

CUNEF

COLEGIO UNIVERSITARIO DE
ESTUDIOS FINANCIEROS

LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS MORALES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITA

TRABAJO FIN DE MÁSTER MUAPA

Alumna: Ana Iglesias Martínez

Tutor: Prof. Dr. D. Carlos Cuadrado Pérez

Curso académico: 2018/2019

Fecha de entrega: Febrero 2019

TEMA: LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS MORALES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITA

ÍNDICE DE CONTENIDO

1.INTRODUCCIÓN.....	4
2. OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN.....	8
3. LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.....	9
3.1. El concepto jurídico del régimen de relaciones paterno filiales.....	9
3.2. Distinción terminológica entre el derecho de visita y el derecho a relaciones personales.....	10
3.3. La naturaleza jurídica y origen del derecho a las relaciones personales con los hijos.....	10
3.4. Modalidades de sistemas de comunicación entre los padres no custodios y los menores.....	12
3.5. Diferentes modalidades de incumplimiento.....	13
4. MEDIDAS JURÍDICAS MANIFIESTAS EN EL ORDENAMIENTO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PATERNO-FILIALES	17
4.1. Los cambios derivados tras la reforma del CC del 2015.....	19
4.2. La existencia de un principio tradicional de inmunidad por daños entre familiares.....	20
5. RESPONSABILIDAD CIVIL.....	22
5.1. Análisis de los requisitos de la responsabilidad civil.....	22

5.2. La prescripción de la acción de daños.....	23
5.3. La indemnización del daño moral en las relaciones familiares emanada del incumplimiento del régimen de visita.....	25
6. ESTUDIO DE LA STS DE 30 DE JUNIO DE 2009.....	27
6.1. Hechos.....	27
6.2. Fundamentos Jurídicos.....	28
6.3. Conclusión.....	29
7. EL CONCEPTO DEL “SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL”.....	30
8. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	32
9. CONCLUSIONES.....	35
BIBLIOGRAFÍA.....	38
ANEXOS.....	42

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como podemos apreciar hoy en día, es muy común que, tras una crisis matrimonial, sean los hijos, como parte más frágil o vulnerable, los individuos a arropar, en tanto en cuanto como consecuencia de dicha situación sean éstos los más tendentes a soportar los impactos negativos que seguidamente puedan desembocar en perturbaciones o daños, así como en trastornos y menoscabos personales. El simple hecho de no ser los actores directos y principales de dicho escenario, que ni han ocasionado ni tampoco controlan, no les exime de afrontar tal acontecimiento en lo que a sus secuelas se refiere.

Lo más habitual es que el régimen de comunicación paterno filial –en el que nos vamos a centrar a lo largo de este trabajo- se dé primordialmente en los casos de divorcio, aunque también se presenta en los supuestos de separación e, incluso, se da entre parejas que no hayan contraído matrimonio nunca. Cuando se produzca un divorcio o una separación, y siempre y cuando sea de mutuo acuerdo, los progenitores realizarán un convenio regulador, en el cual concertarán el ejercicio de la patria potestad, así como el régimen de comunicación del no custodio, entre otros asuntos, y el Juez debe verificar si se ajusta al interés del menor. Por otro lado, en el caso de estar disconformes los progenitores y decidir solventarlo mediante un procedimiento contencioso, el Juez fijará las medidas que estime más convenientes respecto al ejercicio de la custodia, así como al régimen de comunicación paterno-filial.¹

En efecto, la ley otorga al cónyuge no custodio el derecho de visita, el cual recoge la posibilidad de que los progenitores se comuniquen, mantengan una relación afectiva y estén en compañía de sus hijos menores de edad. De este modo, el derecho de visita trata de garantizar el contacto continuo entre padres e hijos, promoviendo mediante tal derecho el mutuo desarrollo emocional, afectivo y físico, así como el afianzamiento de la relación paterno-filial.² Tal y como podemos deducir, su propósito sería el estímulo y la protección de las relaciones personales, siendo así la prioridad el interés superior del menor. En otras palabras, dicha comunicación con el menor, a la que venimos refiriéndonos, se ha de favorecer y debe consolidarse, puesto que tal unión constituye ya no solo un derecho, sino que, a su vez, también representa un factor coadyuvante al crecimiento y desarrollo personal del menor en cuestión, que ha de llevarse con la mayor normalidad y naturalidad posible.

¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. (Coordinador), (2011), Manual de Derecho Civil, *Derecho de Familia*. Segunda Edición, BERCAL, S.A.:97-110.

² MARIN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: (2006), “Aplicación del Derecho de Daños al incumplimiento del régimen de visitas”, Daños del Derecho de Familia, De Verda y Beamonte (Coordinador). Pamplona: Aranzadi, 179 ss.

En definitiva, la intención de este derecho es promover el vínculo entre aquellos progenitores que no gocen de la guarda y custodia y sus hijos, para que no se vean interrumpidas las necesidades de afecto, así como la atención y el aprecio hacia ambos padres, quienes deben disfrutar del contacto con sus hijos en paridad y con las mismas oportunidades, sin riesgo de que puedan surgir desavenencias o desigualdades por cuestiones de filiación. Por otro lado, resulta necesario destacar que a pesar de que la guarda y custodia sea ejercida en exclusiva únicamente por uno de los progenitores (actualmente, desde un punto de vista estadístico, todavía se suele adjudicar dicho derecho a la madre, aunque siempre ateniéndose a las circunstancias y el contexto concreto de cada caso), el otro progenitor, es decir, el no custodio, preservaría la titularidad de la patria potestad con todos los efectos y consecuencias que ello conlleva.

Respecto a su naturaleza jurídica³, es preciso señalar que nos encontramos ante un derecho-deber, propio de los progenitores de cara a sus hijos, que resulta indispensable para el libre desarrollo de la personalidad e identidad de los últimos mencionados, según comprenden los artículos 39.3 CE, 94, 154 y 160 CC.

Concretamente, en virtud del artículo 39.3 CE 1978, los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad esencialmente. Por otro lado, el artículo 154 CC tiende a desarrollar el contenido del artículo 39.3 CE, en tanto en cuanto enuncia y detalla los deberes paterno-filiales. Por consiguiente, a pesar de que no venga manifiestamente expresado en el artículo 154 CC, puede deducirse que el deber de los progenitores de mantener el contacto e interactuar con sus hijos, en el supuesto de no ostentar el ejercicio de la patria potestad, es efectivamente un deber paterno-filial. Podría reconocerse, al menos, como un medio o mecanismo útil para que el progenitor pueda cumplir los deberes paterno-filiales referidos en el artículo 154 CC, como lo serían el deber de educar o el de velar por ellos, entre otros tantos.

Justamente de este modo lo ilustra el artículo 160 CC, como un deber paterno-filial. Tal disposición se halla en la reglamentación de las relaciones paterno-filiales, que, con precedencia a la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, hacía alusión al derecho de visita del progenitor.

Actualmente, aparentemente existe una alteración de dicho panorama, haciendo referencia al derecho de los hijos⁴, tal y como viene estipulado en su apartado primero, en virtud del cual: *“Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor”*. A continuación, el legislador agrega en este mismo apartado que: *“Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4”*.

³ MARIN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: *Aplicación del Derecho de Daños*, cit. p.180 y 181.

⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., (2011), Comentario del art.160 CC de *“Código Civil comentado”*, vol. 1, 2ª edición, Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 814 ss.

Más adelante, y en adición a lo recientemente mencionado, el segundo apartado dispone: *“No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.”*

En contraste con el contenido del precepto transcrito, el artículo 94 CC, que también forma parte de las normas que regulan los asuntos acerca de los conflictos matrimoniales, centra su atención en el derecho del progenitor visitante: *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.*

El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.”

Tras este somero análisis, cabe inferir que el legislador no pretendía establecer ninguna modificación, por lo que resultaría oportuno cuestionarse si la intención de este mismo ha sido, precisamente, la de asentar una doble naturaleza jurídica de dicha figura; tal y como supondría configurarlo, por un lado, como un deber y obligación del progenitor, y, por otra, como un derecho tanto del hijo como del progenitor mismo.

Con todo ello, creemos conveniente resaltar que nos hallamos ante un derecho subjetivo familiar, en tanto en cuanto está el derecho de las dos partes, menor y familiar, de interactuar, conectar, afiliarse y completarse.

Así pues, el derecho de visita, como ya se ha mencionado con anterioridad, se debe reconocer como un derecho del progenitor, si bien, asimismo, como un deber⁵ del mismo de cara a los menores. De este modo, sería el progenitor custodio el responsable de proporcionar facilidades, así como de colaborar activamente siempre, con el fin de que aquel otro progenitor no custodio se vea favorecido y obtenga los recursos apropiados para ver a sus hijos, comunicarse con ellos y vivir una vida plena, normal y corriente. Dicho esto, se englobaría en un régimen de visitas concreto, acordado de forma previa y aprobado mediante la oportuna resolución judicial –siempre y cuando los conflictos matrimoniales se hubieran solventado o zanjado de mutuo acuerdo-, o bien impuesto a través de la pertinente Sentencia de separación o divorcio en los procedimientos contenciosos, en los que no hubiere posibilidad de negociación o acuerdo entre ambas partes.

Tras haber escrutado la ordenación sistemática de esta figura jurídica, vemos imprescindible recalcar y evidenciar los motivos y razones que sustentan, en estos tiempos, su configuración como un derecho del hijo, y, consecuentemente, como un compromiso y deber del progenitor.

⁵ CALZADILLA MEDINA, M. A., Comentario del art.94 CC, “Código Civil comentado”, cit. p. 528.

Una vez abordado este aspecto, a continuación, entramos a valorar el hecho de que dicho derecho-deber que corresponde al progenitor no custodio, recae a su misma vez sobre el menor, tal y como viene reconocido en el antedicho artículo 160 CC, en virtud del cual se otorga un destacable respeto y acato a la protección y resguardo de su interés superior.⁶ Este último concepto abarca la suma de varios y diferentes componentes que se fijan en las condiciones personales de los padres, acorde a las necesidades afectivas del menor, con el objetivo único de lograr o alcanzar su mayor equilibrio y estabilidad. A estos efectos, tal y como presenta el artículo 92.2 CC, la voluntad del menor se tendría en cuenta en aquellos supuestos en los que se le considerase con juicio suficiente y así lo estimase el Juez.

En este orden de cosas, sostenemos que resulta relevante citar y estudiar las modificaciones implantadas por el legislador, pues es quien pone de relieve que esta institución ha sido concebida como un derecho del hijo frente al deber de visita del padre. De este modo, el artículo 160 CC ha implicado un vuelco, en el sentido de que entraña un cambio de perspectiva⁷, puesto que inicialmente la idea era satisfacer la ejecución efectiva del derecho de los padres a relacionarse e interactuar con los hijos, mientras que, tras su reforma en el año 2015, se sitúa a los hijos en el centro del escenario, convirtiéndose ellos en los titulares del derecho a comunicarse y tratar con sus progenitores, tal y como propone el principio *favor filii*, que tiene fijado como objetivo salvaguardar y garantizar la mayor armonía y solidez anímica del menor.

Por tanto, se puede colegir que este último será el protagonista principal, y esto se realizará con el hecho de que supone un derecho inherente, personal y particular del menor, que le permite permanecer vinculado y conectado con sus progenitores o con otros parientes o allegados⁸, para proteger dicha conexión, unión o lazo afectivo, fomentando así su pleno progreso y crecimiento personal.

Cabe resaltar, asimismo, la medida insertada en el seno del mismo artículo del que venimos hablando, que sería la inclusión de los hermanos en el marco de los sujetos familiares con los que el menor tiene derecho a interactuar.

Por ende, y para concluir, en el presente trabajo nos dispondremos a llevar a cabo el estudio y análisis detallado de las medidas jurídicas empleadas y previstas en el ordenamiento ante los múltiples supuestos de incumplimiento del derecho-deber de visita, tomando como guía la manifestación y el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de junio de 2009.⁹

⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: (2001), “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, Revista de Derecho de Daños, Daños en las relaciones de familia, número 2, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires: 296 ss.

⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), (2016), *Las Modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia:Tirant lo Blanch, 436, Comentario del art.160 de DÍEZ GARCÍA, H.

⁸ DÍEZ GARCÍA, H., *Las Modificaciones al Código Civil del año 2015*, Comentario del art.160 cit. p.443 y ss. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director).

⁹ STS 30.6.2009 (RJ 2009, 5490).

2. OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN

Es evidente que las diversas modalidades de incumplimiento del régimen de parentesco entre padres e hijos por parte de cualquiera de los dos progenitores ocasionan o suscitan un dilema, que resulta susceptible de ser valorado desde una perspectiva jurídica en todos sus matices. En rigor, cabría examinar si actualmente podemos hablar verdaderamente sobre la existencia de una cierta “reparación” de daños morales¹⁰ a la parte perjudicada, previsto en el artículo 1902 CC, que regula la responsabilidad civil, en virtud del cual: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”*

En líneas generales, por lo que hemos podido observar, la doctrina que ha abordado este asunto se ha concentrado, principalmente, en la esfera del resarcimiento del daño patrimonial derivado de la vulneración del derecho de visita, en el sentido de que aquel progenitor que no ostenta la custodia ha visto su derecho dificultado u obstruido por el conviviente con el hijo: puede suceder que el progenitor que obtenga la guarda y custodia sea quien tome una actitud que perjudica e impida el pleno goce de los derechos paterno filiales del otro.

En relación con esta cuestión, merece ser destacado el pronunciamiento del Tribunal Supremo contenido en la Sentencia de 30 de junio de 2009, donde se da carta de naturaleza a una línea totalmente novedosa, de la cual emana la facultad de exigir la reparación no solo de los daños patrimoniales, sino también de los morales, por parte de aquel progenitor que se ubique en la posición más desventajosa.

A propósito de lo dicho, la relevancia de esta sentencia, que será estudiada a continuación a través de un análisis en profundidad, se encuentra en el hecho de que nos topamos con una alteración o mutación en nuestro ordenamiento jurídico. Desde mi punto de vista, esta modificación representa la quiebra del *statu quo* tradicional¹¹ advertido en relación a la inmunidad por los menoscabos generados en la esfera de las relaciones parentales.

En todo caso, el objetivo y la justificación del presente trabajo se asienta en la realización del examen de las medidas jurídicas adoptadas en el ordenamiento ante la infracción del régimen de las relaciones personales paterno-filiales. Como esencia del estudio, hay que resaltar las medidas relativas a la responsabilidad civil, en tanto en cuanto el Tribunal Supremo no se había manifestado sobre la eventualidad de que la reparación moral fuese contemplada¹², hasta la ahora citada sentencia.

¹⁰ SAP de Cádiz (Sec.2ª) de 8.4.2002 (AC 2002, 1064).

¹¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (2009), *“Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS 30 de junio 2009)”*, Anuario de Derecho Civil, pág.1829.

¹² MARTÍN CASALS, M., (2011) *“Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”*. ADC, Vol. 64, núm.2, pags.503 y 524.

3. LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

3.1. EL CONCEPTO JURÍDICO DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PATERNO-FILIALES

Como venimos señalando, poniendo el foco sobre el interés superior del menor –que predomina en cualquier caso-, nace la obligación de que este último conserve una relación adecuada con ambos progenitores. Del mismo modo, éstos se suman al mismo derecho-deber de comunicarse con sus descendientes. Por este motivo, sostenemos que el derecho-deber a las relaciones afectivas también es parte de la patria potestad¹³ sobre los hijos, y así viene recogido en el artículo 92.1 CC, que establece dicha continuación en el ejercicio de la patria potestad, con todos los derechos y compromisos que trae consigo, aun con la disolución del vínculo matrimonial. De igual forma, el artículo 39 CE puntualiza en su segundo apartado el deber de los poderes públicos de proporcionar la protección exhaustiva de los menores; asimismo, en su apartado tercero, recoge el deber de los progenitores de “*prestarles asistencia de todo orden, sean habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad en todo caso y después en los casos en que legalmente proceda.*”. Ciertamente, según GAYA¹⁴, la “patria potestad es un poder general de tuición que la Ley reconoce a los padres sobre los hijos menores no emancipados o incapacitados. Es una potestad o función en cuanto que los derechos o facultades que la integran se atribuyen a sus titulares, no para que ejerzan en su propio interés, sino para que los actúen en interés y beneficios de los hijos sometidos a ella.”.

Con esto queda patente que nuestro ordenamiento concede a los progenitores una serie de aptitudes, mediante las cuales éstos se transforman en los promotores de las exigencias afectivas y educativas, de cara al crecimiento y desarrollo de la personalidad del menor, así como su equilibrio emocional.

Sin duda, nos hallamos ante un haz de deberes, recogidos en el art. 154 del Código Civil, como lo son el de “*velar por los hijos y tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral así como representarlos y administrar sus bienes.*”

Incluso, conviene indicar que el artículo 155 CC contempla tres obligaciones básicas y elementales que afectan a los hijos matrimoniales, no matrimoniales y a los adoptivos. Estos deberes a los que nos referimos brotan como correspondencia al espacio de la relación paterno-filial, y son los siguientes: 1. El deber de obediencia; 2. El deber de consideración y respeto; 3. El deber de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia¹⁵.

¹³ COLÁS ESCANDÓN, A.M.: (2015), “*Consecuencias penales y civiles derivadas del incumplimiento por uno de los progenitores del régimen de relaciones personales con sus descendientes (a propósito de la sentencia del Juzgado nº 19 de Madrid de 24 de octubre de 2014)*”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2177, pp.6 y ss.

¹⁴ GAYA SICILIA, R.: (enero-marzo 2002), “*El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*”. ADC, TLV, fasc. I, p.94.

¹⁵ BLANCO BAREA, M.J.: (2004) *El derecho del menor a la patria “potestad de hecho” y a relacionarse con los progenitores biológicos, (El “uso terapéutico del derecho” en interés superior del menor)*, *Revista General Informática de Derecho*, - *Revista general de derecho*, p.11.

3.2. DISTINCIÓN TERMINOLÓGICA ENTRE EL DERECHO DE VISITA Y EL DERECHO A RELACIONES PERSONALES

En realidad, manejamos el concepto de relaciones paterno-filiales cuando queremos hablar acerca del derecho-deber que asumen los progenitores a la hora de comunicarse e interactuar con el menor, y viceversa. Asimismo, no podemos negar que el amparo de tales relaciones afectivas constituye una pieza elemental por lo que respecta a la tranquilidad, paz y felicidad del menor, así como de los progenitores.

Dicho derecho se despliega, entre otras formas, a través del derecho de visita, el cual abarca el de la recíproca relación de los padres con sus descendientes, gozar de su compañía y comunicarse con ellos. Como consecuencia de ello, hemos de destacar que la intención y finalidad de este derecho sería la interacción entre los menores y aquel progenitor que no posea esta guarda y custodia, de modo que no se vean entorpecidas las consideraciones de respeto, atención y reparo hacia ambos progenitores, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin riesgo de que puedan surgir desavenencias o desigualdades por cuestiones de filiación.¹⁶

Una vez aclarado esto, seguimos con la disparidad entre un sentido amplio y estricto de las dos nociones jurídicas, como lo son el derecho de visita y el derecho a relaciones personales, que pueden inducir a error y por ello procede discernir, tal y como se puede apreciar en nuestro Código Civil.

Con todo, el régimen de visitas, que es parte del derecho de relación paterno-filial, concede exclusivamente a los progenitores la facultad de visitar a los menores en el lugar en el que residan, absteniéndose sin embargo de pernoctar en su vivienda, llamarles, escribirles una carta o un email, es decir, eventos que efectivamente recaerían dentro de las relaciones personales. Es decir, por un lado tenemos el concepto de relaciones personales paterno filiales, que se trata de un término amplio que abarca el derecho de visitas y se diferencia de este último en que el primero recoge los deberes y derechos entre padres e hijos, que alcanzan ciertas conductas y obligaciones exigibles coercitivamente, así como deberes de los hijos para con los padres, el respeto y obediencia, atención y socorro, los deberes de los padres para con los hijos, como el deber de crianza y educación. Dicha separación es necesaria, puesto que su objetivo es evadir cualquier tipo de perplejidad o desasosiego.

3.3. NATURALEZA JURÍDICA Y ORIGEN DEL DERECHO A LAS RELACIONES PERSONALES CON LOS HIJOS

Existe un derecho-deber mutuo o bilateral, en aras a lograr que los progenitores mantengan una relación con sus hijos menores, y a la inversa. Este derecho tiene que ser facilitado y promovido en vistas de conservar la unión familiar¹⁷, así como de proteger a los afectados, como lo serían los progenitores y los mismos menores, aunque sustancialmente se ponga empeño en estos últimos, como se desprende del *principio favor filii*. Esto es, cada una de las partes disfruta de interés legítimo parejo, que les reconoce el desarrollo, firmeza y consolidación de la constitución familiar.

¹⁶ ROMERO COLOMA, A.M.: (19 de enero de 2011), "Incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor no custodio: problemática jurídica", La Ley, nº 7550.

¹⁷ STS 30.4.1991 (RJ 1991, 3108).

Cierto sector doctrinal¹⁸ alega que tal obligación procede de la patria potestad, de manera que aquel progenitor que no habite con el hijo logre continuar con el cumplimiento de sus derechos y obligaciones innatos a la patria potestad, teniendo en cuenta que el régimen de visitas consta como mecanismo que colabora en la protección de la relación afectiva.

De otro lado, concurre un enfoque doctrinal diverso¹⁹, que mantiene que nos encontramos ante un derecho autónomo, soberano e independiente del desempeño de la patria potestad y su titularidad, teniendo en cuenta que el desposeimiento de esta última no se correspondería con la merma del derecho a comunicarse con el menor en merced de éste. No obstante, en ciertos casos puede presentarse una causa justificada²⁰ que muestre que los motivos que han acarreado la privación del ejercicio de la patria potestad comporte, a su vez, una privación similar y equivalente del derecho de relacionarse con el menor. Es decir, los padres del menor deberán en todo momento desempeñar sus obligaciones familiares establecidas en el convenio judicialmente aprobado o la resolución judicial y en caso de incumplimiento, el legislador ha optado por acudir a la vía civil, como aquella más adecuada para regular dichas infracciones. A tenor del art. 776.3º LEC, *“El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas.”*

Así, el Tribunal Supremo se manifiesta en su Sentencia nº 621/2015, de 9 de noviembre (EDJ 2015/200925) diciendo que el art. 170 CC anuncia la facultad de privar total o parcialmente de la patria potestad al que infringe los compromisos inherentes a ella. Sin embargo, para que se ejerza dicha privación, los progenitores deberán haber violado tales obligaciones de forma grave y reiterada y se deberá resultar como una medida beneficiosa para el hijo, ya que la potestad es un cargo inexcusable que se practica siempre en beneficio de los hijos para proporcionar el pleno desarrollo de su personalidad y comporta un orden de obligaciones personales hacia ellos en el más dilatado sentido.

También la Sentencia del Tribunal Supremo nº 183/1998, de 5 marzo (EDJ 1998/1244), afirmó que la extensión del contenido del art. 170 CC y la versatilidad de las circunstancias *“exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación (...) en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor.”* De todo esto deducimos, que dicho interés del menor debe tenerse en consideración a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es beneficioso o no para el menor; interés que ha sido reforzado y desarrollado por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

¹⁸ Por ejemplo, VERDERA IZQUIERDO, B.: (4 de diciembre de 2002) “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”. Diario La Ley (digital), año XXIII, núm. 5669, (doctrina), p.149.

¹⁹ Entre ellos, RIVERO HERNANDEZ, F.: (1997), *“El derecho de visita”*, Bosch, Barcelona:pp.390 y 391, ECHARTE FELIU, A.M.: *“Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial”*, Comares, Granada, 2000, p.114.

²⁰ STS 26.11.2015 (RJ 2015, 4900).

3.4. MODALIDADES DE SISTEMAS DE COMUNICACIÓN ENTRE LOS PADRES NO CUSTODIOS Y LOS MENORES

Como es lógico, uno de los efectos inmediatos que se deriva tras una crisis matrimonial es el de implantar o fijar los domicilios pertinentes de cada una de las partes. A partir de entonces es cuando podemos empezar a hablar sobre el “régimen de visitas”, cobrando sentido dicho concepto, de modo que se vea facilitada en la mayor medida de lo posible la comunicación entre los menores y aquel progenitor que no posea su guarda y crianza. En otras palabras, el objetivo de esto es enriquecer y preservar las relaciones familiares, de manera que tanto los menores como los progenitores puedan gozar de este derecho de apego, asentado en el interés superior del menor, que es quien posee una clara preferencia frente a cualquiera que concorra en cada caso determinado.

En efecto, la designación adoptada para esta institución ha llevado a originar alguna que otra confusión, puesto que si nos ajustamos a la literalidad, entendemos que el contacto entre progenitor y menor se lleva a cabo únicamente mediante las visitas en la residencia del custodio. Sin embargo, esta conclusión no es del todo atinada, puesto que no solo puede formalizarse en el lugar en que resida el menor con habitualidad, sino también en la vivienda del progenitor no conviviente, así como en cualquier otro espacio acordado y adaptado a las circunstancias.

En definitiva, y para esclarecer cualquier duda que pueda resultar acerca de la razón de ser de esta situación, procederé a aludir a su propósito, que en resumidas cuentas es la de consolidar y cultivar el afecto, garantizar los lazos familiares y aspirar a su subsistencia cierta y eficaz.

En mi opinión, también cabe señalar que el concepto de “régimen de visitas” despierta ciertas evocaciones despectivas de acatamiento a un sistema restrictivo, puesto que da la sensación de que la relación entre progenitor y menor se limita únicamente a un simple contacto y acercamiento presencial cada cierto número de días; en cambio, la realidad evidencia que este trato engloba mucho más que esa restrictiva concepción, y más actualmente, gracias a las facilidades que nos conceden las nuevas tecnologías, donde se incluirían comunicaciones telefónicas así como electrónicas.²¹

A partir de entonces, las distintas variantes de sistemas o regímenes de estancias con el hijo después de sobrevenir la crisis matrimonial han de ser homologadas por un Juez, y son en cada supuesto distintas, ajustándose a las circunstancias familiares de cada caso concreto. Sin embargo, sí cabe apuntar que el criterio principal que ha de aplicar un Juez, a la hora de valorar, es el referido a la edad de los menores involucrados, velando siempre por el interés superior e integridad de este último. Resulta de sentido común señalar que cada etapa evolutiva de un hijo soporta necesidades específicas, que evidentemente habrá que tener en cuenta a la hora de implantar la continuidad y duración de las visitas, las pernoctas y, por último –pero no menos importante-, la distribución del periodo vacacional.

²¹ STS 29.11.2013 (RJ 2013, 757).

Igualmente, es menester diferenciar en torno al “régimen de visitas”, que resulta ser un concepto muy genérico, entre dos figuras que no deben desconcertarnos: 1) la visita, como tal, es la “*permanencia del menor con el progenitor no custodio durante un corto periodo de tiempo, normalmente horas, y que no incluye pernocta.*”; 2) mientras tanto, la estancia corresponde a “*la permanencia del menor con el progenitor no custodio durante un largo periodo de tiempo, normalmente varios días, y que incluye la pernocta.*”

3.5. DIFERENTES MODALIDADES DE INCUMPLIMIENTO

Como se ha mostrado, las distintas formas de incumplimiento o abuso que se dan reiteradamente en torno a este derecho de familia, desencadenan diversas situaciones conflictivas entre las partes en cuestión. No obstante, para hacer frente a dichos comportamientos en cuestión, el Juez propone atender primordialmente al impacto que pueda causarle dicho daño al menor, de modo que “*la respuesta del ordenamiento no dependerá tanto de la calificación jurídica que merezca el comportamiento concreto, de su levedad o gravedad, como de las consecuencias fácticas que sobre el menor tengan o puedan tener tanto el incumplimiento de que se trate como la posible respuesta.*”²²

A) Incumplimiento del progenitor custodio

Una de las conductas incumplidoras más corrientes es, en primer lugar, la de no entregar al menor al progenitor que no ostenta su guarda y custodia, de modo que éste no se ve capacitado de ejercitar su derecho.

Por otro lado, resulta tristemente habitual que quien posee la guarda y crianza genere odio o resentimiento hacia la otra parte, denominándose esta escena como el “síndrome de alienación parental”²³. Este fenómeno, desencadenado por uno de los progenitores respecto al otro, propicia que el menor presente un sentimiento de rechazo y no quiera ver a su otro progenitor, siendo alentado por el primero. Resulta tan importante de mencionar este punto y es tan frecuente, que será objeto de un apartado entero más adelante en este trabajo, donde abordaremos más detalladamente todo lo atinente a esta materia.

Por otra parte, el retraso o la demora intencional y consciente de la entrega del menor al progenitor no conviviente, sin alegar causa justificada, también forma parte de los incumplimientos más usuales. En estos escenarios, hemos de acudir al art. 776 LEC, donde el legislador se pronuncia, dándoles potestad a los progenitores para pedir la modificación del régimen de guarda.²⁴

En este sentido, debemos indicar que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, a la que vamos a referirnos más adelante, la vía penal se manifiesta al respecto de los casos de mera obstaculización, dando lugar a responsabilidad por desobediencia en aquellos casos más graves.

²² FRANCIS LEFEBVRE, Colección Derecho de Familia, *Relaciones Paterno Filiales*, 2ª Edición, p.139.

²³ FRANCIS LEFEBVRE, Colección Derecho de Familia, *Relaciones Paterno Filiales*, 2ª Edición, p.140.

²⁴ SAP de Palencia (Sec.1ª) de 18.7.2017 (RJ 2017, 207).

Como sabemos, las conductas más graves de infracción de obligaciones familiares están ya tipificadas como delito en los artículos 226 y siguientes y los incumplimientos graves de convenios o sentencias conllevarán una responsabilidad por desobediencia. Para los supuestos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente, existe un sistema sancionador, que se encuentra regulado en el artículo 776 LEC sobre la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. Tal y como se puede desprender del principio de intervención mínima o *ultima ratio*, la LO 1/2015 señala que *“la intención del legislador es que solo se deriven a la vía penal aquellas conductas que tengan verdadera entidad y relevancia, cuando además no existan medios alternativos para la solución del conflicto”*.

Es precisamente en este punto, donde surge la cuestión de si el Estado, *ex art. 39 CE*, debe o no intervenir en esos conflictos familiares, en los que una convenida desatención a las obligaciones legales asistenciales crea poner en trance o peligro manifiesto la subsistencia o sustento de los beneficiados por dichas medidas.

Por ello, cabe traer a colación que el delito de abandono de familia se constituye en un delito de omisión de deberes asistenciales, en tanto en cuanto el tipo básico del artículo 226 CP afirma que será castigado con la pena de prisión o multa *“El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados”*. Además, en función de la gravedad del caso *“El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar”*.

De este modo, debe sostenerse que el bien jurídico protegido del art. 226 CP lo componen *“las relaciones familiares y los deberes asistenciales inherentes a las mismas”*²⁵.

B) Incumplimiento por el progenitor no custodio

En principio, el artículo 94 CC, en su párrafo primero, propone la limitación o suspensión del derecho de visita, en caso de incumplimientos graves o que se den en numerosas ocasiones. Las infracciones más destacables por parte del progenitor no custodio son: 1) no devolución del menor; 2) incumplimiento del régimen de visitas; 3) visitas llevadas a cabo por otros familiares, en lugar del propio progenitor.

En primer término, nuestro Código Penal tipifica la no devolución del menor como delito, bajo el nombre *“sustracción del menor”*, en su artículo 225 bis, que comprende el traslado del hijo de su domicilio ordinario sin mediar ningún tipo de consentimiento del progenitor conviviente, así como su retención. En estos casos, el proceder delictual del progenitor incumplidor puede llevar aparejado una pena de prisión de 2 a 4 años, añadiéndose a ello la inhabilitación de la patria potestad con una duración de 4 a 10 años.

²⁵ STS de 28.6.1988 (RJ 1988, 4991) y STS de 30.10.1990 (RJ 1990, 7784).

En lo concerniente al incumplimiento del régimen de visitas, una de las medidas a tomar puede ser la privación de la patria potestad, al suponer la salvaguarda de dicha relación filial no solo un derecho, sino, a su vez, una obligación por parte del progenitor. El artículo 170 CC se reafirma en que *“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.”* Traemos a colación una sentencia del Tribunal Supremo²⁶, en la cual se examina en qué supuestos se puede convenir la privación de la patria potestad por parte de cualquiera de los padres en favor de sus hijos menores. Asimismo, destacamos su fundamento de derecho tercero, apartado 5º que dice lo siguiente: *“Así califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente.”*

Otras sentencias que sostienen la misma idea²⁷, llegan a la conclusión de que dicha privación ha de ser objeto de interpretación limitada de manera que, para adoptar una medida de dicho calibre, es necesario que acontezcan circunstancias excepcionales que así lo sugieran, sin que puedan establecerse criterios generales, valorándose cada caso concreto, así como teniendo en consideración el interés de los menores.

Por ende, lo que se trata a través de esta medida, tal y como queda reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000²⁸, no es precisamente la de castigar la diligencia del progenitor que ha faltado a sus deberes, sino la de proteger los intereses del hijo, de forma que esta prevención excepcional sea la más conveniente para el amparo de esos intereses.

²⁶ STS de 9.11.2015 (RJ 2015, 621).

²⁷ STS 23.3.2018 (RJ 2018, 171), SAP de Valencia (Sec.10ª) de 15.09.2009 (RJ 2009, 537), STS 13.01.2017 (RJ 2017, 14).

²⁸ STS 24.4.2000 (RJ 2000, 415).

Por último, las visitas llevadas a cabo por los familiares, pero no por el progenitor en cuestión, se contemplan como beneficiosas muchas veces, aunque siempre y cuando se realicen de forma ocasional y el progenitor no se desentienda o renuncie a dicho derecho; en caso contrario, sí tendrá repercusión jurídica. Es decir, en varias ocasiones se dan situaciones en las que, debido a adversas circunstancias de la vida, son los abuelos quienes pasan a convertirse en la figura de referencia de sus nietos. De este modo, los abuelos adoptan esta labor tan complicada, con el fin de poder mantener a la familia unida y que sus nietos gocen de un estable y equilibrado desarrollo personal. Por lo tanto, los abuelos se enfrentan en estas ocasiones a desafíos que no les corresponde llevar a cabo en esta etapa de su vida, que, en principio, debería ser un periodo de sosiego, paz y tranquilidad. Tal implicación de los abuelos en la educación de los nietos resulta favorable –como se ha mencionado anteriormente- hasta cierto punto; esto es, el límite en la aportación de estas figuras radica ya no solo en la capacidad de estos, que evidentemente pueden ayudar o auxiliar en momentos concretos o de necesidad, convirtiéndose dicha actividad en una tarea amena o placentera, sin resultar ser una carga, sino también en que el progenitor visitante no se desvincule de sus responsabilidades, adjudicándose las a sus ascendientes. Dicha tendencia actual, en la que los abuelos deberían ser un apoyo fundamental, pasa a llevarse al extremo del abuso, en cuanto no existe una delimitación adecuada de las funciones de cada uno, ni un acuerdo sobre los criterios para la educación de los niños, asentada en el respeto bilateral entre padres e hijos. A propósito de este escenario, se ha pronunciado la siguiente sentencia, que cabe citar a continuación: la Sentencia de AP Baleares, Sec. 4ª, nº 172/2011, de 17 de mayo, indica que *“especialmente los abuelos, constituyen dentro del marco familiar un soporte de primer grado como complemento de la responsabilidad parental, no siendo inconveniente sino conveniente en circunstancias normales, que el nieto se relacione con normalidad con los abuelos correspondientes a ambas ramas familiares, y sin que para ello tenga que ser obstáculo insalvable en nuestros días el hecho de vivir los abuelos en la Península; la petición paterna, no fundada tampoco en el capricho sino en una situación laboral especialmente comprometida en verano, deberá merecer un cierto respaldo judicial, el cual, si bien no ha de concederse en el excesivo marco solicitado, en el que no se ponen límites (...) sí habrá de concederse con un límite razonable en la permanencia de la menor en Zaragoza con los abuelos, límite que la Sala considera prudente establecer en quince días seguidos, durante los cuales la menor podrá residir en Zaragoza con los abuelos pese a que durante la totalidad de dicho periodo no se halle el padre con ellos...”*.

4. MEDIDAS JURÍDICAS PREVISTAS EN EL ORDENAMIENTO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PATERNO-FILIALES

A lo largo de todo el trabajo, se ha hecho especial mención al interés superior del menor²⁹ y al beneficio de éste último. El principio del *favor minoris* tiene carácter inquisitivo, esto es, el Juez tiene facultades para entrar a resolver asuntos sobre los que nadie le ha pedido que se pronuncie, y, además, puede utilizar con mayor discrecionalidad sus potestades para acordar pruebas no solicitadas por las partes. En concordancia con lo anterior, es comprensible que la Ley contemple una serie de medidas, en aras a garantizar el cumplimiento del régimen personal de relaciones paterno-filiales.

En primer término, hemos de referirnos a aquellas situaciones en las que el progenitor que ostenta la custodia prohíbe a la otra parte relacionarse con el menor³⁰, así como a aquellos casos en los que, por el contrario, el no custodio es quien pone trabas a tener cualquier tipo de contacto con su hijo en el tiempo estimado por la resolución judicial. Tampoco podemos olvidar, sin embargo, los casos tan frecuentes, en los que es el propio hijo quien repudia a alguno de sus progenitores.³¹

Por lo tanto, e independientemente de los motivos que se acaban de enumerar, éstos han de ser valorados en una esfera jurídica, y conllevarían consecuencias civiles³²; en caso de que se reiterasen en el tiempo o fueran muy graves, tampoco se descartaría su inserción en el ámbito penal³³. Esta aseveración halla su cimiento en la vulneración de dos derechos esenciales: “*el derecho de los progenitores a comunicarse y tener trato con sus hijos, y por la otra parte, el derecho de los hijos a preservar un vínculo afectivo con sus progenitores*”. Por consiguiente, a continuación procederé a hacer un breve apunte que considero relevante, en relación a las consecuencias civiles y penales emanadas de las infracciones del régimen paterno-filial al que venimos refiriéndonos, así como referido a la posibilidad de resarcir a los directamente perjudicados los daños morales.³⁴

Para comenzar, y en lo que atañe a las consecuencias penales, resulta preciso recalcar que únicamente debería optarse por esta vía cuando fuese un caso de máxima gravedad, ya que implicar al menor en un proceso de semejante calibre no resultaría lo más apropiado, en tanto en cuanto su desarrollo y crecimiento personal puede verse gravemente perjudicado. Por este motivo, nuestro Código Penal plasma solamente una conducta como delito en la esfera familiar, a tenor del artículo 226, en cuya virtud: “*1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.*”

²⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: (2000), “*El interés del menor*”, Madrid: Dykinson, 98 y 99.

³⁰ STS 8.5.2015 (RJ 2015, 251).

³¹ SAP de Barcelona (Sec.12ª) de 5.12.2000 (JUR 2001, 93748) y SAP de Barcelona (Sec.5ª) de 14.5.2004 (JUR 2004, 174562).

³² COLÁS ESCANDÓN, A.M.: “*Consecuencias penales y civiles...*”, cit., pp.22 y ss.

³³ COLÁS ESCANDÓN, A.M.: “*Consecuencias penales y civiles...*”, cit., pp.12 y ss.

³⁴ MORENO VELASCO, V.: (28 abril 2009). “*La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas*”, Diario La Ley, número 7163,

2. *El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.*”

Por otra parte, los artículos 618, 622 y 634 del mismo cuerpo legal, relativos a las faltas, han sido derogados por la Disposición Derogatoria Única 1 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

En otro orden de cosas, respecto a las medidas concernientes a las consecuencias civiles, hemos de insistir en que todo incumplimiento ha de llevarse a cabo sin que medie una justa causa que motive el comportamiento del progenitor infractor, esto es, que no pueda aducir problemas de salud o laborales que sean incompatibles y lo eximan de responsabilidad.³⁵

Tales medidas son expuestas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo factible la interposición de una demanda de ejecución de Sentencia, complementada con una multa coercitiva³⁶ solicitada y aceptada por los Tribunales competentes. A su vez, cabe la posibilidad de interponer una demanda de modificación del régimen de guarda y crianza³⁷, así como la de exigir la interrupción del pago de alimentos al Juez, llegando, incluso, a ser plausible la reclamación de la privación de la patria potestad.³⁸

Finalmente, y en lo relativo a la indemnización de daños morales en concordancia con el artículo 1902 CC, conviene puntualizar que este asunto no había gozado de tratamiento jurisprudencial como tal, hasta que la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de junio del 2009 (que será analizada a lo largo del Trabajo) se ha manifestado al respecto. Actualmente, sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que, en la práctica, sí es de aplicación este precepto, en orden a conferir el resarcimiento de daños morales por responsabilidad extracontractual.

No obstante lo anterior, un sector minoritario de nuestra jurisprudencia se muestra todavía en desacuerdo con esta línea trazada por nuestro Alto Tribunal. En este sentido, y como consecuencia de la referida disparidad de criterios, podemos hallar Audiencias Provinciales que sí ven acertado indemnizar los daños morales sufridos a aquel progenitor que se vea obstaculizado en el desarrollo de una relación con el menor en cuestión.³⁹ Y, por otro lado, encontramos distintas Audiencias que se oponen a esta idea, invocando que el derecho a mantener contacto continuo con los menores *“es inherente a los progenitores, como derecho personalísimo y los casos de incumplimiento y de sus consecuencias ya han sido suficientemente subsumidos por la norma”*.⁴⁰

³⁵ ROMERO COLOMA, A.M.: *“Incumplimiento del régimen de visitas...”*, cit., p.8.

³⁶ Arts.709 y 776.2 LEC.

³⁷ Art.776.3 LEC.

³⁸ Tesis criticada por RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: (2009), *“Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales”*, Madrid: Thomson Civitas, 272

³⁹ SAP de Madrid (Sec.11ª) de 21.6.2001 (JUR 2001, 252828), SAP de Cádiz (Sec2ª) de 8.4.2002 (AC 2002, 1964), SAP de Navarra (Sec.2ª) de 25.1.2006 (JUR 2006, 100346), SAP de Madrid (Sec.1ª) de 3.7.2008 (JUR 2008, 283083).

⁴⁰ SAP de Murcia (Sec.1ª) de 30.1.2001 (JUR 2001, 219493), SAP de Valencia (Sec.11ª) de 20.2.2006 (JUR 2006, 207982).

Este escenario de zozobra jurisprudencial, donde ante las mismas circunstancias cabe obtener pronunciamientos antitéticos, provoca que esta materia se vea envuelta en un manto de inquietante e inadmisibles incertidumbre, donde la seguridad jurídica dista mucho de resultar reforzada y consolidada. Es innegable que el Derecho de Familia se halla impregnado de una acusada indefinición, como consecuencia de la necesidad del Juzgador de atender siempre a las concretas circunstancias de las hipótesis por él analizadas. De ello se deriva la ingente cantidad de conceptos jurídicos indeterminados y de preceptos de contenido notablemente genérico que caracterizan esta rama del Derecho Civil. A pesar de ello, en torno a la cuestión debatida sí deberían trazarse unas sólidas líneas maestras, y aceptar definitivamente que, en principio, el daño moral es perfectamente resarcible en estos supuestos; lógicamente, su eventual indemnización habrá de depender de las específicas coordenadas inherentes a cada caso juzgado.

4.1. LOS CAMBIOS DERIVADOS TRAS LA REFORMA DEL CC DEL AÑO 2015

En otro orden de cosas, cabe puntualizar que tras la reforma introducida por la Ley 26/2015 del CC, asentada en el Sistema de Protección de la Infancia y Adolescencia, se ha llevado a cabo una cadena de alteraciones significativas que han variado la perspectiva de la doctrina, cuya visión se apoyaba fundamentalmente en el derecho de los padres a comunicarse y mantener una relación afectiva con los menores. En línea de lo expuesto, podemos estimar que el Código Civil ha dado un vuelco determinante respecto a tal punto de vista, poniendo como foco de atención a los hijos menores, apreciándose esto en el reconocimiento manifiesto y expreso por el legislador del derecho de estos sujetos a mantener el contacto y la comunicación con sus padres, tal y como queda reflejado en el vigente art.160 CC, según el cual “1. *Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.*

Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4.

2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.”

Por tanto, se entiende que dicha reforma hace hincapié o acentúa el interés superior del menor, asignando al Juez la tarea de estimar sus realidades y escenarios personales, así como decretar lo más beneficioso y provechoso para él.⁴¹

⁴¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: (2014), “La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Valencia: Tirant Lo Blanch, p.87.

También, a través del nuevo tenor literal del art.160 CC, se pretende extender los derechos del hijo, en relación al ejercicio del mismo en el ámbito penitenciario, de modo que en el supuesto de que uno de los ascendientes se encontrase en prisión⁴², se asentaría el contacto y comunicación entre ellos en un entorno o medio apropiado y siempre coadyuvando al interés superior del menor.

Por añadidura, otra de las innovaciones notorias de este artículo al que venimos refiriéndonos, es el derecho del hijo a tratar con los abuelos, los hermanos, así como otros parientes y allegados.

Es decir, consiste en tutelar y asegurar el lazo afectivo de los abuelos⁴³, en un contexto tanto de dilatación de la esperanza de vida como de las dificultades que surgen a la hora de armonizar la vida laboral con la familiar, convirtiéndose éstos en una segunda figura paternal para el menor. Habida cuenta de esto, en primer término se hace alusión a los hermanos, que son un soporte fundamental para el menor. Respecto a los que el legislador denomina como “allegados”⁴⁴, debemos remarcar que nos parece que utiliza un vocablo indeterminado, poco preciso y genérico. Sin embargo, tal y como viene estipulado en el Diccionario de la RAE, se trata de una persona “Cercana a otra en parentesco, amistad, trato o confianza”, por lo que no es preciso que tenga necesariamente parentesco con el menor, pero sí deja entrever que no recalca la proximidad, sino el interés superior del menor.

4.2. LA EXISTENCIA DE UN PRINCIPIO TRADICIONAL DE INMUNIDAD POR DAÑOS ENTRE FAMILIARES

En efecto, dado que en el Código Civil no existe una pauta concreta que solvente, con carácter general, el interrogante de la reparación de los menoscabos sufridos entre familiares, se podría colegir que hay un principio tradicional de inmunidad relativo a tales perjuicios. Dicha teoría igualmente descansa y se consolida en las dos sentencias del Tribunal Supremo del 22⁴⁵ y 30⁴⁶ de julio de 1999, en las cuales se impone una desaprobación de resarcimiento de daños, aunque justificado a través de un razonamiento jurídico diferente, que será abordado más adelante. No obstante, aun no habiéndoles conferido tal reparación, las citadas resoluciones implican gran interés general, puesto que con ellas se quiebra la ausencia de demandas de responsabilidad civil únicamente por los menoscabos realizados por un familiar a otro.

⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Director), *Las Modificaciones al Código Civil del año 2015*, Comentario del art.160 de DÍEZ GARCÍA, H., cit. p.440 a 442.

⁴³ STS 23.11.1999 (RJ 1999, 8278).

⁴⁴ CAÑIZARES LASO, A; DE PABLO CONTRERAS, P; ORDUÑA MORENO, J.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R-: “*Código Civil comentado*”, Comentario del art.160 CC de YZQUIERDO TOLSADA, M. cit.p.817.

⁴⁵ STS 22.7.1999 (RJ 1999, 11277).

⁴⁶ STS 30.7.1999 (RJ 1999, 11101).

Ahora bien, a pesar de que los sucesos de ambas sentencias sean parejos, difieren en su fundamentación. Tras la ruptura del matrimonio, los ex maridos -actuando en calidad de demandantes-, que continúan pagando la pensión de alimentos, requieren a sus ex mujeres una indemnización por daños y perjuicios después de encontrarse con que quienes aparentemente eran sus hijos, en verdad, eran el resultado de una infidelidad por parte de sus esposas a lo largo de la relación conyugal.

En lo concerniente a la resolución del 22 de julio de 1999, se fundamenta la oposición de reconocer un derecho de indemnización en la ausencia de un comportamiento doloso⁴⁷ llevado a cabo por la mujer, en tanto en cuanto incluso ella desconocía que el hijo hubiera podido ser fruto de una infidelidad extraconyugal, hasta el preciso instante en el que se interpuso una demanda de impugnación de paternidad requerida justamente por el hijo. De otro lado, en la sentencia del 30 de julio de 1999, que no se pronuncia sobre el fondo para devolver las pensiones alimenticias abonadas por el marido al que creía su hijo, asienta dicha oposición⁴⁸ en lo que viene estipulado en el art.1101 CC, y se apoya en que la infidelidad únicamente tenía –en el estado del ordenamiento jurídico vigente en aquel momento- consecuencias jurídicas para ser estimada como causa de separación matrimonial y que, de lo contrario, la admisión de una demanda de menoscabos conllevaría una pluralidad de litigios inherentes a cualquier disputa de la relación.

No obstante, actualmente ya se han pronunciado al respecto algunas sentencias, tanto de las Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo, que rompen con este principio tradicional de inmunidad por daños en la esfera familiar⁴⁹.

En este sentido, podrían proyectarse dos hipótesis de daños entre familiares en las cuales se daría tal responsabilidad civil. Primeramente, pueden compensarse los daños sufridos por el ex marido derivados de la ocultación por la mujer de la paternidad biológica del menor⁵⁰; no obstante, es de especial importancia señalar que dicho resarcimiento no existe estrictamente por el hecho de infringir con el deber de lealtad y fidelidad. Se requiere una gestión dolosa, es decir, la comprensión y el conocimiento irrefutable de la paternidad biológica del hijo y la ocultación de esta última al cónyuge. Por otro lado, asimismo es indemnizable la obstrucción de la relación y comunicación personal entre el padre que no ostente la guarda y crianza y el hijo; este tema será examinado a continuación, en relación con la sentencia del 30 de junio de 2009, en torno a la cual gira este trabajo.

⁴⁷ ROCA TRÍAS, E.: (2000), *“La responsabilidad en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”*, Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, Moreno Martínez (coordinador), Madrid: Dykinson, 561.

⁴⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *“Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999”*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm.52, 2000, pp.153 ss.

⁴⁹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: Familia y Responsabilidad Civil, *“Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños en el ámbito de la familia”*, Nº8,(1 de octubre 2015), La Ley Derecho de Familia. cit. p.5 a 16

⁵⁰ SAP de León (Sec2ª) de 2.1.2007 (JUR 2007, 59972).

5. RESPONSABILIDAD CIVIL

A lo largo de este estudio, hemos podido conocer que últimamente a los Tribunales nacionales les ha surgido una pluralidad de supuestos oportunos relacionados con los daños emanados de la ocultación de la auténtica paternidad biológica, atribuyendo una prestación y abriendo la puerta a la responsabilidad civil en la esfera de las relaciones familiares. En cierto modo, debemos apuntar que la viabilidad de la aplicación del art.1902 CC para reparar los deterioros entre familiares no ha resultado ser una materia en la que haya habido fácilmente unanimidad, por lo que, más adelante, nos pararemos para estudiar los presupuestos⁵¹ ineludibles en aras a que surja la responsabilidad civil.

5.1. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Hay que tener en cuenta que en este espacio, ante una infracción llevada a cabo de forma injusta en el ámbito familiar, más exactamente atendiendo al marco del régimen de visitas, la duda reside en comprobar si procede emplear las pautas de la responsabilidad civil o no.

A tal efecto, resulta imprescindible que se den los siguientes requisitos: 1) la presencia de una acción u omisión interviniendo culpa o negligencia; 2) un daño; y, para finalizar, 3) la existencia de un nexo causal entre la conducta o actividad del sujeto eventualmente responsable y el daño que se le imputa.

Respecto al primer requisito, debemos comprobar que concurra un impedimento real y efectivo por parte del progenitor que ostente la guarda y custodia, en cuyo caso, existiría una vulneración del derecho regulado en el art.160 CC, al verse entorpecida la relación afectiva entre el menor y el progenitor visitante, interviniendo un comportamiento infractor por parte del progenitor conviviente. Este último tiene vedada la represión de tales relaciones entre el hijo y el ascendiente desfavorecido; sin embargo, cabe mencionar un caso de exoneración, que se daría si se acreditase de modo objetivo la existencia de hechos que provocasen un daño trascendental y efectivo en el desarrollo, aprendizaje o educación del menor en el supuesto de relacionarse con el progenitor no custodio. Es más, existe un compromiso por parte del progenitor conviviente de tolerar e incluso de favorecer⁵² lo máximo posible el trato y vínculo entre el menor y el progenitor visitante, aparte de acatar la sentencia judicial que imponga el régimen de visitas.

⁵¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (Director)/JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (Coordinador): (2014), "*Patria potestad, guardia y custodia, Congreso IDADFE 2011*", Volumen I, Madrid: Editorial Tecnos, Grupo ANAYA, S.A., 215.

⁵² Vid., por ejemplo, el BGB alemán, parágrafo 1684, en virtud del cual debe omitirse cualquier dificultad de un progenitor al otro para relacionarse con el menor.

En otro orden de cosas, el daño, asentado de manera patente en el art.1902 CC, consta como el factor imprescindible y básico en esta materia. Comprendemos que se trata de un deterioro, alteración o menoscabo de una situación saludable. De ahí, que podamos referirnos a daños materiales⁵³, que entrañan una reducción en el patrimonio, así como a los daños morales, que acarrearán una labor complicada de valoración, pues carecen o escasean de criterios objetivos para su ponderación. Por lo que sigue, el daño en estos supuestos procede generalmente del impedimento por parte del padre custodio hacia el visitante, quedando este último incapacitado de abordar su derecho a verse con su hijo y contribuir en su crecimiento y formación personal. Hay que hacer notar que con la locución “daños materiales” nos referimos a aquellos ocasionados para preservar la consecución del régimen de visitas, que incluye, entre otros, los gastos respecto al transporte o los menoscabos procedentes de la dificultad de cumplir con los deberes laborales adquiridos.

Aparte de los requisitos mencionados recientemente, como la conducta antijurídica y el daño producido, hay que puntualizar un tercer requisito conocido como el “nexo causal”, que quiere decir que debe mediar una relación de causalidad, esto es, una relación de causa y efecto, de antecedente-resultado, entre el proceder antijurídico del causante y el perjuicio ocasionado al afectado, ya que, de no haberlo, no cabría una obligación legal de reparar. De este modo, cuando nos hallamos ante una vulneración del derecho de régimen de visita, este nexo causal brota cuando se incumple la obligación legal que ostenta el progenitor conviviente de facilitar al otro progenitor visitante el ejercicio de su derecho; en caso de ser entorpecido, podría serle imputado el daño al primero.

5.2. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE DAÑOS

En primer término, hemos de señalar que hay primordialmente dos razones por las cuales las demandas de daños entre familiares (nos referimos a la interposición de una acción de responsabilidad civil extracontractual) suelen causar problema. Para empezar, tal aseveración se fundamenta en la brevedad del plazo de prescripción de tal acción, que, en virtud del art.1968.2 CC, sería de un año a contar desde que lo conoce la víctima. Por otra parte, esta dificultad surge por la ausencia de mecanismos de suspensión del plazo de prescripción de dicha acción a lo largo de la convivencia conyugal, frenando así, que tras la disolución conyugal, los familiares puedan solicitar la indemnización de daños causados a lo largo de la vida en común.⁵⁴ Conviene destacar que en el Código Civil nos encontramos con una laguna jurídica, referente a la suspensión de la prescripción de las acciones entre cónyuges, padres y menores durante el matrimonio y la potestad familiar, que no obstante, ha sido objeto de estudio y se ha procurado resolver a través de una interpretación del art.1969 CC, conforme al cual “*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.*”.

⁵³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “*Daños y perjuicios causados al progenitor...*” cit., p.303.

⁵⁴ FERRER RIBA, J.: “*Relaciones familiares y límites del Derecho de daños*”. Indret 04/2001, Barcelona, (2010), p.3.

Por otro lado, cabe señalar que no existe unanimidad doctrinal ni jurisprudencial sobre los daños indemnizables ni sobre las bases para su determinación económica, aun cuando es de reconocer que el Tribunal Supremo ha dado pasos significativos en orden a la incorporación de los principios del actual Derecho de familia, determinación del carácter extracontractual de la responsabilidad y acciones procesales procedentes, plazo de prescripción y efectos temporales de la responsabilidad. Una vez aclarado esto, una parte importante de la doctrina afirma que tal prescripción comienza una vez se haya roto el matrimonio, se hayan separado los sujetos afectados, se suprima la patria potestad o se finalice la tutela.⁵⁵

En este orden de consideraciones, existe un debate aún no resuelto, en tanto en cuanto no existe acuerdo en la doctrina en si la vulneración del deber de cumplimiento del derecho de visita debería ser calificado como daño único o bien como daño continuado. La STS, Sala Primera, de 14 de Julio de 2010 (rec. 1968/2006. Ponente: Marín Castán), se plantea la cuestión jurídica de si ha prescrito o no la acción ejercitada por el demandante-recurrente, mediante demanda presentada el 15 de noviembre de 2005 contra la que había sido su esposa, en reclamación de 514.638,13 euros por daños morales, daños físicos y secuelas psicológicas, deterioro de su fama y honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivados, en resumen, de la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimonio, no había sido engendrado por el demandante; se invoca, como motivo de casación, la vulneración de la doctrina del TS respecto a la cuestión de los daños continuados. El recurso de casación, aunque es desestimado, se extiende en una profunda reflexión sobre el carácter continuado o no de los daños morales derivados de la averiguación por el padre de la auténtica paternidad biológica del hijo, pues en estas situaciones suele ser muy frecuente un estadio previo a la separación o el divorcio que se remonta tiempo atrás, con episodios de crisis físicas y psíquicas generadas por las dudas y las malas relaciones entre los cónyuges, lo que podría dar lugar a la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 CE. Se concluye que, en caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr *“desde que lo supo el agraviado”*, como dispone el artículo 1968.2º CC, es decir, *“desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable”*. Se excluye, por tanto, que los daños reclamados puedan presentarse *“como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda”*.⁵⁶

⁵⁵ DÍEZ PICAZO, L.: “La prescripción en el Código Civil”, Bosch, Barcelona, (1964), pp.86-87.

⁵⁶ PÉREZ GALLEGU, R.: NUEVOS DAÑOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA: LOS DAÑOS MORALES Y PATRIMONIALES POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA, *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216.vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015), *Estudios*, pp. 141-175

A tenor de todo lo planteado, en el supuesto de que haya una obstaculización del derecho de visita por parte del progenitor custodio con el menor y derive en una prohibición de conservar un vínculo con él, se presentan dudas en torno al *dies a quo* para el cálculo del plazo para reclamar la acción de responsabilidad extracontractual. Existen dos alternativas⁵⁷: 1) que el plazo de un año inicie desde la fecha en que el progenitor conviviente imposibilite al otro progenitor a tener cualquier contacto con el menor; 2) que compute desde la mayoría de edad del hijo, al concluir el ejercicio de la patria potestad, que es cuando el progenitor es consciente de forma lúcida y terminantemente de tal obstrucción respecto al hijo, aunque se requiere que sea acreditado como un daño prolongado.

En este sentido, la cuestión principal en los daños continuados radica en discutir el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción. Hasta hace poco, la jurisprudencia se inclinaba por sostener que el año ha de contarse, no desde que cesa el daño, sino desde que se produce, aunque sea de los que continuamente se están causando, presumiendo que los perjudicados conocían desde aquel momento el perjuicio y podían ejercitar la oportuna acción.⁵⁸ Sin embargo, la doctrina que cabe extraer hoy de la más reciente jurisprudencia es muy diferente, de manera que si los daños son continuados, es decir, se provoca una paulatina generación de daños y además no es viable fraccionar dichos daños en periodos de tiempo diferentes, el plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del resultado definitivo. Pero precisar cuándo se produce el resultado definitivo es una cuestión totalmente casuística, de tal modo que, como regla general, puede afirmarse que ello se produce cuando sea razonablemente improbable la continuación de los daños, la aparición de otros nuevos o el agravamiento de los anteriores.⁵⁹ Como consecuencia de ello, puede fijarse la determinación del *dies a quo* una vez que el progenitor conoce de modo cierto el alcance exacto de los daños.

5.3. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LAS RELACIONES FAMILIARES EMANADA DEL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITA

En resumidas cuentas, como hemos expuesto, el daño es un elemento esencial para poder instar la responsabilidad civil en dichos casos de quebrantamiento del régimen de visitas por aquel progenitor que obtiene la guarda y crianza que arrebatada o entorpece al visitante la comunicación o vínculo de afectivo con el hijo. Por consiguiente, en la esfera familiar, el daño corresponde a todo mal, percance, deterioro, perjuicio o limitación que un individuo sufre como consecuencia de la acción u omisión de otro, y que afecta a sus derechos personales o reales. Visto que existe una dualidad del daño patrimonial y moral, cada uno con resultados jurídicos distintos, procedemos a estudiar ambos con mayor detenimiento.

De un lado, están los daños patrimoniales, los cuales comportan una desvalorización de utilidad que se resarce mediante dinero u otros bienes canjeables por dinero.

⁵⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C. (Director)/JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (Coordinador): "*Patria potestad, guarda y custodia...*", cit.p.214.

⁵⁸ REGLERO CAMPOS, F.: "La prescripción de la acción de reclamación de daños", *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Parte General, reglero (Coordinador), Thomson Aranzadi, 4.ª edición, (2008), p. 1250.

⁵⁹ STS 25.6.1990 (RJ1990, 4889)

De otro lado, en el marco de los daños morales⁶⁰ entendemos subsumidos aquellos que alcanzan una desvalorización del nivel de utilidad personal, que en este caso ni el dinero ni otros bienes que se asemejen pueden reemplazar o suplir equivalentemente, o al menos parece complicado de evaluar; por ejemplo, el supuesto en el que se entrase a valorar el impacto emocional que supone la privación de relación personal con un hijo.

Se colige, por tanto, que los daños morales, a pesar de no tener un valor monetario por ser bienes inmateriales, abstractos e intangibles del individuo sobre los que tiene impacto, no dejan de ser resarcibles en orden a que dicha asistencia opere como mecanismo de compensación, para rebajar lo máximo posible cualquier perturbación y consternación del equilibrio emocional que sufre el afectado.

En relación con este escenario, emergen varios debates acerca del reconocimiento y parámetro del daño moral derivado del arrebato arbitrario de la comunicación y relación afectiva de los hijos en el Derecho español.

Más aun, este último no repara cualquier agravio, altercado, ofensa o angustia.⁶¹ Es decir, se orienta a compensar todo aquello que proceda de la expropiación de un bien jurídico, sobre el cual el perjudicado ostentaba un interés legalmente aceptado. Por ello, no son indispensables al daño moral los dolores sobrellevados que, en cualquier caso, son aptos para ser indemnizados en cuanto acarreen motivo de impedir cierto goce que establezca un elemento esencial de la vida familiar.

⁶⁰ MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D.: *"Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo"*, en *InDret* 2/2010.

⁶¹ DÍEZ PICAZO, L.: (2008), *"El escándalo del daño moral"*, Monografía, Thomson Civitas, cit.p.122.

6. ESTUDIO DE LA STS DE 30 DE JUNIO DE 2009

Como ya se ha podido indicar con antelación, en España, hasta hace poco no existían manifestaciones judiciales sobre una posible indemnización, a consecuencia de una conducta emanada de responsabilidad extracontractual apoyada en un daño moral. En la sentencia del 30 de junio del año 2009, el Tribunal Supremo admite, de manera novedosa y por primera vez, la presencia objetiva de un daño moral, así como su compensación, lo cual supondrá la inauguración de una alteración significativa, en tanto en cuanto tal determinación entraña la quiebra del principio tradicional de inmunidad por daños generados en la esfera de los vínculos familiares. De este modo, la resolución señalada provoca una cadena de interrogantes en el ámbito de relaciones paterno-filiales, a cuyo estudio nos dedicaremos a continuación.

6.1. HECHOS

Los sucesos de esta sentencia acontecen en el año 1991, fecha en la cual Don Paulino y Doña Remedios se hallan unidos por una relación sentimental; cabe resaltar la presencia de un hijo, que, aun no siendo biológico de Don Paulino, es legalmente reconocido por éste último. Más adelante, Doña Remedios se adhiere a la Iglesia de la Cienciología⁶², y a finales de agosto del mismo año se desplaza junto al menor de 9 años de edad a Estados Unidos sin la aprobación del progenitor paterno. Como consecuencia de tal conducta, Don Paulino interpone una demanda, que propicia un pronunciamiento judicial en Primera Instancia, mediante el cual se le atribuye la custodia del menor, al considerar que la convivencia con la madre podría afectar negativamente al crecimiento íntimo de éste. Dicho fallo es corroborado por la Audiencia Provincial con fecha 13 de enero de 1995, motivando que, al margen de las creencias religiosas de la madre, se le ha arrebatado al padre de forma injusta y abusiva el ejercicio de sus derechos y obligaciones propias de la patria potestad desde 1991, y también ha sido olvidado el auto que establece la autoridad de la custodia al progenitor paterno. Se entiende que, al residir la madre y el hijo en Estados Unidos, la sentencia no puede ejecutarse, de tal modo que Don Paulino opta por ejercer acción de responsabilidad extracontractual frente a la madre, al igual que frente a los llamados Centro de Mejoramiento Personal A.C. y la Asociación Civil Dianética, adscritos a la Iglesia de la Cienciología, debido al daño moral ocasionado al demandante, por encontrarse entorpecida su comunicación personal con su hijo. Frente a este *petitum*, el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y, más tarde, la Audiencia Provincial de Madrid corrobora tal desestimación, fundamentando su tesis en la prescripción ya acontecida de la acción ejercitada.

En lo que hace al Tribunal Supremo, este órgano recalca que nos encontramos ante un daño continuado, por lo que apunta la existencia de una posible indemnización por daños morales en beneficio de Don Paulino, sancionando así a Doña Remedios; no obstante, se sobresee a los codemandados adscritos a la Iglesia de la Cienciología.

⁶² RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. (2009), "Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS 30 de junio 2009)", Anuario de Derecho Civil, p.1892. señala que las creencias religiosas de la madre constituyen una posible causa de privación de la guarda y custodia del menor.

6.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Resulta necesario resaltar que la causa primordial por la que se aprueba la petición de Don Paulino referente a una compensación por daños morales, en este caso, sería el quebrantamiento del derecho a la vida familiar⁶³, en lo concerniente a la obstaculización por parte de la madre, a que el menor se relacione con el padre y viceversa, teniendo en consideración, que Doña Remedios no obedece la asignación de la guarda y custodia otorgada al progenitor paterno por el Juez. La protección de las relaciones paterno filiales después de la disolución conyugal es imprescindible, tanto de cara al interés superior del menor, como para garantizar el de los progenitores.

En resumidas cuentas, se presume un progreso o avance jurisprudencial en el orden civil, ya que inicialmente ni se había proyectado el requerimiento de indemnización en la esfera de daños morales por la privación de las relaciones personales paterno filiales.

En este sentido, el Tribunal Supremo concibe que se reúnen las exigencias para apreciar el deber de responder acorde a lo previsto en el artículo 1902 CC.

En primer lugar, debemos hacer mención a la presencia de una acción u omisión en la cual haya intermediado culpa o negligencia⁶⁴. Seguidamente, de esto se desprende que Doña Remedios procede de forma ilícita, visto que imposibilita que el menor logre verse y tratar con su otro progenitor, contraviniendo así el art.160 CC.

Igualmente, cabe hacer alusión a otra conducta que lleva a cabo, infringiendo a sabiendas el cumplimiento de la resolución que delegaba la guarda y custodia del menor a su padre. Si bien, el próximo aspecto que interesa examinar es la concurrencia de daños⁶⁵: entendiéndolo como tales, en el presente supuesto, el menoscabo originado por aquel que reprime el normal desempeño de la guarda y custodia otorgada al otro por sentencia, perturbando las relaciones con el otro progenitor. Por último, en lo que concierne a la tercera condición, se sostiene que el perjuicio ha de atribuirse objetivamente a la madre, al entorpecer de manera efectiva la unión afectiva entre padre e hijo, perteneciéndole, además, la custodia a Don Paulino. En el caso que nos ocupa, consta con seguridad la procedencia del daño, que es sencillo de comprobar, puesto que solamente puede serle imputado a Doña Remedios, al ser la responsable de contribuir para que las competencias del progenitor paterno como poseedor de la custodia del menor fueran ejercidas por él con carácter efectivo; al incumplir su deber y dificultar tal ejercicio, Doña Remedios es la causante del estrago moral suscitado al padre.

⁶³ MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D.: “Indemnización del daño moral...”, cit .pp. 12 ss.

⁶⁴ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. “Indemnización del daño moral al progenitor...”, cit. p.1844 a 1852.

⁶⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. “Indemnización del daño moral al progenitor...”, cit. p.1852 y 1853.

Por consiguiente, creemos precisa, para el desenlace a favor de la compensación moral reclamada por el padre, la apreciación que la Sala concibe sobre el daño continuado⁶⁶. En este sentido, para calcular el inicio del plazo prescriptivo, cabe concretar el *dies a quo*, coexistiendo varias alternativas, a saber: 1) considerar el inicio para el cómputo del plazo, el momento en el que se produce el hecho que ocasiona el resultado dañoso; 2) o bien, el momento en el que el daño se exterioriza, en el caso de daños diferidos; cuando se conoce el alcance exacto de los daños o, finalmente, 3) el momento en el que concluye la actividad dañosa.

La medida acogida por el Tribunal Supremo, que se opone a las afirmaciones tanto del Juzgado de Primera Instancia como de la Audiencia, contempla que no existía prescripción, puesto que se trataba de un daño continuado, en cuyo caso el cómputo del plazo no se inicia hasta la producción del resultado definitivo y mientras no desaparezca la causa determinante de dicho resultado antijurídico, no comienza a correr el plazo. Siendo así, por tanto, que la prescripción debe iniciarse al año en que finalice el derecho a la guarda y custodia por cumplir el hijo la mayoría de edad.

Finalmente, pero no por ello debe olvidarse, como concluye esta Sentencia en lo que atañe a la cuantificación del daño moral:

“En este caso, el daño moral resulta absolutamente indeterminado al carecer de parámetros objetivos, y más teniendo en cuenta que el padre no ha reclamado los daños materiales que le puedan haber ocasionado los distintos procedimientos iniciados durante los años siguientes a la desaparición del hijo menor. Por ello se considera adecuada la cantidad de 60.000€, teniendo en cuenta, además, que el daño es irreversible.”

6.3. CONCLUSIÓN

Como colofón de todo lo descrito e ilustrado en las anteriores líneas, estimamos que la decisión del Tribunal Supremo es cabal y apropiada en cuanto al derecho, ya que hay un daño moral definitivo, inalterable y estático que, a pesar de ser delicado o complejo de concretar, resulta susceptible de ser indemnizado, al reunirse todos los presupuestos conceptuales básicos para ello.

⁶⁶ PANIZA FULLANA, A.: “Filiación impugnada: prescripción y daños continuados”; Aranzadi Civil-Mercantil, nº 9/2011 BIB 2010/2871.

7. EL CONCEPTO DEL “SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL”

Cada vez es menos raro y más frecuente encontrarnos ante escenarios en los cuales sean los hijos quienes se nieguen a tener cualquier tipo de relación con uno de los progenitores cuando les corresponde, en el ámbito de los procesos judiciales de los que venimos hablando.

Los menores, que son los más propensos a sufrir en estas situaciones, evidencian un rechazo infundado hacia su padre o su madre, que nace de una manipulación afectiva suscitada por su otro progenitor. En ocasiones, este lamentable fenómeno alcanza tales niveles que, una vez asentado, el hijo hace suyos esos sentimientos y emociones, los fomenta e, incluso, puede que los extienda a todo el entorno familiar y social del progenitor despreciado.

Dicho fenómeno es conocido como el “Síndrome de Alienación Parental”⁶⁷, y, como se ha mencionado, es cada vez más frecuente.

En virtud del mismo, el menor presenta un conjunto de síntomas, originado siempre por parte de uno de los progenitores (en este caso, el “progenitor alienador”), quien mediante múltiples estrategias maneja la conciencia del niño con el propósito de reprimir, limitar, entorpecer, desprestigiar o coartar sus vínculos afectivos con el otro progenitor. Es decir, esta influencia negativa, denominada a su vez como “lavado de cerebro”, que ejerce el progenitor sobre el menor, puede causar graves consecuencias en el desarrollo psíquico y personal de éste, provocando menoscabos irreparables en un futuro.

A continuación, se señalarán distintas conductas propias de aquellos progenitores que realizan tal manipulación:

- Humillar, denigrar o desprestigiar al otro progenitor ante el menor.
- Culpabilizar al otro progenitor por la crisis sentimental.
- Dificultar u obstaculizar el derecho de convivencia del hijo con el otro progenitor.
- Intervenir en los niños con mentiras y falsedades acerca del ex cónyuge (o persona con análoga relación de afectividad).
- Incluir al entorno familiar y a los amigos en los ataques al otro progenitor.
- Burlarse sobre las impresiones de los niños hacia el otro progenitor.
- Premiar y reforzar los comportamientos ofensivos y de rechazo por parte del menor hacia el otro progenitor.

Conviene detenerse en una sentencia bastante reciente⁶⁸, en la cual un padre solicita la custodia compartida de su hija, *de casi 12 años de edad*, y la madre se opone rotundamente. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda formulada por este padre concertando, así, una custodia compartida.

⁶⁷ Richard Gardner definió este fenómeno en la segunda edición de su libro: “*The Parental Alienation Syndrome (1998)*”. Estados Unidos: ISBN 0-933812-42-6, 25-26.

⁶⁸ STS 25.4.2016 (RJ 2016,277).

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, la madre formula recurso de apelación, desestimado por Sentencia, de fecha 25 de abril de 2016, dictado por la Sección 9.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante.

Más adelante, y no conforme con ello, la madre interpone nuevamente recurso –en este caso, de casación- contra la resolución dictada en segunda instancia, donde alega que existe “... una total desavenencia de la menor y su padre con los consiguientes problemas que está generando la adopción del sistema de custodia compartida”; como consecuencia de ello, se denuncia la infracción del artículo 92 del Código Civil en relación con el principio del interés superior del menor.

Cabe resaltar que la menor, antes de dictarse la sentencia por la que se acuerda la custodia compartida, sí tenía relación con su padre. No obstante, en las exploraciones realizadas manifiesta su voluntad de no tener relación alguna con su padre, si bien no formula una causa razonable que así lo argumente y que sirva de fundamento a su intención ahora manifestada.

Para concluir, mediante Sentencia, de fecha 22 de septiembre de 2017⁶⁹, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el recurso de casación formulado por esta madre es desestimado. Nuestro Alto Tribunal aduce que, con cimiento en el concepto de interés del menor, se debe preservar “... el mantenimiento de sus relaciones familiares”, debiendo proteger “... la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas”, y que “... los progenitores son los que han de velar por no influir negativamente en las opiniones de su hija, permitiéndole un armónico desarrollo de su personalidad, evitando las dependencias afectivas insanas y las manifestaciones verbales injuriosas contra el otro progenitor o su familia.”

En esta sentencia se deja entrever que, a pesar de no hacer alusión de forma expresa al concepto del “síndrome de alienación parental” al que nos referimos en esos instantes, es una evidencia que se da actualmente y estará en manos de los Juzgados de Familia el entrar a valorar si ese rechazo por parte de un menor hacia su progenitor tiene algún tipo de fundamento motivado.

En cualquier caso, el menor y, por consiguiente, su mejor desarrollo personal es lo primordial, por lo que se recomienda en todo momento desenvolver las crisis conyugales o de pareja de la forma más respetuosa y amistosa posible, velando siempre por el bienestar de los hijos y garantizando el contacto entre cada uno de los progenitores y los menores, evitando cualquier tipo de interferencia grave que pueda dañar la salud psicológica de estos últimos.

⁶⁹ STS 22.9.2017 (RJ 2017,519).

8. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En correspondencia a la afinidad paterno filial y los vínculos y lazos especiales que unen a progenitores e hijos, llegados a este punto, juzgamos crucial e imprescindible exponer con algo más detalle el significado y noción del “interés superior del menor”⁷⁰ al que se ha venido aludiendo en incontables ocasiones a lo largo de este trabajo.

En relación con esta cuestión, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, aplicable a los menores de dieciocho años que se hallen en área española, establece en su artículo 2 el significado de *favor filii*, el cual denomina como principio general del Derecho y pauta de verificación de los derechos fundamentales del menor.⁷¹

Con todo ello, comprendemos que el interés superior del menor se reconoce como sustancial y principal, tanto en el ámbito público como privado, en el supuesto de coincidir con otro interés legítimo, valorándose distintos factores para comprender el sentido de este principio, para lo cual resulta imprescindible fijarse en las circunstancias⁷² específicas de cada asunto. Esto abarca el cuidado del desarrollo del menor y su crecimiento, sus necesidades vitales, como las formativas, pedagógicas, sentimentales y emotivas, la dedicación y esmero de las voluntades y deseos, pensamientos y pareceres del menor, la intervención o aportación en la causa en función de su madurez, tanto cognitiva como ejecutiva. Sea como fuere, esta actividad consiste en asegurar el desarrollo propicio⁷³ en un marco familiar unido y la conservación de sus lazos familiares, siempre que no le resulte nocivo, destructivo o perjudicial para su desarrollo personal.

Siguiendo esta línea de pensamiento, como tutela de los derechos fundamentales y formación independiente de la personalidad del menor, su repercusión sobre la defensa de la vida familiar comprende, sin discriminación, todas las relaciones familiares, con independencia de la naturaleza conyugal o no de las mismas. Las valoraciones a llevar a cabo se han de efectuar siempre teniendo en consideración determinadas características, como la edad y raciocinio del menor, así como la solidez y el equilibrio de las soluciones propuestas con el objeto de incentivar la efectiva incorporación o desarrollo del menor en la sociedad. Por añadidura, el menor goza del derecho a ser instruido, escuchado, atendido⁷⁴ y a formar parte del proceso en el que esté implicado de manera activa, siempre y cuando se evidencie que sea beneficioso para éste.

⁷⁰ SAP de Almería (Sec.1ª) de 31.5.2003 (JUR 2003, 152845).

⁷¹ ZANON MASDEU, L:(1996), “*La guardia y custodia de los hijos*”, Barcelona: Bosch, 41.

⁷² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “*La concreción del interés...*” cit., p.13.

⁷³ GARCÍA GARNICA, M.C: (2008) “*Protección de los Menores en los procesos de separación y divorcio*”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y otros: “*Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*”, Navarra, España: editorial Aranzadi, primera edición, 52.

⁷⁴ El art.9 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor en su primer y segundo apartado establecen la necesidad de escuchar al menor mayor de doce años, o menor de esa edad que tuviere suficiente juicio, antes de resolver cualquier asunto que le afectare.

En todo caso, en último término, cabe indicar y reiterar una idea fundamental: al tratarse de un concepto jurídico indeterminado⁷⁵, para la exégesis y aclaración del interés superior del menor se debe uno servir de los criterios mencionados anteriormente, que atienden a parámetros tales como la edad y la capacidad de madurez, las necesidades físicas, emocionales y educativas, al no constar pautas fijadas, dadas las disparidades individuales intrínsecas de cada menor.

Para finalizar, y desde una perspectiva más global del presente trabajo, cabe concluir señalando y reiterando la idea principal, que es la de priorizar el interés superior del menor en todo momento, que en muchas ocasiones se ve menoscabado por conflictos internos en el seno del grupo familiar y en los que, indefectiblemente, se ven involucrados los menores. En este contexto, se hace preciso insistir en que el menor es el sujeto más importante a tener en cuenta a la hora de considerar la concesión de la guarda y custodia a cualquiera de los progenitores, puesto que tiene capital importancia en el desarrollo tanto personal como educativo del menor. Como consecuencia de ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia actual se inclinan por establecer un régimen de custodia compartida, de modo que el menor pueda relacionarse con ambos progenitores de forma igualitaria. Claro que esta no deja de ser una cuestión controvertida, puesto que, al margen de su regulación formal, en muchas sociedades occidentales –y particularmente en nuestro país- existen datos derivados de estudios estadísticos que ponen de manifiesto que son las madres, en un mayoritario porcentaje, quienes obtienen la concesión de la guarda y crianza de los menores. Sin duda, y a pesar de los enormes avances que en las últimas décadas se han producido en materia de igualdad de género, ello no obsta para que en el imaginario social pervivan todavía estereotipos que sitúan a la mujer en su rol de cuidadora, a pesar de los enormes cambios que han supuesto, sobre todo, la progresiva e irreversible incorporación de las mujeres al mundo laboral.

Así, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, cabe mencionar que el Juez tendrá la potestad de convenir la guarda y custodia compartida siempre y cuando se fundamente que, únicamente a través de esta medida, se protege adecuadamente dicho interés superior del menor. Es decir, solamente se procederá con este sistema en el caso de que se considere la custodia compartida como la medida más idónea y ajustada al menor; en caso contrario, se declararía inoportuno.

Así las cosas, la prioridad por un régimen u otro resulta determinada por el interés superior del menor, quedando esto reflejado en la jurisprudencia.

De este modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10.1.2012⁷⁶, (citando las sentencias STS 11.3.2010⁷⁷, 21.2.2011⁷⁸, 7.7.2011⁷⁹), corrobora que hay que puntualizar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas, así como sus inconvenientes, y, consecuentemente, lo que ha de primar es aquel método que en cada caso concreto se adapte mejor al menor y a su beneficio. En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 27.4.2012⁸⁰, cuando afirma que “*el fin último de la*

⁷⁵ COLÁS ESCANDÓN, A.M.: “*Consecuencias penales y civiles...*”, cit., p.27.

⁷⁶ STS 10.1.2012 (RJ 2012, 3642).

⁷⁷ STS 11.3.2010 (RJ 2010, 2340).

⁷⁸ STS 21.2.2011 (RJ 2011, 2362).

⁷⁹ STS 7.7.2011 (RJ 2011, 50089).

⁸⁰ STS 27.4.2012 (RJ 2012, 6105).

norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este”.

No obstante lo anterior, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción se deja a los Jueces y Tribunales, quienes habrán de configurarlo caso por caso, la revisión en casación de los casos de guarda y custodia sólo puede realizarse si el Juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la resolución que se recurre. Así se pone de manifiesto, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo, STS 7.6.2013⁸¹, STS 9.3.2012⁸², STS 22.7.2011⁸³ y STS 21.7.2011⁸⁴. Si algo tienen en común las anteriores resoluciones citadas es que van configurando y concretizando los contenidos materiales de un concepto jurídico indeterminado como el del “interés superior del menor”. En este sentido, en las cuatro sentencias anteriores se hace explícito que en el caso de que el recurrente no alegase en ningún caso la infracción del principio del interés del menor, y no justificase en el recurso de casación que la sentencia recurrida haya atendido incorrectamente al interés del menor, el motivo sería desestimado.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, se hace muy difícil precisar en qué consiste tal interés superior del menor a falta de una lista de criterios que lo señalen; sin embargo, trayendo a colación para este caso la STS de 8.10.2009⁸⁵, se señala que el CC contiene una cláusula abierta que obliga al Juez a acordar la custodia compartida siempre en interés del menor. Tales pronunciamientos han sido reproducidos en otras múltiples sentencias.⁸⁶

Es decir, debe primar el interés superior del menor, y como se ha puesto de manifiesto en la mayoría de las sentencias a las que se ha hecho referencia, una custodia compartida sería lo más ajustado, puesto que le permite interactuar y mantener relaciones con ambos progenitores.

⁸¹ STS 7.6.2013 (RJ 2013, 3943).

⁸² STS 9.3.2012 (RJ 2012, 154).

⁸³ STS 22.7.2011 (RJ 2011, 579).

⁸⁴ STS 21.7.2011 (RJ 2011, 578).

⁸⁵ STS 8.10.2009 (RJ 2009, 4606).

⁸⁶ STS 10.3.2010 (RJ 2010, 2329), STS 11.3.2010 (RJ 2010, 2340), STS 29.4.2013 (RJ 2013, 3269).

9. CONCLUSIONES

PRIMERA: El sistema de conexión paterno-filial emana en el entorno del Derecho Familiar, y se apoya en que al menor se le atienda como sujeto y no como objeto en el momento en el que sobrevengan circunstancias turbulentas o problemáticas entre adultos. Se procura, o –más bien- se aspira a respaldar que el menor se comunique diariamente y como hábito con ambos progenitores y sus allegados, de tal manera que pueda disfrutar de un ambiente lo más confortable, grato y estable posible, que garantice su equilibrio emocional y simplifique o agilice el más íntegro progreso y elaboración de su carácter e identidad.

SEGUNDA: Es sabido que, tras una crisis conyugal, uno de los impactos que se pueden verificarse es la separación o el divorcio, de los cuales se desprende la idea del reparto de la custodia del hijo en común.

El legislador de 2005 implanta una cadena de pautas o principios generales, pero no delimita de forma específica y clara los criterios que han de ser valorados por el Juez para determinar la modalidad de guarda que resulte más adecuada a cada supuesto. Sin embargo, sí establece palmariamente que se debe priorizar el interés del menor.

Cabe añadir que el modelo más deseable según el Tribunal Supremo después de una importante evolución en esta materia, debe ser el del régimen de custodia compartida, al creer conveniente que el menor se relacione de igual manera con ambos progenitores. Si bien es cierto que a partir de la reforma del Código Civil y los pronunciamientos del TS, los Jueces y Tribunales son más propensos a su implantación, en la práctica no se ha producido un incremento revelador de las resoluciones acordando esta modalidad de guarda y custodia: en 2013, la custodia de los hijos menores fue conferida a la madre en el 76,2% de los procesos; en el 5,5% de los casos la custodia la obtuvo el padre, y en el 17,9% de los supuestos de separación de ese año la custodia fue compartida.

TERCERA: Entre las modalidades de incumplimiento se encuentra la de no entregar al menor al progenitor que no ostenta su guarda y custodia, el retraso o la demora intencional y consciente de la entrega del menor al progenitor no conviviente o la no devolución del menor, entre otras. De este modo, dicha desobediencia tendrá consecuencias civiles e, incluso, penales, pues el Código Penal plasma en su artículo 226 la conducta del abandono familiar como delito.

CUARTA: La modificación de la Ley 26/2015 de 28 de julio de transformación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, lleva aparejada una reforma trascendental de nuestra regulación jurídica en el Código Civil. Particularmente, encontramos un vuelco en el art.160 CC, en el cual se concede preferencia al derecho de los menores a tratar con sus ascendientes, cuando inicialmente se presentaba el privilegio de tal derecho exclusivamente al progenitor.

QUINTA: El fallo de la STS del 30 de junio de 2009 posee, a estos efectos, una importancia crucial, ya que por primera vez se admite la indemnización requerida por daños morales al progenitor que se encuentra impedido de verse con su hijo por conductas que lleva a cabo el otro progenitor: v.gr., cuando lo traslada consigo a otro país, a pesar de gozar el primero de la guarda y custodia del menor.

Aun así, nos encontramos ante una materia que trae consigo dificultades a la hora de aplicar la ley, puesto que existen diferentes pronunciamientos e, incluso, lagunas jurídicas respecto a la exigencia de resarcimiento de este tipo de daños. Este panorama propicia que algunas Audiencias Provinciales continúen negando la posibilidad de reclamar una indemnización de los daños morales. No obstante, mantenemos que estos son perfectamente susceptibles de resarcimiento, teniendo presente las concretas circunstancias de cada supuesto.

SEXTA: Por responsabilidad se entiende la obligación de reparar las consecuencias lesivas para los derechos o intereses de otra persona, derivadas de la actuación propia o ajena, procedentes del incumplimiento de contratos, o bien de daños producidos por culpa o negligencia. En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, este concepto implica que se haya originado un daño, que ha de ser resarcido, si bien resulta independiente de cualquier relación jurídica preexistente entre las distintas partes. Así viene estipulado en el art. 1902 Código Civil, en virtud del cual, “... *el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Así las cosas, el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción es de un año, tal y como señala el art. 1968 Código Civil. Por lo demás, en aras a determinar si corresponde aplicar las normas de la responsabilidad civil extracontractual, debe comprobarse que se dan los siguientes elementos necesarios para ello: 1) acción u omisión interviniendo culpa o negligencia; 2) un daño, como elemento fundamental en esta materia; y, por último, 3) una relación de causalidad entre la conducta o actividad del sujeto eventualmente responsable y el daño que se le imputa.

SÉPTIMA: Dada la brevedad del plazo de prescripción de la acción de daños extracontractuales, que es de un año (tal y como establece el art. 1968.2º CC), el inicio del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria, esto es, la determinación del momento exacto en el que el plazo empieza a correr, pasa a ser un asunto controvertido, acerca del cual se plantean diversas posibilidades. La primera consiste en que el plazo de un año comience desde la fecha en que el progenitor que ostenta la guarda y custodia imposibilita al otro progenitor a relacionarse con el menor; mientras que la segunda propone que se compute desde la mayoría de edad del hijo, cuando concluya el ejercicio de la patria potestad, que es cuando el progenitor es consciente de forma indiscutible de tal obstrucción respecto al hijo, aunque se requiere que sea acreditado como un daño prolongado. A estos efectos, la jurisprudencia mantenía con anterioridad que el año computaba desde que se ocasionaba el daño, suponiendo que los afectados sabían desde entonces los posibles agravios y podían llevar a cabo la acción oportuna. No obstante, la doctrina más actual entiende que en caso de hallarnos ante daños continuados, imposibles de fraccionar en periodos de tiempo diferentes, el plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del resultado definitivo, que sería el momento en el que se viese como improbable la continuación de los daños, la aparición de otros nuevos o el agravamiento de los anteriores.

OCTAVA: Queda comprobado que los daños morales ostentan una complejidad probatoria y parece difícil ponderar la indemnización que le compete a un sujeto por haberle causado un mal o deterioro en lo que a los sentimientos o emociones se refiere. Tal resarcimiento es propio de los supuestos en los que se ve obstaculizado uno de los progenitores en el disfrute de la compañía del menor por el otro progenitor de forma abusiva y arbitraria. El hecho de que nos encontremos ante una laguna o un vacío legal respecto a los índices establecidos o criterios predeterminados que implanten el importe resarcible, conlleva que nos sirvamos de propuestas mayoritariamente subjetivas. No obstante, ha de tratarse de una suma sensata y prudente.

NOVENA: La figura del menor se fija como la del individuo más débil, al verse envuelto en una situación en la que resulta penosamente salpicado de pleno, y cuya protección ha de garantizarse en la mayor medida posible. De ahí, que surja un principio en el Derecho, el del “interés superior del menor”, a través del cual se promueve y se respalda su efectiva seguridad y salvaguarda. Por otro lado, la naturaleza abstracta e imprecisa de este concepto dificulta una interpretación constante o estable, asignándole al Juez un cierto margen de discrecionalidad a la hora de resolver. No obstante, el artículo 2 de la LO 1/1996 detalla que tal noción puede valer como orientadora y una aproximación en aras a respetar la seguridad jurídica. De esto se desprende que la defensa jurídica del menor gira en torno al centro de su beneficio superior materializado en la total e indispensable complacencia de sus intereses.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: (2015), *“Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio”*, Dykinson.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R (Coordinador), (2011), *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*. Segunda Edición, BERCAL, S.A. pp.97-110.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (Director), (2016), *Las Modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch.

BLANCO BAREA, M.J.: (2004), *“El derecho del menor a la patria “potestad de hecho” y a relacionarse con los progenitores biológicos”*, (El “uso terapéutico del derecho” en interés superior del menor), *Revista General Informática de Derecho*.

BOSQUES HERNÁNDEZ, G.J.: “Comentario a la STS 30 junio 2009”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83, 2010, pp. 885 y ss.

CALZADILLA MEDINA, M. ^a A., Comentario del art.94 CC, *“Código Civil comentado”*, p.528.

CAÑIZARES LASO, A; DE PABLO CONTRERAS, P; ORDUÑA MORENO, J.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R-: (2011), *“Código Civil comentado”*, vol. 1, 2ª edición, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *“Consecuencias penales y civiles derivadas del incumplimiento por uno de los progenitores del régimen de relaciones personales con sus descendientes (a propósito de la sentencia del Juzgado nº 19 de Madrid de 24 de octubre de 2014)”*, Boletín del Ministerio de Justicia, nº 2177, 2015.

DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A.: (2009), *“Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: Problemas y alternativas”*, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: *“La Protección del menor en las rupturas de pareja”*, primera edición Navarra: editorial Aranzadi.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: (2012), *“Responsabilidad por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos”*, que está en el libro colectivo titulado *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, De Verda (coordinador), Aranzadi, pp. 354 ss.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Resarcimiento de daños por incumplimiento de las medidas personales de la sentencia de divorcio: de la reflexión teórica a los tribunales de justicia”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil número 1/2012.

DÍEZ PICAZO, L.: (1964), “La prescripción en el Código Civil”, Barcelona: Bosch.

-“Derecho de daños”. (1999), Madrid: Civitas.

- “Fundamentos del Derecho civil patrimonial. V. La responsabilidad civil extracontractual”. (2011), Madrid: Civitas.

- “El escándalo del daño moral”. (2008), Madrid: Civitas.

ECHARTE FELIU, A.M.: (2000), “Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial”, Granada: Comares, p.114.

FERRER RIBA, J: (2010), “Relaciones familiares y límites del Derecho de daños”. Barcelona: Indret 04/2001.

GARCÍA GARNICA, M.C: (2008), “Protección de los Menores en los procesos de separación y divorcio”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y otros: “Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar”, Navarra, España: editorial Aranzadi, primera edición.

GARCÍA PASTOR, M: (1997), “La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales”, primera edición, Madrid: editorial McGraw-Hill.

GARDNER, R.: (1985), “El Síndrome de Alienación Parental”, segunda edición, p. 25 y ss.

GAYA SICILIA, R., (enero-marzo 2002), “El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos”. ADC, TLV, fasc. I.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M.: (2010), “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la STS de 30 de junio de 2009)”, en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3, pp. 169 y ss.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: (2014), “La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Valencia: Tirant Lo Blanch.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: (2001), “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, Revista de Derecho de Daños, Daños en las relaciones de familia, número 2, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, , pp. 285 y ss.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (Director)/JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (Coordinador): (2014), *“Patria potestad, guardia y custodia, Congreso IDADFE 2011”*, Volumen I, Madrid: Editorial Tecnos, Grupo ANAYA, S.A.

MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D.: *“Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo”*, en *InDret* 2/2010.

MARÍN GARCÍA, I.: *“Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, pp. 1369 y ss.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: *“Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales. Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI”*: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia 2004.

- (2006), *“Aplicación del Derecho de Daños al incumplimiento del régimen de visitas”*, Daños en el Derecho de Familia, De Verda y Beamonte (coordinador), Pamplona: Aranzadi.

MARTÍN CASALS, M.: (2011), *“Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”*. ADC, Vol. 64, núm.2.

MORENO VELASCO, V.: (28 abril 2009), *“La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas”*, Diario La Ley, número 7163.

PANIZA FULLANA, A.: *“Filiación impugnada: prescripción y daños continuados”*; Aranzadi Civil-Mercantil, nº 9/2011 BIB 2010/2871.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *“Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999”*, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm.52, 2000.

RAMOS MAESTRE, A.: (2012), *“La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas”*, que está en el libro colectivo titulado *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coordinado por Moreno Martínez, Madrid: Dykinson, pp. 383 ss.

RIVERO HERNANDEZ, F.: (1997), *“El derecho de visita”*, Barcelona: Bosch, pp.390 y 391.

- (2000), *“El interés del menor”*, Madrid: Dykinson, pp.98 y 99.

ROCA TRÍAS, E.: (2000). *“La responsabilidad en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”*, Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, Moreno Martínez (coordinador), Madrid: Dykinson.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: (2009), *“Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS 30 de junio 2009)”*, Anuario de Derecho Civil.

- *“Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales”*, (2009), Madrid: Thomson Civitas.

- *“Remedios jurídicos frente a la obstaculización del derecho de visita del progenitor no custodio”*, (2014), Patria potestad, Guardia y Custodia, Idadfe, 2001, volumen I, Tecnos.

- Familia y Responsabilidad Civil, (1 de octubre 2015), *“Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños en el ámbito de la familia”*, Nº8, La Ley Derecho de Familia.

ROMERO COLOMA, A.M.: *“La aplicación del artículo 1902 CC a los incumplimientos del régimen de visitas”*, Revista Aranzadi Doctrinal número 7/2013.

- *“Incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor no custodio: problemática jurídica”*, (19 de enero de 2011), La Ley, nº 7550.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. (2014), *“La tipicidad de los daños intrafamiliares en la jurisprudencia española. Necesidad y oportunidad de la tutela aquiliana en el ámbito familiar”*, Práctica de Derecho de Daños, nº 121.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *“Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”*. Diario La Ley (digital), año XXIII, núm. 5669, 4 de diciembre de 2002(doctrina).

ZANON MASDEU, L: (1996), *“La guardia y custodia de los hijos”*, Barcelona: Bosch.

ANEXOS

Resoluciones Judiciales:

-Sentencias del Tribunal Supremo:

STS de 28.6.1988 (RJ 1988, 4991)

STS 25.6.1990 (RJ 1990, 4889)

STS de 30.10.1990 (RJ 1990, 7784)

STS 30.4.1991 (RJ 1991, 3108)

STS 22.7.1999 (RJ 1999, 11277)

STS 30.7.1999 (RJ 1999, 11101)

STS 23.11.1999 (RJ 1999, 8278)

STS 24.4.2000 (RJ 2000, 415)

STS 30.6.2009 (RJ 2009, 5490)

STS 8.10.2009 (RJ 2009, 4606)

STS 10.3.2010 (RJ 2010, 2329)

STS 11.3.2010 (RJ 2010, 2340)

STS 14.7.2010 (RJ 2010, 4459)

STS 21.2.2011 (RJ 2011, 2362)

STS 7.7.2011 (RJ 2011, 50089)

STS 21.7.2011 (RJ 2011, 578)

STS 22.7.2011 (RJ 2011, 579)

STS 10.1.2012 (RJ 2012, 3642)

STS 27.4.2012 (RJ 2012, 6105)

STS 9.3.2012 (RJ 2012, 154)

STS 29.4.2013 (RJ 2013, 3269)

STS 7.6.2013 (RJ 2013, 3943)

STS 29.11.2013 (RJ 2013, 757)

STS 8.5.2015 (RJ 2015, 251)

STS de 9.11.2015 (RJ 2015, 621)

STS 26.11.2015 (RJ 2015, 4900)

STS 25.4.2016 (RJ 2016, 277)

STS 13.01.2017 (RJ 2017, 14)

STS 22.9.2017 (RJ 2017, 519)

STS 23.3.2018 (RJ 2018, 171)

-Sentencias de las Audiencias Provinciales:

SAP de Barcelona, Civil Sec.12ª, 5.12.2000 (JUR 2001, 93748)

SAP de Murcia, Civil, Sec.1ª, 30.1.2001 (JUR 2001, 219493)

SAP de Madrid, Civil, Sec.11ª, 21.6.2001 (JUR 2001, 252828)

SAP de Cádiz, Civil, Sec.2ª, 8.4.2002 (AC 2002, 1064)

SAP de Almería, Civil, Sec.1ª, 31.5.2003 (JUR 2003, 152845)

SAP de Barcelona, Civil, Sec.5ª, 14.5.2004 (JUR 2004, 174562)

SAP de Navarra, Civil, Sec.2ª, 25.1.2006 (JUR 2006, 100346)

SAP de Valencia, Civil, Sec.11ª, 20.2.2006 (JUR 2006, 207982)

SAP de León, Civil, Sec.2ª, 2.1.2007 (JUR 2007, 59972)

SAP de Madrid, Civil, Sec.1ª, 3.7.2008 (JUR 2008, 283083)

SAP de Valencia, Civil, Sec.10ª, 15.09.2009 (JUR 2009, 537)

SAP de Palma de Mallorca, Civil, Sec.4ª, 17.5.2011 (JUR 2011, 172)

SAP de Palencia, Civil, Sec.1ª, 18.7.2017 (JUR 2017, 207)