

Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás¹

MIQUEL MARTÍN-CASALS Y JORDI RIBOT
Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado
Universidad de Girona

RESUMEN

En los últimos años se han dedicado varios libros y un número muy elevado de artículos y capítulos de libro a las posibles acciones entre cónyuges o ex cónyuges por daños producidos durante la convivencia o como consecuencia de la ruptura conyugal, así como a las posibles demandas de hijos contra sus progenitores. La sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 30 de junio de 2009, que estimó la reclamación dirigida por un padre contra su ex pareja por haberle impedido toda relación con el hijo común, se ha querido ver por parte de la doctrina como el reconocimiento de que la responsabilidad civil tiene un papel importante en los conflictos familiares, que también se evidenciaría en la doctrina de las Audiencias provinciales en reclamaciones contra esposas infieles una vez descartada la paternidad sobre hijos presuntamente matrimoniales. En este trabajo se defiende que las opiniones doctrinales que alientan a abrir las puertas de la concesión de indemnizaciones por daños en conflictos de índole familiar se apoyan en criterios muy endebles, tanto desde el punto de vista del Derecho de familia como del Derecho de la responsabilidad civil. En la mayoría de los casos, obviando elementos esenciales de la responsabilidad civil alcanzan resultados que contradicen principios básicos que han guiado la evolución reciente de nuestro Derecho de familia.

¹ Este artículo forma parte del proyecto «Los *Principles of European Tort Law*: más allá del llamado Marco Común de Referencia (CFR). Hacia una nueva etapa en el proceso de aproximación del Derecho de la responsabilidad civil en Europa», financiado por el MICINN dentro del Plan Nacional de I+D+i (Ref. FFI2008-0064/FISO), y parte de un trabajo previo, *Damages in Family Matters in Spain: Exploring Uncharted New Land or Backsliding?*, publicado en Bill Atkin (Ed.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan, 2010, pp. 337-365, que aquí se desarrolla y amplía.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil. Derecho de familia. Daños y perjuicios. Daño moral. Daños en relaciones conyugales o paterno-filiales. Inmunidad conyugal o parental.

ABSTRACT

In recent years several monographs and a significant number of articles and book chapters have been devoted to the possible actions between spouses for damage caused during marriage or as a result of marital breakdown, as well as to hypothetical claims of children against their parents for the damage resulting from infringement of parental duties. A ruling issued on 30 June 2009 by the Spanish Supreme Court holding a woman liable vis-à-vis her former cohabitant for having infringed his custodial rights has prompted some authors to assert the appeal of the topic, which is also being dealt with by lower courts in the context of damages claims brought by husbands against former wives after successful proceedings contesting their paternity. This contribution seeks to warn that doctrinal positions that encourage opening the doors to damages awards in family disputes are based on very weak legal foundations both as regards family law and damages issues, insofar as by disregarding essential elements of civil liability in most of the cases they arrive at results that are inconsistent with the principles that have guided the recent evolution of Spanish family law.

KEYWORDS

Tort law. Family law. Damages. Non-pecuniary loss. Intrafamily torts. Spousal or parental immunity.

SUMARIO: I. *¿Un tema de moda?*—II. *Sistematización de los grupos de casos:* 1. Casos de daños resarcibles en relaciones entre cónyuges. 2. Casos de daños resarcibles en relaciones paterno-filiales.—III. *Examen de la jurisprudencia española:* 1. Daños por la infidelidad de la esposa y la ocultación de la falsa paternidad sobre los hijos. 2. Imputación de daños por obstaculizar la relación personal entre un progenitor y sus hijos. 3. Recapitulación.—IV. *Repensar el tema: un comentario crítico.* 1. La cuestión de la inmunidad conyugal o parental. 2. Las supuestas «lagunas» del Derecho de familia. 3. Daños en relaciones entre cónyuges. a) Supuestos tipificados como delito o falta por el Código Penal. b) Conductas que atentan contra derechos de la persona-

lidad del cónyuge. c) Otros supuestos. Planteamiento. Relevancia de los deberes legales conyugales. ¿Liquidación de daños por ruptura matrimonial? Recapitulación. 4. Daños en relaciones paterno-filiales. a) Supuestos tipificados como delito o falta en el Código Penal b) Lesión de derechos de la personalidad del hijo. c) Supuestos relacionados con la procreación del hijo. d) Daños vinculados a las vicisitudes de la relación paterno-filial. e) Daños en relación con el ejercicio de la patria potestad.–V. *Conclusiones*.

I. ¿UN TEMA DE MODA?

En los últimos años el interés de la doctrina española por la viabilidad y el alcance de las acciones de responsabilidad civil en el marco de relaciones familiares ha crecido enormemente. Un sector de la doctrina, tal vez por influencia doctrinal y jurisprudencial de otros países, como Francia, Italia y Argentina, se ha interesado con fruición por las posibles acciones entre cónyuges o excónyuges por daños producidos durante la convivencia o como consecuencia de la ruptura conyugal, así como por las posibles demandas de hijos contra sus progenitores.

Muestra de ese interés son las diversas monografías publicadas en los últimos años –dos de ellas fruto de sendas tesis doctorales²– y un número considerable de artículos y capítulos del libro³, que se

² M.^a Aránzazu NOVALES ALQUÉZAR, *Las obligaciones personales del matrimonio en Derecho comparado*, [Madrid], Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009; Alma M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor, Navarra, Cívitas Thomson Reuters, 2009; Aurelia M.^a ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 2009; David VARGAS ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid, La Ley, 2009.

³ Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *El incumplimiento de los deberes conyugales: consecuencias jurídicas*, Anales Academia Sevillana del Notariado, t. XVIII (curso 2006-2007) pp. 1-15; Aurelia M.^a ROMERO COLOMA, *Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica*, RCDI2009, pp. 2441-2461 y *Daños civiles entre cónyuges y excónyuges*, Actualidad Jurídica Aranzadi 800/2010 (BIB 2010\1287); Víctor MORENO VELASCO, *La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas*, La Ley, núm. 7.163, 28 Abr. 2009, D-149; Ignacio MARÍN GARCÍA / Daniel LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo*, InDret 2/2010 (www.indret.com); Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, *El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales*, InDret 4/2010 (www.indret.com) y María Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *¿Es indemnizable la infidelidad?*, Revista de derecho de familia 2010 (47) pp. 29-48. Véase asimismo M.^a Paz-GARCÍA RUBIO, *La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio. Algunas cuestiones controvertidas*, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Rto*, Cizur Menor, Navarra, Cívitas Thomson Reuters, 2009, pp. 341-377.

han añadido a un cuerpo bibliográfico ya bastante amplio⁴ en una doctrina que, como es el caso de la española, hasta hace bien poco apenas había tratado estas cuestiones⁵.

Coincidiendo con este panorama doctrinal, la sentencia dictada por la Sala primera del Tribunal Supremo el 30 de junio de 2009⁶ –que estimó la reclamación de daños de un padre a quien se había concedido la custodia de su hijo de siete años pero al que nunca pudo volver a ver porque su ex pareja se llevó al menor a Estados Unidos e impidió cualquier tipo de relación entre ambos– se ha querido ver por parte de la doctrina como el reconocimiento de que la responsabilidad civil tiene un papel importante en los conflictos familiares. Cuanto menos confirmaría que «el tema de la responsabilidad civil en el área de las relaciones familiares está de moda»⁷.

Paradójicamente, las reformas en materia de divorcio que tuvieron lugar en 2005 y que, como es bien sabido, llevaron al establecimiento de la posibilidad de un divorcio unilateral sin causa⁸, parecen haber espoleado a la doctrina a explorar la posibilidad de liquidar daños vinculados a la ruptura conyugal. Puesto que la reforma suprimió los efectos que se predicaban de la infrac-

⁴ J.R. DE VERDA Y BEAMONTE (ed.), *Daños en el Derecho de Familia*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006; M.^a Aránzazu NOVALES ALQUÉZAR, *Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges*, RJN 60 (2006) pp. 197-218. Véase asimismo Aurelia M.^a ROMERO COLOMA, *La indemnización entre cónyuges, excónyuges y parejas de hecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008 y *¿Genera responsabilidad civil la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil?*, RRCS (2000) pp. 544-549, así como Adrián PÉREZ MAYOR, *Revolución en el derecho de familia: Indemnización por daño moral*, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 7.666 (2008) y *Crisis matrimoniales e indemnización por daño moral*, RJC (2004) pp. 163-171.

⁵ No obstante, véase Encarna ROCA TRÍAS, *La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, en J.A. Moreno Martínez (Ed.), *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 533-563 y Josep FERRER RIBA, *Relaciones familiares y límites del Derecho de daños*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. II Madrid, Cívitas, 2003, pp. 1837-1868.

⁶ STS 30.6.2009 (RJ 2009/5490). Comentada por Gerardo BOSQUES HERNÁNDEZ, CCJC 83 (2010) pp. 885-904 e Ignacio MARÍN GARCÍA, CCJC 84 (2010) pp. 1.369 -1.390.

⁷ José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, *Intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos por las administraciones y particulares*, SEPÍN Familia, 2009, núm. 4387. Del mismo autor véase *Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, La Ley, núm. 6.676, 21.3.2007. En palabras de la abogada ROMERO COLOMA, «la problemática que plantea el tema de las indemnizaciones entre familiares es, quizá, uno de los aspectos más interesantes y, desde luego, de actualidad, que plantea el Derecho de Familia» (nota 3) 2441.

⁸ Sobre el alcance de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, pueden verse, entre otros muchos, Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Madrid, Marcial Pons, 2007; José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (ed.), *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2006; Eduardo SERRANO ALONSO, *El Nuevo matrimonio civil: estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil*, Madrid, Edisofer, 2005.

ción de deberes conyugales en tanto que causas de separación legal o divorcio, para este sector doctrinal hoy resultaría ineludible admitir que la infracción de esos deberes, más o menos cualificada, es un título adecuado y suficiente para reclamar los daños vinculados a tal infracción. En caso contrario, tales deberes legales quedarían privados de toda eficacia jurídica⁹. Algún autor incluso emplaza a quienes limitaban el recurso a los remedios del Derecho de la responsabilidad civil a rectificar sus conclusiones a la vista del cambio producido por la Ley 15/2005¹⁰. Por otra parte, y al margen de cualquier violación de los deberes conyugales, también se ha afirmado que «dado que el matrimonio es un contrato bilateral cuyo cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes [...] deberá llevar aparejada una indemnización por daños y perjuicios [...] por responsabilidad por la ruptura no consensuada» (énfasis añadido)¹¹. En este caso, se afirma, el daño resarcible podría consistir tanto en los perjuicios vinculados a la confianza suscitada por la celebración del matrimonio¹², como el haberse visto uno de los cónyuges forzado a «aceptar una ruptura que no se desea, frustrando sus expectativas futuras de familia»¹³.

No cabe duda de que, en muchos casos, la conducta incorrecta del cónyuge o del progenitor será tan grave que estará sancionada penalmente. Esto ocurre en los supuestos tipificados en el Código Penal, respecto a los cuales resulta inobjetable afirmar que los daños ocasionados son resarcibles con cargo al sujeto penalmente responsable¹⁴. Lo característico de la doctrina más reciente, sin embargo, es el empeño en aflorar supuestos que, sin estar sancionados por el Derecho Penal, también merecen el reproche social y de los que se derivaría una responsabilidad civil por el daño causado al cónyuge o al hijo.

⁹ Entre otros, véase VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 4 y M.^a Luisa ATIENZA NAVARRO, *La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio*, en VERDA Y BEAMONTE (nota 8) 160. Véase asimismo Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil*, Revista Jurídica de Castilla y León 13 (2007) 53-112, en pp. 65-66, y M.^a Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales*, Revista de Derecho Patrimonial 16 (2006) pp. 145-162.

¹⁰ VARGAS ARAVENA (nota 2) 38 y 225.

¹¹ THEMIS. ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS, *Conclusiones del taller de trabajo de 17 de noviembre de 2004 sobre el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio* (disponible en: <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/Familia/index.htm> [última descarga: 24.1.2011]).

¹² DOMÍNGUEZ LUELMO (nota 9) 66.

¹³ Véase MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (nota 9) 152 (en la medida en que la demanda se base en un daño injusto y no sólo en la infracción de los deberes conyugales). Con matices, también DOMÍNGUEZ LUELMO (nota 9) 66. Este interés fue reconocido por la STS 16.11.1985 (RJ 1985\5901); críticamente al respecto véase, sin embargo, VARGAS ARAVENA (nota 2) 304.

¹⁴ Cf. arts. 109.1 y 116 CP.

Se trata de conductas vinculadas al ejercicio del rol conyugal o parental, aunque su delimitación se encara desde dos perspectivas distintas. Por un lado, se estima que no genera responsabilidad cualquier incumplimiento de los deberes legales sino sólo aquel comportamiento que «por su intensa gravedad o por su reiteración, sea capaz [...] de romper el equilibrio de la relación familiar [y] [...] *dañar derechos fundamentales del familiar perjudicado*»¹⁵. El límite de lo resarcible se encontraría en una indeterminada «lesión de derechos fundamentales» en el ámbito conyugal¹⁶ o paterno-filial. Esta tesis se juzga insuficiente, sin embargo, por quienes sostienen la opinión según la cual la fuente de la obligación de resarcir los daños causados es el incumplimiento de los deberes conyugales o parentales que, si bien debe ser grave o reiterado, no requiere calificar la conducta del demandado como lesión de derechos fundamentales del demandante¹⁷.

Con diferentes enfoques, por tanto, los autores se afanan en explorar un territorio aparentemente virgen, pero en el que se incluyen casos que son muy distintos entre sí. Se hace referencia entonces a la superación de una supuesta «inmunidad» o privilegio, que beneficiaría al dañante por su condición de cónyuge o padre o madre de la víctima, y que limitaría la posibilidad de ésta de conseguir la reparación de los daños sufridos¹⁸. En otras palabras, bajo la fórmula general de la indemnizabilidad de los daños causados en el seno de relaciones familiares (conyugales o parentales) se suele destacar la necesidad de conferir a las reglas de responsabilidad civil un papel mucho más importante del que tradicionalmente se les había reconocido en este ámbito.

Lo difícil, no obstante, es saber dónde se propone trazar la línea entre lo indemnizable y lo no indemnizable, y qué fundamento justifica el resarcimiento. En efecto: al tratar de justificar el recurso a las reglas del Derecho de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, los defensores de la tendencia expansiva suelen omitir la difícil tarea de sistematizar las diferentes constelaciones de casos, distinguiendo aquellas situaciones en las que esas reglas pueden jugar un papel de aquellos grupos de casos en los que aplicarlas está fuera de lugar. A nuestro juicio, revisar y sistematizar los dis-

¹⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 89. Énfasis añadido.

¹⁶ LÓPEZ DE LA CRUZ (nota 3) 34.

¹⁷ VERDA Y BEAMONTE (nota 7) *passim*. Véase asimismo VARGAS ARAVENA (nota 2) 223 ss y allí más referencias.

¹⁸ Por todos, VARGAS ARAVENA (nota 2) 19-20. En realidad, esta *inmunidad* o privilegio derivado del mero hecho de ser cónyuge o progenitor sólo se ha configurado como tal, históricamente, en los ordenamientos del *Commonlaw* (al respecto véase, muy claramente, FERRER RIBA [nota 5] 1842-6), pero ha llegado a adquirir la condición de lugar común para analizar cuál es la posición de los ordenamientos continentales.

tintos grupos de casos es un paso previo indispensable para acercarse al problema y valorar hasta qué punto la doctrina que aquí se comenta es o no apropiada.

II. SISTEMATIZACIÓN DE LOS GRUPOS DE CASOS

1. CASOS DE DAÑOS RESARCIBLES EN RELACIONES ENTRE CÓNYUGES

En este entorno la doctrina más reciente hace referencia a diferentes tipos de casos, que tal vez puedan agruparse del modo siguiente:

a) *Supuestos que están tipificados como delito o falta por el Código Penal* como, por ejemplo, el homicidio o las lesiones causadas intencionalmente al otro cónyuge (art. 147.1 en relación con el 148.4 y 5 CP), agresiones sexuales contra el otro cónyuge (art. 178 y 179 CP) y malos tratos (art. 153.1 CP)¹⁹. A esos supuestos podrían añadirse otros que también comportan riesgos para la integridad física, como por ejemplo, no advertir sobre el hecho de padecer una enfermedad de transmisión sexual y del riesgo de contraerla, que en ocasiones se ha equiparado a un delito de lesiones²⁰. En todos estos supuestos, la responsabilidad penal sin duda comporta la responsabilidad civil derivada del delito o falta correspondiente por los daños sufridos por la víctima (art. 116 CP).

b) *Supuestos que comportan conductas que atentan contra los derechos de la personalidad del otro cónyuge y que en algún caso también pueden ser punibles* como, por ejemplo, consultar sin permiso su correo electrónico o abrir su correspondencia²¹, que pueden dar lugar a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos tipificados en los artículos 197.1 y 2 CP²² o la conducta ultrajante de un esposo respecto al otro, en público o en privado, que puede suponer una intromisión ilegítima en su honor y, en casos extremos, constituir un delito de injuria (art. 208 CP). También podría incluirse en este apartado la conducta de un cónyuge que limita o controla la vida de relación del otro, restringiendo su libertad de movimientos, el contacto con su entorno familiar o de amistades, o controlando sus actividades sociales, lo que incide sobre la libertad del cón-

¹⁹ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 90.

²⁰ SAP Madrid 2.1.2004 (JUR 2004\20872).

²¹ Rodríguez Guitián (nota 2) 91.

²² STS 2.ª 20.6.2003 (RJ 2003\4359).

yuge y puede dar lugar a un delito de coacciones (art. 171.1 CP), que resultaría agravado en el caso de que la víctima fuese la esposa (*cf.* art. 172.2 CP). En este grupo de casos, aun no existiendo responsabilidad penal, podría dar lugar a responsabilidad civil vinculada a la lesión de los derechos de la personalidad de la víctima.

c) Otro grupo de casos en los que, según la opinión más extendida, podría darse el deber de indemnizar sería el formado por *supuestos relacionados con la vida sexual de la pareja matrimonial*, como la reclamación del daño resultante de la infidelidad conyugal²³ o de la inapetencia sexual del otro cónyuge, o bien de su impotencia, homosexualidad²⁴ o transexualidad²⁵ e incluso los daños relacionados con prácticas sexuales *consentidas por ambos cónyuges* pero que a uno de ellos le resultan repulsivas o las considera inapropiadas²⁶.

d) Otros supuestos que también podrían dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios son los consistentes en *falta de apoyo al otro cónyuge*, como el abandono moral del cónyuge que se enfrenta a problemas de salud, dificultades económicas, conflictos en relaciones de trabajo o en las relaciones con su propia familia. Adicionalmente, se plantea la indemnizabilidad del daño resultante *del incumplimiento del deber de compartir las tareas domésticas* (*ex art. 68 in fine CC*)²⁷ o de la *falta de comunicación, la frialdad emocional o la indiferencia* sufrida por el otro cónyuge²⁸.

e) Finalmente, se sugiere que la *ruptura unilateral del matrimonio* sin causa imputable al otro cónyuge podría también dar lugar a la indemnización del daño «consistente en verse obligado a

²³ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 90 (quien califica la infidelidad que tiene como fruto el nacimiento de hijos extramatrimoniales y el engaño sobre el carácter matrimonial de los mismos como «daño a la integridad psíquica y al honor»). Véase asimismo VARGAS ARAVENA (nota 2) 39 y 101 ss y NOVALES ALQUÉZAR (nota 4) 211.

²⁴ Véase SAP Illes Balears 5.6.2006 (JUR 2006\253511) (referida a un caso de nulidad matrimonial basada en la homosexualidad del esposo, cuya revelación tuvo lugar muchos años después de la boda).

²⁵ VARGAS ARAVENA (nota 2) 232-3 (con cita del caso francés, resuelto por un tribunal de Caen, y en que se condenó *ex art.* 1382 del *Code civil* a un hombre que cambió de sexo y abandonó a su esposa después de 40 años de vida en común).

²⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 91 califica como «daño a la libertad sexual» «la imposición durante la convivencia de determinados hábitos sexuales».

²⁷ Véase Purificación CREMADES GARCÍA, «El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar», *La Ley*, núm. 7.079, 18.12.2008. GARCÍA RUBIO (nota 3) 365 también parece admitir el otorgamiento de una indemnización en este caso, bajo la condición de que el incumplimiento haya conllevado un sacrificio que suponga «un obstáculo definitivo e insuperable a la autonomía jurídica del demandante». Se apoya en Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, *La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (La nueva redacción del art. 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005)*, RDP 2-3 (2007) pp. 4-45.

²⁸ VARGAS ARAVENA (nota 2) 249 (reseñando una sentencia italiana sobre una demanda basada en la «indiferencia e incapacidad sexual del cónyuge fruto de su carencia de masculinidad»).

aceptar una ruptura que no se desea, frustrando sus expectativas futuras de familia»²⁹.

Entre otras situaciones que pueden tener como referencia el matrimonio se suelen señalar asimismo la *ruptura pública y sin justa causa de la promesa de matrimonio*³⁰ o la ruptura unilateral de la *promesa de matrimonio hecha maliciosamente y con el único objetivo de conseguir mantener relaciones sexuales con esa persona*³¹, e incluso *el engaño acerca de la condición de soltero que lleva a la persona a acceder a mantener relaciones sexuales o a iniciar una convivencia marital*³². Finalmente, se discute también si puede dar lugar a responsabilidad civil la *ruptura unilateral y sin justificación de una relación estable de pareja*³³.

2. CASOS DE DAÑOS RESARCIBLES EN RELACIONES PATERNO-FILIALES

En el ámbito de relaciones paterno-filiales los grupos de casos se refieren a cuestiones muy diferentes entre sí, por lo que su agrupación resulta aquí más difícil y arriesgada. Sin embargo, una posible clasificación de los supuestos señalados por esa doctrina expansiva podría ser la siguiente:

a) *Supuestos tipificados como delito o falta en el Código Penal*, como por ejemplo el homicidio o las lesiones infligidas al propio hijo (o que un progenitor no impide cuando son perpetrados por el otro o por su propia pareja) (art. 147.1 CP); la muerte o lesiones producidas intencionalmente al hijo antes de nacer o el abandono de un menor de edad, incluso aunque no ponga en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual (cf. art. 229.1 CP en relación con el 229.3 CP).

b) *Supuestos relacionados con la violación de derechos de la personalidad de los hijos menores*, como la libertad, la integridad moral, el honor, la intimidad o la propia imagen, que en ocasiones están tipificados como delito o falta por el Código Penal, pero en otros casos no. Se plantea aquí hasta qué punto el cumplimiento de

²⁹ Véase *supra* nota 13.

³⁰ VARGAS ARAVENA (nota 2) 82 (describiendo el caso del novio plantado públicamente a la puerta de la iglesia por la novia, que ocasionaría al prometido un daño moral «al verse expuesto a la inconmensurable humillación pública, agravada por el verdadero fundamento de la ruptura, el vínculo que la prometida mantenía con un tercero»).

³¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 159.

³² RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 165.

³³ Véase STS 16.12.1996 (RJ 1996\9020) y SAP Madrid 15.1.2002 (JUR 2002\121529) (negando, en ambos casos, la indemnización del daño moral vinculado a la ruptura de la relación estable de pareja).

sus deberes como titulares de la patria potestad puede llegar a legitimar la intromisión en el ejercicio de los derechos de los hijos, excluyendo la responsabilidad de los padres.

c) *Supuestos relacionados con la procreación del menor*, como el contagio o transmisión hereditaria de enfermedades al hijo y que los padres conocían y no evitaron transmitir³⁴, o los daños causados por el descuido de las atenciones médicas o sanitarias que requiere el embarazo o por llevar a cabo actividades de riesgo o desaconsejadas para la salud del feto (v. gr. fumar en exceso, ingerir alcohol o tomar drogas, mantener relaciones sexuales de riesgo, etc.)³⁵.

c) Otro grupo de supuestos sería el que incluye los *daños vinculados a las vicisitudes de la relación paterno-filial*. Primero en su aspecto jurídico, como los posibles daños derivados de la *falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial*³⁶ o de *hacer creer al hijo que su padre es el marido de la madre, a sabiendas de que no lo es*³⁷. Pero también en su aspecto material, señalando al daño vinculado a la *carencia afectiva sufrida por el hijo extramatrimonial* por comparación con las atenciones y cuidados recibidos por sus hermanos nacidos en el matrimonio de su progenitor³⁸.

d) Finalmente, la doctrina apunta también a *supuestos relacionados con el ejercicio de la patria potestad*, como el cumplimiento defectuoso del deber de velar por los hijos que da lugar a accidentes en casa o durante su actividad cotidiana³⁹ o también la desidia o incompetencia de los padres en el ejercicio de su deber de educar, que podría estar detrás de graves carencias formativas que perjudicasen las posibilidades del hijo de insertarse en la sociedad y de relacionarse con los demás⁴⁰. Otros supuestos que se señalan en este ámbito son también el ejercicio excesivo o abusivo de la facultad paterna de corrección⁴¹, recientemente suprimida del CC⁴², o el trato vejatorio o poco respetuoso con la dignidad del hijo como persona, pero también la relación fría y carente de

³⁴ M.^a Luisa ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural* en VERDA Y BEAMONTE (nota 4), pp. 41-74. Véase también RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 308.

³⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 296-8.

³⁶ Carlos PIZARRO WILSON, *Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial* en VERDA Y BEAMONTE (nota 4), pp. 101-116. Siguiéndole, RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 180-4 hace referencia al daño «por haber soportado el estigma social de carecer de padre o madre».

³⁷ VARGAS ARAVENA (nota 2) 39 y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (nota 4) 157-8.

³⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 156.

³⁹ FERRER RIBA (nota 5) 1860-1861 y RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 236 ss.

⁴⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 254-5.

⁴¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 265.

⁴² Disposición Final 1.^a 2 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

diálogo y empatía para con los propios hijos⁴³ o la ausencia de relación con el hijo tras la separación de los progenitores, bien por dejación de sus deberes por el propio progenitor⁴⁴, bien por impedirlo el progenitor custodio⁴⁵. Finalmente, ya en el ámbito patrimonial, se menciona la gestión defectuosa de los padres en su calidad de administradores legales de los bienes de sus hijos menores (*cf.* art. 168 II CC)⁴⁶.

III. EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La doctrina favorable a aplicar remedios indemnizatorios en ámbitos familiares ha tenido un reflejo más bien escaso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dejando aparte los casos de responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos o faltas y de los supuestos vinculados a la infracción de un derecho de la personalidad, con respecto a los demás grupos de casos a que se ha hecho referencia con anterioridad la jurisprudencia se limita hasta el momento a dos supuestos.

Por una parte, las reclamaciones de ex maridos por incumplimientos del deber de fidelidad conyugal por sus esposas, que habían dado lugar a la concepción de hijos que durante un tiempo aquéllos habían tenido como propios y que posteriormente resultaron no serlo [*infra* § 1].

El segundo grupo de casos está relacionado con el derecho de los hijos menores a gozar de relaciones personales con ambos progenitores y el correlativo interés de cada uno de éstos en mantener de un modo real y efectivo esa relación a través de las facultades conferidas por la ley en el ejercicio de la patria potestad, la custodia de los hijos y el derecho de visita [*infra* § 2].

1. DAÑOS POR LA INFIDELIDAD DE LA ESPOSA Y LA OCULTACIÓN DE LA FALSA PATERNIDAD SOBRE LOS HIJOS

Para este grupo de casos, la jurisprudencia civil no proporciona apoyo a la doctrina que pretende extender las normas de la respon-

⁴³ Véase RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 265.

⁴⁴ RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 271.

⁴⁵ M.^a Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas*, en VERDA Y BEAMONTE (nota 4), pp. 179-201 y MORENO VELASCO (nota 3) *passim*.

⁴⁶ RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 126-7.

sabilidad extracontractual a las relaciones familiares sino más bien todo lo contrario.

Hasta ahora, el Tribunal Supremo ha dictado tres sentencias sobre este tipo de demandas. La más reciente, fechada el 14 de julio de 2010⁴⁷, no entra sin embargo a resolver pues considera que la pretensión deducida por el ex marido había prescrito. Éste reclamaba 300.000 euros en concepto de «daño moral por la pérdida de una hija», 100.000 euros por el «deterioro de su fama, honor, etc.» y 100.000 euros por «los daños físicos y secuelas psicológicas», aparte de 14.638,13 euros en concepto de «daño patrimonial y enriquecimiento injusto». La demanda, sin embargo, se presentó más de un año después de serle notificada la sentencia que declaraba que la menor no era hija biológica suya y todas las instancias consideraron prescrita la acción de responsabilidad extracontractual. En el recurso de casación, el demandante argumentó que la separación matrimonial, y la ulterior revelación de que la hija que había tenido por tal no lo era, fueron el desencadenante de un empeoramiento grave de su salud, que en el momento de presentar la demanda todavía no había cesado. La sentencia del Tribunal Supremo descalifica este supuesto carácter «continuado» de los daños alegados por el demandante y desestima el recurso subrayando que no cabe hablar de daño continuado con base en «el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto». Para el Supremo, «de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado».

La primera sentencia sobre este grupo de casos tiene fecha de 22 de julio de 1999⁴⁸ y en ese caso el marido solicitó sendas indemnizaciones por los alimentos abonados al hijo que creía suyo durante 15 años y por el daño moral sufrido por haberle ocultado la verdad sobre su paternidad. Desestimada la demanda en apelación, el marido recurrió ante el Supremo alegando la infracción, por inaplicación, del artículo 1902 CC y alegó que se había visto sometido a un procedimiento de impugnación de paternidad en el que se reconocían las relaciones extramatrimoniales de su esposa y su

⁴⁷ RJ 2010\5152. Comentada por Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial*, Aranzadi Civil 9/2010 (BIB 2010\2878).

⁴⁸ RJ 1999\5721.

resultado: el nacimiento de un hijo que consideraba propio y que no lo era. Pretendía que se le habían ocasionado «unos daños morales innegables al haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad». El Tribunal Supremo se atuvo a los hechos probados por la instancia y estimó que, si bien la mujer podía tener sospechas, nunca tuvo «un conocimiento pleno y de total certidumbre» y concluyó que, al no haber dolo por parte de la esposa, no podía accederse a ninguna de las pretensiones del marido.

Pocos días más tarde, el 30 de julio de 1999⁴⁹, el Tribunal Supremo emitió otra sentencia con el mismo ponente y sobre un supuesto muy parecido, en el que el marido demandó a su esposa y solicitó sendas indemnizaciones por los alimentos prestados a quienes resultaron no ser sus hijos y por daños morales. La demanda fue íntegramente desestimada en ambas instancias y el marido presentó recurso de casación, en este caso por infracción de los artículos de 67 y 68 CC en relación con el artículo 1101 CC. El recurso se fundamentaba en que el deber de fidelidad «es una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que [la esposa] viene obligada a cumplir». Respecto a los daños morales, el marido alegó que reclamaba «no sólo [que] ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro». Frente a este planteamiento, el Tribunal Supremo hace suya la argumentación del tribunal de instancia y proclama que «indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social» pero al mismo tiempo subraya que «es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 [...] sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos». A lo que acaba añadiendo que tampoco cabe «comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar». Esta sentencia concluye con la categórica afirmación según la cual «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna».

⁴⁹ RJ 1999\5726. Comentada por Luis F. RAGEL SÁNCHEZ en CCJC52 (2000) pp. 153-163.

La posición del Tribunal Supremo, por tanto, es en esta segunda sentencia clara y taxativa en el sentido de negar la indemnización solicitada en un supuesto que en sus presupuestos fácticos es idéntico al de la primera sentencia. En la primera sentencia la razón para decidir parece ser que la esposa demandada no había ocultado intencionalmente la verdad a su marido, mientras que en la segunda sentencia todo apunta a que sí lo sabía, pese a lo cual el Tribunal Supremo considera este dato como irrelevante pues el daño reclamado está íntimamente vinculado a la infracción del deber de fidelidad y la propia sentencia declara expresamente que no produce la obligación de indemnizar el daño moral que genera en el otro cónyuge.

Desde que se dictaron estas dos sentencias, hace ya más de diez años, se han dictado numerosas sentencias en apelación en casos de este mismo tipo. En general, se aprecia que las Audiencias Provinciales han acatado la doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo a la falta de resarcibilidad del daño moral debido a la infidelidad conyugal. Hay que hacer notar, con todo, que la alusión de la sentencia de 22 de julio de 1999 a la conducta dolosa de la esposa al ocultar la verdadera paternidad ha sido interpretada por muchas sentencias como una posibilidad de imputar responsabilidad al cónyuge infiel si se demuestra aquella conducta dolosa.

Este punto de vista fue el adoptado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004⁵⁰, relativa a una demanda dirigida por el marido contra su ex esposa y contra el verdadero padre de tres de los cuatro hijos nacidos durante el matrimonio. La sentencia distingue, por un lado, la cuestión de la infidelidad conyugal, respecto a la cual niega indemnización y dice compartir plenamente la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 1999. En cambio, respecto a la ocultación de la verdadera paternidad de los hijos presuntamente matrimoniales, concluye que los demandados incurrieron en «negligencia en sus relaciones íntimas», ya que «conocían que los métodos anticonceptivos que utilizaban no eran seguros». Además, les imputa una conducta dolosa consistente en ocultar la verdad sobre la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, permitiendo que se inscribiesen en el registro civil como hijos del demandante y que pasaran a formar parte de su familia, situación que mantuvieron durante más de seis años. La sentencia concluye condenando al pago de 100.000 € en concepto de daños morales al considerar que, en este tipo de casos, el «sufrimiento puede ser superior al de la muerte de

⁵⁰ AC 2004\1994. Comentada por Esther FARNÓS AMORÓS, *El precio de ocultar la paternidad*, InDret2/2005 (www.indret.com).

los menores, al no poder elaborar el duelo como respuesta la pérdida sufrida» y razona que, a pesar de la predisposición de los demandados a permitir que el demandante siguiese relacionándose con los niños, esta posibilidad difícilmente podía llevarse a la práctica. Sentencias posteriores de la propia Audiencia Provincial de Valencia⁵¹ y de otros tribunales siguen la misma línea argumentativa, condenando en ocasiones, junto a la ex esposa, al verdadero padre de los hijos atribuidos al demandante⁵².

Así pues, a pesar de la claridad de los términos del Tribunal Supremo, especialmente en su sentencia de 30 de julio de 1999, parece que algunos órganos jurisdiccionales sienten la necesidad de ofrecer una respuesta positiva a las demandas formuladas por los maridos en este tipo de casos. En alguna sentencia incluso se apunta directamente a la necesidad de dar por superada la jurisprudencia dictada en 1999⁵³ y buena parte de la doctrina más reciente da por hecho que este tipo de pretensiones es admisible y puede prosperar⁵⁴, sugiriéndose incluso que el Tribunal Supremo clarifique cómo cuantificar homogéneamente el daño moral resarcible al demandante⁵⁵.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 3 de abril de 2008, lleva más lejos su argumentación y apunta al deber judicial de «dar contenido jurídico al matrimonio y sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno». Concluye como consecuencia de ello que deben admitirse «las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges *por la infidelidad del otro* si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que

⁵¹ Véase SAP Valencia 5.9.2007 (JUR 2007\340366).

⁵² SAP Santa Cruz de Tenerife 16.10.2009 (JUR 2010\79320), León 2.1.2007 (JUR 2007\59972) y 30.1.2009 (JUR 2009\192431) y Barcelona 16.1.2007 (Comentada por Esther FARNÓS AMORÓS, *La indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad*, InDret 4/2007 [www.indret.com]). Más recientemente, cf. SAP Murcia 18.11.2009 (AC 2010\60). Otras sentencias acaban absolviendo a la esposa pero por falta de prueba de su conducta dolosa. Véase SAP Barcelona 22.7.2005 (JUR 2006\163268), que tiene especial cuidado de añadir que «no puede, ni debe, confundirse la realidad de la situación de infidelidad conyugal, con la del conocimiento de que la hija nacida constante matrimonio no hubiera sido concebida por el hoy actor». En esta misma línea, SAP Barcelona 31.10.2008 (AC 2009\93) y 23.7.2009 (JUR 2009\464365) y Segovia 11.12.2007 (JUR 2008\148138).

⁵³ SAP Cádiz 3.4.2008 (JUR 2008\234675). En esta misma línea, PÉREZ MAYOR (nota 4) 2.

⁵⁴ Véase por ejemplo Antonia PANIZA FULLANA, *Filiación impugnada: prescripción y daños continuados*, Aranzadi Civil 9/2010 (BIB 2010\2871).

⁵⁵ FARNÓS AMORÓS (nota 52) 21 (abogando porque el Tribunal Supremo se pronuncie sobre «una indemnización orientativa que permitiese valorar el daño moral en este grupo específico de casos»). Hasta el momento los recursos de casación contra las sentencias de apelación en esta materia han sido generalmente inadmitidos, básicamente por no llegar a la cuantía mínima para recurrir en casación o por razones vinculadas a la no revisabilidad de las circunstancias fácticas declaradas probadas en la instancia o de las cuantías fijadas como indemnización. Véase ATS 10.5.2008 y 8.9.2008 (JUR 2008\320283).

sigue a cualquier ruptura de pareja». Para llegar a esta conclusión la sentencia destaca que los deberes conyugales no son meros imperativos éticos sino que la protección constitucional del matrimonio como institución obliga al legislador a mantener una sanción jurídica efectiva frente a la infracción de los deberes conyugales. Por lo demás, la sentencia razona que ahí radicaría la diferencia de trato jurídico entre la unión libre y el matrimonio: «Disponemos en la actualidad de diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes de modelos de convivencia en pareja y es evidente que nuestra sociedad acepta y ampara todos y cada uno de ellos, siendo así que *cada pareja puede adaptar su modelo de convivencia a la institución más acorde a sus necesidades, deseos e inquietudes*. En este sentido, *quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento* y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño».

No faltan, con todo, sentencias de Audiencias Provinciales en las que se llama la atención de que lo que se pide en casos de este género es «que en base al artículo 1902 se abra una puerta todavía cerrada en una materia particularmente sensible: la de los conflictos familiares, en la que no existe norma expresa ni jurisprudencia que ampare la indemnizabilidad del daño moral puro»⁵⁶. La SAP Segovia de 30 de septiembre de 2003⁵⁷ representa muy bien este punto de vista cuando subraya que no entran dentro de la indemnización por daño moral «los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno ni debe entrar a tomar partido».

2. IMPUTACIÓN DE DAÑOS POR OBSTACULIZAR LA RELACIÓN PERSONAL ENTRE UN PROGENITOR Y SUS HIJOS

La sentencia de 30 de junio de 2009, a la que aludíamos también al principio de este trabajo, es la primera del Tribunal Supremo que puede enmarcarse en el grupo de casos relativo al derecho

⁵⁶ SAP Barcelona 28.11.2008 (*La Llei*, núm. 750, 4.6.2009). Véase también, más recientemente, SAP Barcelona 16.9.2010 (*La Llei*, núm. 98, 20.1.2011).

⁵⁷ JUR 2003/244422.

de los hijos menores a gozar de relaciones personales con ambos progenitores y el correlativo interés de cada uno de éstos en mantener esa relación. Concretamente, la sentencia resuelve afirmativamente la demanda presentada contra la ex pareja que había impedido que el demandante llegara a tener cualquier tipo de relación con su hijo reteniéndole en Estados Unidos en contra de lo dispuesto por las resoluciones judiciales que resolvieron sobre su guarda y custodia. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra la sentencia de apelación, que había considerado prescrita esa acción, y declara que la madre había violado los derechos del padre a relacionarse con su hijo menor, además de haber desobedecido las resoluciones judiciales que aquélla conocía perfectamente al haber comparecido en tiempo y forma en todos los procedimientos judiciales que habían tenido lugar en España. Concluye condenando a la madre a abonar una indemnización de 60.000 € por los daños morales sufridos por el demandante a consecuencia de la privación de todo contacto con su hijo y por la pérdida irreversible de su relación con él.

Esta sentencia ha sido celebrada por algunos autores como un verdadero punto de inflexión respecto a la aplicabilidad en España del Derecho de la responsabilidad civil con ocasión de conflictos familiares. Para Verda, por ejemplo, esta sentencia es «emblemática» de la posibilidad abierta de admitir demandas de responsabilidad civil «hasta hace pocos años inimaginables»⁵⁸. Este autor afirma, además, que se trata de «una resolución puntera en el campo de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, máxime cuando en la jurisprudencia de instancia [...] se había negado la indemnización de este tipo de daño moral»⁵⁹. Y concluye subrayando que «constituye un importante avance en orden a romper el “prejuicio” [...] consistente en considerar que las normas de Derecho de Familia constituyen un sistema cerrado, que no permite la aplicación de normas o principios generales tendentes al resar-

⁵⁸ VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 1.

⁵⁹ VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 4. El autor se refiere críticamente a la SAP Valencia 20.2.2006 (JUR 2006\207982), que había desestimado la demanda de un padre argumentando, entre otros extremos, que «el incumplimiento de una obligación legal reconocida en sentencia, cual es el régimen de visitas en sede de un proceso de separación, primero, de divorcio, después, y de modificación de medidas, posteriormente, no lleva aparejada como sanción civil indemnización alguna». En esta línea, Ignacio MARÍN GARCÍA y Daniel LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo*, InDret 2/2010, p. 20 ponen de relieve que «el Tribunal Supremo abre con este pronunciamiento una nueva línea jurisprudencial que reconoce el daño moral en aquellos casos en que uno de los padres impide que el otro progenitor se relacione con su hijo menor. (...) Esta postura puede conllevar el incremento de las reclamaciones entre progenitores, motivadas por una probabilidad de éxito mucho mayor y porque la extensión del régimen general de la responsabilidad civil al ámbito familiar aumenta el número potencial de demandantes».

cimiento [...] [lo cual] carece de fundamento legal y [...] aparece contradicho en esta resolución judicial»⁶⁰. En palabras de Rodríguez Guitián, «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»⁶¹. En esta misma línea, González Beilfuss y Navarro Michel⁶² parafrasean una opinión doctrinal de la magistrada ponente de esta sentencia⁶³ para concluir que, mediante esta sentencia, la propia autora habría contribuido a dismantelar el edificio del Derecho de familia frente a la influencia de la responsabilidad civil.

En verdad que estos comentarios suscitan un punto de perplejidad. Sin duda, estamos ante la primera ocasión en que la Sala Primera tiene que pronunciarse sobre una pretensión de este tipo. Mas lo que hace que algunos de esos comentarios nos parezcan algo exagerados es, por un lado, que la imposición de una indemnización en este supuesto no parece tan sorprendente como pudiera parecer y, por otro lado, que ni del texto ni del fondo de la sentencia se deducen las conclusiones de orden más general y que la doctrina sí extrae respecto al tema de la aplicación del Derecho de la responsabilidad civil en el ámbito regulado por el Derecho de familia.

Respecto al primer punto, qué duda cabe que el interés tutelado mediante esta vía indemnizatoria se corresponde con el interés para el que el Derecho de familia arbitra medidas de protección, muchas de ellas bastante contundentes y que en tiempos recientes han sido incluso reforzadas mediante la tutela penal. Algo no acaba de encajar cuando se señala que esta sentencia acaba con una cierta «inmunidad» y abre las puertas a reclamaciones de responsabilidad civil, cuando hace ya tiempo que la ley habilita a constreñir por la fuerza al progenitor que retiene indebidamente consigo al menor a entregarlo y a permitir el ejercicio efectivo de los derechos del otro progenitor, especialmente en supuestos de sustracción internacional del menores. Por otro lado, cómo obviar que esa misma conducta

⁶⁰ VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 7.

⁶¹ Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo: a propósito de la STS de 30 de junio de 2009*, ADC 2009, p. 1829.

⁶² Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS/Mónica NAVARRO MICHEL, *Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil*, RJC 109 (2010) pp. 805-832, 831.

⁶³ Con referencia a la exclusión del Derecho de familia de la influencia de la aplicación de la responsabilidad civil, la profesora ROCA TRÍAS (nota 5) 533 había señalado que tras las sentencias del TS de 1999, «el edificio resiste, pero no sabemos por cuánto tiempo».

puede conllevar una responsabilidad penal, de la que se derivará, en su caso, la responsabilidad civil por el delito o falta correspondiente⁶⁴.

Respecto al segundo punto, hay que subrayar que la sentencia no menciona expresamente, ni tan siquiera para hacer un comentario *obiter*, el contexto general en que la doctrina quiere colocarla. Desde luego, no se menciona el término «inmunidad», ni se profundiza tampoco en la relación entre el Derecho de familia y la aplicación de las acciones de responsabilidad civil en relaciones familiares. La sentencia únicamente se hace eco de que «el problema de las relaciones entre los progenitores separados en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia ha sido atribuida al otro progenitor *presenta problemas complejos*» [énfasis añadido]. No se explicita más. En cambio, se añade que «en debates internacionales» se ha defendido la conveniencia del «principio de sanción al progenitor incumplidor *para proteger no sólo el interés del menor, sino el de quien no convive con el hijo*»⁶⁵ [énfasis añadido], pasando a continuación a hacer referencia a sentencias italianas sobre casos similares, así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos de suspensión irrazonable por las autoridades del contacto de un progenitor con sus hijos. Por lo tanto, lo único que hace esta sentencia es reforzar la justificación de la condena con referencias comparadas al reconocimiento internacional como daño resarcible del interés del progenitor privado de la relación con su hijo de forma irreversible. En este punto, la sentencia es coherente con desarrollos anteriores en materia de indemnización del daño moral, en los que la Sala Primera ha vinculado de modo expreso el derecho a la indemnización con la protección de dere-

⁶⁴ Cf. Art. 225 bis CP, que prevé para el sustractor prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. Este precepto fue introducido precisamente para «prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, para aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de los progenitores» (Exp. Mot. LO 9/2002 de 10 de diciembre). Con carácter más general, ante el incumplimiento del *régimen de visitas* por parte de uno de los progenitores el ordenamiento jurídico español prevé otras medidas: a) la imposición de multas coercitivas (arts. 699, 709 y 776.2.^ª LEC); b) el apercibimiento de modificación del régimen de guarda, en caso de incumplimientos reiterados de la obligación (art. 776.3.^ª LEC); y c) la posibilidad de sancionar penalmente al incumplidor, con base en un delito de desobediencia o contra las obligaciones familiares, o imputarle una falta conforme a los arts. 618.2 o 622 CP. Véase al respecto MORENO VELASCO (nota 3) *passim*.

⁶⁵ En otro pasaje de la sentencia se adopta el mismo enfoque, en este caso desde el punto de vista del daño resarcible: «El daño existe en este caso y [...] consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor».

chos fundamentales de la persona, conectando también con la doctrina del TEDH⁶⁶.

En este punto, es preciso subrayar, además, que el Supremo actúa de hecho como primera instancia ya que las instancias anteriores, aunque no habían rechazado de plano la demanda, sí que habían apreciado la prescripción de la acción. Y no es aventurado conjeturar que la respuesta positiva que recibe del Tribunal Supremo, especialmente en lo relativo a la no prescripción de la reclamación⁶⁷, se explicaría ante todo por la dramática vivencia padecida por el demandante, excluido para siempre de la vida de su hijo sin que con anterioridad ningún remedio jurídico sirviera para evitar semejante resultado. Lo cual no quiere decir que se excluya *a priori* la posibilidad de solicitar indemnización por daños en este tipo de casos, ni que sea preciso llegar a situaciones extremas para admitirlas⁶⁸. Sólo queremos subrayar que es muy probable que la situación del demandante habría sido muy distinta, y con toda probabilidad se habría evitado el grave perjuicio por el que acaba siendo indemnizado, si los remedios ordinarios previstos en este tipo de casos hubiesen operado adecuadamente. En este punto, es muy revelador el detallado análisis que han efectuado González Beilfuss y Navarro Michel sobre las circunstancias de hecho del caso, tal y como aparecen referidas en los antecedentes de la sentencia. Estas autoras destacan lo anómalo de la vía empleada para hacer valer los derechos del progenitor afectado y tratan de dar razón sobre por qué en ningún momento llegaron a emplearse los instrumentos previstos en el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores, que estaban en vigor tanto en España como en los Estados Unidos al producirse la retención del menor⁶⁹. A la vista de las circunstancias del caso, concluyen que junto a la responsabilidad de la madre tal vez convendría plantearse la posible responsabilidad de otras personas y más concretamente si los

⁶⁶ Especialmente en relación con la recepción de la jurisprudencia del TEDH en la imposición de indemnizaciones por inmisiones causadas por ruido ambiental (por todas, véase STS 29.4.2003 [*Actualidad Civil* 2003, 524]).

⁶⁷ Un apunte crítico sobre el modo de configurar el daño padecido en este caso como *continuado* a los efectos de fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción del art. 1968.2 CC en Eugenio LLAMAS POMBO, *Privación de relaciones paternofiliales y prescripción*, Revista Práctica. Derecho de Daños 77/2009, pp. 3-5, 4.

⁶⁸ De hecho, varias resoluciones de Audiencias Provinciales, en vía penal o en vía civil, han concedido indemnizaciones por el concepto ahora reconocido por el Tribunal Supremo. En especial, véase SAP Cádiz 8.4.2002 (AC 2002\1064) y Vizcaya 13.3.2007 (JÜR\2007\137231). Más referencias en MARÍN GARCÍA/LÓPEZ RODRÍGUEZ (nota 59) 11-13 y MORENO VELASCO (nota 3) 4-5. En este sentido, un juzgado de Sevilla ha condenado a una madre como autora de un delito de sustracción de menores a dos años de prisión y a indemnizar al padre con 30.000 € por la sustracción durante más de 1 año de la hija común (JP Sevilla núm.1, 28.12.2007 [ARP 2009\922]).

⁶⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS/NAVARRO MICHEL (nota 62) 821 ss.

profesionales que asesoraron al demandante lo hicieron correctamente y si la Administración española ofreció al padre suficiente apoyo e información para canalizar eficazmente sus pretensiones con respecto a su hijo⁷⁰.

3. RECAPITULACIÓN

El repaso que acabamos de hacer de las decisiones judiciales relevantes nos permite vislumbrar dos procesos paralelos cuya corrección también queremos poner en cuestión.

Por un lado, la perspectiva adoptada por un número creciente de sentencias de apelación, en las que se acepta la indemnización de los daños morales vinculados al descubrimiento de que el hijo que se tenía por propio no lo era y que fue engendrado en relaciones extraconyugales de la esposa. Aunque la mayor parte de sentencias arguye que no está indemnizando el perjuicio vinculado a la infracción de los deberes conyugales, y en especial del deber de fidelidad, alguna sentencia reciente admite explícitamente que la indemnización concedida no depende del grado de culpa o dolo en la ocultación del probable carácter no matrimonial del hijo habido durante el matrimonio, sino que está vinculado directamente a la lesión de las expectativas fundadas en el estado matrimonial.

Por otro lado, existe el riesgo de que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 30 de junio de 2009 sea interpretada, a nuestro juicio erróneamente, como una rectificación de la jurisprudencia restrictiva evidenciada en las sentencias dictadas en 1999, y que se emplee para avalar la doctrina que postula la aplicación indiscriminada de la responsabilidad extracontractual en conflictos familiares. Naturalmente, a este resultado coadyuva la indiferenciación en la presentación de los grupos de casos y la pretensión doctrinal de ofrecer criterios de carácter general, que sustituyan a la tan repetida e invocada «inmunidad» frente a las reclamaciones de responsabilidad civil del propio cónyuge o de los hijos. Es posible, en efecto, que tanto los tribunales inferiores como la doctrina interpreten en estos términos el resultado de aquella sentencia, obviando que el interés a relacionarse personalmente con los propios hijos y a tenerlos en compañía es oponible tanto al otro progenitor como a terceros ajenos a la familia, y que no hay nada excepcional en que la obstrucción imputable de este derecho genere responsabilidad, e incluso que sea punible penalmente. Serán las circunstancias del caso las que determinen la existencia, o no, de un abuso en las

⁷⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS/NAVARRO MICHEL (nota 62) 829-830.

facultades de actuación del guardador⁷¹ (o, en su caso, de un funcionamiento anormal de la Administración). El hecho de que en estos supuestos tal vez se deba responder no implica, sin embargo, que también deba ser así en cualquier otro de los supuestos que previamente hemos tratado de sistematizar, por el solo hecho de que en ambos casos están involucrados cónyuges, ex cónyuges o miembros de una misma familia.

IV. REPENSAR EL TEMA: UN COMENTARIO CRÍTICO

En nuestra opinión, las opiniones doctrinales que alientan a abrir las puertas de la concesión de indemnizaciones por daños en conflictos de índole familiar, en la mayoría de los supuestos, carecen de una mínima base jurisprudencial y se apoyan en criterios muy endebles, tanto desde el punto de vista del Derecho de familia como del Derecho de la responsabilidad civil. En otras palabras: obviando elementos esenciales de la responsabilidad civil alcanzan resultados que contradicen principios básicos que han guiado la evolución reciente de nuestro Derecho de familia.

Nos preocupa, además, que escaseen las voces que se pronuncien frente a esta tendencia⁷². Parece como si su carácter supuestamente «progresista» hubiese suscitado la unanimidad de quienes se han aproximado al tema en tiempos recientes, pues es un hecho que, paradójicamente, ciertos sectores feministas han terminado haciendo causa común con las tesis que defienden con mayor ahínco los sectores académicos más conservadores. Por eso, sin pretender llevar a cabo una aportación definitiva en este tema, sí que nos gustaría contribuir a cuestionar algunas de las premisas de las propuestas hoy en boga y dejar sentadas algunas ideas que consideramos fundamentales y que van justamente en la dirección contraria a la preconizada por la literatura jurídica española más reciente.

⁷¹ En este sentido, la SAP Madrid 21.6.2001 (JUR 2001\252828) excluyó cualquier responsabilidad en la madre que se llevó consigo a sus hijos al contraer nuevo matrimonio, en ejercicio de su derecho a la libre elección de domicilio (art. 19 CE), sin perjuicio de la posibilidad del otro progenitor de solicitar una modificación de las medidas de regulación del divorcio.

⁷² No obstante, véase Pablo SALVADOR CODERCH / Juan A. RUIZ GARCÍA, *Comentari a l'article 1*, en Joan EGEA FERNÁNDEZ / Josep FERRER RIBA, *Comentaris al Codi de família, a la Lleid' unions estables de parella i a la Llei de situacionsconvivencialsd'ajudamútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 63 y FERRER RIBA (nota 5) 1854-1856. Véase asimismo Eugenio LLAMAS POMBO, *Divorcio y responsabilidad civil*, Práctica Derecho de Daños 25 (2005), pp. 3-6 y Jordi RIBOT IGUALADA, *Nota crítica a J.R. de Verda y Beamonte (ed.), Daños en el Derecho de Familia*, ADC (2006), pp. 1883-1894, 1891.

1. LA CUESTIÓN DE LA INMUNIDAD CONYUGAL O PARENTAL

Es un lugar común, por influencia de la doctrina angloamericana, situar los términos del debate en la denominada «inmunidad conyugal o parental». De hecho, la profesora Encarna Roca ya planteó el tema desde este punto de vista en su influyente trabajo, publicado en el año 2000, y en el que se preguntaba si, como había sucedido históricamente en el *Common law*, también en el Derecho español «existe inmunidad en las relaciones familiares», o si, por el contrario, «los diferentes aspectos en que la ley establece reglas especiales de responsabilidad son sólo manifestaciones de un principio soterrado que consiste en la imposición de la responsabilidad frente a la inmunidad»⁷³. Como acabamos de ver, las aportaciones más recientes también hacen hincapié en que la sentencia de 30 de junio de 2009 estaría poniendo en entredicho un supuesto «principio de inmunidad por daños en el ámbito de las relaciones familiares», de modo que «ya no se puede decir que las relaciones familiares sean inmunes a la aplicación de las normas de la responsabilidad civil»⁷⁴.

La doctrina observa que esta inmunidad se correspondería con el modelo histórico de familia patriarcal recogido en los Códigos Civiles decimonónicos y que se considera superado. Frente a este modelo, hoy se opone que la familia contemporánea debe estar al servicio de la persona y constituir el ámbito en el que la persona ejerce sus derechos fundamentales y en el que se asegura el desarrollo armónico de la personalidad de sus miembros. Una cierta inmunidad, sin embargo, todavía podría venir favorecida, en la práctica, por la existencia de barreras institucionales como la prescripción de las acciones entre familiares⁷⁵.

Ahora bien, lo que hay que clarificar en primer lugar es qué se entiende aquí por «inmunidad» y, muy especialmente, qué consecuencias se derivan en este contexto de negar que exista en nuestro Derecho. Si la inmunidad se define, como propone por ejemplo Vargas Aravena, como «libertad [...] para dañar, amparados [...] en la relación familiar»⁷⁶, no cabe duda que en el Derecho privado de las relaciones familiares hoy no existe semejante inmunidad. En ningún caso el mero hecho de que la persona causante del daño y la víctima sean familiares puede exonerar al primero de la obligación de compensar el daño causado. En este sentido, la situación difiere

⁷³ ROCA TRÍAS (nota 5) 539.

⁷⁴ Véase *supra* notas 61 y 62 y texto al que corresponden.

⁷⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 65.

⁷⁶ Véase VARGAS ARAVENA (nota 2) 19.

claramente del Derecho Penal, donde por diversas razones el parentesco sigue siendo fundamento tanto para la atenuación o exclusión de la responsabilidad penal, como para su agravación⁷⁷. Y no cabe desde luego afirmar, como fue posible históricamente en los ordenamientos del *Common law*, que son inadmisibles de plano las posibles reclamaciones de daños entre esposos o entre padres e hijos, en aras al mantenimiento de la paz familiar y para garantizar la estabilidad de las relaciones sociales⁷⁸.

Es evidente que la protección que proporcionan las reglas de responsabilidad civil no puede negarse porque la víctima y la persona responsable estén vinculados por lazos familiares. Aquí encaja perfectamente la anterior reflexión acerca de la superación actual de un concepto de familia-comunidad y la transición hacia otro en el que la familia asegura el desarrollo armónico de la personalidad de sus miembros y en la que éstos ejercitan sus derechos fundamentales y defienden sus intereses frente a un supuesto interés superior del grupo familiar. Es más, y de ello es una buena prueba la respuesta penal frente al fenómeno de la violencia doméstica y de género, como que la familia es el ámbito de mayor vulnerabilidad de la persona al exponerse en su seno los intereses más básicos y personales de la víctima, el Derecho español se ha decantado paulatinamente por un agravamiento de la sanción penal cuando las conductas criminales se cometen contra personas de ese entorno y muy especialmente cuando consisten en actos de violencia física o psíquica contra las mujeres y contra las personas más vulnerables del hogar⁷⁹.

Por lo tanto, si estamos de acuerdo sobre lo que significa esa «inmunidad» a la que se hace tantas veces referencia, y concluimos que en nuestro Derecho no puede sostenerse que la existencia de lazos familiares con la víctima comporte la exoneración de responsabilidad por daños que, de haber sido ocasionados por personas ajenas al ámbito familiar, obligarían a éstas a indemnizarlos, ¿dónde radica la discrepancia?

El desacuerdo se basa en que la doctrina que estamos cuestionando pretende hacer de los lazos familiares el fundamento de la responsabilidad en casos en que esa responsabilidad no existiría entre personas sin vínculos familiares, de manera que se emplea la

⁷⁷ Arts. 23, 180.4 y 268.1 CP. Excepcionalmente el CP excluye la responsabilidad penal por delitos económicos cometidos contra el cónyuge pero reserva expresamente la posibilidad de solicitar la responsabilidad civil (cf. art. 268.1 CP).

⁷⁸ Véase especialmente FERRER RIBA (nota 5) 1.840 ss y FARNÓS AMORÓS (nota 52) 16 ss para un resumen detallado del itinerario histórico de la legislación y de la jurisprudencia en el Derecho estatal de los EE.UU. y en el *Common law* inglés.

⁷⁹ Véase arts. 147.8, 4 y 5, 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 CP. SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 45/2009, de 19 de febrero.

responsabilidad civil como complemento de las reglas de Derecho de familia allí donde el autor o autora correspondiente considera que existe un déficit de protección del miembro de la familia afectado. Novales Alquézar, por ejemplo, se refiere a la «bula del Derecho de familia», que según ella –al no adscribir consecuencias económicas a la infracción de los deberes personales de los cónyuges durante la convivencia– permitiría «dañar impunemente»⁸⁰. En la misma línea, algunos autores que apoyan la extensión de las reglas de responsabilidad civil a los conflictos en el seno de la familia invocan como verdadero fundamento de esa responsabilidad el «contractual», incluyendo bajo ese término a las obligaciones pre-dispuestas por la ley a los cónyuges o a los progenitores en el marco de la relación conyugal o parental⁸¹.

Sin embargo, los intereses involucrados en las relaciones familiares se organizan y protegen mediante el Derecho de familia vigente en cada momento histórico, y sus reglas proporcionan criterios acerca de cómo deben ejercerse los roles de cónyuge y los de progenitor. Por eso pensamos que es coherente con este modo de organización enjuiciar las consecuencias de la infracción de los estándares establecidos por el Derecho de familia de acuerdo con las reglas del propio Derecho de familia y no partir de la base que éstas son incompletas. De modo que cuando el Derecho de familia no proporciona una regulación específica no existe una laguna que deba integrarse indiscriminadamente mediante las reglas de responsabilidad civil. La doctrina que aquí se critica, en cambio, lleva a compensar como daños morales (e incluso patrimoniales) las decepciones o el malestar sufrido por maridos, esposas o hijos a manos de esposas, maridos o padres, a quienes se imputaría un ilícito civil en casos en que, en realidad, aquéllos no habrían hecho otra cosa que ejercer el derecho a la autonomía que el Derecho de familia vigente les reconoce y garantiza.

Por ello, creemos que es más razonable pensar que el silencio de la ley respecto a la responsabilidad civil en este tipo de conflictos obedece a una decisión de política jurídica coherente con los principios que informan el Derecho de familia actual y que recurrir a las reglas generales de daños resulta contradictorio con esta decisión. En este sentido, tal opción es coherente con la idea fijada en el artículo VI.-1:103 (c) del Marco Común de Referencia, que especifica que las reglas de responsabilidad extracontractual «do not apply in so far as their application would contradict the purpose of other private law rules [énfasis añadido]». Esta regla está

⁸⁰ NOVALES ALQUÉZAR (nota 4) 206. Véase también ROMERO COLOMA (nota 7) 2460.

⁸¹ Véase VARGAS ARAVENA (nota 2) 235 y allí más referencias.

pensada específicamente para las relaciones entre el Derecho de contratos y el de la responsabilidad civil, pero según el comentario oficial «juega un papel similar en relación con las normas sobre gestión de negocios ajenos, las reglas sobre propiedad y derechos reales *e incluso con respecto al Derecho de familia*»⁸². La idea de fondo es que el remedio que proporciona el Derecho de daños es subsidiario de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado, en el doble sentido de que *a)* se aplica sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector, y *b)* sólo puede aplicarse en la medida en que los remedios indemnizatorios no contradigan los principios de esa rama del Derecho, ni los objetivos que ésta persigue. Significativamente para el propósito de este trabajo, el ejemplo con el que el proyecto de Marco Común de Referencia ilustra esta relación de subsidiariedad del Derecho de la responsabilidad civil es el de una hipotética reclamación de daños morales derivados de la infidelidad conyugal⁸³.

Esta misma idea se desprende del tratamiento penal de determinadas obligaciones civiles familiares⁸⁴. Nótese que respecto a determinados «delitos contra las relaciones familiares», la condición de cónyuge (o de progenitor o de tutor o guardador legal de la víctima) es determinante de la responsabilidad penal por la sencilla razón de que la conducta objeto de punición sólo puede llevarla a cabo quien ostenta la condición personal prevista por la norma penal. Sin embargo, lo que ahora queremos subrayar es que en todos estos casos la norma penal, y la responsabilidad civil derivada de esos delitos o faltas, se dirigen a proteger intereses idénticos a los que tutela la norma civil, sin entrar en contradicción con ésta.

2. LAS SUPUESTAS «LAGUNAS» DEL DERECHO DE FAMILIA

Siguiendo a la doctrina que aquí se critica, en cambio, se corre el riesgo de *subvertir* el Derecho de familia, al poner las normas que establecen indemnizaciones de daños al servicio de finalidades contrapuestas a las que actualmente sirven a aquél de fundamento.

⁸² Énfasis añadido. Véase Christian VON BAR/Eric CLIVE, *Principles, Definitions and Modern Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. 4 (2009) p. 3117.

⁸³ Ejemplo 5, en VON BAR/CLIVE (nota 82) 3118.

⁸⁴ Véase art. 218.1 (delito de bigamia), 225 bis (sustracción de hijos menores), 226.1 (abandono de familia y de menores), 227.1 y 618.2 CP (impago de pensiones).

El Derecho de familia se distingue de las otras ramas del Derecho Civil porque acota un sector de la realidad, que es el que tiene por objeto las relaciones que recaen sobre los intereses más personales y privados del individuo, y atribuye derechos y obligaciones que, en general, son inconcebibles en relación con la regulación jurídico-privada de la esfera externa, no familiar, de la persona. La regulación sectorial de las relaciones familiares establece unos instrumentos con los que conseguir los resultados que se propone en términos de política jurídica.

Históricamente, el interés del Estado por el matrimonio, por ejemplo, ha justificado la regulación de las condiciones de su celebración y efectos, así como si era posible y con qué consecuencias la disolución del matrimonio por divorcio. Paulatinamente este interés ha ido evolucionando desde una posición de extremo intervencionismo en la vida familiar y matrimonial, tanto en relación con la convivencia conyugal como respecto a las condiciones de la ruptura conyugal, hacia una posición mucho más neutral, en la que el Estado tiende a no inmiscuirse en la vida conyugal o familiar y en la que no se ponen trabas injustificadas a la ruptura conyugal⁸⁵. En este sentido, la regulación de la familia en la historia refleja cuál ha sido la moralidad predominante⁸⁶ y cómo se entendían en cada época las relaciones entre cónyuges y entre padres e hijos.

En los últimos decenios, sin embargo, ha ido ganando terreno la idea de que el Estado debe respetar la opinión de cada uno de los cónyuges respecto a la tolerabilidad de la situación en que se

⁸⁵ Un buen ejemplo de la evolución en esta materia lo proporciona el debate acerca de la posibilidad de limitar mediante la llamada «cláusula de dureza» el acceso al divorcio, si éste pudiera ocasionar a los hijos o al otro cónyuge perjuicios de especial gravedad (véase art. 87 Proyecto del ley del Gobierno, de 13.5.1980). Como es conocido, este límite —presente en otros ordenamientos y que algún autor llegó a calificar como la «salvaguarda última de los principios éticos» (Gabriel GARCÍA CANTERO en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, Madrid, Edersa, 1982, p. 297)— ya no aparecía en el texto aprobado por el Parlamento en 1981. En ese momento, pareció tan inviable dejar de regular el divorcio como denegarlo o suspenderlo ante las posibles consecuencias negativas que pudiese tener para el otro cónyuge o para los hijos.

⁸⁶ Es bien sabido, por ejemplo, que la legislación española ha pasado por varias etapas en lo que se refiere a los delitos relacionados con el sexo. El Código Penal de 1870 se atuvo a un estricto planteamiento patriarcal con el fin de proteger una «honra de la mujer» que en definitiva era la honra de su padre o marido. Junto a la punición del adulterio, sólo aplicable a la mujer y a su amante (pues el marido respondía por «amancebamiento» sólo bajo ciertas condiciones), el Código reintrodujo la llamada «venganza de sangre», que comportaba una pena levisima si el marido mataba a la esposa o al amante tras hallarlos en adulterio, así como la exención de responsabilidad criminal si les causaba por lesiones menos graves (art. 438 CP). Tras el breve lapso de la legislación despenalizadora de la II República, el franquismo reintrodujo ambos elementos a principios de los 40. La venganza de sangre sólo fue derogada definitivamente en 1963, mientras que la punición del adulterio se mantuvo hasta 1978. Puede verse este itinerario, con más detalle, en Juana GIL RUIZ, *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 187-190.

encuentra dentro de su matrimonio. En España, se ha llegado incluso a admitir la petición de divorcio sin necesidad de demostración de causa alguna que lo justifique a los ojos de la ley y de la sociedad. Con ello se lleva al extremo la conclusión de que las razones de la ruptura sólo interesan a los propios cónyuges y que no puede imponerse una convivencia no deseada aunque a ello se opongan los intereses o los deseos de uno de los cónyuges.

Con relación a los hijos menores, la situación de los padres no es exactamente la misma, aunque es evidente que los intereses de los hijos como personas dentro de la familia han ido adquiriendo mayor autonomía. La consecuencia jurídica de esta situación ha sido la legitimación de un mayor control público respecto al ejercicio de los deberes parentales. Al propio tiempo, sin embargo, la democratización de la vida social y el pluralismo existente en nuestra sociedad ha llevado a otorgar mayor protagonismo al libre desarrollo de formas educativas y de crianza de los hijos menores al margen de los valores predominantes en una sociedad determinada⁸⁷.

La ampliación del papel de la responsabilidad civil en el ámbito familiar pone en cuestión la autonomía del Derecho de familia: precisamente cuando éste retrocede y disminuye la densidad e intensidad de sus reglas para respetar la intimidad y la libertad de las personas en el seno del matrimonio y de las relaciones paterno-filiales, reduciéndose la intromisión de los poderes públicos en ese ámbito, la doctrina que aquí se critica pone énfasis en las supuestas lagunas de la regulación legal de la vida familiar. Los autores encuadrados en esta tendencia emplean la responsabilidad civil, especialmente en lo relativo a las consecuencias de la conducta inapropiada de los miembros de la familia, dando la impresión de que algo falla en el Derecho de familia, pero sin pararse a pensar si la supuesta laguna o insuficiencia responde, aunque no les guste, al diseño institucional por el que ha optado el legislador.

Resulta, en definitiva, un verdadero contrasentido hacer entrar las reglas de la responsabilidad civil en un ámbito del que en los últimos decenios el Derecho de familia conscientemente ha ido retirando sus propios remedios. De ahí la importancia de distinguir los diferentes grupos de casos, como hemos tratado de hacer mediante la propuesta de sistematización de los supuestos, que ahora trataremos de desarrollar brevemente⁸⁸.

⁸⁷ En nuestro Derecho, con todo, el Tribunal Constitucional ha declarado que los padres no pueden dejar de escolarizar a sus hijos en las etapas en que ello es obligatorio alegando motivos religiosos o de conciencia. Muy recientemente, véase STC 133/2010, de 2 de diciembre.

⁸⁸ Véase *supra* § II.

3. DAÑOS EN RELACIONES ENTRE CÓNYUGES

En este grupo de casos, ya hemos señalado que nuestro punto de partida es que, en aquellos supuestos en que la conducta dañosa de un tercero ajeno a la familia habría atribuido a la víctima el derecho a presentar una reclamación de daños, lo mismo debe suceder con respecto al cónyuge causante de esos daños. En consecuencia, tanto si incurrió en dolo como en culpa, un cónyuge puede ser responsable frente al otro si un tercero lo sería en las mismas circunstancias. El ejemplo más obvio, y probablemente más frecuente, es el de las lesiones corporales sufridas por una persona como consecuencia de la acción u omisión culposa de su cónyuge⁸⁹.

En ocasiones, la gravedad de la conducta del agente comporta que un determinado hecho esté, además, tipificado como delito o falta. En especial, porque afecta a la integridad física o psíquica, la libertad sexual o la integridad moral de la víctima [*infra* § A]. En otros ámbitos, como la tutela de otros derechos de la personalidad [*infra* § B] y en las demás situaciones dañosas a cónyuges descritas por la doctrina que aquí comentamos [*infra* § C], carecemos de criterios fijos, explicitados en tipos penales o en normas específicas de leyes civiles. De ahí que se planteen las dudas acerca de admitir o no una protección reforzada de los remedios jurídico-familiares mediante el recurso a la cláusula general de responsabilidad extracontractual.

A) Supuestos tipificados como delito o falta por el Código Penal

En los supuestos en que una persona lesiona la integridad física o psíquica o la libertad sexual de su cónyuge serán de aplicación los tipos penales correspondientes⁹⁰. Como ya hemos señalado, en todos estos supuestos, la responsabilidad penal sin duda comporta la responsabilidad civil derivada del delito o falta correspondiente por los daños sufridos por la víctima (art. 116 CP). La relación familiar puede jugar un papel; con frecuencia, agravará la pena impuesta al responsable⁹¹. La atribución de responsabilidad civil,

⁸⁹ En el ámbito automovilístico, por ejemplo, las normas comunitarias subrayan que «los miembros de la familia del titular de la póliza, del conductor o de cualquier otra persona cuya responsabilidad civil esté comprometida en el siniestro y cubierta por el seguro mencionado en el artículo 3, no podrán ser excluidos en razón de dicho vínculo de parentesco» (art.12.2 Directiva 2009/103/CE de 16 de septiembre de 2009) (DOCE L 263, 7.10.2009).

⁹⁰ Véase *supra* nota 19 y texto al que corresponde.

⁹¹ Véase *supra* nota 77.

no obstante, es independiente de la existencia de cualquier tipo de relación familiar entre las partes implicadas.

Dentro de la tutela de la integridad física, se incluye el supuesto más específico de responsabilidad por no advertir al cónyuge del hecho de padecer una enfermedad de transmisión sexual, tal vez contraída como resultado de relaciones extraconyugales del marido o de la mujer, aunque esto es irrelevante en este contexto. Siendo cierto que entre esposos el riesgo de transmisión de una enfermedad de ese tipo se incrementa por ser los contactos sexuales más frecuentes⁹², la posible responsabilidad derivada de no advertir acerca de la necesidad de tomar medidas de protección se da tanto en relación con el cónyuge como, por ejemplo, con relación a la pareja estable no matrimonial, o incluso en otros supuestos. En términos generales, no puede partirse de que la víctima asume el riesgo de contraer una enfermedad de transmisión sexual y que por tanto su *partenaire* sexual está exento de responsabilidad si no le informa de una enfermedad que sabe que padece y frente a la cual debería haberle dado la oportunidad de adoptar medidas de protección⁹³.

Este carácter general de la tutela civil y penal también puede predicarse de los casos en que el interés protegido es la libertad sexual, concebida como garantía de que la sexualidad se ejercerá siempre lugar en condiciones de libertad (art. 17.1 CE). Como tuvo ocasión de decir el Tribunal Supremo, «proclamar que en el ámbito matrimonial es posible atribuir relevancia jurídica a un supuesto desconocimiento de la antijuridicidad predicable de todo acto sexual de carácter violento, implica admitir [erróneamente] que el matrimonio es fuente extintiva o limitativa del derecho a la libertad sexual de cualquiera de los cónyuges»⁹⁴. Lo cual se tradujo en la casación de la sentencia de la Audiencia de Málaga que había rebajado la pena al marido por agresión sexual a la esposa admitiendo

⁹² Tal parece ser el fondo de la SAP Illes Balears 14.9.2001 (AC 2001\2221; Comentada por Inma BARRAL VIÑALS, *Pertenencia a un grupo de riesgo y responsabilidad por contagio de SIDA al cónyuge*, Práctica de Derecho de Daños 15 (2004) 6 ss. No obstante, véase SAP Madrid 10.7.2007 (La Ley 176259/2007), en un supuesto en el que se condena al demandado seropositivo a abonar 30.000 € a su ex esposa, con quien mantuvo relaciones sexuales sin protección antes y después de contraer matrimonio. Según la Audiencia cabe indemnizar por la angustia de haber podido contraer SIDA aunque finalmente no resultase infectada y para imputar esa responsabilidad deben tomarse en consideración «la falta de lealtad a su pareja [y] el hecho de truncar las expectativas de vida en común».

⁹³ Sin embargo, véase SAP Madrid 17.6.2010, que considera no punible, por falta de culpa, el contagio del cónyuge al que no se advirtió acerca del padecimiento de la enfermedad, porque en todas las relaciones sexuales se empleó preservativo, si bien en cierta ocasión éste se rompió y la esposa quedó encinta e infectada del VIH. Mediante sentencia 25.5.2011, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo ha casado esta sentencia hallando culpable al imputado por su comportamiento descuidado al no evitar la rotura del preservativo.

⁹⁴ STS 2.ª 13.9.2007 (RJ 2007\6492).

la creencia errónea de aquél según la cual tenía derecho a mantener relaciones sexuales sin consentimiento de la mujer⁹⁵.

Hay que hacer notar que la doctrina que aquí se critica también incluye dentro de este grupo de casos la ruptura unilateral de la promesa de matrimonio hecha maliciosamente y con el único objetivo de conseguir mantener relaciones sexuales con una persona, así como el engaño acerca de la condición de soltero que lleva a alguien a acceder a mantener relaciones sexuales o incluso a iniciar una convivencia marital⁹⁶. Sin embargo, precisamente estos supuestos fueron objeto de una importante reforma despenalizadora en los albores de la transición democrática española. Esta reforma se produjo porque el interés jurídico protegido pasó a centrarse en la libertad sexual de las personas, renunciando a una intervención punitiva del Estado cuyo objetivo no era otro que imponer determinadas premisas morales⁹⁷. Obviamente, tal pretensión resultaba y resulta inasumible en un Estado de Derecho de una sociedad pluralista y democrática. Por eso creemos que cuando la doctrina que aquí se critica propone aplicar la responsabilidad civil a este grupo de casos parece olvidar que tales conductas entre personas adultas fueron despenalizadas hace ya muchos años y que la despenalización obedeció a un cambio de perspectiva respecto a qué interés es el que merece la protección penal⁹⁸.

Hoy el único interés protegido en este grupo de casos, también a los efectos de la posible responsabilidad civil, es la libertad sexual, configurada en el sentido negativo de vedar el ejercicio de la sexualidad carente de libertad (*libertad sexual negativa*). La despenalización a que hemos hecho referencia refleja un cambio en la posición del ordenamiento de manera que el interés protegido ha dejado de ser la honestidad de la persona que accede a la relación sexual, medida en función de que haya ejercido su sexualidad en

⁹⁵ La Audiencia sostuvo que para el imputado resultaba difícil «comprender que no se adquiere derecho alguno sobre una mujer por el hecho de haber mantenido con ella relaciones sexuales consentidas con anterioridad».

⁹⁶ Véase *supra* § II.1 g).

⁹⁷ Véase art. 436 I CP 1973, sobre estupro fraudulento en mayores de edad, respecto al que la jurisprudencia penal resolvió los mismos supuestos ahora comentados. El Tribunal Supremo llegó a admitir en sentencia 25.4.1975, que el estupro de seducción ya resultaba por aquel entonces «anacrónico y un tanto superado o desfasado». Véase al respecto JAVIER BOIX REIG, *De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual*, en VIRGILIO LATORRE (coord.), *Mujer y Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 11-20.

⁹⁸ No está de más recordar, con la mejor doctrina penal, que la punición del llamado estupro fraudulento sólo se explicaba en un marco de represión de la sexualidad y en el que la tutela penal perseguía dotar a la mujer (entonces menor de 25 años) de un instrumento con el que presionar al hombre que la había seducido, para que atendiera su petición de matrimonio o para que al menos que no la desamparara económicamente (en este sentido, véase JOSÉ LUÍS DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentario de los artículos 178-183*, en *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997).

un marco adecuado o aceptado socialmente, para pasar a ser que aquella persona sea libre para decidir tener relaciones sexuales⁹⁹. No queda espacio, por tanto, para invocar un interés protegido en vía extracontractual cuyo fundamento radica en una concepción obsoleta de la sexualidad¹⁰⁰ y en un entendimiento de la conducta habitual de personas adultas que tiene que ver más con los prejuicios de ciertos sectores sociales que con los valores ampliamente compartidos en nuestra sociedad¹⁰¹. Por idénticas razones, tampoco es de recibo invocar el ejemplo del § 825 BGB, cuya reciente reforma demuestra que el interés protegido en vía extracontractual no es pseudomrimonial o vinculado al hipotético estado conyugal de la víctima, sino la libertad sexual negativa frente a cualquiera que la hubiese lesionado, mediante medios directos o indirectos especialmente cualificados (v. gr. coacciones, abusos de poder o engaños). Por ello, la mejor doctrina subraya que el § 825 BGB no es aplicable cuando, por ejemplo, el agente simula estar enamorado de la víctima o promete divorciarse y casarse con ella¹⁰².

Con respecto a la lesión del derecho a la integridad moral del cónyuge, junto a los tipos de lesiones físicas y psíquicas el Derecho Penal español incluye un tipo específico por «maltrato habitual en el ámbito familiar» (art. 173.2 CP). Como ha subrayado la jurisprudencia, el bien jurídico protegido en este caso va más allá de la protección de la integridad física o psíquica y consiste en la integridad moral frente a tratos degradantes y vejatorios desarrollados habitualmente con ocasión de la convivencia y mediante la crea-

⁹⁹ En la actualidad, de conformidad con el art. 183.1 CP, sólo es penalmente relevante el engaño que propicia relaciones sexuales consentidas con persona menor de edad mayor de 13 años y menor de 16. Las relaciones con menores de 13 años, aun consentidas, constituyen delito contra la libertad sexual. Véase también la STS 9.4.1979 (RJ 1979\1277), que deniega la indemnización solicitada por una mujer por los supuestos daños derivados de haber mantenido relaciones sexuales con un hombre casado, con base en el criterio que estas relaciones se habían producido libremente entre personas adultas y habían tenido lugar tanto antes como después de conocer aquélla que su amante estaba casado.

¹⁰⁰ Una «concepción matrimonialista del sexo» que durante mucho tiempo estuvo reforzada con normas penales (cf. Javier BOIX REIG, *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro*, CPC núm. 1, 1977, pp. 5-22, 15).

¹⁰¹ Incluso VARGAS ARAVENA (nota 2) 86 reserva este supuesto de hecho para «sectores que promueven y sustentan ciertas opiniones moralistas [...] que mediante la seducción podrían ser quebrantadas (grupos de carácter extremo católicos o musulmanes, gitanos)».

¹⁰² Por todos, véase Gerhard WAGNER, § 825, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* vol. 5, 5.ª ed., München, Beck, 2009, 2156. Como apuntan los penalistas, «considerar el engaño como elemento apto para comprometer la [libertad sexual] sólo podría hacerse desde una concepción mercantilizada e instrumental del ejercicio de la sexualidad, que pugna con la más moderna concepción de la sexualidad como un fin en sí mismo [...] A quien se le reconoce capacidad para decidir sobre su sexualidad [...] Ha de suponerse también capacidad para conocer cuán evanescentes son las promesas hechas al calor del deseo» (Fermín MORALES PRATS/Ramón GARCÍA ALBERO, Comentario del art. 184, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la parte especial del Derecho Penal*, 6.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2007, 318).

ción de un clima sistemático de maltrato y terror¹⁰³. La conducta típica incluye por eso no sólo actos de violencia material, sino también las amenazas, expresiones degradantes y frases ofensivas o denigrantes que forman parte de ese clima de terror. Esta extensión de la tutela penal para, como indica también la jurisprudencia, preservar «[el] ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad»¹⁰⁴, no alcanza, sin embargo, a aquellos casos que reflejan sólo el deterioro de la relación en el núcleo familiar, con frecuencia previo al cese de la convivencia conyugal (v. gr. conductas de desatención o indiferencia, discusiones, insultos). En este sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tratado de clarificar esta idea y ha señalado que «el tipo delictivo del art. 173.2 CP exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo»¹⁰⁵. La doctrina especializada interpreta esta toma de posición en el sentido de que no son punibles las conductas consistentes en mostrar una actitud pasiva en el hogar o en no hacer caso a la pareja de forma permanente¹⁰⁶. A nuestro modo de ver, ésta es también una línea de demarcación de las conductas vinculadas al desarrollo de la convivencia conyugal y que tampoco deberían dar lugar a responsabilidad civil, a no ser que el resultado buscado por esas conductas sea provocar un sentimiento de humillación o envilecimiento del otro cónyuge.

B) Conductas que atentan contra derechos de la personalidad del cónyuge

Si la conducta del cónyuge afecta a derechos de la personalidad de la víctima como la libertad o la intimidad, es posible que aquél tenga que responder tanto en vía civil como en vía penal, si bien esta última vía está reservada para los casos más graves. Así, si un cónyuge limita o controla la vida de relación del otro empleando medios violentos, responderá por un delito de coacciones (art. 171.1 CP), o cuando su actuación comporte vulnerar la libertad ambulatoria del cónyuge reteniéndole contra su voluntad, podrá imputársele un delito de detención ilegal (art. 163 CP).

En relación con el derecho a la intimidad, como apuntamos anteriormente, conductas como consultar su correo electrónico o abrir su correspondencia son conductas que, realizadas sin consen-

¹⁰³ STS 2.ª 30.4.2009 (RJ 2009\4192).

¹⁰⁴ STS 2.ª 22.1.2001 (RJ 2002\2631).

¹⁰⁵ Véase Acuerdo de 21.7.2009 (JUR 2009\374119).

¹⁰⁶ Vicente MAGRO SERVET, *La violencia física o psíquica incluida en el art. 173.2 CP*, SEPIN Violencia doméstica, Artículo Monográfico. Septiembre 2009.

timiento del otro cónyuge, pueden comportar un delito de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197.1 y 2 CP). A este respecto, la jurisprudencia penal también ha mostrado ejemplos reveladores en torno al hipotético conflicto entre el interés de un cónyuge en comprobar las sospechas de infidelidad conyugal y el respeto debido a los derechos del otro cónyuge. En un caso en el que el marido «consultó con un abogado quien le indicó que las grabaciones en el propio teléfono no constituían un ilícito, [porque] era importante tener pruebas para la separación», aquél fue finalmente condenado por revelación de secretos. Cuando recurrió ante el Supremo argumentó que «los secretos en esa esfera de la infidelidad matrimonial no son secretos personales, ni afectan a la intimidad de quien los posee, sino que forman parte de [la] “dimensión familiar” de la intimidad». La Sala Segunda rechazó el recurso y concluyó, en cambio, que «resulta sencillamente inadmisibles la alegación del recurrente de que, por tratarse de su esposa, el acusado está exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge bajo la excusa de cerciorarse y allegar pruebas de la infidelidad de la esposa»¹⁰⁷.

El objetivo de obtener datos reservados del otro cónyuge con el fin de revelarlos en el propio interés, por ejemplo ante un posible proceso de divorcio o de liquidación del régimen económico matrimonial, carece de protección legal y comporta responsabilidad tanto penal como civil¹⁰⁸. Lo procedente, en su caso, es solicitar el auxilio judicial para obtener las pruebas y otros datos que puedan ser de importancia para el éxito de la propia pretensión, pero no ejercer una suerte de autotutela mediante la que se pisoteen derechos fundamentales del cónyuge.

En términos parecidos podemos referirnos a la protección del honor y de la intimidad frente a la divulgación de hechos relativos a la vida privada del cónyuge o que afecten a su reputación o buen nombre. Por lo tanto, incurrirá en una intromisión ilegítima, y deberá responder por ello, el cónyuge (tal vez con más frecuencia

¹⁰⁷ STS 2.ª 14.5.2001 (RJ 2001\2719). Posteriormente, en el mismo sentido, STS 2.ª 20.6.2003 (RJ 2003\4359), que rechaza la alegación del recurrente según la cual como que existe el deber que el art. 68 Código Civil impone a los cónyuges de guardarse fidelidad» [...]«la infidelidad no forma parte de la intimidad de un cónyuge frente a otro, [y que] [...] por libre voluntad de las partes, el contrato matrimonial deja fuera del derecho fundamental a la intimidad personal, el ámbito que afecta al derecho/obligación de fidelidad», concluyendo que «en el ámbito de la obligación de fidelidad matrimonial, [...] no habría en el caso enjuiciado bien jurídico protegido».

¹⁰⁸ Auto AP Barcelona 190/2008, de 14 de abril (JUR 2008\171160), SAP Madrid 25.5.2005 (ARP 2005\321) y 4.10.2006 (ARP 2006\656). No siempre los jueces lo entienden así, sin embargo. Véase Auto AP Sevilla 16/2005, de 14 de enero (ARP 2005\367), referente a la apropiación de documentos del marido para ejercer judicialmente sus derechos en la liquidación de la sociedad de gananciales.

el ex cónyuge) que efectúa revelaciones sobre la esfera personal del otro y que conoce por la intimidad compartida y la confianza que es característica de las relaciones conyugales¹⁰⁹. Por otro lado, en el caso del derecho al honor, incurrirá en una intromisión ilegítima prohibida por la ley quien difame a su cónyuge divulgando hechos falsos que afecten a su reputación y también quien, mediante su conducta o sus palabras, provoque en el otro un sentimiento de humillación tal que lesione su dignidad como persona.

En todo caso, el cónyuge o ex cónyuge deben poder hacer valer las causas de exoneración propias de este ámbito (art. 8 LO 1/1982) y también las que se derivan de los límites propios de todo derecho fundamental, cuando concurre con otros derechos merecedores de equivalente o superior protección. A este respecto, en lo que afecta a la materia objeto de este trabajo, plantean problemas de delimitación los supuestos en que, por ejemplo, el cónyuge considera afrentosa y lesiva de su honor la infidelidad de su esposa¹¹⁰ o el prometido se encuentra expuesto al ridículo por el desistimiento de última hora de la mujer con quien estaba comprometido. Aunque efectivamente las personas afectadas se consideran ellas mismas y su entorno social «víctimas» de una conducta altamente reprochable, la conducta de la otra parte no persigue humillarlas y desmerecerlas en su dignidad como personas, que es el bien jurídico protegido por la ley. Además, en todos esos casos el interés del demandante debe ponderarse con el ejercicio legítimo de derechos como la libertad sexual o, más genéricamente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sólo desde una concepción moralizante de la tutela de los derechos fundamentales puede defenderse seriamente que la falta de cumplimiento de la promesa de matrimonio o la conflictividad matrimonial vinculada al descubrimiento de la impotencia, la homosexualidad o la transexualidad de un cónyuge, pueden dar lugar a una lesión del honor del otro cónyuge o del prometido agraviado, que les faculden para reclamar daños y perjuicios. Por otro lado, la divulgación de la infidelidad conyugal con ocasión de la ruptura de la pareja y la posterior interposición de una acción de impugnación de la paternidad matrimonial sobre los hijos comunes tampoco puede verse exclusivamente desde el prisma del derecho al honor o, mejor, a la intimidad personal. También debe valorarse que el otro cónyuge tiene derecho a hacer valer las acciones que le correspondan en relación con la filiación de los hijos fruto de sus relaciones extraconyugales.

¹⁰⁹ Sobre este punto, véase LÓPEZ DE LA CRUZ (nota 3) 34, y allí otras referencias.

¹¹⁰ Véase respecto a los fundamentos de la demanda y del recurso de casación del demandante en el caso resuelto por la STS 22.7.1999 (*supra* § III.1).

Por otra parte, sin embargo, si del contexto se desprende que el modo en que el otro cónyuge ejerce sus derechos es particularmente ofensivo para con el otro cónyuge y se demuestra que aquél perseguía infligir al esposo una afrenta, por ejemplo, porque se actuó de un modo cuyo propósito evidente era ridiculizarle y humillarle, contribuyendo al desmerecimiento público de aquella persona y a su aislamiento social, tal conducta sí podría constituir la base de una acción de responsabilidad fundamentada en la vulneración del honor y de la intimidad. En este mismo orden de ideas, incluso si se revela una infidelidad en el marco objetivo y legítimo de un proceso de filiación, no son admisibles conductas vejatorias que atenten contra la dignidad del otro cónyuge, como ocurriría, por ejemplo, si para justificar la propia infidelidad se empleasen expresiones ofensivas acerca del otro cónyuge o de sus hábitos sexuales. Valen al respecto, a falta de criterios más concretos para estos casos, las premisas genéricas que sirven para limitar el ejercicio legítimo del derecho a la crítica y a la libertad de opinión, que no ampara el derecho a insultar ni a proferir expresiones que atenten contra la dignidad de la persona afectada.

C) Otros supuestos

La doctrina que aquí se critica pretende que sea resarcible a título de daño moral el impacto psicológico o emocional del incumplimiento de los deberes legales conyugales, en particular en los casos relacionados con la vida sexual de los esposos o el impacto que sobre uno de ellos tiene la falta de apoyo o de comunicación del otro durante la convivencia¹¹¹, así como las consecuencias de la ruptura no deseada de la pareja¹¹².

a) *Planteamiento*

Una de las principales dificultades del estudio de esta cuestión en el Derecho español de la responsabilidad civil radica en la necesidad de delimitar el daño moral resarcible. Como es bien sabido, nuestro Derecho se basa en una cláusula general de responsabilidad (art. 1902 CC) que no establece las características típicas que ha de reunir el daño resarcible¹¹³ y la ley tampoco define explícita-

¹¹¹ Véase *supra* § II.1 c) y d).

¹¹² Véase *supra* § II.1 e).

¹¹³ L. Fernando REGLERO CAMPOS, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, en L. F. Reglero Campos (ed.), *Tratado de responsabilidad civil*, vol. I, 5.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson, 2008, p. 59.

mente qué tipo de intereses merece la protección del Derecho de la responsabilidad civil. Corresponde a la jurisprudencia la delimitación de tales intereses, individualizándolos mediante el examen de la legislación vigente, el uso de los principios constitucionales¹¹⁴ y, en último término, recurriendo a la conciencia social¹¹⁵. En la práctica, sin embargo, está muy extendida la idea de que el daño moral resarcible se identifica con los efectos de orden psicológico descritos con los términos ansiedad, zozobra, dolor, etc¹¹⁶. En otras palabras: el impacto de la conducta del responsable sobre la esfera anímica del sujeto constituye el elemento determinante de la tutela extracontractual, tanto por lo que se refiere a la justificación de la responsabilidad como al alcance de la obligación de indemnizar. Las fronteras del daño moral indemnizable son, por esta razón, hoy por hoy, excesivamente difusas en Derecho español¹¹⁷.

La vida social produce numerosos contratiempos, incomodidades, frustraciones y enfados. Aunque se concede que no siempre podrá demandarse a quien los causó¹¹⁸, la configuración predominante del daño moral hace, sin embargo, imposible saber *a priori* si la víctima tiene o no el derecho a reclamar una indemnización pecuniaria para compensarle por el impacto psicológico o emocional de la conducta del demandado. Por ello, contra lo que sugiere algún autor que defiende la extensión de la responsabilidad civil al ámbito familiar como regla general, con tal concepto de daño moral es prácticamente imposible fijar el límite de las «nimiedades, meras

¹¹⁴ Véase Miquel MARTÍN-CASALS/Josep SOLÉ FELIU, *Comentario del art. 1902*, en Andrés Domínguez Luelmo (ed.), *Comentario del Código Civil*, vol. II, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 2057 (con cita de la jurisprudencia sobre protección frente a ruidos excesivos, en las demandas de *wrongfulconception* y *wrongfulbirth*, etc.).

¹¹⁵ Maíta M.ª NAVEIRA ZARRA, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Edersa, 2006, p. 50.

¹¹⁶ STS 16.5.1998 (RJ 1998\4878). La jurisprudencia admite que el daño moral indemnizable puede consistir en un «impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio o incertidumbre» o «el trastorno de ansiedad, impacto emocional [e] incertidumbre consecuente» (por todas, STS 14.7.2006 [RJ 2006\4965]).

¹¹⁷ Entre otros muchos, puede verse Elena VICENTE DOMINGO, *El daño*, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (ed.), *Tratado de responsabilidad civil*, vol. I, 5.ª ed. Cizur menor, Aranzadi Thomson, 2008, p. 346. Véase el apunte muy crítico de Luis Díez-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Madrid, Thomson Civitas, 2008. Para una perspectiva comparada del problema véase Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, *El daño moral*, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coord.), *Derecho Privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 857-881.

¹¹⁸ Véase STS 31.5.2000 (RJ 2000\5089) (que no obstante hacer notar que «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo» no llega a especificar qué nivel de gravedad deben alcanzar esas situaciones para constituir daños morales jurídicamente resarcibles).

o simples molestias» inherentes a la vida familiar y que el potencial demandante debería soportar¹¹⁹.

El otro problema de esta perspectiva es que para llegar a la conclusión de que alguien merece protección en vía extracontractual, se centra tan sólo en el perjuicio alegado por el demandante. Este enfoque es incompleto porque antes de decidir en favor de la responsabilidad del demandado, se deben considerar los intereses opuestos implicados en una determinada situación. Como subraya Koziol, concluir que la infracción de cierto interés generará el deber de resarcir los daños causados implica reconocer una esfera protegida que simultáneamente impone una restricción a la libertad de la parte que podría ser potencialmente responsable¹²⁰. El establecimiento del alcance de protección en vía extracontractual de cierto interés requiere, por ello, sopesar los intereses con los que este interés entra en conflicto ponderando, por un lado, el derecho del demandante a gozar de la máxima protección posible y, por otro, el derecho del agente a gozar de la mayor libertad posible. Por eso el art. 2:102 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL) señala que deben tenerse en cuenta «los intereses del agente, en especial, en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos». Por lo tanto, antes de concluir que la lesión de los derechos reconocidos a una de las partes en virtud de la relación familiar que la une a la otra conduce inexorablemente a la tutela aquiliana de esos intereses, deben sopesarse los intereses opuestos.

En este grupo de casos, los daños consisten principalmente en perjuicios derivados del impacto emocional o psicológico de la conducta del agente, frente a los que hay que ponderar el derecho de éste a tomar decisiones respecto a su propia vida con autonomía y libertad. No es aventurado sugerir que la ponderación del peso relativo de cada uno de estos intereses ya la ha efectuado, razonablemente, el Derecho de familia, a la luz de los principios constitucionales. De ahí que las soluciones centradas en paliar las consecuencias económicas de la ruptura y en garantizar el mantenimiento, siquiera sea temporal, del equilibrio económico entre los esposos,

¹¹⁹ Según ROMERO COLOMA (nota 7) 2451 no procedería compensar cualesquiera «daños morales derivados de lesión a los sentimientos o los afectos», por lo que la autora requiere que «se experimente un dolor intenso, real y profundo» y concluye que los casos «superficiales» deben ser rechazados. Véase también VARGAS ARAVENA (nota 2) 255. NOVALES ALQUÉZAR (nota 4) 215 concluye en cambio que en supuestos de infracción de deberes conyugales ni siquiera es preciso probar el daño «pues su fundamento se encuentra en la afectividad».

¹²⁰ Helmut KOZIOL, *Comentario del artículo 2:102*, en EUROPEAN GROUP ON TORT-LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, p. 68.

sean las más adecuadas porque ponderan de una manera equilibrada los intereses de ambas partes en la relación. Por el contrario, no estaría justificado restringir la autonomía del individuo en el seno de la unidad familiar mediante el recurso a la responsabilidad civil, ya que no puede imputarse responsabilidad a quien ejerce los derechos que la ley y la Constitución le reconocen, como es el caso del derecho al libre desarrollo de su personalidad, en particular en asuntos tan íntimos como la sexualidad, los modos de vida o las propias opciones vitales.

Lógicamente, esto no significa que alguien deba soportar la convivencia cuando no le gustan las decisiones tomadas por su cónyuge. Si lo desea, esa persona podrá pedir el divorcio y rehacer su vida, pero no podrá recurrir a la responsabilidad civil y solicitar una indemnización calificando, por ejemplo, la disforia de sexo padecida por el marido como determinante de un «estado de egocentrismo tal, que [aquél] se olvidó de su vida de familia»¹²¹ o su impotencia *coeundi* como causante de «una violación de la persona humana entendida en su totalidad, en su libertad-dignidad, en su autodeterminación en el matrimonio, en sus expectativas de armónica vida sexual, en sus proyectos de maternidad, en su confianza en una vida conyugal fundada sobre la comunidad, sobre la solidaridad y sobre el pleno desarrollo de las propias potencialidades en el ámbito de esa peculiar formación social que es la familia»¹²².

b) *Relevancia de los deberes legales conyugales*

Los deberes legales conyugales constituyen obligaciones personalísimas incoercibles. Obviamente, esto limita drásticamente el alcance de cualquier norma jurídica en la que pretendan incorporarse. Los remedios previstos por el Derecho de familia, basados en la posibilidad de separarse y aun de divorciarse cuando el otro cónyuge no observa una conducta acorde con lo que se espera de él, no son, por ello, arbitrarios o irracionales. Todo lo contrario, responden de un modo realista a la pregunta de qué instrumentos pueden aplicarse en el entorno familiar y cuáles no. A pesar de ello, parte de la doctrina pretende *complementar* o *corregir* el régimen previsto por las normas de Derecho de familia. La idea básica es que esas normas proporcionan una protección muy limitada porque

¹²¹ VARGAS ARAVENA (nota 2) 232.

¹²² Sentencia de la Corte di Cassazione 10.5.2005, n. 9801 (*Responsabilità civile e previdenza* 2005, 676).

sólo se refieren a algunos tipos de situaciones perjudiciales, que se dan en circunstancias y con requisitos muy concretos¹²³.

Ejemplos paradigmáticos de ello son la pensión compensatoria del artículo 97 CC, que puede reclamar el cónyuge separado judicialmente o divorciado, así como la indemnización prevista para el supuesto de nulidad en favor del cónyuge de buena fe por el artículo 98 CC. En ambos casos, no se incluye la indemnización de perjuicios de naturaleza psicológica, espiritual o moral que le produce la ruptura matrimonial, por lo que la doctrina que aquí se comenta considera que deberían poderse reclamar con base en la regla general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC¹²⁴. Al fin y al cabo, se dice, «los remedios de Derecho de familia y la acción de responsabilidad civil responden a finalidades distintas, y siguen procedimientos distintos con cargas probatorias diferentes: en un caso se trata de terminar la vida conyugal en el otro que le sea reparado un daño que surge a raíz del incumplimiento del deber conyugal»¹²⁵.

Sin embargo, la previsión de que el incumplimiento intencional o gravemente negligente de los deberes conyugales obliga a responder de los daños causados al otro supondría, en la práctica, que lo que no puede conseguirse directamente (v. gr. que el cónyuge sea fiel o leal) puede asegurarse mediante la amenaza de la responsabilidad civil. Y no se diga que esto es perfectamente posible porque, «de hecho, en nuestra legislación procesal se regula con cierta exhaustividad la posibilidad de sancionar el incumplimiento de obligaciones personalísimas no coercibles directamente (art. 709 LEC), sanción que se resuelve finalmente con la indemnización de los daños y perjuicios»¹²⁶. Esta solución es inviable porque nuestro ordenamiento ha optado por limitar la intromisión estatal en los asuntos familiares a la mínima expresión y como consecuencia debe ordenar la tutela aquiliana coherentemente con el principio de proporcionalidad con los intereses que la ley tutela¹²⁷.

¹²³ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 114.

¹²⁴ VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 5. «¿Por qué ha de cerrarse la vía de la respuesta civil al cónyuge que por el motivo que sea, razones religiosas, por no airear los asuntos familiares, por el bien de los hijos, no emplean ni la protección penal ni el divorcio?» (RODRÍGUEZ GUITIÁN [nota 2] 121).

¹²⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 122. Véase también VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 5 y VARGAS ARAVENA (nota 2) 169. Este último autor, en relación con el artículo 42 CC, en materia de promesa de matrimonio, concede que no es posible indemnizar el daño moral derivado del incumplimiento sin causa de la promesa porque lo excluye claramente la ley. Sin embargo, cuestiona que «se rechace la reparación [por daño moral] amparados sólo en la fría letra de la ley [y] olvidar los principios de justicia [...] que deben inspirar a los órganos jurisdiccionales» (81).

¹²⁶ En este sentido, por ejemplo, SAP Cádiz 3.4.2008 (JUR\2008\234675).

¹²⁷ Aparte de que el importe del «equivalente pecuniario de la prestación de hacer», al que se refiere el art. 709.1 LEC, se determina mediante el recurso al «coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas» (art. 711 LEC), algo por completo inadecuado

A estos efectos, la función simbólica de los deberes conyugales, y muy en especial de los deberes de fidelidad y respeto y ayuda mutuos, no ampararía una pretensión de cesación de conductas llevadas a cabo en el marco del ejercicio de la propia libertad personal o sexual. Desde este punto de vista, tampoco cabe la tutela indirecta, mediante la condena a abonar una indemnización, por ejemplo, por el impacto psicológico o emocional del abandono moral o desinterés de un cónyuge por el otro, las decisiones que cualquiera de ellos adopta sobre su vida u orientación sexual, o cualesquiera otras en las que uno de los cónyuges desatiende el proyecto de vida conyugal para llevar a cabo las aspiraciones que hoy se enmarcan en el legítimo ejercicio de la propia libertad en la esfera personal y de los derechos de la personalidad.

Como observa la doctrina alemana, a pesar de que la ley civil mantenga un modelo de convivencia legal –que en Derecho español se expresa mediante concretos deberes legales, mientras que en el alemán se emplea una genérica referencia a la comunidad de vida conyugal (cf. § 1353 BGB)– ese contenido positivo de la relación es tan inexigible jurídicamente *in natura* como lo es por equivalente, toda vez que el Derecho actual de familia actual parte de la base que cualquiera de los cónyuges puede solicitar la disolución del matrimonio sin consideración a la imputabilidad de la ruptura a uno u otro de los cónyuges. En otras palabras, el llamado interés en la continuidad del matrimonio y en el cumplimiento de sus reglas (*Bestandsinteresse*) se ve materialmente constreñido por el cambio de modelo legal de un divorcio-sanción a un divorcio-remedio, que ya no permite dar cobertura a otras consecuencias que no sean las que resulten del juicio de política jurídica reflejado en las normas de Derecho de familia¹²⁸. La protección extracontractual de ese interés supondría, por el contrario, mediante el recurso a remedios complementarios o alternativos a las reglas establecidas por el Derecho de familia, contrariar los postulados en que éste se basa actualmente. Las normas de Derecho de familia son las que dan la medida legalmente aceptada de la protección frente a la pérdida de las ventajas y expectativas basadas en que el matrimonio se mantuviera intacto. Por lo que se refiere a las consecuencias de orden personal o espiritual del incumplimiento de los deberes conyugales o de la ruptura no deseada, la ausencia de protección específica en Derecho de familia obedece así al criterio que ha impuesto la evolución social según la cual la ruptura matrimonial es un asunto

en el tipo de conductas a que nos estamos refiriendo en este apartado y que obliga a concluir que el argumento hace supuesto de la cuestión.

¹²⁸ Joachim GERNHUBER/Dagmar COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 10.ª ed. München, Beck, 2010, p. 134.

interno de los cónyuges, cuyos aspectos personales únicamente a ellos conciernen¹²⁹.

c) *¿Liquidación de daños por ruptura matrimonial?*

El nuevo marco legal del matrimonio en España, tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha supuesto la culminación de un proceso de decenios en la evolución social de este modelo matrimonial. Como explica la Exposición de Motivos de esa Ley, su razón de ser fue «el evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad», que privaba de sentido a las normas establecidas en el Código Civil respecto a las condiciones para acceder al divorcio y que los tribunales de justicia, «sensibles a esta evolución», habrían venido aplicando evitando «la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges» y «la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas». En este nuevo modelo la clave es el «derecho a no seguir casado», que el propio legislador vincula al respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el artículo 10.1 CE: «Se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos»¹³⁰.

Estas claras afirmaciones del legislador, tanto respecto al reforzamiento del principio de libertad *en el matrimonio*, como al reconocimiento de mayor trascendencia a la voluntad de la persona *cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge*, excluyen la viabilidad de un hipotético ajuste de cuentas en el momento de la ruptura, aunque se acredite la infracción durante la convivencia de los deberes conyugales. Es obvio que esta posibilidad es del todo incongruente con la desaparición, desde 1981, del modelo de divorcio-sanción, cuyo último residuo desapareció en 2005 con la supresión de las causas de separación y divorcio¹³¹. Es incoherente

¹²⁹ Véase Thomas RAUSCHER, *Familienrecht*, 2.ª ed., Heidelberg, Müller, 2008, 172 (con indicación de la jurisprudencia predominante del Tribunal Supremo federal alemán [BGH] en esta materia).

¹³⁰ Para una crítica muy dura de los términos usados por el legislador, desde la perspectiva doctrinal que aquí se critica, véase MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (nota 9) 147. Otras aproximaciones doctrinales que inciden en ideas semejantes son la de Luis MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *El Concepto de matrimonio en el derecho civil*, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2008 y la obra colectiva *El Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?* Cizur Menor, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008.

¹³¹ Véase VARGAS ARAVENA (nota 2) 168-169, quien correctamente señala los hitos parlamentarios y legales más significativos en los que se demuestra inequívocamente la voluntad del legislador de terminar con el sistema de divorcio-sanción vigente con anterioridad a 1981.

defender que no se toma en cuenta la imputabilidad de las conductas determinantes de la ruptura conyugal para la determinación de las medidas compensatorias arbitradas por el Derecho de familia y posteriormente abrir la puerta a la imputación de daños vinculados a esas conductas¹³². Esta liquidación de daños comporta, además, reintroducir en los procesos matrimoniales la prueba y el análisis de detalles íntimos de la vida conyugal que en los últimos lustros habían ido quedando al margen de la práctica judicial¹³³. Y llega a extremos francamente risibles cuando se propone *objetivar* la responsabilidad de los cónyuges por esos incumplimientos y apuntar a la posibilidad de establecer un «baremo» de daños producidos durante la convivencia conyugal¹³⁴.

d) *Recapitulación*

Para algunos, la función de los deberes conyugales consiste en permitir sancionar con remedios jurídicos una conducta del cónyuge éticamente reprochable¹³⁵. Sostienen que salvo que se prevea la posibilidad de indemnizar por los daños vinculados a su infracción, tal conducta quedaría hoy impune. Sin embargo, el planteamiento de la cuestión exclusivamente desde la perspectiva del agraviado, ignorando el peso que puedan tener los intereses de la otra parte, encubre lo que no es sino la sanción de un comportamiento moralmente reprochable pero frente al que el Derecho no se pronuncia ni tiene por qué hacerlo. El problema de este enfoque aparece con mucha claridad en ámbitos como la vida sexual o la lealtad en las relaciones íntimas, donde es extremadamente complejo llevar a cabo un juicio de índole moral¹³⁶. No es infrecuente, además, que

¹³² La postura de la doctrina predominante en Alemania es la de admitir la indemnización de daños que se consideran desvinculados del interés en la continuidad del matrimonio y en el cumplimiento de sus reglas, de modo que se podría obtener indemnización de aquel los costes vinculados a la liquidación de la situación matrimonial a la que abocó la ruptura provocada por uno de los cónyuges (*Abwicklungsinteresse*). Por todos, véase GERNHUBER /COESTER-WALTJEN (nota 128) 123. Entre los posibles daños a liquidar se apuntan, con variantes según el autor, los costes del proceso de divorcio, los costes del proceso de impugnación de la paternidad y de reclamación de los alimentos pagados al supuesto hijo matrimonial, los gastos de detectives para obtener la información que dio lugar al proceso de divorcio, o incluso los daños a la salud vinculados a la ruptura y a los hechos que la determinaron. Ninguno de estos conceptos ha sido reconocido en sede de responsabilidad extracontractual por el BGH, que los rechaza acudiendo al mismo razonamiento empleado para rechazar la indemnización de daños por infracción del *Bestandsinteresse*.

¹³³ Véase por ejemplo SAP Jaén 13.7.2004 (VLex 533392159).

¹³⁴ En este sentido, NOVALES ALQUÉZAR (nota 2) 2.014-2.015.

¹³⁵ «Faltar a los deberes personales del matrimonio implica afectar a la dignidad del cónyuge, al respeto incondicional debido a su ser» (NOVALES ALQUÉZAR [nota 4] 211).

¹³⁶ Véase como ejemplo el caso de la SAP Barcelona 28.11.2008 (*La Llei* 4.6.2009, núm. 750, 7-8) en el que el demandante admite que su relación de pareja era «poco conven-

los agravios padecidos por una parte tengan su correlato en otros sufridos por la otra. Y es que llevar a cabo semejante juicio de moralidad es mucho más difícil en una sociedad abierta y plural, que no impone modelos de corrección en las conductas basados en la represión de ámbitos del libre desarrollo de la personalidad o que comporten discriminaciones prohibidas por la ley.

Además, las propuestas doctrinales que criticamos conducen, bajo el manto de indemnizaciones por el daño supuestamente sufrido, a la imposición de sanciones civiles por conductas calificadas como inmorales con base en un juicio de moralidad en ocasiones cuestionables y que a veces resucitan puntos de vista y actitudes propios del nacional-catolicismo dominante en épocas ya lejanas de la España predemocrática. Prueba de este retroceso es el recurso a tipologías y supuestos de hecho concebidos para ser aplicados por el Derecho Penal en esas épocas pretéritas, en las que el interés jurídico protegido no era como es hoy un derecho fundamental de la persona, sino la «moralidad pública» y las «buenas costumbres» ofendidas por conductas descalificadas como inmorales, antinaturales o anómalas. Resulta desconcertante comprobar que, mientras que se reclama, correctamente, la tutela civil frente a la interceptación por parte del cónyuge de comunicaciones reservadas¹³⁷, ni siquiera se discute la validez de la prueba de la infidelidad conyugal obtenida mediante el recurso a detectives, admitiéndose que su coste sea una partida más, a título de daño patrimonial, en el hipotético ajuste de cuentas posterior al divorcio¹³⁸. El punto álgido de este *crescendo* argumentativo es el tratamiento dispensado a la responsabilidad del tercero que «coopera decisivamente» en la consumación de la infidelidad conyugal. Aquí los autores, sin discrepar sobre la cuestión de principio (que el amante del cónyuge adúltero puede ser civilmente responsable frente al cónyuge engañado), divergen en cuanto a si se requiere una «contribución determinante» o una mera «actitud pasiva». Mientras que unos autores consideran que no debe responder el tercero que se excusa afirmando «que fue la cónyuge demandada la que le sedujo a este breve romance»¹³⁹, otros, más intransigentes, condenan al tercero que cooperó al incumplimiento de la fidelidad «aunque sea levísima-

cional» y que se trataba de una «relación abierta», lo que parece indicar que ambos admitían las relaciones sexuales con terceros. Sin embargo, reclamaba una indemnización porque a su modo de ver ese tipo de relación «no implicaba consentimiento para engendrar descendencia de terceros, acompañada de ocultación».

¹³⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 90.

¹³⁸ Rodríguez Guitián (nota 2) 91. Pero véase STS 2.ª 20.6.2003 (RJ 2003\4359), que precisamente condenó al marido por un delito de revelación de secretos, tras haber empleado a un detective para seguir y obtener pruebas de la infidelidad de la mujer.

¹³⁹ VARGAS ARAVENA (nota 2) 283.

mente, al no realizar ninguna diligencia para averiguar si era efectivo que el matrimonio de la mujer se hallaba en crisis o no»¹⁴⁰.

En nuestra opinión, el Derecho de la responsabilidad civil no debería usarse por los tribunales para llevar a cabo juicios acerca de la moralidad de la conducta de las partes implicadas, tratando de compensar así a la «víctima moral» mediante indemnizaciones de daños. En la sociedad actual es cuestionable promover la interferencia del Estado para que tome postura en cuestiones de moralidad sexual, por más que la tradición heredada del Derecho codificado siga conteniendo reglas, como los deberes recíprocos de los cónyuges, sobre cuya eficacia básicamente simbólica no debería albergarse hoy duda alguna¹⁴¹. No obstante, esto es precisamente lo que se consigue cuando, por ejemplo, se da a los deberes legales conyugales una relevancia más allá de la que les atribuyen las normas de Derecho familiar que los proclaman. Y también cuando se prevé la posibilidad de un ajuste de cuentas tras la ruptura, por la infracción de los deberes de los cónyuges durante la convivencia conyugal o incluso por el hecho mismo de la ruptura incontestada y las consecuencias negativas que ésta tiene para uno de los cónyuges¹⁴².

4. DAÑOS EN RELACIONES PATERNO-FILIALES

El enfoque que hemos aplicado a los daños entre cónyuges es en gran parte extensible a los supuestos de daños en relaciones paterno-filiales.

Por supuesto, no rige ningún tipo de inmunidad o privilegio que comporte excluir de entrada la posibilidad de reclamar contra los propios progenitores si los daños sufridos por el hijo les son imputables, tanto con ocasión del ejercicio de sus responsabilidades parentales como si esos daños son resultado del contacto social que

¹⁴⁰ Véase VARGAS ARAVENA (nota 2) 284 y allí más referencias.

¹⁴¹ El propio legislador reconoció, en la Exposición de Motivos de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, *sobre reforma determinados artículos del Código Civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica a la mujer casada*, que las normas sobre derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio, «precisamente por sus acusados presupuestos éticos y sociales», eran «de difícil sanción jurídica».

¹⁴² Véase supra § II.1 e). Resulta ilustrativo recordar que la STS 26.11.1985 (RJ 1985\5901) condenó a un marido que obtuvo de los tribunales eclesíasticos la nulidad canónica de su matrimonio alegando reserva mental a abonar dos millones de pesetas a su ex esposa con base en dos elementos: «la idea lucrativa o de asistencia material» del matrimonio y «el daño no patrimonial que se originó con la frustración de la esperanza de lograr una familia *legítimamente constituida*» (énfasis añadido). Repárese en que a esta sentencia remite la posterior STS 10.3.1992 en la que el Supremo remitió cualquier indemnización de daños morales derivados de la nulidad al recurso *ex art.* 1902 CC y cerraba el paso a hacerlo con base en el art. 98 CC.

es propio de las relaciones entre padres e hijos. Por consiguiente, nada impide en teoría dirigir una acción de responsabilidad en nombre de los hijos menores por los daños causados intencionalmente o por culpa por alguno de sus progenitores.

Cuestión distinta es que este tipo de acciones en la práctica raramente lleguen a plantearse. El ejemplo más habitual es el de las lesiones sufridas por el hijo como consecuencia de la acción u omisión culpable de sus padres. Como también sucede entre cónyuges, durante la convivencia estas acciones no se entablan en el seno de una unidad familiar ya que el perjudicado y el causante de los daños van a compartir, por razón de la convivencia y por el deber legal y moral de los progenitores de velar por sus hijos y atenderles, las consecuencias negativas del evento dañoso. Entablar una acción de responsabilidad sólo implicaría, si se nos permite la expresión, tirar piedras al propio tejado, sin que se alcance a ver qué ventaja adicional podría reportar a la persona interesada¹⁴³.

Las excepciones a esta práctica usual se producen, sin embargo, en dos contextos. El primero se da si existe un seguro de responsabilidad civil que cubra la responsabilidad civil del familiar causante de los daños¹⁴⁴. El segundo contexto hace referencia a daños a los hijos producidos cuando ha cesado la convivencia entre sus progenitores, o si ésta nunca ha llegado a tener lugar, y uno de los progenitores decide ejercer la acción contra el otro en nombre del hijo.

Por otro lado, la especial vulnerabilidad de los menores hace que exista una panoplia muy amplia de medidas pensadas específicamente para su protección¹⁴⁵. Es importante destacar ahora que las funciones asignadas a los progenitores constituyen el título que permite atribuir una posición de garante al progenitor e imputarle así responsabilidad por no haber evitado las lesiones o los abusos perpetrados sobre los hijos menores por el otro progenitor o por un tercero [*infra* § A].

En relación con la protección de los derechos de la personalidad del menor, como también sucedía en el caso de los cónyuges,

¹⁴³ Tan es así que, en la subrogación en la acción de responsabilidad civil derivada del seguro de daños, la propia ley excluye esta posibilidad si el causante del daño es pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad o padre adoptante o hijo adoptivo que convive con el asegurado (cf. art. 43 III LCS). En la línea del texto, véase Fernando SÁNCHEZ CALERO, Comentario del art. 43, en *Comentario a la Ley del Contrato de Seguro* 3ª ed, Pamplona, Aranzadi Thomson, 2005, p. 808 y Anxo TATO PLAZA, *La subrogación del asegurador en la Ley del contrato de seguro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 188.

¹⁴⁴ Sobre este tema véase Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT/Josep SOLÉ, *Children as Victims under Spanish Law*, en M. Martín-Casals/J. Solé (eds.), *Children in Tort Law*, vol. II, Viena, New York, Springer, 2007, pp. 225-250, y allí más referencias.

¹⁴⁵ Véase nota 84 y texto al que corresponde.

serán aplicables los remedios generales previstos por la ley, incluidas las acciones de responsabilidad civil. La particularidad en el caso de los hijos menores de edad radica en que, en el ejercicio adecuado de las funciones que obligatoriamente han de ejercer los progenitores, estos pueden incidir en la esfera protegida de sus hijos menores [*infra* § B]. Por lo demás, en relación con el ejercicio de sus facultades en el plano educativo y en el de administración y gestión de los intereses económicos de los propios hijos, el margen de confianza que el sistema legal dispensa a los padres es muy amplio, sin perjuicio de la posibilidad de arbitrar medidas de protección si por incumplimiento grave o reiterado de los deberes parentales la persona o el patrimonio del menor estuvieran en riesgo [*infra* § E].

Finalmente, en los supuestos estudiados por la doctrina más reciente, relacionados con la procreación del menor [*infra* § C] o referentes a las vicisitudes de la relación paterno filial [*infra* § D], la admisión o el rechazo de acciones de responsabilidad civil depende de la ponderación de los diferentes derechos e intereses en conflicto, tanto del hijo como de sus progenitores, dentro del marco de los principios de política jurídica que han cristalizado en la regulación vigente de la filiación y de conformidad con los principios constitucionales en esta materia.

A) Supuestos tipificados como delito o falta en el Código Penal

En relación con el objeto de este trabajo, los casos más frecuentes de responsabilidad civil de uno o ambos progenitores frente al hijo se enmarcan en la llamada responsabilidad civil derivada de delito o falta, que abarca desde supuestos de lesiones infligidas intencionalmente al propio hijo (art. 147.1 CP) a las secuelas del abandono de un menor de edad, incluso aunque no ponga en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual (cf. art. 229.1 CP en relación con el 229.3 CP).

Sin ningún género de duda, en este tipo de situaciones, la responsabilidad penal y la imputación de los daños de todo orden que sufra el hijo no contrarían los objetivos del Derecho de familia ni sus principios informadores. Más bien al contrario, la imputación de responsabilidad deriva en muchos casos de las funciones adscritas a los progenitores por el Derecho de familia, que los distintos tipos penales refuerzan en este contexto. Esto se hace patente en aquellos casos en que la omisión de uno de los progenitores ha propiciado la situación de grave riesgo, conocido por aquél, de que un tercero o el otro progenitor causara lesiones o abusara del hijo

menor. La jurisprudencia penal ha procedido inequívocamente a imputar al primero la comisión por omisión del crimen cometido sobre la víctima (art. 11 CP). En casos de este tipo, qué duda cabe que los progenitores tienen frente al hijo una posición especial que no sólo moral sino también legalmente requiere que adopten medidas positivas para proteger a sus hijos del daño que pudieran causarles otras personas¹⁴⁶.

Por otro lado, actualmente debe incluirse en este ámbito el ejercicio de la llamada «facultad de corrección», cuando ésta hace referencia eufemísticamente a la justificación y consiguiente exención de responsabilidad del progenitor que ha aplicado a su hijo castigos consistentes en violencia física o psíquica o sanciones humillantes. La mencionada facultad ha dejado de ser causa de justificación de este tipo de conductas, tanto desde el punto de vista penal como del civil¹⁴⁷.

Como es bien sabido, el legislador ha considerado oportuno eliminar del CC la mención a la posibilidad de los padres de corregir «razonable y moderadamente a los hijos». A nuestro juicio, esto no significa que los padres no sigan estando obligados a velar por sus hijos y a educarlos, empleando si es preciso con este fin sanciones y medidas represivas¹⁴⁸. Lo que sucede es que la reforma legal es expresiva de la voluntad del legislador de que educar y velar por los hijos se haga siempre y en toda circunstancia con pleno respeto a su «integridad física y psicológica» (*cf.* art. 154 II in fine CC). Aunque no lo haya dicho explícitamente la nueva redacción del CC, el Derecho español no permite en consecuencia la aplicación de castigos corporales a los hijos en ningún caso, por más que erróneamente alguien pueda pensar que constituyen un instrumento educativo válido y eficaz¹⁴⁹.

Ahora bien, tratándose de lo que alguna autora identifica como «supuestos de correctivos físicos leves, aislados y de escasa

¹⁴⁶ MARTÍN-CASALS/RIBOT/SOLÉ (nota 144) 231 ss.

¹⁴⁷ En este sentido, con anterioridad a la reciente reforma del art. 20.7 CP véase ya FRANCISCO MUÑOZ CONDE/MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, 5.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 346 y GONZALO QUINTERO OLIVARES/FERMÍN MORALES PRATS/J. MIGUEL PRATS CANUT, *Manual de Derecho penal, Parte general*, 2.ª ed., Elcano, Aranzadi, 2000, p. 346. En otro sentido se habían pronunciado JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, vol. II, 6.ª ed. Madrid, Tecnos, 2001, p. 310 y también JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, *Comentario del art. 154*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo III-2, Madrid, Edersa, 1982, p. 128. En la práctica judicial, véase SAP Córdoba 9.3.2004 (La Ley 2004\1365).

¹⁴⁸ En este sentido, ESTHER ALGARRA PRATS, *La corrección de los hijos en el Derecho español*, Aranzadi Civil 5/2010 (BIB 2010\1260).

¹⁴⁹ Véase por ejemplo la SAP Barcelona 16.2.2009, que ha señalado que el derecho de corrección no ampara las lesiones inferidas al hijo de 13 años por un padre que le golpeó con un cinturón por todo el cuerpo, causándole diversas equimosis que tardaron en curar 10 días.

entidad»¹⁵⁰, aplicar sanciones penales, o sus consecuencias accesorias civiles, puede dar lugar a paradojas muy difíciles de resolver. En efecto: el Derecho de familia opera con parámetros como el interés superior del menor a los que somete las relaciones del hijo menor con sus progenitores y con su entorno familiar. Esta perspectiva funcional puede resultar incoherente con las sanciones impuestas por la norma penal, o también con medidas como la responsabilidad civil derivada de delito o falta, cuando se pretenden aplicar en el seno de familias estructuradas y normalizadas. Así ha sucedido, por ejemplo, en casos como el enjuiciado en Andalucía y en el que se condenó a una madre por haber causado lesiones a su hijo al reprenderle por su mal comportamiento¹⁵¹. Las medidas tomadas contra la madre resultaban claramente contraproducentes para el hijo menor¹⁵². En este tipo de situaciones, aunque nada justifica desde luego el maltrato infligido al hijo, es exigible prudencia antes de imponer medidas como órdenes de alejamiento o indemnizaciones de daños en situaciones de familias normalizadas y donde suspender la patria potestad o inhabilitar al progenitor para su ejercicio tampoco resulta adecuado. Aplicar medidas de tipo educativo y social, que propicien una mejor información y más recursos para llevar a buen puerto la crianza de los propios hijos, seguramente es una solución más razonable.

B) Lesión de derechos de la personalidad del hijo

En los supuestos de vulneración de derechos de la personalidad de los hijos menores, como la libertad, la integridad moral, el honor, la intimidad o la propia imagen, los progenitores también podrían ser obligados a indemnizar a sus propios hijos. A menudo, el enjuiciamiento de esta responsabilidad tendrá lugar en el ámbito penal, como consecuencia de la imputación de delitos o faltas de coacciones, amenazas o incluso detención ilegal. Recientemente, un Juzgado de Lleida ha condenado a un año de prisión y cinco de alejamiento a un hombre por instalar una cámara en el baño para grabar a su hija adolescente ante la sospecha de que tenía anorexia. Con la conformidad del propio padre, el juez le condenó a indemnizar con 3.000 euros a la hija y con otros 3.000 a la madre, de

¹⁵⁰ ALGARRA PRATS (nota 148) y allí más referencias.

¹⁵¹ SAP Jaén 22.1.2009 (La Ley, 2009, 18.2.2009).

¹⁵² Lo comenta expresamente RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 268 nota 517, refiriéndose a que finalmente el juzgador propuso el indulto de la pena impuesta a la madre de prohibir aproximarse al hijo, ya que podía producir consecuencias perjudiciales para él y los demás hijos de la acusada que se encontraban a su cargo porque el padre pasaba la mayor parte del tiempo trabajando fuera de la localidad donde vivían. Véanse más referencias en el documentado trabajo de ALGARRA PRATS (nota 148).

quien estaba separado, sin que nos conste el concepto en que se justificó esta segunda indemnización¹⁵³. En este supuesto, tal vez actuando con buena intención pero sin duda extralimitándose en sus facultades, el padre infringió gravemente los derechos de la personalidad de su hija.

En general, en el cumplimiento de su *officium* como titulares ejercientes de la patria potestad los padres pueden desarrollar conductas que, si las llevaran a cabo terceros, constituirían intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad de sus hijos. Desde tomar fotografías a sus hijos recién nacidos, hasta revelar datos médicos y sanitarios de los hijos a profesores y maestros, por poner dos ejemplos entre las docenas de actos de la vida cotidiana vinculados a la crianza y educación de los hijos. Indudablemente, el alcance de las facultades de los padres dependerá de la edad y el grado de madurez de los hijos. Además, la actuación de los padres debe estar justificada y ser proporcionada con relación a los intereses de sus hijos por los que deben velar. Ambos factores son cruciales a la hora de enjuiciar cualquier conflicto en relación con derechos como la libertad del menor, incluida la ambulatoria, las prácticas religiosas, el secreto en las comunicaciones o los derechos a la intimidad o a la propia imagen.

Las indicaciones legales al respecto, no obstante, son pocas y en ocasiones no del todo congruentes entre sí, en la medida en que edades y requisitos para el ejercicio por el menor de sus derechos de la personalidad varían según los contextos, a menudo sin una explicación clara¹⁵⁴. Por lo demás, en la propia legislación se ponen en evidencia límites a las facultades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones en esta materia: el art. 4.3 LO 1/1996, de 15 de enero, del menor, considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen de un menor en los medios de comunicación «que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales» [énfasis añadido]¹⁵⁵. Estas funciones se perciben, por tanto, como un factor de riesgo para el menor cuando en el caso están involucrados medios de comunicación social. Tal vez la explicación de esta solución radique en que, a diferencia de la gestión ordinaria de los bienes o intereses eco-

¹⁵³ *Diario de Noticias La Ley*, 21.5.2009, ref. 5221/2009.

¹⁵⁴ Específicamente sobre el tema véase Alejandra DE LAMA AYMÁ, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. En perspectiva más general, véase Isabel E. LÁZARO GONZÁLEZ (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 2002.

¹⁵⁵ Véase José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «Resarcimiento del daño moral por intromisiones consentidas en el derecho a la propia imagen de menores (en relación al caso Marta del Castillo)», *La Ley*, 11.5.2009, núm. 7.171.

nómicos de los hijos, cuya finalidad es conservarlos y si es posible obtener de ellos un rendimiento razonable, en el caso de los bienes de la personalidad de los menores, los progenitores no están obligados a obtener un lucro para el hijo (ni para la familia) poniendo en el mercado, por ejemplo, su imagen o divulgando datos concernientes a su intimidad. Es incluso cuestionable que lo hagan, por el riesgo de que al hacerlo no perciban dónde está el límite en detrimento de los intereses del menor a más largo plazo. Este dato es el que justificaría el modelo de tutela pública de los intereses de los menores en este ámbito, que deja al margen el juicio que los padres puedan hacer de los intereses de sus hijos¹⁵⁶.

C) Supuestos relacionados con la procreación del hijo

Como ya dejamos apuntado, estos supuestos diversos aluden a daños como el contagio o transmisión hereditaria de enfermedades al hijo y que los padres conocían y no evitaron transmitir¹⁵⁷, o los causados por el descuido de las atenciones médicas o sanitarias que requiere el embarazo o por llevar a cabo actividades de riesgo o desaconsejadas para la salud del feto (v. gr. fumar en exceso, ingerir alcohol o tomar drogas, mantener relaciones sexuales de riesgo, etc.)¹⁵⁸. En ambos casos se trata de hipótesis muy difíciles de resolver, en las que se contraponen derechos de rango fundamental tanto de los progenitores como del hijo. En el primer supuesto porque está en juego saber qué límites puede poner el ordenamiento a la libertad reproductiva de las personas, mientras que en el segundo porque la introducción del deber de indemnizar incidiría indudablemente sobre la libertad de las madres de elegir su propio modo de vida, legitimando incluso intromisiones que desde el punto de vista del derecho a la intimidad pueden resultar excesivas con base en la prevención de un posible daño a la salud del concebido. Más

¹⁵⁶ Como hemos visto que sucede en otros entornos, no obstante, este modelo plantea problemas de delimitación en relación con las facultades legales de los padres. Hasta el punto de que la Fiscalía General del Estado ha tenido que clarificar que «no pudiendo minusvalorarse *generatim* el papel de los padres [...] deberán distinguirse los supuestos en los que éstos tienen privada o suspendida la patria potestad, están imposibilitados para accionar, tienen un conflicto de intereses con los hijos o adoptan una irrazonable actitud de inhibición o pasividad, de aquellos otros supuestos en los que se trata de progenitores en pleno y adecuado ejercicio de las funciones derivadas de la patria potestad». Instrucción FGE 2/2006, de 15 marzo (JUR 2006\94040). Sobre esta Instrucción, véase Mónica NAVARRO MICHEL, *Los derechos de la intimidad y propia imagen del menor de edad. Algunos supuestos conflictivos*, RDP 2/2009, 47-74.

¹⁵⁷ M.^a Luisa ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural* en VERDA Y BEAMONTE (nota 4) pp. 41-74. Véase también RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 308.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 296-8.

aún que en otros supuestos, el recurso a la responsabilidad civil en este grupo de casos no es una consecuencia automática derivada de la delimitación como derecho fundamental de cierto interés (en este caso del hijo), ni depende del levantamiento de una supuesta inmunidad familiar, sino de la previa ponderación entre derechos fundamentales concurrentes, que en último término comporta la limitación de uno en detrimento del otro.

En este sentido, respecto al primer grupo de casos, la doctrina contrapone correctamente el interés del hijo a una vida sana con la libertad de los progenitores de procrear, protegida por el art. 18 en relación al art. 10 CE. La conclusión a la que se llega, sin embargo, es que si bien «cada persona es libre para decidir si concibe o no, [...] si lo hace y después se verifica el daño, debe asumir su costo, y no sólo prestando la asistencia que como progenitor corresponde sino también indemnizándolo»¹⁵⁹. No obstante, este mismo sector de la doctrina concluye que, como que la única alternativa al nacimiento con la enfermedad heredada de los padres es no nacer, la acción de responsabilidad civil frente a los progenitores sería inviable por falta de daño y de relación de causalidad¹⁶⁰.

Esta argumentación parece extraída, al menos parcialmente, de las polémicas en torno a la llamada «wrongful life» –ultimamente traducida con el inapropiado anglicismo crudo de «vida injusta»– aunque nada tiene que ver con ese supuesto que, como es sabido, parte de la negligencia médica que consiste en no detectar la existencia de una malformación del feto o no informar sobre ella cuando era de tal gravedad que hubiera permitido a la madre decidir sobre la posibilidad de someterse a un aborto¹⁶¹. La doctrina que propugna la indemnizabilidad del contagio o transmisión hereditaria de enfermedades al hijo mediante la procreación de los padres cuando éstos las conocían no parece partir de la idea de que los padres incurrieran en culpa o que aquí la actividad reproductiva fuera ilícita, criterios con los que debe estarse de acuerdo. No obstante, al señalar que cada persona es libre para decidir si concibe o no y que, si lo hace y después se verifica el daño, debe indemnizar-

¹⁵⁹ ATIENZA NAVARRO (nota 157) 61.

¹⁶⁰ Partiendo de la falta de responsabilidad, RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 308-9 concluye que los progenitores estarían *moralmente obligados* a ordenar medidas de apoyo a favor de sus hijos, como la dotación de un patrimonio protegido o una figura similar [énfasis añadido].

¹⁶¹ Sobre la materia, véase en nuestro Derecho, Andrea MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales: (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, p. 530 y ss, Miquel MARTÍN-CASALS/Josep SOLÉ FELIU, *Comentario a la STS, de 18 de mayo de 2006*, CCJC 73 (2007), p. 517-542. Desde una perspectiva comparada, véase recientemente Albert RUDA GONZÁLEZ, «I Didn't Ask to Be Born»: *Wrongful Life from a Comparative Perspective*, (2010) 1 Journal of European Tort Law, pp. 204-241.

lo, vendría a considerar la actividad reproductiva, cuando existen tales enfermedades, como una actividad peligrosa pero permitida que, como en el caso de las lesiones corporales resultantes de la conducción de vehículos de motor, conllevaría la responsabilidad objetiva de quien lleva a cabo la actividad en caso de materializarse el riesgo contemplado. Esta posición no resulta viable por muchas razones, pero no sólo por una discutible falta de daño o de relación de causalidad, sino porque en nuestro ordenamiento jurídico los supuestos de responsabilidad objetiva están tasados y por ello quien los establece es el legislador. En ningún caso los puede establecer el juez, por mucho que llegue a encontrarse ante un tipo de riesgo ya sujeto a responsabilidad objetiva que sea más susceptible de analogía que el que señalábamos.

El encuadramiento del segundo supuesto en nuestro Derecho pasa por comentar los arts. 157 y 158 CP, que tipifican el delito de lesiones causadas al feto y que cuando se refieren a la mujer embarazada limitan la responsabilidad penal al tipo doloso. En consecuencia, mientras que en el supuesto de dolo, aun eventual, la mujer embarazada responde penalmente, y por consiguiente también civilmente, en los supuestos de lesiones imprudentes, aun mediando culpa grave, estaría exenta de responsabilidad penal. ¿Cabe colegir que también de responsabilidad civil? La doctrina que aquí se comenta concluye que serán las circunstancias del caso las que determinarán si la madre debe responder frente al hijo por una conducta realizada durante el embarazo y que perjudicó seriamente la salud de este último. Se señala, de todos modos, que sería preciso que se tratase de un daño de cierta entidad o gravedad, que estuviese causalmente vinculado a las acciones u omisiones de la madre y que, aun no siendo éstas anti-jurídicas, a aquélla le fuese exigible comportarse de otro modo no sólo moralmente sino también jurídicamente¹⁶². En nuestra opinión, en cambio, la despenalización del supuesto negligente constituiría el resultado de un complejo dilema legal en el que se han ponderado los derechos de la madre frente a la protección jurídica del *nasciturus*. La falta de punición respondería a la idea de que deben prevalecer los derechos de la madre a la intimidad y al ejercicio de su autonomía y libertad durante el embarazo. Esta conclusión no sólo sería aplicable a la responsabilidad penal sino que debería extenderse a la civil, en relación con posibles acciones entabladas por el representante legal del hijo o por éste al llegar a la mayoría de edad.

¹⁶² ATIENZA NAVARRO (nota 157) 52 ss.

D) Daños vinculados a las vicisitudes de la relación paterno-filial

El primer supuesto incluido en este grupo se refiere a los posibles daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial. La doctrina concreta esos daños haciendo referencia, en primer lugar, al daño moral vinculado al supuesto «derecho a tener una identidad coherente con su origen biológico». Por otra parte, la conducta del demandado también podría haber ocasionado al hijo un daño patrimonial consistente en la pérdida de la oportunidad de haber tenido un nivel de vida superior, pues de haberle reconocido hubiese tenido que proporcionarle los recursos económicos para gozar de una posición social y económica mejor de la que tuvo conviviendo con su madre¹⁶³.

En el segundo supuesto, se plantea la situación en que, a pesar de haber reconocido al hijo extramatrimonial, o haberse impuesto forzosamente al progenitor la filiación a través de las acciones judiciales correspondientes, el hijo sufre por la carencia afectiva vinculada a la ausencia de trato familiar del progenitor o de su entorno familiar, en comparación con las atenciones y cuidados recibidos por sus hermanos nacidos en el matrimonio de su progenitor.

No resulta fácil admitir que siendo el reconocimiento un acto voluntario pueda imputarse responsabilidad civil a quien, por la razón que sea, no reconoce la paternidad no matrimonial y ejercita sus derechos de defensa en el marco del procedimiento contradictorio arbitrado por la ley para la determinación de esa paternidad. Debe subrayarse asimismo que el Derecho de familia establece consecuencias para la oposición a la determinación de la filiación, en particular la exclusión de la patria potestad y demás funciones tuitivas y la privación de cualquier derecho legal respecto del hijo o de sus descendientes, sin perjuicio del deber del padre de velar por los hijos y prestarles alimentos (cf. art. 111 I 2.º CC). Tomando este punto de vista, la delimitación de los casos en que se da «la contumacia del padre en el reconocimiento de su hijo» de la que habla la doctrina¹⁶⁴ presupone explorar los supuestos en que puede hablarse de un ejercicio abusivo de los derechos de defensa frente a una reclamación de paternidad extramatrimonial fundada en un principio de prueba suficiente y que el simple recurso a las pruebas biológicas desvanecería.

Respecto al segundo supuesto, estamos de acuerdo en que carece de protección extracontractual el interés del hijo a ser querido por el progenitor que tuvo que reconocerle o a quien

¹⁶³ PIZARRO WILSON (nota 36) 103.

¹⁶⁴ PIZARRO WILSON (nota 36) 104.

reclamó la paternidad, sin que este elemento del supuesto de hecho de la responsabilidad civil resulte alterado porque, en el caso concreto, ello incidiera de modo grave en la integridad psíquica del hijo¹⁶⁵.

En ambos casos, por lo demás, creemos que se corre el riesgo de perpetuación, a través del reconocimiento de acciones indemnizatorias, de estereotipos sociales propios de contextos históricos hoy superados. Al compensar la «ilegitimidad» como daño extracontractual, eso supone asumir que esa situación es un «mal» que debe ser corregido y, como que esto no es posible sin la colaboración del padre y de su entorno familiar, se ordena repararlo en la medida en que puede hacerlo el dinero. Se perpetúa así la estigmatización del nacido fuera de matrimonio, lo que supone introducir un obstáculo en el proceso de normalización de situaciones que hoy sólo pueden calificarse de anómalas en contextos sociales muy minoritarios.

Finalmente, en cuanto al daño vinculado al hecho de hacer creer *al hijo* que su padre es el marido de su madre, a sabiendas de que no lo es¹⁶⁶, tal posibilidad comporta inevitablemente plantear otra vez el conflicto entre la autonomía de la madre, en este caso en relación con el hecho de ocultar la verdadera paternidad del hijo, y los intereses del hijo. De hecho, en este caso la respuesta es aún más compleja, ya que al hijo puede interesarle la impugnación de la paternidad matrimonial y la reclamación de la paternidad no matrimonial, o puede que no sea de su interés que tales acciones se entablen. Queda abierto, por tanto, el interrogante acerca de cuándo actúa la madre en interés del hijo: cuando no revela la falsa paternidad o cuando lo hace y precipita la impugnación. Si se parte de la base que el ejercicio de tal acción genera un daño resarcible en el hijo, lo coherente no es postular que pueda reclamarse una indemnización por este concepto sino proponer *de lege ferenda* que la impugnación no prospere a iniciativa de la madre, porque ello resulta contrario al interés del hijo¹⁶⁷. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico español se encamina desde hace ya tiempo hacia la prevalencia casi absoluta del principio de veracidad biológica y, con el

¹⁶⁵ Véase en este sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 156, quien correctamente subraya que «parece claro que en principio un hijo carece de derecho para reclamar una indemnización al progenitor por el desamor, la carencia afectiva o la falta de apoyo espiritual del padre», pero en un ejemplo de confusión entre el daño-evento y el daño-consecuencia concluye que sí respondería si el demandante llegara a probar que tal carencia «ha llegado a afectar, de modo grave, a la integridad psíquica del hijo».

¹⁶⁶ Entre muchos otros, VARGAS ARAVENA (nota 2) 39 y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (nota 4) 157.

¹⁶⁷ Para esta opción véase § 1600a (4) BGB.

fuerte apoyo de la propia Constitución (art. 39.1 y 2 CE), primero el legislador y después el Tribunal Constitucional¹⁶⁸, han arrumbado con las limitaciones legales tradicionales, impuestas en aras de una «paz familiar» basada en gran parte en convenciones sociales hoy superadas¹⁶⁹. Por eso, creemos que sería un contrasentido que se admitieran demandas del propio hijo contra la madre y su verdadero progenitor por la «pérdida» de su supuesto padre siendo así que la ley concede legitimación a ambos para impugnar la filiación, a la madre actuando como representante legal del hijo (art. 765.1 LEC), así como al verdadero progenitor que reclama su paternidad actuando en su propio nombre (art. 134 CC).

A propósito de este grupo de casos, pero en relación con la pretensión del supuesto padre, el criterio que empieza a consolidarse en la jurisprudencia menor¹⁷⁰ nos parece artificioso. En efecto: la distinción entre el daño vinculado a la infidelidad, que sería irresarcible, y el derivado de la ocultación dolosa del carácter no matrimonial del hijo, que sí sería resarcible, se basa en una incoherencia interna evidente. Ser infiel no genera daño resarcible, pero ocultar la infidelidad sí, siempre y cuando de la misma puede haber nacido un hijo. Por ello, en realidad, el único fundamento al que puede vincularse una pretensión de este tipo es la infracción del deber conyugal de fidelidad, lo cual resulta incongruente, como estimó razonablemente el Tribunal Supremo, con el efecto que tienen los deberes conyugales en Derecho español¹⁷¹. Por lo demás, creemos que el mismo razonamiento vale para un concepto amplio de deslealtad o abuso de confianza que podría incluso ser aplicado en parejas no casadas y en relación con el compañero sentimental o conviviente que reconoció al hijo tenido por común¹⁷².

¹⁶⁸ SSTC 237/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero.

¹⁶⁹ Véase por todos la completa información que proporciona José Ramón GARCÍA VICENTE, *La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas*, Derecho privado y Constitución 20 (2006), pp. 203-254.

¹⁷⁰ Véase *supra* § III.1).

¹⁷¹ En un recurso de amparo contra la STS 30.7.1999, el demandante alegó incongruencia contraria al art. 24.1 CE y sostuvo que el daño moral reclamado y que se le denegó era «algo ajeno al matrimonio» y consecuencia «de la ocultación al actor del hecho que los hijos no son suyos». Mediante Auto 140/2001, de 4 de junio, el Tribunal Constitucional estimó, por el contrario, que el recurrente había obtenido de los órganos jurisdiccionales una respuesta congruente (aunque fuera desestimatoria) motivada y fundada en Derecho. El TC aprovechó también la ocasión para recordar que no era posible imponer una interpretación distinta a la defendida por el TS, «con base en una pretendida irradiación máxima de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad ordinaria».

¹⁷² Véase sin embargo ÁLVAREZ OLALLA (nota 47) 5 (quien invoca la idea de abuso de confianza, doloso o culposo) y también, más ambiguamente, LÓPEZ DE LA CRUZ (nota 3) 30.

E) Daños en relación con el ejercicio de la patria potestad

Los tipos de situaciones relacionadas con el ejercicio de la patria potestad y de las que hipotéticamente podría surgir una pretensión de resarcimiento de daños dirigida por el hijo contra sus progenitores son muy variadas.

En cuanto a los daños sufridos como consecuencia del negligente cumplimiento del deber de velar por los hijos que da lugar a accidentes en casa o durante su actividad cotidiana, en teoría las acciones de responsabilidad civil son factibles pero hay que constatar de nuevo que difícilmente se planteará una pretensión de este tipo si no existe el estímulo de un seguro de responsabilidad civil que permita allegar recursos para sufragar los daños producidos en el accidente.

En relación con la posible responsabilidad de los padres por incumplimiento de sus obligaciones legales de administración del patrimonio de sus hijos menores, el único matiz, sobre el que ya ha llamado suficientemente la atención la doctrina¹⁷³, es que el estándar de diligencia expresamente aplicado por la ley es distinto al general del artículo 1104 CC. Conforme al artículo 154 I CC, «los padres administrarán los bienes de los hijos *con la misma diligencia que los suyos propios*», lo cual se interpreta como una rebaja en el nivel de exigencia vinculada al dato familiar. Esta solución viene acompañada de una limitación de los supuestos en que aplicando tal criterio de diligencia, los progenitores responden frente al hijo. Según el artículo 168 II CC, «en caso de pérdida o deterioro de los bienes *por dolo o culpa grave*, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos».

Más allá de esta responsabilidad expresamente delimitada en el ámbito patrimonial, nuestros textos legales se basan en el criterio general de que el ejercicio de la patria potestad debe acometerse siempre en interés del menor atribuyendo a los progenitores, como no podía ser de otra manera (*cf.* art. 29 CE), una amplia autonomía en cuanto a las decisiones relativas a la crianza y educación de sus hijos. Como consecuencia, si no procede la adopción de medidas de protección, el espacio para acciones de responsabilidad civil es muy limitado por no decir inexistente. Además, aunque en teoría no cabe descartar una posible acción de responsabilidad, también será muy difícil concluir que existe la relación de causalidad entre el daño alegado y la conducta de los progenitores, dados los múltiples factores que inciden en la formación de la personalidad durante la minoría de edad. De hecho, las dudas que suscita la responsabilidad civil en estos casos explican por qué la doctrina que aquí se critica prefiriere pronunciarse en estos casos a favor de soluciones

¹⁷³ Véase FERRER RIBA (nota 5) 1859-1861.

que eviten el hipotético ajuste de cuentas entre padres e hijos por «mala gestión educativa»¹⁷⁴.

Por otra parte, los escenarios familiares caracterizados por la relación fría y carente de diálogo y empatía para con los propios hijos¹⁷⁵, o incluso los supuestos de ausencia de relación con el hijo tras la separación de los progenitores, plantean como principal problema el hecho de que la ley no obliga al progenitor a proporcionar al hijo apoyo emocional, ni el hijo tiene, como ya se ha señalado en otro contexto, el derecho a ser querido por sus progenitores. Tratándose de prestaciones personalísimas frente a las que el Derecho poco o nada puede hacer, únicamente cabe apuntar que, en casos muy extremos, en los que además se desatiendan gravemente los deberes que la ley sí impone a favor de los hijos (v. gr. proporcionarle los recursos para satisfacer sus necesidades y llevar una vida digna, tenerlo consigo y facilitarle los medios para acceder a la educación, etc.), el remedio adecuado será la privación de la patria potestad y favorecer, si es posible, la adopción del menor. Evidentemente, éste también puede ser el desenlace en supuestos graves de dejación de sus deberes por un progenitor tras la separación o el divorcio. En cambio, el enfoque es totalmente distinto si el progenitor manifiesta interés en mantener las relaciones personales con su hijo y en ejercer la patria potestad y las funciones de guarda que le corresponden y el otro progenitor, o un tercero, llevan a cabo actos o conductas dirigidos a obstruir injustificadamente esa posibilidad. En tal caso, como apuntó también la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, sería posible reclamar por los daños sufridos por el hijo al haber perdido la oportunidad de desarrollar una relación familiar con cualquiera de sus progenitores.

V. CONCLUSIONES

Un paso adelante, dos atrás. El título de este trabajo trata de reflejar la perplejidad que suscita la doctrina predominante en España entorno a la interacción entre el Derecho de la responsabilidad civil y la regulación jurídica de las relaciones familiares. Es cierto que, en ocasiones, la doctrina que promueve la expansión de

¹⁷⁴ Véase RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 254-5 (quien llega a señalar, algo ingenuamente, que «el juez puede cumplir una misión de colaboración y asistencia a la educación de los hijos y adoptar las medidas oportunas para corregir los defectos en el ejercicio paterno del deber de educar»).

¹⁷⁵ Véase RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 265.

la responsabilidad civil tiene la virtud de volver a fijar la atención sobre situaciones intolerables en el ámbito conyugal o en las relaciones paterno-filiales. Situaciones que nuestro Derecho sanciona en varios planos –penal, civil, familiar– y que trata de corregir y evitar. Sin embargo, creemos haber demostrado con suficiente claridad que también supone un retroceso en muchos otros puntos.

Existe, en primer lugar, el peligro de dar dos –o más– pasos atrás y de reencontrarnos con un marco jurídico-familiar que considerábamos definitivamente enterrado. Este retroceso es patente en la interferencia del Derecho de daños en el ámbito regulador de la crisis conyugal. Al menos en parte, también lo es en algunas de las hipótesis propuestas por la doctrina que inciden sobre el estatuto de la filiación y sobre las consecuencias de la determinación de la verdad biológica. Finalmente, gran parte de los otros supuestos de hipotéticas reclamaciones de hijos frente a sus padres plantean, asimismo, tales problemas de delimitación de los intereses en conflicto que hacen inimaginable que lleguen a plantearse.

En segundo lugar, el problema radica en que no es posible tratar todos los casos bajo el prisma reduccionista de que todo perjuicio ligado a la existencia de un vínculo conyugal o familiar comporta un daño indemnizable. Por un lado, porque la aplicación indiscriminada del Derecho de la responsabilidad civil subvierte algunos de los principios fundamentales articulados en el Derecho de familia contemporáneo y en su desarrollo jurisprudencial. Los delicados equilibrios que en esta materia han tardado lustros en configurarse corren peligro de destruirse con la entrada, como elefante en cacharrería, de remedios indemnizatorios muy escasamente perfilados. Por otro lado, en muchos casos se hace evidente que se ha alcanzado el límite de las posibilidades del Derecho. Tal es el caso de la protección de las expectativas de orden personal de los cónyuges dentro del matrimonio (v. gr. fidelidad, apoyo mutuo, respeto) o de aquello que los hijos pueden esperar de sus progenitores respecto al trato que les deben dispensar (v. gr. ser criados y educados con cariño y respeto a su personalidad).

En resumen, aun en los ordenamientos jurídicos que parten de una cláusula general de responsabilidad deben analizarse y sopesarse los intereses en juego para no convertir las reclamaciones indemnizatorias en una intolerable cortapisa a las libertades individuales o en una tenebrosa máquina del tiempo que nos devuelva a un marco de relaciones familiares opresivas de las que el moderno Derecho de familia ya nos había liberado.