

RESUMEN

PRÓDIGO. CURATELA PATRIMONIO. DERECHO DE ALIMENTOS

El pródigo es la persona que de forma habitual malgasta su patrimonio, de forma desordenada e irreflexiva, sin que estemos ante un supuesto de incapacidad en el sentido del artículo 200 del Código Civil, sino ante una restricción o limitación de la capacidad de actuación de un sujeto que pone en peligro los derechos de alimentos de los parientes que tienen derecho a percibirlos o están en situación de reclamárselos. Se protege un interés privado familiar (derecho de alimentos de cónyuge, descendientes o ascendientes), sin que tal protección alcance al declarado pródigo. Se le somete a curatela, determinando la sentencia qué concretos actos debe realizar el pródigo con la asistencia del curador, pues, no es este un representante legal, pues, en último término quien consiente es el pródigo.

ABSTRACT

SPENDTHRIFT. GUARDIAN SHIP HERITAGE. FOOD RIGHT

The spendthrift is the person who of habitual form wastes his heritage of untid and unthinking form, without we are before a supposition of disability in the sense of article 200 of the Civil Code, but before a restriction or limitation of the capacity of action of a subject that puts in danger the food rights of the relatives who have right to perceive them or to be in situation to proclaim itself them. There is protected a private familiar interest (food right of spouse, descendants or ascendancies) without such a protection reaches the declared spendthrift. One submits him to guardianship, determining the judgment that concrete acts the bountiful one must realize with the assistance of the guardianship, so it's not this one a legal representative so, in last term who consents is the spendthrift.

INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y DAÑOS MORALES

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

*Doctora en Derecho. Abogada especializada en Derecho de Familia y Sucesiones.
Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica de Jerez de La Frontera*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.—II. INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y DAÑOS MORALES: PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2009.—III. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El artículo 160 de nuestro Código Civil contempla el derecho de visita de los progenitores en los siguientes términos: «los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial».

El derecho de visita hay que analizarlo desde la perspectiva del Derecho de Familia y en el marco de las relaciones paterno-filiales, una vez producida una crisis conyugal que aboca a la separación de los progenitores, o al divorcio de estos.

La visita, propiamente dicha, es un derecho del progenitor, pero también es, obvio es decirlo, un deber de este para con sus hijos menores de edad. Es el progenitor custodio el que debe facilitar y cooperar, en todo momento, para que el otro progenitor, el no custodio, encuentre la disponibilidad adecuada en orden a ver a sus hijos, estar con ellos, disfrutar de su compañía y, en definitiva, compartir con ellos momentos de ocio y diversión, siempre en un régimen de visitas previamente estipulado y homologado por la correspondiente resolución judicial, cuando la crisis conyugal se ha producido de mutuo acuerdo, o por medio de la correspondiente sentencia de separación o divorcio en procesos contenciosos, en los que no hay acuerdo entre las partes.

Cuando ese derecho-deber es sistemáticamente conculado por uno de los progenitores, se produce el concepto de «incumplimiento», y a esos incumplimientos hay que dar respuesta, solución o remedio eficaces, ya que el Ordenamiento Jurídico no puede permanecer impasible, pasivo, ante este tipo de situaciones que influyen negativamente no ya solo en el progenitor que sufre esos incumplimientos, sino —lo que puede ser aún más grave— en los hijos, en perjuicio del principio, fundamental, del *favor filii*. En consecuencia, se trata de determinar si, en este marco familiar, ante incumplimientos graves, puede el progenitor perjudicado solicitar una indemnización por daños morales, cuestión esta que analizo a continuación a través del estudio de una interesante sentencia que fue dictada por nuestro Tribunal Supremo en fecha 30 de junio de 2009.

II. INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y DAÑOS MORALES: PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2009

Antes de entrar en el análisis de esta problemática de Derecho de Familia, conviene hacer una breve referencia al Derecho Comparado. Efectivamente, el Ordenamiento Jurídico italiano se planteó seriamente la cuestión del resarcimiento de daños por las consecuencias que acarreaban los incumplimientos del régimen de visitas. En este sentido, una sentencia dictada por un Tribunal de Roma, en fecha 13 de junio de 2000, se ocupó de los daños resarcibles al progenitor que no tenía la guarda y custodia. Para la doctrina jurisprudencial italiana, el daño personal no se reduce al daño biológico, sino que se amplía al derecho a la salud, entendida en el sentido que le atribuyó la Organización Mundial de la Salud, como completo bienestar físico, mental y social, y no solo como ausencia de enfermedad. En relación con este caso, el Tribunal de Roma había dispuesto la separación de los cónyuges por medio de sentencia de 4 de febrero de 1992. A la madre le fue confiada la guarda del hijo menor, que tenía entonces cinco años, estableciéndose un régimen de visitas para el progenitor. A la madre se le otorgó el uso de la vivienda familiar y se fijó una pensión alimenticia para el hijo, a cargo del padre, de 700.000 liras mensuales. Ante la negativa reiterada de la madre a que el padre viera a su hijo y lo tuviera consigo, de acuerdo con lo previsto en la sentencia, el padre, como titular de la patria potestad, interpuso una demanda, por sí y en representación del hijo, reclamando la reparación del «daño biológico» y del «daño moral» sufrido por ambos. La demanda se apoyaba en los artículos 2 y 32 de la Constitución italiana, ya que en dichos preceptos se reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la tutela de la salud

respectivamente; y en los artículos 2043 —equivalente al art. 1902 de nuestro Código Civil— y 2059 del Codice Civile que contempla el resarcimiento por hecho ilícito y los denominados daños no patrimoniales respectivamente, señalando para estos últimos que «el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados en la ley».

El progenitor alegaba que él siempre había cumplido y seguía cumpliendo sus deberes de mantenimiento del hijo y que la madre se había negado injustificadamente, pese a la intimidación por telegramas —ya que había enviado diecisésis desde que el hijo tenía cinco meses— y por medio de parientes, para poder ejercer tal derecho. Señalaba, asimismo, que había evitado recurrir al Juez competente, porque tal iniciativa habría terminado por incidir fuertemente en la moral y en la serenidad del hijo menor, con el consiguiente daño psicofísico.

En cuanto a la madre, en su contestación a la demanda, alegaba que el actor, un mes después del nacimiento del hijo, se había desinteresado, dejando el hogar conyugal, salvo alguna fugaz aparición en la vivienda. Apoyaba su contestación en un argumento que resultaba curioso, tal como expresaba Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: «el niño no conoce al padre, no por culpa de la madre, sino por el hecho de que ella ha debido reconstruir su existencia con otro hombre quien, además, quiere muchísimo al niño y, consecuentemente, el niño tiene la figura del padre en el amigo de la madre; por eso, muy preocupada por el efecto emotivo que puede causar en el niño confiarlo, aunque sea por un solo día, a una persona totalmente desconocida, intentó evitarle cualquier encuentro con el padre».

Estando en curso esta causa, el Tribunal Civil de Roma, por sentencia de 3 de octubre de 1997, resolvió la disolución del matrimonio, confiando al hijo a la madre y estableciendo un régimen de visitas similar al señalado en la sentencia de separación.

El Tribunal de Roma, en relación con la problemática planteada en torno a los daños resarcibles, como cuestión previa, estimó que el progenitor no podía representar al hijo menor para hacer valer sus derechos contra la madre, porque carecía de legitimación para el proceso, pues, al no tener el ejercicio de la patria potestad, no podía tener la representación del hijo. De otro lado, existiendo un conflicto de intereses entre el hijo y la madre, el progenitor debía, con anterioridad a haber interpuesto la demanda resarcitoria, haber propuesto que se designara un *curatote speciale*, un a modo de defensor que lo representara en juicio, según los términos del artículo 163 del Código Civil español, que representase al menor procesalmente incapaz.

En cuanto a la pretensión resarcitoria del progenitor, se estimó probado que la falta de posibilidad para el actor de ejercitar su derecho-deber de visita a su hijo era imputable a la madre. Los razonamientos del Tribunal italiano sobre la importancia del régimen de visitas, a efectos de la trascendencia que tienen para el tema objeto de estudio, fueron los siguientes:

- 1.^º Es evidente el rol central que, de hecho, asume el progenitor que tiene la guarda para consentir las relaciones familiares entre el hijo menor y el otro progenitor, siendo que esa relación debiera ser consentida o, mejor aún, favorecida, en el preeminente interés del menor, con el fin de conseguir la necesaria y completa formación social y educativa del menor, en función de los artículos 30 de la Constitución italiana y 147 y 148 del Codice Civile.
- 2.^º El derecho de visita del progenitor no guardador —no custodio— constituye, para él, también, un verdadero deber hacia el hijo, sobre todo en

el orden interno y moral, en atención a los vínculos que los ligan, las funciones socioeducativas a cumplir y los graves perjuicios que pueden producirse en caso de incumplimiento.

- 3.^º El Tribunal estimó que el comportamiento de la madre hacia el progenitor era injustificado e ilícito. A este respecto hay que apuntar lo expresado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, al afirmar que no puede discutirse que la obstrucción del derecho a mantener comunicación con el hijo es una conducta antijurídica, si bien la sentencia no emplea esta terminología, pero sí insiste en que las visitas estaban fijadas por resoluciones judiciales, sentencias de separación y divorcio, y que la demandada había actuado en contra de lo ordenado en esas resoluciones judiciales.

SCANDURRA, al comentar esta interesante y carismática sentencia, afirmaba que el comportamiento de la madre fue doloso, ya que violó el derecho-deber del otro progenitor a participar en la educación e instrucción del hijo y obstaculizó el armónico y completo desenvolvimiento de este último.

Las sentencias de separación y de divorcio constataron la conducta obstrucciónista de la madre-guardadora —madre custodia— al régimen fijado judicialmente. De ahí que la mujer incurriera en responsabilidad subjetiva, lo que derivó en una serie de consecuencias perjudiciales, dañosas, para el progenitor, de entre las que cabe señalar las siguientes:

- 1.^º Daños biológicos, como categoría específica o, en otros términos, daños a la salud psicofísica del padre. Hay que resaltar que la salud es un bien tutelado por el artículo 32 de la Constitución italiana, al prever «la tutela de la salud como fundamental derecho del individuo». Se trataba de un daño emergente derivado de las prolongadas turbaciones neuropsíquicas, del dolor, de las ansias y de la angustia producida por no haber podido satisfacer sus legítimos derechos de padre, con consecuencias perjudiciales en su propia vida de relación, tanto en lo que respecta a las relaciones parentales, como a las sociales y recreativas, entre otras; así como la disminución que incide fuertemente en la salud psicofísica de la persona y también en su proyección futura y, por ello, de concreta y permanente relevancia biológica. En definitiva, se consideró un supuesto de ataque a la integridad psicofísica, por lo que se emplearon unos baremos concordantes con la tabla de invalidez para la cuantificación del daño biológico sufrido por el progenitor, lo que implicó que el daño biológico fuera ampliamente valorado.
- 2.^º Daños morales, al no haber podido cumplir el progenitor tan importantes deberes hacia el hijo —el deber (y derecho) de visitas en lo que supone de vida relacional de carácter paterno-filial—, ni satisfacer su derecho a conocer al hijo, a frecuentarle y educarle (o, al menos, participar en su educación y formación), en razón y en proporción de su propio sentido de la responsabilidad y del prolongado, pero en vano, empeño puesto en ser satisfecho en dicho derecho, dadas las circunstancias cumplidamente acreditadas, y verificadas, en el caso.

Se estimó que el progenitor había sufrido un daño biológico y, en consecuencia, se aplicaron los baremos existentes para los supuestos de invalidez, como ya he apuntado anteriormente, considerando que se trataba de una invalidez psicofísica, que no generaba la imposibilidad de trabajar, del 9 por 100, concretado en 16.650.000 liras.

Por lo que respecta al daño moral, se liquidó sobre la base de un porcentaje del daño biológico, si bien un sector doctrinal italiano estimaba que esta liquidación era errónea, siendo, en cambio, adecuado presumir la existencia del daño, una vez acreditados los hechos. Estimó que se trataba de acreditar los hechos y, en concreto, los perjuicios para el progenitor, los cuales, efectivamente, quedaron cumplidamente verificados.

Por lo que concierne al daño moral, se otorgó la cantidad de 4.200.000 liras.

Hay que reseñar, asimismo, que, en este tipo de procesos, lo lógico es que existan también daños patrimoniales. Sin ir más lejos, estos daños son los derivados de los gastos que el progenitor haya tenido que desembolsar para hacer efectivo su derecho de visitas, más aún cuando reside en una localidad distinta —y distante— de la del hijo.

Volviendo ya a la problemática que generan los incumplimientos del régimen de visitas por el progenitor custodio en nuestro país, habría que entrar a valorar si, efectivamente, cabe, en la actualidad, hablar del resarcimiento de daños a los progenitores no custodios, en función de la vía del artículo 1902 de nuestro Código Civil. En este sentido, cabe citar un Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de diciembre de 2005, cuyo resultado hace pensar en que se ha abierto una vía al resarcimiento de daños y perjuicios y que es aconsejable seguir esta orientación, esta línea jurídica, si bien también hay que pensar que no está exenta de problemas y, sobre todo, que no es efectiva a corto plazo. Los hechos que dieron origen a la sentencia se remontan al año 1996, cuando ante la alcoholemia que padecía una madre y su propensión a la depresión, la Junta de Andalucía decretó la situación de desamparo de los dos hijos, de cuatro y cinco años, asumiendo la tutela *ex lege* y entregándolos en acogimiento preadoptivo. Más tarde, el Juzgado competente ratificó el desamparo y acordó la entrega en acogimiento preadoptivo a un matrimonio, pese a que existían ya informes médicos que acreditaban la rehabilitación de la madre, la cual solicitó, una vez recuperada totalmente, la revisión judicial de la decisión administrativa. Al cabo de cuatro años, o sea, en el año 2000, se estimó que «como el único dato negativo para el cuidado y atención de los hijos era la alcoholemia», y la madre se había rehabilitado, volvía a ser titular de la patria potestad. Pero, con respecto a los hijos, a pesar de estimarse que debían regresar con ella, a la vez, en la propia resolución se determinaba que ello resultaba imposible por los años transcurridos y el daño psicológico que ello iba a provocar, entendiendo que lo procedente era que se quedaran bajo la guarda y custodia del matrimonio de acogida y una indemnización sustitutoria de ejecución de la resolución para la afectada. Hay que hacer notar que en septiembre de 2004 la niña regresó con la madre, dejando voluntariamente a los padres de acogida, pero la Audiencia estimó que la madre no había recuperado a la hija, porque «la relación nunca podrá ser idéntica a después de haber perdido toda la niñez y la infancia».

No hace gala la resolución citada de una dicción adecuada. Hay que resaltar que «niñez» e «infancia» son términos sinónimos, por lo que, nombrados uno al lado del otro, presentan el mismo significado y son redundantes, siendo inútil su utilización conjunta, al no aportar nada nuevo.

El Juzgado de Familia decidió no ejecutar las decisiones favorables a reunir a los hermanos con la madre y acordó una indemnización de 72.000 euros. Por fin, la Audiencia de Sevilla elevó dicha cantidad, condenando a la Junta de Andalucía al pago de 1,4 millones de euros, estimando que era este el alcance del perjuicio moral sufrido.

La Audiencia consideró que, durante diez años, los derechos de los hijos a la afectividad, convivencia y ligazón con su madre habían sido ignorados y pisoteados. Lo que se fija, al fin y al cabo, es el precio de la pérdida de un hijo y el sufrimiento padecido por la madre por la expectativa de recuperar a sus hijos que le conferían las sucesivas resoluciones favorables, sufrimiento que se califica de «muy superior a la muerte». El concepto de «resarcimiento», en un tema como el debatido, no es, desde luego, el más adecuado, ni tampoco lo es, consecuentemente, poner precio a la pérdida de un hijo, porque estimo que no hay posibilidad de resarcir esa pérdida en una madre. Tengamos en cuenta que la madre no pudo disfrutar de sus hijos, de su afectividad, de su cariño, se le imposibilitó el contacto con ellos, y a todo ello se le quiere, después, una vez ya producido el daño —un daño ingente— poner precio, asignar una valoración económica a esos sufrimientos. Un sector doctrinal ha afirmado que la admisión del resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento del régimen de visitas en los casos que proceda, de acuerdo con las normas de derecho de daños, puede servir de medida preventiva para que no se produzcan otros casos similares.

La sentencia, en cualquier caso, es interesante —y carismática— en la medida en que se indemniza la privación de la convivencia, afectividad y ligazón de la madre con sus hijos, la frustración del derecho que se tiene a la relación con ellos —a la comunicación y estancias, en sentido amplio—, así como el dolor, el sufrimiento que ello produce y conlleva. Se está indemnizando, en realidad, el perjuicio moral sufrido y los daños a la salud, en cuanto se puso de relieve la existencia, en la madre, de un cuadro depresivo grave, de carácter reactivo, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio y otro de naturaleza física u orgánica a resultas del cual se hallaba en tratamiento oncológico, presentando plena afectación un pulmón. Ambos padecimientos se consideraron indemnizables, en cuanto se estimaron que eran consecuencia directa, o indirecta, del sufrimiento soportado durante diez años. Concretamente, se estimaron indemnizables «las secuelas a consecuencia de un daño o lesión sufrido de manera ilegítima», valorándose de manera similar a las secuelas que se pueden producir en accidentes de circulación.

Un dato, interesante por lo que al tema respecta, es que el Fallo puso cierto énfasis, haciendo una llamada de atención, en la lentitud, excesiva, de las resoluciones judiciales en cuestiones que afectan a las relaciones personales, al correr el riesgo de que, una vez adoptadas, después de mucho tiempo, estas sean extemporáneas y no palien, en ninguna medida, el daño ya experimentado. Es esta una cuestión que considero esencial por lo que respecta a los incumplimientos del régimen de visitas y los daños a esos incumplimientos ligados. No cabe duda que, cuando un progenitor no puede relacionarse con su hijo y esa falta de relación hay que imputarla al otro progenitor, se producen unos daños morales que habría que valorar y, en su caso, intentar reparar, aunque siempre entendiendo que la reparación —o el resarcimiento— en cuestiones tan delicadas como lo son las relativas al Derecho de Familia y, en concreto, a las relaciones paterno-familiares, es prácticamente imposible. No estamos hablando de resarcir unos incumplimientos en la ejecución de un contrato oneroso. Estamos hablando de cuestiones en las que los sentimientos, los afectos, las emociones, están presentes. Entre progenitor e hijo se establece una relación que ha de estar presidida por el cariño, por el mutuo disfrute de la compañía. Cuando esta ecuación se quiebra, o se entorpece gravemente, por culpa, y a la voluntad, del otro progenitor, indudablemente el Ordenamiento Jurídico ha de establecer unas pautas, unas vías, para la solución del conflicto y, también —por qué no— para

indemnizar al progenitor que ha visto cómo su derecho a relacionarse con el hijo ha quedado obstaculizado, entorpecido, o, en el peor de los casos, suprimido radicalmente.

Este panorama es el que nos permite hablar a los juristas especializados en Derecho de Familia de la necesaria —y urgente— apertura de nuevas vías jurídicas para posibilitar dicho resarcimiento de daños y perjuicios. Para ello, es indudable que hay que tomar, como fundamento y base, el artículo 1902 de nuestro Código Civil, en todos aquellos supuestos en los que el incumplimiento del régimen de visitas genere un daño para el progenitor no conviviente, el no custodio. En muchas ocasiones, se tratará de un daño de carácter corporal, pero con consecuencias pecuniarias y no pecuniarias, lo cual, en cualquier caso, posibilita la aplicación del artículo 1902 del Código Civil. El progenitor no custodio sufre un daño, un perjuicio psicológico y, en general, ese perjuicio es trasladable a su salud física. Tengamos en cuenta que, en nuestro organismo, lo psíquico actúa, e interactúa, con los aspectos físicos o fisiológicos y, de ahí, la existencia de la medicina psicosomática. A esto hay que añadir, inevitablemente, una serie de gastos, de costes, que se traducen, lógicamente, desde un punto de vista pecuniario, como lo son las posibles faltas de asistencia al trabajo, los gastos producidos y derivados de intentar hacer efectivo, sin fruto, su derecho de visitas, la pérdida de oportunidades laborales, etc. Añadamos, asimismo, los gastos efectuados por el progenitor no custodio en relación con su derecho de visitas, como son los derivados de reservas de habitaciones de hotel, entradas para ir al cine, teatro, circo, espectáculos musicales, etc.

Pero también cabe analizar los incumplimientos del régimen de visitas desde el punto de vista, no ya del progenitor que sufre esos incumplimientos, sino de cara al hijo. Es evidente —a mi juicio, es palpable— que el hijo sufre un daño, un perjuicio, al no poder relacionarse, con cierta normalidad, con su progenitor no custodio. Los hijos necesitan estar con su padre y con su madre. Debería existir una equivalencia, una igualdad en el trato que se les dispense tanto al padre como a la madre. La radicalización de posturas, en este sentido, no es conveniente para el hijo. A este se le priva de las relaciones con uno de los progenitores, lo que puede redundar en perjuicio para él, perjuicios que pueden enumerarse, no exhaustivamente, pero sí ejemplificativamente de la siguiente manera, con sus repercusiones a nivel personal y escolar, tales como malas notas en exámenes, comportamiento horaño y hostil hacia los otros compañeros de colegio, pérdida de apetito, irregularidades en el sueño, etc. ¿Cabría, en consecuencia, sostener que el hijo ostenta una acción procesal contra el progenitor que le ha impedido, u obstaculizado gravemente, disfrutar de la compañía del otro progenitor? A mi juicio, sí cabría, pero, al ser el hijo menor de edad, no ostenta acción procesal, sino que ha de ir representado por su progenitor.

La doctrina española se ha referido al principio *alterum non laedere*, que es, en definitiva, el contemplado por nuestro artículo 1902 del Código Civil, que ya ha sido citado varias veces, y que no debe estar excluido de aplicarse a las relaciones familiares, si bien con características propias derivadas de la especialidad del Derecho de Familia, ya que, como ha señalado Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN, la aplicación del Derecho de daños al ámbito del Derecho de Familia se ha de tener de las características propias, ya que el principio de unidad de la familia, presente en esta rama del Ordenamiento Jurídico, ha de influir en la aplicación e interpretación de las normas sobre responsabilidad civil.

Habrá que valorar detenidamente si la aplicación del artículo 1902 de nuestro Código Civil actuaría también, de cara a posibles incumplimientos del régimen

de visitas, como norma preventiva, a efectos de evitar que, en el futuro, se produjeran estos tipos de incumplimientos en un marco tan especial como lo es el Derecho de Familia y, en concreto, el régimen de visitas, todo lo cual iría a favor del principio del *favor filii*. Y tampoco hay que olvidar el interés del progenitor en que se cumpla el régimen de visitas estipulado en relación con sus hijos menores de edad.

He tenido ocasión de estudiar una interesante sentencia, dictada por nuestro Tribunal Supremo, en relación con los incumplimientos del régimen de visitas, dictada en fecha 30 de junio de 2009, y que puede servir de paradigma de lo que, hasta ahora, ha quedado expuesto, en el bien entendido que la aplicación del artículo 1902 de nuestro Código Civil no es la única vía para la reparación de los daños morales sufridos por uno de los progenitores, ya que existen otros remedios jurídicos que intentan paliar, en alguna medida, los efectos perjudiciales y dañinos que, tanto sobre el hijo, como sobre el progenitor, puedan producirse.

Veamos los Hechos: D. P. y D. R. mantenían una relación sentimental. El hijo de D. R. fue reconocido por D. P. La madre se adhirió a la Iglesia de la Cienciología, trasladándose a vivir a Tampa, en Florida, con su hijo, y no regresando a España. Inmediatamente el progenitor denunció este hecho. Pero el procedimiento finalizó por Auto de archivo en 1991.

A petición del progenitor, el Juzgado de Primera Instancia dictó un Auto en el que se acordó la atribución de la guarda y custodia sobre el menor a su padre, al existir sospechas, fundadas, de que la convivencia con la madre podía afectar a la personalidad del hijo. Este Auto fue confirmado por sentencia del citado Juzgado.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en 1995, confirmó la sentencia apelada, con los argumentos de que, aparte de que la madre se había desplazado a los Estados Unidos, privando al progenitor, de forma unilateral e injustificada, del ejercicio de sus derechos y deberes inherentes a la patria potestad desde 1991. Asimismo, el progenitor alegaba que la madre le había excluido de toda decisión relativa a la educación del hijo, y que había hecho caso omiso del Auto que ordenaba la atribución de la guarda y custodia al padre, «lo que no excluía la revisión del pronunciamiento una vez se practicara informe pericial psicológico del grupo familiar, lo que hubiera permitido una mayor aproximación a la problemática del caso y, en especial, la incidencia positiva, negativa, o neutra, que la adscripción de la señora R. a la denominada Iglesia de la Cienciología pueda tener sobre su hijo M., al no poder descartar al efecto, y a tenor del contexto de lo actuado, probables factores de riesgo, que, en tanto no sean definitivamente descartados, justifican e incluso imponen una resolución del tenor de la impugnada».

El progenitor intentó ejecutar la sentencia en Estados Unidos, donde vivía su hijo M., no consiguiéndolo debido a su situación económica. Llegó a formular diversas reclamaciones ante el Presidente del Gobierno, que la remitió al Ministerio de Asuntos Exteriores, acudió a la Dirección General de Protección Jurídica del Menor del Ministerio de Asuntos Sociales y al Defensor del Pueblo.

El progenitor interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra la Asociación Civil Dianética, Iglesia de la Cienciología y contra la madre, solicitando que se le indemnizara por los daños morales sufridos por haber sido privado, en contra de su voluntad, de su hijo M., desde que el día 23 de agosto de 1991, y sin regresar hasta la fecha, madre e hijo fueron llevados a la sede de la citada organización o secta en el extranjero, ignorándose en la actualidad su domicilio, ni el estado físico y mental en que se encontraran.

Los demandados alegaron dos excepciones procesales: la primera, fundada en defecto formal al proponer la demanda, y prescripción, la segunda, al estimar que el *dies a quo* para la interposición de la demanda fue el 23 de agosto de 1991, habiendo sido presentada el 16 de octubre de 1998, por lo que estimaban había transcurrido con creces el plazo de un año marcado en el artículo 1968.2 del Código Civil para el ejercicio de las acciones derivadas de responsabilidad extracontractual. Alegaron, asimismo, el derecho a la libertad religiosa de la madre, la ausencia de auténtico núcleo familiar al faltar la relación de convivencia, la falta de atención del progenitor para con su hijo, a quien había reconocido a pesar de no ser biológico y otras cuestiones de menor interés para el tema que está siendo analizado.

Voy a centrar la cuestión debatida en torno a la problemática que plantea la exigencia, por parte del padre, de responsabilidad civil extracontractual al haber impedido la madre las relaciones de este con el hijo.

Efectivamente, el primer requisito que se exige para la exigencia de esta clase de responsabilidad civil es la concurrencia de una acción o de una omisión que causa daño a otro y en la que interviene culpa o, al menos, negligencia. Lógicamente, en el supuesto de autos, hay que distinguir dos conductas diferentes: de un lado, la conducta de la Iglesia de la Cienciología, y, del otro, la conducta de la madre. Hay que focalizar la atención en esta última conducta, al impedir que el hijo menor pudiera relacionarse con su padre —aunque no era hijo biológico, D. P. le había reconocido y, por tanto, gozaba del derecho-deber de relacionarse con el menor—. La madre había vulnerado, de manera sistemática, el artículo 160 de nuestro Código Civil y, además, se había opuesto a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo al padre. Esta resolución la conocía perfectamente, por lo que existía una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-familiares.

La sentencia no entró a considerar las otras alegaciones efectuadas por el actor, al no poder ser objeto de decisión por falta de prueba y por la protección al principio de libertad religiosa recogido en el artículo 16 de nuestra Constitución. La acción de responsabilidad quedaba, por tanto, limitada a la madre del menor.

La sentencia entró a considerar si se había, o no, producido daño, estimando que el problema de las relaciones entre los progenitores separados, en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia haya sido atribuida al otro progenitor, presenta problemas complejos, hasta el punto de que, en diversas reuniones internacionales, se ha venido manteniendo el principio de sanción al progenitor incumplidor para proteger no solo el interés del hijo, sino el de aquel progenitor que no convive con este —progenitor no custodio—.

Hay que plantear en qué consiste el daño en estos casos de incumplimientos. Básicamente, el daño se configura como la imposibilidad —o, a veces, dificultad extrema— de un progenitor para tener relaciones con su hijo, al impedirlo —u obstaculizarlo gravemente— el otro progenitor, es decir, el progenitor que se encuentra, de hecho, a cargo del hijo menor.

Hay que determinar, por tanto, si existe un hecho imputable al agente, el evento dañoso y la injusticia del daño mismo —o perjuicio—, al objeto de circunscribir, como ha expresado Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, el área de los daños resarcibles y evitar que una propagación irracional de los mecanismos de la tutela indemnizatoria hagan necesario el resarcimiento provocado por cualquier actividad humana, si bien los criterios han de ser más amplios que los derivados de la simple lesión de derechos subjetivos absolutos. En consecuencia, para que

pueda determinarse la existencia de la responsabilidad aquiliana y, consecuentemente, el resarcimiento del daño, no es necesario que el derecho perjudicado por la conducta dolosa, o culposa, del agente sea un derecho absoluto, sino que podría tratarse de un derecho relativo o, meramente, de una expectativa legítima, revelándose la atipicidad del ilícito extracontractual, tal como FRACCON, en la doctrina italiana, puso de relieve. En la doctrina española, Fernando PANTALEÓN PRIETO expresaba, sobre este extremo, que el sistema español mantiene una concepción amplia respecto a la idea de que el daño indemnizable no se centra solo en la lesión de los derechos subjetivos y menos de los derechos subjetivos absolutos. Es el órgano judicial el competente para establecer, y verificar, en su caso, si se ha producido la ruptura del justo equilibrio intersubjetivo y, en este caso, intentar restablecerlo mediante el correspondiente resarcimiento.

El daño, en el supuesto que estoy analizando, consiste en la imposibilidad —o extrema dificultad, en otros casos— de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, en uno de los contenidos de esta función, cual es la de relacionarse con los hijos menores de edad. Ese daño a indemnizar es un daño moral, ocasionado por el progenitor que impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro por una resolución judicial e impide las relaciones con el otro progenitor, y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las mismas acciones penales por desobediencia.

Hay que hacer hincapié, también, a la hora de la configuración del daño moral, en un elemento fundamental, cual la relación de causalidad, a efectos de que nazca la obligación de responder por el daño causado. La causalidad hay que entenderla no tanto como causalidad física, sino en el sentido de la causalidad jurídica, con el empleo de los criterios de imputación objetiva. En este sentido, cabe citar la doctrina jurisprudencial existente en nuestro país a este respecto. Así, por ejemplo, la sentencia de 14 de octubre de 2008, que declaró, con cita de la dictada el 17 de mayo de 2007, que había que distinguir entre la causalidad material o física, que es la primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que la causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido. De otro lado, la causalidad jurídica es aquella en cuya virtud cabe imputar —o atribuir jurídicamente— a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad —o juicio de reproche subjetivo— para poder apreciar la responsabilidad civil, que, este caso, pertenece al ámbito extracontractual.

La sentencia declaró que «sentar la existencia de la causalidad jurídica, que visualizamos como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal». Hay que remitirse, en este punto, a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007.

El daño es imputable, jurídicamente, a la madre, al impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que a este se le había atribuido la guarda y custodia del hijo. No existe, por tanto, ninguna incertidumbre sobre el origen del daño, de modo que los criterios de probabilidad, entre los diversos antecedentes que podrían haber concurrido a su producción, solo puede ser atribuida a la madre, por ser esta la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del progenitor,

como titular de la guarda y custodia, pudieran ser ejercidas por este de forma efectiva. Pero, al impedirlo, la madre es la que deviene responsable por el daño moral causado al padre.

Me interesa destacar, al llegar a este extremo, que la lesión —o el perjuicio— jurídicamente relevante, desde el punto de vista de la causación de un daño existencial, incide sobre la esfera de la actividad, sobre la actuación de la víctima, al paso que el daño moral —o el marco, o ámbito de ese daño moral— incide sobre la esfera interna de la persona, sobre los sentimientos, los afectos, las emociones y, en definitiva, sobre todo aquello que constituye la parte más íntima del ser humano y, quizás, también la más frágil.

Una pérdida existencial se consigue no solo con una forzada renuncia —la pérdida de un *facere*—, sino con una forzada actividad.

Otra vez hay que volver a insistir en el tema ya planteado anteriormente: ¿cabe que el hijo entable una acción de resarcimiento contra el progenitor que le ha impedido —u obstaculizado gravemente— las relaciones familiares con el otro progenitor? Cabría preguntarse en qué fundamento debería apoyarse la pretensión resarcitoria por parte del hijo. La respuesta es evidente: el comportamiento del progenitor incumplidor ha incidido, de forma negativa, en el desarrollo de la personalidad del hijo, repercutiendo, asimismo, en su dignidad como persona, de cara al futuro, cuando sea mayor de edad, y esté en posesión de todos sus derechos. El Ordenamiento Jurídico italiano lo admite en función del citado artículo 2043 del *Codice civile*, dirigido a reparar —o resarcir— las consecuencias perjudiciales dañosas, del comportamiento doloso o culposo que causa el daño injusto en el hijo, y del que el otro progenitor no es responsable, es decir, el progenitor que se ve impedido de visitar al hijo, de relacionarse con él.

Se distingue, a este respecto, entre el daño existencial y el daño moral. Ya ha quedado apuntado que el daño moral se desenvuelve en un ámbito de carácter subjetivo, mientras que el daño existencial es un daño de carácter objetivo, o que se desarrolla en la esfera objetiva de la persona.

Para valorar el daño moral, hay que atender a la esfera emotiva, de sentimientos, de la persona. Y, para valorar el daño existencial, habrá que determinar qué daño producido por la lesión en la esfera jurídica de la víctima resulta objetivamente relevante; qué hechos inciden en el desenvolvimiento de la vida diaria. Aquí se juega con hechos —no con sensaciones, ni estados de ánimo, ni sentimientos—. El daño existencial se refiere a lo que una persona no puede llevar a cabo a causa del ilícito sufrido. Probar el daño existencial es factible, pero, en todo caso, será el órgano judicial el competente para determinar, contando con los medios probatorios adecuados, cuál era la vida de la persona perjudicada antes de que el ilícito tuviera lugar, y, en contraste, cómo es después del ilícito. El daño existencial, según la doctrina italiana, va a consistir, propiamente, en aquello que no se puede sobreponer tomando como referencia los dos planos: el del pasado y el del presente. Al fin y al cabo, se trata de verificar cuáles son las incidencias negativas en el desarrollo normal de la personalidad del sujeto afectado.

Según ha expresado BILOTTA, en el supuesto de daño existencial, hay que aplicar un método diferencial despatrimonializado, señalando, además, que la prueba del daño existencial tiene una finalidad muy precisa, que es contarle al Juez de qué modo el ilícito ha modificado, aunque sea temporalmente, la vida de la víctima.

Volviendo a la sentencia objeto de comentario, hay que reseñar que uno de los problemas planteados se refería a la valoración del daño ocasionado al padre, el cual, en su demanda, había solicitado una cantidad muy abultada, atendiendo

a las circunstancias del caso y a su gravedad. La sentencia estimó que, en este supuesto, el daño moral resultaba absolutamente indeterminado, al carecer de parámetros objetivos y más aún si se tiene en cuenta que el padre no había reclamado los daños materiales que le pudieron haber ocasionado los distintos procedimientos iniciados durante los años siguientes a la desaparición del hijo. Teniendo en cuenta que el daño era irreversible, el Supremo estimó que la cantidad de sesenta mil euros era la adecuada.

Sabemos, a este respecto, que no debe confundirse la prueba de la existencia del daño moral con la prueba de su cuantía y alcance, porque se rigen por principios diversos, ya que, para que proceda la condena a indemnizar, basta que se deduzca de la prueba practicada la realidad de los daños, sin que se requiera, además, que se demuestre su cuantía y alcance exactos y precisos. La valoración del daño moral, así como la fijación de la cuantía de la indemnización debe hacerse por el órgano judicial con arreglo a criterios de equidad. Por lo que respecta a los elementos de juicio que el órgano judicial debe tener en cuenta para efectuar la liquidación, como ya he resaltado en otra ocasión, se hace necesaria la combinación de varios criterios:

- 1.º La idea de que la indemnización que se concede proporcione al perjudicado las satisfacciones y bienes idóneos para compensar el dolor sufrido. Sobre esta cuestión, hay que comentar que es imposible determinar, en forma cuantitativa, los dolores y sufrimientos de una persona y, en concreto, de un progenitor que ve cómo su derecho de visitas es sistemáticamente obstaculizado o impedido.
- 2.º El órgano judicial ha de tener en cuenta la condición económica de las partes y, especialmente, de la persona perjudicada.
- 3.º Debe atenderse a la mayor, o menor, gravedad de la culpa y, por fin, tomar en consideración la gravedad del daño causado, la intensidad e importancia de los sufrimientos padecidos y el sufrimiento moral experimentado como consecuencia de dichos daños.

El tema de los daños morales indemnizables como consecuencia de los incumplimientos del régimen de visitas previamente estipulados ha de ser re conducido en el sentido de afirmar la conveniencia de proseguir la vía —ya abierta— del resarcimiento de daños y perjuicios con fundamento en el artículo 1902 de nuestro Código Civil. Estos incumplimientos generan, qué duda cabe, un daño al progenitor que los sufre, daño que, por lo general, se traducirá en un daño corporal, entendiendo este como un daño extramatrimonial que recae en la esfera del propio cuerpo, o en la integridad física y/o psíquica del progenitor. A su vez, este daño puede tener —en la mayoría de los casos los tiene— ciertas consecuencias pecuniarias presentes y futuras, así como otras al margen de lo estrictamente económico, o consecuencias que integran los denominados daños morales, que también se reparan —en la medida de lo posible, aunque nunca íntegramente, por su irreversibilidad y por el marco familiar en el que se desenvuelven— acudiendo a una indemnización compensatoria, tal como puso de relieve VICENTE DOMINGO.

Para finalizar, voy a referirme, a continuación, a la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este aspecto. Hay que resaltar que la admisión de una indemnización por daños morales en supuestos relacionados con el ejercicio del derecho de visitas se viene estimando por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquellos casos en los que, efectivamente,

no queda suficientemente protegido este derecho en el marco familiar. En este sentido, cabe citar las sentencias 2000/150, de 11 de julio, así como la de 11 de octubre de 2001 —caso Sahin contra Alemania— y la de 3 de diciembre de 2002 —caso Nowicka contra Polonia—. Cuando, de manera injusta, sin motivo razonable alguno, se priva a un progenitor de la compañía de su hijo, considera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que es admisible la indemnización en concepto de daño moral.

Desde mi punto de vista, y volviendo ahora al Ordenamiento Jurídico español estimo que, en los supuestos de incumplimientos del régimen de visitas por parte de uno de los progenitores, sería oportuno acudir a la vía indemnizatoria del artículo 1902 de nuestro Código Civil, en función de los daños morales que se ocasionan al progenitor que ve impedido —u obstaculizado gravemente— su derecho de visitas. Y, por lo que respecta a los daños de carácter económico —gastos desembolsados en función de esas visitas que, más tarde, se ven impeditidas u obstaculizadas— habría que indemnizar también al progenitor que ha sufrido ese perjuicio económico, sean estos gastos grandes o pequeños, siempre que queden suficientemente acreditados.

Con esta vía de resarcimiento no se palián todos los inconvenientes y problemas que supone para el progenitor el hecho de verse impedido a relacionarse con su hijo (o hijos), teniendo en cuenta, además, la lentitud que conlleva una acción procesal civil de esta clase. Pero, al menos, se trata de una vía que intenta compensar, en lo posible, los perjuicios derivados de esos incumplimientos. Es, en definitiva, una vía jurídica más que puede ser utilizada en estos supuestos, pero no la única.

III. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- BILLOTTA, F.: «Il danno esistenziale», *a cura di Cendon e Ziviz*, Milán, 2000.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.
- FRACCON, A.: «I diritti della persona nel matrimonio. Violazioni dei doveri coniugali e risarcimento dil danno», en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. XXX, enero-marzo de 2001.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: «Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana», en *Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia*, 2001-2002.
- *Idem: Ibídem*.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: «Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas», en *Daños en el Derecho de Familia, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2003-1, núm. 10.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: *Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*, Editorial Reus, Madrid, 2010.

SCANDURRA: «Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma, de 13 de junio de 2000», en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. XXXI, enero-marzo de 2002.

VICENTE DOMINGO, E.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003.

RESUMEN

RÉGIMEN DE VISITAS DAÑOS MORALES

La problemática que suscita el tema de la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimoniales es uno de los asuntos que tiene planteados, hoy en día, el Derecho de Familia. Cuando uno de los cónyuges está enfermo, con una enfermedad grave, y sin grandes posibilidades de curación, al menos a corto plazo, la vivienda se atribuye, por nuestra doctrina jurisprudencial al cónyuge que se encuentra en esta precaria situación física (o psíquica). En esta doctrina, a mi juicio, lo que salta a la vista es la solidaridad humana, y el no hacer recaer las consecuencias, casi siempre perjudiciales para uno de los esposos, en el cónyuge que padece una patología grave (o degenerativa). De esta forma, con buen criterio, desde mi punto de vista, se hace prevalecer el interés de la familia como el más necesitado de protección, tal como nuestro Código Civil indica, lo cual es loable, merece elogios a todos los efectos.

ABSTRACT

VISITATION RIGHTS MENTAL ANGUISH

The problem issue of the family home in marital crises is one of the big subjects for family law nowadays. When one of the spouses is seriously ill and unlikely to get well at least in the short term, our country's case law awards the home to the spouse who is in this precarious physical (or mental) situation. What leaps to the eye is, in my opinion, the humane solidarity of this kind of legal thought and the way a person with a serious (or degenerative) illness is shielded from the consequences, which are almost always harmful for one of the spouses. Thus, with good judgment, from my point of view, the interest of the family is made to prevail, because it is the interest that most needs protection, just as our Civil Code says. This is commendable and deserves praise on every point.