

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo¹ (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)²

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 condena al progenitor que convive de hecho con el menor a indemnizar el daño moral sufrido por el progenitor no conviviente, en la medida en que la madre impide al padre la relación personal con el hijo al marcharse a vivir a Estados Unidos. La trascendencia de esta resolución radica en que probablemente constituye un paso significativo en la ruptura del principio tradicional de inmunidad por daños en el ámbito de las relaciones familiares.

¹ Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación concedido para la creación y consolidación de grupos de investigación de la Universidad Autónoma de Madrid, cofinanciado por dicha Universidad y la Comunidad Autónoma de Madrid, bajo el título «La unificación del Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro (III)», referencia CCG08-UAM/HUM-3986.

² RJ 2009,5490. La ponente de dicha sentencia ha sido la Magistrada Excm. Sra. Doña Encarnación Roca Trias.

PALABRAS CLAVE

Reparación, daño moral, privación de la relación personal con el hijo.

ABSTRACT

This article analyses the important decision de 30.6.2009 given by Spanish High Court. According to the Court, the parent's non-pecuniary loss should be compensated by the other parent who, by living with their child in another country, is depriving him of any contact. It seems that the decision abolishes the doctrine of intrafamilial tort immunity.

KEY WORDS

Compensation, non-pecuniary loss, deprivation of maintenance of personal relationships.

SUMARIO: I. *Hechos.*—II. *Trascendencia de la resolución.* II.1 ¿Quiebra del principio tradicional de inmunidad por daños entre familiares? II.2 Las creencias religiosas de la madre como posible causa de privación de la guarda y custodia del menor. II.3 Existencia de un daño moral originado por la madre al menor.—III. *Comentario a la sentencia:* III.1 Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual. III.2 Requisitos para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual: A) Acción u omisión interviniendo culpa o negligencia. B) Daño. C) Relación de causalidad.

I. HECHOS

Don Paulino y doña Remedios tienen una relación sentimental. El hijo de esta última es reconocido como propio por don Paulino, de manera que figura en el libro de familia como hijo de ambos. Con posterioridad doña Remedios ingresa en la Iglesia de la Cienciología y el 23 de agosto de 1991, cuando el niño tiene 9 años de edad, se traslada a Florida con el menor, no regresando ya a España. De inmediato don Paulino denuncia el hecho, pero termina el procedimiento por auto de archivo el 3 de octubre de 1991.

El Juzgado de Primera Instancia, a petición del padre, el 13 de octubre de 1992 dicta un auto en el procedimiento de medidas cautelares iniciado

frente a doña Remedios, en el que acuerda la atribución de la guarda y custodia sobre el menor a su padre, en cuanto hay dudas de que la convivencia con la madre pudiera afectar de modo negativo la personalidad del niño. El auto es confirmado por la sentencia del propio Juzgado de 28 de junio de 1993. A su vez la sentencia de la Audiencia Provincial de 13 de enero de 1995 confirma la resolución apelada argumentando las orientaciones religiosas de la madre, su desplazamiento a los Estados Unidos privando al padre de manera unilateral e injustificada del ejercicio de sus derechos y deberes inherentes a la patria potestad y, por último, la ignorancia materna del auto que ordena la atribución de la custodia al padre.

Don Paulino trata de ejecutar la sentencia en Estados Unidos, pero no lo consigue debido a su situación económica. Aun así, formula varias reclamaciones ante el Presidente del Gobierno, acude a la Dirección General de Protección Jurídica del Menor del Ministerio de Asuntos Sociales y al Defensor del Pueblo, e incluso intenta que se le tenga como parte en el proceso interpuesto en el Juzgado de Instrucción contra la Asociación Civil Dianética.

Don Paulino demanda a doña Remedios, al Centro de Mejoramiento Personal A.C. y a la Asociación Civil Dianética, pertenecientes a la Iglesia de la Cienciología. Ejercita la acción de responsabilidad extracontractual solicitando que se condene a los demandados a pagar solidariamente la indemnización de 35 millones de las antiguas pesetas (equivalentes a 210.354, 24 euros) por el daño moral causado al demandante al ser captada Doña Remedios por los citados centro y asociación, y ser privado en contra de su voluntad de su hijo desde el 23 de agosto de 1991, sin que en ningún momento la madre y el hijo hayan regresado de Estados Unidos. Entre otras alegaciones, en su contestación a la demanda, los demandados señalan que ha transcurrido de sobre el plazo de prescripción de un año marcado en el artículo 1968.2.º del Código Civil, ya que a su juicio el *dies a quo* para la interposición de la demanda ha de ser la fecha del desplazamiento del menor (el 23 de agosto de 1991), y la presentación de la demanda es el 16 de octubre de 1998.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 2 de abril de 2003 desestima la demanda y acoge la excepción de prescripción formulada por los demandados. La cuestión central es el día a partir del cual ha de computarse el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual, y el Juez de Primera Instancia cuenta como *dies a quo* aquel en que finalizan las actuaciones de naturaleza penal seguidas por los mismos hechos. Don Paulino presenta recurso de apelación contra dicha resolución, que es confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de octubre de 2004³. La parte recurrente sostiene que se trata de un daño de naturaleza continuada y que, como consecuencia, el cómputo del plazo de la prescripción no puede realizarse desde un día concreto, sino que se mantiene en el tiempo mientras persista la situación de privación de la compañía del menor. Pero la sentencia de la AP vuelve a reiterar que es a partir del momento del traslado a América cuando cabe la interposición de acciones civiles o penales, por lo que es a partir de la finalización de las acciones penales cuando el demandante podía acudir a la vía civil.

Don Paulino interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, y condena a Doña Remedios a indemnizar el daño moral a don Paulino con la cantidad de 60.000 euros, pero absuelve a los

³ JUR 2004/297841.

codemandados Centro de Mejoramiento Personal A.C. y Asociación civil Dianética.

II. TRASCENDENCIA DE LA RESOLUCIÓN

Hace tiempo que se afirma por la doctrina que los tribunales españoles parecen ya preparados para admitir, en los litigios entre los servicios sociales y los padres biológicos de los niños que se encuentran bajo la custodia de la Administración Pública, que dichos padres tienen derecho a una indemnización cuando la restitución del menor a aquellos es ya imposible⁴. La resolución objeto de este comentario da un paso más allá: condena al progenitor que convive de hecho con el menor a indemnizar el daño moral al progenitor no conviviente en cuanto el primero impide a este último la relación personal con el hijo. Hasta ahora la doctrina que se ha ocupado de la materia siempre se ha planteado esta cuestión en relación con los daños derivados del incumplimiento del derecho de visita, esto es, el progenitor que tiene la guarda y custodia del menor obstaculiza o impide el cumplimiento del derecho de visita cuyo beneficiario es el progenitor que no convive con el menor⁵. Pero la singularidad de la sentencia examinada es que el padre (que además no es el

⁴ Así se pronuncian MARTÍN CASALS, M.; RIBOT, J. y SOLÉ FELIU, J.: «Children as victims under Spanish Law», *Children in Tort Law*, Part II: Children as Victims, Tort and Insurance Law, volumen 18, Springer-Verlag, Viena, 2007, pp. 232-233. Véase también en esta línea la STS 9.7.2001 (RJ 2001, 4999), en la que, aunque se admite la pretensión de la madre biológica de reconocimiento de la filiación, sin embargo se desestima la petición de entrega de la hija porque ya existe una previa adopción que, al estar constituida por resolución judicial, precisaría ser anulada o extinguida por sentencia judicial y previo ejercicio de la correspondiente acción, que nunca se ejerció. Parece que hubo una responsabilidad de la Administración Pública en la tramitación del expediente de adopción. Por su parte se ha apuntado por MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del Derecho de Daños al incumplimiento del régimen de visitas», *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda (coordinador), 1.ª edición, Thomson Aranzadi, 2006, p. 196, que quizás el auto dictado por la Sección sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006, 70) constituya una vía abierta en el futuro para la posible indemnización de daños y perjuicios al progenitor no conviviente al que se le priva por el otro progenitor de la relación con el menor, en la medida en que ordena a la Junta de Andalucía la reparación a la madre de la pérdida de expectativas de la posibilidad de recuperar a sus hijos (a los que pierde en su día por una declaración administrativa y posterior judicial de desamparo debido a su alcoholismo), y los padecimientos físicos y morales inherentes a tal situación. Se trata de una indemnización sustitutoria por la imposibilidad de cumplir el fallo relativo al reintegro de los dos menores a la convivencia con su madre biológica. Probablemente, debido al elevado montante económico (1.703.600 euros) concedido por la Audiencia Provincial, la Junta de Andalucía plantea un recurso de amparo contra el auto de la Audiencia, cuestionando todas y cada una de las partidas que integran el montante final de la indemnización, reconduciendo la queja al artículo 24.1 CE por defecto de motivación. Pero el Tribunal Constitucional desestima el recurso. Véase la STC 11/2008 de 21 de enero (RTC 2008/11).

⁵ Entre otros véanse en la doctrina española MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del Derecho de Daños...», *cit.* p. 192 y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 301 nota de pie de página 31. En la doctrina argentina, favorable por otra parte a tal indemnización, por todos FALCÓN, E.N.: «Tenencia. Visitas y daños a los menores de padres desvinculados matrimonialmente», *Derecho de Daños*, Daños en el Derecho de Familia, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000, pp. 543 y 547. En la doctrina italiana PERLINGIERI, P. *et al.*: *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, p. 73.

biológico) que reclama la indemnización por el daño moral a causa de la ausencia de relación con su hijo es el progenitor que, si bien no convive de hecho con el menor, es aquel a quien se le ha atribuido por resolución judicial la guarda y custodia. Si bien es cierto que cuando la madre se desplaza a Estados Unidos y le impide al padre la relación con el hijo (23 de agosto de 1991), todavía ella tiene la guarda y custodia del mismo; es decir, en un primer momento sí hay en sentido estricto una obstaculización del derecho de visita por parte de la madre. Posteriormente ya no es así, desde que el 13 de octubre de 1992 se le atribuye por resolución judicial al padre la guarda y custodia del menor. Por ello el Tribunal Supremo afirma con acierto que el perjuicio a indemnizar en este caso es el daño moral que ocasiona el progenitor que impide el ejercicio de la guarda y custodia y que impide las relaciones del hijo con el otro progenitor⁶.

Antes de entrar en el análisis de las cuestiones fundamentales que plantea la resolución sí me gustaría apuntar una serie de consideraciones.

II.1 ¿Quiebra del principio tradicional de inmunidad por daños entre familiares?

El tema de las consecuencias jurídicas que posee el incumplimiento o la obstaculización del derecho de visita del menor por parte de un progenitor hacia el otro encuentra un buen marco dentro del estudio del Derecho de Daños en el ámbito de la familia, de ahí que la trascendencia de esta sentencia también radica en que probablemente se trata de un paso significativo en la ruptura de la tesis tradicional que existe en nuestro ordenamiento consistente en un principio de inmunidad por daños en el ámbito de las relaciones familiares. Hasta el momento nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la materia en dos ocasiones, ambas en el año 1999, deduciéndose de las mismas que a juicio del tribunal no cabe indemnizar el daño moral que un familiar sufre a causa del comportamiento de otro miembro de su familia. Es cierto que sólo se refiere a un tipo concreto de daños entre familiares: los daños morales que son consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales, en concreto, del deber de fidelidad matrimonial. Se trata de las SSTs de 22 y 30 de julio de 1999, cuyo ponente es el mismo: Excmo. Sr. D. *Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa*⁷.

En ambas sentencias los hechos son similares: tras la ruptura del matrimonio los demandantes reclaman a sus ex esposas la indemnización correspondiente por los daños ocasionados por el descubrimiento, al prosperar en ambos casos la impugnación de la paternidad, de que los que creían sus hijos en realidad no son más que fruto de una infidelidad por parte de sus esposas durante la convivencia conyugal. Ambos padres contribuyen a pagar los ali-

⁶ Seguramente esta decisión del Tribunal Supremo será objeto de elogio por la doctrina si se tiene en cuenta que durante mucho tiempo ni el legislador ni los tribunales han abordado el drama de muchos hombres separados y divorciados que pagan de modo puntual sus pensiones alimenticias, pero que no pueden relacionarse con sus hijos, o bien porque es la madre la que les impide relacionarse con ellos, o bien porque son los propios menores los que deciden cortar la relación con su progenitor. Se ha puesto de relieve *«la escasisima sensibilidad de los tribunales hacia lo masculino»*, no reparándose en ningún caso la soledad del padre o su carencia de familia y compañía. En este sentido se pronuncia RAGEL SÁNCHEZ, L-F.: «Comentario a la STS de 30 de julio de 1999», *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 162-163.

⁷ RJ 1999, 5721 y 5726, respectivamente.

mentos de los hijos, no sólo mientras dura la convivencia, sino incluso después de la separación. Los dos fallos, como he indicado antes, parecen acoger el principio general de la no reparación de los daños entre cónyuges, al menos respecto de los daños ocasionados por el incumplimiento de los deberes conyugales. Tal y como se ha sostenido, «*de acuerdo con estas sentencias, el edificio resiste, pero no sabemos por cuánto tiempo*»⁸. La sentencia de 22 de julio de 1999 basa su negativa al derecho de indemnización del ex marido en la ausencia de una conducta dolosa por parte de la esposa, ya que según la resolución ésta no conoce tampoco que el hijo no es de su marido hasta que no se interpone por el propio hijo una demanda de impugnación de la paternidad. Por su parte la sentencia de 30 de julio de 1999, que no entra a examinar la pretensión de restitución de las pensiones alimenticias por razones procesales, niega la indemnización por los daños morales al marido, solicitada frente al caso anterior con fundamento en las normas reguladoras de la responsabilidad civil contractual –artículo 1101 del Código Civil–, afirmando que la única consecuencia jurídica de la infidelidad es su consideración legal como causa de separación matrimonial y que la admisión de tal demanda conduciría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar. Probablemente la aparición de estas dos resoluciones del Tribunal Supremo es la causa de que se despierte el interés de nuestra doctrina por la materia de los daños entre familiares. Así, destacan en un primer momento los excelentes trabajos de *Roca Trias* y de *Ferrer i Ribá*⁹.

Por tanto, de una forma sintética puede afirmarse que en nuestro ordenamiento parece vislumbrarse la idea de un principio de inmunidad por daños en las relaciones familiares, que se manifiesta en una exclusión implícita de la responsabilidad civil del ámbito de la familia en el Código Civil de 1889 (creo que así ha de interpretarse la ausencia de una norma, dentro del Derecho de Daños y del Derecho de Familia, que resuelva de forma expresa si es posible interponer, con carácter general, una acción de responsabilidad civil por parte de un familiar a otro por el daño causado¹⁰), y en una exclusión

⁸ ROCA TRIAS, E.: «La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Moreno Martínez (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2000, p. 533.

⁹ ROCA TRIAS, E.: «La responsabilidad civil en el Derecho de Familia»...*cit.* pp. 533-563 y FERRER I RIBÀ, J.: «Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños», *Indret* 04/2001, pp. 1-21, (<http://www.indret.com>) (más desarrollado después en el artículo «Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, 1.ª edición, Thomson Civitas, 2003, p. 1836 y ss. Con posterioridad ya ve la luz mi artículo «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: Daños entre cónyuges y daños entre miembros de la pareja de hecho», *RDPat*, núm 10, 2003, pp. 65 y ss; y la obra colectiva *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda y Beamonte (Coordinador), 1.ª edición, Thomson Aranzadi, 2006. De reciente aparición, por último, las dos monografías de ROMERO COLOMA, A.M.: *La indemnización entre cónyuges, ex cónyuges y parejas de hecho*, núm. 90, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 y *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2009, mi libro *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Civitas, 2009 y el trabajo de VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, 2009.

¹⁰ Lo único que prevé el Código Civil de 1889 son remedios específicos para hipótesis concretas de daños entre familiares. Un primer grupo de casos está compuesto por ciertos daños existentes entre cónyuges o entre padres e hijos para los que el Código prevé una forma especial de resarcimiento. Son hipótesis tasadas y excepcionales. A título ejemplificativo cabe citar el artículo 97, que regula la pensión compensatoria para el cónyuge

explícita por parte de nuestro Tribunal Supremo. Pero ha de matizarse que empieza ya a haber ciertas sentencias de las Audiencias Provinciales, dictadas con posterioridad a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en esta materia en el año 1999, que parecen romper este principio de inmunidad en el ámbito familiar. Así, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 2.11.2004 y 5.9.2007¹¹ y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16.1.2007¹². También se trata de casos de incumplimiento del deber de fidelidad por la esposa que tiene como consecuencia la concepción de hijos extramatrimoniales y la creencia por parte del marido de que se trata de verdaderos hijos suyos. En las tres resoluciones se concede una indemnización por los daños morales sufridos por el marido. Las dos sentencias de la AP de Valencia estiman que hay dolo por parte de la esposa, ya que se oculta por la misma al marido la verdad sobre la paternidad de los hijos. Parecen mantener ambas resoluciones, sin duda con acierto, que la mera infidelidad no es un daño indemnizable, sino que únicamente son daños indemnizables los derivados de la ocultación de la paternidad del menor¹³. Por sí sola la comisión

que, tras el divorcio o la separación, sufre un desequilibrio económico respecto de su situación anterior; o el artículo 168, que establece la responsabilidad de los padres por la pérdida o deterioro, por dolo o culpa grave, de los bienes de los hijos que aquellos administran. Para un segundo grupo de daños, consistentes en el incumplimiento de deberes conyugales o paterno-filiales, prevé el Código Civil una medida distinta al resarcimiento, normalmente una pérdida de derechos por parte del agente del daño. Para el incumplimiento de los deberes paterno-filiales recogidos en el artículo 154 del Código, el artículo 170 prevé la privación por sentencia judicial de la patria potestad. Y si efectivamente se ha dictado sentencia de privación de la patria potestad, el padre o la madre que la sufran pueden ser desheredados por el hijo o por su cónyuge (arts. 854.1.ª y 855.2.ª). Por su parte, el incumplimiento de los deberes conyugales de los artículos 67 y 68 del Código, aunque no constituye hoy una causa para pedir la separación o el divorcio (ya que a partir de la Ley 15/2005 de 8 de julio ya no es preciso, a la hora de solicitar el divorcio o la separación, alegar ninguna causa específica para ello), no obstante puede constituir una causa de desheredación del cónyuge incumplidor (art. 855.1.ª) y una causa de cesación de la obligación de dar alimentos (art. 152.4.ª). Podría concluirse que el hecho de que sólo en ciertos supuestos muy limitados el Código Civil haya establecido como remedio para los daños entre familiares el resarcimiento, es porque, fuera de estos supuestos, el codificador no considera válido en su momento que la institución de la responsabilidad civil entre dentro del Derecho de Familia. Y creo que ello es así atendiendo a las circunstancias sociales, históricas y económicas en que se promulga el Código. Ahora bien, esto no significa que esta afirmación haya de mantenerse en la actualidad, ya que tales circunstancias han sufrido un cambio notable. Por ejemplo, el modelo de familia patriarcal que recogen los Códigos Civiles decimonónicos no existe en nuestro actual ordenamiento, y aquel tipo de familia, en cuanto unidad cerrada al exterior, donde el cabeza de familia era la cúspide y tanto el cónyuge como los hijos le debían obediencia, constituye una de las causas fundamentales de la exclusión del derecho de daños del ámbito familiar. Un examen pormenorizado de esta causa y de otras razones para tal exclusión en mi monografía *Responsabilidad civil en el derecho de familia... cit.* pp. 33-128.

¹¹ La primera (Ac/2004/1994) es comentada por FARNÓS AMORÓS, E.: «El precio de ocultar la paternidad», *InDret* 2/2005, pp. 1-12 (<http://www.indret.com>). La referencia de la segunda sentencia es JUR 2007/340366.

¹² Comentada por la misma autora, FARNÓS AMORÓS, E.: «Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad», *InDret* 4/2007, pp. 1-25 (<http://www.indret.com>). La referencia de la resolución es JUR/2007/323682.

¹³ DÍEZ-PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, 1.ª edición, Thomson Civitas, 2008, p. 46, a propósito de la sentencia de la AP de Valencia de 5.9.2007, señala que no resulta muy claro cuál es el hecho determinante del daño moral: si es la infidelidad con la consiguiente procreación de un hijo extramatrimonial, la ocultación de la verdad al cónyuge o el hecho de que éste hubiera de descubrir la verdad con posterioridad. A su juicio, aunque es comprensible que para el demandante estemos ante un hecho depresivo, sin embargo es

del incumplimiento de un deber conyugal o paterno-filial no es reparable, pero no porque no se esté ante un verdadero deber jurídico (que indudablemente lo es), sino porque la admisión del resarcimiento en cualquier caso haría peligrar seriamente la paz familiar (bien que, sin duda, interesa tutelar en cualquier sociedad), y además, aunque ello es una razón secundaria, daría lugar a una indeseable multiplicidad de pleitos. A mi juicio la procedencia de la reparación se halla condicionada a que se produzca un comportamiento que, por su intrínseca gravedad o por su reiteración, sea capaz, no sólo de romper el equilibrio de la relación familiar, sino también de vulnerar derechos fundamentales del familiar dañado¹⁴. En la tercera de las sentencias, la sentencia de la AP de Barcelona de 16.1.2007, se otorga una indemnización de 15.000 euros al marido por el daño moral derivado de descubrir que no era el padre de la menor que durante cuatro años había creído hija suya. No se está ante un caso de dolo según el tribunal, al revés que en los supuestos anteriores, pero sí de culpa grave: considera negligente la actitud de la esposa que omite adoptar las medidas oportunas dirigidas a determinar la paternidad biológica, ya que pudo y debió sospechar que el padre de la menor podría ser otro distinto a su marido. Primero, porque la madre había tenido relaciones sexuales simultáneamente con su marido y con su amante y, segundo, porque durante los primeros años de matrimonio se había sometido a un tratamiento de fertilidad sin lograr quedar embarazada. La Audiencia considera que el marido sufre un daño moral claro (estuvo sometido a un tratamiento psiquiátrico) y equipara este daño a la muerte física de un hijo.

II.2 Las creencias religiosas de la madre como posible causa de privación de la guarda y custodia del menor

La segunda consideración que puede realizarse a propósito de la resolución comentada es que, tras el desplazamiento de la madre con el hijo a Estados Unidos, por sentencia judicial se le atribuye al padre la guarda y custodia del menor que, hasta entonces, simplemente era beneficiario de un derecho de visita al tener la madre la guarda y custodia. Tal y como señalan los hechos de la sentencia, parece que se le atribuye al padre porque existen sospechas de que la convivencia con la madre podía afectar de modo negativo la personalidad del menor. Esta afirmación permite adentrarse en la causa concreta por la que se le priva a la madre de la guarda y custodia. En primer lugar, a mi juicio es muy peligroso afirmar que a un progenitor se le puede privar de la guarda de su hijo exclusivamente por sus creencias religiosas¹⁵. En segundo

dudoso que se trate de un daño resarcible. Para este autor en las relaciones conyugales no cabe la aplicación de las normas de la responsabilidad civil extracontractual, de manera que las sanciones aplicables a la vulneración de los deberes conyugales están fijadas en la ley que regula el régimen matrimonial, sin que haya lugar propiamente a daños.

¹⁴ FRACCON, A.: «I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno», *DFP*, núm. 1, 2001, pp. 388-389.

¹⁵ Se ha llegado a plantear, en el supuesto de que uno de los padres del menor sea Testigo de Jehová, la posibilidad de que tal factor sea tenido en cuenta a la hora de otorgar la custodia de los hijos en caso de separación y divorcio, para evitar que en el futuro pueda ponerse en peligro la vida del menor por negarse el progenitor a realizar una transfusión de sangre. Véase al respecto GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 264-265. Un caso de este tipo ha sido resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 23.6.1993 (TEDH 1993/27). En el asunto *Hoffman* contra Austria, se declara por el Tribunal de Dere-

lugar, puede que también la causa de que se le prive a la madre de la guarda y custodia de su hijo sea la obstaculización por su parte del derecho de visita del padre. El incumplimiento del derecho de visita puede tener diversas consecuencias jurídicas, y en este sentido cabe plantearse si realmente la privación de la guarda y custodia a quien obstaculiza el derecho de visita y su atribución al otro progenitor es la medida más correcta. Entre otros remedios, se ha citado por la doctrina la posibilidad que ante dicho incumplimiento tiene el juez, en virtud del artículo 158 del Código Civil, de adoptar las medidas que estime oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Así, por ejemplo, imponer una sanción civil pecuniaria por cada día que se impidan las relaciones personales, modificar el régimen de guarda jurídica, someter a control el cumplimiento del régimen de comunicación... Otro remedio apuntado es que el progenitor perjudicado solicite al juez la suspensión del pago de la pensión alimenticia al progenitor que dolosamente, sin causa justificada, impida el derecho de visita. En tercer lugar, la posibilidad de que el juez atribuya la guarda y cuidado del menor al titular del derecho de visita vulnerado (que es lo que ocurre en nuestro supuesto), o incluso que le prive al progenitor guardador de la patria potestad¹⁶. Como reflexión común a todos estos remedios puede afirmarse que son medidas que a veces pueden resultar inútiles (por ejemplo, cuando la persona guardadora del niño puede prescindir de la pensión alimenticia porque tiene medios económicos propios suficientes), o, lo que es más importante, se trata de medidas cuyo uso debe ser excepcional y moderado, en la medida en que pueden perjudicar seriamente al menor (así, por ejemplo, la suspensión de la pensión alimenticia provoca resultados graves en el bienestar material del menor, o bien la privación de la patria potestad o de la guarda al progenitor incumplidor acarrea quizá graves problemas psíquicos y afectivos al hijo). Es decir, se trata de medidas que han de adoptarse, no tanto desde el punto de vista del sujeto incumplidor, sino teniendo en cuenta el interés y el beneficio del menor. Su

chos Humanos que la sentencia de la Corte Suprema de Austria vulnera el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (que protege el derecho al respeto de la vida familiar), en la medida en que retira la custodia de los hijos a la madre, tras la sentencia de divorcio, por ser ésta Testigo de Jehová, ya que tal circunstancia implicaba un previsible e hipotético riesgo para la vida y la salud de sus hijos, dado el rotundo rechazo de los miembros de esta creencia religiosa a las transfusiones de sangre. Desde luego lo que parece indudable es que como regla general las convicciones religiosas de los progenitores no pueden constituir en sí mismas y de forma exclusiva un criterio adecuado para decidir si los padres pueden ser privados del ejercicio de sus derechos y obligaciones para con los hijos. NAVARRO-VALLS, R.: *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 54-55 critica, no obstante, tal resolución en función de los hechos concretos de la misma. Parece que existe un acuerdo entre los cónyuges (ambos católicos en un inicio) en el momento de la celebración de su matrimonio, por el que los hijos debían educarse en la religión católica. A juicio de este autor, la decisión de la Corte de Estrasburgo no valora de modo correcto el peligro potencial que para los hijos puede implicar el cambio de educación. En primer lugar, en su opinión la ruptura del matrimonio no autoriza, ni a los cónyuges ni a la justicia, a alterar el convenio inicial sobre la educación religiosa de los niños. En segundo lugar, la decisión de la Corte Suprema austriaca no se fundamenta en la nueva fe abrazada por la madre, sino en las consecuencias potencialmente peligrosas que esto entraña para los hijos en materia de transfusiones de sangre. ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho a la libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del hijo menor*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 122-123, se manifiesta de acuerdo con las afirmaciones del autor anterior, en cuanto la iniciación simultánea a dos religiones en principio es perjudicial para el menor.

¹⁶ Sobre tales remedios véase RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita...cit.* pp. 295-296 y 301-303.

uso, como he mantenido, ha de ser prudente porque puede suponer, además de un castigo para el progenitor que incumple u obstaculiza el derecho de visita, un daño para el menor, que puede verse privado del deseo de estar con sus padres¹⁷. En suma, en ocasiones los remedios que se prevén para la resolución de conflictos entre familiares dentro de la normativa reguladora del Derecho de Familia no son los más adecuados en cuanto, aquí se ve claramente, la protección que otorgan es limitada, incluso en ocasiones perjudicial para el miembro de la familia al que se trata de tutelar. Por eso creo que el resarcimiento de los daños por parte del progenitor que incumple o impide el derecho de visita es, en este supuesto, una buena medida a aplicar.

II.3 Existencia de un daño moral originado por la madre al menor

La tercera consideración es que esta sentencia sólo condena a la madre a indemnizar el daño moral causado al padre, pero en absoluto se plantea (ya que, entre otras cosas, no se solicita en la demanda) que la madre también deba indemnizar el posible daño moral que causa al hijo como consecuencia de que aquella le impide tener relación personal con su padre. En algún otro momento he sostenido que desde luego esta situación puede estimarse como una hipótesis clara de daños en las relaciones paterno-filiales¹⁸. Es interesante en este punto el análisis de una sentencia italiana que plantea precisamente la oportunidad de la responsabilidad civil como instrumento útil en estos casos de obstrucción del derecho de visita por parte del progenitor que convive con el hijo, ya que ello permite adentrarse en la cuestión aquí planteada. Se trata de la sentencia del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000¹⁹, citada además por la resolución objeto de este comentario. Los hechos de la sentencia son los siguientes: En 1995 el progenitor, argumentando que es titular de la patria potestad de su hijo menor de edad nacido en 1987, interpone demanda judicial, en nombre propio y en representación de su hijo, reclamando una indemnización por el daño biológico y por el daño moral sufrido por ambos. Argumenta que la sentencia del Tribunal de Roma de 4 de febrero de 1992 dispone la separación conyugal de ambos padres, la atribución de la guarda del hijo menor a la madre y el régimen de visitas para el padre. También se otorga a la mujer el uso de la vivienda familiar y una pensión alimenticia mensual, a cargo del padre, de 700.000 liras. El padre alega en su demanda que, mientras él ha cumplido con su deber de mantenimiento del hijo, la madre infringe las condiciones fijadas por el juez que dicta la separación respecto a la relación entre el padre y el hijo, ya que, sin motivo justificado, le impide ver a su hijo, a pesar de que el padre le ha insistido con telegramas

¹⁷ En este sentido MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del derecho de daños...», *cit.* p. 192 y en la doctrina argentina KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: «Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana», *Revista de Derecho de Daños*, Daños en las relaciones de familia, No. 2, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 307-308. Véase también en la misma dirección la STS 9.7.2002 (RJ 2002, 5905) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22.7.1998 (AC 1998, 6117).

¹⁸ Véase mi monografía *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia... cit.* pp. 269 ss.

¹⁹ Véase el texto de la sentencia en *DFP*, núm. 1, 2001, pp. 209-220. Dicha resolución ha sido objeto de comentario por DOGLIOTTI, M.: «La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia», *DFP*, núm. 1, 2002, pp. 61 y ss. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: «Daños y perjuicios causados al progenitor...», *cit.* pp. 285 y ss.

y por medio de parientes y amigos para poder ejercer el derecho de visita. De forma voluntaria el padre evita recurrir a la vía judicial o a otros instrumentos coercitivos legales para poder relacionarse con su hijo, ya que a su juicio tal iniciativa habría terminado, por desgracia, por incidir de modo negativo en la moral y en la serenidad del hijo menor, con el consiguiente daño psicofísico. Afirma que la gravedad del comportamiento de la madre, carente de cualquier justificación, les ha producido, tanto al padre como al hijo, graves e irreversibles daños, integrantes del denominado daño biológico, y además un daño moral, todos ellos derivados de la lesión a derechos inviolables previstos en los artículos 2 y 32 de la Constitución, preceptos que reconocen el libre desarrollo de la personalidad y la tutela de la salud, respectivamente, y de los artículos 2043 y 2059 del Código Civil. La madre contesta a la demanda señalando que el actor, un mes después del nacimiento del hijo, se desinteresa de este último, abandonando el hogar conyugal, por lo que el hijo no conoce al padre. Ella ha rehecho su vida con otro hombre, que se ha convertido en un sustituto de la figura paterna para el niño, y teme el efecto negativo que podría causar en el niño confiarle a persona totalmente desconocida para él. Estando este juicio en curso, se dicta sentencia de divorcio por el Tribunal de Roma de 3 de octubre de 1997, en la que se confía el hijo a la madre y se establece un régimen de visitas similar al previsto en la separación. En el litigio que resuelve la cuestión de la responsabilidad civil, el Tribunal estima que el padre carece de representación respecto al hijo menor para reclamar una indemnización por los daños ocasionados a este último, pero, sin embargo, concede al progenitor demandante una indemnización por los daños no patrimoniales que el comportamiento de la madre le ha producido.

En relación con una posible demanda por daños del hijo al progenitor que impide u obstaculiza el derecho a relacionarse con el otro progenitor, el primer problema es la representación legal del hijo en el litigio. Parece claro en la resolución italiana que el padre en este caso no puede representar al hijo menor para hacer valer sus derechos contra la madre, porque carece efectivamente de legitimación para el proceso: El padre es titular de la patria potestad, pero como no tiene el ejercicio de la patria potestad carece de la representación legal del menor. Manifiesta también el tribunal italiano que, puesto que hay un conflicto de intereses entre el hijo y la madre, el padre debía, antes de haber interpuesto la demanda resarcitoria, haber propuesto que se designara un *curatore speciale* que representase en juicio al menor²⁰. Esta argumentación es igualmente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto que el artículo 163.2 del Código Civil señala que si el conflicto de intereses existiera sólo respecto de uno de los progenitores, corresponde al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor. No se necesitaría, pues, la figura del defensor judicial. Pero, claro, esta solución sólo se aplicaría cuando ambos progenitores son los que ejercen la patria potestad, porque es cuando ambos tienen la representación legal del hijo²¹. Con un defensor judi-

²⁰ La sentencia italiana mantiene que *«nella specie, il figlio era apparso con certezza gravato da una lacerante situazione di incertezza esistenziale e da un profondo, permicioso conflitto interiore, combattuto, com'era, tra la paura di «perdere la madre» e la necessità di «conoscere il padre»»*.

²¹ En este sentido DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, IV, 10.ª edición, Tecnos, 2006, p. 264 y ROMERO COLOMA, A.M.: «La falta de relación del progenitor con el hijo (o hijos) menor de edad como causa de privación de la patria potestad», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 36, 2007, p. 261. Para esta última autora los progenitores que, teniendo la titularidad de la patria potestad, no la ejercen, están en una

cial, pues, no habría problema en que el hijo reclamara al progenitor conviviente con él los daños que le ha generado con su comportamiento impeditivo del derecho de visita a favor del progenitor no conviviente. Pero en el caso concreto de la resolución objeto de este comentario se da la singularidad de que el padre sí obtiene la guarda y custodia del hijo a través de sentencia judicial, de manera que legalmente sí ostenta la representación del hijo para solicitar a la madre la indemnización por los daños y perjuicios.

El segundo problema a plantearse son los daños ocasionados al hijo. Desde luego pienso que la privación por parte de la madre de la relación personal del hijo reconocido con el padre genera claros perjuicios en el hijo. Se trata de daños morales derivados de la lesión de la integridad psíquica del niño, ya que el mantenimiento de contactos y de relación con los progenitores es indispensable para su formación como persona, para su equilibrio psíquico y afectivo y para el correcto desenvolvimiento de su personalidad. En el caso concreto de la sentencia italiana aludida cabe añadir que habría, además, daños derivados de la lesión del derecho a la identidad del menor, ya que la madre ha imposibilitado desde el primer momento que el padre y el hijo se conozcan²². Recientemente la sentencia de la Corte de Apelación de Florencia de 29 de agosto de 2007 condena, por primera vez en Italia, a una mujer a resarcir el daño no patrimonial al hijo, en cuanto ella impide el derecho de visita del padre no conviviente²³.

III. COMENTARIO A LA SENTENCIA

En la realización del comentario de la sentencia respeto el orden de los razonamientos seguidos por la misma, esto es, si ha prescrito la acción de responsabilidad civil extracontractual interpuesta por el padre y si se cumplen los requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad civil extracontractual.

III.1 Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual

El demandante ejercita la acción de responsabilidad civil extracontractual por incurrir los demandados en la infracción del artículo 1902 del Código Civil. La acción, a mi juicio, está perfectamente interpuesta; por una parte, es claro que es la correcta frente a la asociación y al centro codemandados al

situación similar a la de la suspensión de la patria potestad en la anterior redacción del Código Civil (en el articulado vigente no se regula la figura de la suspensión de la patria potestad). En principio se verían privados de todas las funciones de ella, lo que significa que cuando el Código señala que «*los padres que ostenten la patria potestad*» tienen atribuida la representación o la administración de los bienes de los hijos, se está refiriendo a los padres que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 156, ejercen, en concreto, la patria potestad.

²² KEMELMAJER, A.: «Daños y perjuicios causados al progenitor...», *cit.* p. 298, señala, en concreto, como daños causados al hijo en este tipo de hipótesis la pérdida de identidad, del sentimiento de pertenencia a un grupo social, lugar, familia, amigos... Por su parte FALCÓN, E.N.: «Tenencia. Visitas y daños...», *cit.* p. 547, apunta los mismos tipos de daños que el autor anterior en relación con los perjuicios sufridos por el menor.

²³ Véase un comentario a la misma en MANERA, G.: «Brevi spunti sui provvedimenti punitivi previsti dall'art. 709-ter c.p.c. quali strumenti per l'attuazione della bigenitorialità», *DFP*, 2008, n.º 3, pp. 1207 ss.

no existir entre dichas instituciones y el progenitor ningún tipo de relación jurídica, pero también frente a la madre del menor. Ahora bien, la resolución plantea en el fundamento segundo una afirmación que creo es necesario matizar. Parece apuntar que el cauce para interponer la demanda hacia la madre podría también haber sido la responsabilidad contractual en cuanto afirma que la demandada ha infringido una obligación legal impuesta a los progenitores titulares de la patria potestad en el artículo 160 del Código Civil. Tal precepto sólo establece de modo expreso en su párrafo primero el derecho de los padres a relacionarse con el hijo, ya que regula el derecho-deber de visita²⁴. Pero en principio la madre no conculca de forma directa una obligación que a ella vaya dirigida (puesto que ella sí se relaciona con su hijo), sino que impide, eso sí, que el otro progenitor cumpla con la obligación prevista en el citado artículo. Es cierto que la carga o deber sustancial del progenitor que convive con el menor es la de soportar o consentir las relaciones personales de éste con el progenitor beneficiario del derecho de visita, en concreto, tiene que facilitarlas material y moralmente, incluso propiciarlas, porque son en beneficio del menor. Junto a este gravamen esencial, y derivado del mismo, puede ostentar ciertas cargas o deberes secundarios, que son necesarios para que se cumplan o ejerciten de modo correcto las relaciones personales. Por ejemplo, el deber del gravado de proporcionar cierta información al otro progenitor sobre el régimen de las relaciones personales (la negativa del menor a las mismas, la enfermedad del menor...), o de trasladar al menor al lugar acordado por el juez, de pagar los gastos de desplazamiento cuando proceda...²⁵. Pero desde luego nuestro Código Civil no alude de modo expreso, a diferencia de otros Códigos, a estos deberes por parte del progenitor conviviente²⁶. Otra cosa distinta es que quepa entender que tales deberes se encuentran recogidos o derivan de modo implícito del artículo 160 del Código; sólo así cabría mantener en sentido estricto que la madre ha vulnerado una obliga-

²⁴ El tenor literal del párrafo primero del artículo 160 del Código Civil es el siguiente: «*Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por el otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial*». Hoy la doctrina moderna mayoritariamente considera esta institución como un derecho-deber, o derecho-función. Parece predominar el aspecto de deber sobre el de derecho (a pesar de la expresión contenida en los artículos 94 y 160 del Código Civil), debido a la íntima ligazón que tiene el derecho-deber de visita con otras obligaciones fundamentales de los padres derivadas de la relación paterno-filial, como la de velar por los hijos y procurarles una formación integral. Por consiguiente, el deber del padre o de la madre de mantener relaciones personales con los hijos con los que no convive es tanto un medio para cumplir otros deberes tipificados en el Código Civil (como el de velar por ellos), como un fin en sí mismo, en cuanto contribuye al desarrollo psíquico-afectivo y de la personalidad del hijo. También los tribunales entienden que estamos ante un derecho-deber, caracterizado no sólo por el interés de los progenitores a relacionarse con sus hijos menores, interés que ha de ser tutelado, sino sobre todo por la búsqueda del mayor beneficio para los hijos. Véase, como muestra, la STS 17.7.1995 (RJ 1995, 5591).

²⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita... cit.* pp. 202 y 142-144.

²⁶ Sí, por el contrario, el BGB cuyo parágrafo 1684 (2) señala que los progenitores deben omitir todo lo que perjudique la relación del menor con el otro progenitor o dificulte su educación. Pero no sólo en Alemania se establece que el progenitor conviviente tiene el deber de realizar y apoyar el ejercicio del derecho del niño a mantener el contacto personal con su otro progenitor: también se regula en otros países europeos, como Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Finlandia, Francia, Noruega, Portugal y Suecia. Véase al respecto BOELE-WOELKI, K.; FERRAND, F.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.; JÄNTERÄ-JAREBORG, M.; LOWE, N.; MARTINY, D. and PINTENS, W.: *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, European Family Law Series No. 16, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 171-172.

ción legal a ella dirigida. En cualquier caso, como he indicado, sí puede afirmarse que conculca de forma indirecta el artículo 160, en cuanto impide al padre cumplir su deber de relacionarse con el menor.

Una vez señalado el acierto de que se interponga la acción de responsabilidad extracontractual hacia la madre, hay que plantearse el tema de la prescripción de la acción. Según esta resolución el daño experimentado por el padre es de naturaleza continuada, en la medida en que la privación de la relación con el hijo ha ido manteniéndose durante la minoría de edad de éste. Desde luego la cuestión principal en los daños continuados radica en discutir el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción. Los demandados, en su contestación a la demanda, alegan que la acción de responsabilidad civil extracontractual ha prescrito, en la medida en que ha pasado ya el plazo de un año establecido en el artículo 1968.2.º del Código Civil para el ejercicio de dicha acción: consideran que el *dies a quo* para la interposición de la demanda es el 23 de agosto de 1991 (fecha en que la madre se marcha con el niño a Florida) y la demanda es presentada el 16 de octubre de 1998. Tanto el JPI como la AP desestiman la demanda al apreciar concurrencia de la prescripción, tanto si se cuenta el plazo desde la salida de España del menor con la madre, como desde el archivo de las diligencias penales incoadas por el padre por la desaparición del hijo (el 3 de octubre de 1991 se ordena el archivo de las actuaciones penales). Durante muchos años la jurisprudencia se inclina por sostener esta misma tesis, esto es, que el año ha de contarse, no desde que cesa el daño, sino desde que se produce, aunque sea de los que continuamente se están causando, presumiendo que los perjudicados conocían desde aquel momento el perjuicio y podían ejercitar la oportuna acción²⁷. Pero la doctrina que cabe extraer hoy de la más moderna jurisprudencia es bien distinta, de manera que si los daños son continuados, es decir, se produce una progresiva generación de daños y además no es posible fraccionar tales daños en periodos de tiempo diferentes, el plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del resultado definitivo. Pero cuándo se produce el resultado definitivo es una cuestión totalmente casuística, de manera que como norma general puede afirmarse que ello se produce cuando sea razonablemente improbable la continuación de los daños, la aparición de otros nuevos o el agravamiento de los anteriores²⁸. Por consiguiente, puede fijarse la determinación del *dies a quo* una vez que el progenitor conoce de modo cierto el alcance exacto de los daños; en palabras del tribunal, el daño sólo se consolida cuando el padre conoce ya de modo definitivo que se le ha privado de comunicarse con el menor y ejercer la guarda y custodia. Esto es, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de un año es el día de la mayoría de edad del hijo, justo cuando se extingue la patria potestad. En el supuesto aquí examinado desde luego queda fuera de toda duda que la acción de reclamación de daños en ningún caso podría estimarse prescrita si lo que el padre hubiera solicitado fuera una indemnización por los daños sufridos durante el año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda, con independencia de que comenzaran a experimentarse con anterioridad²⁹. Pero, claro, el problema que aquí se presenta es que el demandante solicita una indemni-

²⁷ Véase al respecto REGLERO CAMPOS, F.: «La prescripción de la acción de reclamación de daños», *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Parte General, Reglero (Coordinador), Thomson Aranzadi, 4.ª edición, 2008, p. 1250.

²⁸ *Idem*, cit. pp. 1254 y 1257. Véase, a título ejemplificativo, la STS 25 de junio de 1990 (RJ 1990, 4889).

²⁹ En sentido similar véase la STS 10 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1225).

zación por cada año de ausencia y, por tanto, de privación de la relación con el hijo.

Sin duda hay una barrera institucional de carácter general para la reclamación de indemnizaciones por daños entre familiares. En ciertos casos a la brevedad del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual (problema que también se ha puesto de relieve en el caso planteado en la resolución comentada) se une la inexistencia de mecanismos de suspensión del plazo de prescripción de tal acción mientras dura la convivencia entre los cónyuges y entre padres e hijos³⁰. Esta regulación impide en la práctica que los cónyuges e hijos, tras el abandono de la convivencia, puedan exigirse el resarcimiento de todos los daños que se han causado durante la vida en común, salvo que tales daños se hayan producido o manifestado en el año inmediatamente anterior. De ahí que seguramente, para evitar la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual, alguna de las demandas planteadas por el marido, en la que solicita el resarcimiento de los daños causados por la ocultación por su esposa del carácter extramatrimonial de los hijos, se haya encauzado a través de la vía de la responsabilidad contractual del artículo 1101 del Código Civil (STS 30 de julio de 1999³¹). Es verdad que durante la convivencia, una vez que se produce el daño, el familiar dañado podría interponer la demanda de responsabilidad civil extracontractual, pero desde luego ello no será lo normal, puesto que si se hace valer la pretensión de daños frente al familiar causante del hecho lesivo se arriesga

³⁰ Véase FERRER I RIBA, J.: «Relaciones familiares y límites...», *cit.* p. 3.

³¹ El Tribunal Supremo parece afirmar en este sentido que los deberes conyugales de los artículos 67 y 68 del Código Civil (entre los que se encuentra el deber de fidelidad) son deberes contractuales en razón a la propia naturaleza del matrimonio (Fundamento de Derecho 3.º). Realmente es discutible esta afirmación del Supremo en cuanto no deja de parecer dudoso que el matrimonio pueda calificarse como contrato. Es verdad que una tradición jurídica secular configura el matrimonio como un contrato en cuanto exige el concurso de voluntad de los dos contrayentes. Pero, por una parte, la categoría técnica de contrato ha de reservarse para los negocios jurídicos bilaterales de contenido patrimonial o económico y, por otra parte, en el matrimonio no hay intereses contrapuestos como en el contrato sino que las voluntades marchan paralelas para la consecución de una finalidad. Véase al respecto Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV... *cit.* p. 63. En cambio LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, Familia, Volumen, IV, 3.ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 43 señala que el matrimonio, por su naturaleza, es una institución caracterizada por su especialidad. A su juicio la circunstancia de que sea un acuerdo de voluntades cuyas consecuencias son determinadas de manera inderogable por el ordenamiento jurídico no elimina su naturaleza contractual, en cuanto la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción de contrato, y además porque la indisponibilidad de los efectos del matrimonio deriva de la especialidad de su objeto y no de la ausencia de un consentimiento plenamente libre y autónomo. Por su parte, en una edición anterior de la obra, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, Volumen IV, Familia, 4.ª edición, Bosch, Barcelona, 1997, p. 104, mantiene que estamos ante deberes concretos impuestos por una norma, que no podrían tener consideración o trato inferior a los impuestos en un contrato, obligaciones legales sin carácter patrimonial pero cuya infracción produce consecuencias económicas y en todo caso un daño moral resarcible, y a tales obligaciones han de aplicarse las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones –las de la llamada culpa contractual, pero que no sólo se aplican al incumplimiento de las obligaciones contractuales–, y en último término las reglas relativas al ilícito civil. En otros ordenamientos sostienen que el incumplimiento de un deber conyugal genera un claro supuesto de responsabilidad civil extracontractual, así en Argentina (véase BOERO, V.L.: «Daños y perjuicios derivados del divorcio», *Derecho de Daños, Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte, Edit. La Rocca, Buenos Aires, 2000, pp. 310-311) y en Francia (*vid.* CORNU, G.: *Droit Civil*, La Famille, 9 édition, Montchrestien, Paris, 2006, p. 57, refiriéndose en concreto al incumplimiento del deber de fidelidad).

gravemente la convivencia o una relación familiar o personal (matrimonio o relación paterno-filial). Para preservar su relación la persona interesada no accionará su derecho.

De ahí que sea muy útil el instrumento jurídico de la suspensión del plazo de prescripción en caso de existencia de ciertas circunstancias subjetivas derivadas de razones personales o familiares. En el Código Civil de 1889 hay una falta de previsión legal que establezca la suspensión de las acciones entre cónyuges, padres e hijos y otros convivientes, mientras se mantenga el matrimonio, la potestad familiar o la vida en común³². Se ha intentado llenar por la doctrina este vacío legal mediante una interpretación objetivista, y quizás un tanto forzada, del artículo 1969 del Código Civil³³, de manera que el plazo de prescripción ha de computarse sólo desde el momento en que la pretensión correspondiente pudo ejercitarse en una perspectiva objetiva, teórica, con abstracción de las circunstancias concretas que afecten al titular. Cuando entre las partes existe una relación o una situación jurídica de naturaleza familiar el ejercicio de la acción sólo aparece como objetivamente razonable cuando dicha relación o situación se ha extinguido o ha desaparecido. Los casos más notables son, pues, los de acciones entre cónyuges, entre el titular de la patria potestad y la persona sujeta a ella o entre el tutor o el pupilo. En todos estos supuestos se mantiene que la prescripción no debe comenzar hasta la disolución del matrimonio (o, al menos, hasta la separación de los cónyuges), la extinción de la patria potestad o la terminación de la tutela³⁴.

³² Señala Díez-PICAZO, L.: *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1.ª edición, Thomson Civitas, 2003, pp. 142-143, que en la suspensión la prescripción queda paralizada, pero, al reanudarse, conserva eficacia y se tiene en cuenta el tiempo de prescripción ya transcurrido. Dice que nuestro Código Civil no conoce, con carácter general, la figura de la suspensión de la prescripción y que, por consiguiente, no constituyen causas generales de suspensión de la prescripción ni la guerra, ni la imposibilidad individual de ejercicio del derecho, ni la incapacidad ni la ausencia del titular; tampoco la yacencia del patrimonio del cual el derecho prescrito forma parte. Con carácter excepcional la Ley de 1 de abril de 1939 sí concede la suspensión en atención de determinadas circunstancias. Tal ley estima suspendidos, *ex lege* y con carácter retroactivo desde el 17 de julio de 1936, todos los plazos de prescripción, en atención a la guerra civil y a la imposibilidad o, al menos, gran dificultad que se deriva para el ejercicio de los derechos. La suspensión se produce en todos los casos en que «por la situación de las personas, de los bienes o de los medios necesarios o adecuados, no hubiese sido posible desde entonces el ejercicio de los expresados derechos y acciones».

³³ El artículo 1969 del Código Civil señala que «El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

³⁴ Así consúltese en Díez-PICAZO, L.: *La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1964, pp. 86-87. En un sentido parecido UREÑA MARTÍNEZ, M.: *La suspensión de la prescripción extintiva en el derecho civil*, Comares, Granada, 1997, pp. 237 y 241, señala que, aunque nada impide en principio desde el punto de vista material el inicio del cómputo o el transcurso del plazo de las acciones que recíprocamente se originan entre personas, o unidas por un vínculo matrimonial o por la patria potestad o por una relación de tutela, sin embargo, a su juicio, no es razonable desde un punto de vista moral el ejercicio de dicho derecho cuando haya un nexo de unión de naturaleza familiar. De esta forma se evitaría poner en peligro la convivencia familiar, ya que si los plazos de prescripción corren frente a los familiares, parece que se verían presionados u obligados a defender sus intereses e interponer acciones, enturbiándose la paz familiar. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *La suspensión de la prescripción en el Código Civil español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 117-135, mantiene una opinión diversa a la doctrina mayoritaria. Señala que el juego de la prescripción no puede constituir un obstáculo para que se cumplan los principios constitucionales y para que sean protegidos los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos, el acceso al proceso y a la tutela judicial

La institución de la suspensión de la prescripción se encuentra recogida de modo expreso en la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña³⁵. Explica la Exposición de Motivos de la Ley que tal figura, presente en los ordenamientos jurídicos más próximos, reclamaba una regulación como categoría general. Hasta el momento las causas objetivas eran las únicas causas de suspensión reconocidas por el sistema jurídico catalán, en especial, los casos de guerra o grave crisis social (que ahora se reconducen al concepto de fuerza mayor). A estas circunstancias objetivas se suman ahora las circunstancias subjetivas derivadas de razones personales o familiares, que se dan cuando una persona menor de edad o incapaz carece de representación legal, de modo que no puede ejercer sus derechos, y cuando causas afectivas y de proximidad personal convierten en muy difícil el hacer valer la pretensión frente a otra persona del entorno familiar. En concreto, la regulación se encuentra en el artículo 121-16³⁶. Como ya he señalado, este mecanismo se encuentra presente también en otros ordenamientos jurídicos próximos. Así, el BGB, antes de la importante reforma del Derecho de Obligaciones articulada por Ley de 1 de enero de 2002 para la armonización del Derecho de Obligaciones (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*), ya preveía la suspensión por causas familiares en el parágrafo 204 (aplicándose a las pretensiones entre cónyuges, padres e hijos y tutor y pupilo)³⁷. El común denominador de las hipótesis previstas en dicho parágrafo es el vínculo fami-

efectiva del artículo 24 CE. De manera que nuestro ordenamiento tiene que llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución del artículo 1969 del Código Civil, de forma que se permita a todos los ciudadanos un razonable ejercicio de sus derechos e intereses legítimos que sea compatible con su extinción por prescripción. El propone una interpretación de dicho precepto distinta a la interpretación objetiva dada por la doctrina y la jurisprudencia dominante, que sea conforme al artículo 24 CE. Así, señala que, para que el acceso al proceso de los ciudadanos quede a salvo con ocasión de la prescripción, es necesario que el plazo de prescripción se compute, no ya desde que la pretensión correspondiente pudo ejercitarse en una perspectiva objetiva, teórica, con abstracción de las circunstancias concretas que afecten al titular, sino interpretando la expresión «*se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*» en el sentido de ejercicio posible y efectivo por parte de ese titular, en una valoración racional y personal de dicha posibilidad.

³⁵ BOE núm. 32, 6.2.2003.

³⁶ «La prescripción también se suspende:

- a) En las pretensiones de las cuales sean titulares personas menores de edad o incapaces, mientras no dispongan de representación legal.
- b) En las pretensiones entre cónyuges, mientras dura el matrimonio, hasta la separación judicial o de hecho.
- c) En las pretensiones entre los miembros de una unión estable de pareja, mientras se mantiene la convivencia.
- d) En las pretensiones entre el padre o la madre y los hijos en potestad, hasta que ésta se extingue por cualquier causa.
- e) En las pretensiones entre la persona que ejerce los cargos de tutor, curador, administrador patrimonial, defensor judicial o acogedor y la persona menor o incapaz, mientras se mantiene su función correspondiente».

³⁷ § 204 «(Hemmung aus familiären Gründen)

Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht. Das gleiche gilt von Ansprüchen zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit der Zinder und von Ansprüchen zwischen dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses». Puede consultarse la traducción de EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código Civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 105-106: «La prescripción de las pretensiones entre los cónyuges se suspende durante todo el tiempo en el que dure el matrimonio. Lo mismo se aplica a las preten-

liar que constituye, en el lenguaje de la Exposición de Motivos del BGB, una relación de piedad digna de la mayor de las delicadezas³⁸. El nuevo párrafo 207 BGB, fruto de la citada reforma, regula de forma más detallada la suspensión de la prescripción por motivos familiares y otras causas análogas, añadiendo, por ejemplo, los daños entre las parejas de hecho³⁹. Por su parte el Código Civil francés se ocupaba igualmente de la suspensión de la prescripción en los artículos 2252 y 2253, referidos, respectivamente, a los menores emancipados y mayores sometidos a tutela y a los cónyuges⁴⁰. Posteriormente, los artículos 2268 y 2269 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la prescripción, concebido en el año 2003 (aunque ve la luz el 22 de septiembre de 2005) con el objetivo de que Francia tenga un Código Civil más acorde al momento actual, reitera el con-

siones entre padres e hijos durante la minoría de edad de los hijos y a las pretensiones entre el tutor y el pupilo durante el tiempo de la relación tutelar».

³⁸ ZIMMERMANN, R.: *Comparative Foundations of a European Law of Sett-Off and Prescription*, University Press, Cambridge, 2002, p. 139.

³⁹ §207 *Hemmung der Verjährung aus familiären und ähnlichen Gründen.*

«(1) *Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht. Das Gleiche gilt für Ansprüche zwischen*

1. *Lebenspartnern, solange die Lebenspartnerschaft besteht,*
2. *Eltern und Kindern und dem Ehegatten eines Elternteils und dessen Kindern während der Minderjährigkeit der Kinder,*
3. *dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses,*
4. *dem Betreuten und dem Betreuer während der Dauer des Betreuungsverhältnisses und*
5. *dem Pflegling und dem Pfleger während der Dauer der Pflegschaft.*

Die Verjährung von Ansprüchen des Kindes gegen den Beistand ist während der Dauer der Beistandschaft gehemmt».

La traducción al castellano del citado párrafo es la siguiente: «*Suspensión de la prescripción por razones familiares y otras similares*

(1) *La prescripción de pretensiones entre cónyuges queda suspendida mientras dura el matrimonio. Lo mismo rige para pretensiones entre:*

1. *Convivientes en pareja de hecho mientras se mantiene la pareja de hecho.*
2. *padres e hijos y el cónyuge de un progenitor con los hijos de éste durante la minoría de edad de los hijos.*
3. *el tutor y el pupilo durante la relación de tutela.*
4. *el asistido y el asistente legal durante la relación de asistencia legal, y*
5. *el sometido a curatela y el curador durante la curatela.*

La prescripción de pretensiones del menor frente al defensor judicial queda suspendida durante el ejercicio del cargo». Esta es la traducción contenida en el *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, Lamarca Marqués (dir), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 71. Ampliamente, dando noticia sobre lo que ha supuesto la reforma en materia de prescripción en el BGB y los problemas que se han encontrado para su reelaboración véase CAÑIZARES LASO, A.: «La prescripción en el BGB después de la reforma del Derecho de Obligaciones», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. I, 2002, pp. 409 y ss., especialmente la página 428 para el tema de la suspensión por causas familiares.

⁴⁰ Artículo 2252: «*La prescription ne court pas contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, sauf ce qui est dit à l'article 2278 et à l'exception des autres cas déterminés par la loi.*»

Artículo 2253: «*Elle ne court point entre époux*»

En la doctrina francesa, relativa al artículo 2253 del *Code*, se ha expresado que la suspensión de la prescripción se dirige a evitar entre los cónyuges las acciones judiciales que puedan ser fatales a sus buenas relaciones. Véase MAZEAUD, H. et L., MAZEAUD, J. et CHABAS, F.: *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, Premier Volume, Obligations, 9.^a édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 1214.

tenido de los citados preceptos del *Code*⁴¹. Finalmente se ha aprobado la *Loi* n.º 2008-561 *du 17 juin* 2008, que reforma la prescripción en materia civil, que regula la suspensión de la prescripción por motivos familiares en sus artículos 2235 (referido a los menores no emancipados y los mayores sujetos a tutela)⁴² y 2236 (referido a los esposos y a las parejas ligadas por un pacto civil de solidaridad)⁴³. También el artículo 2941 del Código Civil italiano hace alusión en sus cuatro primeros números a la suspensión de la prescripción por la existencia de relaciones entre las partes de carácter familiar o de potestad⁴⁴. Es obligado mencionar también las letras *a*) y *b*) del artículo 318 del Código Civil de Portugal⁴⁵, los artículos 2905 y 2906 del Código Civil de Québec⁴⁶ y el artículo 3: 321 del moderno Código Civil holandés⁴⁷.

Dos últimas observaciones. Primero, el hecho de que se prevea en todos estos ordenamientos citados la suspensión del plazo de prescripción de las posibles acciones judiciales entre los cónyuges o entre los padres e hijos no significa necesariamente que con ello se esté admitiendo, de modo implícito, la existencia de responsabilidad civil extracontractual entre dichos familiares. Segundo, se ha mantenido con acierto, en relación con la justificación de

⁴¹ Véase la traducción de CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción», *ADC*, fascículo II, 2007, pp. 621 ss. (en especial p. 845).

⁴² «*Elle ne court pas ou est suspendue contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, sauf pour les actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, les actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts.*»

⁴³ «*Elle ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité.*»

⁴⁴ Artículo 2941: «*La prescrizione rimane sospesa:*

1) *tra i coniugi,*

2) *tra chi esercita la potestà di cui all'articolo 316 o i poteri a essa inerenti e le persone che vi sono sottoposte,*

3) *tra il tutore e il minore o l'interdetto soggetti alla tutela, finché non sia statu reso e approvato il conto finale, salvo quanto è disposto dall'articolo 387 per le azioni relative alla tutela,*

4) *tra il curatore e il minore emancipato o l'inabilitato [...].*

⁴⁵ «*A prescrição não começa nem corre :*

a) *Entre os cônjuges, ainda que separados judicialmente de pessoas e bens;*

b) *Entre quem exerça o poder paternal e as pessoas a ele sujeitas, entre o tutor e o tutelado ou entre o curador e o curatelado»*

El Código Civil portugués explícitamente considera la suspensión del plazo entre cónyuges, incluso cuando exista separación judicial entre ellos. Es decir, no sólo se prevé la suspensión cuando el matrimonio funciona con normalidad. La razón radica en que el estado de separación no implica la definitiva ruptura de la unidad familiar, ésta podría lograrse de nuevo a través del mecanismo de la reconciliación. Véase en este sentido UREÑA MARTÍNEZ, M.: *La suspensión de la prescripción extintiva.... cit.* p. 235.

⁴⁶ Artículo 2905: «*La prescription ne court pas contre l'enfant à naître.*

Elle ne court pas, non plus, contre le mineur ou le majeur sous curatelle ou sous tutelle, à l'égard des recours qu'ils peuvent avoir contre leur représentant ou contre la personne qui est responsable de leur garde.»

Artículo 2906: «*La prescription ne court point entre les époux pendant la vie commune.»*

⁴⁷ La traducción inglesa del párrafo primero del precepto y, en concreto, de sus letras a y b es la siguiente: «*There is cause for extinction of prescription:*

a) *between spouses not separated from bed and board;*

b) *between a legal representative and the incapable person whom he represents».*

Puede consultarse tal precepto en *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek. Het Vermogensrecht*, translated by Haanappel and Mackaay, Kluwer, Deventer-Boston, 1990, p. 146.

la suspensión de la prescripción por razones familiares, que seguramente se explica mucho más en las relaciones de potestad (por ejemplo, entre personas sujetas a incapacidad y sus representantes), que en las relaciones entre cónyuges. Por una parte, si se admite por ley la suspensión de la prescripción entre los esposos mientras dura la convivencia, o bien el divorcio posibilitaría recuperar viejas cuentas, o bien la muerte de uno de los esposos conduciría a una desagradable sorpresa al superviviente cuando los herederos del fallecido interpusieran sus reclamaciones frente a él por daños que, como regla general, habrían prescrito hacía años. Por otra parte, si se reflexiona sobre el motivo de la suspensión de la prescripción es difícil comprender por qué tal regla no podría extenderse a otras hipótesis semejantes, por ejemplo, a personas próximas que vivan en el mismo hogar común. Realmente tal regla tiene su razón de ser de modo exclusivo en las reclamaciones entre personas sujetas a una incapacidad y sus representantes y está basada en un motivo distinto a la existencia de un vínculo de carácter familiar entre unas y otras; se fundamenta en la imposibilidad que tiene la persona incapaz de actuar por sí misma⁴⁸.

III.2 REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

A) ACCIÓN U OMISIÓN INTERVINIENDO CULPA O NEGLIGENCIA

La sentencia mantiene que Doña Remedios realiza un acto contrario a derecho, por una parte, porque impide que el hijo menor se relacione con su padre vulnerando así el artículo 160 del Código Civil. Ya me he referido en el epígrafe anterior a este punto; a mi juicio la madre no conculca de forma directa su derecho-deber de relacionarse con el hijo en cuanto titular del mismo (único contenido al que parece referirse el precepto); otra cosa distinta es que con su conducta vulnere indirectamente ese derecho-deber de relacionarse del que es titular el padre respecto del hijo, en cuanto quien tiene la guarda de hecho del niño (y ella tiene la guarda y custodia legal en un principio, después la de hecho) posee a su vez el deber de no impedir u obstaculizar la relación entre el hijo y el progenitor no conviviente. Es decir, en estos casos de obstrucción a la comunicación con el hijo, el medio por el que el progenitor conviviente lesiona el derecho-deber que tiene el progenitor no conviviente de acuerdo con el artículo 160 del Código Civil es el incumplimiento de su carga o gravamen de consentir y facilitar las relaciones personales entre el hijo y el progenitor favorecido con el derecho de visita. Por otra

⁴⁸ En este sentido se pronuncia ZIMMERMANN, R.: *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription...* cit. pp. 140-141. Según el mismo autor (*El Nuevo Derecho Alemán de Obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, traducción al castellano de Arroyo i Amayuelas, 1.ª edición, Bosch, 2008, p. 171) todas estas consideraciones están muy presentes en los redactores del artículo 14: 305 de los Principios de Derecho Contractual Europeo, elaborados por la Comisión *Lando* y que, sin duda, son uno de los proyectos más avanzados y conocidos a favor de la armonización del Derecho Contractual en Europa. El citado precepto de los PECL se ocupa de la suspensión de la prescripción por falta de capacidad. Por consiguiente, no centra su atención en la existencia de lazos familiares que suele haber entre las personas incapaces y sus representantes, sino que parte de la idea de que quien sufre la incapacidad no puede ejercitar la pretensión y, en consecuencia, no puede frenar el transcurso del tiempo computable a efectos de prescripción. Se entiende mejor la postura adoptada en los PECL si se tiene en cuenta que *Zimmermann* es, en su momento, el jurista de la Comisión *Lando* encargado de la redacción del capítulo 14 y de la elaboración de los fundamentos de Derecho comparado subyacentes.

parte, según la resolución la madre también lleva a cabo un acto contrario a derecho porque se opone a la ejecución de la sentencia que otorga la guarda y custodia del hijo a su padre, estimando como hecho probado que la madre conocía el contenido de dicha sentencia porque había presentado en su momento los oportunos recursos contra ella. Según la resolución «... *conociendo el contenido de las diversas sentencias que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales*». Es decir, el Tribunal Supremo estima responsable a la madre en cuanto su conducta es dolosa, e identifica el dolo con el conocimiento. Es interesante desarrollar estos dos últimos aspectos que acabo de señalar.

En primer lugar, la importante sentencia italiana a la que me he referido con anterioridad, la sentencia del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000, aunque no concede la indemnización por el daño moral al hijo por las razones antes apuntadas, sin embargo sí otorga una indemnización al padre por los daños que el comportamiento de la madre le ha causado. El tribunal italiano considera probado que la imposibilidad para el actor de ejercitar su derecho de visita es imputable a la madre, entendiéndolo que el comportamiento de la madre es injustificado e ilícito por varios motivos. Entre otros, por idéntico motivo a nuestro Tribunal Supremo; insiste el Tribunal de Roma en que las visitas al padre están fijadas por sentencias judiciales (la que dicta la separación y la que dicta el divorcio) y que la demandada ha actuado en contra de lo previsto en tales decisiones⁴⁹. En el caso de la sentencia española objeto de este comentario en realidad la demandada no incumple tanto la sentencia judicial que establecía las visitas (aunque durante un primer momento, como ya he indicado, sí era así) cuanto la resolución judicial que otorgaba al padre la guarda y custodia del niño⁵⁰.

En segundo lugar, quisiera desarrollar ahora algunas consideraciones relativas a la conducta dolosa de la demandada. Aquí es claro que efectivamente existe dolo, en cuanto es un hecho probado que ella conoce la existencia y el contenido de la resolución judicial que atribuye al padre la guarda y custodia del niño. Es interesante reflexionar sobre cuál es el criterio de imputación

⁴⁹ Señala la sentencia italiana que la conducta del progenitor que tiene la guarda del menor consistente en impedir, constante, continua y durante largo tiempo, sin un adecuado motivo, al progenitor no conviviente visitar y permanecer con el hijo, es reconducible al artículo 388 párrafo 2.º del Código Penal. Así, la madre ha tratado de eludir la ejecución de la sentencia del juez civil, con autoridad de cosa juzgada, dado que la madre no ha tenido ni la menor intención de cumplir lo establecido por aquel respecto a los encuentros entre el padre y el hijo. Este precepto del Código Penal italiano conmina con prisión de uno a tres años y a multa a quien elude o incumple un mandato del juez civil concerniente a la entrega o puesta a disposición para la guarda de menores o incapaces.

⁵⁰ Mantiene RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita...* cit. p. 311 que en nuestro ordenamiento el precepto penal en que cabe encuadrar la conducta del guardador que impide las relaciones del menor a su cargo con el beneficiario de las mismas es el artículo 556 del Código Penal de 1995, que regula el delito de desobediencia grave a la autoridad: «*Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o a sus agentes o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año*». También la sentencia objeto de este comentario señala que la responsabilidad civil de la madre no impide que, al mismo tiempo y de forma independiente, puedan ejercitarse acciones penales por desobediencia (fundamento de derecho quinto *in fine*). Señala YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 453, que si el incumplimiento de una sentencia o de un convenio judicialmente aprobado puede considerarse delito de desobediencia a la autoridad, sin más requisito que el conocimiento real por el interesado de la orden que debía acatar, tal hecho sirve para apoyar la innecesariedad de la tipificación de nuevos delitos entre familiar en el Código Penal.

tación subjetiva aplicable en el ámbito de la familia, esto es, si en atención a las características propias del Derecho de Familia la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito familiar ha de revestir una serie de peculiaridades. En el Código Civil si en sede de responsabilidad civil si en la normativa reguladora del derecho de familia no se han establecido reglas específicas cuando el dañante y el dañado forman parte de la misma familia; pero ello no significa que se tenga que imponer al familiar agente del daño la obligación de indemnizar en los mismos casos en que debería hacerlo frente a un tercero según las normas generales de la responsabilidad civil: los términos abiertos de nuestras normas de responsabilidad civil (por ejemplo, mediante el uso del concepto «negligencia») permiten al juez la incorporación a los juicios de imputación de las características propias de las relaciones familiares, obteniéndose así idénticos resultados a los de aquellos ordenamientos que poseen normas específicas sobre responsabilidad civil en el Derecho de Familia⁵¹. En este sentido podrían distinguirse, incluso, hasta tres tesis distintas:

La primera es aquella que apunta que el daño entre familiares, para ser reparable, ha de ser cometido con dolo, de manera que los daños culpables no se indemnizan. Quizás en esta clave habría que interpretar la ya citada STS de 22 de julio de 1999, resolución que entiende que no ha de indemnizarse al ex cónyuge que sufre la infidelidad el daño moral porque falta la conducta dolosa de la mujer tendente a ocultar la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio. La madre conoce la verdadera paternidad del hijo en el procedimiento de impugnación de la paternidad iniciado por el propio hijo después del divorcio de sus padres. Puesto que en nuestro ordenamiento el artículo 1902 del Código habla de negligencia y no exclusivamente de dolo, tendría un mayor peso, como dice *Roca Trias*⁵², la negativa del Supremo al otorgamiento de la indemnización por daños entre cónyuges si el Supremo considerara, con esta decisión, que en las relaciones familiares no se aplica sin más el artículo 1902 del Código Civil, sino que se requiere un *plus* como el dolo. Pero cabe dudar de que ésta sea la verdadera razón del Supremo para negar la indemnización entre miembros de una familia, ya que en la segunda sentencia (la de 30 de julio 1999), dictada inmediatamente después, sí hay dolo de la ex esposa (ella inicia el procedimiento de impugnación de la paternidad) y aún así no ha lugar a la responsabilidad civil, aunque se ve obligado el Tribunal a mantener motivos distintos a la ausencia de dolo en la demanda para justificar su fallo (en concreto, cita la aplicación exclusiva y excluyente de los remedios del Derecho de Familia para el incumplimiento de los deberes conyugales y el peligro de proliferación de demandas triviales y la alteración de la armonía doméstica).

Evidentemente el dolo no puede referirse en estas hipótesis que acabo de mencionar al incumplimiento del deber conyugal (ya que la infidelidad, salvo

⁵¹ Así lo afirman FERRER I RIBA, J.: «Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños»... *cit.* p. 1842 y SALVADOR CODERCH, P.: «Causalidad y responsabilidad», *Indret* 3/2002, p. 6, (<http://www.indret.com>). Opina lo contrario DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *La Ley*, 2007, Tomo II, D-70, p. 1662, ya que a su juicio el comportamiento de un cónyuge que incumple los deberes conyugales causa un daño al otro que encaja perfectamente en el esquema del artículo 1902 del Código Civil, y tal precepto considera la culpa como criterio general de imputación de responsabilidad civil, sin distinción de grados.

⁵² «La responsabilidad civil en el Derecho de Familia...», *cit.* p. 561.

casos aislados, es un acto intencionado⁵³), sino a la conducta de la mujer hacia la paternidad del hijo. Es cierto que no hay dolo en cuanto no conoce a ciencia cierta la verdadera paternidad del hijo, pero no es menos cierto que sí cabe hablar de culpa grave en la actuación del cónyuge infiel: si uno tiene una aventura fuera del matrimonio sin poner los oportunos impedimentos para una futura procreación, entra dentro del abanico de posibilidades un embarazo extramatrimonial. Y en estos supuestos de, digamos, ignorancia o desconocimiento negligente de la verdadera paternidad por parte del cónyuge infiel: ¿no cabe equiparar el dolo a la culpa grave a efectos de la responsabilidad civil?

Parece que el dolo en otros ordenamientos sí se exige para apreciar responsabilidad civil entre cónyuges por el incumplimiento de los deberes conyugales, pero el dolo no se refiere tanto al conocimiento por la esposa de la verdadera paternidad del hijo cuanto a la intención de dañar sobre este aspecto al cónyuge que sufre la infidelidad. Así, los tribunales norteamericanos consideran indemnizable por causación intencional de daños emocionales el supuesto en que la mujer, en el propio procedimiento de divorcio, declara el carácter extramatrimonial del hijo y, en cambio, no resarcen los daños al marido que se entera, después de un tiempo, de que no es el verdadero padre tras un largo silencio por parte de su cónyuge⁵⁴. Por su parte el Tribunal Supremo alemán ha reconocido de forma excepcional el derecho a la indemnización en el caso de adulterio cuando hay intención cualificada de causar daño, pero no en virtud del parágrafo 823 sino por el parágrafo 826 BGB (por causación dolosa de daños atentando contra las buenas costumbres). Así ocurre en la sentencia del BGH de 19 de diciembre de 1989⁵⁵. El marido reclama a su antigua mujer las cantidades pagadas por el mantenimiento durante largo tiempo de la que creía hija suya. Pero el tribunal sostiene que los daños producidos al otro cónyuge por el incumplimiento de deberes conyugales no encuentran amparo en el parágrafo 823 BGB, debido a las características especiales del matrimonio, que sólo puede regirse por las normas del Derecho de Familia y no por las normas del Derecho de Daños. Pero las reclamaciones entre cónyuges podrían encajar en el parágrafo 826 BGB si el cónyuge que incumple el deber conyugal ha tenido una conducta dañosa de carácter inmoral. Por ejemplo, si la mujer infiel ha realizado afirmaciones falsas al marido para disipar sus dudas acerca de su paternidad. No obstante, no hay tal comportamiento inmoral, de acuerdo con esta sentencia, si el cónyuge infiel guarda silencio acerca de su conducta, ya que no hay un deber de los esposos de dar a conocer al otro su adulterio.

La segunda tesis consiste en mantener que la responsabilidad civil en el ámbito familiar no sólo surge en caso de que el agente del daño haya incurrido en dolo sino también en caso de culpa grave⁵⁶. Tal posición encuentra apoyo en ciertos preceptos del ordenamiento jurídico español, que prevén el resarcimiento en supuestos especiales de daños entre familiares y que señalan este criterio de imputación subjetiva. Un ejemplo es el artículo 168 del

⁵³ Según RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: «Comentario a la STS 30 julio 1999» *cit.* p. 160 sólo en los casos de actuación en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas puede sostenerse que la infidelidad es un incumplimiento negligente de deberes conyugales.

⁵⁴ DOBBS, D.B.: *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, p. 758.

⁵⁵ *NJW*, 1990, pp. 706-709.

⁵⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda (Coordinador), Aranzadi, 2006, p. 160.

Código Civil, que señala en su párrafo segundo que en caso de pérdida o deterioro de los bienes de los hijos por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos. Otros ejemplos son dos preceptos del Código Civil que regulan daños entre cónyuges, constante matrimonio, que se rigen por la sociedad de gananciales: artículos 1390 y 1391 del Código Civil. Estas disposiciones tipifican determinadas conductas (actos abusivos, dañosos y fraudulentos en la administración y gestión de los bienes comunes, llevados a cabo de forma ordinaria por uno solo de los cónyuges) que son considerados por la ley como actos que obligan a indemnizar⁵⁷. Realmente no creo que de estos preceptos pueda derivarse la regla general sobre los criterios de imputación subjetiva aplicables a cualquier daño entre familiares. Entre otras cosas, porque este tipo de preceptos del Código Civil, ubicados en la normativa reguladora del Derecho de Familia, que prevén el resarcimiento del daño como medida, solamente cabe aplicarlos al supuesto especial que regulan, que suele ser muy concreto: así, el artículo 168 del Código Civil se está refiriendo a la exigencia por parte de los hijos de una rendición de cuentas a los padres sobre la administración de sus bienes al extinguirse la patria potestad. Pero, sin embargo, sí estoy de acuerdo con que la reparación de los daños entre familiares, que derivan de la lesión de derechos fundamentales del familiar víctima, debe requerir que dicha lesión sea causada con dolo o culpa grave. Pero fundamentalmente en aras de conciliar los principios directrices del Derecho de Familia y del Derecho de Daños, por ejemplo, en aras de respetar la paz y la unidad familiar. Antes, y en la actualidad también, existe un gran interés en el mantenimiento de la institución familiar y pienso que, en consecuencia, ha de preservarse la paz familiar como un valor fundamental, paz familiar que sólo debe romperse para proteger a su vez valores e intereses también prioritarios en el ordenamiento, como puede ser el caso de la vulneración con dolo o culpa grave de derechos fundamentales de las personas.

Esta segunda tesis es la adoptada en el poco exitoso Proyecto argentino de Reforma del Código Civil de 1998, que se inclina por aceptar de modo expreso la responsabilidad en el ámbito de las relaciones de familia en general, pero limitada al dolo o culpa grave. Su artículo 1686, precepto que se refiere a un grupo de supuestos en que sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave, en su apartado a) señala: «*Sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave: a) Si el daño, en los casos en que no está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia*». Es preciso señalar que el

⁵⁷ Artículo 1390: «*Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiera éste obtenido un beneficio o un lucro exclusivo para él u ocasionando dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto*».

Artículo 1391: «*Cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible*».

Pero, como señala ROCA TRIAS, E.: «La responsabilidad civil en el Derecho de Familia...», *cit.* p. 544, no nos encontramos ante una hipótesis de responsabilidad entre cónyuges en sentido estricto, sino de responsabilidad de un cónyuge frente a la masa de gananciales. No es el otro cónyuge quien ha sufrido la pérdida derivada del comportamiento doloso o fraudulento de su cónyuge, sino la sociedad de gananciales, y es precisamente ésta la que debe ser indemnizada. Por consiguiente, sólo de modo indirecto se trata de una responsabilidad entre cónyuges.

artículo 1604 del citado Proyecto señala en su apartado *c*) que «*La falta extrema de diligencia configura culpa grave, que es asimilada al dolo*». La doctrina argentina ha apuntado numerosas razones para justificar tal trato benévolo o preferencial, que excluye la responsabilidad civil del familiar en los supuestos de meras negligencias, imprudencias o impericias comunes o leves⁵⁸: la responsabilidad civil imputada a un miembro de la familia es un elemento que quiebra la armonía del grupo, han de privilegiarse los intereses superiores de la constitución de la familia y de su estabilidad frente a los intereses del perjudicado, la reivindicación absoluta de los propios intereses individuales frente al familiar llevaría a la falta absoluta de solidaridad familiar, el amor no es exigible jurídicamente bajo la amenaza de ningún tipo de sanción... Por otra parte, se ha afirmado⁵⁹ que el Proyecto de Código Civil de 1998, en este artículo 1686, continúa la tradición argentina en materia de familia, aunque es cierto que el ordenamiento civil en su conjunto no acepta la diferencia entre culpa leve y grave en general. En materia de familia, el Código de Vélez ya exigía culpa grave tanto en materia de tutela como para otorgar el divorcio por injurias. En concreto, el actual artículo 461 del Código Civil argentino señala que «*Contra el tutor que no se dé verdadera cuenta de su administración, o que sea convencido de dolo o culpa grave, el menor que estuvo a su cargo tendrá el derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio recibido, y el tutor podrá ser condenado en la suma jurada, si ella pareciere al juez estar arreglada a lo que los bienes del menor podían producir*». Y el artículo 202 inciso 4.º del Código Civil también establece que las injurias sean graves para ser causa de divorcio.

Hay una tercera y última tesis que va mucho más allá, y que mantiene que en ciertas hipótesis de responsabilidad civil el familiar agente del daño no sólo debe responder en caso de dolo o culpa en su actuación, sino que hay supuestos en que se le podría exigir una responsabilidad civil objetiva. Es la opinión que mantiene *Mosset Iturraspe*, de manera que a su juicio determinadas conductas familiares orientadas, por ejemplo, a la procreación, pueden ser creadoras de riesgos o peligros (como las técnicas de fecundación asistida). En este tipo de hipótesis debería dejarse fuera del debate la culpabilidad del miembro de la familia que actúa. Según este autor el hecho de pertenecer a una familia impone a sus miembros una específica prudencia y, por tanto, no han de permitirse comportamientos que generan riesgos o peligros que pueden desencadenar o provocar daños en otros miembros de la familia⁶⁰. Ahora bien, no creo que esté justificado en absoluto la imposición de un sistema de responsabilidad civil objetiva en el ámbito de la familia⁶¹. En primer lugar, porque no se dan los presupuestos que deben exigirse para la adopción de un modelo semejante de responsabilidad civil. Las actividades que llevan a cabo los cónyuges o los progenitores en la vida familiar no creo que impliquen un riesgo especial, que vaya más allá de lo que puede considerarse normalmente tolerable. Por otra parte, ni cónyuges ni progenitores obtienen un

⁵⁸ MOSSET ITURRASPE, J.: «Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares», *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, No. 2, 2001, pp. 11-12.

⁵⁹ MEDINA, G.: «Daño extrapatrimonial en el Derecho de Familia y el Proyecto de Código Civil unificado de 1998», pp. 28-29 (<http://www.graciamedina.com>).

⁶⁰ «Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad...», *cit.* pp. 10-12.

⁶¹ A favor de esta conclusión también SAMBRIZZI, E.A.: *Daños en el Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 6.

beneficio económico con el desempeño de su actividad en la familia. Todo lo contrario, han de compartir sus recursos económicos con todos los miembros del grupo familiar, el cuidado tanto de las tareas domésticas como de las personas a su cargo disminuye su tiempo real de dedicación al trabajo y con ello su capacidad de ganancia... Y creo que esta misma conclusión puede extenderse al ámbito de las técnicas de reproducción asistida, ya que engendrar un hijo no puede estimarse, como regla general, una actividad peligrosa, ni desde luego son precisamente los progenitores los que se lucran con el uso de tales técnicas. La segunda razón por la que no procede un sistema de responsabilidad civil tan riguroso en este ámbito de las relaciones familiares es porque probablemente no debe extenderse un sistema de responsabilidad civil objetiva a otros ámbitos distintos a los que el legislador de manera expresa ha decidido adoptarlo. Y en materia de Derecho de Familia hoy por hoy no hay ninguna disposición legal que lo establezca, de manera que habrá que aplicar en esta esfera las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual previstas en nuestro Código Civil, esto es, un sistema de responsabilidad subjetiva⁶².

Volviendo a la hipótesis de la sentencia objeto de comentario, en ningún caso podría mantenerse, y desde luego la resolución no lo hace, que la madre ha incurrido en dolo o culpa grave por el mero hecho de trasladarse con el menor a otro país, tras la separación o el divorcio, con el efecto, ciertamente negativo para el progenitor no conviviente, de que éste se ve separado del menor y privado, por tanto, de una relación, física al menos, más cotidiana con el hijo⁶³. Sin embargo es cierto que en estos supuestos de separación de los hijos del progenitor no conviviente tras la crisis matrimonial, sobre todo si se trasladan los menores a otro país o ciudad, se pueden generar ciertos daños materiales a aquel, así, gastos de transporte y alojamiento cuando vaya a visitar a los menores. Pero desde luego no creo que tales gastos puedan ser indemnizados por la vía de la responsabilidad civil extracontractual a menos que se acredite la existencia de dolo o culpa grave en el progenitor conviviente, pero sí que deben tenerse en cuenta por los tribunales mediante la adopción de ciertas medidas, por ejemplo, a través de la disminución de la pensión alimenticia que ha de pagar el progenitor no conviviente. De hecho algunas resoluciones ya lo han hecho⁶⁴.

⁶² Una crítica a una tendencia jurisprudencial que extiende un sistema de responsabilidad civil objetiva a ámbitos para los que el legislador no ha previsto de modo expreso tal sistema véase en Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 115 y ss y 241-242 y «Culpa y riesgo en la responsabilidad extracontractual», *La responsabilidad en el Derecho*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4 (2000), Madrid, 2001, pp. 163 y 166. En general sobre la evolución reciente experimentada por el Tribunal Supremo consistente en una vuelta al criterio de imputación por culpa, huyendo de criterios objetivadores, véase ROCA I TRIAS, E.: «El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del TS español», *InDret* 4/2009, pp. 1-17 (<http://www.indret.com>).

⁶³ En este sentido DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, 1.ª edición, Iustel, Madrid, 2009, pp. 247 ss señala que un cambio de domicilio que no esté justificado y que impida al menor de hecho mantener toda relación con su otro progenitor, o que la disminuya, ha de considerarse que va en contra del interés superior del menor y, por consiguiente, puede dar lugar a la adopción de distintas medidas judiciales dirigidas a neutralizar el daño causado al niño por esta vía.

⁶⁴ Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 11.4.2000, en un caso en que las hijas se trasladan con la madre a Méjico tras el divorcio, quedándose el padre en Madrid, entiende que, aunque del pago de la pensión alimenticia no se exime al progenitor en ningún caso, sin embargo como en este supuesto los gastos del padre cuando va a Méjico

Por último, a mi juicio no hay dolo o culpa por parte del progenitor conviviente con el hijo si aquel acredita la existencia de hechos susceptibles de producir un grave daño en la educación y en los intereses del menor si éste se relaciona con el progenitor no conviviente. Una hipótesis conflictiva podría ser la alegación, por parte del progenitor que obstaculiza la relación del hijo con el otro progenitor, de que el menor no quiere ver a su padre, con el fin, claro, de exonerarse de responsabilidad. Desde luego será interesante en este sentido el dato de la edad del menor. Algún autor mantiene que a veces cuando un hijo adolescente tiene hacia su padre no guardador sentimientos de aversión o de repulsa y alega una razón seria para ello, puede ser conveniente que el juez, en interés del hijo y con el fin de evitarle perjuicios serios e irreversibles, suspenda, al menos de forma temporal, el derecho de visita del padre, porque a veces la imposición obligatoria de los lazos con el progenitor podría tener efectos contraproducentes, dañosos para ambos⁶⁵. Creo que en estos casos en que el progenitor conviviente alega que el menor no quiere ver al otro progenitor es correcto, de cara a concluir si hay conducta reprochable en aquel, indagar los motivos por los que el menor se niega a las visitas del progenitor: puede ser por capricho del niño, puede ser por inducción de terceros (normalmente del otro progenitor), o bien puede ser el indicio de que estas visitas no son muy satisfactorias para el interés del menor. En todo caso nada podrá resolverse sin la valiosa colaboración de expertos (psiquiatras o psicólogos) que indaguen y comprendan la actitud del niño⁶⁶. Un supuesto muy frecuente en la práctica es el denominado síndrome de alienación parental, en el que desde luego no parece lógico que el progenitor conviviente pueda exonerarse de responsabilidad alegando sin más que el menor no quiere ver al otro progenitor, porque en este tipo de hipótesis el menor es influido de tal forma por el progenitor conviviente que manifiesta no querer ver al otro progenitor⁶⁷. A determinadas edades sobre todo es evidente la influencia del progenitor conviviente sobre los hijos. Parece que en las instancias europeas ha habido un cambio de orientación respecto a las citadas hipótesis de síndrome de alineación parental, ya que en un principio se niega el derecho de visita al progenitor no conviviente ante el mero rechazo de los menores⁶⁸. Existe un caso planteado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo de 21 de octubre de 1998 (citado precisamente por la sentencia objeto de este comentario), cuyos hechos son los siguientes⁶⁹: El padre italia-

co a ver a las hijas son tan elevados (corren a su cargo tanto los gastos del transporte como los de la estancia), queda justificado perfectamente que esta circunstancia afecte, no sólo a la fijación de la pensión alimenticia mensual, sino también a la suspensión de la misma en el periodo vacacional que las hijas están en España. Véase el fundamento de derecho 3.º de la sentencia (AC 2000, 3778). No obstante, en Alemania el Tribunal territorial (*OLG*) de *Brandenburg* admite una indemnización de daños y perjuicios ante un desplazamiento, sin causa justificada, del hogar familiar en un caso que la madre se traslada a vivir a otra ciudad y el padre solicita que se le indemnicen los gastos de transporte y hotel, necesarios para poder pasar los fines de semana junto a sus hijos. Véase tal resolución en *FamRZ*, 2001, pp. 1021-1023.

⁶⁵ KEMELMAJER, A.: «Daños y perjuicios causados al progenitor...», *cit.* p. 302.

⁶⁶ FALCÓN, E.N.: «Tenencia. Visitas y daños...», *cit.* pp. 548-549.

⁶⁷ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del Derecho de Daños...», *cit.* p. 193.

⁶⁸ *Idem*, *cit.* pp. 184-185.

⁶⁹ Véase el texto de la sentencia en *DFP*, Vol. 4, 1999, pp. 1003-1012. Comenta dicha resolución en la misma revista, volumen y año SALZANO, A.: «L'ingerenza dello Stato nella vita familiare secondo il giudizio della Commissione Europea dei diritti dell'Uomo», pp. 1012-1018.

no, casado con una mujer danesa, se traslada tras el divorcio a Dinamarca para poder cumplir con el régimen del derecho de visitas. Pero debido a la influencia de la madre la hija rechaza al padre, que vuelve a Italia con una severa depresión. El padre denuncia a Dinamarca ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, pero se rechaza tal denuncia alegando que no hay violación del artículo 8 de la Convención de Roma para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y que el régimen de visitas puede ser suspendido, aún por tiempo indeterminado, cuando los hijos manifiesten un constante sentimiento de rechazo y repulsa hacia su progenitor, incluso aunque tales sentimientos sean debidos a la influencia ejercitada por las personas que les rodean; debiendo prevalecer, pues, el derecho del menor a la serenidad personal y familiar. Muy distinta, sin embargo, es ya la sentencia de 13.7.2000 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto *Elsholz* contra Alemania, demanda núm. 25735/1994)⁷⁰, que ya ha reconocido, condenando al Estado alemán, la procedencia del resarcimiento de daños y perjuicios (pecuniarios y no pecuniarios) causados a un padre al que se le niega el régimen de visitas sobre la base de las declaraciones de su hijo extramatrimonial de 5 años, víctima del síndrome de alienación parental. En concreto, el tribunal estima que se está ante un daño moral cierto sufrido por el demandante, ya que la negativa a autorizarle a mantener contactos con su hijo desde 1991 le provoca en su momento angustia y desamparo. Pero, claro, se condena a reparar el daño moral al Estado alemán, no a la madre que impide el derecho de visita.

B) DAÑO

Aquí no consiste en que la madre obstaculiza el derecho-deber de visita del padre (porque él tiene la guarda y custodia), aunque en un momento inicial sí es así, de manera que con acierto señala la sentencia objeto de comentario que el daño, que califica de moral, consiste «*en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor*».

La sentencia del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000, mencionada con reiteración en este trabajo, permite también adentrarse en los daños que se generan al progenitor en este tipo de casos. En cuanto a los daños causados al progenitor no conviviente, la resolución italiana mantiene que han de resarcirse tanto los daños no patrimoniales sufridos por éste como el daño biológico en cuanto supuesto integrante en la integridad psicofísica (bien tutelado por el artículo 32 de la Constitución italiana); perjuicios generados en la medida en que se ha visto imposibilitado de satisfacer su derecho a conocer al hijo, a relacionarse con él y a educarlo⁷¹. Los daños (perturbaciones neuropsíquicas, dolor, ansiedad y angustia producida por no haber podido cumplir sus deberes hacia el hijo, ni haber podido satisfacer sus legítimos dere-

⁷⁰ TEDH 2000/152

⁷¹ También la sentencia del Tribunal de *Monza* de 5 de noviembre de 2004 indemniza los daños no patrimoniales sufridos por la madre en cuanto el padre no le ha permitido o no ha contribuido durante diez años a la relación entre el hijo y la madre. Hay una responsabilidad civil del padre por el grave daño ocasionado al derecho personal de la madre a la plena realización de la relación parental (en concreto, el tribunal le condena a indemnizar el daño moral y existencial con la suma de 50.000 euros). Véase esta resolución en CASSANO, G.: *Rapporti familiari, Responsabilità civile e danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2006, pp. 230-231.

chos de padre, con consecuencias perjudiciales en su propia vida de relación...) son acreditados en el pleito con el informe de una médico psicóloga, de un consultorio familiar y de la sesión de Mediación familiar de la Universidad *La Sapienza* de Roma. Nuestra doctrina ha entendido también que la privación de la relación del hijo con uno de los progenitores por parte del otro progenitor lleva consigo una lesión de la integridad física y psíquica del progenitor, con los consiguientes daños morales y patrimoniales que de ahí derivan⁷².

En la resolución española el demandante sólo pide la indemnización por los daños morales, pero no los patrimoniales. Estamos, como en general en cualquier hipótesis de existencia de un daño moral, ante un problema claro de valoración del *quantum* indemnizatorio. Así reconoce el propio tribunal que el daño moral resulta totalmente indeterminado al carecer de criterios objetivos para cuantificarlo. Considera adecuada la cantidad de 60.000 euros, teniendo en cuenta que el daño es irreversible⁷³. No se reclaman por el demandante los daños materiales, pero es indudable que este tipo de daños también existen en este supuesto de la privación de la relación con el hijo. En general la doctrina cita, como ejemplos de daños que se generan para el progenitor con la obstaculización del derecho de visita, entre otros, todos los gastos derivados de intentar hacer efectivo el régimen de visita incumplido (como, por ejemplo, los billetes de avión al lugar donde la visita debía realizarse⁷⁴), y los daños materiales derivados de la lesión a la integridad psíquica, como las consecuencias pecuniarias por los posibles inconvenientes laborales originados (falta de asistencia al trabajo, pérdida de oportunidades laborales...) y por los tratamientos médicos necesarios⁷⁵. Por supuesto que, como alega la propia sentencia aquí comentada, el padre podría haber reclamado en este supuesto los daños materiales ocasionados por los diversos procedimientos judiciales iniciados durante los años siguientes a la marcha del niño a Estados Unidos.

C) RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Mantiene correctamente la sentencia que no cabe imputar objetivamente el daño al centro y a la asociación (parece que por ausencia de prueba) y, en cambio, sí a la madre. El origen del daño cabe atribuirlo a la madre por ser la persona que ostenta la obligación legal de colaborar para que el padre pueda ejer-

⁷² MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del Derecho de Daños...», *cit.* p. 198.

⁷³ En general la valoración del *quantum* indemnizatorio presenta grandes problemas en las diversas hipótesis de daños que pueden existir en el ámbito de la familia. Así, por ejemplo, en la responsabilidad civil que surge por el incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial y la ocultación al marido de la verdadera paternidad del hijo. La sentencia de la AP de Barcelona de 16.1.2007 otorga una indemnización de 15.000 euros al marido por el daño moral derivado de descubrir que no era el padre de la menor que durante cuatro años había creído hija suya. La Audiencia considera que el marido sufre un daño moral claro (estuvo sometido a un tratamiento psiquiátrico) y equipara este daño a la muerte física de un hijo. Cabe dudar de que tal equiparación, que también hace la sentencia de la AP de Valencia de 2.11.2004, sea válida, ya que según *Farnós* debería valorarse el daño moral en este tipo de hipótesis en función de otros parámetros, como el número de hijos respecto de los cuales se ha ocultado la paternidad, el tiempo que ha durado el engaño y la posibilidad de seguir manteniendo vínculos con los hijos –lo que dependerá sobre todo de la edad que tienen cuando se descubre la falsa paternidad–. Véase «Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad»..., *cit.* p.21.

⁷⁴ KEMELMAJER, A: «Daños y perjuicios causados al progenitor...», *cit.* p. 303.

⁷⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del Derecho de Daños...», *cit.* p. 198.

cer sus facultades en cuanto titular de la patria potestad y de la guarda y custodia del menor. En esta hipótesis la imputación objetiva del daño al familiar es muy clara, sin embargo en otros casos de responsabilidad civil en el ámbito de la familia ya no resulta tan evidente. Menciono dos ejemplos, aunque ciertamente podrían enumerarse muchos más. Así, el caso de daños prenatales transmitidos a los hijos por herencia o por contagio de enfermedad. Es complicado probar en estos supuestos en que se transmite o contagia la enfermedad en el momento de la concepción la relación de causalidad entre el comportamiento de los padres y el daño. No parece que pueda afirmarse con rotundidad que el daño (lesión de la salud del hijo) haya sido causado por los progenitores, ellos no provocan directamente la enfermedad en el hijo. Se ha señalado que es muy diferente este caso de la hipótesis en que la enfermedad o la tara del niño es ocasionada por los malos tratos del padre a la madre embarazada, o por el consumo de drogas o bebidas alcohólicas por parte de la madre durante el embarazo⁷⁶. En estos últimos supuestos la enfermedad podría haberse evitado si el progenitor hubiese adoptado una conducta distinta, por ejemplo, no pegar a la madre o no consumir en exceso las aludidas sustancias⁷⁷. En cambio, en el caso de la transmisión de enfermedades durante la concepción, no hay manera de evitar el daño por parte de los progenitores si no es a través de la no concepción. Y es complicado reprochar jurídicamente a los padres que, en virtud de su

⁷⁶ ATIENZA NAVARRO, M.L.: «La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural», *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda (coordinador), 1.ª edición, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 64-65.

⁷⁷ Ahora bien, la responsabilidad civil de la madre en caso de desarrollo de ciertos comportamientos que dañan al concebido (práctica de deportes peligrosos durante el embarazo, conducción de automóviles, llevar una dieta alimenticia muy estricta, consumo de alcohol u otras drogas, consumo de medicamentos...) requiere un tratamiento más complejo. Podrían jugar dos tipos de criterios para una posible solución: Primero, sólo los comportamientos causados con dolo, esto es, los ocasionados con la intención de causar un daño al niño en la gestación deben dar lugar a responsabilidad civil. Por consiguiente, los comportamientos realizados de forma negligente o descuidada por la madre no constituyen hipótesis de responsabilidad civil, ya que sin duda debe privilegiarse la relación existente entre los padres y los hijos. De hecho ésta es la solución acogida por el legislador penal cuando se ocupa de regular el delito de lesiones prenatales, de manera que cuando el artículo 158 del Código Penal de 1995 tipifica la modalidad gravemente imprudente de las lesiones al feto, excluye sin embargo a la embarazada como sujeto activo del delito. Segundo, aquí se presenta un claro conflicto de intereses entre la libertad y el derecho a la intimidad de la madre, por una parte, y, por otra, el derecho a la salud y a la integridad física o psíquica del hijo. En general en el Derecho Comparado, y siempre y cuando estemos ante conductas no dolosas, se ha entendido que ha de prevalecer la libertad y el derecho de la intimidad de la madre, ya que se trata de comportamientos que entran dentro del ámbito del riesgo permitido. Un ejemplo claro es Gran Bretaña, cuya *Congenital Disabilities (Civil liability) Act 1976* estima que la madre no es responsable por daños prenatales a su hijo que sean consecuencia de su actuar negligente. Consúltese al respecto CLERK, J. F. and LINDSELL, W.H.B.: *On Torts*, 15.ª edición, Sweet & Maxwell, London, 1982, p. 130 § 2-38. La única excepción prevista es para los daños causados en accidentes de tráfico cuando ella conduce, sabiendo o debiendo saber que está embarazada (*Section 2* de tal ley). Claro, que esta excepción podría tener dos tipos de razones: La primera es que no hay inconveniente en estimar este tipo de demandas por daños entre familiares cuando hay un seguro que cubre la responsabilidad por tales daños; aquí no se produciría un perjuicio para la familia (todo lo contrario, habría un aumento del patrimonio) y el conflicto de intereses se situaría entre el hijo y un extraño no familiar (la compañía de seguros). La segunda razón es que probablemente en estos casos de accidentes de circulación el deber de cuidado de la madre gestante no nace por el hecho de ser madre sino del deber general de conducir de modo diligente. El canon de diligencia es más riguroso además cuando hablamos de un daño que puede afectar a terceros.

libertad de procreación, decidan concebir un hijo aun a riesgo de que pueda nacer con enfermedades. Aunque se considere que la concepción de un hijo, cuando hay posibilidad de transmitirle una enfermedad contagiosa, o de carácter hereditario o genético, es una conducta de los progenitores ciertamente irresponsable, no cabe mantener que hay un deber jurídico de paternidad responsable, por lo que la conducta no le es imputable al agente productor del daño. Sólo puede hablarse de un deber de carácter moral⁷⁸. Por otra parte, la acreditación de la relación de causalidad puede ser también muy complicada en cuanto la transmisión de enfermedades o taras juega muchas veces con criterios de probabilidad y no de certeza. Como señala *Macía Morillo*, el hecho de que uno o ambos padres sean portadores no quiere decir que de modo necesario la enfermedad vaya a manifestarse en los hijos, sino que puede existir una mayor o menor probabilidad según el tipo de enfermedad⁷⁹. Otra hipótesis de daños entre familiares en la que a veces no concurre el presupuesto de la imputación objetiva es en algunos accidentes domésticos, esto es, en ciertos incumplimientos negligentes del deber de velar por los hijos que tienen los progenitores. Muchas acciones u omisiones culposas de los padres hacia los hijos ocurridas en el ámbito doméstico, aunque generen daños, no son reparables en virtud del criterio del riesgo general de la vida. Han de excluirse del ámbito del artículo 1902 del Código Civil los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar⁸⁰. No habría que olvidar tampoco que en estos supuestos de accidentes domésticos, además de falta de imputación objetiva, puede existir culpa exclusiva de la víctima. Pensemos en un menor de 16 años que sufre una grave quemadura al tocar la plancha que su madre, por ir a responder al teléfono, ha dejado encendida encima de la tabla de planchar⁸¹.

⁷⁸ MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 68 nota de pie de página 94.

⁷⁹ *Idem*, cit. p. 68 nota de pie de página 94.

⁸⁰ Como dice la STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895), en su Fundamento de Derecho tercero número 6.º, en el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u omisiones culposas de los anfitriones para con sus invitados, como, por ejemplo, servir una comida en no buenas condiciones, o no haber reparado antes de la visita ciertos desperfectos que podrían ocasionar daños (un cuadro se ha descolgado, o la pata de una silla no está bien sujeta), pero ello no significa que «absolutamente todas las situaciones hipotéticamente peligrosas sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y aquellas entran dentro de la normalidad del hogar». Estas palabras del tribunal, aunque referidas a la relación anfitrión-visitados, podrían aplicarse por analogía a los accidentes ocurridos en el ámbito doméstico entre cónyuges o entre padres e hijos. Véase el comentario a dicha sentencia de SALVADOR CODERCH, P. y RAMOS GONZÁLEZ, S.: «Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados», *Indret* 2/2008, pp. 1-11 (<http://www.indret.com>) y un apunte a la misma en Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. y ARANA DE LA FUENTE, I.: *El desbordamiento del Derecho de Daños*, Thomson Civitas, 1.ª ed., 2009, pp. 286-289.

⁸¹ Cabe hacer referencia a tres criterios o factores que permiten graduar si hay efectivamente, en cada caso concreto, vulneración negligente del deber de vigilancia de los padres hacia los hijos: las circunstancias personales del menor, las circunstancias personales de los progenitores y las circunstancias objetivas de cada caso concreto. En relación con las primeras es muy relevante el dato de la edad. El deber de vigilancia de los padres disminuye a medida que aumenta la edad del menor, y ello parece perfectamente coherente con la concepción de la familia, de la patria potestad y con el reconocimiento de la personalidad del menor propio de nuestro actual ordenamiento jurídico. Sobre el tema véase mi monografía *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia...* cit. pp. 235 y ss; y los trabajos de FERRER I RIBA Y RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: «Niños y adolescentes», *Indret* 1/2000, pp. 8 y 10 (<http://www.indret.com>) y GÓMEZ CALLE, E.: «Responsabilidad de los padres y centros docentes», *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo III, Parte especial segunda, Reglero Campos (coordinador), 4.ª edición, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 167 y ss.