del grupo familiar tiene el derecho respecto del otro, como para los cónyuges en particular se encuentra previsto en el art. 143 c.c. (de la relativa violación puede de hecho deducirse la imposibilidad de tolerar la continuación de la convivencia y la posibilidad de separación personal a cargo de uno de los cónyuges), para el padre/madre del art. 147 c.c. y antes aún por un principio inmanente del ordenamiento fundado en la responsabilidad de los padres (v. Corte const. 13.5.1998 n. 166), que deberá interpretarse en combinación con el art. 8 de la Ley sobre la adopción (la inobservancia de la obligación de cuidado o asistencia moral que determina la situación de abandono del menor que lo legitima para la adopción); para el hijo en el art. 315 c.c., susceptible de valorarse según dicha interpretación. Dicho aspecto, además constituye expresión de intereses esenciales de la persona que se hayan intrincados en el derecho a la intangibilidad de la esfera de los sentimientos y de la recíproca solidaridad en el ámbito de la familia y la libre y completa explicación de las actividades que permiten a la persona realizarse en el ámbito de la peculiar formación social constituida por la familia, la cual encuentra un reconocimiento en las normas de los arts. 2, 29, 20 Const. con la incidencia de un interés jurídico diverso tanto del bien jurídico a la salud (cuya tutela prevista en el art. 32 Const., allí donde resulte afectada la integridad psicofísica, se expresa mediante el resarcimiento del daño biológico) como del interés a la integridad moral (cuya tutela, que se puede vincular nuevamente con el art. 2 Const. cuando sea determinado un sufrimiento injustificado contingente, se expresa mediante el resarcimiento del daño moral subjetivo)».

⁷² Ha de interpretarse en armonía con el art. 318 c.c., disposición que individualizaría - como hemos anticipado (v. retro nt. 68) una obligación apta a especificar el (genérico) respeto.

⁷³ Para una correcta comprensión del fundamento 'natural de la obligación de respetar cfr. desde le punto de vista del cristianismo el Evangelio según Mateo, 5,43-48.

expresamente previsto no por ello dejaría de ser reconocido en cabeza de los hijos, ya sean estos mayores o menores de edad»⁷⁴.

Y ¿ampliando la búsqueda al interior del “sistema normativo” positivo⁷⁵?

La satisfacción del interés a la paternidad a través de la imposición de obligaciones filiales no parece poder deducirse, en cambio, como ha puesto en evidencia eminente doctrina, de las normas previstas en el derecho de sucesiones. En este sentido, no parece que las causas de la indignidad para suceder (arts. 463 ss. c.c.), así como la libertad testamentaria⁷⁶ (arts. 587 ss. c.c.), puedan constituir referencias útiles a dicha finalidad.

Los efectos contemplados en dichas disposiciones atacan en efecto del mismo modo al hijo o a cualquier otro miembro de la comunidad. A la relación de filiación no se le ha conferido ninguna autonomía *sub specie effecti*, sin evidenciar esta situación ningún *quid pluris* o, mejor, ningún rasgo distintivo respecto a cualquier otra relación entre el *de cuius* mismo y otros miembros de la comunidad⁷⁷. No

⁷⁴ RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, cit., 127. Agrega el autor que: «Así como se reconoce a nivel natural, antes aún que a nivel jurídico, la responsabilidad de los padres derivada del hecho mismo de la procreación, de la misma forma en cabeza de los hijos ha de ser reconducido un deber de respeto que no se extingue en el simple respeto por la persona». De hecho, como ya se ha evidenciado, el autor termina en todo caso por comprimir el interés protegido al interior de una perspectiva sustancialmente más restringida: la reciprocidad con el art. 147 c.c.

⁷⁵ El sistema normativo no es - en todo caso - representativo de todo el carácter jurídico, pero expresa una cristalización de normas y grupos de normas, armonizadas y compuestas en correspondientes institutos jurídicos, reflejo de la visión sincrónica de un determinado derecho positivo.

⁷⁶ Invocada por DE CUPIS, *Il dovere di rispetto dei figli verso i genitori*, en *Riv. dir. civ.*, 1981, II, 272, según el cual su ejercicio constituiría «el instrumento jurídico apropiado para sancionar voluntariamente, aunque sea en el límite de la cuota de reserva (arts. 536-537 c.c.) la falta de respeto del hijo al padre».

⁷⁷ El instituto jurídico de la indignidad para suceder prescinde de una relación cualificada entre el *de cuius* y el heredero, y por tanto una variada multitud de relaciones o simples contactos resulta unificada en el plano de la respuesta que da el ordenamiento. La indignidad opera de la misma manera si se produce en una relación padre-hijo como en una relación cualquiera entre el *de cuius* y un genérico miembro de la comunidad. Es opinión generalizada que el instituto encuentra su fundamento en la repugnancia social en permitir que quien haya ofendido gravemente (incluyendo también obviamente la ofensa a sus padres) a la persona del heredero o su libertad testamentaria pueda obtener provecho de la herencia del ofendido.

Comparto la tesis de DE CUPIS, *Il dovere di rispetto*, cit., 272, quien señala que la indignidad para heredar puede afectar al hijo como a cualquier otro sujeto por los hechos contemplados en el art. 463; parece adherir a dicha opinión RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, cit., 125.

parece posible poder entender un *discrimen* entre vínculos abstractamente diversos⁷⁸.

La búsqueda debe cambiar inclinación, y aspirar a encontrar su linfa en el horizonte de los valores fundamentales.

El art. 315-*bis* par. 4 señalaría en efecto, un interés de nivel constitucional.

Es al encaje constitucional que va dirigida la exploración funcional tendiente a la identificación de un interés llamado eficaz, y en términos de 'derecho', a la plena realización de la relación de filiación, o bien, a autorealizarse en la experiencia parental (con un sentido específicamente relativo) en aquella única relación jurídica.

Los arts. 2 y 30 Const. resultan por ello las referencias normativas más apropiadas⁷⁹.

En escena aparece un derecho 'fundamental/inviolable', de contenido no patrimonial, que corresponde a una 'persona', pero de carácter intrínseco y específicamente 'relacional'⁸⁰, en sentido unidireccional. No habría por tanto

La misma objeción puede plantearse también en relación con la libertad testamentaria. El testador puede ciertamente tener en cuenta un eventual comportamiento irrespetuoso de un hijo al igual que otros tantos comportamientos irrespetuosos de otros sujetos. Pero la parte no es el todo. Dicha opinión parece sustentada también por RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, cit., 125.

Aunque fuera posible percibir en dichas hipótesis la señal del interés a la paternidad, dicho esquema de valores sería en cierto sentido absorbido por una masa axiológica más amplia y vaga (capaz de impedir su posible reconocimiento y autonomía).

Un proceso argumentativo sustancialmente igual puede aplicarse al instituto de la revocación de la donación por ingratitud (art. 802 c.c.); sobre este punto cfr. D'ANTONIO, *La revocazione della donazione per ingratitudine*, en *Nuova giur. comm.*, 6, 2004, 718 ss. y allí abundantes referencias bibliográficas.

⁷⁸ Es indispensable reflexionar además sobre los esquemas de valores señalados por el instituto de la revocación de la herencia por indignidad del adoptado (art. 51, 1 par. Ley sobre la adopción); esta situación se concreta en comportamientos del adoptado a través de los cuales se haya hecho culpable de graves delitos no solo respecto del adoptante sino también respecto de sus ascendientes o descendientes.

⁷⁹ No es casual que las disposiciones *de quibus* – a título indicativo – sean evocadas por la jurisprudencia sobre el daño de pérdida de la relación parental (v. *retro* § 5); del mismo modo que en materia del daño se trata la privación de la figura parental (v. *infra* § sucesivo).

⁸⁰ Dicho carácter relacional, para ser claros, no coincide del todo con las connotaciones típicamente relacionales del sujeto entendido en cuanto 'persona' evocativa de la alteridad (que reclama precedencia) en antítesis con el 'individuo' (*individuum* aquello que no se puede dividir; evocativo por ello de aquello que es mío). El concepto mismo de «dignidad» iría relacionado

incompatibilidad entre la pertenencia de la situación jurídica *de qua* con el grupo de los derechos de la persona y la 'estructura relativa' que de ellos se recaba⁸¹, ya que el interés protegido no podría encontrar otra satisfacción por fuera de la específica e irrepetible relación de filiación. En un aspecto más evidente (pero no exclusivo)⁸² el interés parental, para ser satisfecho, exige que el hijo, ese hijo - y no cualquier otro sujeto, aunque sea determinado, incluso otro hijo⁸³ - actúe comportamientos a tal efecto idóneos, en un sentido que (al menos) objetivamente denoten un mínimo substrato de afecto, según una valoración conforme con el *id quod plerumque accidit*. La situación jurídica examinada deberá por ello articulada, en el plano interior, en una clave instrumental y la satisfacción del interés subyacente pasa ante todo a través del establecimiento de un comportamiento ajeno. Así pues se evoca la actitud prevalente de las situaciones acreedor-deudor.

No obstante, el derecho individualizado resulta asistido en el plano exterior (evidenciando una característica por lo demás común a los derechos de la persona y a situaciones de deuda-crédito con prestaciones no fungibles⁸⁴) por un deber (en

con la estructura relacional de la 'persona'. Sobre el tema de la dignidad, por último, resulta necesaria la referencia a SCALISI, *Ermeneutica della dignità*, Milán, 2018.

⁸¹ La superación de las dificultades dogmáticas de concebir un derecho fundamental e inviolable de la persona como un derecho unidireccional, en cuanto relacional, ha sido evidenciada por una parte de la doctrina (v. recientemente, SCAGLIONE, *Danno non patrimoniale ed illecito endofamiliare nel sistema della responsabilità civile*, en *Diritto e Processo*, 2018, 202 ss., si bien las investigaciones haya estado dirigida a la posición del hijo al interior de la relación de filiación).

Nótese, al respecto, que también los derechos fundamentales pueden tener un carácter relativo; en este punto, OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Turín, 2018, 10, el cual evoca el caso de los derechos sociales, que en cuanto derechos de prestación, que son exigibles solo respecto de determinados sujetos obligados a erogar la prestación.

⁸² Resulta útil recordar lo que hemos deducido *retro* en relación con el ejercicio de la responsabilidad parental (en su prevalente dimensión como deber) como momento de autorealización para los padres.

⁸³ En todo caso, la pérdida de la relación con el hijo podría de alguna manera sacar a relucir una situación compleja en la cual encaja la relación misma; la indemnización, que puede invocarse (v. *infra* § successivo) del antes mencionado punto de vista, debería, en el plano del *quantum debeat*, resultar condicionada (v. al respecto Cass., 24.02.2010, n. 4484, in *De Jure*).

⁸⁴ Nos referimos a la protección extracontractual (aquiliana) del crédito, desde el *leading case* (el caso del futbolista Meroni) que se concluyó con la sentencia Cass., Sez. Unite, 26.01.1971, n. 174, ampliamente publicada (v. *Foro it.*, 1971, I, c. 1286) y ampliamente comentada..

sentido técnico) impuesto a los *omnes* (en el caso en estudio) de no interferir en la relación, tanto de no impedir explicaciones y/o plena realización⁸⁵.

7. La búsqueda de un perfil remedidor

La propuesta lectura del art. 315-*bis* c.c. proyecta el plano de inobservancia de la regla del respeto, habida cuenta de la incoercibilidad de la relativa obligación, en un horizonte particular⁸⁶.

Conviene en primer lugar dejar claro que la ausencia de un remedio expresado - al interior de la disposición - no obsta a la posibilidad de encontrar una respuesta remediadora, ante todo, en el microsector en el cual se haya insertada la proposición normativa⁸⁷, o aún más, en todo el universo jurídico concebible. «El efecto se determina plenamente no en función de una norma singularmente concebida (cualquiera que ella sea) sino en función del entero sistema»⁸⁸.

La mirada puede dirigirse entonces al ilícito y al universo de la responsabilidad civil⁸⁹ y a la indemnización del daño sobre la base de un criterio de equivalencia.

Por un lado, en efecto, los derechos fundamentales o inviolables de la persona aspiran, siendo dotados de una carga deontológica, a la máxima realización, y exigiendo la más amplia protección, también (más allá de su eficiencia) de carácter resarcitorio.

⁸⁵ La muerte del hijo causada por un tercero entra en la llamada fenoménica del ya mencionado daño <<por la pérdida de la relación parental >>. V. *retro* § 5.

Otra es la hipótesis, también ya mencionada, del daño causado a raíz de conductas que obstaculizan la plena realización de la relación de filiación. Casos emblemáticos y problemáticos se relacionan con el llamado derecho de visita del padre/madre. En los casos ya mencionados, el reflejo de las argumentaciones prospectadas en la parte motiva deberían conducir a discutir de hechos que inciden sobre la posibilidad del padre de recibir - por parte del padre - la prestación - por parte del hijo - de substrato afectivo. V. *retro* notas 58,64,67.

⁸⁶ En este punto cfr. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Turín, 2014, espec. 370; BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Turín, 2014, spec. 368.

⁸⁷ Una lectura sistemática del art. 315-*bis*, co. 4, y del art. 318 c.c. permite además individualizar remedios específicos (la llamada de atención directa por parte de los padres al menor o a instancia, por parte del juez tutelar competente) predisuestos, por el mismo art. 318 c.c. por la violación de la obligación (el alejamiento del menor no conforme con su interés superior) específica (como ya se anticipó *retro* nota 68) del (genérico) respeto.

⁸⁸ Cfr. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 65 ss.

⁸⁹ No solo entendida en el más estricto sentido de la 'responsabilidad' aquiliana.

Por otro lado, el argumento de la inmunidad⁹⁰ o impermeabilidad del instituto de la familia a las reglas y principios de la responsabilidad⁹¹ - sin negar los costos o la persistencia de no pocos aspectos críticos - resulta llegados a este punto fundamentalmente superado⁹².

La combinación entre estos dos sectores, tradicionalmente distintos (en el sentido que no existe interferencia entre ellos), del derecho privado resulta posible, por un lado, en razón de los cambios de la *essetà* (o sea la 'substancia') familiar y de la evolución de los roles en dicho universo emergente (la familia ha cambiado y las relaciones entre los familiares han mutado), por otro lado, paralelamente, en razón de las móviles fronteras del daño resarcible y/o de las profundas modificaciones que se han producido en el sistema de responsabilidad civil, ahora abierto a una perspectiva <<polifuncional>>⁹³, con una curvatura preventiva o deterrente y por tanto también con un matiz sancionador.

Prolifera en este escenario el llamado daño endofamiliar⁹⁴.

La perspectiva remediadora que ofrece la responsabilidad civil no parece que encuentre obstáculos tanto al interior de las específicas relaciones, tradicionalmente

⁹⁰ Sobre la *immunity doctrine* v. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, en *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 415.

Indefectible resulta también la referencia a: JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, en *Annali del Seminario giur. Univ. Catania*, VIII, Nápoles, 1949, 57, según el cual «la famiglia è un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto»; NICOLÒ', *Osservazioni di metodo e osservazioni generali sul progetto del Guardasigilli Reale sulla Riforma del diritto di famiglia*, en AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del Convegno di Venecia en la Fondazione "G. Cini" los días 30.4-1.5.1967, Pádua 1967, 205. Esta línea de pensamiento se apoya en el pensamiento de HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. de Cicero, Milán, 1996, §§ 161 ss., espec. § 176.

⁹¹ Fundado en múltiples razones: de la configuración del sistema familiar como una estructura normativa correctiva cerrada, en cuanto típica y autosuficiente, al carácter inadecuado y/o inoportuno de la solución resarcitoria en cuanto propulsora (en el sentido de aceleradora y promotora) de conflictos intrafamiliares y capaz de poner en peligro la paz familiar, además de idónea, si se introduce, a crear una serie de injustificadas duplicaciones de las consecuencias respecto al responsable en presencia de específicos remedios que ya se encuentra en el ámbito familiar.

⁹² Cfr., en particular, los estudios de PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milán, 1984, observados desde el futuro por él mismo ID., *Famiglia e responsabilità civile: un lungo itinerario*, en *La responsabilità nelle relazioni familiari*, coordinador Di Sesta, Turín, 2008, XXXVII ss.

⁹³ *Ex aliis*, más recientemente: SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni Unite della Corte di Cassazione e la concezione polifunzionale della responsabilità civile*, en *giustiziacivile.com*, 8, 2017, 1 ss.

⁹⁴ En una literatura extremadamente amplia, más recientemente puede verse, a título indicativo: NAZZARO, *Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra "familiari"*, en *Giust. civ.*, 4, 2016, 827 ss.

consideradas “verticales”, entre «padres - hijos»⁹⁵, como de las distintas relaciones llamadas horizontales, porque diversos son los intereses en juego y los valores que en él subyacen⁹⁶.

Si de hecho la atención de la jurisprudencia se ha dirigido principalmente a las conductas de los padres respecto de los hijos, lo mismo no podía decirse para los comportamientos de los hijos (mayores de edad) respecto de los padres.

De dicho punto de vista resulta necesario interrogarse si, a la luz de la transformación del *ordo iuris* familiar y contemporáneamente de las dinámicas de la responsabilidad civil (como intuido por algunos en la doctrina⁹⁷), una vez que ha caído la inmunidad para el comportamiento dañoso de los padres⁹⁸, ha llegado el momento para la configuración de una obligación de resarcir el daño a cargo de los hijos en razón de los comportamientos dañinos (y de la subsistencia de todos los presupuestos para que pueda surgir el efecto resarcitorio) respecto de los padres: el hijo no asumiría el papel de perjudicado sino de causante del perjuicio⁹⁹.

En el ámbito del ilícito entraría el universo fenomenológico de conductas que eliminaría del abandono moral, entendido como profunda indiferencia (interrupción duradera de los encuentros o ausencia prolongada del hijo, índice del desinterés hacia los padres), a la grave y consolidada hostilidad; un conjunto de conductas que contrastan con los deberes de cuidado y asistencia (que debían entenderse como traducción concreta de la situación jurídica del respeto) en cabeza del hijo.

⁹⁵ Se señala, sin ánimo exhaustivo, entre otros, el eficaz estudio de CIPRIANI, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, en *Famiglia e dir.*, 2008, 5, 518 ss.

⁹⁶ En este sentido, CIPRIANI, *op. cit.*, 518.

⁹⁷ De la misma opinión CIPRIANI, *op. cit.*, 519.

⁹⁸ Referencias puntuales al respecto pueden encontrarse en CIPRIANI, *op. cit.*, 520 ss.

⁹⁹ No debe pasar desapercibido, a la luz de cuanto hasta aquí argumentado, el cada vez más común “parasitismo” *sine die* de las nuevas generaciones a cargo del consorcio familiar. Cfr. particularmente: D’AURIA, *Ancora sulla durata dell’obbligo di mantenimento dei figli ai sensi dell’art. 147 c.c. La “colpa” del figlio maggiorenne e l’assenza dalle aule giudiziarie dell’art. 315 c.c. Riflessi in materia di onere della prova*, en *Giur. it.*, 2003, 45 ss.; CIPRIANI, *op. cit.*, 534.

Paradigmática resulta el fenómeno de las relaciones hijos/padres ancianos¹⁰⁰, estos últimos, además, frecuentemente no autosuficientes¹⁰¹ y sujetos a continuas situaciones de dificultad¹⁰². La condición jurídica del anciano en la sociedad italiana significativamente poblada por personas de la tercera edad, estimula, en efecto, siempre más, las reflexiones de la doctrina¹⁰³.

¹⁰⁰ Si bien a través de una argumentación que niega el carácter jurídico, resultan útiles las consideraciones de FERRI L., *op. cit.*, 24: La afirmación del deber de respetar resulta ser por lo tanto una afirmación de naturaleza ética, que como tal no puede vincularse al hecho de la edad y por tanto a la patria potestad. Diría por el contrario - señala el autor - «que el deber de respetar a los padres como deber moral, se acentúa particularmente cuando los padres han alcanzado la edad madura, como lo demuestra el famoso episodio bíblico». La gran importancia del problema la percibe CIPRIANI, *op. cit.*, 532.

¹⁰¹ Cabe recordar A. Florencia, 19.9.1990 (riformata poi dalla Cass., 1.10.1994, n. 7989, in *Giust. civ. mass.* 1994, 1177). Sostenía la Corte que el rechazo de los llamados a recibir y a asistir a la propia madre no autosuficiente al final de su estancia en el hospital debía configurarse como un hecho ilícito, en cuanto conducta lesiva del derecho de la madre a ser atendida por sus propios hijos (violación culposa de la obligación legal de asistencia familiar) con consiguientes obligaciones de indemnizar al Servicio Sanitario Local el costo de su internación hospitalaria indebidamente prolongado en el tiempo. El derecho de un padre/madre a la asistencia familiar por parte de los hijos se fundaba, de hecho, en el texto de los arts. 29 y 32 Const. además de los arts. 315 a 433 c.c. cuyas previsiones eran idóneas a anclar el ilícito aquiliano consumando un daño para el Servicio Sanitario Local

¹⁰² << No me deseches en el tiempo de la vejez, no me abandones cuando declinan mis fuerzas (Sal 71,9). Es el grito del anciano que teme el olvido y el desprecio. Así como Dios nos invita a ser instrumentos para escuchar la súplica de los pobres, Él espera también de nosotros que escuchemos el grito de los ancianos >>. En estos términos PAPA FRANCESCO, *Amoris Laetitia. Esortazione apostolica sull'amore nella famiglia*, Edizioni San Paolo, 2016, 147.

En la perspectiva, en efecto, del interés específico del presente estudio el problema no estaría constituido por la soledad en sí misma del anciano. Al contrario los padres ancianos ¡no podrían de hecho dejarse solos!

La soledad podría colmarse acudiendo al contrato de mantenimiento y asistencia, en cuanto acuerdo incierto atípico (no reconducible al contrato de renta vitalicia del art. 1872 c.c.) con el cual una parte, a cambio del traspaso de un bien mueble y/o inmueble, se obliga a prestar asistencia 'moral' y/o material al anciano por toda la duración de la vida de este último. Entre los elementos connotativos de este esquema resultan entonces obligaciones que tienen por objeto prestaciones no fungibles (de carácter material y/o moral) exigibles únicamente a un sujeto individualizado por sus cualidades personales.

La soledad podría no subsistir por la presencia, asistencia, cuidados, prestados por otros familiares e incluso por otros hijos.

No obstante ello, constituirían abandono también las conductas profundamente indiferentes de un hijo en un contexto en el cual los padres no estén abandonados en términos absolutos; la soledad que consideramos relevante es una consecuencia subjetivamente que se produce entre un sujeto determinado (uno de los padres) y otro sujeto determinado (el hijo).

¹⁰³ Sobre la condición jurídica del anciano, a título indicativo puede verse: PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, en *Rass. dir. civ.*, 1990, 85 ss.; AA.VV., *I diritti degli anziani*, Milán, 1996, 25 ss.; LONGO, *I diritti dei malati cronici e dei propri familiari*, en *Famiglia e dir.*, 1999, 410 ss.; D'ARRIGO - PARRINELLO, *L'anziano nel sistema e nell'interpretazione giuridica*, en

La configuración de obligaciones de cuidado y asistencia como significados normativos del respeto al tenor del art. 315-*bis* c.c. o en todo caso, como efectos generadores del interés, de nivel constitucional, a la explicación (en el ámbito de una subsistente, con un determinado hijo, específica relación jurídica) de la propia paternidad/maternidad, interroga por tanto al intérprete sobre la posible utilización de un remedio resarcitorio¹⁰⁴, frente a un daño no patrimonial (*melius*, daño a la persona), de clara matriz existencial¹⁰⁵; un daño de privación de la

Soggetti e ordinamento giuridico, coordinador, TOMMASINI, Turín, 2000, 65 ss.; CENDON, *I diritti dei malati terminali*, Milán, 2003; STANZIONE, SCIANCALEPORE, *Anziani, capacità e tutele giuridiche*, Milán, 2003. Cfr. también PIRONTI, *op. cit.*, 482.

Más recientemente, cfr. también, *ex aliis*: GIACOBBE E., *I vecchi e i giovani*, en *Dir. fam. e pers.*, 3, 2016, 905 ss.; BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, en *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 6, 2015, 293 ss.; BUGETTI, *Riflessioni sul ruolo della famiglia nella cura degli anziani (anche in riferimento ad un recente intervento del legislatore cinese)*, en *Fam. e dir.*, 12, 2013, 1151 ss.

¹⁰⁴ Neutralizando así la afirmación según la cual «no parecen subsistir en nuestro ordenamiento, al contrario de cuanto sucede en otros países, disposiciones concernientes los deberes en cabeza de los hijos adultos respecto de los padres ancianos» excepto en determinados presupuestos, el instrumento de la obligación de alimentos prevista en el art. 433 c.c.: en este sentido CIPRIANI, *op. cit.*, 532.

¹⁰⁵ La llegada del daño existencial en sede de Casación se produjo con la conocida sentencia del 7.6.2000, n. 7713, *ex multis*, en *Giust. civ.*, 2000, I, 2219. En el caso de autos, en aplicación de dicho principio la Corte Suprema confirmó la decisión de fondo que había reconocido el derecho a la indemnización por el daño, liquidado de forma equitativa, a favor del hijo natural como consecuencia de la conducta del progenitor que durante años se había obstinado negándose a suministrar al hijo los medios de subsistencia con la consiguiente “lesión de si mismo” de derechos fundamentales de la persona inherentes a la “calidad de hijo” y del menor. A la consideración de la Corte se presentó, por lo tanto, un comportamiento doloso del padre o intencional y persistentemente temerario, y en cuanto tal sin posibilidad de ser adscrito a ninguna tipología de delito y no idóneo para determinar una enfermedad en el sentido médico-legal del término.

El enfoque delineado por la Corte Suprema dirigido a determinar la existencia de un interés a la autorealización como hijo ha encontrado curso en la jurisprudencia de fondo más inmediata. Cfr. particularmente T. Venecia, 30.6.2004, en *Famiglia e dir.*, 2005, 116, con comentario di Facci: «Considerando que el comportamiento como padre no se agota con el acto procreativo, sino que implica de forma inderogable, también en virtud de una norma de rango constitucional, el deber de guiar a la prole a través de su, para nada fácil, camino de desarrollo psico-físico y de maduración. El padre natural que nunca (desde el nacimiento del hijo) de ninguna manera ha prestado a este último la más mínima asistencia material, moral, afectiva y psicológica, negándose, no obstante los reiterados y dolorosos tentativos del hijo, a mantener con él incluso esporádicas relaciones de cualquier naturaleza, e incluso, de encontrarlo, provocándole con ello, aunque estén ausentes, en la actualidad, apreciables efectos patológicos de carácter físico, un nada despreciable daño existencial, resultante de la falta total, ininterrumpida y consolidada de cualquier relación afectiva, debe al hijo una indemnización, de forma equitativa, del daño existencial que le fue provocado». En la misma línea A. Bolonia, 10.2.2004, en *Famiglia e dir.*, 2006, 511, con comentario di Facci, y en *Resp. civ.*, 2006, 133, con comentario de Greco. Sobre la

relación filial, como tal, tendencialmente (dado su exclusivo anclaje a la mayor edad del hijo), especular¹⁰⁶ al más conocido (y del variado fundamento o manifestación)¹⁰⁷ “daño de privación de la relación paternal/maternal¹⁰⁸.”

admisión de la demanda de indemnización de un hijo por la conducta omisiva del padre, actuada en un periodo anterior a la constatación de la paternidad, v. T. Bolonia, 25.10.2005 y T. Venecia, 18.4.2006, subrayadas por FACCI, *op. cit.*, 121 ss.

Ahora bien, así como ha sido reconocida la existencia de un interés a realizarse en la experiencia de tener un hijo, uno especular debería poder proyectarse también para la posición parental.

Además, después del discutible reduccionismo de la envergadura del daño existencial voz descriptiva del daño no patrimonial entendido en términos unitarios, el despertar de la subcategoría en sentido prescriptivo es posible encontrarlo (a título ejemplificativo) en algunos pronunciamientos recientes de la Corte Suprema: Cass. 17.01. 2018, n. 901, en *Danno e resp.*, 2018, 453; Cass., 27.03.2018, n. 7513, *ivi*, 456; Cass., 31.05.2018, n. 13770, *ivi*, todas con comentario de PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di san Martino*.

¹⁰⁶ Pues se encuentra fundado en comportamientos que revelan un profundo desinterés, adictivos de un rol o de una función.

¹⁰⁷ Por que: Eventualmente centrado en el derecho del menor a tener ambos padres (art. 337-ter c.c.) concentrado sobre el argumento según el cual el padre omite desarrollar el rol elegido por él mismo, dirigido a considerar, en el plano del daño, la incidencia sobre el desarrollo psicofísico, es decir sobre la personalidad, del menor.

¹⁰⁸ Además de los pronunciamientos mencionados en la primera parte de la nota anterior, *cfr.*, más recientemente (a título indicativo): T. Lecce, 1/10/2019, n. 3024, en *De Jure*; T. Genova, 14 de mayo 2018, n. 1335, en *De Jure*; T. Florencia 14.02.2018, n. 452; T. Trieste, 22.12.2017, n. 868, en *Resp. civ. prev.*, 2, 2018, 607, con comentario de GAUDINO, *Paternità, obblighi, responsabilità: il risarcimento del danno per lesione del diritto al rapporto parentale*; T. Matera, 7.12.2017, n. 1370, en *Foro it.*, 2018, 1, I, c. 305; T. Milán, 13.03.2017, en *Fam. e dir.*, 2018, 397, con comentario de SCALERA, *Il danno da deprivazione della figura paterna: alcune incertezze applicative*; T. Milán, 23.07.2014, en *Fam. e dir.*, 2015, 43, con comentario di VERONESI, *Sulla determinazione tabellare del danno endofamiliare: «Padece un danno no patrimonial susceptible de indemnización al tenor del art. 2059 c.c. la hija menor que, privada de la figura paterna, a causa del comportamiento conscientemente insensible del padre, se ve obligada a conducir una vida carente de múltiples actividades que contribuyen a la realización de la persona y por tanto “cualitativamente” interior a aquella que le esperaría en presencia de la figura de ambos padres. El perjuicio sufrido por la lesión de la situación jurídica subjetiva protegida constitucionalmente, en el caso en estudio considerada “seria” y “grave”, elude precisas cuantificaciones monetarias y debe ser liquidado de forma equitativa de conformidad con el art. 1226 c.c. utilizando los baremos elaborados por el Observatorio sobre la Justicia Civil, y en particular el aparte relativo a la “pérdida definitiva” de uno de los padres. El importe correspondiente a dicho aparte del daño debe ser sin embargo calculado nuevamente de forma adecuado, cuando el deceso de la figura parental no se ha producido, en una media igual a un cuarto del importe mínimo establecido».* Sobre este aspecto, v. también GALLETTI, *Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milán come possibile risposta al problema della relativa quantificazione*, en *Resp. civ. e prev.*, 2015, 562 ss.; FALLETTI, *Risarcimento del danno al minore per l'assenza del genitore*, en www.osservatoriosullalegalita.org; Cass., 22.11.2013, n. 26205, en *De Jure*; Cass., 10.04.2012, n. 5652, in *Giust. civ. Mass.* 4, 2012, 467; T. Sulmona, 26.11.2012, en *Foro it.*, 2013, I, c. 689.

En la doctrina, *ex aliis*: MENDOLA, *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, en *Dir. fam. pers.* 2, 2019, 905 ss.; ROSSI, *La privazione genitoriale*, Milán, 2018;

Resulta de esta manera controvertido el tipo de responsabilidad que puede invocarse en las hipótesis hasta aquí enunciadas.

El problema postulara, sin embargo un examen (analítico) que los límites de este estudio permiten solo esbozar. Es la misma delimitación de los límites entre responsabilidad *ex contractu* y *aquilia* la que sigue siendo, sin embargo, aún hoy, el verdadero punto crítico¹⁰⁹.

Ahora bien, discutiendo de 'obligación' (*obbligo*) de respetar, y no de 'obligación' (*obbligazione*) en sentido estricto, ya que falta, ante todo, el carácter patrimonial de la prestación (exigido por el art. 1174 c.c.), la responsabilidad 'extracontractual' (art. 2043 c.c.) constituirá el cauce 'natural' de la respuesta remediadora.

La tesis apenas delineada debe en efecto, enfrentarse con la diversa opinión en sentido 'contractual' de la responsabilidad (art. 1218 c.c.), unida, además, con el avance del llamado daño no patrimonial de incumplimiento¹¹⁰. Las conductas profundamente indiferentes, gravemente¹¹¹ hostiles, deberían de hecho observarse desde la perspectiva de la *relación jurídica*, ya que el deber - del comportamiento filial - subsiste respecto de un insustituible sujeto determinado¹¹² y la realización

¹⁰⁹ En una literatura abundante, para una reconstrucción sintética de las diversas posiciones vid.: ANZANI, *Illeciti tra familiari e adattamento della responsabilità civile: la <<responsabilità da ingiustizia in una relazione qualificata>>*, en *Dir. fam. pers.*, 2, junio, 2017, 597 ss.

¹¹⁰ En particular, en el comentario a la llamada sentencia de San Martino, de 11 de noviembre de 2018 Sezione Unite (nn. 26972 e 26973, 26974, 26975), difusamente publicadas (v. *De Jure*) y ampliamente comentadas.

¹¹¹ Muestra CIPRIANI, *op. cit.*, 534 s., que «la preexistencia entre las partes de un vínculo cualificado es susceptible de acentuar la gravedad del daño: el daño proviene en efecto por parte de sujetos de los cuales el máximo es la custodia del perjudicado sobre su buena fe y su rectitud. Pero podrán existir situaciones en las cuales, por el contrario, el vínculo padre-hijo comporte un desvanecimiento de la regla de la responsabilidad, en el sentido que una conducta considerada dañosa entre los terceros extraños, en el ámbito del vínculo de filiación (o bien una relación conyugal) no será por el contrario resarcible como consecuencia de una comparación entre los intereses en juego de la cual resulte preminente el valor de los vínculos de solidaridad que unen a quienes pertenecen a un mismo núcleo familiar».

¹¹² En las relaciones familiares, con una diversa reconstrucción de su fundamento y/o con una diversa delimitación de las obligaciones cuya violación pueda determinarla, la configuración de una responsabilidad de naturaleza contractual es sostenida *ex aliis*: MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, en *Riv. dir. civ.*, 2014, 1226 ss.; PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, en *Fam. pers. succ.*, 2011, 22; VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, en *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 200.

Invocando la teoría de la llamada obligación de protección, en particular: NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, en *Eur. dir. priv.*, 2008, 942 ss., espec. 959 ss.

del derecho fundamental/inviolable depende de la persona-padre/madre, justo por su carácter intrínsecamente relacional, solo del hijo, en cuanto sujeto obligado.

A hacer su entrada en escena sería una <<relación jurídica no patrimonial >>¹¹³, caracterizada también *ex latere* del hijo, de una obligación de naturaleza jurídica. La prestación debida presentaría además la peculiaridad de no consistir en un dar, ni en un hacer no fungible, sino - se determina¹¹⁴ - en una 'actividad' (la prestación afectiva) ontológicamente no fungible.

Señala BIANCA C.M., *La famiglia*, cit., 63 y 352, que la disciplina de la responsabilidad contractual sería aplicable analógicamente.

¹¹³ Sobre el tema, *inter alios*, más recientemente SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale*, en *Giust. civ.*, 1, 2019, 97 ss.

¹¹⁴ Cfr. en este aspecto SPAZIANI, *op. cit.*, 86 s.