

nes introducidas en los procesos de desahucio para mejorarlos y agilizarlos, salvaguardando en todo caso los derechos y garantías que protegen al inquilino de buena fe.

to safeguard the rights and guarantees protecting all bona fide tenants.

1.6. Responsabilidad Civil

INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES SUFRIDOS POR UNO DE LOS PROGENITORES AL SER PRIVADO POR EL OTRO DE RELACIONARSE CON SU HIJO

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesoras titulares de Derecho Civil UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y DERECHO DE FAMILIA: 1. DAÑO MORAL. 2. DAÑO CONTINUADO.—III. SUSTRACCIÓN DE MENORES.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

De la intensa problemática que plantea el Derecho de Familia, no cabe ninguna duda de que una de las cuestiones más espinosas que puede debatirse, en materia de relaciones paterno-filiales, deriva del derecho del progenitor no custodio a relacionarse con los hijos menores habidos durante la convivencia, cuando tras la ruptura de la pareja hay desacuerdo de los progenitores sobre este extremo.

El ejercicio del derecho de visita otorgado a uno de los progenitores en los supuestos de ruptura de la pareja, así como el otorgamiento de la guarda y custodia, debe estar presidido siempre por el principio del interés del menor, que debe prevalecer por encima de cualquier otro. Las medidas tomadas al respecto se presumen que se toman atendiendo al desarrollo físico y psíquico del menor. Teniendo como punto de partida esta consideración, no debemos olvidar que este principio debe ser ponderado con el interés de los progenitores, es decir, con el derecho-deber de los padres a mantener vínculos familiares con sus hijos, de velar y disfrutar de su compañía, por lo que es necesario analizar la situación siempre a la vista de las circunstancias concretas del caso. Con estas premisas debe buscarse siempre el equilibrio adecuado de los intereses en juego. Existe un derecho a la vida familiar entre los padres y los hijos menores. Y como regla general esta relación familiar es fundamental para el desarrollo de los hijos, por lo que solo excepcionalmente si esta relación supone un daño para el desarrollo del niño o su salud debe romperse (1).

(1) En caso de desacuerdo o en los casos en que se impide el derecho a relacionarse con los hijos, el juez debe modular este derecho, fijando su modo de ejercicio.

La STS de 30 de junio de 2009 (2) pone de manifiesto una serie de cuestiones en el ámbito del Derecho de Familia merecedoras de un breve análisis.

Los hechos se remontan a 1991, fecha en la que una pareja mantiene una relación sentimental y tienen un hijo, reconocido legalmente por el demandante, aunque no era su hijo biológico. En verano de ese mismo año la mujer ingresó en la Iglesia de la Cinesiología y se trasladó con el hijo de ambos a Florida (Estados Unidos), sin el consentimiento del padre. Ante esta situación, el padre interpuso una demanda y se le concedió por el Juzgado de Primera Instancia la guarda y custodia del hijo, ante la sospecha de que la convivencia con la madre podía afectar de manera negativa la personalidad del hijo. Dicha decisión fue confirmada por la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid (3), quien consideró que, con independencia de las orientaciones religiosas (4) de la madre, se había privado al padre de forma unilateral e injustificada del ejercicio de los derechos y deberes inherente a la patria potestad desde 1991. Al residir la madre con el menor en Florida, la sentencia no pudo ejecutarse, por lo que el padre ejerció una acción de responsabilidad extracontractual contra la madre y la citada Iglesia por el daño moral producido al ser privado de su hijo. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia y posteriormente confirmada por la Audiencia al considerar que había prescrito la acción. Por el contrario, el Tribunal Supremo considera que estamos ante un supuesto de daño continuado y además entra a resolver sobre el fondo de la cuestión.

Son varios los asuntos que se plantean en este supuesto con una serie de connotaciones especiales al estar dentro del ámbito del Derecho de Familia.

En primer lugar, la consideración de daño continuado y el momento a partir del cual se considera que éste cesa. En segundo lugar, la posibilidad de haber planteado, por parte del padre, una reclamación por sustracción de menores. Y en tercer lugar, la inclusión del daño moral en los procedimientos de separación y divorcio, cuestión de escaso tratamiento en nuestro derecho.

II. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y DERECHO DE FAMILIA

La indemnización que trae causa de una acción que deriva en responsabilidad extracontractual, se puede basar en un daño material, más fácil de identificar o un daño extrapatrimonial o moral.

1. DAÑO MORAL

Como sabemos existe un daño moral cuando éste recae sobre bienes o derechos cuya naturaleza no es patrimonial y por lo tanto el perjuicio recae en el acervo espiritual de la persona (5). Siendo admitida la reparación del

(2) STS de 30 de junio de 2009 (*RJ* 2009/5490). Ponente: Excm.a. Señora doña Encarna ROCA TRÍAS.

(3) SAP de Madrid, de 13 de enero de 1995.

(4) Un tema muy interesante que queda al margen del recurso de casación es el derecho a la libertad religiosa del progenitor frente al interés superior del hijo menor. En el supuesto en concreto, objeto de estudio, la progenitora pertenecía a una secta religiosa.

(5) Vid., VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, pág. 273.

daño moral por la doctrina y la jurisprudencia, lo extraordinario en el supuesto objeto de análisis es la inclusión de este daño en el ámbito del derecho de familia y más concretamente, en el ámbito paterno-filial, al tratarse de un supuesto en el que tras la ruptura de la pareja se impide, unilateralmente por un progenitor, que el otro tenga algún tipo de relación con el hijo común. Son prácticamente inexistentes los pronunciamientos judiciales españoles (6) acep-

(6) No obstante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 8 de abril de 2002 (AC 2002/1964), considera que se produce un daño moral por la privación por los codemandados del derecho del actor, como padre biológico, a relacionarse con su hija menor de edad, derecho de comunicación amparado por resoluciones judiciales, produciéndose un daño espiritual en el progenitor que afecta a los derechos de paternidad y filiación, y da lugar a indemnización. «Es innegable que la situación producida en el actor (definida por la sensación de incertidumbre acerca de la posibilidad de ejercicio del derecho que le había sido reconocido por el Juzgado, así como de impotencia frente a la actuación obstativa de los demandados, así como el resultado de privación de contacto con los hijos propios, incluso hasta el extremo de intentar borrar de su memoria la existencia de un padre biológico), produce un daño de orden espiritual en el referido progenitor, que no ha dejado nunca de intentar tener ese acercamiento hacia su hija. E igualmente es de notar que como reconocen los recurrentes en el escrito de formalización del recurso de apelación: «la madre no ha ocultado nunca su deseo de integrar plenamente a su hija Marta en su nueva familia de que sea una hija más de ésta, mediante su adopción sin perjuicio del absoluto respeto a los derechos del señor A. y de ahí que... le proponga una vez más consienta en la adopción con pleno reconocimiento y garantías de su filiación original (*sic*). Nunca se ha pretendido ocultar lo que se estima mejor para su hija, sobre todo en aquel momento social, sin que de ello pueda colegirse un ánimo ni intención de obstaculizar el derecho también natural del padre que ha de compatibilizarse con el de la hija». No es una afirmación nueva ésta que se contiene en el escrito de recurso contra la sentencia, sino que además se ha recogido igualmente por el Juez de Primera Instancia ese deseo de la madre biológica, confesado en el interrogatorio de la parte, y denotado en la correspondencia existente en las actuaciones. Era un deseo conocido, y ello conlleva un sufrimiento añadido en el sentido de que el padre teme que se le quiera forzar a aceptar la integración plena de su hija en familia ajena, ya que el interés evidente de los demandados es precisamente el de integrar a la hija del actor en la familia que ellos han formado incluso mediante un vínculo como el de la filiación adoptiva que, necesariamente, es incompatible con el ejercicio por parte del señor A. de sus derechos dimanantes de su condición de padre a tenor de lo que dispone el párrafo primero del artículo 160 del Código Civil.

Es por lo tanto lógica y atendible la existencia razonable de temor y de angustia del actor ante la conducta de los demandados, conducta que puede llegar a producir no sólo la privación de contacto entre el padre y la hija, sino además la pérdida del afecto o la imposibilidad de que éste nazca entre Marta y su padre. Tal privación de contacto con la hija reúne los requisitos precisos para entender existente el derecho al resarcimiento del daño moral. En primer lugar, el retraso fue totalmente injustificable porque, lejos de obedecer al interés de la menor, se debió a la intención de los demandados de lograr la adopción de la niña por el codemandado señor C., alejando así de las relaciones familiares al actor; y también porque el tribunal de instancia había resuelto ya lo procedente, de conformidad con el artículo 160 del Código Civil, la efectividad de las visitas. En segundo lugar, la privación de contacto ha sido importante ya que el actor no ha logrado tener contacto con la niña pese al tiempo que hace que se viene pretendiendo ejercitar el derecho que le viene conferido. Y en tercer lugar, se dio la situación de afectación en la esfera psíquica (como se establece en la sentencia del Juzgado), y resulta lógica su generación, habida cuenta las circunstancias concurrentes, tanto las que menciona la resolución impugnada, como las que son deducibles de un juicio de notoriedad. Y así, a la tensión, incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la ineffectividad del derecho, se han de unir la preocupación por la posible

tando el daño moral en este ámbito (7), a diferencia de lo que ocurre a nivel europeo, en donde sí se aprecia daño moral cuando existe una privación de relación entre los padres o familiares y el menor. La propia sentencia recoge la interesante doctrina del Tribunal de Derechos Humanos (8), en la que se

pérdida afectiva de la hija, la imposibilidad de poder buscar una actuación sustitutiva y la situación de preponderancia de la posición de la madre, guardadora de la niña, que impide la visita con desprecio de los intereses de la otra parte e incluso de los de la propia hija».

(7) En alguna ocasión se ha admitido la existencia de daño moral por los tribunales dentro del ámbito familiar, pero en supuestos muy diversos al aquí analizado, por ejemplo, entre excónyuges, como en el caso de la sentencia 597/2004 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 24 de noviembre de 2004, como consecuencia de la impugnación de la paternidad, se considera que es indemnizable la procreación de un hijo extra-matrimonial con ocultación de esta circunstancia al otro cónyuge, presunto progenitor, en el caso enjuiciado de los cuatro hijos que presuntamente eran matrimoniales sólo uno era del cónyuge (engañándose al marido sobre la paternidad). O en el supuesto de la sentencia 266/2007, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 5 de septiembre de 2007, en el que el padre descubre que el hijo que creía habido constante matrimonio no es suyo. Otro caso en el que se reconoce indemnización por daños morales es el supuesto en el que se celebra un matrimonio, ocultando el marido a la mujer que era portador del VIH, realizando una vida matrimonial normal, despreocupándose de su enfermedad, caso analizado por la sentencia 653/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de julio de 2007.

(8) Este tipo de daños ha empezado a ser considerado como fuente de la indemnización. «El Tribunal de Roma, en sentencia de 13 de junio de 2000, en un caso de incumplimiento reiterado del derecho de visitas, condenó a la madre a indemnizar al padre por haberlo impedido y consideró que el derecho de visita del padre no guardador constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo. Entendió que la madre debía satisfacerle los daños morales porque el padre no puede cumplir estos importantes deberes hacia el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo, a frecuentarlo y educarlo, en razón y en proporción de su propio sentido de la responsabilidad, y del prolongado pero vano empeño puesto en ser satisfecho en dicho derecho. La Comisión Europea de Derechos Humanos, sin embargo, no condenó a Dinamarca en la Resolución de 20 de octubre de 1998, por entender que no había habido violación de la Convención Europea de Derechos Humanos en el caso que las autoridades de un Estado suspenden el derecho de visita atendiendo al interés del menor. Pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) condenó a Alemania (caso Elholz vs Alemania, sentencia) por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo, en un caso en el que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años que sufría el síndrome de alienación parental. Se dice en esta sentencia que: *«El Tribunal recuerda que el concepto de familia, con arreglo a este artículo, no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras relaciones "familiares" factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula "familiar" desde su nacimiento y por el hecho mismo de éste. Por tanto, existe entre el niño y sus padres una relación constitutiva de una vida familiar* (sentencia Keegan contra Irlanda, de 26 de mayo de 1994, serie A, núm. 290, págs. 18-19, ap. 44)». Además, el Tribunal recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio [ver, entre otras, sentencias Johansen contra Noruega de 7 de agosto de 1996, y Bronda contra Italia, de 9 de junio de 1998 (TEDH 1998, 27)]; de donde concluye el Tribunal que *«el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al convenio*». Hay que poner de relieve que, en realidad, el Tribunal Europeo no condenó al otro progenitor

condena (o bien a un progenitor o al Estado por impedir la relación de progenitor no guardador con sus hijos) a la indemnización de daño moral cierto.

En el supuesto que analizamos, cuando los interesados mantienen una relación sentimental, el hijo biológico de la mujer es reconocido por su pareja, de una forma libre, consciente y voluntaria por ambas partes, y durante el tiempo que dura la convivencia, el padre tiene una relación paterno-filial con su hijo, desempeñando el papel de tal, tratándole, educándole, formándole, queriéndole y cuidándole, en definitiva, velando por el hijo y ejerciendo los derechos y los deberes inherentes a la patria potestad. Cuando se produce la ruptura de la pareja, la madre traslada su residencia a los Estados Unidos, no regresando más a España, truncando la relación del hijo con el padre y arrancando al menor del entorno familiar en que hasta ese momento había desarrollado su vida. Denunciándose este hecho por el progenitor, tras diversos procedimientos se le atribuye la guarda y custodia del menor, aunque nunca se consigue ejecutar la sentencia en USA.

La facultad de decidir el lugar de residencia del menor, creemos que no puede ser resuelta unilateralmente por uno de los padres, ni aunque tenga en exclusiva la guarda y custodia del hijo, pues consideramos que es una facultad que corresponde a ambos progenitores y que será el juez el que deberá decidir en caso de que no exista acuerdo, valorando los motivos por los que se produce este cambio, tales como intereses personales, profesionales, etc. En el caso analizado, debe destacarse que no se trata sólo de un cambio de la residencia habitual, sino que además se impide al padre relacionarse con su hijo menor, lo que sin duda produce daño moral, que en nuestra opinión se extiende no sólo al padre sino también al hijo.

Como bien analiza la Sala, para que exista responsabilidad extracontractual se tienen que dar los presupuestos requeridos para ello, existencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia. Claramente se aprecia que la conducta de la madre fue contraria a derecho impidiendo, en primer lugar, la relación del padre con el hijo, y en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia en la que se le otorgaba al padre la guarda y custodia del hijo. Por lo tanto su actuación se encaminó a impedir las relaciones paterno-filiales.

En segundo lugar, la trascendencia de la existencia de un daño —en este caso daño moral—, viene marcada principalmente por la actitud de la madre, impedir que se lleve a cabo un derecho, derivándose una acción culposa. Es de vital importancia tener claro esto, y por ello lo remarca el Tribunal Supremo. Por tanto, hay que centrar la cuestión en que el cambio de residencia decidido unilateralmente por la madre, que no tiene la custodia, crea una situación que claramente la favorece en la relación con su hijo, impidiendo todo tipo de contacto con el padre, y es precisamente el impedimento que la madre mantiene para que el progenitor se relacione con su hijo (9) y ejerza su derecho-deber lo que provoca el daño moral. Daño que es irreversible. No es

sino al Estado alemán. Pero de estas sentencias se debe extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio [sentencia coincidente con la STEDH de Estrasburgo, Sala 1.ª, de 11 de julio de 2000 (TEDH 2000, 150), caso Ciliz vs Países Bajos].».

(9) Cuando se impide por uno de los progenitores el régimen de visitas acordado se puede denunciar, el hecho puede dar lugar a una falta regulada en el artículo 618 ó 622 del Código Penal.

que partamos de la base de que en la mayoría de los supuestos de separación hay un daño psíquico para el progenitor a quien no se le concede la guarda y custodia y que por tanto se ve privado del disfrute de la compañía de sus hijos, porque con ello se abriría la caja de pandora para solicitar indemnizaciones a través de la figura de la responsabilidad extracontractual por daño moral en todos los casos de separación o divorcio donde existen hijos. Por lo tanto hay que analizar escrupulosamente todos los supuestos y ver las circunstancias concretas que envuelven cada proceso. Nuestros tribunales menores han considerado, por ejemplo, que un cambio de residencia del progenitor que tiene atribuida la guarda y custodia, no da derecho a una indemnización por daño moral, habrá que considerar la revisión de las medidas del convenio (10). En este caso no existe una acción culposa por parte del progenitor que cambia las circunstancias (11), sino más bien un hecho usual basado en una actuación posible tras una ruptura matrimonial. Si se considerase un daño moral susceptible de indemnización, en todas las rupturas matrimoniales sería un elemento más a tener en cuenta, lo que provocaría un abuso por aquél que lo solicita.

Demostrado el daño y la actuación que lo ha provocado se ve la relación de causalidad, que como bien señala la Sala:

(10) Sentencia de la AP de Madrid (Sección 11) de 21 de junio de 2001 (*RJ* 2001/252828): «...En lo que atañe a la acción ejercitada por don Manel J. S., dirigida a que se le indemnicen los daños morales que afirma haber sufrido por la decisión de su esposa de trasladar su domicilio a Madrid al haberle apartado de la compañía de sus hijos, impidiéndole injustamente el ejercicio de los derechos tuitivos que como padre le corresponden, hemos de convenir con la juzgadora de instancia en la desestimación de tal pretensión. Ciertamente los procesos de crisis matrimoniales comportan la necesaria separación de los hijos del progenitor que no obtiene la guarda y custodia de los mismos, pero tal consecuencia inherente a la propia situación de crisis que comporta el ejercicio del derecho a obtener la separación o el divorcio que el ordenamiento jurídico reconoce, no puede dar lugar a la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1.902 del Código Civil, no advirtiéndose en la demandada la conducta culposa o negligente desencadenante de precitada responsabilidad. Tampoco podemos olvidar que la misma está asistida de otro derecho constitucionalmente reconocido, cual es el de decidir libremente el lugar de su residencia (art. 19 CE), derecho que no puede sostenerse se haya ejercitado abusivamente por la aludida demandada que ha contraído nuevo matrimonio, por lo que la decisión de trasladar su residencia a Madrid no puede ser generadora de responsabilidad alguna, pudiendo determinar, a lo sumo, la alteración de la medida adoptada, dentro del proceso de separación o divorcio, en relación con la guarda y custodia de los hijos para lo que sí es competente el Juzgado de Familia que está conociendo de tales procesos, Juzgado que ya decidió, al menos en sede cautelar, sobre mencionada cuestión manteniendo a la demandada en dicha guardia y custodia y acomodando el régimen de visitas a la nueva situación creada. Procede, por tanto, desestimar también en este extremo el recurso.

(11) Tampoco defendemos que el traslado de residencia de un menor con el progenitor custodio a otra ciudad sea motivo para cambiar la guarda y custodia, cuando dicho traslado no tiene por objeto alejar al progenitor del hijo, sino que puede estar justificado por la situación de la ruptura, al ser la madre natural de dicho lugar donde se encuentra su familia, incluso, a veces, puede servir para superar las tensiones entre los padres que pueden repercutir en el menor como, por ejemplo, en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 19 de mayo de 2006. Otras veces el cambio puede obedecer a razones laborales, y estar justificado por la oferta de un empleo estable y bien remunerado, que no perjudicará al hijo sino que precisamente las mejoras económicas y sociales pueden repercutir favorablemente en el desarrollo del menor, etc.

«Sexto.—El tercer elemento para el nacimiento de la obligación de responder es la relación de causalidad entendida, en este caso, no tanto como causalidad física, sino en el sentido de causalidad jurídica, con la utilización de los criterios de imputación objetiva, que esta Sala ha venido utilizando. Así, por ejemplo, la sentencia de 14 de octubre de 2008 señala, citando la de 17 de mayo de 2007, que se debe distinguir entre “la causalidad material o física, 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 que del resultado haya sucedido”, de “la causalidad jurídica, en cuya virtud cabe atribuir jurídicamente —imputar— 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 —juicio de reproche subjetivo— para poder apreciar la responsabilidad civil, que en el caso pertenece al campo extracontractual”. Concluye este Tribunal que, para “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 (...)”».

En este caso, sin duda existe un nexo causal entre el comportamiento de la madre, que impide de manera efectiva las relaciones del padre con su hijo, y el daño que éste sufre, consistente en un padecimiento físico, impotencia, impacto emocional y angustia.

2. DAÑO CONTINUADO

Ha sido trascendente para el resultado a favor del padre la consideración que la Sala hace sobre el daño continuado. Para evaluar el comienzo del plazo prescriptivo, es necesario concretar el *dies a quo*, existiendo varias soluciones, considerar el comienzo para el cómputo del plazo, el momento en el que se produce el hecho que origina el resultado dañoso; o el momento en el que el daño se manifiesta, en el caso de daños diferidos; quizá cuando se conoce el alcance exacto de los daños o, por último, el momento en el que cesa la actividad dañosa (12). Solución adoptada por la Sala, quien considera que no había prescripción, ya que se tuvo en consideración la mayoría de edad del hijo como momento en el que cesa la actividad dañosa.

III. SUSTRACCIÓN DE MENORES

Al hacer una primera lectura de la sentencia, nos dirige a un posible supuesto de sustracción de menores. El Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (13) establece un procedimiento de

(12) Vid., REGLERO CAMPOS, «La prescripción de la acción de reclamación de daños», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, pág. 651.

(13) Ratificado por Instrumento de 28 de mayo de 1987. BOE de 24 de agosto de 1987, núm. 202.

protección y salvaguarda de los menores tendente a la restitución del menor a su residencia habitual cuando ha sido trasladado a otro país por uno de los padres (14). Tras el análisis de los primeros artículos se observa que se trata de dar una respuesta y garantizar los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes por los demás Estados, cuando ha resuelto su otorgamiento los tribunales del país de origen o residencia. El objetivo perseguido es la restitución del *status quo* del menor, así como en evitar la creación de una competencia artificial de las autoridades del lugar al que fue trasladado (15).

Realmente en el supuesto que nos ocupa parece que está dentro de lo establecido en el apartado a) del artículo 3, que considera ilícito el traslado de un menor cuando existe una infracción de un derecho de custodia, atribuido en este caso al padre. Sin embargo surge una duda respecto del momento en el que el padre solicitó la atribución de la guarda y custodia, que fue posterior a la marcha de la madre a otro país. Quizá ese es el motivo por el que el padre no utilizó este medio para lograr la restitución del hijo a su residencia. A lo que hay que añadir una referencia al plazo, la petición de restitución debe hacerse dentro del año siguiente al traslado, siempre en aras del interés del menor, ya que sobrepasado ese plazo, hay una presunción de integración del menor en la nueva residencia.

CONCLUSIÓN

Nos parece totalmente acertada la doctrina del Tribunal Supremo que considera la existencia de un daño moral cuando hay una acción culpable por parte del otro progenitor, o como en este caso padre no biológico que impide la relación padres-madres con hijos e incluso familiares, como así lo considera el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo condenando al Estado italiano. Daño que en muchos casos se extiende al hijo al que se le priva de tener relaciones con el otro progenitor, ya que para un padre y un hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque las relaciones entre los padres se hayan roto. Y como regla general esta relación familiar es decisiva para el desarrollo de los hijos, por lo que solo excepcionalmente si esta relación supone un daño para el menor debe romperse. Por otro lado, creemos que hay que razonar estos supuestos con suma cautela, porque si se abre la mano en este sentido podría haber un abuso en las solicitudes de indemnización por daño moral en los procesos de ruptura matrimonial.

(14) Estados Unidos firmó el Convenio el 23 de diciembre de 1981. En caso de que la sustracción del menor tenga lugar en uno de los Estados de la Unión Europea, se aplica el Reglamento número 2201/2003, del Consejo de Europa, de 27 de noviembre de 2003, relativo a Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Matrimonial y Responsabilidad Parental.

(15) HERRANZ BALLESTEROS, M., «Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio europeo», en *Ar. Civil* 13/2004, pág. 2067.

BIBLIOGRAFÍA

- HERRANZ BALLESTEROS, M., «Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio europeo», en *Ar. Civil* 13/2004, págs. 2065 a 2085.
- MORENO VELASCO, V., «La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento de visitas», en *La Ley*, 2008, págs 1 a 6.
- REGLERO CAMPOS, L. F., «La prescripción de la acción de reclamación de daños», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, págs. 722 a 838.
- VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, págs. 250 a 331.

RESUMEN

DAÑO MORAL GUARDA Y CUSTODIA

La privación de las relaciones de uno de los progenitores con sus hijos por impedirlo el otro progenitor, independientemente de que se trate de imposibilitar el ejercicio de la guarda y custodia o simplemente se trate del impedir el régimen de visitas, ha sido considerada por el Tribunal Supremo como causa de un daño efectivo, un daño moral. Al estimarse en el supuesto analizado que existen los requisitos exigidos para que haya una responsabilidad extracontractual, un hecho, un daño y una relación de causalidad entre ambos. En este sentido, el Tribunal Supremo está en la línea de las Resoluciones del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, quien considera que constituye una violación del derecho a la vida familiar el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.

ABSTRACT

MENTAL ANGUISH GUARDIANSHIP AND CUSTODY

Depriving parent A of spending time with his or her children because the other parent B prevents parent A from doing so, regardless of whether it is a case of making it impossible for A to exercise guardianship and custody or simply by preventing A from visitation, has been regarded by the Supreme Court as the cause of a kind of actual damage, mental anguish. The Supreme Court considers that the requirements for extra-contractual liability to exist—an event, damage and a causal relationship between the event and the damage—are met. In this sense, the Supreme Court is in line with the European Court of Human Rights, which considers preventing parents from spending time with their children, born of or outside their marriage, constitutes a violation of the right to family life.